

Universitäts- und Landesbibliothek Tirol

System des oesterreichischen Civilprocessrechts

in rechtsvergleichender Darstellung

Der allgemeine Theil

Menger, Anton

Wien, 1876

Fünfter Abschnitt. Das System und die Principien des österreichischen
Civilprocessrechtes

Fünfter Abschnitt.

Das System und die Principien des österreichischen Civilprocessrechtes.

§. 16.

Das System des österreichischen Civilprocessrechtes.

Jedes wissenschaftliche System verfolgt seiner Natur nach einen doppelten Zweck. Es soll zunächst ein getreues Abbild des darzustellenden Stoffes sein und deshalb die Aehnlichkeit und die Verschiedenheit der Dinge, wie sie in der Wirklichkeit nebeneinander existiren, durch das Nacheinander der systematischen Darstellung veranschaulichen. Insofern schliesst sich die Gruppierung und die Reihenfolge des Systems dem Wesen der Dinge an und man kann deshalb diese Richtung auch das objective oder theoretische Element der systematischen Anordnung nennen. Dann aber hat das System zweitens auch die Bestimmung, für eine Anzahl von Personen die Kenntniss des Stoffes zu vermitteln, ihnen als Mittheilung zu dienen und durch seine übersichtliche Gliederung die geistige Aneignung des Stoffes zu erleichtern. Diese Richtung der systematischen Darstellung kann als das subjective oder praktische Element des Systems bezeichnet werden, weil hiebei in erster Reihe die Personen, welche den behandelten Stoff in ihren Geist aufnehmen sollen und der praktische Zweck der Darstellung, welcher in der Mittheilung besteht, in Betracht gezogen werden müssen.

Unter allen Formen der systematischen Darstellung (in der weitesten Auffassung des Wortes) tritt diese praktische

Richtung am meisten hervor in dem Gesetzes-Commentar. Soll der Commentar als eine Gesamtdarstellung des betreffenden Rechtsgebietes gelten, so setzt er umfassende Codificationen voraus, an deren systematische Reihenfolge sich die Darlegung des Stoffes anschliesst, ohne Rücksicht, ob diese Anordnung dem darzustellenden Inhalte entspricht oder nicht. Bei der Wahl dieser Darstellungsform leitet den Ausleger vorzüglich der Gesichtspunkt, dass der Gesetzestext und seine systematische Anordnung der Rechtsanwendung ohnedies bekannt sein muss und dass deshalb die Anknüpfung des wissenschaftlichen Stoffes an ersteren dessen geistige Aneignung wesentlich erleichtert. Die Literatur des österreichischen Civilprocesses in ihrer durchgreifend praktischen, blos auf die Erleichterung des juristischen Handwerks gerichteten Tendenz ist über diese Form der systematischen Darstellung fast gar nicht hinweggekommen.¹⁾

Auf einem entgegengesetzten, nämlich auf einem einseitig logischen Standpunkt stehen einzelne hervorragende Systeme der neuesten Zeit, insbesondere jene Wetzell's und Renaud's. Wetzell²⁾ theilt den ganzen Stoff der Civilprocesstheorie in drei grosse Gruppen ein, von welchen die erste die Parteien und die Parteihandlungen, die zweite die Gerichtsbarkeit und die gerichtlichen Handlungen, endlich die dritte die Form des Verfahrens umfasst. Diese Dreitheilung ist zwar, wie sich unten ergeben wird, in der Natur des darzustellenden Stoffes vollkommen begründet, allein die Vertheilung dieses Letzteren unter jene drei Kategorien ist bei Wetzell sehr willkürlich. Der dritte Theil, in welchem man eine Darstellung des gesammten Verfahrens erwarten könnte, enthält nur die allgemeinen Principien des Verfahrens und einzelne Materien, für welche sich in den beiden anderen Gruppen kein passender Platz finden liess (z. B. die Lehre von den Acten, dem Contumacial- und dem Executionsverfahren).³⁾ Der

¹⁾ Die Form eines Commentars wird in den Schriften von Kees, Scheidlin, Nippel, Füger-Wessely-Damianitsch und zahlreichen anderen Schriftstellern beobachtet. Systematische Darstellungen geben die Schriften von Guster mann, Beidtel und Haimerl. Vgl. oben §. 9.

²⁾ Wetzell, System, §. 4 (3. Aufl. S. 35—37).

³⁾ Da der dritte Theil nach der Absicht W.'s nur die Lehre von der Form des Verfahrens enthalten soll, so mussten aus demselben die materiel-

überwiegende Theil der Civilprocesstheorie ist demgemäss in dem Systeme Wetzell's auf die zwei ersten Gruppen vertheilt, welche die Lehre von den Parteien und den Parteihandlungen, dann die Lehre von der Gerichtsbarkeit und den gerichtlichen Handlungen darstellen sollen. Insbesondere mangelt eine zusammenhängende Darstellung des Civilprocesses von der Anbringung der Klage bis zur Vollstreckung des Urtheils, vielmehr werden die einzelnen Bestandtheile dieses Zusammenhanges ohne hinreichende Begründung der einen oder der anderen der beiden vorerwähnten Gruppen zugewiesen. So behandelt z. B. Wetzell die Theorie des Beweises und der einzelnen Beweismittel in der Lehre von den Parteien und den Parteihandlungen ⁴⁾, die Lehre von den Rechtsmitteln dagegen in der zweiten Gruppe (von der Gerichtsbarkeit und den gerichtlichen Handlungen) ⁵⁾: beides offenbar ganz willkürlich, weil der Richter und die Parteien bei dem Beweise und den Rechtsmitteln gleichmässig zusammenwirken, so dass diese nicht einseitig als Handlungen der Parteien oder des Richters aufgefasst werden dürfen.

Auch das System Renaud's leidet an demselben Mangel einer anschaulichen, die praktischen Bedürfnisse der Auffassung berücksichtigenden Darstellung. Renaud giebt zwar in dem zweiten Theile seines Systems („Der Processgang“) eine zusam-

len Bestandtheile des Contumacial- und Executionsrechtes (die Lehre von den Contumacial-Nachtheilen und den Executionsmitteln) verwiesen werden. Dieselben werden in der That von Wetzell abgesondert im zweiten Theile (von der Gerichtsbarkeit und den gerichtlichen Handlungen) dargestellt, obgleich dadurch der Ueberblick über die beiden Lehren wesentlich erschwert und manche Wiederholung nothwendig gemacht wird. Vgl. Wetzell, System, §. 49, 50, 72, 73.

⁴⁾ Wetzell, System, §. 20—29 (3. Aufl. S. 176—309). Die äussere Form des Beweisverfahrens wird, jedoch ziemlich unvollständig, im dritten Theil, §. 71 („Das Eventualprincip“) dargestellt.

⁵⁾ Wetzell, System, §. 52—61. Die Einreihung der Rechtsmittel in den zweiten Theil erfolgt von dem Gesichtspunkte, dass die Rechtsmittel als Beschränkungen der richterlichen Gewalt erscheinen. Doch ist diese Auffassung nur für den *iudex a quo* richtig, während die Macht des *iudex ad quem* durch die Interposition der Rechtsmittel gewiss nicht eingeschränkt, sondern vielmehr erst begründet wird. Vgl. über diese Frage wie im Allgemeinen über das von Wetzell beobachtete System: Muther, in der Krit. Vierteljahrsch. Bd. 7 (1865), S. 611—618.

menhängende Darstellung des gesammten Processverlaufes, doch beschränkt sich diese auf die äussere Form und Reihenfolge der processualischen Handlungen, während der Inhalt dieser Handlungen (z. B. die gesammte Beweislehre, die Theorie der Contumacial-Nachtheile und der Rechtsmittel u. s. f.) in einem allgemeinen Theile (dem ersten Theil des Systems) behandelt wird, ohne dass jedoch das Princip, welches der systematischen Zusammenstellung so heterogener Materien in dem allgemeinen Theil zu Grunde liegt, vollkommen klar ersichtlich ist.⁶⁾

Das System, welches der vorliegenden Schrift zu Grunde gelegt werden soll, beruht in seiner obersten Eintheilung auf dem für jede wissenschaftliche Darstellung so wichtigen Gegensatz zwischen Stoff und Form. Zunächst wird nämlich in dem System der Civilprocesstheorie festzustellen sein, was der Gegenstand des Civilrechtsstreites ist, dann in welcher Form sich der Civilrechtsstreit vollzieht. Die Darstellung des Objectes des Civilprocesses wird folglich die Aufgabe der ersten grossen Gruppe der Civilprocesstheorie, die Darstellung des Processverfahrens selbst dagegen die Aufgabe der zweiten Gruppe bilden.

Die erste dieser zwei Gruppen ist von geringem Umfang und bietet zu wichtigeren Unterabtheilungen keinen Anlass. In der zweiten Gruppe, welche den grössten Theil der Civilprocesstheorie enthält, lassen sich dagegen drei grosse Complexe von Rechtsregeln von sehr verschiedenem Charakter unterscheiden. Jeder Civilprocess ist ein Streit der Processparteien um Privatrechte, welcher von einem Dritten (dem Richter) in gewissen Formen geschlichtet wird. Die Theorie des streitigen Civilverfahrens selbst wird daher nach den drei Hauptmomenten des Civilprocesses (die Parteien, der Richter, die Formen des streitigen Civilverfahrens) am richtigsten in drei grossen Unterabtheilungen dargestellt werden. Die erste Unterabtheilung wird die Rechtssätze darstellen, welche sich auf die streitenden Parteien und ihre Vertreter beziehen, die zweite die Rechtsnormen über die Gerichte und

⁶⁾ Renaud, Lehrb. (2. Aufl.), S. IV, hat auf den bedeutenden Umfang des allgemeinen Theiles in seinem System selbst hingewiesen, ohne jedoch die Zusammenfassung von so zahlreichen, ganz speciellen Materien näher zu begründen. Vgl. darüber Hermann Seuffert in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 17 (1875), S. 502, 503.

ihre Verfassung, die dritte endlich wird das Verfahren in der engeren Bedeutung dieses Wortes behandeln. In diesem letzten Theile der Civilprocesstheorie werden die einzelnen Materien am richtigsten in derselben Ordnung darzustellen sein, wie in dem Civilverfahren selbst die einzelnen processualischen Handlungen, welche den Gegenstand der Darstellung bilden, zeitlich aufeinander folgen. 7)

Das vorliegende System wird demnach in folgende vier Unterabtheilungen zerfallen :

- I. Die Lehre von dem Gegenstande des Civilprocesses;
- II. die Lehre von den Streitparteien;
- III. die Lehre von dem Gerichte;
- IV. endlich die Darstellung des Verfahrens selbst. 8)

Diese vier Abtheilungen sollen jedoch die gesammten Normen des Civilprocessrechtes enthalten, ohne Rücksicht, ob diese sich auf den ordentlichen oder auf den summarischen Process in seinen mannigfaltigen Formen beziehen. Eine äusserliche Trennung der Darstellung des ordentlichen und der summarischen Processes, wie sie in der gemeinrechtlichen Doctrin üblich ist, mag für das ge-

7) Die systematische Anordnung der vorliegenden Schrift schliesst sich im Wesentlichen jener von Martin in seinem Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Processes, 13. Aufl., 1862, (§. 6) und Bayer in seinen Vorträgen über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilprocess, 10. Aufl. (1869), an. Auch Linde in seinem Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, (7. Aufl. 1850) und Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht, (1868), §. 15, haben dieses System mit unerheblichen Abweichungen angenommen. Doch lässt sich in Hinblick auf die Versuche Wetzell's und Renaud's (s. den Text) nicht verkennen, dass das Civilprocessrecht ein so allgemein adoptirtes System wie jenes, welches das Civilrecht in dem Hugo-Heise'schen besitzt, bisher noch nicht gefunden hat.

8) Die neueren Processcodificationen behandeln nur den letzten (vierten) Theil der Civilprocesstheorie (das Civilverfahren selbst), während die drei anderen Theile besonderen Gesetzen vorbehalten sind. Nur einzelne Rechtssätze über die Parteien und über die Competenz werden von den neueren Codificationen aus den drei ersten Theilen der Processtheorie übernommen. Vgl. oben §. 5, Note 11. Auch unsere Gerichtsordnungen beschränken sich im Wesentlichen auf das Verfahren, wogegen die Lehre vom Object des Civilprocesses gar nicht, die Lehren von den Parteien und ihren Vertretern, dann von dem Gerichte nur in ihren wichtigsten Grundsätzen behandelt werden. A. G. O. §§. 63, 64, 410—429, 230—437; W. G. O. §§. 56—60, 541—565, 566—575

meine Recht zweckmässig erscheinen, weil sie das eigenthümliche Wesen der beiden grossen Processgebiete durch die Zusammenfassung der Rechtsnormen, welche jede einzelne Processart beherrschen, mit grösserer Klarheit und Anschaulichkeit hervortreten lässt.⁹⁾ In dem österreichischen Rechte sind dagegen die Rechtsregeln, welche den summarischen Processarten eigenthümlich sind, für jede Form des Verfahrens in besonderen Gesetzen codificirt (oben §. 7) und können deshalb — im Gegensatze zu dem gemeinen Recht — aus diesen Codificationen sehr leicht in ihrem Zusammenhang aufgefasst werden; die Verbindung des ordentlichen und summarischen Processes in der Darstellung hat dagegen für das österreichische Recht den erheblichen Vorthail, dass zahlreiche lästige Wiederholungen vermieden werden können, welche sonst bei der Trennung beider Gebiete unvermeidlich erscheinen.

Ehe ich jedoch zur Darstellung der vier systematischen Hauptgruppen übergehe, in welche die Civilprocesstheorie zerfällt, sind noch die sogenannten Processprincipien zu behandeln. Die Civilprocesstheorie entbehrt eines allgemeinen Theils von dem Umfang und der Bedeutung, welche der allgemeine Theil in dem materiellen Civilrecht besitzt, wenn man nicht mit einzelnen Schriftstellern als solchen die Darstellung der ersten drei Hauptgruppen (Gegenstand des Civilverfahrens, Parteien und Gericht) betrachten will. Desto nothwendiger erscheint es, die obersten Grundsätze: die geistigen Elemente, welche die wirre Masse der Civilprocessnormen beleben, in einer zusammenfassenden Darstellung zu gruppiren. Wie weit diese Abstraction der leitenden Principien aus den concreten Rechtsregeln zu gehen hat, ist freilich zum grossen Theile in das Ermessen des Darstellers gelegt, doch hat sich in dieser Beziehung in der gemeinrechtlichen Civilprocesstheorie eine ziemliche Uebereinstimmung herausgebildet. Darnach wird mit Ausnahme der Lehre vom Gegenstande des Civil-

⁹⁾ Die Trennung der Darstellung des ordentlichen und der summarischen Processes ist in den Schriften von Wetzell, Renaud, Endemann, Bayer, Linde, Martin, Gönner u. A. durchgeführt. Die Systeme Wetzell's und Renaud's erstrecken sich überhaupt blos auf den ordentlichen Civilprocess.

processes, welche von nicht bedeutendem Umfange ist und deren Bestandtheile eine geringe Mannigfaltigkeit bieten, jede der oben dargestellten Hauptgruppen von besonderen Principien beherrscht. Die Darstellung dieser Letzteren wird daher in drei Gruppen zerfallen, nämlich in Grundsätze, welche

- A) die Stellung des Richters im Civilverfahren ;
 - B) die Stellung der Processparteien ; endlich
 - C) das Verfahren selbst betreffen.
-

§. 17.

A. Die Stellung des Richters zu dem Civilrechtsstreit. (Die Unabhängigkeit der Civilrechtspflege.)

Die erste der oben (§. 16) aufgestellten principiellen Fragen betraf die Stellung des Richters zu dem Civilrechtsstreit im österreichischen Recht. Da das Verhältniss des Richters zu der bürgerlichen Rechtssprechung im Wesentlichen dasselbe ist wie jenes zu den übrigen Gebieten der richterlichen Thätigkeit, so kann man die Frage auch so formuliren: Welches ist die Stellung des österreichischen Richters zu dem Wirkungskreise, welcher ihm nach unserem Rechte zugewiesen ist?

Die Stellung des Richters nach dem geltenden österreichischen Rechte lässt sich nun dahin bestimmen, dass die Rechtspflege überhaupt und die Civilrechtspflege insbesondere von unabhängigen Personen (Richtern) lediglich nach dem Gesetze auszuüben ist. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes ist aber an zwei Voraussetzungen geknüpft. Zunächst ist nämlich zu diesem Ende erforderlich, dass der Staat eine hinreichende Anzahl solcher unabhängiger Personen bestellt und ihnen die ausschliessliche Befugniss zur Rechtssprechung verleiht. Dann aber müssen auch Einrichtungen getroffen werden, welche es den Richtern ermöglichen, lediglich auf Grundlage des Gesetzes Recht zu sprechen, was nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nur dann zu erwarten ist, wenn deren persönliche Lebensinteressen durch ein solches gesetzmässiges Handeln nicht gefährdet werden. Jenes Princip lässt sich also in folgende zwei untergeordnete Grundsätze auflösen:

Nur der gesetzmässige Richter soll Recht sprechen.

Der gesetzmässige Richter soll aber ohne Gefährdung seiner persönlichen Interessen lediglich nach dem Gesetze Recht sprechen können.

Der erste dieser beiden Grundsätze führt zunächst zu der Consequenz, dass die Rechtspflege in Oesterreich nur von Richtern ausgeübt wird. Innerhalb der Gesamtheit der staatlichen Organe bildet also der Richterstand eine geschlossene Körperschaft, deren Wirken, wie sich unten ergeben wird, unter dem Schutze besonderer Garantien steht. Alle übrigen Inhaber der Staatsgewalt, wie bedeutsam auch sonst deren Stellung im Staatsleben sein mag, sind doch von der Ausübung der Civilrechtspflege ausgeschlossen. Dies gilt vor Allem von der Person des Monarchen, in dessen Namen zwar die Civilrechtspflege ebenso wie die Rechtspflege überhaupt ausgeübt wird (Art. 1 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt v. 21. Dec. 1867, Nr. 144)¹⁾, der aber weder persönlich noch auch durch die Organe seines persönlichen Willens an der Verwaltung der Gerechtigkeit theilnimmt. (Verbot der Cabinetsjustiz.)²⁾ Diesen dem Wesen

¹⁾ Vor der im Jahre 1848 eingetretenen Umgestaltung wurde bei den landesfürstlichen Gerichten im Namen des Kaisers, bei den Patrimonialgerichten dagegen im Namen des Gutsherrn oder der Stadtgemeinde Recht gesprochen. Haimperl a. a. O. Bd. 1, S. 52, 53. Die Reichsverfassung vom 4. März 1849, §. 100, bestimmte, dass alle Gerichtsbarkeit vom Reiche ausgehen und in Hinkunft keine Patrimonialgerichte mehr bestehen sollen. Die wirkliche Aufhebung der Patrimonialgerichte erfolgte dann durch Art. VII des K. P. v. 18. Juni 1850 Nr. 237. Vgl. Blaschke, Die österreichische Jurisdictionsnorm in bürgerl. Rechtssachen v. 18. Juni 1850 (1850), S. XX, XXI; Stubenrauch, Die neue Jurisdictionsnorm v. 18. Juni 1850 (1850), S. 1, 27, 28. Der in der Reichsverfassung ausgesprochene Gedanke wurde bei den späteren Organisationen im Wesentlichen festgehalten. Die bedeutendste Ausnahme von dem exclusiv staatlichen Charakter aller Gerichtsbarkeit bildeten die durch Art. X des Concordates v. 5. Nov. 1855 Nr. 195 wieder eingeführten geistlichen Ehegerichte, welche im Namen des Bischofs Recht sprachen. Auch diese Anomalie wurde jedoch durch das Gesetz vom 25. Mai 1868 Nr. 47, Art. III, beseitigt, welches die staatliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen wieder herstellte.

²⁾ Die Ausschliessung des Monarchen von der Ausübung der Civilrechtspflege ist wesentlich modernen Ursprungs. Die Römischen Kaiser und ihre Hofbeamten nahmen an der Rechtsprechung in sehr ausgedehntem Umfange theil und eine lebhaftere Bethätigung in dieser Richtung wurde ihnen von ihren Zeitgenossen zum besonderen Ruhme gerechnet. Vgl. Bethmann-

der Civilrechtspflege in ihrer gegenwärtigen Gestalt allein angemessenen Standpunkt hat das österreichische Recht von Altersher festgehalten. Schon ein Hofd. vom 8. Jan. 1795, Nr. 212 (Wesely, 879) bestimmt, dass in den blossen Privatjustizsachen keine andere Erledigung als durch die ordentlichen, von dem Landesfürsten durch seine Gesetze aufgestellten Gerichtsbehörden statt haben kann, weshalb ein auf was immer für einem anderen Wege erhaltenes Erkenntniss für erschlichen und daher keiner Rücksicht würdig zu achten sei.³⁾ Diesen Rechtssatz hat auch das

Hollweg, Bd. 2, S. 42—49, Bd. 3, S. 88—103. Auch die deutschen Könige wirkten bis ins 15. Jahrhundert bei der Rechtsprechung persönlich mit, ja diese wurde sogar in der Volksansicht als die Hauptaufgabe des königlichen Amtes betrachtet. S. Tomaschek, Die höchste Gerichtsbarkeit des deutschen Königs und Reiches im 15. Jahrhundert, (1865), S. 7—28, und Franklin, Das Reichshofgericht im Mittelalter, Bd. 1, (1869), S. 1—7 und passim. Die Theilnahme des Monarchen an der Verwaltung der Gerechtigkeit wurde begünstigt durch den nationalen Charakter, welchen das Römische Recht bis zum Abschluss seiner Entwicklung, das deutsche dagegen bis zur Reception der fremden Codificationen bewahrt hat. Die in Folge der Reception eingetretene Umwandlung der Jurisprudenz in eine gelehrte Fachwissenschaft, dann die fortschreitende Theilung der Arbeit auf dem Gebiete der staatlichen Thätigkeit hat die Souveräne in Deutschland wie in anderen europäischen Ländern von der Theilnahme an der Civilrechtspflege immer mehr verdrängt. Gegenwärtig kann das Verbot der Cabinetsjustiz als einer der unbestrittensten Grundsätze des deutschen Civilprocessrechtes gelten. Wetzell, §. 34; Renaud, §. 20; Endemann, §. 23; Bayer, S. 17—19. Osterloh, §. 6. Auch von den Schriftstellern über Staatsrecht wird jenes Princip allgemein anerkannt. Montesquieu, *Esprit des lois*, VI, 6; Häberlin, *Deutsches Staatsrecht*, 2. Bd. (1797), S. 468—473; Gönner, *Deutsches Staatsrecht*, (1804), §. 301; Pfeiffer, *Die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes* (1851), S. 302 ff.; Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, 4. Aufl., Bd. 2 (1868), S. 101—107; Zöpfl, *Grunds. des gem. deutsch. Staatsrechtes*, Bd. 2, 5. Aufl. (1863), §. 448, Abs. IV und Note 6; Pözl, *Baierisches Verfassungsrecht*, 3. Aufl. (1860), §. 151, Note 7; Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechtes*, §. 55; Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 3. Aufl. I. 1, S. 247—250.

³⁾ Jede Verfügung des Monarchen in Civilsachen ist daher ungiltig, insbesondere sind auch Aufträge an die Gerichte, in einer anderen als in der gesetzmässigen Weise vorzugehen oder ihre gesetzmässige Thätigkeit zu unterlassen, ohne jede Rechtswirksamkeit. Pfeiffer a. a. O. S. 307, 308; Endemann, §. 23, Note 20 und die daselbst Cit. Mit Unrecht ist Wetzell §. 34, Note 17 a. A. in Betreff jener Befehle, durch welche der Monarch die gesetzmässige Thätigkeit der Gerichte sistirt; vielmehr hat das Gericht

Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt neuerlich sanctionirt, indem es (Art. 2) die Gesetze über die Competenz der Gerichte ausdrücklich aufrecht erhält.⁴⁾

Eine weitere Consequenz des ersten Principis besteht darin, dass nur der gesetzmässige Richter in Oesterreich Recht

ohne Rücksicht auf einen solchen Auftrag den Parteien die gesetzliche Hilfe zu gewähren. Noch weniger darf der Richter, wie Linde §. 103 annimmt, einen Machtspruch des Regenten in einer Civilsache den Parteien mittheilen und diesem dadurch den Schein eines rechtmässig geschöpften Urtheils verleihen.

⁴⁾ Durch das Verbot der Cabinetsjustiz ist die Beaufsichtigung der Gerichtsbehörden durch den Kaiser und seine Administrativ-Organen nicht ausgeschlossen. Als administrative Aufsichtsorgane fungieren gegenwärtig die Präsidenten der Gerichtshöfe erster Instanz und der Oberlandesgerichte, dann das Justizministerium. (§. 6 des Ges. vom 11. Juni 1868, Nr. 59, §. 90, des Ges. vom 3. Mai 1853, Nr. 81; vgl. auch Haimperl, Darstellung der Bestimmungen über die innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Civilgerichte, S. 67, 68 und S. 225—229). Kraft dieses Aufsichtsrechtes kann die Aufsichtsbehörde bei den ihr unterstehenden Gerichten jederzeit Visitationen vornehmen, Berichte abverlangen, Aufträge zur prompten Erledigung der Geschäfte ertheilen und überhaupt alle zur Beseitigung der äusseren Hindernisse einer gesetzmässigen Geschäftsführung dienlichen Massregeln treffen. Wetzell, S. 352, 353; Renaud, §. 20; Endemann, S. 80—83; Bayer, S. 17, 18; Häberlin, Deutsches Staatsrecht, Bd. 2 (1797), S. 471 bis 473; Bluntschli a. a. O. Bd. 2, S. 101—107; Rönne, I, 1, S. 323 bis 325 u. A. Die im gemeinen Rechte anerkannte Befugnis des Monarchen zur Ertheilung von Moratorien (Quinquennellen) an einzelne Schuldner — gleichsam ein privatrechtliches Begnadigungsrecht — wurde schon durch §. 353 A. G. O. aufgehoben. S. Nippel, Erl., Bd. 2, S. 333, 344. Vgl. über das Institut der Moratorien, welches durch die neuere Entwicklung des deutschen Staatsrechtes immer mehr verdrängt wird, L. 2, L. 4, C. de prec. imp. off. 1. 19; Renaud, §. 222, Note 3; Endemann, §. 251, Note 15, 16; Häberlin, Deutsches Staatsrecht, Bd. 3, §. 364; Bluntschli a. a. O. Bd. 2, S. 106; Gerber a. a. O. §. 55, Note 5. Die Ausschliessung der Moratorien durch Verfügung des Monarchen in einzelnen Fällen verhindert selbstverständlich nicht, dass den Schuldnern im Kriege und in anderen Nothständen durch einen Act der Gesetzgebung Fristen zur Zahlung und zur Erfüllung anderer Verbindlichkeiten gewährt werden. Solche allgemeine Moratorien sind in Oesterreich zu wiederholten Malen ertheilt worden, z. B. durch das Patent vom 11. Dec. 1810 für das ganze Reich (Goutta's Ges. Samml. Bd. 28, S. 523 ff.), durch ein Hofkanzleidecret vom 14. Mai 1819 für die Gemeinden von Tirol (Wessely, II, 104), durch die kais. Entschl. vom 3. Nov. 1849 und den Art. IX des Pat. vom 29. Nov. 1852, Nr. 246, (Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch) für das Königreich Ungarn.

sprechen kann. Denn ebenso wie das Object der richterlichen Thätigkeit durch allgemeine, zum Voraus gegebene Regeln beherrscht wird, muss auch das Subject derselben lediglich durch Rechtsnormen bestimmt werden. Die Zahl und die innere Einrichtung der Gerichte, dann die Vertheilung der richterlichen Macht unter denselben wird also durch die Gesetze festgestellt (Art. 2 des St. G. G. über die richterliche Gewalt). Die Existenz des höchsten Organes der Civil- und Strafjustiz: des obersten Gerichts- und Cassationshofes mit dem Geltungsgebiete für die sämmtlichen im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder ist unter den Schutz der Staatsgrundgesetze gestellt (Art. 12 des St. G. G. über die richterliche Gewalt). Auch die Zahl, die innere Einrichtung und die Competenz der Oberlandesgerichte und der Gerichte erster Instanz ist, wie sich unten in der Lehre vom Gerichte ergeben wird, durch Rechtsnormen festgestellt. Doch ist schon hier zu erwähnen, dass das Justizministerium zufolge des Gesetzes vom 26. April 1873 Nr. 62 u. des Ges. v. 11. Juni 1868 Nr. 59, §. 2, nach Einholung des Gutachtens jener Landesvertretung, in deren Gebiet die Veränderung erfolgen soll, im Verordnungswege neue Gerichte erster Instanz schaffen oder bereits bestehende beseitigen und in Betreff ihres Amtssitzes oder Amtssprengels Veränderungen vornehmen kann.

Der Grundsatz, dass die Rechtspflege nur von dem gesetzmässigen Richter auszuüben sei, hat zur nothwendigen Folge, dass auch alle Administrativ-Organen von der Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten, wenigstens soweit diese eine unanfechtbare sein soll, durch das heutige österreichische Recht ausgeschlossen sind (s. unten S. 216). Um die Vermischung der beiden grossen Gebiete der staatlichen Thätigkeit wirksam hintanzuhalten, bestimmt überdies das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt (Art. 14), dass die Rechtspflege von der Verwaltung in allen Instanzen zu trennen ist.⁵⁾ Diese Bestimmung wurde auch in dem Gesetze vom

⁵⁾ Die Trennung der Justiz von der Administration wurde in Oesterreich ebenso wie in anderen Ländern seit jeher mit dem grössten Unrecht nicht als eine technisch-juristische Frage, sondern vorwiegend als ein Punkt des liberalen Programmes in Betracht gezogen und theilte deshalb auch die wechselvollen Geschicke, welche dem Liberalismus in Oesterreich beschieden waren. In der obersten (dritten) Instanz wurde die Trennung der Justiz

11. Juni 1868, Nr. 59, vollständig durchgeführt, indem durch dasselbe die Verbindung der Administration und der Justiz, so

von der Verwaltung durch Maria Theresia bewirkt, welche im Jahre 1749 die oberste Justizstelle gründete. Doch hatte diese Behörde neben der Civil- und Strafrechtspflege in dritter Instanz auch noch die administrativen Geschäfte eines Justizministeriums für die deutsch-slavischen Provinzen zu versehen. Domin-Petrushevecz, Neuere österreichische Rechtsgeschichte, (1869), S. 33—35; Hock, Der österreichische Staatsrath, (1868 ff.), S. 7. Schon während der Regierung Maria Theresia's und Josef's II. wurden Versuche gemacht, die Justiz und die Verwaltung in der obersten Instanz wieder zu vereinigen. Hock, a. a. O. S. 14 ff., 112 ff. Erst unter Franz II. hatten diese Bestrebungen für kurze Zeit einen Erfolg, indem die oberste Justizstelle mit der obersten Leitung der Administration (der böhmisch-österreichischen und der galizischen Hofkanzlei) durch die Patente v. 20. Nov. 1797 Nr. 387 und 23. Nov. 1797 Nr. 388 verschmolzen wurde, doch wurde bereits mittelst des Hofd. v. 26. Aug. 1802 Nr. 573 die oberste Justizstelle für die deutschen und böhmischen Kronländer und für Galizien und Italien wieder hergestellt. Domin-Petrushevecz a. a. S. 213. Seither fungirte diese Behörde in der doppelten Eigenschaft, als oberster Gerichtshof und als Justizministerium bis zum Jahre 1848, in welchem die administrativen Angelegenheiten derselben entzogen und dem neugebildeten Justizministerium übertragen wurden (M. E. v. 17. März 1848 Nr. 1127 und J. M. E. v. 21. August 1848 Nr. 1176, J. G. S.). Diese Organisation wurde auch durch die spätere Gesetzgebung im Wesentlichen aufrechterhalten. Vgl. Stubenrauch, Verwaltungsgesetzkunde, 3. Aufl. Bd. 1 (1861), S. 37, 38. — Was die zweite Instanz betrifft, so arbeitete Maria Theresia den späteren Organisationen auch in dieser Richtung dadurch vor, dass sie bei den Administrativbehörden II. Instanz (Regierungen) besondere Justizsenate zur Erledigung der Justizangelegenheiten einführte. Domin-Petrushevecz a. a. O. S. 35 ff. Die vollständige Trennung der Justiz und der Administration in der zweiten Instanz erfolgte unter Josef II., welcher durch die Pat. 11. April 1782, 12. April 1782 und 18. April 1782 Nr. 43—45, J. G. S., die Thätigkeit der Regierungen auf dem Gebiete der Rechtspflege beseitigte, selbstständige Gerichtshöfe II. Instanz (Appellationsgerichte) schuf und denselben im Wesentlichen ihren gegenwärtigen judiciellen und administrativen Wirkungskreis zuwies. Dieser Theil der josefinischen Justizorganisation blieb auch in der Folge unberührt und wurde sogar auf die neuerworbenen Territorien ausgedehnt. Haimperl a. a. O. Bd. 2, S. 42—45. — In der ersten Instanz war vor den Reformen des Jahres 1848 und der neuesten Zeit die Justiz und die Verwaltung in überwiegendem Masse vereinigt, indem die ordentlichen Gerichte in den meisten Kronländern (Stadtmagistrate und Ortsgerichte) zugleich auch in grossem Umfange Verwaltungsgeschäfte versahen, während die besonderen Gerichte zumeist reine Justizbehörden waren. Haimperl a. a. O. Bd. 2, S. 1 ff. Die Reichsverfassung vom 4. März 1849, Nr. 149, §. 102, sprach principiell die Trennung

weit diese noch in der untersten Instanz (in den sog. gemischten Bezirksämtern) bestand, aufgehoben und zur Besorgung der von den gemischten Bezirksämtern bisher versehenen Justizgeschäfte selbstständige Bezirksgerichte eingeführt wurden.

Der Grundsatz, dass jeder Rechtsstreit seine endgiltige Ordnung durch Richter und in den Formen des gerichtlichen Verfahrens erhält, verhindert nicht, dass die Administrativ-Organen auch bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten eine — oft sehr umfangreiche — vorbereitende Thätigkeit entwickeln. Bei einer grossen Zahl von Streitigkeiten des Privat- und des öffentlichen Rechtes schreibt das österreichische Recht vielmehr vor, dass diese vorbereitende Untersuchung der Verwaltungsbehörden in den Formen des Administrativprocesses der gerichtlichen Cognition vorherzugehen habe. Durch jenen Grundsatz wird folglich nur dem Gedanken Ausdruck gegeben, dass nach unserem gegenwärtigen Verfassungsrechte jeder Rechtsstreit durch Anwendung der gesetzlichen Mittel vor ein in den Formen des gerichtlichen Verfahrens erkennendes Gericht zur endgiltigen Entscheidung gebracht werden kann.

Am reinsten kommt der Grundsatz, dass die Rechtssachen von dem gesetzmässigen Richter zu entscheiden sind, in der Civil- und Strafrechtspflege zum Ausdruck. Auf diesen Gebieten der staatlichen Thätigkeit geht dem gerichtlichen Verfahren keine vorbe-

der Justiz von der Administration aus und demgemäss wurde mit kais. Entschl. v. 14. Juni 1849 Nr. 278 die Ausübung der gesammten Civilrechtspflege den neuorganisirten Bezirks- und Landesgerichten überwiesen. Das A. h. Cabinets-schreiben v. 31. Dec. 1851 Nr. 4 f. d. J. 1852, Abs. 19, verfügte jedoch wieder die Vereinigung der Einzelgerichte mit den landesfürstlichen Verwaltungsbehörden erster Instanz, während die Collegialgerichte erster Instanz als selbstständige Gerichtsbehörden erhalten wurden. Während der Dauer dieser Organisation, welche durch die M. V. v. 19. Jänner 1853 Nr. 10 ihre Durchführung erhielt, wurde daher die Gerichtsbarkeit in den grösseren Städten durch selbstständige Gerichte, jene auf dem Lande dagegen im Wesentlichen durch die sog. gemischten Bezirksämter ausgeübt. Nach der Wiedereinführung des constitutionellen Lebens wurde die Trennung der Justiz und der Verwaltung sofort ins Auge gefasst, aber erst unter der Sistirungsära im Wege der Octroyirung durch mehrere Ministerialverordnungen (oben S. 50, Note 8) zunächst für Salzburg, Krain und Galizien durchgeführt. Die vollständige Realisirung des Principes der Trennung der Justiz und der Administration ist erst durch die December-Verfassung erfolgt.

reitende Cognition anderer Organe vor, jede Einwirkung der Verwaltungsbehörden ist ausgeschlossen.⁶⁾

Eine zweite Gruppe von Rechtssachen, welche man die *privatrechtlichen Verwaltungsrechtssachen* nennen kann, wurde schon oben (S. 25, 26) erwähnt. In den *privatrechtlichen Verwaltungsrechtssachen* muss der Cognition der Gerichte jene der *Administrativorgane* vorhergehen, doch brauchen die Mittel, welche der *administrative Rechtsgang* bietet (z. B. die *Berufung* oder der *Recurs* an höhere *Administrativbehörden*), nicht vollständig erschöpft zu werden. Vielmehr kann die *Rechtssache*, auch wenn nur ein *Enderkenntniss* der *Administrativinstanz* vorliegt, sogleich an den *Civilrichter* zur definitiven Entscheidung gebracht werden.⁷⁾

⁶⁾ Als eine Ausnahme von dem im Texte angeführten Grundsatz könnte die Thätigkeit der durch das Gesetz über die grundsätzlichen Bestimmungen des Gemeindewesens v. 5. März 1862 Nr. 18, Art. V, Z. 11, und das Ges. v. 21. Sept. 1869 Nr. 150 eingeführten Vermittlungsämter betrachtet werden. Nach diesen Gesetzen, dann nach einer Anzahl von Landesgesetzen (Dalmat. L. G. v. 10. Febr. 1873 Nr. 16, krain. L. G. v. 11. Mai 1873 Nr. 24 und niederöstr. L. G. v. 14. April 1874 Nr. 23) haben die (administrativen) Gemeindebehörden das Recht, Vermittlungsämter zu errichten, vor welchen die Parteien *executionsfähige* Vergleiche in *Civilrechtssachen* schliessen können. Die Parteien dürfen jedoch zum Erscheinen vor dem Vermittlungsamte nicht gezwungen werden (§. 2 d. Ges. v. 21. Sept. 1869 Nr. 150), auch ist die Vornahme eines solchen Vergleichversuches nicht die nothwendige Voraussetzung der Einleitung des streitigen Civilverfahrens. Obwohl diese vermittelnde Thätigkeit in den modernen Gesetzgebungen vielfach (vgl. z. B. Art. 48 Code de proc. und A. G. O. §§. 268, 269; W. G. O. §§. 356—358) richterlichen Organen übertragen erscheint, so ist die Ausübung derselben durch die administrativen Vermittlungsämter doch nicht einer Mitwirkung an der streitigen Civilrechtspflege gleichzuachten, weil das Verfahren vor den letzteren nicht einen repressiven, sondern einen präventiven Charakter an sich trägt. Vgl. oben §. 3.

⁷⁾ Art. 15, Abs. 1 des St. G. G. über die richt. Gew. v. 21. Dec. 1867 Nr. 144. Es ist gleichgiltig, ob das administrative Erkenntniss die Entscheidung über einen *privatrechtlichen Anspruch* ausschliesslich bezweckt (z. B. bei den administrativen Erkenntnissen über Lohnstreitigkeiten zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer) oder ob sich die Entscheidung über die *privatrechtliche Befugniss* nur als einzelnes Element der administrativen Verfügung darstellt. Dieses ist z. B. der Fall, wenn die Gemeindebehörde die Anlegung eines Gemeindeweges über ein Grundstück anordnet, dessen Eigenthum zwischen der Gemeinde und einer Privatperson streitig ist. Solche

Am eingreifendsten ist im österreichischen Rechte die Mitwirkung der Verwaltungsorgane bei der Entscheidung der öffent-

administrative Entscheidungen können zwar von den Verwaltungsbehörden, sofern das Gesetz im einzelnen Fall nicht eine entgegengesetzte Bestimmung trifft, provisorisch exequirt werden, doch steht dem in seinen Privatrechten Verletzten dagegen der Rechtsweg vor den Civilgerichten (nicht vor dem Verwaltungsgerichtshof) offen. A. A. Heyssler in den Jur. Bl. (1873), S. 90. Nur dürfen von dem Berechtigten zu diesem Ende nicht solche privatrechtliche Klagen benützt werden, welche, wie z. B. die Besitzklagen, den Civilpunkt selbst nur provisorisch ordnen, da in diesem Falle eben der provisorischen Entscheidung der Verwaltungsbehörde bloss eine gleich provisorische Entscheidung des Gerichtes entgegenstehen würde. In dem erwähnten Falle wäre also von dem Eigenthümer des Grundstückes gegen die Gemeindebehörde nach Umständen die rei vindicatio oder die actio negatoria (wohl auch die Publicana), nicht aber das possessorium ordinarium oder summariissimum anzustellen. Dies ist der Sinn des Satzes, dass gegen Entscheidungen der Verwaltungsbehörden nicht possessorisch geklagt werden dürfe. So vorherrschend die gemeinrechtliche Praxis: Seuffert, Archiv, Bd. 1, Nr. 105, Bd. 14, Nr. 96, 236 (?). Den possessorischen Schutz gegenüber Verfügungen der Verwaltungsbehörden hält dagegen für zulässig die Entscheidung in Seuffert's Archiv, Bd. 23, Nr. 229 und Pfeiffer, Die Selbstständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes, S. 208, 327, 328; Zöpfl, §. 453, Note 8; Bähr, Der Rechtsstaat, S. 65. Die österreichische Praxis versagt consequent gegen Anordnungen der Administrativorgane die possessorischen Klagen, ja einzelne Entscheidungen scheinen von der — mit dem cit. Art. 15 des St. G. G. über die richterliche Gewalt in offenbarem Widerspruch stehenden — Ansicht auszugehen, dass gegen administrative Verfügungen, welche eine Entscheidung über Privatrechte in sich schliessen, der Rechtsweg vor den Civilgerichten (auch die Benützung von petitorischen Klagen) verschlossen sei. Glaser-Unger-Walther, Nr. 735, 2555, 2557 (vor dem St. G. G. über die richterliche Gewalt), Nr. 3699, 3872, 4003 (nach dem Staatsgrundgesetz). Vgl. jedoch auch die Entsch. Nr. 3038, welche auf Grund des Art. 7. der St. G. G. über die richt. Gewalt (unten §. 18, Note 28) den possessorischen Schutz gegen Verfügungen der Gemeindeorgane für zulässig erklärt. Das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt Art. 15, Abs. 1, spricht allerdings von Entscheidungen über einander widerstrebende Ansprüche „von Privatpersonen“; allein es ist klar, dass der Staat oder die Gemeinde, wenn sie sich das Eigenthum eines Grundstückes indirect, etwa durch Anlegung einer Staats- oder Gemeindestrasse, zusprechen, in einer doppelten Eigenschaft auftreten: als Privatpersonen (als Staats- oder Gemeindefiscus), indem sie das Eigenthum des Grundstückes beanspruchen und als Staatsbehörden, indem sie eine administrative Entscheidung fällen. Widerstrebende Ansprüche von Privatpersonen sind folglich in diesen Fällen wirklich vorhanden; die Eigenthümlichkeit eines solchen Verhältnisses besteht lediglich darin, dass eine der beiden „Pri-

lich - rechtlichen Verwaltungsrechtssachen gestaltet. Die Verwaltungsstreitigkeiten, welche sich auf Fragen des öffentlichen Wohls beziehen, sind entweder blosse Interessenconflicte, welche nicht nach vorausbestimmten Regeln (Rechtsnormen), sondern lediglich nach Zweckmässigkeitsgründen zu entscheiden sind ⁸⁾; diese Conflicte werden von den Verwaltungsbehörden in dem gesetzlichen Instanzenzuge unter Ausschluss jeder Einwirkung der administrativen Gerichtshöfe ⁹⁾ erledigt. Oder die öffentlich-recht-

vatpersonen“ in ihrer Eigenschaft als Träger der Staatsgewalt zugleich eine vorläufige Entscheidung über das streitige Privatrecht zu treffen in der Lage ist.

⁸⁾ Dem Gebiet der reinen Interessenconflicte gehören namentlich Streitigkeiten an, welche sich auf die Führung der auswärtigen Angelegenheiten, auf die Armeeleitung und auf die Volkswirthschaftspflege beziehen. Denn da es an Rechtsnormen über diese Fragen in der überwiegenden Anzahl von Fällen mangelt, so haben die verschiedenen Individuen und Gruppen der Nation regelmässig nur ein Interesse, nicht aber ein Recht, dass z. B. der Krieg oder die auswärtigen Angelegenheiten in einer bestimmten Weise geführt, dass ein bestimmter Fluss auf Kosten des Staates regulirt werde u. s. f. Die Entscheidung dieser Conflicte kann deshalb nur nach Zweckmässigkeitsgründen, nicht nach Rechtsnormen erfolgen. Auch wenn es übrigens feststeht, dass ein Fall dieser Art nicht durch die im positiven Rechte enthaltenen Rechtsnormen geregelt ist, wird es doch nicht selten zweifelhaft bleiben, ob er als ein reiner Interessenconflict zu behandeln oder ob für denselben aus dem vorhandenen Vorrathe von Rechtsnormen durch Anwendung der Analogie eine Rechtsnorm zu ermitteln ist. Vgl. oben §. 11, Note 2, 3.

⁹⁾ Vgl. §. 3, lit. e des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof, wonach „Angelegenheiten, in denen und insoweit die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen vorzugehen berechtigt sind“, nicht zur Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes gehören. Das Corrollar dieses Rechtssatzes ist die Bestimmung des §. 2, Abs. 1 d. cit. G., dass der Verwaltungsgerichtshof in allen Fällen zu erkennen habe, „in denen Jemand durch eine gesetzwidrige Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde in seinen Rechten verletzt zu sein behauptet.“ Auch in dem St. G. G. über das Reichsgericht, Art. 3, ist der Grundsatz, dass zur Cognition dieses Tribunals nur Rechts-, nicht blosse Interessenconflicte gehören, sehr deutlich ausgesprochen, indem diese Gesetzesstelle dem Reichsgericht nur die Entscheidung über gewisse Ansprüche (= Rechtsansprüche) an Reich und Land, ferner über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten Rechte, also lediglich die Schlichtung gewisser Gruppen von Rechtsconflicten zuweist. Die Entscheidung der Frage, ob die Verwaltungsbehörden einen Interessenconflict vom Standpunkte der Zweckmässigkeit richtig gelöst haben, ist folglich von der Cognition des Reichsgerichtes und

lichen Verwaltungsstreitigkeiten sind wahre Rechtssachen, welche ähnlich wie die Privatrechtsstreitigkeiten durch Rechtsnormen bestimmt werden (z. B. die Frage, ob Jemand nach den geltenden Gesetzen zur Entrichtung der Grundsteuer in einem bestimmten Betrage verpflichtet ist); diese Verwaltungsrechtsstreitigkeiten werden gegenwärtig in der Regel durch das Zusammenwirken von administrativen und gerichtlichen Organen entschieden.¹⁰⁾ Und

des Verwaltungsgerichtshofes gleichmässig ausgeschlossen. Sehr häufig wird es übrigens zweifelhaft sein, ob unsere Gesetze eine Verwaltungssache als Rechts- oder als Zweckmässigkeitsfrage behandelt wissen wollen, was sich vorzugsweise daraus erklärt, dass diese Bestimmungen noch eine Organisation der Verwaltung im Auge haben, in welcher die Administrativorgane sowohl über die Rechts- als auch über die Zweckmässigkeitsfrage endgültig entschieden (s. d. folg. Note) und wo deshalb eine scharfe Sonderung der beiden Elemente nicht nothwendig war. So bestimmt z. B. der §. 6 des Ges. v. 15. Nov. 1867 Nr. 134, dass die Landesstelle die Bildung eines Vereines untersagen kann, wenn derselbe nach seinem Zwecke oder nach seiner Einrichtung gesetz- oder rechtswidrig oder „staatsgefährlich“ ist. In ähnlicher Weise ist die Administrativbehörde nach §. 6 des Ges. v. 15. Nov. 1867 Nr. 135 berechtigt, Versammlungen zu verbieten, deren Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft oder deren Abhaltung „die öffentliche Sicherheit oder das öffentliche Wohl gefährdet“. Wie weit der Gesetzgeber durch solche Bestimmungen die Entscheidung der Administrativorgane rechtlich binden oder dieselbe in ihr Ermessen legen wollte, ist Sache der Auslegung. Im Allgemeinen wird die Grenzlinie zwischen der Rechts- und Zweckmässigkeitsfrage in ähnlichen Fällen wohl so zu ziehen sein, dass die administrativen Gerichte als eine Rechtsfrage zu untersuchen haben, ob die Verwaltung zur Begründung ihrer Entscheidung Thatsachen anzuführen vermag, welche die gesetzliche Qualification als möglich erscheinen lassen, wogegen die Entscheidung der Frage, ob diese Qualification in dem einzelnen Falle wirklich vorhanden ist, lediglich dem Ermessen der Administrativorgane vorbehalten bleibt. Vgl. Bähr, Der Rechtsstaat, (1864), S. 60 und die Entscheidungen des Reichsgerichtes in Hye's Sammlung (1874—1876), Nr. 57, 70, 78. Die Folge dieser Auffassung wird sein, dass Beschwerden gegen Verfügungen der Verwaltungsbehörden auf Grundlage ähnlicher Gesetzesbestimmungen von dem administrativen Gerichtshof zwar nicht a limine judicii zurückzuweisen sind, dass sie aber nur selten von praktischem Erfolg begleitet sein werden. Vgl. jedoch Hye's Sammlung Nr. 5. S. auch die folgende Note.

¹⁰⁾ Ueber das Verhältniss der Verwaltungsbehörden zu den Gerichten (Note 11) haben sich drei wesentlich verschiedene Grundansichten geltend gemacht, welche wieder im Detail manche Abweichungen bieten. Die erste Gruppe von Schriftstellern und Gesetzgebern will die Entscheidungen der Verwaltungsbehörden weder in Beziehung auf die Rechts-, noch auch auf die Zweckmässigkeitsfrage einer gerichtlichen Ueberprüfung unterwerfen.

zwar gilt hier im Gegensatz zu den privatrechtlichen Verwaltungsrechtssachen der Grundsatz, dass dem gerichtlichen Verfahren

Nach dieser Auffassung entscheiden die Verwaltungs- und die Justizorgane in den ihnen zugewiesenen Gebieten mit gleicher Selbstständigkeit und Unabhängigkeit. Hierher gehören zahlreiche Schriftsteller aus der ersten Hälfte dieses Jahrhunderts und die österreichische Gesetzgebung bis zur Erlassung der December-Verfassung. Vgl. Büff, Das Verhältniss der Gerichte zu Staats- und Regierungssachen in *Linde's Zeitsch. N. F. Bd. 11, S. 305—396*; *Stahl, Rechts- und Staatslehre, 2. Abth., S. 608* (vgl. jedoch auch S. 617); *Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl., 2. Bd. (1868), S. 247—263, bes. 250, 251* (vgl. jedoch auch 244—247). — Eine zweite Ansicht unterwirft die Verfügungen der Verwaltungsbehörden der richterlichen Controle nur in Beziehung auf ihre Recht-, nicht aber auf ihre Zweckmässigkeit. Hierher gehören die meisten neueren Schriftsteller und die österreichische Gesetzgebung, wie sich dieselbe auf Grund der December-Verfassung in der neuesten Zeit ausgebildet hat (Note 9). *S. Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. 3 (1858), S. 204*; *Derselbe, Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. 3. Aufl., Bd. 1, S. 63—70*; *Pfeiffer a. a. O. (oben Note 2), S. 309—310*; *Zöpfl, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechtes, Bd. 2, §§. 453, 454*; *Bähr, (1864), Der Rechtsstaat, S. 45—47*. *Harrasowsky, in der G. Z. 1869 Nr. 37—40 (bes. S. 154)*; *Lemayer, ebenda, 1872 Nr. 62, S. 246*; *Heyssler, in den Jur. Blättern (1873), Nr. 7, 8, 9*; *Kissling, Beiträge zur Theorie des Verwaltungsrechtes, (1876), S. 21*. Einzelne Schriftsteller, welche im Allgemeinen dieser Ansicht huldigen, wollen den Rechtsweg (die administrative Klage) nur dann zulassen, wenn durch einen Act der Regierung ein Gesetz (nicht eine blossе Verordnung) verletzt wird, wogegen in allen übrigen Fällen nur die Beschwerde im administrativen Instanzenzug gestattet sein soll. Der Gesichtspunkt, auf dem diese Unterscheidung beruht, ist die eigenthümliche Natur der Verordnung, welche als ein einseitiger Act der vollziehenden Gewalt von dieser beliebig aufgehoben, modificirt und auch interpretirt werden kann. *Stein, Verwaltungslehre, Bd. 1 (1865), S. 113—148*. Diese Ansicht ist, soweit sie der Administration die Befugniss ertheilt, ihre eigenen Verordnungen nach ihrem Ermessen zu interpretiren und zu vollziehen, gewiss unrichtig, vielmehr haben die Staatsbürger ein unbestreitbares Recht, dass die Verwaltung ihre Verordnungen, so lang diese bestehen, ebenso wie die Gesetze befolge. — Eine dritte Auffassung, welche namentlich von *Gneist* vertreten wird, will eine controlirende Judicatur der Verwaltungsgerichte über die Administrativverfügungen sowohl in Betreff ihrer Recht- als auch in Ansehung ihrer Zweckmässigkeit zulassen. *Gneist* will nämlich die Beschwerde an die Verwaltungsgerichte nicht nur gegen rechtswidrige Entscheidungen der Administrativbehörden zulassen, sondern auch gegen „die parteimässige Massbestimmung in Ertheilung oder Versagung der zahlreichen Gewerbeconcessionen, der obrigkeitlichen Consense, parteimässige Handhabung der Ordnungspolizei, parteiische Ein-

eine erschöpfende administrative Cognition vorangehen muss, d. h. es müssen alle processualischen Mittel, welche der administrative Rechtsgang bietet, benützt worden sein, ehe die Verwaltungsrechtssache der gerichtlichen Prüfung unterzogen werden kann. Die endgiltige Entscheidung der Verwaltungsrechtsstreitig-

schätzung zur Einkommen- und Gewerbesteuer, parteimässige Berücksichtigung im Militärdienste“. S. die Verhandlungen des 12. deutschen Juristentages (1875), Bd. 3, S. 235. Vgl. auch Gneist (1872), Der Rechtsstaat, S. 27, 30, 31, 153, 157, 169. Demgemäss stellte Gneist in der vierten Abtheilung des zwölften deutschen Juristentages den Antrag, dass derselbe seine Ueberzeugung dahin aussprechen möge: „Es bedarf neben den ordentlichen Gerichten einer ergänzenden Verwaltungsjurisdiction für Fälle einer rechtswidrigen oder parteiischen Anwendung der Staatsgewalt in Entscheidungen und Verfügungen der Verwaltungsbehörden.“ Verh. d. 12. J. T. Bd. 3, S. 245. (Etwas abweichend a. a. O. S. 241.) Dieser Antrag wurde von der Abtheilung einstimmig angenommen (a. a. O. S. 251) und die Annahme dem Plenum des Juristentages zur Kenntniss gebracht (a. a. O. S. 325—331). Die Ansichten Gneist's sind im Wesentlichen adoptirt von Dr. Rudolf Korb in seinem Aufsatz „Der Gesetzentwurf über den Verwaltungsgerichtshof“ in der Zeitsch. f. Verw. (1873), Nr. 15 ff. Dass diese Auffassung die Grenzen der Verwaltungsjurisdiction weit über das Mass des Nützlichen ausdehnt, scheint mir unzweifelhaft. Die von Gneist angeführten Fälle einer parteiischen Anwendung der Staatsgewalt sind weitaus nicht die wichtigsten; viel öfter kommen Parteilichkeiten oder unrichtige „Massbestimmungen“ erfahrungsgemäss auf anderen Gebieten vor, z. B. bei der Besetzung der Staatsämter, bei der Ertheilung von Eisenbahnconcessionen, beim Abschluss von Lieferungscontracten, bei Fluss- und Strassenbauten, bei der Dislocation der Truppen u. s. f. Ueberhaupt können, wenn man der Verwaltungsjustiz das Recht ertheilt, gegen jede „parteiische“ Anwendung der Staatsgewalt Hilfe zu gewähren, alle von den Verwaltungsbehörden entschiedenen Fragen des öffentlichen Wohls vor die administrativen Gerichte gebracht werden, da die Parteilichkeit, soweit sie nicht rechtswidrig ist, eben in der Zurücksetzung eines Interesses zu Gunsten eines minder bedeutsamen Interesses besteht. Es wäre nun gewiss ein augenscheinlicher Widerspruch, wenn zur Verhinderung von einzelnen minder wichtigen Parteilichkeiten die Verwaltungsjustiz dienen würde, während die Entscheidung von zahllosen ungleich wichtigeren Interessenconflicten dieser Controle entbehren soll und wohl für alle Zukunft entbehren wird! Wollte man aber, was allerdings in der Consequenz der hier bekämpften Auffassung liegt, den Verwaltungsgerichten die Cognition über alle Parteilichkeiten der Verwaltungsorgane einräumen, so würden diese Gerichtshöfe als die wahren Träger der gesammten vollziehenden Gewalt erscheinen, ein Resultat, welches gewiss nicht wünschenswerth, ja kaum als durchführbar erscheint.

keiten ruht nach Verschiedenheit der Fälle beim Reichsgericht oder dem Verwaltungsgerichtshof.¹¹⁾

Folgende Tabelle wird einen Ueberblick über die Wirksamkeit der Gerichte in den verschiedenen Gebieten der Rechtspflege bieten:

¹¹⁾ Die österreichische Gesetzgebung hat die Handhabung der Administrativjustiz nicht den ordentlichen Civil-, sondern besonderen Verwaltungsgerichten übertragen. Ebenso die Gesetzgebungen von Frankreich, Baden und Preussen. Frankreich: Chauveau, *Procédure administrative*, 4. Aufl. (1873), Nr. 6—16; Block, *Dictionnaire de l'administration française*, 2. Aufl. (1875), Art. Administration Nr. 93—101; Gneist, *Der Rechtsstaat*, S. 83, 89—95. — Baden: Wielandt, *Die Verwaltungsrechtspflege in Baden*, in Hartmann's Zeitschrift für das öffentliche Recht, Bd. 1 (1875), S. 372—376. — Preussen: Ges. v. 3. Juli 1875, §§. 8—30. Auch die überwiegende Anzahl von Schriftstellern hat sich für das System der selbstständigen Verwaltungsgerichte ausgesprochen. Mohl, *Die Polizeiwissenschaft*, 3. Aufl., Bd. 1 (1866), S. 68, 69; Bluntschli, *Allgemeines Staatsrecht*, Bd. 2, S. 244—247; Gneist (1872), *Der Rechtsstaat*, S. 167—172; Kissling, *Beiträge zur Theorie des Verwaltungsrechtes*, (1876), S. 11—15 u. A. Dagegen wird die Verwaltungsjurisdiction in Italien, Russland und in gewissem Grade auch in England von den ordentlichen Civilgerichten gehandhabt. Italien: Ges. v. 20. März 1865, Art. 2. (Die wesentlichen Bestimmungen dieses Gesetzes sind bei Grünwald, *Der österreichische Verwaltungsgerichtshof*, [1875], S. 41 bis 44, abgedruckt). Vgl. auch Art. 84, Abs. 1 der Ital. C. P. O. und dazu Mattei, *Annotazioni al Cod. di proc.*, S. 65—68; ferner Koller, in der *Krit. Vierteljahrschr.* Bd. 17 (1875), S. 525—528. — Russland: Art. 2 der Russ. C. P. O. — In England wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit in erster Instanz regelmässig von den Friedensrichtern ausgeübt, welche weder als reine Administrativbeamte, noch auch blos als Richter betrachtet werden können, weil sie sowohl administrative als auch richterliche Functionen in grossem Umfange vereinigen. Stephen, *Comm. on English Law*, 7. Aufl., Bd. 2 (1874), S. 642—651. In zweiter Instanz fungirt das in den Quartalsitzungen vereinigte Gesammtcollegium der Friedensrichter jeder Grafschaft, in dritter Instanz der durch die neueste Gesetzgebung (36 und 37 Vict. c. 66 vom Jahre 1873) gebildete Centralgerichtshof (*Supreme Court of Judicature*), welcher in seiner Eigenschaft als *High Court* die Verwaltungsgerichtsbarkeit in dritter Instanz ausübt. Nach englischem Rechte wird folglich wenigstens in der höchsten Instanz die ordentliche Civil- und die Verwaltungsjurisdiction von demselben Tribunal gehandhabt. Stephen a. a. O. Bd. 3 (1874), S. 318—357, bes. S. 356; Gneist, *Verwaltung, Justiz, Rechtsweg*, (1869) S. 148—154; Derselbe, *Der Rechtsstaat*, S. 25—34. Ueber die ältere deutsche Literatur vgl. Mohl, *Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*, Bd. 2, S. 329 ff.; über die ältere französische Literatur, Bd. 3, S. 214 ff.

- | | | |
|--------------------------------------|---|---|
| I. Der gerichtliche Rechtsstreit. | { | a) Der Civilprocess (die entscheidende Instanz: das Civilgericht). |
| | | b) Der Strafprocess (die entscheidende Instanz: das Strafgericht). |
| II. Der administrative Rechtsstreit. | { | a) Der privatrechtliche Verwaltungsrechtsstreit (die entscheidenden Instanzen: die Administrativbehörde und eventuell das Civilgericht). |
| | | b) Der öffentlichrechtliche Verwaltungsrechtsstreit (die entscheidenden Instanzen: die Administrativbehörde und eventuell das Reichsgericht oder der Verwaltungsgerichtshof). |

Wie sich aus dieser Zusammenstellung ergibt, ist der Grundsatz, dass die Rechtssachen von Richtern zu entscheiden sind, im österreichischen Rechte mit geringfügigen Ausnahmen (§. 3 d. Ges. üb. d. V. G. H.) durchgeführt. Nur in den Civil- und Strafsachen erfolgt zwar die Entscheidung nothwendig durch Richter in der Form des gerichtlichen Verfahrens, in Betreff der übrigen Rechtssachen ist aber wenigstens den Betheiligten die Möglichkeit eröffnet, sie nach ihrem Ermessen zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen. ¹²⁾

¹²⁾ Ohne Bedeutung für die Geltung des Grundsatzes, dass jede Rechtssache an den Richter zur endgiltigen Entscheidung gebracht werden kann, ist die Form, in welcher dieser seine Entscheidungen abgibt. Nach der Intensität, mit welcher sich der Ausspruch des Richters gegen das Unrecht kehrt, ist diese Entscheidungsform im österreichischen Rechte eine dreifache. Die Civil- und Strafgerichte, dann das Reichsgericht, wenn es über die im Art. 3 lit. a des St. G. G. über d. R. G. bezeichneten Ansprüche an Reich und Land erkennt, stellen in ihren Urtheilen das Dasein des Unrechtes fest, heben es so weit möglich auf und bezeichnen zugleich die Handlungen, welche die condemnirte Partei zur Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes zu vollziehen hat. Am anschaulichsten treten diese drei Elemente in den Urtheilen der Strafgerichte hervor, welche das Verbrechen des Verurtheilten constatiren, dasselbe dadurch, dass sie es als solches bezeichnen, aufheben und zugleich die Handlungen, welche der Verbrecher zur Sühne seines Verbrechens vornehmen soll (die Strafe), feststellen. Implicit sind aber jene drei Bestandtheile auch in jedem Urtheil des Reichsgerichtes auf Grund des cit. Art. 3 lit. a d. St. G. G., dann in allen Erkenntnissen der Civil-

Den Gegensatz zu diesen gesetzmässigen Gerichten bildet das Ausnahmengericht. Ein solches ist zunächst dann vorhanden, wenn durch Verfügung des Monarchen oder einer anderen staatlichen Macht ein Gericht ausserhalb des gesetzlichen Organismus gebildet (sog. Justizcommission) oder einem an sich gesetzmässigen Gericht ein mit den allgemeinen Competenzvorschriften in Widerspruch stehender Wirkungskreis eingeräumt wird. Die Einsetzung von solchen aussergesetzlichen Gerichten ist durch die Bestimmung des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt, wonach die Organisation und die Competenz der Gerichte durch Gesetze bestimmt wird (Art. 2. S. St. G. G.), schlechterdings ausgeschlossen; alle Verfügungen solcher Gerichte, namentlich auch in Civilrechtsachen, sind absolut nichtig und brauchen von den Unterthanen nicht befolgt zu werden.¹³⁾ Dann aber versteht man zweitens unter jener Bezeichnung auch solche Gerichte, welche zwar in den Gesetzen vorgesehen sind, aber doch ausserhalb der normalen Organisation der Rechtspflege stehen. Zu dieser Gruppe gehören insbesondere die Standgerichte, welche zufolge der Strafprocess-

gerichte enthalten. In minder intensiver Weise erfolgt die Zurückdrängung des Unrechtes durch den Verwaltungsgerichtshof; dieser bezeichnet lediglich das Unrecht, welches durch die Entscheidung oder Verfügung der Verwaltungsbehörde eingetreten ist und hebt dasselbe auf, indem er den Act der Administrativbehörde cassirt, er enthält sich aber einer positiven Ordnung des gestörten Rechtsverhältnisses (§. 7 d. Ges. über d. V. G. H.). Die Urtheile des Reichsgerichtes endlich, soweit dieses über Beschwerden der Staatsbürger wegen Verletzung der ihnen durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte erkennt (Art. 3 lit. b des St. G. G. über d. R. G.) enthalten nur das erste der drei oben erwähnten Elemente, da dieselben bloz auszusprechen haben, ob und in welchem Umfange die behauptete Verletzung eines politischen Rechtes des Beschwerdeführers durch die Administrativbehörde erfolgt ist, ohne dass doch die Verfügung dieser Letzteren aufgehoben oder ihr die Vornahme der zur Wiederherstellung des gestörten Rechtszustandes erforderlichen Handlungen aufgetragen werden darf. Vgl. oben S. 9—11 und Hye in seiner Sammlung der Erk. des R. G. 2. Th. (1876), S. V, VI. Note. Auch bei der zweiten und dritten Entscheidungsform ist aber die von dem Verwaltungsgerichtshof (§. 7, Abs. 2 d. Ges. über d. V. G. H.) und dem Reichsgerichte (in dem Urtheil oder seinen Gründen) geäusserte Auffassung für die Administrativbehörde bindend; die endgiltige Entscheidung liegt folglich auch in diesen Fällen in der Hand des Richters.

¹³⁾ Die Ausschliessung der Justizcommissionen hängt mit dem Verbot der Cabinetsjustiz (Note 2) zusammen und ist, ebenso wie dieses, gegenwärtig wohl

ordnung (§§. 429, 430) nur eingesetzt werden können, wenn die übrigen gesetzlichen Mittel zur Unterdrückung eines Aufruhrs nicht ausreichen, dann wenn in einzelnen oder mehreren Bezirken Mord, Raub, Brandlegung oder das im §. 85 St. G. B. vorgesehene Verbrechen der öffentlichen Gewaltthätigkeit in besonders gefährdender Weise um sich greifen. Solche innerhalb des Rahmens der Gesetze stehende Ausnahmsgerichte sind zwar durch den Art. 2 d. St. G. G. über d. r. G. nicht ausgeschlossen; da jedoch die Civilrechtspflege sich auf Rechtsverhältnisse bezieht, deren Verletzung das Staatsinteresse nur mittelbar berührt (oben S. 12 bis 14), so hat die österreichische ebenso wie die fremden Gesetzgebungen solche Ausnahmsgerichte nur auf dem Gebiete des Strafprocesses zugelassen. Immerhin bleibt es aber fraglich, ob der Gedanke, welcher den Ausnahmsgerichten in der Criminaljustiz zu Grunde liegt, nicht auch auf die Civilrechtspflege (durch Einführung einer Art von „privatrechtlichen Standgerichten“ in ausserordentlichen Fällen) eine nützliche Ausdehnung finden könnte. Denn es unterliegt wohl keinem Zweifel, dass grosse volkswirthschaftliche Krisen durch den mangelhaften Rechtsschutz, welchen unsere ordentliche Civilrechtspflege gegen aussergewöhnlich vermehrte Privatrechtsverletzungen bloß zu bieten vermag, erheblich verschärft zu werden pflegen.

allgemein anerkannt. Gönner, Handb. des gem. deutsch. Processes, Bd. 1, 2. Aufl. (1804), 1, §. 9—13 und Deutsches Staatsrecht, (1804), §. 303. (Dieser Schriftsteller lässt aber noch manche Ausnahmen zu; so soll z. B. der Monarch auf Verlangen beider Theile berechtigt sein, eine Justizcommission einzusetzen); Zöpfl, Deutsch. Staatsrecht, Bd. 2, 5. Aufl. (1863), §. 290, Note 4, §. 296, Note 2, §. 448, Note 12 und die daselbst zahlreich angeführten deutschen Verfassungsgesetze; Wetzell, §. 35, Note 13—17; Endemann, §. 23, 41; Renaud, §. 20. Die Uebertragung der Jurisdiction kann nach österreichischem Rechte nur durch das Processgericht (§. 11 J. N.) oder durch ein vorgesetztes Gericht (§. 7, 8 J. N.), niemals aber durch eine ausserhalb des Justizorganismus stehende Macht erfolgen.

§. 18.

A. Die Stellung des Richters zu dem Civilrechtsstreit. (Die Unabhängigkeit der Civilrechtspflege.)

(Fortsetzung.)

Zur Sicherung einer dem Gesetze entsprechenden Rechtspflege genügt es nicht, dass nur der gesetzmässige Richter Recht spreche, es muss dieser vielmehr auch in die Lage versetzt werden, die Rechtspflege nach dem Gesetze und nur nach dem Gesetze zu verwalten. Die Massregeln, welche das constitutionelle Staatsrecht zu diesem Zwecke getroffen hat, sind vielfach ungenügend und bedürfen in manchen Richtungen einer Erweiterung und Ausbildung. Im österreichischen Rechte zeigt sich die Tendenz, dem Richter die gesetzmässige Ausübung der Rechtspflege zu ermöglichen, in einer doppelten Richtung wirksam. Zunächst dadurch, dass der Richter von positiven Nachtheilen, die ihm aus der gesetzmässigen Erfüllung seiner Amtspflicht widerfahren könnten, von Gesetzeswegen geschützt wird. Dann aber hat zweitens der Richter innerhalb bestimmter Schranken das Recht und die Pflicht, die Befehle der staatlichen Organe, welche sich formell als Rechtsnormen darstellen, in ihrer Rechtsbeständigkeit zu prüfen und nur jene im Rechtsleben zur Anwendung zu bringen, welche sich mit Rücksicht auf die verfassungsmässige Ordnung als gültige Normen des Handelns der Staatsgenossen darstellen. Man kann jenen Schutz des Richters vor Nachtheilen als die subjective Garantie, dieses Prüfungsrecht dagegen als die objective Garantie einer gesetzmässigen Rechtssprechung bezeichnen.

Die subjectiven Garantien einer gesetzmässigen Ausübung der Rechtspflege bestehen vorzüglich in der selbstständigen,

unantastbaren Lebensstellung, welche gegenwärtig das österreichische Recht ¹⁾ dem Richterstande ²⁾ anweist; weder die Ausübung seines Amtes, noch auch der Genuss der damit verbundenen materiellen Vortheile kann dem Richter durch Willküracte

¹⁾ Vor dem Jahre 1848 hatten die Richter der landesfürstlichen und der städtischen Patrimonialgerichte eine ähnliche staatsrechtliche Stellung wie gegenwärtig die Administrativbeamten, dagegen konnten die gutsherrlichen Patrimonialrichter — der weit überwiegende Theil des gesammten Richterpersonals — von dem Gerichtsherrn jederzeit ihres Amtes entsetzt werden. Haimperl-Wagner, Die Lehre von den Civilgerichtsstellen, (1834), Bd. 1, S. 56. Der erste Schritt zu einer Besserung dieser precären Lage der richterlichen Beamten erfolgte durch §. 7 des J. M. E. vom 21. Aug. 1848, Nr. 1176, welcher zur Cassirung eines Justizbeamten ein Erkenntniss des obersten Gerichtshofes für nothwendig erklärte. Die Reichsverfassung vom 4. März 1849, §. 101, enthielt über die Unabsetzbarkeit und die Unversetzbarkeit der Richter ganz analoge Bestimmungen wie gegenwärtig das St. G. G. über die richterliche Gewalt, welche in den §§. 60—118 des org. Ges. über die Gerichtsstellen vom 28. Juni 1850 Nr. 258, ihre Ausführung erhielten. Der wesentliche Unterschied zwischen dem Ges. vom 28. Juni 1850 und dem gegenwärtig geltenden Disciplinargesetz vom 21. Mai 1868 Nr. 46 besteht darin, dass nach dem ersteren die Disciplinarstrafen gegen selbstständige Richter nur von einem Disciplinargerichte nach einem gerichtlichen Verfahren, gegen die Hilfsrichter und das Kanzlei- und Dienerpersonale dagegen durch die Justizverwaltungsbehörden im administrativen Wege verhängt werden konnten, während gegenwärtig ein solches administratives Disciplinarverfahren nur gegen das Kanzlei- und Dienerpersonale, (aber nicht gegen die Hilfsrichter) zulässig ist. §. 65, 66, 72, 73 des Ges. v. 28. Juni 1850; §. 1, 7 des Ges. v. 21. Mai 1868, vgl. mit §§. 75—89 der Ger. Inst. v. 3. Mai 1853 Nr. 81. Das A. h. Cabinetsschreiben v. 31. Dec. 1851 Nr. 4, R. G. B. vom Jahre 1852, Abs. 18, stellte jedoch die richterlichen und die Administrativbeamten in Absicht auf ihre persönlichen Dienstbeziehungen wieder gleich und demgemäss wurde auch dem Disciplinarverfahren gegen richterliche Beamte durch die §§. 75—89 d. K. P. vom 3. Mai 1853 Nr. 81 ein vorherrschend administrativer Charakter verliehen. Der gegenwärtig in Folge des Ges. vom 21. Mai 1868 geltende Rechtszustand entspricht den Traditionen des deutschen Staatrechtes. Vgl. unten Note 3.

²⁾ Das österreichische Recht unterscheidet in Beziehung auf die Garantien der richterlichen Berufsstellung drei Kategorien von richterlichen Beamten: 1) Die selbstständigen Richter, zu welcher Classe das Ges. vom 21. Mai 1868, Nr. 46, §. 1, die Präsidenten, die Vicepräsidenten, die Räte und Referenten der Gerichtshöfe, dann die Bezirksrichter zählt; 2) die Hilfsrichter, d. i. die Secretäre, Adjuncten und Auscultanten (§. 1 cit.); 3) das Kanzlei- und Dienerpersonal. Rücksichtlich der ersten Gruppe vgl. Note 3—7, rücksichtlich der zweiten und dritten Note 8.

der Regierung entzogen werden.³⁾ Dies zeigt sich schon in der Art, wie die Besetzung der Richterstellen erfolgt, indem die Richter vom Kaiser oder in dessen Namen definitiv und auf Lebensdauer ernannt werden. (Artikel 5 des Staatsgrundgesetzes.)⁴⁾ Noch mehr tritt aber die bevorzugte Stellung des Richterstandes dadurch hervor, dass die totale⁵⁾ oder par-

³⁾ Dass die Stellung des Richterpersonales eine besonders gesicherte sein müsse, kann als ein allgemein adoptirtes Princip des Staatsrechtes betrachtet werden, wenngleich das Mass der gewährten Garantien in den einzelnen Staaten ein verschiedenes ist. Zöpfl a. a. O. §. 455, Note 3; Bluntschli a. a. O. Bd. 2, S. 149; Gerber a. a. O. §. 55, Note 4; Wetzell, §. 34, Note 7; Endemann, §. 32, Abs. 1. Der wesentliche Inhalt dieser besonderen Garantien des Richteramtes besteht nach österr. Rechte darin, dass dem Richter durch die Ernennung ein Theil der staatlichen Macht endgiltig übertragen wird, während die Administrativbeamten jederzeit durch einen blossen Willensact der Regierung aus ihrem Wirkungskreise entsetzt und entweder aus dem Staatsdienste ganz entfernt oder doch auf einen anderen Dienstposten versetzt werden können. Der Anspruch des Administrativbeamten auf den Gehalt oder die Pension kann ihm dagegen nicht durch den blossen Willen der Regierung entzogen werden.

⁴⁾ Die Uebertragung der richterlichen Gewalt darf also in Oesterreich weder auf eine bestimmte Zeit, noch auch auf Widerruf oder unter einer Suspensiv- oder Resolutivbedingung erfolgen. Dagegen halte ich die Ernennung von einem bestimmten Zeitpunkte an für zulässig, da diese sofort eine definitive ist und nur der Beginn ihrer Wirksamkeit aufgeschoben wird. Sehr belehrend sind über diese Frage die englischen Verfassungskämpfe, welche zur Folge hatten, dass die Ernennung der Richter auf Widerruf (during pleasure) allmählig durch die definitive Ernennung (during good behaviour) verdrängt wurde. S. Ernst Meier in seinem Aufsätze „Ueber das Verhältniss von Justiz und Verwaltung in England“ in Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht, Bd. 1, S. 329–332. Eine ähnliche Entwicklung hat in Oesterreich stattgefunden. Vgl. Note 1.

⁵⁾ Nach §. 7 des Ges. vom 21. Mai 1868 Nr. 46 kann eine Disciplinarstrafe gegen einen richterlichen Beamten nur durch Erkenntniss des zuständigen Disciplinargerichtes nach vorausgegangener mündlicher Verhandlung verhängt werden. Zu den Disciplinarstrafen gehört selbstverständlich auch die vollständige Entziehung der dem richterlichen Beamten verliehenen Macht und der damit verbundenen Vortheile. (Dienstesentlassung) §. 6, lit. c, des Ges. v. 21. Mai 1868. Die Dienstesentlassung darf über einen selbstständigen Richter nur als Disciplinarstrafe verhängt werden, als administrative Massregel ist dieselbe unbedingt unzulässig. Insbesondere kann sie — im Gegensatz zu der Pensionirung und Uebersetzung (Note 6, 7) — auch bei Veränderungen in der Organisation nicht im administrativen Wege verhängt

tielle ⁶⁾ Entziehung des einmal übertragenen Richteramtes und der damit verbundenen materiellen Vortheile, ja selbst erheblichere Modificationen in der Ausübung desselben (z. B. die Versetzung an einen anderen Amtsort), ⁷⁾ gegen den Willen des betroffenen Richters nur in Folge einer Entscheidung richterlicher Standesgenossen (*judicio parium*) erfolgen können (Art. 6 St. G. G.). Doch sind diese Begünstigungen, durch welche der Richterstand zu einem geschlossenen, bloß von seinen eigenen sittlichen Auffassungen beherrschten Lebenskreise erhoben wird, lediglich auf jene Mitglieder desselben beschränkt, welche an der Verwaltung der Rechtspflege selbstständig und unter eigener Verantwortlichkeit theilnehmen, während die Hilfsrichter und das Kanzlei- und Dienerpersonale (Note 2) eine den Administrativbeamten analoge Stellung einnehmen. ⁸⁾

werden. Art. 6, Abs. 2 des St. G. G. über die richt. Gew. Vgl. auch Pfeiffer, Die Selbstständigkeit des Richteramtes, S. 319, 320.

⁶⁾ Eine partielle Entziehung des Staatsamtes ist die Pensionirung, durch welche dem Staatsdiener die ihm anvertraute staatliche Macht vollständig, die damit verbundenen Vortheile, insbesondere der Gehalt und die Nebenbezüge, nur theilweise entzogen werden. Sie kann gegen selbstständige Richter (Note 2) niemals durch eine Verfügung der Justiz-Administrativbehörden, sondern nur durch eine Entscheidung des Disciplinargerichtes ausgesprochen werden, ohne Rücksicht, ob sie als Disciplinarstrafe (§. 6, lit. b, d. Ges. v. 21. Mai 1868) oder wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen (§. 50 d. cit. Ges.) erfolgt. Nur bei Veränderungen in der Organisation der Gerichte ist auch eine Pensionirung selbstständiger Richter durch einen blossen Willensact der Administrativorgane (als bloss administrative Massregel) zulässig. Art. 6, Abs. 2 d. St. G. G. über die richt. Gew., Ges. vom 26. April 1873, Nr. 62. Ueber die Pensionirung der Hilfsrichter, dann des Kanzlei- und Dienerpersonales vgl. unten Note 8.

⁷⁾ Die Versetzung eines selbstständigen Richters kann im Wesentlichen nur unter denselben formellen Voraussetzungen, wie dessen Pensionirung, erfolgen. Vgl. die vorige Note und §. 43, 45, 46 d. Ges. v. 21. Mai 1868.

⁸⁾ Die Hilfsrichter (Note 2) können durch eine blosser Verfügung der Justiz-Administrativbehörden pensionirt und versetzt werden §§. 55, 48 des Ges. v. 21. Mai 1868. Ebenso das Kanzlei- und Dienerpersonale, auf welches die Privilegien des Richterstandes überhaupt nicht ausgedehnt worden sind (Art. 6 des St. G. G. über die richt. Gew.). Ein wichtiger Unterschied in der Lebensstellung der Hilfsrichter und des Kanzlei- und Dienerpersonales besteht jedoch darin, dass Disciplinarstrafen gegen die ersteren nur von dem Disciplinargerichte in den gerichtlichen Formen verhängt werden dürfen (§. 7 des Ges. v. 21. Mai 1868), wogegen die Disciplinarverhandlung gegen das

Eine wichtige Garantie der gesetzmässigen Rechtsprechung liegt ferner auch in der Befugniss des Richters, die vorhandenen Rechtsnormen in ihrer Rechtsbeständigkeit zu prüfen. Der Umfang dieses Prüfungsrechtes hängt von der Form ab, in welcher sich die Rechtsnormen dem erkennenden Richter darstellen. Mit Rücksicht auf die formelle Beschaffenheit lassen sich nach dem heutigen österreichischen Staatsrechte ⁹⁾ drei Arten von Rechtsnormen unterscheiden: das Gesetz, die Nothverordnung, die Verordnung. ¹⁰⁾ Ein Gesetz ist vorhanden, wenn eine Rechtsnorm vom Kaiser

richterliche Kanzlei- und Dienerpersonale von den Justiz-Administrativbehörden in den Formen des administrativen Verfahrens durchgeführt wird (§. 75—89 der Ger. Instr. v. 3. Mai 1853, Nr. 81). Soweit also die Pensionirung und die Versetzung sich nicht als blosse administrative Massregeln, sondern als Disciplinarstrafen darstellen (§. 6, lit. a und b des Ges. v. 21. Mai 1868, §. 58 Ger. Inst.; M. V. v. 5. Sept. 1859, Nr. 171), können sie gegen Hilfsrichter nur im gerichtlichen, gegen das Kanzlei- und Dienerpersonale im administrativen Wege verfügt werden.

⁹⁾ Während der absolutistischen Epoche unterschied man zwar nach unwesentlichen formellen Merkmalen als besondere Gattungen der Rechtsnormen die Patente, Cabinetsschreiben, kaiserl. Verordnungen u. s. f., allein irgend eine erhebliche Rechtswirkung war an diese Unterscheidung nicht geknüpft. Unger, System, Bd. 1, S. 25—28. Die März-Verfassung §. 17, 37, 87, 88, 120, unterschied die drei im Texte angeführten Kategorien (Gesetz, Nothverordnung, Verordnung), ohne jedoch bestimmte formelle Merkmale aufzustellen, an welchen die Parteien oder der Richter den staatsrechtlichen Charakter einer gegebenen Rechtsnorm erkennen konnten. Unter der Herrschaft dieser Verfassung hätten deshalb nothwendig dieselben Zweifel über das Verhältniss des Richters zu den gegebenen Rechtsnormen entstehen müssen, welche eine so weitläufige und wenig lehrreiche Literatur über unsere Frage erzeugt haben. Es ist ein wesentliches Verdienst der December-Verfassung, dass der publicistische Charakter jeder Rechtsnorm durch die im Texte angegebenen formellen Merkmale mit grosser Leichtigkeit festgestellt werden kann.

¹⁰⁾ Die im Texte gegebene Eintheilung der Rechtsnormen nach ihrem publicistischen Charakter in Gesetze, Nothverordnungen (Nothgesetze) und Verordnungen ist wohl dem öffentlichen Rechte aller constitutionell-monarchischen Staaten eigenthümlich. Vgl. darüber Gerber, Grundzüge, §. 45—48; Rönne, Preuss. Staatsrecht, I, 1, S. 172. Eine Sammlung der Bestimmungen, welche die deutschen Verfassungen über diese Classification und deren tatsächliche Voraussetzungen enthalten, hat G. Planck als Anhang zu seinem Aufsätze „Die verbindliche Kraft der auf nicht verfassungsmässigem Wege entstandenen Gesetze und Verordnungen“ in Ihering's Jahrbüchern, Bd. 9, S. 380—415, gegeben.

mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmässigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers verkündet ist (Art. 10 d. St. G. G. über die Ausübung der R. u. V. G. v. 21. Dec. 1867, Nr. 145). Unter einer Nothverordnung versteht das österreichische Staatsrecht eine vom Kaiser kundgemachte Rechtsnorm, welche von sämmtlichen Ministern unterzeichnet und mit ausdrücklicher Beziehung auf den §. 14 des Ges. vom 21. Dec. 1867, Nr. 141 (über das Nothverordnungsrecht des Monarchen) publicirt wird (§. 14 cit.). Jede andere Rechtsnorm, welche nicht unter jene beiden Kategorien fällt, ist eine Verordnung, mag dieselbe von dem Kaiser selbst unter Contrasignatur eines Ministers oder von den staatlichen und autonomen Administrativ- oder von den Justizbehörden ausgehen.¹¹⁾

¹¹⁾ Fehlt es einer als Gesetz, Nothverordnung oder Verordnung bezeichneten Rechtsnorm an einem der staatsrechtlich notwendigen Requisite, so ist sie ungiltig und darf von dem Richter nicht in Anwendung gebracht werden. Wird also z. B. in einer Rechtsvorschrift, welche sich als „Gesetz“ darstellt, der Zustimmung des Reichsrathes nicht erwähnt oder fehlt bei einer kaiserlichen Verordnung, welche unter Hinweisung auf den §. 14. des Ges. v. 21. Dec. 1867, Nr. 141 erlassen wird (Nothverordnung) auch nur die Unterschrift eines einzigen Ministers, so darf der Richter sie selbst dann nicht beachten, wenn er der Ansicht ist, dass der Inhalt der Rechtsnorm im Wege einer blossen Verordnung hätte festgesetzt werden können. Zahlreiche deutsche Verfassungen, insbesondere auch die preussische vom 31. Jan. 1850, Art. 44, 45, 62, 63, 106, begnügen sich damit, im Allgemeinen festzusetzen, dass jeder Regierungserlass von einem Minister unterzeichnet sein müsse, ohne bei Gesetzen die Erwähnung der erfolgten ständischen Zustimmung, bei Nothverordnungen die Beziehung auf die betreffende Verfassungsbestimmung als formelle Erfordernisse der Giltigkeit dieser Regierungsacte aufzustellen. Dessenungeachtet wird auch für das preussische Recht die Beobachtung jener Förmlichkeiten ganz richtig als eine unentbehrliche Voraussetzung der Giltigkeit solcher Rechtsnormen betrachtet von Rönne in seinem Aufsatz „Ueber das richterliche Prüfungsrecht bezüglich der Rechtsgiltigkeit von Gesetzen und Verordnungen nach Preussischem Staatsrecht“ in Aegidi's Zeitschrift, Bd. 1, S. 402 und im „Staatsrecht der preussischen Monarchie“ Bd. 1, Abth. 1, S. 199, 200. Ebenso auch Zachariae, D. St. und B. R. §. 161; Gerber, Grundzüge, §. 49. A. A., jedoch mit ganz ungenügender Begründung: E. A. Chr. in Aegidi's Zeitschrift, Bd. 1, S. 188. Auch in Oesterreich hätte die Frage unter der Herrschaft des St. G. G. vom 26. Febr. 1861, welches in den §§. 12, 13 ähnliche Bestimmungen wie die preussische Verfassung enthielt, nur in diesem Sinne gelöst werden können.

Für die Ausübung des richterlichen Prüfungsrechtes ist also lediglich die Form von entscheidender Bedeutung, in welcher die anzuwendende Rechtsnorm erscheint. Ob auch die materiellen Voraussetzungen, welche die Verfassung für die Anwendung dieser Formen festsetzt, bei den einzelnen Rechtsnormen vorhanden sind, insbesondere ob die Zustimmung der Vertretungskörper zu dem Gesetze wirklich in der verfassungsmässigen Form erfolgt ist, ferner ob sich in der That die dringende Nothwendigkeit der Erlassung einer Nothverordnung zu einer Zeit herausgestellt hat, wo der Reichsrath nicht versammelt war — diese Fragen sind dem richterlichen Prüfungsrechte entzogen. Für den Richter genügt es vielmehr, dass eine Rechtsnorm die oben näher bezeichneten formellen Merkmale aufweist, um sie als ein Gesetz, als eine Nothverordnung oder als eine Verordnung anzuerkennen.¹²⁾

Dadurch aber, dass es in das Ermessen des Monarchen und seiner Organe gestellt ist, den staatsrechtlichen Charakter der Rechtsnormen durch ihr einseitiges Ermessen ohne Rücksicht

¹²⁾ Dass der Richter nach österreichischem Rechte nur die formelle, nicht aber die materielle Verfassungsmässigkeit einer Rechtsnorm zu prüfen hat, geht aus den legislativen Materialien zu dem Art. 7 d. St. G. über die richt. Gew. mit grosser Bestimmtheit hervor. In dem Berichte des Verfassungsausschusses über das citirte Staatsgrundgesetz wird der cit. Art. 7 folgendermassen begründet: „Wenn auch die gerichtlichen Organe bei Ausübung richterlicher Functionen nur dem Gesetze unterworfen sind, so darf ihnen doch das Recht nicht eingeräumt werden, über den rechtsgiltigen Inhalt der Gesetze und insbesondere darüber zu entscheiden, ob die Gesetze nach ihrem Inhalt und ihrer Entstehung verfassungsmässige sind. Dieses Prüfungs- und Entscheidungsrecht würde den Richter über das Gesetz stellen (?) und die Rechtsanwendung verwirren; es würde dem Richter ein nur den legislativen Factoren zustehendes Befugniss einräumen und hiemit die richterliche mit der gesetzgebenden Gewalt vermengen“. Vgl. „Die neue Gesetzgebung Oesterreichs“ (1868), Bd. 1, S. 426. Da das St. G. G. über die richt. Gew. von dem Verfassungsausschusse vorgeschlagen wurde (oben §. 5, Note 2) und der Reichsrath in der Discussion desselben nicht weiter auf den Art. 7 zurückkam, so ist die Bedeutung dieser Gesetzesstelle durch die angeführte Aeusserung aus dem Motivenbericht ausser allem Zweifel gestellt. Erwägt man, dass unsere Verfassung dem Richter die Prüfung der materiellen Voraussetzungen der Gesetze entzieht, so ist es selbstverständlich, dass der Richter auch bei Nothverordnungen nur das Vorhandensein der formellen Requisite festzustellen hat. Vgl. auch Dr. F. K., Prüfung der Giltigkeit der Gesetze und Verordnungen nach österr. Staatsrecht in den Jur. Blättern 1873, Nr. 5, 9, 11 und unten Note 14.

auf die materiellen Voraussetzungen festzustellen¹³⁾, ist noch keineswegs über die Rechtsbeständigkeit dieser Normen entschieden. Diese unterliegt vielmehr noch immer der richterlichen Prüfung, welche freilich einen grösseren oder geringeren Umfang besitzt oder auch vollständig beseitigt ist, je nachdem das Staatsoberhaupt und seine Organe der einzelnen Rechtsnorm den Charakter eines Gesetzes, einer Nothverordnung oder einer Verordnung verliehen haben.

Gänzlich ausgeschlossen ist jene richterliche Prüfung bei Rechtsnormen, welche mit den formellen Merkmalen eines Gesetzes verkündet worden sind (Art. 7 des St. G. G. über die richterliche Gewalt).¹⁴⁾ Der Richter hat demnach, falls eine solche Rechts-

¹³⁾ Dieses Recht ist eine Consequenz der dem Monarchen im Art. 10 des St. G. G. vom 21. Dec. 1867 Nr. 145 verliehenen Befugniss zur Kundmachung der Gesetze. Die Minister aber, welche ein Gesetz, eine Nothverordnung oder eine Verordnung unterzeichnen, ohne dass die materiellen Voraussetzungen dieser Regierungsacte vorliegen, sind dafür nach Massgabe des Gesetzes v. 25. Juli 1867 Nr. 101. §§. 1—4, verantwortlich. Der Staatsgerichtshof ist deshalb m. E. an die Bestimmungen des Art. 7 des St. G. G. über die richt. Gew. nicht gebunden, vielmehr hat er zufolge §. 3, lit. a und b des Ges. vom 25. Juli 1867 die Verfassungsmässigkeit der Gesetze, Nothverordnungen und Verordnungen ohne Unterschied zu prüfen und, falls dieselben auf verfassungswidrigem Wege zu Stande gekommen sind, die Verantwortlichkeit der Minister festzustellen. Erklärt der Staatsgerichtshof einen Minister deshalb für schuldig, weil er an der Kundmachung einer Rechtsnorm als Gesetz, Nothverordnung oder Verordnung verfassungswidrig mitgewirkt hat, so treten wohl diese sofort ausser Kraft, ohne dass es einer ausdrücklichen Rücknahme bedarf. Dass übrigens diese Garantie der Verfassungsmässigkeit der Rechtsnormen unter Umständen eine ungenügende ist, wird von Gneist in seinem Gutachten für den vierten deutschen Juristentag über die Frage: „Soll der Richter auch über die Frage zu befinden haben, ob ein Gesetz verfassungsmässig zu Stande gekommen ist?“ Separatabdruck, Berlin 1863, S. 19—22 und von Planck in dem oben (Note 10) citirten Aufsatz, S. 335—338 mit Recht hervorgehoben.

¹⁴⁾ Die im Text für das österreichische Recht entschiedenen Fragen sind in der Theorie wie in der Praxis ausnehmend bestritten. Für das Recht der Gerichte, auch die Entstehung der Gesetze in Betreff ihrer Verfassungsmässigkeit zu prüfen, hat sich der vierte deutsche Juristentag ausgesprochen, welcher in seiner Sitzung vom 25. August 1863 folgende Beschlüsse fasste: a) Der Richter hat im gegebenen Falle über das verfassungsmässige Zustandekommen der Gesetze und Verordnungen zu entscheiden. b) Der Richter hat ein Gesetz nur insoweit zur Anwendung zu bringen, als sein Inhalt die Zustimmung der

norm vorliegt, nicht weiter zu untersuchen, ob die Vertretungskörper, welche derselben ihre Zustimmung erteilt haben, verfassungsmässig constituirt waren, insbesondere auch, ob die einzelnen Mitglieder gesetzmässig gewählt und bei der Annahme des Gesetzes in der verfassungsmässigen Anzahl versammelt waren (§. 15 des St. G. G. über die Reichsvertretung). Ebenso fällt ausserhalb der Grenzen der richterlichen Prüfung, ob die Vertretungskörper zu der Rechtsnorm ihre Zustimmung in gehöriger Form erteilt

verfassungsmässigen Stände erhalten hat. c) Dringend zu wünschen ist, dass, sofern Zweifel über diese Zustimmung entstehen, endgiltig ein unabhängiger Cassationshof auf Antrag eines bei dem Processe Betheiligten oder der Staatsbehörde über die Frage zu b zu entscheiden hat. d) Werden die Verfassungen oder Wahlgesetze durch einen Act der Staatsregierung einseitig geändert und auf Grund dieser Aenderung mit Zustimmung der hiernach zusammengesetzten Stände Gesetze erlassen, so sollte jeder Betheiligte das Recht haben, gegen solche Gesetze ein unabhängiges Reichsgericht anzugehen, welches über die Anwendbarkeit der betreffenden Gesetze zu entscheiden hat. (Vgl. die Verhandlungen des vierten deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 201—257 und Bd. 2, S. 11—69.) Auch die hervorragendsten Schriftsteller haben sich für die Berechtigung des Richters zur Prüfung der Giltigkeit von Gesetzen in materieller und formeller Beziehung ausgesprochen. Wächter, Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze verschiedener Staaten, Archiv für civilist. Praxis, Bd. 24, S. 238, Note 1, 2; Puchta, Pand., §. 15, Note 0; Vorlesungen, 5. Aufl. Bd. 1, S. 35—37; Gneist a. a. O. S. 19—22; Windscheid, Pand. §. 14, Note 2; G. Planck a. a. O. S. 357—361; Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, 4. Aufl. Bd. 1, S. 557; Gerber, Grundzüge, §. 49. Dagegen schränken den Richter auf die Prüfung der formellen Erfordernisse eines Gesetzes ein: Linde im Archiv für civil. Praxis, XVI, S. 305—382; Dr. Hermann Bischof in seinem Aufsatz: „Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassung landesfürstlicher Gesetze und Verordnungen“ in Linde's Zeitschrift, Bd. 16, S. 235—294, 385—422, Bd. 17, S. 104—144, 253—304, 448—464, Bd. 18, S. 129—160, 302—320, 393—420 (eine Abhandlung, welche in Bd. 16, S. 245—294, 385—422 eine reichhaltige, aber wenig lichtvolle und geordnete Dogmengeschichte dieser Frage enthält); Stubenrauch in den Verhandlungen des vierten deutschen Juristentages (1863), Bd. 1, S. 201—211; Martin, Der Umfang des landesrichterlichen Prüfungsrechtes hinsichtlich des Entstehens giltiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten, 1865. Vgl. auch unten Note 17. Diese letztere Auffassung liegt auch dem Art. 7 des St. G. G. zu Grunde. S. oben Note 12. Vgl. ferner für das positive preussische Staatsrecht (welches in Ansehung der Gesetze ähnliche Bestimmungen aufstellt wie der Art. 7 cit.) Rönne, Preuss. Staatsrecht, I, 1, S. 207, 208; für England: Gneist a. a. O. S. 8—12; für Frankreich: Gneist S. 12, 13, 16, 17.

haben, z. B. ob die bei Verfassungsänderungen erforderliche Zweidrittelmehrheit in den beiden Häusern des Reichsrathes erreicht worden ist (§. 15 ebenda). Endlich entzieht sich der richterlichen Beurtheilung auch der Inhalt der Gesetze, welcher von dem Richter selbst dann anzuwenden ist, wenn derselbe nach seiner Ueberzeugung den internationalen Verpflichtungen der Monarchie gegenüber fremden Staaten ¹⁵⁾ oder den Verbindlichkeiten der deutschen Erbländer gegen die ungarische Monarchie ¹⁶⁾ oder dem Inhalte der Verfassung widerstreitet. ¹⁷⁾ Ebenso wenig darf der

¹⁵⁾ Bekanntlich war es zur Zeit der Erlassung der Gesetze vom 25. Mai 1868 Nr. 47, 48, 49 R. G. B. (Ehe-, Schul- und interconfessionelle Gesetze), von einzelnen Parteien bestritten, ob der österreichische Staat mit Rücksicht auf die im Concordate vom 5. Nov. 1855 Nr. 195 übernommenen Verpflichtungen berechtigt sei, die angeführten Gesetze zu erlassen, da dieselben mit jener in den Formen eines internationalen Vertrages zwischen Oesterreich und dem heiligen Stuhle abgeschlossenen Vereinbarung in einem augenscheinlichen Widerspruche standen. In Folge des Art. 7. d. St. G. G. über die richt. Gew. hatten die österreichischen Richter, auch wenn einzelne Mitglieder diese Auffassung getheilt haben sollten, doch die Pflicht, die drei Gesetze zur Anwendung zu bringen. Dasselbe ist selbstverständlich auch in Ansehung des Ges. vom 7. Mai 1874 Nr. 50 R. G. B. der Fall, welches (Art. 2) das Concordat seinem vollen Inhalt nach aufhebt.

¹⁶⁾ So sollen z. B. nach dem §. 2 des Ges. vom 21. Dec. 1867 Nr. 46 R. G. B. gewisse Angelegenheiten zwar nicht gemeinsam verwaltet, jedoch nach gleichen, von Zeit zu Zeit zu vereinbarenden Grundsätzen behandelt werden, wofür das Verfahren im §. 36 des Ges. vorgeschrieben ist. Wenn nun die Gesetzgebung der deutsch-slavischen Länder ein Gesetz, welches zu den im §. 2 cit. bezeichneten Angelegenheiten gehört, selbstständig und ohne eine Vereinbarung mit Ungarn erlassen würde, so wäre dasselbe doch für die Gerichte der Erbländer vollständig rechtsverbindlich.

¹⁷⁾ Ueber den wichtigsten Fall dieser Art, wenn eine Rechtsnorm unter Mitwirkung eines Vertretungskörpers zu Stande gebracht wird, in dessen Wirkungskreis die Votirung eines solchen Gesetzes nicht liegt s. unten S. 239. Nach dem Staatsrecht der Vereinigten Staaten von Nordamerika haben bekanntlich die Gerichte das Recht, einem Gesetze, welches mit der Verfassung oder den Staatsverträgen im Widerspruch steht, die Anerkennung zu versagen und die Vollziehung desselben zu hemmen. Nordamer. Bundesverfassung, Art. III, sect. 2, und dazu G. Matile, *Organisation et jurisdiction des cours fédérales des États Unis* in der *Revue de droit international*, Bd. 6, S. 89—100; Rüttimann, *Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht, verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz*, Bd. 1 (1867), S. 344—349. Der Grundgedanke, auf welchem diese ausgedehnte Macht der nordamerikanischen Gerichte beruht, ist, dass die Verfassung das Werk des Volkes ist und lediglich

Richter einem gehörig kundgemachten Gesetze deshalb seinen Gehorsam versagen, weil dessen Inhalt angeblich mit göttlichen Geboten oder mit absoluten Grundsätzen der Vernunft im Widerspruch steht¹⁸⁾ oder weil dadurch wohlerworbene Rechte verletzt werden.¹⁹⁾

durch dieses, nicht aber durch eine gesetzgebende Versammlung geändert werden könne. Rüttimann a. a. O. S. 344, 345. Vgl. ferner Bluntschli, Allgem. Staatsrecht, Bd. 1, S. 559—563; Pözl, Baierisches Verfassungsrecht, §. 147, Note 1; Gneist a. a. O. S. 23 (welche Schriftsteller sich gegen die Befugniß des Richters zur Prüfung der Frage aussprechen, ob ein Gesetz seinem Inhalte nach verfassungsmässig ist). Dagegen schreibt Robert v. Mohl in dem Aufsatz „Ueber die richterliche Bedeutung verfassungswidriger Gesetze“ in seinem „Staatsrecht, Völkerrecht und Politik“, Bd. 1, S. 66—95 den Gerichten ganz allgemein das Recht zu, die Verfassungsmässigkeit des Inhaltes der Gesetze zu prüfen (a. a. O. S. 81—90), wogegen die Verwaltungsbehörden nach der Ansicht M.'s auch materiell verfassungswidrige Gesetze zu vollziehen haben (a. a. O. S. 90—93). Ebenso Jaques in den Verhandlungen des vierten deutschen Juristentages (1863), Bd. 1, S. 240—257, bes. S. 246. Auch Planck a. a. O. S. 359—361 gesteht den Gerichten ein Prüfungsrecht zu, doch macht er einen Unterschied zwischen solchen Gesetzen, welche blos Grundsätze für die künftige Gesetzgebung aufstellen (z. B. die Vorschrift, dass das Processverfahren nach den Grundsätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit geregelt werden solle) und solchen, die wirklich der unmittelbaren Anwendung fähig sind und dazu bestimmte Rechtssätze aufstellen (z. B. das Verbot der Censur im Art. XII des St. G. G. über d. allg. R. der Staatsbürger). Gesetze, welche mit verfassungsmässigen Grundsätzen der letzteren Art im Widerspruch stehen, ohne dass die zur Abänderung der Verfassung erforderlichen Formalitäten beobachtet worden sind, hat der Richter nach der Auffassung P.'s nicht zur Anwendung zu bringen.

¹⁸⁾ Von diesem Gesichtspunkte ist namentlich die Giltigkeit solcher Gesetze bekämpft worden, welche die Rechtsverhältnisse religiöser Genossenschaften zu regeln bestimmt waren. (Man muss Gott mehr gehorchen als den Menschen.) Vgl. darüber Mohl a. a. O. S. 68; Gneist a. a. O. S. 6, 23.

¹⁹⁾ Dies war der Standpunkt des deutschen Reichsstaatsrechtes, indem die deutschen Reichsgerichte das Recht besaßen, auch Gesetzen der Territorialstaaten die Anerkennung zu versagen, wenn durch dieselben wohl-erworbene Rechte verletzt wurden. Dagegen war auch den deutschen Reichsgerichten die Prüfung der landesherrlichen Gesetze und Verordnungen in Beziehung auf ihre Zweckmässigkeit entzogen. Häberlin, Handbuch des deutschen Staatsrechtes, Bd. 2 (1797), S. 457—460; Gönner, Teutsches Staatsrecht, (1804), §. 303, Note m. Als Beispiele einer solchen Verletzung führt Häberlin (a. a. O. S. 459) den Fall an, dass ein landesherrliches Gesetz die bisherigen Münzsorten unter ihren inneren Werth herabsetzt oder ein bisher anerkanntes Steuerprivilegium aufhebt. Der modernen Auf-

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte es scheinen, dass dieses Recht des Monarchen, bei Gesetzen die Beobachtung der in der Verfassung vorgeschriebenen Formen durch sein Zeugniß mit Ausschluss jedes Gegenbeweises festzustellen, den verfassungsmässigen Rechtszustand in erheblichem Masse gefährden könnte. In Wirklichkeit ist diese Gefahr nicht hoch anzuschlagen. Bei normaler Entwicklung des Verfassungslebens ist es wohl undenkbar, dass der Monarch und seine Minister in einem Gesetze eine leicht nachweisbare Unwahrheit bezeugen sollten. Nur in den seltensten Ausnahmefällen, z. B. wenn es zweifelhaft ist, ob zu einer bestimmten Rechtsnorm die Zustimmung einer Zweidrittelmajorität des Reichsrathes erforderlich ist ²⁰⁾ oder wenn bei heftigen Verfassungskrisen das Subject der Rechte, welche den Vertretungskörpern durch die verfassungsmässige Ordnung zugewiesen sind, selbst nicht mehr unzweifelhaft feststeht (z. B. bei einem gesetzwidrig oder auf Grund eines octroyirten Wahlgesetzes gewählten Abgeordnetenhaus) ²¹⁾, könnte eine unrichtige Angabe über jenen

fassung der staatsrechtlichen Verhältnisse ist eine solche Befugniß der Gerichte, die einmal erworbenen subjectiven Rechte auch gegen die gesetzgebende Gewalt aufrecht zu erhalten, vollkommen fremd; hat sich doch unser gegenwärtiger Rechtszustand aus der Aufhebung zahlloser öffentlicher und Privatrechte (z. B. durch die Grundentlastung u. s. f.) herausgebildet.

²⁰⁾ Ein solcher Zweifel wurde im Abgeordnetenhaus des österreichischen Reichsrathes bei der Berathung der vier Staatsgrundgesetze über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, über die richterliche Gewalt und über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt von einer Seite des Hauses erhoben und damit begründet, dass diese Gesetze Verfassungsgesetze seien und deshalb den Bestimmungen des §. 14 des Ges. über die Reichsvertretung vom 26. Febr. 1861 rücksichtlich der Zweidrittelmajorität unterliegen. Die andere Seite des Abgeordnetenhauses erklärte jedoch die einfache Majorität für genügend, weil sich der cit. §. 14 nur auf Abänderungen im Grundgesetze über die Reichsvertretung beziehe, während die vier Staatsgrundgesetze Bestimmungen über die Reichsvertretung überhaupt nicht enthielten. Diese letztere Auffassung erlangte im Abgeordnetenhaus die Majorität und demgemäss wurde bei der Votirung jener Gesetze die Zweidrittelmajorität nicht constatirt. Vgl. Die neue Gesetzgebung Oesterreichs, Bd. 1, S. 429—440. Für die Zukunft wurde dagegen (§. 15 des St. G. G. vom 21. Dec. 1867 Nr. 141) allerdings zu einer Abänderung jener vier Gesetze eine Zweidrittelmajorität als nothwendig erklärt.

²¹⁾ Ein Fall dieser Art wäre eingetreten, wenn die durch das kaiserl. Patent vom 2. Jänner 1867 Nr. 1 R. G. B. zusammenberufene „ausserordent-

Umstand in einem Gesetze vorkommen. Damit nun die Einheit des Staatswillens und dessen allgemeine Anerkennung wenigstens in seinem wichtigsten Bestandtheile: dem Gesetzesrechte nicht gefährdet werde, hat die österreichische Verfassung festgestellt, dass das Zeugniß des Monarchen für die Beobachtung der verfassungsmässigen Form von entscheidender Beweiskraft sein soll.²²⁾

Eine besondere Schwierigkeit bietet die Anwendung des Satzes, dass der Richter die Giltigkeit der Gesetze nicht zu prüfen hat, durch den Umstand, dass in Oesterreich die Gesetzgebung des Reiches und jene der Länder vielfach auf demselben oder doch auf nahe verwandten Gebieten concurriren. Hat der Richter zu prüfen, ob der Reichsrath und die Landtage bei der Votirung von Gesetzen den ihnen in der Verfassung vorgeschriebenen Wirkungskreis nicht überschritten haben? Und wie hat sich insbesondere der Richter dann zu verhalten, wenn über denselben Gegenstand reichs- und landesgesetzliche Normen widersprechenden Inhalts bestehen, ohne dass man doch (etwa mit Rücksicht auf eine inzwischen verfassungsmässig eingetretene Erweiterung der Competenz des betreffenden Vertretungskörpers) dem Reichs- oder Landesgesetze verfassungsmässig eine derogirende Kraft gegenüber dem früheren Landes- oder Reichsgesetze zuschreiben kann? Unser positives österreichisches Staatsrecht giebt uns über diese Frage keinen Aufschluss, da eine Bestimmung, wie die der deutschen Reichsverfassung (Art. 2), wonach die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorausgehen, in den österreichischen Verfassungsgesetzen nicht vorkommt.

liche Reichsrathsversammlung“ wirklich zu Stande gekommen wäre, ja der Zweck des ganzen Patentbeschlusses bestand augenscheinlich darin, der Verfassungspartei die ausserordentliche Reichsrathsversammlung als den verfassungsmässigen Reichsrath darzustellen und dadurch ihren Beschlüssen die verfassungsmässige Geltung zu sichern, während diese Körperschaft den föderalistischen Parteien als ein freier Congress zur Berathung der Verfassungsfrage erscheinen sollte. Die Regierung hätte deshalb wohl auch kein Bedenken getragen, die von der ausserordentlichen Reichsrathsversammlung votirten Gesetze unter Berufung auf die angeblich erfolgte Zustimmung des Reichsrathes zu verkünden. Ein anderer Fall dieser Art ist in den kurhessischen Wirren (1850) vorgekommen. Pfeiffer a. a. O. S. 334, 335.

²²⁾ Es ist übrigens unverkennbar, dass diese Fragen weit über den rein juristischen Ideenkreis hinausgreifen, da sie viel mehr Macht- als Rechtsfragen sind. S. oben S. 6, 7. Vgl. auch Gneist a. a. O. S. 30—32 und Windscheid, §. 14, Note 2.

Was zunächst die erste Frage betrifft, so ist wohl festzuhalten, dass dem Richter im Allgemeinen jene Prüfung der Competenz des Vertretungskörpers nicht zusteht. Ist also über eine Rechtsfrage bloß eine Norm in der Reichs- oder Landesgesetzgebung vorhanden, so hat sie der Richter unbedenklich anzuwenden, auch wenn er der Ueberzeugung ist, dass deren Votirung ausserhalb des verfassungsmässigen Wirkungskreises jener Vertretung gelegen war, welche die Zustimmung zu derselben erteilt hat. Denn eine solche Prüfung der Competenz würde unzweifelhaft eine Prüfung der Giltigkeit eines gehörig kundgemachten Gesetzes in sich schliessen.²³⁾

Dieselbe Auffassung ist wohl auch dann berechtigt, wenn über den nämlichen Gegenstand eine reichs- und eine landesgesetzliche Rechtsnorm entgegengesetzten Inhalts mit dem gleichen verfassungsmässigen Anspruch auf fortdauernde Giltigkeit bestehen. Hier sind von dem Richter jene Methoden anzuwenden, welche oben (S. 126, 127) für die Beseitigung widersprechender Elemente aus dem Rechtssystem überhaupt aufgestellt worden sind. Das ältere Gesetz ist daher immer durch das neuere Gesetz als aufgehoben zu betrachten, mögen auch beide einem verschiedenen Zweige der Gesetzgebungsgewalt ihren Ursprung verdanken.²⁴⁾

²³⁾ Zweifelhaft ist, wie Competenz-Ueberschreitungen, welche sich die Delegationen des österreichischen Reichsrathes und des ungarischen Landtages in Ansehung ihres gesetzlichen Wirkungskreises (§. 1, 13 des Gesetzes vom 21. Dec. 1867 Nr. 46) zu Schulden kommen lassen, in Beziehung auf unsere Frage zu behandeln sind. Da die Delegationen ein selbstständiges Gesetzgebungsrecht nicht besitzen, sondern die Gesetzgebung in den gemeinsamen Angelegenheiten nur in Vertretung des Reichsrathes und des ungarischen Landtages ausüben (§. 6 d. Ges. vom 21. Dec. 1867), so muss, falls die von dem Reichsrathe und den Delegationen votirten Rechtsnormen im Widerspruch stehen, in der Rechtsanwendung die Gesetzgebung des Ersteren (als des Auftraggebers) den Vorzug haben. Ist dagegen ein solcher Widerspruch nicht vorhanden, so ist die von den Delegationen votirte Norm von dem Richter unbedingt zu beobachten, weil dann anzunehmen ist, dass die beauftragte Körperschaft innerhalb ihres Wirkungskreises gehandelt hat. Vgl. auch §. 13, Abs. 2 des Ges. vom 21. Dec. 1867.

²⁴⁾ Dieser Fall ist in Oesterreich namentlich durch den Art. IV, Abs. 2 des St. G. über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger v. 21. Dec. 1867 Nr. 142 praktisch geworden. Die cit. Gesetzesstelle bestimmte nämlich — im Widerspruch zu dem damals geltenden Gemeinderecht — dass allen

Erfolgt aber die Erlassung des Reichs- und des Landesgesetzes gleichzeitig — was namentlich dann der Fall ist, wenn dem Reichsrathe in einem Zweige der Gesetzgebung blos die Feststellung der Grundzüge vorbehalten ist und diese in das Landesgesetz ihrem Wortlaute nach aufgenommen worden sind ²⁵⁾ — so ist ein etwaiger Widerspruch eben so wie jeder andere durch Einschränkung der widersprechenden Rechtsregeln zu beseitigen.

Weit umfangreicher als bei den Gesetzen ist das Prüfungsrecht bei jenen Rechtsnormen, welche oben als Nothverordnungen bezeichnet worden sind. ²⁶⁾ Zwar hat der Richter, wie bereits

Staatsbürgern, welche in einer Gemeinde wohnen und daselbst von ihrem Realbesitze, Erwerbe oder Einkommen Steuer entrichten, das active und passive Wahlrecht zur Gemeindevertretung unter denselben Bedingungen wie den Gemeindeangehörigen gebührt. Es handelte sich nun darum, ob diese Bestimmung auch in jenen Ländern gelte, in welchen sie nicht als Landesgesetz kundgemacht worden war. Diese Frage hat das Reichsgericht in wiederholten Entscheidungen bejaht und zwar sowohl wegen der Eigenschaft des cit. Art. IV als einer Lex posterior, als auch wegen seines staatsgrundgesetzlichen Charakters. Hye, Sammlung, Nr. 42, 90.

²⁵⁾ Beispiele dieser Art liefert die österreichische Gemeinde- und Wasserrechtsgesetzgebung, indem das Reichsgemeindegesetz v. 5. März 1862, Nr. 18 und das Reichswassergesetz v. 30. Mai 1869 Nr. 93 nur die grundsätzlichen Bestimmungen über das betreffende Rechtsgebiet enthalten, während die Ordnung des Details der Landesgesetzgebung vorbehalten blieb. Bei der Redaction der Landesgesetze wurden die Bestimmungen der Reichsgesetze wörtlich aufgenommen, so dass also der Gesetzgeber die Normen des Reichsgesetzes und der Landesgesetze sich als coexistirend gedacht hat.

²⁶⁾ Aus den Materialien des Ges. vom 16. Juli 1867 Nr. 98, welches den §. 13 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung vom 26. Febr. 1861 abänderte und gegenwärtig als §. 14 des Ges. vom 21. Dec. 1867 Nr. 141 erscheint, ferner aus den Vorarbeiten des §. 7 des St. G. G. über d. richt. Gew. ist über das richterliche Prüfungsrecht in Betreff der Nothverordnungen nichts zu entnehmen. Vgl. „die neue Gesetzgebung Oesterreichs“, Bd. 1, S. 31 bis 54, 207, 426, 427. Das österreichische Verfassungsrecht (§. 14 des Ges. vom 21. Dec. 1867 Nr. 141) fasst jedoch unzweifelhaft die Nothverordnungen als blosse Verordnungen (nicht als Gesetze) auf, der Richter hat folglich nach dem St. G. G. über d. richt. Gew. das Recht, ihre Giltigkeit zu prüfen. Doch ist dieses Prüfungsrecht auf die formellen Requisite und auf die im Text angegebenen materiellen Momente beschränkt. A. A. ist für das preussische Recht Rönne a. a. O. S. 207, welcher den Behörden nur die Prüfung der zur Entstehung einer Nothverordnung erforderlichen formellen Voraussetzungen zuspricht, so dass diese z. B. auch offenbar verfassungswidrige Nothverordnungen in Vollzug zu setzen hätten.

früher hervorgehoben wurde, nur die formellen Voraussetzungen (Kundmachung durch den Kaiser, Contrasignatur sämmtlicher Minister, Berufung auf §. 14 des St. G. G. vom 21. Dec. 1867 Nr. 141), nicht aber die materiellen Requisite (Dringlichkeit, Abwesenheit des Reichsrathes) zu prüfen; dagegen sind diese Nothverordnungen der richterlichen Beurtheilung in Ansehung ihres Inhalts und der Dauer ihrer Wirksamkeit unterworfen. Denn solche kaiserliche Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft dürfen einestheils keine Abänderung des Staatsgrundgesetzes bezwecken, keine dauernde Belastung des Staatsschatzes und keine Veräusserung von Staatsgut betreffen. Zweitens aber erlischt ihre Gesetzeskraft, wenn dieselben nicht dem Abgeordnetenhause vier Wochen nach Beginn der nächsten Session vorgelegt werden oder wenn sie die Genehmigung eines der beiden Häuser des Reichsrathes nicht erhalten. Insoferne der Inhalt der Nothverordnung jenen verfassungsmässigen Voraussetzungen widerspricht oder deren Wirksamkeit durch Eintritt der angeführten Erlöschungsgründe aufgehört hat, darf der Richter dieselbe nicht zur Anwendung bringen. Denn nur die Prüfung der Gesetze, also der vom Kaiser und den competenten Vertretungskörpern genehmigten Rechtsnormen, nicht aber die Prüfung der kaiserlichen Verordnungen mit provisorischer Gesetzeskraft ist dem Wirkungskreise des Richters durch den Art. 7 des St. G. G. ü. d. richt. G. entzogen. Dagegen hat der Richter auch bei dieser Gattung von Rechtsnormen nicht zu untersuchen, ob der Monarch mit Rücksicht auf die internationalen Verpflichtungen der österreichischen Monarchie oder auf das Verhältniss der deutsch-slavischen Provinzen zu der ungarischen Monarchie zur Erlassung der Nothverordnung berechtigt war.

Am weitesten geht das Prüfungsrecht des Richters bei den Verordnungen, d. h. bei jenen Rechtsnormen, welche vom Kaiser allein unter Gegenzeichnung eines Ministers oder von den Administrativ- und Justizbehörden erlassen werden.²⁷⁾ Denn

²⁷⁾ Die österreichische Verfassung macht in Beziehung auf das richterliche Prüfungsrecht keinen Unterschied zwischen den Verordnungen des Monarchen und seiner Organe. Die preussische Verfassung (§. 106) beschränkt die Gerichte in Ansehung der königlichen Verordnungen auf die Prüfung der formellen Erfordernisse, wogegen die Verordnungen aller übrigen Staats-

zufolge Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt haben die Gerichte über die Giltigkeit von Verordnungen im gesetzlichen Instanzenzuge zu entscheiden, sie haben folglich nicht nur über die formellen Erfordernisse, wie bei den Gesetzen oder über einzelne materielle Momente wie bei den Nothverordnungen, sondern über die gesammten materiellen Voraussetzungen der anzuwendenden Verordnungen zu erkennen.²⁸⁾ Für die Rechtsanwendung ist daher die Frage von grosser Wichtigkeit: Wie weit kann die Staatsgewalt ohne Zuziehung der gesetzgebenden Körper allgemein verbindliche Rechtsnormen mit definitiver Giltigkeit erlassen?²⁹⁾

organe uneingeschränkt der Beurtheilung der Gerichte unterliegen. Rönne, Bd. 1, S. 207 ff.; Zöpfl, §. 451, Note 11 (wo auch zahlreiche andere deutsche Verfassungen angeführt sind, welche die gleiche Einschränkung wie der Art. 106 enthalten).

²⁸⁾ Unter einer „Verordnung“ im Sinne des Art. 7 d. St. G. G. über die richt. Gew. ist eine Rechtsnorm, nicht eine Entscheidung des Monarchen oder seiner Administrativorgane über eine einzelne Verwaltungssache zu verstehen, obgleich in der österr. Gesetzessprache — namentlich der älteren Zeit — sehr häufig auch solche Einzelverfügungen als Verordnungen bezeichnet werden. Vgl. z. B. A. G. O. §§. 385, 386, 387, 388, 389 u. s. f. Dies verkennt die Entsch. des obersten Gerichtshofes bei Unger-Glaser-Walther Nr. 3037, welche die Zulässigkeit des possessorischen Schutzes gegen eine Verfügung der Gemeindeorgane (oben §. 17, Note 7) behauptet, weil „nach Art. 7 des Grundgesetzes über die richterliche Gewalt die Gerichte nunmehr über die Giltigkeit auch der von administrativen Behörden erlassenen Verordnungen zu entscheiden haben, und demnach dem Gerichte auch im vorliegenden Falle die Entscheidung darüber zusteht, ob der Geklagte im Verein mit anderen Gemeindeorganen, jedoch ohne Intervention des Gemeindevorstandes, den Abbruch der vom Kläger errichteten Mauer gültig verfügen konnte.“ Vgl. über die Fälle, in welchen die Ueberprüfung administrativer Entscheidungen durch die Civilgerichte zulässig ist, oben §. 17, Note 7.

²⁹⁾ Ueber das Wesen und den Umfang des Verordnungsrechtes vgl. ausser den oben (Note 14, 17) angeführten Schriftstellern noch für das Deutsche Reich: Robert v. Mohl, Das deutsche Reichsstaatsrecht, (1873), S. 257, 258; Seydel in Hirth's Annalen, (1874), Sp. 1143—1146 und ebenda (1876) Sp. 11—20; Rönne, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, (1876), S. 213 bis 215, 231. — Preussen: Rönne, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie, 3. Aufl. Bd. 1, (1869), S. 72 ff., 88, 185—187, 337—338. — England: Gneist, Verwaltung, Justiz und Rechtsweg, (1869), S. 62—70, Derselbe, Der Rechtsstaat, (1872), S. 23—24. — Schweiz und Nord-

Die Staatsgrundgesetze geben über diese Frage trotz den ungemein wichtigen Rechtsfolgen, welche sie an den Unterschied zwischen Gesetz und Verordnung knüpfen, keinen befriedigenden Aufschluss. Der Art. 11 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt bestimmt zwar, dass die Staatsbehörden innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises befugt sind, auf Grund der Gesetze Verordnungen zu erlassen. Wie weit dieses Verordnungsrecht der Staatsbehörden sich erstrecken darf, ist aber in dieser Gesetzesstelle nicht angedeutet.

Am einfachsten ist die Lösung dieser Frage, wenn ein Gesetz selbst die Regelung gewisser Gebiete einer Verordnung des Kaisers oder, was die Regel ist, der Minister vorbehält. Hier ist es lediglich Interpretationsfrage, wie weit das Gesetz das Verordnungsrecht der Regierungsgewalt über den betreffenden Gegenstand ausdehnen wollte. Regelmässig ist wohl anzunehmen, dass der Gesetzgeber das von ihm nicht berührte Gebiet der Regelung der Regierungsorgane auch in jenen Punkten vorbehalten wollte, welche sonst im Wege der Gesetzgebung hätten geregelt werden müssen.³⁰⁾

Fehlt es an einer solchen gesetzlichen Bestimmung, so ist für die Gültigkeit einer Verordnung ein negatives und ein positives Merkmal entscheidend. Ein negatives, indem keine Verordnung einer Norm des Gesetzesrechtes widersprechen darf. Ein positives, indem sich jede Verordnung als ein Ausfluss der Vollzugsgewalt darstellen muss, welche die Verfassung den staatlichen Organen eingeräumt hat.

Das erste (negative) Erforderniss ist schon im Art. 11 des St. G. G. über die Regierungs- und Vollzugsgewalt festgestellt,

Amerika: Rüttimann, Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, Th. 1, (1867), S. 174, 175. S. auch Stein, Verwaltungslehre, Bd. 1, S. 128 ff.

³⁰⁾ Auf den Fall einer ausdrücklichen Ermächtigung ist das Verordnungsrecht der Regierung im Wesentlichen nach dem Staatsrecht der Schweiz und der nordamerikanischen Freistaaten beschränkt. Rüttimann a. a. O. S. 175 schreibt den Regierungen dieser Republiken zwar auch ein selbstständiges Verordnungsrecht über einzelne beschränkte Gebiete (z. B. über die Geschäftsbehandlung bei den Behörden, über die Benützung öffentlicher Anstalten) zu; allein auch in diesem Umfange scheint jenes Recht nicht unzweifelhaft anerkannt zu sein.

da nach diesem die Verordnungen auf Grund der Gesetze zu erlassen sind, folglich mit diesen niemals in Widerspruch treten sollen. Die Rechtsnormen, welche seit Einführung des constitutionellen Systems in der Form von Gesetzen erlassen worden sind, können daher nur durch Gesetze abgeändert oder aufgehoben werden, auch wenn sie Gegenstände behandeln, welche an sich der Regelung im Verordnungswege fähig wären. Von den Rechtsnormen, welche unter der absoluten Monarchie in Wirksamkeit traten, sind jene Vorschriften, welche auf kaiserlichen Entschliessungen beruhen, den Gesetzen im Sinne unserer Verfassung wohl gleich zu achten.³¹⁾

Als positives Merkmal der staatsrechtlichen Giltigkeit von Verordnungen habe ich oben bezeichnet, dass sie sich als ein Ausfluss der Vollzugsgewalt darstellen müssen, welche die Verfassung den staatlichen Organen eingeräumt hat. Die vollziehende Gewalt befindet sich in den Händen des Kaisers, der sich zu diesem Zwecke der Minister und zahlreicher untergeordneter Beamten bedient, welche dieselbe nach den Anordnungen des Monarchen oder der übergeordneten staatlichen Organe auszuüben haben. Werden diese Anordnungen nicht in der Form specieller Befehle an die untergeordneten Vollzugsbeamten, sondern als allgemeine Normen ihres Handelns erlassen, so ist eine Verord-

³¹⁾ Dass Verordnungen, welche mit Gesetzen im Widerspruch stehen, von den österreichischen Gerichten nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen, kann wohl als unbestritten gelten. Vgl. Hye, Sammlung, Nr. 18, 51. Zweifelhaft ist dagegen, in welcher Weise der Widerspruch zwischen Verordnungen zweier Administrativbehörden zu behandeln ist. Diese Frage ist in Oesterreich von grosser Bedeutung, weil nach unserem öffentlichen Recht nicht nur alle Staatsbehörden (§. 11 des St. G. G. über d. R. und V. G.), sondern auch die autonomen Organe, selbst jene der untersten Ordnung, ein Verordnungsrecht besitzen. S. z. B. §. 43 der Landesverf. f. N.-Oest., §. 58, 59 des n.-ö. Gemeindegesetzes. Vgl. auch die Manz'sche Ausgabe der Gemeindegesetze, 5. Aufl. (1875), S. 45. Die Frage ist wohl so zu beantworten, dass innerhalb des staatlichen und des autonomen Verwaltungsorganismus die Verordnung der niedrigeren Behörde nicht gilt, wenn sie mit jener einer höheren Instanz im Widerspruch steht. Tritt dagegen ein solcher Widerstreit zwischen den Verordnungen staatlicher und autonomer Behörden ein, so ist aus dem Gesetz die Zuständigkeit zur Erlassung der Verordnungen und demgemäss deren Giltigkeit festzustellen. Vgl. auch Art. 2, lit. b des St. G. G. über d. R. G.

nung im Sinne unserer Verfassung vorhanden. ³²⁾ Die Verordnung muss daher, insofern sie sich in den verfassungsmässigen Grenzen hält, immer in erster Reihe den Zweck haben, das Handeln der staatlichen Organe zu bestimmen, sie können deshalb als Instructionen der obersten Inhaber der Vollzugsgewalt an ihre Beamten über die Ordnung des öffentlichen Dienstes im weitesten Sinne betrachtet werden. ³³⁾ Rechte und Pflichten der Staatsgenossen

³²⁾ Zu den natürlichen Objecten des Verordnungsrechtes gehört namentlich auch die Organisation, die Competenz und die innere Geschäftseinrichtung der Behörden, soweit diese Gebiete nicht durch die Verfassung der Gesetzgebung ausdrücklich vorbehalten sind oder auch ohne eine Verfassungsbestimmung durch bereits erlassene Gesetze normirt sind. Durch die Verfassung ist der Gesetzgebung vorbehalten, die Feststellung der Organisation und Competenz der Gerichte (Art. 2 des St. G. G. über die richt. Gew.), dann die Organisation der Verwaltungsbehörden in ihren Grundzügen (§. 11 lit. 1 des St. G. G. über die Reichsvertretung). Die Organisation und Competenz der Gerichte kann folglich durch Verordnungen regelmässig (vgl. jedoch oben S. 214) nicht bestimmt werden, wogegen diese Fragen, soweit dieselben die Administrativbehörden betreffen, sich der Regelung durch Verordnung immer dann entziehen, wenn die bestehende Ordnung in ihren Grundlagen geändert, z. B. ganz neue Arten von Behörden eingeführt werden sollen. Zu der zweiten Kategorie gehört die innere Geschäftseinrichtung der Gerichte, welche durch eine Reihe von Gesetzen normirt wird und deshalb im Verordnungswege nicht abgeändert werden kann. Vgl. oben S. 52. Die staatsrechtliche Praxis ist übrigens in Betreff dieser Fragen noch sehr schwankend.

³³⁾ Nach dem im Text Gesagten ist das Gebiet der Verordnungsgewalt und jenes der Auslegung im weitesten Sinne (oben §§. 10, 11) wesentlich identisch. Jene Rechtsgebiete, in welchen (wie z. B. in dem heutigen Civil- und Strafrecht und Process) die Fiction der Vollständigkeit gilt (oben §. 11, Note 2), sollten überhaupt durch Verordnungen nicht geregelt werden, weil hier die Beschaffenheit der Rechtsquellen und die Handhabung derselben durch die Gerichte eine ergänzende Normirung durch die vollziehende Gewalt entbehrlich macht. Mit dieser Auffassung stimmt auch die staatsrechtliche Praxis der meisten europäischen Staaten überein; insbesondere sind auch in Oesterreich seit der Einführung des constitutionellen Systems auf den bezeichneten Gebieten regelmässig nur dann Verordnungen gegeben worden, wenn das Gesetz deren Erlassung ausdrücklich vorhergesehen hatte. Vgl. auch Bluntschli, Allg. Staatsrecht, Bd. 1, S. 522, 523. An allen anderen Gebieten der Gesetzgebung steht der vollziehenden Gewalt die Auslegung der Gesetze mittelst allgemeiner Normen (Verordnungen) im weitesten Umfang zu. Da jedoch den Gerichten die Auslegung der Gesetze (oben §§. 10, 11) gleichfalls ohne Einschränkung zusteht, so müssen sie auch das Recht haben, zu untersuchen, ob die durch administrative Verordnungen kundgegebene Auffassung der Gesetze ihrem wahren Inhalt entspricht. Dies ist der tiefere

untereinander, dann die Rechtsverhältnisse zwischen den Unterthanen und dem Staate, insofern es sich nicht ausschliesslich um die Thätigkeit der staatlichen Organe handelt, sind dagegen ein Gegenstand der Gesetzgebung und sollten niemals durch blosse Verordnungen geregelt werden. ³⁴⁾

Grund, weshalb die Gerichte zur Prüfung der Rechtsgiltigkeit von administrativen Verordnungen berechtigt sind.

³⁴⁾ Manche Gesetzgebungen und Schriftsteller grenzen das Gebiet der Gesetzgebung und der Verordnungsgewalt nach den Gegenständen ab, welche durch die beiden Rechtsquellen normirt werden sollen, so dass z. B. Rechtsnormen, welche die Freiheit der Person oder das Eigenthum der Unterthanen oder die Verfassung betreffen, nur durch ein Gesetz erlassen werden können, wogegen die übrigen Rechtsgebiete der Regulirung durch Verordnung anheimfallen können. Zöpfl, §. 440, Note 3; Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht, Bd. 1, S. 522, 533; Pözl, Baierisches Staatsrecht, §. 143. Dem österreichischen Verfassungsrechte ist diese Unterscheidung fremd.

§. 19.

B. Das Verhältniss der Parteien zu dem Civilrechtsstreit. (Die Verhandlungsmaxime und das Princip des wechselseitigen Gehörs.)

Die zweite Frage, welche in der oben gegebenen vorläufigen Uebersicht der Processprincipien aufgeworfen wurde, bezieht sich auf das Verhältniss der Parteien zu dem Civilrechtsstreite. Als leitender Grundsatz in dieser Frage kann gelten, dass der Civilprocess in weit überwiegender Masse seine Gestalt von den streitenden Parteien empfängt, dass der Richter zwar an der Entwicklung des Rechtsstreites thätigen Antheil nimmt, dass aber dennoch seine Thätigkeit gegen jene der Parteien merklich zurücktritt. Denn der Streit, welcher zwischen den Parteien über Dasein und Umfang der Privatrechte besteht, ist wohl ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältniss, welches, eben weil es ein Element der Oeffentlichkeit in sich birgt, die Theilnahme des Staates in hohem Grade hervorruft; allein dessenungeachtet ist doch immer sein Endzweck, gestörte Privatrechte, über welche der Berechtigte nach dem Grundgedanken unserer privatrechtlichen Rechtsordnung beliebig verfügen kann, festzustellen und nöthigenfalls zwangsweise zu realisiren.

Jener Grundsatz, dass der Civilrechtsstreit seine Gestalt vorherrschend von den streitenden Parteien empfängt, lässt sich aber in zwei Elemente auflösen. Zunächst ist nämlich in diesem Princip der Grundsatz ausgesprochen, dass der Beginn und der Lauf des Processes regelmässig von dem Willen der Parteien abhängt und dass diese Willkür nur in einem beschränkten Umfang, welcher in der nachfolgenden Untersuchung festzustellen ist, durch die Thätigkeit des Richters begrenzt wird. Dies ist das sog. Ver-

handlungsprincip oder die Verhandlungsmaxime, welche von Gönner deshalb so benannt wurde, weil sich danach die Gestalt des Processes als das Resultat der Verhandlung der Parteien, d. h. ihrer processualischen Thätigkeit ergibt.¹⁾ Dann aber fliesst zweitens aus jenem Princip die weitere Folge, dass der Rechtsstreit seine Gestalt durch den Willen beider Parteien, nicht bloß durch jenen des Klägers oder des Beklagten empfängt, dass also bei den processualischen Handlungen regelmässig beide Streittheile mitwirken müssen. Dieses letztere Princip ist der in der gemeinrechtlichen Doctrin sogenannte Grundsatz des wechselseitigen Gehörs. Die Geltung dieser beiden Maximen: der Verhandlungsmaxime und des Grundsatzes des wechselseitigen Gehörs soll nunmehr in Beziehung auf den österreichischen Process im Einzelnen festgestellt werden.

¹⁾ Gönner's Handbuch des gemeinen deutschen Processes, VIII, §. 4 a. E. (2. Aufl. [1804], Bd. 1, S. 183). Gönner a. a. O. S. 175—276 setzt der Verhandlungsmaxime die in der preussischen Allg. G. O. herrschende Untersuchungsmaxime (oben §. 2 und unten §. 21, Note 1) entgegen.

Die Verhandlungsmaxime ¹⁾: Ihre Wirksamkeit beim Beginn des Civilrechtsstreites.

Das Wesen des Verhandlungsprincips habe ich oben (§. 19) dahin präcisirt, dass der Beginn und der Lauf des Processes

¹⁾ Vgl. über die Verhandlungsmaxime Gönner, Handbuch des deutschen gemeinen Processes, 1. Bd. 2. Aufl. (1804), Abh. VIII, S. 175—216 (Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime) und Abh. X a. a. O. S. 234—279 (Was kann der Richter von Amtswegen bei einem Process?); Mittermaier, Der gemeine deutsche bürgerl. Process, Bd. 1, 2. Aufl. (1822), S. 70—97; Sintenis, Erläuterungen, Heft 2 und 3 (1840), S. 365—638; Wetzell, System, §. 13, 43 (2. Aufl. S. 463—469); Renaud, Lehrbuch, §. 78; Endemann, §. 99, 102; Martin, Lehrbuch, §. 16; Linde, §. 29, 143; Bayer, Vorträge, S. 33—37 u. A. — Römisches Recht: Endemann, Das Princip der Rechtskraft, (1860), S. 8, 9; Bethmann-Hollweg, Römischer Civilprocess, Bd. 2, S. 602, 603. — Aelteres deutsches Recht: Planck, Das Beweisurtheil, S. 27—32; Homeyer, Der Richtsteig Landrechts u. s. f., (1857), S. 430—434; Franklin, Das Reichshofgericht im Mittelalter, Bd. 2 (1869), S. 192, 193, 262—265. — Oesterreichisches Recht: Nippel, Erl., Bd. 1, S. 13 ff.; Haimperl, „Allgemeine Betrachtungen über die Reform des Civilprocesses“ in seinem Magazin, Bd. 1 (1850), S. 25—44; Schuster, Die Civilprocessordnung für die Königreiche Ungarn etc. 3. Aufl. (1860), S. 20 bis 22, 86. — Preussisches Recht: Abegg, Versuch einer Geschichte der Preussischen Civilprocessgesetzgebung, (1848), S. 126 ff. (Diese Schrift enthält eine sehr lichtvolle Darstellung des älteren Preussischen Rechts, welches wegen der consequenten Durchführung des Officialprincips in dem Civilverfahren historisch denkwürdig ist, sammt der geschichtlichen Entwicklung bis zum Jahre 1846, in welchem die preussische Gesetzgebung die Officialmaxime für den Civilprocess im Wesentlichen wieder aufgegeben hat); Koch, Der Preussische Civilprocess, 2. Aufl. (1855), §. 119. Vgl. auch Wach, Der Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung in der Krit. Vierteljahrsch., Bd. 14 (1872), S. 330—356.

regelmässig von dem Willen der Parteien abhängt und dass diese Willkür nur in einem beschränkten Umfang durch die Thätigkeit des Richters begrenzt wird. Die Verhandlungsmaxime übt also in doppelter Richtung ihre Wirksamkeit aus: Einestheils hat der Richter auf die Einleitung der Rechtsstreite von Amtswegen keinen Einfluss zu nehmen, vielmehr ist die Erhebung der Klage lediglich dem Ermessen der Streitparteien, in diesem Falle also des Klägers überlassen. Zweitens ist aber auch dann, wenn von dem Berechtigten die Klage bereits eingebracht worden ist und in Folge dessen die Mitwirkung des Richters begonnen hat, der Verlauf des Rechtsstreites vorherrschend in die Hände der Parteien gegeben, von diesen und nicht von dem Richter empfängt der Civilprocess seinen wesentlichen Inhalt. Die Bedeutung des Verhandlungsprincips nach beiden Richtungen sowie auch die Ausnahmen, welche dessen Geltung in einzelnen Fällen erleidet, sind nun hier näher zu bestimmen.

Der Grundsatz, dass die Vertheidigung verletzter Privatrechte durch die Erhebung einer Klage dem Ermessen des Berechtigten zu überlassen sei, ist als eine der wichtigsten Consequenzen unserer privatrechtlichen Rechtsordnung zu betrachten.²⁾ Denn das Wesen der Privatrechte besteht eben darin, dass sie

²⁾ L. un. C. ut nemo invitus (3, 7): Invitus agere vel accusare nemo cogitur. Ebenso im canonischen Recht: München, Das can. Gerichtsverfahren etc. 1. Aufl. 1. Bd. (1865), S. 82, 83. Der Satz ist auch in dem gemeinen deutschen Process unbestritten und wird durch das Rechtssprichwort: „Nemo iudex sine actore“, „Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter“, ausgedrückt. Gönner a. a. O. VIII, §. 3; Mittermaier a. a. O. S. 70; Wetzell, §. 13, Note 1—5 und Text; Renaud, §. 78, Note 1, 2; Endemann, §. 102. Auch in dem Verfahren der A. preuss. G. O., nach welcher der einmal eingeleitete Process durchgreifend von der Officialmaxime beherrscht wird, ist doch die Einleitung des Civilrechtsstreites von der Erhebung der Klage oder der Klagsanmeldung durch den Berechtigten abhängig. Koch, §. 119, Note 1. Dieses Princip ist auch in allen neueren Processordnungen theils ausdrücklich ausgesprochen, theils doch als giltig vorausgesetzt. Genfer P. O. Art. 1 und dazu Bellot, Exposé u. s. f. 3. Aufl. (1870), S. 19; Hannover'sche P. O. §. 92; Badische P. O. §. 673; Ital. P. O. Art. 35; Württemberg'sche P. O. Art. 317; Baier. P. O. Art. 224; Deutsch. Entw. v. 1874, §. 222. Auch die österreichischen Gerichtsordnungen (A. G. O. §. 1, 65, W. G. O. §. 1, 60, Ung. C. P. O. v. 1852 §. 1) haben denselben Grundsatz adoptirt. Ebenso der österr. Entw. v. 1876, §. 123.

dem Berechtigten ein Gebiet selbstständiger Herrschaft eröffnen, innerhalb dessen er nach seinem Ermessen zu schalten befugt ist. Zu dem eigenthümlichen Charakter der Privatrechte gehört es also, dass der Berechtigte sie zu seinen Zwecken beliebig gebrauchen, ja auf dieselben verzichten kann und wenn dieser Grundsatz bei einzelnen Privatrechten eine Ausnahme erleidet, so ist dies eine Consequenz des öffentlich-rechtlichen Elementes, welches so zahlreichen civilrechtlichen Befugnissen beigemischt ist. Jene unbedingte Herrschaft, welche der Berechtigte über seine Privatrechte regelmässig ausübt, bringt es nun auch mit sich, dass die gerichtliche Geltendmachung derselben durch Erhebung der Klage oder eines anderen processualischen Angriffs in der überwiegenden Anzahl von Fällen von der Willkür des Klägers abhängt. ³⁾

Dieser Grundsatz, dass der Richter zur Einleitung des streitigen Civilverfahrens die Klage des Berechtigten abzuwarten hat, erleidet erhebliche Ausnahmen in doppelter Richtung. Zunächst so, dass der Richter in einzelnen Fällen die Einleitung des Rechtsstreites von Amtswegen veranlasst, ohne dass er von irgend einem Betheiligten zu dieser Thätigkeit aufgefordert worden ist. Dann aber auch zweitens in der Weise, dass der Berechtigte von dem Richter in gewissen Fällen auf Antrag von Personen, die an dem Beginne des Rechtsstreites ein rechtliches Interesse haben, zur Erhebung der Klage selbst gegen seinen Willen genöthigt werden kann.

In die erste Kategorie gehört, wenn man mit der herrschenden Auffassung das gesammte Eheverfahren dem Gebiete der civilrechtlichen Repressivjustiz zuweist (oben S. 80—82), eine Anzahl von Fällen der Ungiltigkeit einer Ehe, indem zufolge §. 94 B. G. B. die Ungiltigkeit von Ehen, welchen eines der in den §§. 56, 62—68, 75 und 119 angeführten Hindernisse (*impedimenta iuris publici*) im Wege steht, von Amtswegen zu untersuchen ist. ⁴⁾ Diese Untersuchung von Amtswegen bezieht sich

³⁾ Vgl. über den Gegensatz des Civilprocesses zu denjenigen Processformen, durch welche die Repression von Verletzungen öffentlicher Rechte bewirkt wird, oben S. 12—19.

⁴⁾ Das Ehepatent vom. 16. Jan. 1783 und das josefinische bürgerliche Gesetzbuch setzten für das Eheverfahren keine besonderen Normen fest, wes-

nicht nur auf den Lauf des Rechtsstreites, sondern auch auf den Beginn desselben, wie schon daraus hervorgeht, dass nach der Vorschrift des §. 94 bei allen übrigen Ehehindernissen das Ansuchen derjenigen, welche durch die mit einem Hindernisse geschlossene Ehe in ihren Rechten gekränkt worden sind, abgewartet werden muss. Die in den angeführten Gesetzesstellen enthaltenen Fälle der Ungiltigkeit einer Ehe bilden daher ebensoviel Ausnahmen von jener ersten Consequenz des Verhandlungsprincips, da hier die Existenz eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses von Amtswegen zum Gegenstande eines Rechtsstreites gemacht wird. Allerdings gelangt die Natur des Rechtsstreites über die Giltigkeit der Ehe nicht mit voller Klarheit zur Erscheinung, da das Gericht in Gemässheit der Hofdkr. Reskr. v. 30. Aug. 1837, H. 799 und des Justizhofd. v. 25. Nov. 1839 Nr. 757 (Wessely, Nr. 1803, 1804) zur Bestreitung der Ehe nicht, wie an sich der Sachlage am besten entsprechen würde, einen besonderen Kläger bestellen darf, sondern den Rechtsstreit in der Form einer officiösen Untersuchung zu pflegen hat.⁵⁾

halb auf die Ehe Streitigkeiten der ordentliche Process der allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 angewendet werden musste. Doch wurde der Untersuchungsprocess des canonischen Rechtes sehr bald durch eine Reihe von Verordnungen mit unwesentlichen Abweichungen wieder eingeführt. Dolliner, Handbuch des österreichischen Eherechtes, Bd. 3, 2. Aufl. (1848), S. 366—371; Michel, Beitr. zur Gesch. des österr. Eher., (1870), S. 33, 54, 82, und den tüchtigen Aufsatz von Chorinsky, „Der Eheprocess in Oesterreich“, in den Jur. Bl. (1875), Nr. 3—4, 8—11, bes. Nr. 4.

⁵⁾ Die Untersuchung der öffentlichen Ehehindernisse wird, wie sich schon aus der Natur derselben ergibt (vgl. auch oben S. 81, 82), in den Gesetzgebungen durchgreifend von der Officialmaxime beherrscht. Und zwar treten auch hier wie im Strafverfahren (oben S. 16) die zwei Formen des Officialverfahrens hervor, nämlich der Untersuchungsprocess und der Anklageprocess. In dem Untersuchungsprocess leitet der Richter das Nullitätsverfahren von Amtswegen ein, im Anklageprocess ist mit der Anfechtung der Ehe ein öffentlicher Kläger (gewöhnlich der Staatsanwalt) beauftragt. Mit dem Wesen beider Processformen ist es aber (ähnlich wie bei den analogen Gestaltungen des Strafprocesses) sehr wohl vereinbar, dass diejenigen, welche an der Anfechtung der Ehe ein Interesse haben, sich an dem Nullitätsverfahren in grösserem oder geringerem Umfange betheiligen dürfen. Den Charakter einer Untersuchung von Amtswegen, jedoch unter Mitwirkung der Betheiligten, trägt das Nullitätsverfahren in dem canonischen Recht: c. 3. X. de divort. 4. 19. Praeterea de H., qui cognatam suam duxit uxorem, respondemus, quod

Wichtiger als diese vereinzelte Ausnahme, wo der Richter auch ohne Antrag einer betheiligten Partei die gerichtliche

non apparentibus accusatoribus et parentela manifesta seu publica existente, quod credibile non est, nisi essent in primo gradu vel secundo, tui officii interest, matrimonia illa adhibita gravitate dissolvere, quae illicite contracta noscuntur. Schulte, Handbuch des katholischen Ehe-rechtes, S. 448; Dolliner, Handb. des österr. Ehe-rechtes, Bd. 3, 2. Aufl. (1848), S. 362. Ein Element des Anklageprocesses wurde in den can. Eheprocess durch die Constitution Benedict's XIV. „Dei miseratione“ vom J. 1741, §. 5 bis 10 (Schulte a. a. O. S. 465—471) getragen, indem diese die Aufstel-lung eines öffentlichen Vertheidigers der Ehen (matrimoniorum defensor) an-ordnete. In ganz analoger Weise wie das canonische Recht hat auch die österreichische Gesetzgebung den Eheprocess geordnet B. G. B. §. 94; 97; M. V. vom 2. Oct. 1851 N. 251; §. 4, 13. Ehev. vom 23. Aug. 1819 Nr. 1595. Dagegen ist in folgenden Processrechten der Staatsanwalt bei öffentlichen Ehehindernissen als Ankläger bestellt, ohne dass jedoch die betheiligten Parteien dadurch von der Mitwirkung bei der Anfechtung ausgeschlossen werden: Frankreich: Code civ. Art. 184, 190 und dazu Zachariae, Hand-buch, Bd. 3, §. 466; Aubry und Rau, Bd. 5, §. 461; Marcadé, Expl., Bd. 1 (1873), S. 516, 517. — Preussen: §. 4, 5 der V. vom 28. Juni 1844 über das Verfahren in Ehesachen (Koch, Processordnung, S. 931 ff. und Processrecht, §. 56 a, 413; Förster, Theorie und Praxis, Bd. 3, §. 210, Note 4). — Baden: L. R. S. 184, 189, 190 und P. O. §. 1050, 1052. — Italien: Cod. civ. art. 104 und dazu Mattei, Il cod. civ. Ital. comm. Bd. 1 (1873), S. 199, 200. — Baiern: Art. 160, Z. 6. 672, 678, 679. — Deutsch. Entw. v. 1874. §. 561 (Motive S. 540, 541) — Oesterr. Entw. v. 1876, §. 643. Vgl. auch die Verh. des 5. deutschen Juristentages, dessen 4. Abth. auf Grundlage eines Gutach-tens von Heimsoeth den Beschluss fasste: „Der Staatsanwaltschaft sei der Beruf zu überweisen 1. in den Fällen, wo nach dem bisherigen Verfahren ohne Antrag einer Privatpartei von Amtswegen durch ein Civilprocessverfahren (zur Feststellung, Aenderung oder Aufhebung eines den Gegenstand des Verfahrens bildenden Privatrechtsverhältnisses) einzuschreiten ist, als Principalpartei das Verfahren bei den Gerichten anhängig zu machen und unter Beibringung der Thatsachen mit den Processmitteln einer Partei durchzuführen; 2. in den Fällen, in welchen im Civilprocessverfahren (über die Feststellung, Aenderung oder Aufhebung eines den Gegenstand des Verfahrens bildenden Privatrechts-verhältnisses) zwar auf die Anträge einer oder mehrerer Parteien zu ent-scheiden, dabei jedoch die Thatsachen (welche die Voraussetzung der Ent-scheidung bilden) nicht lediglich nach Lage der Behauptungen, Beweise und Zugeständnisse der Parteien sich bestimmen, sondern von Amtswegen darauf zu halten ist, dass der wirkliche Thatbestand der Entscheidung zu Grunde gelegt werde, als Principalpartei an dem Verfahren betheiligt zu sein und selbstständig im geeigneten Falle unter Beibringung des Thatbestandes mit den Processmitteln und Rechtsmitteln einer Partei mitzuwirken. Dieser Be-schluss wurde im Plenum des Juristentages zur Kenntniss gebracht. Vgl. Verh.

Prüfung eines Privatrechtsverhältnisses veranlasst ⁶⁾, sind die zahlreichen Fälle, in welchen das Gericht auf Begehren solcher Personen, die an der Vornahme eines processualischen Angriffes ein rechtliches Interesse haben, den Berechtigten zur Erhebung der Klage oder der vorbereitenden Schritte durch richterlichen Befehl nöthigt. Und zwar lassen sich innerhalb dieser Gruppe zwei Kategorien von Fällen unterscheiden: solche, wo jenes Gebot des Richters zur Erhebung der Klage oder eines die Klage vorbereitenden processualischen Angriffes gegen eine bestimmte Person (individuelle Provocationen) und solche, wo dasselbe an eine unbestimmte Mehrheit von Personen gerichtet wird (öffentliche Provocationen).

Zu der ersten Gattung gehören die zahlreichen Fälle des Aufforderungsprocesses, welche das österreichische Recht ausgebildet hat. Die Darstellung dieser Fälle im Detail gehört in den speciellen Theil der Civilprocesstheorie; doch kann schon hier darauf hingewiesen werden, dass die individuellen Provocationen des österreichischen Rechtes sich auf zwei Gesichtspunkte zurückführen lassen. Zunächst ist nämlich eine bedeutende Zahl von Provocationen in dem österreichischen Processe zugelassen, deren

des 4. deutschen Juristentages, Bd. 1, S. 279—310, Verh. des 5. Juristentages Bd. 1, S. 165, Bd. 2. S. 70, 78, 210 ff.

⁶⁾ Manche Schriftsteller zählen zu den im Text bezeichneten Ausnahmen auch den ursprünglichen Fall des *possessorium summarissimum*, indem der Richter in diesem Verfahren, wenn der Besitz einer Sache streitig und Gewaltthätigkeiten zwischen den Parteien zu befürchten waren (*timor armorum*), das Recht hatte, die streitige Sache von Amtswegen zu sequestriren und einen der Streittheile zur Erhebung der Klage anzuweisen, auch wenn er um seine Intervention von keiner Seite angerufen worden war. Bruns, Recht des Besitzes, S. 232 ff. 261 ff. Für das österreichische Recht kommt dieser Fall nicht in Betracht, weil die in den §§. 8—10 Bs. V. erwähnten Decrete, welche historisch jenen richterlichen Verfügungen im *poss. summ.* des gemeinen Rechtes entsprechen, jedenfalls nur von einem Richter erlassen werden können, der bereits mit der summarischen Besitzklage befasst ist (§. 8 „auf Ansuchen des Klägers“, §. 9 „dem Beklagten“, §. 10 „während der Verhandlung“). Die Officialthätigkeit, welche der Richter im gemeinrechtlichen *poss. summ.* zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung ausübt, ist im österreichischen Recht der Administrativbehörde zugewiesen (§. 343, 344 B. G. B., V. der Min. des Innern, der Justiz und der Finanzen v. 19. Jan. 1853 Nr. 10, Beik. A. §. 26: Michel, Handbuch des allgemeinen Privatrechtes, Nr. 569). Vgl. auch den österr. Entw. v. 1876, §. 623.

gemeinsame Voraussetzung darin besteht, dass Jemand (der Aufgeforderte) sich eines Rechtes gegen einen Anderen (den Aufforderer) berühmt, d. h. seine Ueberzeugung von der Existenz eines Rechtes an den Aufforderer äusserlich kundgibt.⁷⁾ Eine solche Aeusserrung ist, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht, in hohem Masse geeignet, den wirklich bestehenden Rechtszustand zu gefährden und zu verwirren, und es ist deshalb ein Mittel nothwendig, durch welches die getrübe Sachlage sofort geklärt wird. Der wichtigste Fall dieser Art ist die Diffamationsklage, (§§. 66—67 A. G. O., §§. 61—67 W. G. O.)⁸⁾, an welche sich

⁷⁾ Die zahlreichen Fälle der individuellen Provocation, welche sich auf eine Berührung gründen, lassen sich im österreichischen Recht auf zwei Hauptkategorien zurückführen. Erstens ist nämlich die individuelle Provocation zulässig, wenn sich Jemand gerühmt hat, dass ihm gegen einen Dritten ein Recht gebühre. A. G. O. §. 66, W. G. O. §. 61, Ung. C. P. O. §. 596 lit. b. Analoge Fälle enthalten §. 48 des Ges. vom 25. Juli 1871 Nr. 95 (Grundbuchsg.) und §. 71 des Gesetzes vom 14. Mai 1869 Nr. 63. (Vergl. die folgende Note). — Zweitens haben die staatlichen Behörden das Recht, gegen solche Personen, welchen Theile des Staatsvermögens anvertraut worden sind, etwaige Ersatzansprüche aus diesem Verhältnisse durch eine administrative Verfügung (Defecten-Resolut, Buchhalterei-Erledigung oder Liquidation etc.) festzustellen, welche gleich einem Urtheile vollstreckt wird, insofern der im administrativen Wege Condemnirte dagegen nicht innerhalb einer bestimmten Frist den Rechtsweg ergreift. Die Beschreitung des Rechtsweges erfolgt aber nach österreichischem Recht dadurch, dass der Condemnirte die Administrativbehörde zum Nachweise ihrer Ersatzforderung vermittelst einer Klage vor dem zuständigen Civilgericht auffordert. W. G. O. §. 70; Pat. vom 16. Jänner 1786 Nr. 516 (zum Theil bei Wessely, I, Nr. 477); Pat. vom 31. Dec. 1800 Nr. 514, §. 1, 2, 7, 8 (Wessely, 433); Hofd. v. 28. März 1804 §. 1, 9, 10, 15 (Wessely, 435); Hofkzd. vom 23. Oct. 1843, Z. 34595, Abs. 5 und das beigefügte Formular (Wessely, 483). Ein analoger Fall: Hofd. vom 6. März 1789 (Wessely, 430). Ein Gesetz, welches die zahlreichen, aber sehr verworrenen Gesetze über diese Frage zusammenfasst, ist mittelst der V. vom 19. Dec. 1856 Nr. 230 für die ungarischen Länder erlassen worden. Vgl. auch §. 71 des Ges. über die Errichtung von Gewerbegerichten vom 14. Mai 1869 Nr. 63. — Ein ganz ähnliches Verfahren ist in den §§. 134—148, 153 des deutschen Reichsbeamtengesetzes vom 21. März 1873 festgestellt, doch ist es nach diesem Gesetze nicht nothwendig, dass die Civilklagen gegen die Defecten-Resolute der Reichsbehörden in der Form des Auforderungsprocesses erhoben werden. Vgl. auch Gönner, Handb., Bd. 4, Abh. 75, §. 18, 19.

⁸⁾ Dem Römischen Rechte ist die Diffamationsklage unbekannt, doch hat eine Stelle des Codex den äusseren Anhaltspunkt für das Rechtsinstitut

jedoch in dem österreichischen Recht einzelne Nebenbildungen angeschlossen haben, welche aus dem Verhältnisse zwischen dem

und dessen — noch in den Rubriken des 7. Capitels der A. und W. G. O. beibehaltene — Bezeichnung (*provocatio ex lege Diffamari*) gegeben. Diese Stelle lautet: L. 5. C. de ingenuis manum. 7, 14. *Diffamari statum ingenue- rum seu errore seu malignitate quorundam, periniquum est, praesertim quum affirmes, diu praesidem unum atque alterum interpellatum a te vocitasse di- versam partem, ut contradictionem faceret, si defensionibus suis confideret. Unde constat, merito rectorem provinciae commotum allegationibus tuis sen- tentiam dedisse, ne de cetero inquietudinem sustineres. Si igitur adhuc diversa pars asseverat in eadem obstinatione, aditus praeses provinciae ab iniuria temperari praecipiet.* Obwohl dieses Rescript von einem bereits begonnenen Rechtsstreit spricht, welcher nur durch die Nachlässigkeit der Gegenpartei verzögert wurde, so haben doch die älteren italienischen Juristen unter dem Einfluss germanischer Rechtsideen in demselben den Rechtssatz ausgesprochen gefunden, dass derjenige, welcher sich gegen einen Anderen in benachtheil- gender Weise eines Anspruchs rühmt (denselben diffamirt), zur klageweisen Geltendmachung seines Rechtes gezwungen werden kann. Wetzell, System, §. 13, Note 27 ff. und Text, vorzüglich aber Muther in seinen und Bekker's Jahrbüchern, Bd. 2 (1858), S. 56—109, welcher Schrift- steller die ältere Literatur über die Voraussetzungen der Diffamationsklage in umfassender Weise zusammengestellt hat. Diese Auffassung ist auch in die Theorie und Praxis des canonischen Processes (München, Bd. 1, S. 356—359), in die deutsche Reichsgesetzgebung und in das gemeine deutsche Processrecht übergegangen. Gönnér, Handbuch, Bd. IV, Abh. LXXIII, §. 1—9, (der den Provocationen ein fast unbegrenztes Gebiet einräumt und aus der „Vernunft“ herleitet, dass eine Provocation, worin der Provocant sagt, „ihm liege daran, über sein Rechtsverhältniss zu dem N. N. im Reinen zu sein“, ohne jede Bescheinigung einer Diffamation begründet sei); Mittermaier, Der gem. deutsche Process etc., Bd. 4 (1826), S. 167—194; Linde, Lehrb., §. 335; Bayer, Summ. Proc., §. 52—54; Endemann, §. 275 I. Aus dem gemeinen deutschen Processrecht haben die meisten deutschen Particular- Gesetzgebungen diese Processform übernommen. Allgem. Preuss. G. O. 33 Tit. §. 1 I, §. 2—33; Hannover'sche P. O. §. 492—496; Badische P. O. §. 674, 676—681; Württemberg'sche P. O. Art. 799—807; Baier. P. O. Art. 569, 1, 570—578. Oesterr. Entw. v. 1876, §. 652. Dem französischen Recht ist die *prov. ex lege Diff.* wohl unbekannt. Vgl. Mittermaier a. a. O. S. 170, 171; De- mangeat zu Fölix, Bd. 1, 4. Aufl. (1866), S. 390, 391, Note 1. A. A. Fölix a. a. O. S. 390. Auch der deutsche Entw. v. 1874 hat dieselbe nicht aufgenommen. Als Grund der Beseitigung dieses Instituts wird angegeben (Motive ed. Kortkampff, 2. Aufl. [1874], S. 465, 582), dass durch §. 223 d. Entw. Klagen auf Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses im weitesten Umfange zugelassen seien und dass

Staate und einer Kategorie von Staatsdienern hervorgegangen sind (Note 7). Dann aber lässt unsere Gerichtsordnung eine Aufforderung zur Klageführung gegen individuell bestimmte Personen auch dann zu (A. G. O. und W. G. O. §. 72), wenn Jemand einen Bau beabsichtigt und sich gegen privatrechtliche Ansprüche der Nachbarn und Anrainer, welche dem Baue etwa entgegenstehen könnten, sicherstellen will.⁹⁾ In diesem Falle wird von dem Bauführer eine wichtige Veränderung des factischen Zustandes beabsichtigt, welche gegen nachträgliche Anfechtung dadurch gesichert werden soll, dass die Berechtigten gezwungen werden, ihre Rechte noch vor Beginn des Baues geltend zu machen.¹⁰⁾

daher der Diffamirte durch dieses Processmittel den Rechtsbestand des Anspruches, dessen sich der Diffamant gerühmt hat, sofort gerichtlich feststellen lassen könne. Doch ist dieser Grund nur in Betreff der Diffamationsklagen (Note 7) zutreffend, dagegen nicht in Ansehung der Aufforderungsklage zur Sicherung eines Baues (Note 9), da der Bauherr in solchen Fällen die Rechtsansprüche, welche seine Nachbarn erheben, oft gar nicht kennt, so dass er auch deren Nichtexistenz nicht durch eine Anerkennungsklage festzustellen in der Lage ist.

⁹⁾ Dem gemeinen deutschen Processrecht ist die individuelle Provocation zur Sicherung eines Baues unbekannt, doch ist dieselbe in viele neuere Gesetzgebungen aufgenommen worden. Mittermaier a. a. O. S. 170; Endemann, §. 103, Note 4. Vgl. ferner die Hannover'sche P. O. §. 497 und dazu Leonhardt, Die bürgerliche P. O., 3. Aufl. (1861), S. 324; Badische P. O. §. 682, 683; Württemberg'sche P. O. Art. 808, 809; Deutsch. Entw. v. 1866, §. 516, 517; Oesterr. Entw. v. 1876, §§. 659, 660. Die neueren Baupolizeienordnungen, welche vor dem Beginne des Baues zum Zweck des polizeilichen Bauconsenses eine administrative Untersuchung unter Beiladung der Nachbarn vorschreiben, haben die Anwendung dieses Provocationsfalles auf ein enges Gebiet beschränkt, weil bei jener administrativen Untersuchung von den Nachbarn regelmässig auch die privatrechtlichen Einwendungen vorgebracht werden und in Folge dessen der erste Provocationsfall (die Berührung) eintritt.

¹⁰⁾ Im gemeinen Processrecht ist noch ein anderer Provocationsfall anerkannt, wenn der Kläger mit seiner Klage so lange zurückhält, dass zu besorgen steht, es möchte durch Veränderung der Umstände dem Verpflichteten eine die Sache selbst betreffende Einrede verloren gehen (*Provocatio ex lege si contendat*: L. 28 D. de fidej. 46. 1). Ein Fall dieser Art wäre z. B. nach österreichischem Recht vorhanden, wenn der Bürge befürchtet, dass der Hauptschuldner bei längerer Verzögerung der Klage in Concurs verfallen und er in Folge dessen die *exceptio ordinis* (§. 1355, 1356 B. G. B.) verlieren werde. Hier könnte der Bürge den Gläubiger zur Klage gegen sich selbst und — da Letzterem in diesem Rechtsstreite die Einrede der Vorausklage

Noch bedeutsamer als die individuellen Provocationen sind die Aufforderungen zur Erhebung der Klage oder eines die Klage vorbereitenden Angriffes, welche das Gericht in einzelnen Fällen an eine unbestimmte Mehrheit von Personen unter Androhung von bestimmten Rechtsnachtheilen ergehen lässt (öffentliche Provocationen). Diese Aufforderung erfolgt, eben weil sie an einen noch nicht genau bekannten Inbegriff von Personen gerichtet ist, in der Form einer öffentlichen Verlautbarung, welche den Provocaten die Geltendmachung ihrer Privatrechte, regelmässig unter ausdrücklicher Androhung der gesetzlichen Rechtsnachtheile,

entgegenstehen würde — indirect auch zur Klage gegen den Hauptschuldner oder wenigstens zur aussergerichtlichen Einmahnung desselben veranlassen. Dieser Provocationsfall, welchen das gemeine deutsche Processrecht auf Grundlage einer Gewohnheit angenommen hat (Mittermaier a. a. O. S. 186 bis 194; Linde, §. 334; Bayer, Summ. Proc. §. 58—61; Endemann, §. 103) und welcher aus diesem in die meisten deutschen Particular-Gesetzgebungen übergegangen ist (Allg. Preuss. G. O. Tit. 32, §. 1, 34, 35, wo dieser Provocationsfall als der Provocationsprocess „im genauen Verstand“ bezeichnet wird; Hannover'sche P. O. §. 492; Baden, §. 675; Baiern, Art. 569), ist dem österreichischen wie auch dem württemberg'schen Rechte (Württemberg, Art. 799—807) unbekannt. Ebenso wenig hat der deutsche Entw. v. 1866 (Winter, Erl. [1867], S. 210) und der deutsche Entw. v. 1874 (Motive, S. 465) das Rechtsinstitut aufgenommen. Dem französischen Rechte und seinen Nachbildungen ist die prov. ex lege si cont. gleichfalls fremd. — Auch der österr. Entw. v. 1876 kennt neben den Aufforderungen wegen einer Berührung und zur Sicherung eines Baues (oben Note 8, 9) noch einen dritten Provocationsfall, da der Rechnungsleger nach §§. 653, 655 d. E. berechtigt sein soll, den Geschäftsherrn aufzufordern, die gelegte Rechnung in der Form einer Klage zu bemängeln. Obwohl diese Auffassung in dem geltenden österr. Recht (vgl. jedoch auch A. G. O. §. 65) einige Anhaltspunkte besitzt, so ist dieselbe doch m. E. vom legislativen Standpunkte nicht zu rechtfertigen. Die „Bemänglung“ einer Rechnung hat augenscheinlich den juristischen Character einer Exceptionalhandlung, da dieselbe theils aus negativen Einlassungen, theils aus Einreden besteht. Wenn man also im Anschluss an unsere Gerichtsordnungen (A. G. O. §§. 100—103; W. G. O. §. 165—169) überhaupt noch einen besonderen „Rechnungsprocess“ aufrecht erhalten will, so wäre dem Rechnungsleger (nicht dem Geschäftsherrn) die Anstellung einer Präjudicialklage auf Anerkennung der Richtigkeit der gelegten Rechnung im Sinne des §. 276 d. E. aufzugeben, worauf der Geschäftsherr seine Bemänglung als Exceptionalhandlung vorzubringen hätte. Die im Entwurf vorgeschlagene Form würde in der Praxis gewiss zu den verkehrtesten Consequenzen, namentlich rücksichtlich der Vertheilung der Beweislast, führen.

gebietet (Edictalladungen). Es ergibt sich von selbst, dass solche öffentliche Provocationen die Sicherheit der Privatrechte in weit höherem Masse gefährden, als jene erste Gruppe von Aufforderungen, weil niemals sicher ist, ob die Provocaten von dem Aufbot Kenntniss erlangt haben. Es ist deshalb der Natur der Sache vollkommen entsprechend, dass das österreichische Recht solche öffentliche Provocationen nur in einzelnen, vom Gesetze zum Voraus bestimmten Fällen zulässt.¹¹⁾

Der wichtigste Fall einer solchen öffentlichen Aufforderung

¹¹⁾ Auch nach gemeinem Recht findet die öffentliche Provocation nur in bestimmten Fällen (im Concurs und beim gerichtlichen Verkauf unbeweglicher Pfandobjecte) statt. Wetzell, §. 13, Note 10—20 sammt Text. Ebenso die gemeinrechtliche Praxis Seuffert, Archiv, III, 278; XI, 258 und bes. 179 (Wolfenbüttel). Diese Auffassung ist auch in eine Anzahl von neueren Gesetzen übergegangen, welche allerdings die Zahl der Fälle, in welchen die öffentliche Provocation gesetzlich zulässig ist, regelmässig bedeutend vermehren. A. Preuss. G. O. Tit. 51, §. 1, 98 und dazu Koch, Preuss. Civilprocess, §. 494, 495; Württemberg'sche P. O. Art. 810; Baier. Einf. Ges. zur P. O. Art. 30, 31, 57, 58, 60—62. Deutsch. Entw. v. 1874, §. 768 und dazu die Motive S. 582. Die Hannover'sche P. O. §. 498 gestattet dagegen die öffentliche Provocation (Edictalladung) ganz allgemein, „wenn der Provocant hinsichtlich eines bestimmten Gegenstandes ein rechtsbegründetes Interesse hat, gegen etwaige Ansprüche oder Rechte, deren Vorhandensein ungewiss ist, sich sichern zu können“ und führt nur überdies noch einzelne Fälle an (§. 501), in welche die Edictalladung insbesondere für zulässig erklärt wird. Aehnlich auch die Badische P. O. §. 684—687. Auch das ältere österreichische Recht hatte die Tendenz, öffentliche Provocationen in fast unbegrenztem Masse zu gestatten, da ein altes Gewohnheitsrecht es in den innerösterreichischen Ländern zuließ, „dass Jemand vor Gericht seine Bereitwilligkeit zur Begleichung aller Forderungen, welche bei bestimmten Tagfahrten etwa gegen ihn (oder eine andere genannte Person) geltend gemacht würden, mit der Absicht und Wirkung öffentlich verkünden lassen durfte, damit schliesslich die nicht angemeldeten Ansprüche durch Gerichtserkenntniss für erloschen erklärt werden konnten.“ Luschin in seiner Abhandlung „Das Berufen von Brief und Siegel“ in der Zeitschr. für Rechtsgesch., Bd. 12, S. 46—80, bes. S. 46, 56, ferner Bischoff, Steiermärkisches Landrecht, (1875), S. 184—190. Durch das Hofd. vom 28. Dec. 1791 Nr. 234 (Wessely, Nr. 416) wurden aber die Provocationen auf die in den Gesetzen zum Voraus bestimmten Fälle beschränkt. Vgl. über die älteste Gestalt dieser generellen öffentlichen Provocation auch Ficker, Forschungen zur deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, Bd. 1, (1868), S. 50—52 und Bethmann-Hollweg, Civilprocess, Bd. 5, S. 122, 338—340; Meibom, Deutsches Pfandrecht, (1867), S. 83, 84, 107, 108. S. auch Heusler, Gewere, (1872), S. 203 ff.

zur gerichtlichen Geltendmachung von Privatrechten ist der Conkurs.¹²⁾ Das Edict, welches die Eröffnung des Concurses verlaublich, hat nämlich (§. 67, Z. 5 C. O.) neben anderen Bestimmungen auch die Aufforderung an alle diejenigen zu enthalten, welche gegen die gemeinsame Concursmasse einen Anspruch als Concursgläubiger erheben wollen, ihre Forderungen innerhalb der bestimmten Frist bei Vermeidung der in der Concursordnung angedrohten Nachtheile zur Anmeldung und in der Liquidirungstagfahrt zur Liquidirung und Rangbestimmung zu bringen. Die Folge dieser Aufforderung ist nun zwar nach dem gegenwärtig geltenden Concursrechte nicht die Erhebung einer Klage in der formellen Bedeutung dieses Wortes, vielmehr ist der Anspruch von Seite des Concursgläubigers dem Gerichte mittelst einer Anmeldung vorläufig bloß bekannt zu geben (§. 109, 110 C. O.). Allein diese Anmeldung trägt jedenfalls den Charakter eines die Klage vorbereitenden processualischen Angriffs, da der Gläubiger, wenn sein Anspruch oder die von ihm begehrte Rangordnung bei der Liquidirungstagfahrt bestritten wird, sein Recht durch Erhebung einer förmlichen Klage geltend zu machen hat. (§. 124 C. O.)¹³⁾

¹²⁾ In der Universal-Execution des älteren Römischen Rechtes (Menger, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 55, [1873], S. 433 ff.) kam eine ähnliche Verlaublich des eingetretenen Vermögensverfalls vor wie in dem heutigen Conkurs, doch enthielt dieselbe nicht eine ausdrückliche Aufforderung an die Gläubiger zur Geltendmachung ihrer Forderungen. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprocess, Bd. 2, S. 677, 678. Auch diese einfache Bekanntmachung scheint später fortgefallen zu sein, wenigstens erwähnen die justinianischen Rechtsquellen derselben nicht mehr. Bethmann-Hollweg, Bd. 3, S. 319, 320. Die öffentliche Provocation der Gläubiger, welche einen wesentlichen Bestandtheil unseres modernen Concursverfahrens bildet, hat sich auf deutschrechtlichen Grundlagen durch den Gerichtsgebrauch und die Particular-Gesetzgebung entwickelt (Fuchs, Das Concursverfahren, [1863] S. 10—30) und ist in das gemeine deutsche Processrecht übergegangen. Fuchs a. a. O. S. 103 bis 105; Bayer, Theorie des Concursprocesses nach gem. Recht, 4. Aufl. (1868), §. 18, Note 3 und §. 49 (welcher unser heutiges Concursverfahren, insbesondere die Edictalcitation a. a. O. §. 18 irrig auf spanische Quellen zurückführt). Wetzell, §. 13, Note 19, 20; Endemann, §. 297. Auch die modernen Rechte haben die Edictalladung der Concursgläubiger wohl ausnahmslos angenommen. Code de comm. art. 492; Hann. P. O. §. 626; Preuss. C. O. v. 8. Mai 1855, §. 164; Badische P. O. §. 745; Württemberg'sche P. O. Art. 915; Baierische P. O. Art. 1253.

¹³⁾ Weitere Fälle der öffentlichen Aufforderung zur Geltendmachung von Privat- und processualischen Rechten sind in den §§. 67 Z. 4, 6. 144,

Eine zweite Gruppe von Fällen der öffentlichen Provocation lässt sich so charakterisiren, dass das Gericht über eine Liegenschaft eine Verfügung trifft, in Betreff deren den Berechtigten das Recht des Widerspruchs vorbehalten bleiben soll, ohne dass dieselben aber individuell provocirt werden können, sei es, weil ein Grundbuch über die Liegenschaft überhaupt nicht vorhanden ist, sei es, weil die Berechtigten nach der besonderen Natur der richterlichen Verfügung aus dem Grundbuch nicht ersehen werden können. In diesen Fällen, welche gleichfalls schon im gemeinen Recht (Note 11) ihren Ausgangspunkt besitzen, erübrigt nichts als die Berechtigten durch öffentliche Verlautbarung zur Geltendmachung ihrer Rechte zu provociren. Eine solche Aufforderung ist zulässig: 1. Wenn eine Liegenschaft, über welche kein Grundbuch vorhanden ist, gerichtlich feilgeboten wird.¹⁴⁾ Die Provocation wird in diesem Falle an die Pfandgläubiger zur Wahrnehmung ihrer Pfandforderungen

148, 149, 161, 176, 214 C. O. enthalten. Das allgemeine Präjudiz, welches die Nichtbeachtung dieser Provocationen zur Folge hat, ist im §. 256 C. O. bestimmt.

¹⁴⁾ Dieser Provocationsfall wurde, jedoch irrig, seit den Glossatoren auf L. 6, C. de rem. pign. (8, 26) gestützt: Si eo tempore, quo praedium distrahebatur, programme admoniti creditores, quum praesentes essent, ius suum executi non sunt, possunt videri obligationem pignoris amisisse. cf. L. 8 eod. Denn gerade eine wesentliche Eigenschaft der öffentlichen Provocation, dass sie auch gegen solche Personen wirkt, welche von derselben ohne Verschulden keine Kenntniss erlangt haben, ist im Falle der L. 6 gewiss nicht vorhanden („quum praesentes essent“). Vgl. über diese Stelle Wetzell §. 13, Note 15; dag. Dernburg, Pfandrecht, Bd. 2, S. 551, 552. Auch die Grundlage dieses Provocationsfalles ist im germanischen Recht zu suchen. Meibom, Deutsches Pfandrecht, (1867), S. 107, 108; Endemann, §. 257, Note 14—18. In den Executionsordnungen jener Länder, welche nicht ein Grundbuchssystem auf der Grundlage des Principis der Specialität besitzen oder in welchen wenigstens einzelne Liegenschaften nicht in das Grundbuch eingetragen sind, ist die öffentliche Aufforderung der Personen, die an der Liegenschaft ein Anrecht behaupten, entweder allgemein oder doch beim Verkaufe von nicht eingetragenen Grundstücken vorgeschrieben, Hannover: §. 561; §. 7 der preuss. V. II. v. 4. März 1834, und dazu Koch, Processordnung, 6. Aufl., (1871), S. 1371, Note 24; vgl. auch §. 13 Z. 7 der preuss. Subh. Ordnung vom 15. März 1869 (G. S. S. 421). Nach manchen Executions-Ordnungen tritt übrigens die Präclusion der Anspruchsberechtigten im Falle der Feilbietung einer Liegenschaft von Gesetzes wegen ein, ohne dass es einer Provocation in der Verlautbarung über die Versteigerung bedarf.

gerichtet.¹⁵⁾ 2. Wenn über eine Liegenschaft ein Grundbuch neu angelegt oder ein bereits angelegtes so wesentlich verändert wird, dass die Identität der grundbücherlichen Einlagen in dem alten und dem neuen Grundbuch und in Folge dessen das Dasein und Umfang der in die Einlagen des neuen Grundbuchs einzutragenden Rechte nicht feststeht. Die Provocation richtet sich in diesem Falle an alle Personen, die solche bürgerliche Rechte an der Liegenschaft beanspruchen, die in dem neuen Grundbuch nicht eingetragen sind.¹⁶⁾ Ferner sind 3. analoge Aufforderungen bei der Anlegung der Eisenbahngrundbücher¹⁷⁾ und bei der Löschung alter Grundbucheinträge zulässig.¹⁸⁾

Ausser diesen beiden Gruppen ist im österreichischen Recht noch eine Anzahl von öffentlichen Provocationen zur Geltendmachung von Privatrechten anerkannt, welche sich unter keinen allgemeinen Gesichtspunkt bringen lassen. Solche Edictalladungen finden nämlich noch statt: 1. bei der Amortisation von Urkunden¹⁹⁾; 2. bei der Einberufung von unbekannten Erben²⁰⁾ dann

¹⁵⁾ §. 2 des Hofd. vom 19. Nov. 1839 Nr. 388. Dieses Hofd. ist zunächst blos für Tirol und Vorarlberg erlassen worden, deren Grundbuchsystem (Verfachbücher) nicht auf dem Princip der Specialität beruht. Doch findet diese Provocation auch in den übrigen Kronländern in Betreff jener Liegenschaften, welche in keinem Grundbuch eingetragen sind, analoge Anwendung. Vgl. auch den österr. Entw. einer Exec.-Ordn. v. 1876, §. 30.

¹⁶⁾ Das Detail s. §. 6, 7, 14, 20—22 d. Ges. v. 25. Juli 1871 Nr. 96, §. 34 d. Ges. v. 20. Juni 1874 Nr. 88 und 89, v. 24. Juni 1874 Nr. 90, 91 und v. 27. Juni 1874 Nr. 97, 98.

¹⁷⁾ §. 16, 22 d. Ges. v. 19. Mai 1874 Nr. 70.

¹⁸⁾ §. 120 G. G. vom 25. Juli 1871 Nr. 95; §. 2 d. Ges. vom 28. März 1875 Nr. 37. Vgl. Hannover'sche P. O. §. 501, Z. 6.

¹⁹⁾ Die Amortisation der Urkunden, welche dem römischen Rechte fremd ist, wird in der deutschen Praxis und Territorial-Gesetzgebung ziemlich allgemein anerkannt. Koch, Processrecht, §. 499 ff.; Hannover, §. 501 Z. 5; Württemberg, Art. 812—814; Deutsch. Entw. v. 1874, §. 782; Oesterr. bürgerl. Gesetzb. §. 1428; W. G. O. §. 201—203; Oesterr. Entw. von 1876 §. 661 ff.; Albert v. Hess in Wagner's Zeitschrift (1830), Bd. 1, S. 102 bis 118; Ellinger, ebenda (1843), Bd. 1, S. 226—232. Die oben (Note 11) erwähnte allgemeine Edictalladung wurde auch schon sehr zeitlich zum Zweck der Amortisation von Urkunden gebraucht. Luschin a. a. O. S. 62.

²⁰⁾ Diese und die in der folgenden Note behandelte Provocation wird regelmässig in den Lehrbüchern des Civilrechtes dargestellt. Die Edictalladung unbekannten Erben ist zwar dem römischen Rechte unbekannt, doch ist sie in

der Verlassenschaftsgläubiger ²¹⁾ durch das Gericht; 3. im Verfahren, welches der Einziehung alter Depositen durch den Staat voranzugehen hat. ²²⁾

der Praxis des gemeinen Rechtes vielfach angenommen worden. Vgl. Unger, Die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, S. 12—24; Randa, Der Erwerb der Erbschaft, S. 62, 63; Harrasowsky, Grundzüge der Verlassenschaftsabhandlung, S. 21, 22. Die neuere gemeinrechtliche Praxis hat sich im Allgemeinen gegen diesen Provocationsfall ausgesprochen. Seuffert, Archiv III, 278 (wo aber die entgegengesetzte Uebung vieler Gerichte anerkannt wird), IX, 258. Aus der — freilich sehr bestrittenen — Praxis ist dieser Provocationsfall in die neueren Gesetzbücher (Preuss. L. R. Th. I, Tit. 9, §. 465, 466, 477, 481; Sächs. B. G. B. §. 2619; Hannover'sche P. O. §. 501, Z. 2), insbesondere auch in das österreichische Recht (§. 128 des Pat. v. 9. Aug. 1854 Nr. 206) übergegangen. Dem französischen Recht ist dieser Fall der öffentlichen Aufforderung unbekannt. Code civ. art. 811—814, Code de proc. art. 998—1002.

²¹⁾ Die Convocation der Erbschaftsgläubiger ist — ohne eine gesetzliche Grundlage in den Quellen des gemeinen Rechtes — durch die Praxis ausgebildet worden. Puchta, Handb. der freiwill. Gerichtsbarkeit, Bd. 2, S. 337, 338; Seuffert, IV, 155, V, 312. Auch die meisten Particular-Gesetzgebungen haben dieses Rechtsinstitut angenommen. Hannover'sche P. O. §. 501, Z. 4; Preuss. C. O. §. 347, 348 (vgl. dazu Koch, Processordnung, 6. Aufl. S. 1262, Note 1); Badische P. O. §. 690; §. 813—815 österr. B. G. B. und §. 133—135 des Pat. v. 9. Aug. 1854, Nr. 208. Vgl. über die Convocation der Verlassenschaftsgläubiger. Unger, Die Verlassenschaftsabh. S. 165, 166; Harrasowsky, S. 31—40. Die historische Grundlage dieses Rechtsinstitutes war in Oesterreich wohl die oben (Note 11) erwähnte öffentliche Provocation, welche vorzüglich von den Erben des Schuldners in Anwendung gebracht wurde. Luschin a. a. O. Anhang S. 63—80, Nr. 1, 4, 7, 8, 9, 14, 21, 24, u. A.

²²⁾ Hofd. v. 30. Oct. 1802 Nr. 582 (Wessely, Bd. 2, Nr. 586); Hofd. v. 6. Jan. 1842, Z. 39758 (Wessely, II, Nr. 592); ausserdem die bei Wessely unter Nr. 585, 587—591 angeführten Verordnungen. Vgl. den Anhang zur preuss. A. G. O. §. 392 und A. G. O. I, 51, §. 171 a bis 171 c und das preuss. Ges. v. 19. Juli 1875, §. 7; Hannover'sche P. O. §. 501, Z. 7.

Die Verhandlungsmaxime: Ihre Wirksamkeit während der Dauer des Civilrechtsstreites.

In dem vorhergehenden Abschnitte wurde gezeigt, dass es regelmässig dem Ermessen des Berechtigten überlassen ist, den Rechtsstreit durch Erhebung der Klage oder eines anderen processualischen Angriffes zu beginnen; es wurde aber zugleich eine Reihe von Ausnahmefällen dargelegt, in welchen der Richter den Berechtigten durch sein Gebot zur Einleitung eines Civilprocesses zu nöthigen berechtigt ist. Die zweite Frage geht nun dahin: Wie weit hängt der bereits begonnene Rechtsstreit von dem Willen der streitenden Parteien ab und in welchem Masse hat der Richter auf die Gestaltung desselben einen bestimmenden Einfluss zu üben?

Auch in dieser Richtung bewährt sich die Verhandlungsmaxime als eines der Grundprincipien des österreichischen Civilprocessrechtes. Die Gestaltung des bereits begonnenen Rechtsstreites ist ebenso wie die Einleitung desselben im Wesentlichen in die Hände der Parteien gelegt; nur ausnahmsweise und in geringem Umfange werden dem Civilprocesse die Impulse von dem Richter ertheilt. ¹⁾

¹⁾ Den Gegensatz gegen den gemeinrechtlichen und den österreichischen Civilprocess bildet, in Beziehung auf unsere Frage, das Verfahren der Allgemeinen Preussischen Gerichtsordnung v. 6. Juli 1793, welches während der Dauer des einmal begonnenen Rechtsstreites durchgreifend von der Officialmaxime beherrscht wird. Einl. zur A. Preuss. G. O. §. 7 „Der Richter ist befugt und schuldig, den Grund oder Ungrund der in einem Processe vorkommenden Thatsachen selbst und unmittelbar zu untersuchen und so weit es zur richtigen Anwendung der Gesetze auf den vorliegenden Fall erforder-

Indem ich nunmehr daran gehe, die Geltung dieser Principien in den einzelnen Gestaltungen des österreichischen Civilprocesses darzulegen, ist zunächst eine verhältnissmässig begrenzte Anzahl von Processformen auszuscheiden, welche nicht nur in einzelnen Punkten, sondern in ihrer Totalität von dem der Verhandlungsmaxime entgegengesetzten Officialprincip beherrscht werden. Ich sehe hier von dem Disciplinarverfahren gegen Richter und Advocaten ab, obgleich in diesen Processarten gleichfalls eine Cognition von Amtswegen eintritt ²⁾, weil dieselben nicht dem Gebiete des Civilverfahrens angehören, sondern sich als eine Nebenbildung des Strafprocesses darstellen. ³⁾ Allein auch auf dem

lich ist, ins Licht zu setzen“, §. 17. „Der Richter ist an die Angaben der beweispflichtigen Partei nicht gebunden, sondern er hat das Recht und die Pflicht, auch andere Mittel, die aus dem Vortrage der Parteien und aus dem Zusammenhange ihrer Verhandlungen sich ergeben, selbst ohne das ausdrückliche Verlangen der Parteien anzuwenden.“ — Durch die Verordnungen vom 3. Juni 1833 und vom 21. Juli 1846 wurde der Untersuchungsprocess für die überwiegende Anzahl von Civilrechtsstreitigkeiten beseitigt und nur für das Verfahren in Vormundschaftssachen, bei Todeserklärungen, bei Blödsinnigkeits- und Wahnsinnigkeits-Erklärungen, ferner im Auswanderungsprocesse gegen Wehrpflichtige, im General-, Moratorien-, Concurs- und Liquidationsprocesse, endlich im Processe wegen Vermögensabtretung und in der Behandlung der Gläubiger aufrechterhalten (§. 29 d. V. v. 21. Juli 1846). Vgl. Abegg, Versuch einer Geschichte der preussischen Civilprocessgesetzgebung, (1848), S. 267—270; Koch, Der preussische Civilprocess, §. 119; Heffter, Preussische Civilp. §. 3, 66. Es ist bemerkenswerth, dass der Untersuchungsprocess durch diese Bestimmung auf jene Formen des Civilverfahrens beschränkt wurde, welche auch im österreichischen Rechte von der Officialmaxime beherrscht werden. Vgl. die betreffenden Verfahrensarten im Gesetze über das Verfahren ausser Streitsachen und im bürgerl. Gesetzbuch, das Auswanderungspatent und die Concursordnung.

²⁾ §§. 2, 13—18, 24 d. Ges. vom 21. Mai 1868, Nr. 46; §. 23, 24, 29, 33 d. Ges. vom 1. April 1872, Nr. 40. Sowohl im Disciplinarverfahren gegen Richter als auch in jenem gegen Advocaten ist ein öffentlicher Ankläger (Oberstaatsanwalt, bez. der Generalprocurator oder der Kammeranwalt) bestellt; dessenungeachtet vollzieht sich das Disciplinarverfahren in beiden Fällen vorherrschend in den Formen des Untersuchungsprocesses. Vgl. oben S. 16, 17.

³⁾ Die Eigenthümlichkeiten des Disciplinarverfahrens lassen sich so bestimmen, dass es ein Strafverfahren ist, welches sich ebenso wie das materielle Disciplinarstrafrecht lediglich auf das Amt des öffentlichen Functionärs bezieht. Denn die Disciplinardelictes sind durchgreifend Handlungen, welche

Gebiete des reinen Civilprocesses bietet das Eheverfahren in seinen mannigfaltigen Anwendungen das Beispiel einer Processart dar, welche das Untersuchungsprincip in allen einzelnen Stadien des Rechtsstreites verwirklicht. In dieser Richtung ergibt es sich zuvörderst von selbst, dass die richterliche Cognition in jenen Fällen, wo der Rechtsstreit über die Ungiltigkeit einer Ehe von Amtswegen eingeleitet wird (§. 94 B. G. B. und oben §. 20, Note 5), auch während der Dauer des Verfahrens von Amtswegen geführt wird.⁴⁾ Allein auch dann, wenn der Process über die Ungiltigkeit der Ehe nur auf Ansuchen des Betheiligten eingeleitet wird (nämlich bei den privaten Ehehindernissen),⁵⁾ ferner in dem Verfahren über die Trennung der Ehe⁶⁾ und über die Scheidung von Tisch und Bett⁷⁾, (in welchen Fällen die Einleitung des Rechtsstreites niemals von Amtswegen stattfindet), wird doch der

entweder in dem Amte selbst vollzogen oder doch in ihrer Beziehung auf dieses aufgefasst werden, z. B. ein Privatleben, welches die Würde des öffentlichen Amtes beeinträchtigt. §. 2 d. Ges. vom 21. Mai 1868 Nr. 46, §. 2 d. Ges. vom 1. April 1872 Nr. 40. Ebenso bestehen die Disciplinarstrafen ausschliesslich in Nachtheilen, welche dem Schuldigen in seinem Amte zugefügt werden (§. 3—6 d. Ges. vom 21. Mai 1868, §. 12 d. Ges. vom 1. April 1872); selbst die Geldstrafen, welche im Disciplinarverfahren gegen Advocaten verhängt werden können (§. 12, lit. b d. Ges. v. 1. April 1872) sind als eine Schmälerung des Amtseinkommens zu betrachten. Das Disciplinarverfahren hat deshalb auch die natürliche Tendenz, sich innerhalb des Kreises der Amtsgenossen zu vollziehen. Vgl. auch das deutsche Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873, §. 72 ff. Wahlberg in Holtzendorf's Handbuch, Bd. 2, S. 529 und Meves, ebenda, Bd. 3, S. 939—946, ferner die Lehrbücher des Strafrechtes von Berner, §. 226; Meyer, §. 197, Note 6; Schütze, §. 22, Note 3, §. 105, Note 2.

⁴⁾ §. 13 und §. 1 des Hofd. vom 23. Aug. 1819 Nr. 1595. Dass die Untersuchung der öffentlichen Ehehindernisse überhaupt keinen Theil des streitigen Civilverfahrens bildet, wurde oben S. 81, 82 nachgewiesen.

⁵⁾ §. 94 B. G. B.: „In allen übrigen Fällen (d. h. wenn nur ein *impedimentum dirimens privatum* vorliegt) muss das Ansuchen derjenigen, welche durch die mit einem Hindernisse geschlossene Ehe in ihren Rechten gekränkt worden sind, abgewartet werden.“ Vgl. auch Dolliner, Handbuch des österr. Ehrechten, Bd. 3, 2. Aufl. (1848), §. 84—86. S. auch oben §. 20, Note 4 und 5.

⁶⁾ §. 115 B. G. B. „Nichtkatholischen christlichen Religionsverwandten gestattet das Gesetz . . . die Trennung der Ehe zu fordern.“

⁷⁾ §. 107 B. G. B. „ . . . das Begehren um Scheidung . . . ist bei dem ordentlichen Gerichte einzureichen.“ S. ferner auch §. 103 B. G. B. und §. 4 E. V.

auf Antrag des Berechtigten eingeleitete Process in der Form einer officiösen Untersuchung geführt.⁸⁾ Insbesondere in dem Verfahren über die Ungiltigkeit und Trennung der Ehe hat der Richter, entsprechend dem bedeutenden Interesse, welches der Staat an dem Ausgange solcher Rechtsstreite nimmt, die entscheidenden Thatsachen von Amtswegen vollständig aufzuklären,

⁸⁾ Die allgemeine Geltung der Officialmaxime auch in jenen Formen des Eheverfahrens, in welchen der Rechtsstreit nicht durch den Richter von Amtswegen eingeleitet wird (oben §. 20, Note 5) ist in den §. 1. 13 E. V. ausgesprochen. Vgl. ferner §§. 97, 107, 115 B. G. G. Auch nach canonischem Rechte wird das einmal eingeleitete Eheverfahren von der Officialmaxime beherrscht. Schulte, Eherecht, S. 446 ff. Nach beiden Processrechten wird aber das Officialprincip durch den Richter in den Formen des Untersuchungsprocesses (oben S. 16) verwirklicht; nur ausnahmsweise wird im canonischen und österreichischen Processe das öffentliche Interesse dadurch gewahrt, dass eine Person im öffentlichen Auftrag an dem Rechtsstreit als Processpartei (nämlich als Vertheidiger des Ehebandes) theilnimmt und in dieser Eigenschaft das öffentliche Interesse vertritt. S. unten Note 10. In jenen Processgesetzgebungen dagegen, in welchen der Staatsanwalt die Nichtigkeitsklage wegen öffentlicher Ehehindernisse anzustellen berechtigt ist, erhält auch in den übrigen Formen des Eheverfahrens das Officialprincip vorherrschend dadurch seine Realisirung, dass eben dieser öffentlich bestellte Functionär als Partei auftritt, an allen Verhandlungen in Ehesachen theilnimmt und für deren Gesetzmässigkeit Sorge trägt. Frankreich: Code civ. Art. 234 bis 266, 275—294; vgl. jedoch auch das Ges. vom 8. Mai 1816; Code de proc. Art. 83, 879, 881. S. dazu Boitard, Bd. 1, Nr. 209, Bd. 2, Nr. 1117; Carré-Chauveau, Bd. 1, Qu. 401; Aubry und Rau, Bd. 5, §. 493, Note 14. — Preussen: §. 4 d. V. vom 28. Juni 1844 (G. S. S. 184 ff.); Baden: §§. 1038, 1051; Italien: Art. 346, Z. 4; Baiern: Art. 672, 674, 679; Deutsch. Entw. v. 1874, §. 545. Auch nach dem österr. Entw. v. 1876 findet die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft nicht nur in den Processen auf Ungiltigkeit der Ehe wegen öffentlicher (oben §. 20, Note 5), sondern auch wegen privater Ehehindernisse, dann auch im Verfahren wegen Trennung der Ehe statt, wogegen im contentiösen Verfahren auf Scheidung von Tisch und Bett der Untersuchungsprocess beibehalten ist. Oesterr. Entw. von 1876, §§. 642—644, 633—640. Vgl. auch den Beschluss des fünften deutschen Juristentages, oben §. 20, Note 5. — Der Umstand, dass die Wahrung der öffentlichen Interessen in die Hände einer Processpartei gelegt ist, hat die vortheilhafte Folge, dass die Stellung des Richters zu den Eheprocessen in dieser zweiten Gruppe von Gesetzgebungen im Wesentlichen die nämliche ist wie zu den übrigen Gebieten des streitigen Civilverfahrens und dass dadurch namentlich die Formlosigkeit vermieden wird, welche dem Untersuchungsprocess erfahrungsgemäss meistens anhaftet.

die nöthigen Actenstücke und Urkunden von den Parteien abzufordern oder selbst herbeizuschaffen und Zeugen und Kunstverständige von Amtswegen zu vernehmen.⁹⁾ Ueberdies hat der Richter in allen Rechtsstreiten über die Ungiltigkeit und Trennung einer Ehe einen Vertheidiger der Ehe zu bestellen, welcher den Richter in seiner Thätigkeit als Processpartei zu unterstützen hat.¹⁰⁾ Insbesondere muss auch der Vertheidiger der Ehe, wenn das Urtheil auf Ungiltigkeit und Trennung der Ehe lautet, dagegen ordentliche und ausserordentliche Rechtsmittel ergreifen.¹¹⁾ Das Eheverfahren des österreichischen Rechtes wird daher, obgleich es nach Zweck und Beschaffenheit zum grossen Theile dem Gebiete des Civilprocesses angehört, doch in seinem ganzen Laufe von dem Untersuchungsprincip beherrscht und es bildet deshalb den Uebergang zu den Formen des inquisitorischen Strafprocesses und des Administrativ-Verfahrens.

Abstrahirt man von diesem verhältnissmässig sehr begrenzten Gebiete des Civilprocesses, in welchem das Verhandlungsmaxime keine Anwendung leidet, so kann man sagen, dass jenes Princip in allen übrigen Formen des Civilverfahrens eine fast unbedingte Herrschaft übt. Principiell wird diese Anwendung der Verhandlungsmaxime in einer schon früher (vgl. oben S. 18, 19) benützten Gesetzesstelle¹²⁾ ausgesprochen, wonach der Richter

⁹⁾ §. 14. d. Hofd. v. 23. Aug. 1819, Nr. 1595.

¹⁰⁾ §. 97, 115 B. G. B.; §. 17 d. Hofd. v. 23. Aug. 1819. Vgl. auch den österreichischen Entw. v. 1876, §. 645. Der Gedanke, dass das öffentliche Interesse in Ehestreitigkeiten nicht blos durch die Officialthätigkeit des Richters, sondern auch durch öffentliche Bestellung einer Processpartei zu schützen sei, wurde in das canonische Eheverfahren durch die Constitution Benedict's XIV.: *Dei miseratione* v. J. 1741 eingeführt, welche bei Nichtigkeitsklagen die Zuziehung eines *defensor matrimonii* anordnet. Schulte, Eherecht, S. 451—453, 465—471. Dieser Gesichtspunkt hat in den neueren Gesetzgebungen (§. 20, Note 5; §. 21, Note 8) eine bedeutende Fortbildung erhalten.

¹¹⁾ §. 18 d. Hofd. v. 23. Aug. 1819.

¹²⁾ §. 1 A. G. O. Ebenso §. 1 W. G. O., welche Gesetzesstelle einige Fälle anführt, in denen der Richter von Amtswegen zu verfahren hat. Vgl. Nippel, Erl., Bd. 1, S. 14 ff.; Bd. 2, S. 585. S. auch Ung. C. P. O. §. 2 und dazu Schuster, S. 89 ff. und den österreichischen Entw. von 1876, §. 123.

niemals von Amtswegen verfahren soll, ausgenommen in jenen Fällen, wo er von den Gesetzen hiezu angewiesen wird. Wie weit aber der Richter in der Gestaltung des bereits begonnenen Rechtsstreites von dem Willen der Parteien abhängt und wie weit er hiebei eigenen Impulsen gehorchen kann, soll nunmehr im Einzelnen untersucht werden.

Betrachtet man die Gesammtheit der Handlungen, durch welche sich der Richter an dem Laufe des Rechtsstreites betheiligt, so lassen sich in dieser Thätigkeit zwei wesentlich verschiedene Elemente unterscheiden. Zunächst ein vorherrschend formales, indem der Richter in dem Rechtsstreite eine grosse Anzahl von Handlungen vollzieht, welche mit dem Endzwecke des Civilprocesses: der definitiven Ordnung des Rechtsverhältnisses in dem Urtheil und der Realisirung des Rechtes vermittelt der Zwangsvollstreckung in keinem unmittelbaren Zusammenhange stehen, sondern lediglich die äussere Form des Rechtsstreites, die Gestaltung des Processbetriebs zum Gegenstande haben. Zu dieser Gattung von richterlichen Handlungen gehört die Mittheilung der überreichten Processschriften an die Parteien im schriftlichen Verfahren und die Festsetzung der Fristen zu ihrer Beantwortung¹³⁾, die Controle über die gesetzmässige Form dieser Schriften¹⁴⁾, die Festsetzung der Tagfahrten zur mündlichen Verhandlung und die formale Gestaltung des von den Parteien mündlich vorgebrachten Verhandlungsstoffes in dem Gerichtsprotocolle¹⁵⁾, die formelle Leitung der mündlichen Verhandlung im (pseudo mündlichen) Protocollar- und im Bagatellverfahren¹⁶⁾, endlich die Entscheidung über den Schluss der mündlichen oder schriftlichen Verhandlung.¹⁷⁾ Diese und zahlreiche andere Handlungen der-

¹³⁾ §§. 34, 35, 43, 44, 51, 55 A. G. O.; §. 30, 36, 41, 46 W. G. O.

¹⁴⁾ Res. vom 31. Oct. 1785 Nr. 489 (Wessely, Nr. 249), Hofd. vom 27. Sept. 1792 Nr. 53 lit. a (Wessely, Nr. 250); §. 1 lit. c W. G. O. Vgl. auch Ung. C. P. O. §. 2, lit. d.

¹⁵⁾ §. 19 A. G. O., §. 16 W. G. O., §. 16 S. V., §. 14 By. V.; Hofd. vom 7. Mai 1795 Nr. 226 (Wessely, Nr. 304), §. 25 S. V., §. 193 G. Inst. vom 3. Mai 1853.

¹⁶⁾ §. 190—192 G. I., §. 19, 20 By. V. Vgl. Haimerl, Allgemeine Betrachtungen über die Reform des Civilprocesses, in seinem Magazin, Bd. 1 (1850), S. 25—44, bes. S. 28—30.

¹⁷⁾ §. 238, 243 A. G. O., §. 313, 319 W. G. O., §. 25 S. V., §. 66, Bg. V.

selben Art tragen das gemeinsame Merkmal an sich, dass durch dieselben jenes organische Zusammenwirken von richterlichen und Parteienhandlungen, welches wir den Civilprocess nennen, formell erst möglich wird. Da also diese richterlichen Handlungen nicht nur ein Element, sondern wesentliche Voraussetzungen eines geordneten Civilverfahrens sind, so kann deren Vollziehung nicht von dem Befinden der Parteien abhängen, vielmehr muss der Richter berechtigt und verpflichtet sein, jene Thätigkeit, welche die formale Ordnung der Processführung sichern soll, von Amtswegen auszuüben.¹⁸⁾

¹⁸⁾ Die Leitung des Civilverfahrens (die Processleitung oder die Processdirection) kann sich verschieden gestalten, je nachdem die einzelnen processualischen Acte auf ein unmittelbares Zusammenwirken des Richters und der Parteien berechnet sind (z. B. bei Tagfahrten) oder aus einseitigen Handlungen der Parteien bestehen, auf die eine Handlung des Richters oder der Gegenpartei zeitlich folgen soll (z. B. die Ueberreichung eines Schriftsatzes bei Gericht, auf welche zunächst das Decret des Richters und dann die Antwort der Gegenpartei erfolgt). Bei Handlungen der ersten Art ist die richterliche Leitung von Amtswegen unbedingt erforderlich, weil nur auf diese Weise ein würdiger und zweckmässiger Gang des Gerichtsverfahrens gesichert werden kann und zwar ohne Rücksicht, ob bei dem Termin mündlich oder protocollarisch (pseudo-mündlich) verhandelt wird. Oesterreich: (oben Note 16); Preussen: A. G. O. Tit. 12, §. 12, 18, Inst. vom 24. Juli 1833, §. 36, K. O. vom 24. Oct. 1834 Nr. 1—5, bei Koch, Der Preuss. Civilpr. §. 282; Frankreich: Code de proc. art. 10—13, 88—92; Genf: Loi, sur l'organ. jud. vom 15. Febr. 1816, resp. 5. Dec. 1832 art. 38, 43; Hannover: §. 115; Baden: §. 999—1001; Russland: Art. 338; Italien: Art. 354; Württemberg: Art. 176, 199 ff.; Baiern: Art. 151—153; Deutsch. Entw. v. 1874, §. 123 ff.; Oesterr. Entw. v. 1876, §. 213, 214. Besteht dagegen das Verfahren ganz oder theilweise aus einseitigen Handlungen, z. B. aus Schriftsätzen, so ist eine Vermittlung erforderlich, durch welche die einzelnen Acte der Parteien zu dem Gesamtverfahren zusammengefügt werden. Diese Vermittlung kann dem Gerichte anvertraut sein, indem dasselbe die Schriftsätze in Beziehung auf die gesetzlichen Förmlichkeiten prüft, sie der Gegenpartei übermittelt und diese zur entsprechenden Handlung auffordert. Diese ausgedehnte Processleitung steht den Gerichten zu nach gemeinem Recht (Puchta, Das Processleitungsamt des deutschen Richters, [1836], S. 55 ff.; Wetzell, §. 43, Note 29 ff.; Renaud, §. 150; Endemann, §. 53, Note 9, §. 114), nach österreichischem (oben Note 13), nach preussischem (Koch, Civilpr. §. 39) und nach russischem Recht (Russische P. O. Art. 259, 265, 266, 269, 270, 275, 277, 313, 317, 318). Ebenso, wenn auch in weit geringerem Umfang, haben die Gerichte die Processleitung von Amtswegen in dem die mündliche Verhandlung vorbereitenden schriftlichen Vorverfahren jener Gesetzgebungen

Neben dieser formalen Thätigkeit übt der Richter in dem Rechtsstreite auch noch eine materielle aus, welche sich auf das gestörte materielle Rechtsverhältniss und auf das Processrechtsverhältniss selbst, nicht blos auf die äussere Form des Processbetriebes bezieht. Hieher gehören die richterlichen Entscheidungen jeder Art, mögen dieselben nun den Civilrechtsstreit endgiltig entscheiden (Endurtheil) oder diese Entscheidung vorbereiten (Zwischen-Entscheidungen), oder endlich das festgestellte Recht mit Zwang durchzusetzen bestimmt sein (Executions-Verfügungen). In Beziehung auf diese materielle Thätigkeit, welche der Richter in dem Rechtsstreite ausübt, ist er regelmässig an den Willen der streitenden Parteien gebunden und kann nur in geringem Masse eine spontane Thätigkeit entwickeln.

Um die Grenze der spontanen und der von dem Willen der Parteien abhängigen Thätigkeit des Richters auch auf diesem auszuüben, welche nach dem Vorbilde der Genfer Processordnung (Art. 62, 63 der Genfer P. O. und dazu Bellot a. a. O. S. 27—31) im ordentlichen Verfahren sogleich über die Klage einen Termin zur mündlichen Verhandlung der Rechtssache anberaumen lassen und demgemäss das weitere schriftliche Vorverfahren der Controle des Gerichtes unterwerfen. Hannover'sche P. O. §. 184, 191 (dazu Leonhardt, Die bürg. P. O. 3. Aufl. 1861, S. 257, 263, 992, 993, 334—348; Deutsch. Entw. v. 1866, §. 231, 233, 238 und die Darstellung der über diese Stellen in der Bundescommission geführten Debatten bei Winter, Erl. zu dem Entw. einer allg. C. P. O. für die deutschen Bundesstaaten, (1867), S. 91—96; Oesterr. Entw. von 1866, §. 231, 233, 238 und die Motive S. 44, 45; Württemberg'sche P. O. Art. 333—336; Deutsch. Entw. von 1874, §. 222, 225, 235, 236; Oesterr. Entw. von 1876, §. 277, 284. Vgl. auch für das englische Recht die Supreme Court Judicature Act v. 1875 Shed. I, Ord. XIX. Nach dem französischen Recht dagegen findet im ordentlichen Verfahren der vorbereitende Schriftenwechsel (bis zur Replik) ohne jede gerichtliche Leitung lediglich zwischen den Processparteien statt und erst nach Abschluss desselben erlangt das Gericht durch Anmeldung des Rechtsstreites zur mündlichen Verhandlung die Processdirection (s. oben). Während der Dauer des schriftlichen Verfahrens wird die oben erwähnte Vermittlung lediglich durch die Gerichtsvollzieher und Anwälte besorgt. Code de proc. Art. 60, 75, 77—80, vgl. auch Decr. v. 30. März 1808, Art. 70; Italienische P. O. Art. 162 ff.; Baierische P. O. Art. 224—234. Die Processleitung des Gerichtes im ordentlichen Processe erstreckt sich folglich in der ersten Gruppe von Gesetzgebungen auf das schriftliche Vorverfahren und auf das mündliche Hauptverfahren, während das französische, italienische und baierische Processrecht erst im mündlichen Hauptverfahren die richterliche Processdirection eintreten lässt. Vgl. auch Harrasowsky, Die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. 1875.

Gebiete genau zu bestimmen, ist es zuvörderst nothwendig, den ganzen Umfang des Processmateriales zu überblicken, welches dem Richter bei Ausübung seiner materiellen Thätigkeit zur Grundlage dient. Folgende Tabelle wird für das Erkenntnißverfahren — denn dieses kommt hier vorzugsweise in Betracht — eine vorläufige Uebersicht über den gesammten Processstoff bieten, welchen der Kläger und der Beklagte dem Richter in dem Civilrechtsstreite vorlegen und auf Grund dessen der Letztere seine entscheidende Thätigkeit zu üben hat.

A. Die Begründung der von dem Kläger und dem Beklagten gestellten Begehren.

a) Die thatsächliche Begründung.

1. α) Die thatsächlichen Voraussetzungen der von dem Kläger und dem Geklagten gestellten materiellen Ansprüche, d. i. alle Thatsachen, welche der Kläger anführt, um seine Bitte um Condemnation, der Beklagte um seine Bitte um Absolution zu begründen (die materiell-rechtlichen Thatbestände).

β) Die für diese Thatsachen angebotenen Beweise.

2. α) Die thatsächlichen Voraussetzungen der von dem Kläger und dem Beklagten erhobenen processualischen Ansprüche, d. i. die Thatsachen, welche dieselben zur Begründung der von ihnen im Laufe des Verfahrens gestellten processualischen Ansprüche anführen (die processualischen Thatbestände).

β) Die für diese Thatsache angebotenen Beweise.

b) Die rechtliche Begründung, d. h. jene Rechtsnormen, welche der Kläger oder der Beklagte zur Begründung ihrer (materiellrechtlichen o. processualischen) Ansprüche anführen.

B. Die Begehren des Klägers und des Beklagten.

a) Die Sachbitten des Klägers und des Beklagten, d. h. jene Gesuche der Processparteien, welche sich auf das materielle Rechtsverhältniss beziehen.

b) Die Processbitten des Klägers und des Beklagten, d. h. jene Gesuche, welche sich auf die processualische Gestaltung des Rechtsstreites beziehen.

Zu jeder dieser zahlreichen Kategorien des gesammten Processmateriales ist die Stellung des Richters wesentlich verschieden und es muss deshalb unsere Frage nach jeder Richtung besonders untersucht und gelöst werden. Es verdient daher auch keine Billigung, wenn die gemeinrechtlichen Processualisten das Verhandlungsprincip ohne Rücksicht auf diese Verschiedenheit des Processmateriales im Anschluss an drei alte Gedächtnissregeln darstellen (*iudex ne procedat ex officio, ne eat ultra petita partium, quod non est in actis non est in mundo*), welche einestheils in mancher Beziehung unrichtig sind und andererseits die vielfachen Probleme, welche hier zu lösen sind, in keiner Weise erschöpfen.

Was zuvörderst die thatsächlichen Voraussetzungen der von dem Kläger und dem Beklagten gestellten materiellen Ansprüche: die materiellrechtlichen Thatbestände betrifft, so kommt in dieser Beziehung das Verhandlungsprincip in seiner Reinheit zur Erscheinung: der Richter darf bei der Entscheidung über die Klage und Einredebiten nur solche Thatsachen berücksichtigen, welche der Kläger zur Unterstützung seines processualischen Angriffes, der Beklagte zu seiner Vertheidigung im Laufe der Verhandlung behauptet hat. Dieser Grundsatz führt zu einer doppelten Consequenz: Einestheils ist dem Richter untersagt¹⁹⁾, die

¹⁹⁾ Im römischen und canonischen Process hatte der Richter, eben weil beide in ihren früheren Epochen rein mündlich, in den späteren aber protocollarisch waren, ein sehr ausgedehntes Fragerecht. L. 9. C. de iud. 3, 1. *Iudices oportet in primis rei qualitatem plena inquisitione discutere et tunc utramque partem saepius interrogare, num quid novi addere desideret . . .* Ebenso C. 10 X. de fide inst. 2, 20 und Clem. Saepe de V. S. 5, 11 (welche Stellen an die Aussprüche der A. Pr. G. O. in Note 1 erinnern). Vgl. Endemann, Das Princip der Rechtskraft, (1860). §. 2, 11. Für das heutige gemeine Recht ist das Fragerecht, wenn die Parteien dem Gerichte Schriftsätze überreichen, wohl auszuschliessen, im Protocollarverfahren, dagegen ähnlich wie im österreichischen Recht zu bestimmen (siehe die folgende Note). Wetzell, §. 46, Note 44 ff.; Endemann, Deutsch. Civilprocessr. §. 136; A. A. Bayer, S. 35. Im französischen Recht hat das Gericht ein sehr weitgehendes Fragerecht (Code de proc. art. 119 und dazu Boitard, Leçons, 10. Aufl., Bd. 1. S. 208, 209) und auch die Parteien können sich gegenseitig in jedem Stadium des Verfahrens über Thatsachen des Rechtsstreites durch den Richter befragen lassen (Code de proc. art. 324 und Boitard, Bd. 1. S. 484—487). Die gegenseitige Befragung der Parteien (*interrogatoire sur faits et articles*) ist in der eigenthümlichen processualischen

Parteien im Laufe des Verfahrens zur Behauptung von That-
sachen aufzufordern²⁰⁾, zweitens aber darf er bei seinen Ent-
scheidungen nur solche Thatssachen berücksichtigen, welche im

Ausbildung, welche dieses Rechtsinstitut im französischen Process erlangt hat, (vgl. Boitard a. a. O. S. 486) in die neueren Processordnungen nicht über-
gangen, wohl aber wird dem Richter und mit seiner Zustimmung der Gegen-
partei allgemein das Fragerecht eingeräumt, welches nach einzelnen Process-
gesetzen (z. B. Baden, §. 279, 280) auch durch ein besonderes Incidenzverfah-
ren ausgeübt werden kann. Hannover, §. 111; Baden, §. 276—281; Württem-
berg. §. 201—203, 212; Baiern, Art. 153—156; Deutsch. Entw. von 1874,
§. 126; Oesterr. Entw. von 1876, §. 214. Auch im Preussischen Process hat
sich, obgleich die Untersuchungsmaxime für den überwiegenden Theil des
Verfahrens beseitigt wurde (oben Note 1), das richterliche Fragerecht im
weitesten Umfange erhalten. Koch, Das preuss. Processrecht, §. 274 a.

²⁰⁾ Das österreichische Recht kennt nicht die gegenseitige Befragung
der Processparteien als ein besonderes Rechtsinstitut (s. vorige Note), weil
nach unserem Contumacialsystem jede Processpartei durch die blosse Erzäh-
lung einer Thatssache in einer Processschrift den Gegner zwingen kann, sich
über dieselbe bei Vermeidung der Fiction des Eingeständnisses zu erklären.
Anders z. B. nach französischem Recht (Code de proc. art. 150 und Boitard,
Bd. 1, S. 278—280, bes. S. 279 Note 1 von Colmet Daage), in welchem
selbst die vollständige Verweigerung der Klagebeantwortung von Seite des
Beklagten nicht das Zugeständniss der KlageThatssachen in sich schliesst. Auch
das richterliche Fragerecht findet im schriftlichen Verfahren gar nicht, im
Protocollarverfahren nur soweit statt, dass der Richter 1. eine ungenügende
Darstellung der von einer Processpartei vorgebrachten Thatssachen durch
Fragen aufzuklären und 2. die Parteien über die Rechtsnormen in Betreff der
Klage und Einredegründe zu belehren hat. Dagegen hat der Richter nach
Thatssachen, welche von den Parteien überall nicht angeführt worden sind, auch
nicht zu fragen. §. 20 A. G. O., §. 21 W. G. O. („ins Klare setzen“),
Hofd. vom 6. Oct. 1783 Nr. 621 lit. b (Wessely, Nr. 16), Res. vom
11. Sept. 1784 Nr. 336 lit. f (Wessely, Nr. 309). Ebenso wohl auch §. 25
S. V. und §. 19 Bg. V. („ungenügende Angaben geltend gemachter
Thatssachen“). Vgl. die Motive zu den Bg. V. bei Kaserer, Bd. 8, S. 56
und Ullmann, Das Bagatellverfahren, 2. Aufl. (1873), S. 30. Einen weiteren
Spielraum räumen, doch im Widerspruch mit der ganzen Natur des öster-
reichischen Processes, die meisten österreichischen Schriftsteller dem richter-
lichen Fragerecht im pseudomündlichen Verfahren ein. Nippel, Erl., Bd. 1,
S. 95—97 und Erl. des Summarverfahrens (1848), S. 102; Beidtel a. a. O.
§. 79. Auch die Discussion des §. 25 S. V. war von dem Gesichtspunkt be-
herrscht, dass dem Richter in diesem Verfahren eine inquisitorische Stellung
gegeben werden müsse, doch hat diese Auffassung in dem Gesetze keinen
klaren Ausdruck gefunden. Vgl. Schenk, S. V. S. 169 und den Vortrag
der obersten Justizstelle vom 31. Mai 1845, ebenda S. 83, 84.

Laufe des Rechtsstreites vorgekommen sind, während jene Facta, welche ihm auf einem anderen Wege bekannt werden, sich seiner Beachtung entziehen ²¹⁾. (*Iudex iudicet secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam*) ²²⁾. Diese Beschränkung geht so weit, dass der Richter von den thatsächlichen Anführungen der Parteien selbst dann abhängig ist, wenn solche Personen als Processtheile auftreten, welchen der Richter, wie z. B. den Bevormundeten, sonst kraft seiner Amtspflicht eine besondere Fürsorge zuzuwenden hat und ihm die betreffende Thatsache eben in Ausübung dieser richterlichen Amtspflicht bekannt geworden ist ²³⁾.

²¹⁾ Hofd. vom 15. Jan. 1787 Nr. 621 lit. ii (Wessely, 1606), §. 67, Abs. 2, Bg. V.

²²⁾ Vgl. Wetzell, §. 43, Note 40; Endemann, §. 99, Note 26—29 und Text. In Hinblick auf das schriftliche Verfahren wurde der Satz auch durch das bekannte Rechtssprichwort „*quod non est in actis, non est in mundo*“ ausgedrückt. Einen sehr ausgedehnten Spielraum gewährt der Privatkenntniss des Richters Sintenis, Erl., S. 528—544, nach dessen Ansicht der Richter seine Entscheidungen „zu treffen hat, nach Lage und Inhalt der Acten und seiner sonstigen amtlichen Kenntniss und dem, was über factische Fragen, die dabei zur Sprache kommen, notorisch ist“ (a. a. O. S. 534).

²³⁾ Die ältere gemeinrechtliche Doctrin hat mit Rücksicht auf die L. 1, §. 5 D. de ed. 2, 13 und L. 2, §. 1 D. ne de statu def. 40, 15 angenommen, dass der Richter in Rechtssachen der Bauern und der Pflegebefohlenen auch in Civilsachen von Amtswegen verfahren dürfe. J. H. Böhrer, Diss. de iudice procedente ex officio in causa civili in den Exerc. ad. Pand. Tom II, (1747), S. 623 und Gönner, Handbuch, X, §. 38. In Betreff der Bauern hat sich diese Auffassung bis zu einem gewissen Grade noch im heutigen österreichischen Recht erhalten, weil die Vorschriften des §. 20 A. G. O. und §. 21 W. G. O., welche dem Richter eine ziemlich weitgehende Officialthätigkeit vorschreiben (Note 20), zufolge der Resol. vom 11. Sept. 1784 Nr. 336 lit. f, vorzüglich „das Landvolk“ im Auge haben. Dagegen wurde in Ansehung der bevormundeten Personen durch das Hofd. vom 15. Jan. 1787 (Note 21) das Verfahren von Amtswegen für unzulässig erklärt. Auch in Preussen findet in den Rechtssachen der Pflegebefohlenen das gewöhnliche Verfahren statt. Koch, Das Preussische Processrecht, §. 84, 156 a; Dernburg, Das Vormundschaftsrecht der preussischen Monarchie nach der V. O. vom 5. Juli 1875, S. 166, 167. Sehr ausgebildet erscheint dagegen der Gesichtspunkt, dass in den Civilrechtssachen der Pflegebefohlenen die Officialmaxime herrschen soll, in dem französischen Recht, wonach in allen Civilprocessen, welche solche Personen betreffen, auch die Staatsanwaltschaft zu laden ist, welche sich an der Processverhandlung zu betheiligen und ihre An-

Etwas weiter ist das Gebiet der spontanen richterlichen Thätigkeit in Ansehung der Beweise, welche der Kläger und der Beklagte zur Begründung ihrer Ansprüche im Laufe der Instructiionsverhandlung anzubieten haben (§. 12 A. G. O.). Zwar gilt auch hier die Regel, dass der Richter nur solche Beweise berücksichtigen darf, welche die Parteien ausdrücklich angeboten haben. Allein von dieser Regel bestehen doch mehrere Ausnahmen, indem das Gericht in den summarischen Processen auf den Erfüllungs- und Schätzungseid ²⁴⁾, dann im Bagatellverfahren auf den Augenschein, den Sachverständigenbeweis ²⁵⁾ und die Abhörung der

träge zu stellen hat. Code de proc. art. 83 und Boitard, Bd. 1, Nr. 215. Ebenso Genf: Loi sur l'organisation judiciaire vom 5. Dec. 1832, art. 91 (Bellot a. a. O. S. 657); Hannover: §. 81—85, bes. §. 82, Z. 4; Italien: Art. 346, Z. 5; Deutsch. Entw. von 1866, §. 110; Baiern: Art. 160, Z. 3. Vgl. die analogen Einrichtungen im Eheprocess, oben Note 8.

²⁴⁾ §. 35 S. V. Das gemeine Recht gestattet dem Richter ganz allgemein, den Parteien den „nothwendigen“ Eid aufzulegen. Vgl. Endemann, Die Beweislehre des Civilprocesses, S. 582—584; Derselbe, Civilprocessr., §. 204; Wetzell, §. 26, bes. Note 17, 18 und Text; Renaud, §. 142, Note 28 (vgl. jedoch auch Note 24—27 und §. 140, Note 11). Ebenso die Ung. C. P. O. von 1852, §. 271, 276 (dazu Schuster, S. 573, 578). Nach dem Processe der A. G. O. (§. 212, 213, Hofd. vom 11. Mai 1784 Nr. 287 bei Wessely Nr. 750; §. 214 und Hofd. vom 15. Jan. 1787 Nr. 620, bei Wessely Nr. 753) und nach jenem der W. G. O. (§. 286, 287, 288—292 und d. cit. Hofd.) müssen die nothwendigen Eide von dem Beweispflichtigen wie jedes andere Beweismittel angeboten werden. Das Nähere im speciellen Theile.

²⁵⁾ Nach dem gemeinen Recht kann der Richter den Beweis durch Augenschein und Sachverständige von Amtswegen zulassen. Endemann Beweislehre, S. 84, 247—249; Derselbe, Civilprocessr., §. 185, Note 6 a bis 12 u. A.; Wetzell, §. 44, Note 5 a, 17; Renaud, §. 109, Note 4. Doch ist das Detail sehr bestritten (vgl. Renaud a. a. O.); das Nähere im speciellen Theil. Auch die neueren Processordnungen schliessen sich dem gemeinen Recht an, doch mit zahlreichen Modificationen im Detail. Preussen: Koch, Processrecht, §. 266, Note 2, 3, §. 277 I; Code de proc. art. 295 und dazu Boitard, Bd. 1, Nr. 511; Carré, Bd. 3, Qu. 1137; Schlink, Commentar, Bd. 3, S. 401, 402 (vgl. auch Code de proc. art. 254); Hannover: §. 280, 281; Baden: §. 488, 507; Württemberg: Art. 205; Baiern: Art. 396, 433; Deutscher Entw. von 1874, §. 129. Das österreichische Recht verlangte bisher Anbietung jener beiden Beweisarten durch die Parteien, wie bei den übrigen Beweismitteln (A. G. O. §. 187, 188 „auf Ansuchen eines oder des anderen Theiles“, §. 202; W. G. O. §. 259, 260, 274); das Bg. V. dagegen

Parteien als Zeugen ²⁶⁾ auch ohne Antrag der Parteien zu erkennen berechtigt ist. Auch im Syndicatsverfahren braucht der Kläger die Beweismittel für die Thatsachen, auf Grund deren er seine Ansprüche gegen den Geklagten erhebt, nur nach Thunlichkeit beizubringen und zu bezeichnen, und es hat deshalb das Processgericht, insofern der Kläger dies unterlassen hat, für die Herbeischaffung der erforderlichen Beweismittel Sorge zu tragen, was durch Vermittlung der zur Disciplinaramtshandlung berufenen Behörde geschieht ²⁷⁾.

Welches ist die Stellung des Richters zu den Thatsachen, welche ich in der oben gegebenen Tabelle als die thatsächlichen Voraussetzungen der von dem Kläger und dem Beklagten erhobenen processualischen Ansprüche oder als die processualischen Thatbestände bezeichnet habe? Das wesentlich abweichende Verhältniss des Richters zu dieser Gruppe von Thatsachen wird durch zwei Momente bestimmt, welche sich zum Theile geradezu entgegenwirken. Das Processrechtsverhältniss gehört nämlich erstens dem öffentlichen Rechte an, die Aufrechterhaltung der processualischen Ordnung — wenigstens in ihren Grundzügen — nimmt deshalb das Interesse des Staates unmittelbar in Anspruch. Zweitens die Erörterung des materiellen Rechtsverhältnisses und des Processrechtsverhältnisses ist in unseren positiven Processrechten in dem Rahmen eines Verfahrens vereinigt, es wird z. B. die Processverhandlung über den materiellen Klageanspruch durch Behändigung des Klaglibells an den Beklagten zu einer Zeit eröffnet, wo es noch ungewiss ist, ob der Kläger den processualischen Anspruch auf Ein-

hat (§. 49, 52) die Auffassung des gemeinen Rechtes und der neueren Gesetzgebungen angenommen. A. A. rücksichtlich des Sachverständigen-Beweises (§. 49 Bg. V.): Ullmann a. a. O. S. 63, Note 1, S. 85, Note 1, doch wohl irrig, weil der §. 49 Bg. V. dem Gerichte die Zulassung des Sachverständigenbeweises anheimgibt, „wenn derselbe nothwendig wird“ und das Gesetz die Sachverständigen als Gehilfen des Richters auffasst (Motive bei Kaserer, VIII, S. 69), deren Benützung consequent auch seinem Ermessen überlassen sein muss.

²⁶⁾ §. 53, Bg. V. Vgl. Ullmann a. a. O. S. 90.

²⁷⁾ §. 12 des Ges. vom 12. Juli 1872 Nr. 112.

leitung des Verfahrens (den Ladungsanspruch) überall zu stellen berechtigt ist. Jenes öffentliche Interesse des Staates an den Grundlagen der processualischen Ordnung bewirkt, dass gewisse Mängel der Processführung durch den Richter von Amtswegen untersucht werden. Diese Zusammendrängung der Verhandlungen über das materielle und über das processualische Rechtsverhältniss in ein Verfahren hat dagegen zur Folge, dass die Feststellung der processualischen Gesuchs- und Einredegründe zum Theil in einer sehr summarischen Weise erfolgt, weil eben die volle Erörterung derselben eine gesonderte contradictorische Verhandlung erheischen würde. Daraus ergibt sich, dass die spontane Thätigkeit des Richters in Ansehung der wichtigsten thatsächlichen Grundlagen des Processrechtsverhältnisses eine grössere, bei einer anderen Gruppe von processualischen Thatbeständen dagegen eine erheblich geringere ist, als in Betreff jener Thatsachen, auf welchen das in Streit befangene materielle Rechtsverhältniss beruht. In der Mitte zwischen diesen zwei Gruppen von processualischen Thatbeständen steht endlich eine dritte Kategorie von processualischen Gesuchs- und Einredegründen, welche von dem Richter in derselben Weise untersucht und festgestellt werden, wie die thatsächlichen Voraussetzungen der materiellen Rechtsansprüche. Während also das Verhältniss des Richters zu den materiellrechtlichen Thatbeständen mit unwesentlichen Ausnahmen (Note 10 ff.) immer das nämliche ist, erscheint es in Ansehung der processualischen Thatbestände in sehr mannigfaltiger Weise ausgebildet.

Von Amtswegen werden nach österreichischem Rechte folgende Thatsachen untersucht und festgestellt: 1. Mängel in der gehörigen Besetzung des erkennenden Gerichtes ²⁸⁾, dann die

²⁸⁾ Wenn also für gewisse Gegenstände eine grössere Anzahl von Richtern erforderlich erscheint als regelmässig vorgeschrieben ist (z. B. wenn der oberste Gerichtshof, der regelmässig in Senaten von 7 Richtern erkennt, die Zulassung einer ausserordentlichen Revision aussprechen oder über eine Ehe-Ungiltigkeitserklärung entscheiden soll, für welche Rechtssachen ein Senat von 11 Richtern nothwendig ist: §. 17, 18 des Pat. vom 7. Aug. 1850 Nr. 325), so hat das Gericht die thatsächlichen Voraussetzungen einer solchen stärkeren Besetzung von Amtswegen festzustellen. Ebenso hat das Gericht von Amtswegen die Thatsachen festzustellen, welche bewirken, dass ein Richter an der Entscheidung über einen Rechtsstreit nicht theilnehmen darf

Fälle der absoluten Incompetenz²⁹⁾; 2. die Thatfachen, aus welchen hervorgeht, dass einer Rechtssache die Eigenschaft einer

(Unfähigkeit und Verdächtigkeit des Richters). Während nach gemeinem Recht die Feststellung der Unfähigkeits- und Verdächtigkeitsgründe im Wesentlichen von der Verhandlungsmaxime beherrscht wird (Wetzell, S. 370 ff; Renaud, §. 13, 14; Endemann, §. 27—30), wird in den neueren Gesetzen die Cognition von Amtswegen in immer steigendem Masse vorgeschrieben (Endemann, §. 31). Preussen: Koch, §. 54; Frankreich: Code de proc. art. 380, 382—384; Genf: Ges. vom 5. Dec. 1832 Art. 109, 113, 114; Hannover: §. 22, 24; Baden: §. 69, 70, 82; Russland: §. 668; Württemberg: Art. 68, 69, 76; Baiern: Art. 41, 42; Deutsch. Entw. von 1874, §. 41, 42; Oesterreich: §. 52, 53, 156, G. J. Oesterr. Entw. von 1876, §. 77. Die Gesetze drücken sich zumeist so aus, dass der Richter, gegen welchen ein vom Gesetze zum Voraus bestimmten Unfähigkeits- (Ausschliessungs-, Behinderungs-) Grund vorliegt, diesen von Amtswegen anzeigen müsse, wogegen er bei den blossen Verdächtigkeits- (Ablehnungs-) Gründen den Antrag der Parteien abwarten kann. Es ergibt sich aber von selbst, dass das Gericht, auch wenn der Richter trotz des Vorhandenseins von Unfähigkeitsgründen die Anzeige nicht erstattet, doch das Recht und die Pflicht hat, die betreffenden Thatfachen von Amtswegen festzustellen. Bei den Verdächtigkeitsgründen verlangen zwar die Processordnungen einen Ablehnungsantrag der Partei, ferner die Angabe und die Bescheinigung der Ablehnungsgründe; allein die Feststellung dieser letzteren muss, wenn durch die Bescheinigung eine genügende Grundlage für die Officialthätigkeit des Gerichtes geboten ist, gewiss von Amtswegen erfolgen. Vgl. Heyssler, Die Lehre von den Processvoraussetzungen nach österreichischem Recht, in Grünhut's Zeitsch. Bd. 1 (1874) S. 134—136.

²⁹⁾ Preussen: Der Rechtszustand ist nicht ganz klar, doch muss die Incompetenz (nicht bloß die Fälle der absoluten Incompetenz) wohl auch jetzt nach Beseitigung der Officialmaxime im Laufe des Rechtsstreites von Amtswegen festgestellt werden. A. Pr. G. O. Th. I, Tit. 5, §. 4; Tit. 9, §. 2. Ist es dagegen zu einem rechtskräftigen Urtheil gekommen, so haben Privatparteien selbst im Falle der absoluten Incompetenz (Tit. 2, §. 161, K. O. vom 25. Febr. 1833) kein Recht, das Erkenntniss anzufechten; nur der Fiscus kann unter Umständen auf Annullirung eines rechtskräftigen Urtheiles wegen Incompetenz antragen (A. G. O. Tit. 16, §. 7; vgl. jedoch Tit. 2, §. 165). — Frankreich: Code de proc. art. 170 und dazu Boitard, Bd. 1, Nr. 351 ff.; Genf: Art. 745, Z. 1; Hannover: §. 19; Russland: §. 584; Württemberg: Art. 64; Ungarn: §. 14, 53. Nach österreichischem Recht findet eine Untersuchung der Competenzgründe von Amtswegen nur dann statt, wenn sich Zweifel ergeben, ob eine Verhandlung über die Ungiltigkeit oder Trennung einer Ehe vor einem Gerichte gepflogen wurde, dem eine solche Gerichtsbarkeit überall nicht zusteht oder ob der Fall sich nicht als Civilstreitsache qualificirt (§. 48 J. N.). In allen übrigen Fällen bildet lediglich die Darstellung

Civilstreitsache zukommt oder nicht zukommt³⁰⁾; 3. die Gerichts-³¹⁾ und Processfähigkeit der Parteien³²⁾ und die Legitima-

des Klägers die Grundlage der Entscheidung des Richters (§. 1, 2, J. N.) und die Cognition der Competenz unterscheidet sich von den übrigen Gebieten des anticipativen Contumacialsystems (s. unten) nur dadurch, dass der Richter auch seine Privatkenntniss benützen kann (§. 2 J. N.). Vgl. auch Heyssler a. a. O. S. 130—134. Durch die Jurisdictionsnorm §. 1, 2, 48 sind die Controversen, welche über die Geltendmachung der exceptio fori überhaupt und der absoluten Incompetenz insbesondere unter der Herrschaft der älteren Jurisdictionsnormen entstanden waren, in einer sachgemässen Weise gelöst worden, obgleich die Fälle der absoluten Incompetenz nach der J. N. wohl zu eng begrenzt sind. Vgl. Wessely, Abhandlung über die Einwendung des unbefugten Gerichtsstandes etc. in der Themis, 6. Heft (1843), S. 1—42, (dessen Ansichten im Wesentlichen mit dem Inhalte der §§. 1, 2, 48 der jetzigen J. N. übereinstimmen: vgl. S. 1—10, 24—27); Porth in der Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit, (1843), Bd. 2, S. 281—315 (welcher der Ansicht zu sein scheint, dass der Richter auch in den Fällen der absoluten Incompetenz, wenn er einmal die Klage angenommen hat, an sein Decret gebunden ist und dass nur der höhere Richter auf Grund eines Recurses das Verfahren beseitigen kann; vgl. a. a. O. S. 288, 289). Dagegen Wessely in der Themis, 8. Heft (1844), S. 24 ff. — Durch den österr. Entw. von 1876 sind die Fälle der absoluten Incompetenz beträchtlich vermehrt und für dieselben gleichfalls die Cognition von Amtswegen vorgeschrieben. Vgl. §. 60, 277 d. E.

³⁰⁾ Die Qualification eines Rechtsfalles als Civilstreitsache, bez. der Mangel derselben, wird von den modernen Gesetzgebungen vorzüglich in ihrer Beziehung zu der richterlichen Thätigkeit aufgefasst und fällt demgemäss unter dem Gesichtspunkt der absoluten Incompetenz. S. die vorige Note und Heyssler a. a. O. 129, 130. Der österr. Entw. von 1876, §. 60, 285 hat im Anschluss an neuere deutsche Gesetzgebungen die Fälle der Incompetenz und der mangelnden Qualification als Civilstreitsache mit Recht getrennt, aber doch diese letztere und die absolute Incompetenz processualisch gleich gestaltet.

³¹⁾ Die Gerichtsfähigkeit (*legitima persona standi in iudicio*) ist die processualische Rechtsfähigkeit und muss von der processualischen Handlungsfähigkeit (der Processfähigkeit) wohl unterschieden werden. Vgl. oben §. 12, Note 21—23 und die folgende Note. S. auch Renaud §. 49; Wetzell, System, 3. Aufl. S. 91, 92. Die Untersuchung der Gerichtsfähigkeit ist dadurch erheblich erleichtert, dass im modernen Rechte jede natürliche Person rechtsfähig, folglich auch gerichtsfähig ist. Zu einer Cognition von Amtswegen wird also regelmässig nur dann Anlass vorhanden sein, wenn dem Gerichte die Existenz einer Processpartei zweifelhaft wird (wenn z. B. von einem fingirten Kläger eine Klage überreicht wird), ferner wenn solche Personen- oder Sachenbegriffe als Processparteien auftreten, welchen die Rechtsfähigkeit mangelt. Dieser letztere Fall tritt ein, wenn z. B. ein verbotener oder aufgelöster

tion ihrer Verteter; 4. die gehörige Bekanntmachung der processualischen Schriftsätze und Decrete, insbesondere auch die Behändigung des Klaglibells an den Beklagten.³³⁾

Verein (§. 26 B. G. B.), ein ausgeschiedenes Gutsgebiet (welchem wohl nach dem galizischen Ges. vom 12. Aug. 1866 Nr. 20 L. G. B. und nach dem bukowinaer Ges. vom 14. Nov. 1863 Nr. 10 L. G. B. die privatrechtliche Rechtsfähigkeit abzusprechen ist) oder eine nicht in das Handelsregister eingetragene Gesellschaft (Art. 110 H. G. B.) klagt oder verklagt wird. In den modernen Gesetzbüchern wird die Gerichtsfähigkeit nicht besonders erwähnt, es sind daher die Rechtsregeln über die Processfähigkeit analog anzuwenden.

³²⁾ Die Processfähigkeit ist die processualische Handlungsfähigkeit, sie ist also die Fähigkeit, durch eigene Willensacte in Processrechtsverhältnisse einzutreten, während die Gerichtsfähigkeit die einer Person vom objectiven Recht gewährte Möglichkeit ist, processualische Rechte zu erwerben und processualische Pflichten zu übernehmen, gleichviel ob diese Rechte und Pflichten durch eigene oder durch fremde Willensacte oder durch zufällige Ereignisse begründet werden. Der Minderjährige und der Wahnsinnige sind nach österreichischem Rechte zwar gerichts-, nicht aber processfähig, weil ihre Processrechtsverhältnisse nicht durch ihre eigenen Willensbestimmungen, sondern durch jene ihres Vormundes oder Curators begründet und modificirt werden. Dagegen ist derjenige processfähig, welcher sich in gewissen Civilrechtsstreitigkeiten (den Anwaltssachen) eines Advocaten bedienen muss, weil auch in solchen Rechtssachen die Processhandlungen im rechtlichen Sinne ausschliesslich auf Willensbestimmungen der vertretenen Processpartei beruhen, welchen der Processbevollmächtigte nur Form und Ausdruck verleiht. Das Nähere über diese auch in der gemeinrechtlichen Literatur vielfach unbefriedigend behandelte Lehre in dem Abschnitt über die Parteien und die Parteienhandlungen. — Dass der Richter die Thatsachen, welche auf die Processfähigkeit der Parteien Einfluss haben, von Amtswegen festzustellen habe, ist allgemein anerkannt. Gemeines Recht: Wetzell §. 12, Note 33; Renaud §. 49, Note 22, 23; Endemann §. 71, Note 35—38; Preussen: Koch §. 89; Hannover, §. 32; Baden, §. 94 (?); Württemberg, Art. 81; Baiern, Art. 62 (Wernz S. 88—90); Deutsch. E. v. 1874, §. 54. Das österr. Recht enthält über die Processfähigkeit zahlreiche Gesetzesstellen, welche die Cognition von Amtswegen vorschreiben §. 64 A. G. O., §. 57—59 W. G. O. Hofd. v. 4. Juni 1789 Nr. 1015 lit. f. (Wessely, 375) und Hofd. v. 14. Oct. 1803 Nr. 629 (Wessely, Nr. 376) und dazu Heyssler a. a. O. S. 136—139. Ebenso der österr. Entw. v. 1876, §. 86, 277, 286, 287. Im französischen Processe scheint der Mangel der Processfähigkeit keinen Gegenstand einer amtlichen Nachforschung zu bilden, sondern muss wohl von der Gegenpartei ausdrücklich gerügt werden. Art. 1125 Code civ. Vgl. Aubry und Rau, Cours, Bd. 1, §. 109, Note 12; Schlink, Comm., Bd. 1, S. 414, 415; Carré, Lois de proc., Bd. 6, Qu. 3067.

³³⁾ Die gehörige Bekanntmachung der Parteivorträge und der richterlichen Decrete an die Processparteien wird zwar von den Gesetzgebungen

Regelmässig erfolgt sowohl die Einleitung als auch die Durchführung der Untersuchung von Amtswegen, doch muss in einzelnen Fällen (z. B. Note 28) dem Beginne derselben ein Antrag vorhergehen. Auch ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dass jene officiöse Thätigkeit des Richters durch die Parteien in irgend einer Weise angeregt wird.³⁴⁾ Bei der Untersuchung von Amtswegen ist das Gericht an die Normen des Civilprocessrechtes über die Vertheilung der Beweislast und über die Form und Zulässigkeit der Beweismittel nicht gebunden, vielmehr herrscht auf diesem Gebiete des Beweisverfahrens das freieste richterliche Ermessen. Insbesondere ist es ein sehr häufig angewendetes Mittel der amtlichen Nachforschung, die Parteien und dritte Personen (z. B. den Gerichtsboten, welcher die Zustellung eines richterlichen Decretes zu besorgen hatte) ohne Beeidigung zu Protocoll zu vernehmen, während dem Civilverfahren diese Beweisform sonst vollständig fremd ist.³⁵⁾

Während die Thätigkeit des Richters in Ansehung der erwähnten vier Punkte (vgl. auch oben S. 270, 271) entschieden aus

nirgends ausdrücklich als ein Gegenstand der Cognition von Amtswegen bezeichnet, es ist aber dessenungeachtet unzweifelhaft, dass z. B. der Richter, bevor er die Contumacial-Nachtheile über die nichterschienene Processpartei verhängt, die gehörige Ladung von Amtswegen zu untersuchen habe. Hannover, §. 269, Z. 1; Württemberg, Art. 392; Deutsch. E. v. 1874, §. 290, Z. 2. Auch nach österr. Recht ist die gehörige Bekanntmachung der Schriftsätze und richterlichen Decrete, sofern diese zum Thatbestand eines processualischen Anspruchs gehört, von Amtswegen zu untersuchen. Vgl. jetzt auch den österr. Entw. v. 1876, §. 302.

³⁴⁾ Diese Anregung der richterlichen Officialthätigkeit durch die theiligten Parteien ist von der Stellung dieser letzteren im anticipativen Contumacialsystem (s. unten) wesentlich verschieden, wenngleich die äussere Erscheinung beider Processformen in solchen Fällen viele Aehnlichkeiten bietet. Denn dort kann der Richter zur Untersuchung des processualischen Thatbestandes auch ohne Impuls von Seite der Parteien schreiten, hier ist der Widerspruch der Partei unentbehrliche Voraussetzung der richterlichen Thätigkeit, dort ist der Richter in der Benützung der von den Parteien erhaltenen Anregung von ihrem Willen unabhängig, hier gibt die Erklärung der Partei der richterlichen Thätigkeit Ziel und Begränzung. Vgl. auch den österreichischen Entw. von 1876, §. 305.

³⁵⁾ Vgl. die analogen Rechtssätze über die amtliche Feststellung von Normen des fremden und des Gewohnheitsrechtes, oben S. 95—97, 176, 177.

dem Rahmen, der Passivität heraustritt, welche dieselbe regelmässig gegenüber den thatsächlichen Grundlagen der materiellen Ansprüche kennzeichnet, ist sie umgekehrt in Ansehung der zweiten Kategorie von processualischen Thatbeständen (s. oben S. 279) im Vergleich mit der materiellrechtlichen Cognition viel minder intensiv und eingreifend. Ein bedeutender Theil der Thatfachen, auf welchen die processualischen Ansprüche und Gegenansprüche beruhen, bedarf freilich nicht der Untersuchung und Feststellung durch den Richter, weil sich dieselben vor Gericht selbst vollziehen. Soweit z. B. der processualische Anspruch des Klägers auf Einleitung des Civilverfahrens (der Ladungsanspruch) von der Form und dem Inhalte des Klaglibells abhängt, ist jede Erforschung des Thatsächlichen überflüssig, da eben die Klageschrift selbst dem Gerichte vorliegt. Alle übrigen processualischen Thatbestände, welche dem Richter nicht aus eigener Wahrnehmung bekannt sind, könnten dagegen an sich denselben Grundsätzen unterworfen werden, wie die Thatfachen, auf welchen die materiellrechtlichen Klage- und Einrederechte beruhen. Da jedoch das moderne Processrecht den grössten Theil der Cognition über das Processrechtsverhältniss und seine einzelnen Bestandtheile zu einem untergeordneten Beiwerk der Verhandlung über die materiellrechtlichen Ansprüche herabgedrückt hat, so bietet die Feststellung jener zweiten Kategorie von processualischen Thatbeständen manche Eigenthümlichkeiten dar, welche sich im Allgemeinen dahin zusammenfassen lassen, dass die Untersuchung des Processrechtsverhältnisses regelmässig gegen jene des streitigen materiellrechtlichen Anspruchs an Gründlichkeit merklich zurücksteht.

Der wichtigste Gegensatz zwischen den beiden Zweigen der richterlichen Cognition besteht darin, dass die zweite Gruppe der processualischen Thatbestände (s. oben S. 279) bis auf Widerspruch der Gegenpartei durch die blosse Behauptung des Gesuchstellers festgestellt wird und dass der Richter diesem letzteren regelmässig lediglich in Folge seiner Anführungen das angesprochene processualische Recht provisorisch zuerkennt. Der Gegenpartei steht frei, gegen diese Verfügung des Richters Einsprache zu erheben, worauf der processualische Thatbestand entweder in einer sofort stattfindenden, den Hauptprocess

regelmässig hemmenden Verhandlung (processhindernde Einreden)³⁶⁾ oder in Verbindung mit der Cognition über das streitige materielle

³⁶⁾ Der Hauptmangel, in welchen die neueren Gesetzgebungen bei der Behandlung der processhindernden Einreden verfallen, besteht in der ganz ungehörigen Vermischung der Cognition von Amtswegen mit dem anticipativen Contumacialsystem, obgleich diese beiden Cognitionsformen (s. unten) in den meisten Punkten sich als diametrale Gegensätze darstellen. So führt z. B. der Deutsche Entw. v. 1874 §. 238 als processhindernde Einreden auf: 1. Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichtes; 2. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges; 3. die Einrede der Rechtshängigkeit; 4. Die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Gerichtskosten; 5. die Einrede, dass die zur Erneuerung des Rechtsstreites erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei; 6. die Einrede der mangelnden Processfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung. Ebenso der österreichische Entw. von 1876, §§. 284, 264. 265. Aehnlich auch, wenngleich mit Modificationen im Detail Hannover, §. 196 (dazu die trefflichen Ausführungen bei Leonhardt, Die bürg. P. O., S. 146—148); Baden, §. 317, 318, 344 (welche beiden Gesetze die processhindernden Einreden nicht speciell anführen); Russland, §. 571; Württemberg, Art. 344. Unter den angeführten processhindernden Einreden sind die Einreden der Unzuständigkeit, soweit sich diese auf die Fälle der absoluten Incompetenz bezieht, ferner die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der mangelnden Processfähigkeit und der mangelnden gesetzlichen Vertretung ein Gegenstand der Cognition von Amtswegen (s. oben) und unterliegen deshalb auch ganz anderen Bestimmungen als die processhindernden Einreden. Vgl. oben S. 283. Der Deutsche Entw. von 1874, §. 238, Abs. 3 und der österreichische Entw. von 1876, §. 287 (vgl. auch §. 307, 462, 465) sind deshalb auch — ebenso wie alle anderen Processordnungen — genöthigt, den wichtigsten Rechtssatz, welchen dieselben bezüglich der processhindernden Einreden aufstellen, dass sie nämlich gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen sind, für die Fälle der Cognition von Amtswegen aufzugeben. In dem Code de proc. (art. 166—172, vgl. jedoch art. 170), namentlich aber in der Genfer P. O. Art. 65—70 und in der Baierischen P. O. 184—189 sind deshalb ganz richtig die gerichtsablehnenden Einreden besonders behandelt und mit den Fällen der Cognition von Amtswegen in keiner Weise vermischt. Auch im österr. Recht werden im ordentlichen Verfahren nur die Einrede des nicht gehörigen Gerichtsstandes, der Litispendenz (§. 40 A. G. O., §. 32, 33 W. G. O. und Hofd. vom 7. Nov. 1820 Nr. 1714), der mangelnden Sicherheit für die Gerichtskosten (§. 406 A. G. O., §. 539 W. G. O.), endlich die Einrede der Rechtskraft in ihrer processualischen Function (vgl. unten §. 27) als processhindernde Einreden zu betrachten sein, wogegen die Fälle der Cognition von Amtswegen am richtigsten in einer besonderen Gruppe dargestellt werden.

Rechtsverhältniss (einfache Processeinreden)³⁷⁾ untersucht wird. Dieses Verfahren, welchem auf dem Gebiete der materiellrecht-

³⁷⁾ Diese Form des anticipativen Contumacialsystems weicht von der materiellrechtlichen Cognition noch viel weiter ab als die processhindernden Einreden. Denn die provisorische Entscheidung des Richters über den processualischen Anspruch (oben S. 284) behält in diesen Fällen während der ganzen Dauer des Rechtsstreites, ja in manchen Fällen sogar definitive Wirksamkeit. Es entsteht nämlich hier die wichtige Frage: Sind alle Rechtsfolgen eines processualischen Thatbestandes, welchen der Richter in Folge des anticipativen Contumacialsystems vorläufig angenommen hat, von ihm zu beseitigen, wenn sich jene Voraussetzung im Laufe oder nach Abschluss der Verhandlung als irrig erwiesen hat? Muss z. B. der Richter das von ihm eingeleitete summarische, Executiv- oder Mandatsverfahren ohne meritorische Urtheilsschöpfung aufheben, wenn sich am Schlusse der Verhandlung ergibt, dass die thatsächlichen Voraussetzungen dieser begünstigten Processarten in Wirklichkeit nicht vorhanden waren? Ich glaube, dass zu unterscheiden ist, ob durch jene irrige Annahme die Thätigkeit der Parteien und des Richters in Bezug auf ihre Vollständigkeit und Gründlichkeit beeinträchtigt werden konnte oder nicht: nur im ersten, nicht aber im zweiten Falle ist auch die Aufhebung der Rechtsfolgen des irrig angenommenen processualischen Thatbestandes auszusprechen. So wird z. B. der Richter ein irrig eingeleitetes Besitzstörungsverfahren und regelmässig (§. 15 Bst. V.) auch das Bestandverfahren aufheben, weil die Angriffs- und Vertheidigungsmittel in diesen Processarten (oben S. 37—39) erheblich beschränkt sind. Ebenso im Bagatellverfahren zufolge der formellen Vorschrift des §. 30 Bg. V. Dagegen wird er das summarische, Executiv- und Mandatsverfahren aufrechterhalten, auch wenn sich im Laufe oder nach Abschluss des Verfahrens der Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen herausstellt, weil das Erkenntnisverfahren dieser Processarten sich im österreichischen Rechte auf das gesammte Processmaterial erstreckt. Vgl. oben S. 37, Note 16. Derselbe Unterschied wird wohl auch nach dem österr. Entw. von 1876 zwischen dem Besitz- und Bestandprocess (§. 612, Abs. 6, §. 623, Abs. 2) einerseits und dem Mandats- und Wechselprocess (§. 598, 605) andererseits gemacht werden müssen, obgleich die eidliche Vernehmung der Parteien nach dem Entwurf (§. 625) auch im Besitzstörungsverfahren zulässig sein soll. Der Deutsche Entwurf §. 536 (dazu die Mot. S. 537) bestimmt im Gegensatz zu unserem gegenwärtigen österr. Recht, aber auf Grundlage derselben principiellen Auffassung, dass die Klage im Executivprocess, wenn sich dessen Unzulässigkeit später herausstellt, als in der gewählten Processart unstatthaft zurückzuweisen ist, weil eben die Angriffs- und Vertheidigungsmittel der Parteien im deutschen Executivprocess durch das Requisit sofortiger Liquidität sehr erheblich beschränkt sind (oben S. 37). Die Badische P. O. §. 646 gestattet dagegen, die Unzulässigkeit des Executivprocesses in der Form einer processhindernden Einrede geltend zu machen, es erfolgt also die Feststellung dieses processualischen Thatbestandes in der ersten Form des anticipativen Contumacialsystems (s. die vorige Note).

lichen Cognition das Mahn- und das Kündigungsverfahren als analoge Rechtsbildungen zur Seite stehen, beruht auf dem Grundgedanken, dass die Gegenpartei den betreffenden processualischen Thatbestand nicht bestreiten und gegen die Zuerkennung des processualischen Anspruchs keinen Widerspruch erheben werde. Man kann es als das anticipative Contumacialsystem bezeichnen, im Gegensatz zu dem declarativen Contumacialsystem der materiellrechtlichen Cognition, welches die Versäumung erst dann annimmt, wenn dieselbe wirklich eingetreten und erwiesen ist.³⁸⁾

Folgende Beispiele einer processhindernden und einer einfachen Processeinrede werden zur Veranschaulichung des Gesagten dienen:

Erster Fall. Jemand begründet in seiner Klage die Competenz des Gerichtes durch die Behauptung, dass der Beklagte

³⁸⁾ Das anticipative Contumacialsystem könnte in unseren Civilprocessgesetzgebungen noch eine erheblich ausgedehntere Anwendung finden und den grössten Theil der contradictorischen Incidenzstreite über processualische Ansprüche (s. unten S. 292, 293) entbehrlich machen. Beispiele dieser Art bietet die neuere deutsche Processgesetzgebung. Die meisten Processordnungen setzen fest, dass derjenige, welcher einem Rechtsstreite als Nebenintervenient beitreten will, ein ausdrückliches — schriftliches oder mündliches — Gesuch stellen muss, über welches eine selbstständige Incidenzverhandlung abgeführt wird. Code de proc. art. 339, 340; Genfer P. O. Art. 267—270; Hannover, §. 37; Russland, §. 663, 664; Württemberg, Art. 100, 101; Ungarn, §. 72, 73; Baiern, Art. 68, vgl. jedoch Art. 510 (Wernz, Comm. S. 486; Schmitt, Der bayerische Civilprocess, Bd. 1, §. 130, Note 5, 69). Dagegen tritt der Intervenient nach preussischem Recht (A. G. O. Tit. 18, §. 7—11 und V. v. 1. Juni 1833, §. 58 und dazu Koch, §. 80, Note 4) und nach dem deutschen Entw. von 1874, §. 67 (vgl. auch Baden, §. 109—113) dem Rechtsstreite ohne eine richterliche Zulassungsverfügung bei, ein contradictorisches Verfahren und eine Entscheidung des Richters sind nur dann erforderlich, wenn die Parteien gegen den Beitritt des Nebenintervenienten Widerspruch erheben. Ebenso der österr. Entw. von 1876, §. 93. Auch im gegenwärtigen österreichischen Recht tritt der Nebenintervenient in den Rechtsstreit ein, ohne dass ein Zulassungsverfahren vorhergeht, und es ist der Gegenpartei nicht einmal die Möglichkeit eröffnet, durch ihren Widerspruch sofort ein selbstständiges Incidenzverfahren herbeizuführen, vielmehr muss sie sich die Theilnahme des Intervenienten bis zum Abschluss des Rechtsstreites gefallen lassen. Dagegen mit Recht Heyssler in seinem Aufsatz: „Die Gegenwart und die Zukunft der accessorischen Intervention im österr. Civilprocess“ in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 2, S. 121.

im Bezirke desselben seinen ordentlichen Wohnsitz habe. Obgleich er den Grund seines processualischen Anspruchs auf Einleitung des Verfahrens durch dieses bestimmte Gericht in keiner Weise erwiesen hat, so ordnet dasselbe doch den Beginn des Rechtsstreites vorläufig an, indem es den Beklagten (im ordentlichen schriftlichen Verfahren) zur Ueberreichung der Exceptionsschrift auffordert.³⁹⁾ Erhebt der Beklagte — was die überwiegende Regel bildet —

³⁹⁾ Nach dem österreichischen Recht hat der Richter die thatsächlichen Voraussetzungen des Ladungsanspruchs, soweit nicht die Cognition von Amtswegen eintritt — insbesondere auch die Competenzgründe — regelmässig auf Grundlage der Angaben des Klägers in der Klageschrift zu prüfen und nach dem Ergebniss dieser Prüfung die Ladung zu gewähren oder zu verweigern. Nur bei einzelnen summarischen Processen, z. B. beim Mandats- und Wechselprocess genügt das einseitige Vorbringen des Klägers nicht, um den qualificirten Ladungsanspruch anzuerkennen. Die neueren Processgesetzgebungen haben im Allgemeinen die Tendenz, das anticipative Contumacialsystem dadurch noch schärfer zum Ausdruck zu bringen, dass sie dem Gerichte die Prüfung der thatsächlichen Voraussetzungen des Ladungsanspruchs, soweit diese nicht ein Gegenstand der Cognition von Amtswegen sind, ganz oder doch in überwiegender Masse entziehen und die Geltendmachung etwaiger Mängel dem Beklagten in der mündlichen Verhandlung vorbehalten. Diese Einschränkung kann der Gesetzgeber indirect bewirken, indem er anordnet, dass der Präsident die Tagfahrt zur mündlichen Verhandlung, nachdem die Klage oder die gesamten Acten des schriftlichen Vorverfahrens bei Gericht überreicht worden sind, innerhalb einer sehr kurzen Frist (meistens in 24 Stunden) festzusetzen hat. Der legislative Gedanke, welcher einer solchen Bestimmung zu Grunde liegt, ist wohl, dass der Vorsitzende sich bei Erlassung der Ladung auf eine zweckmässige Vertheilung der Geschäfte des Gerichtshofes zu beschränken und in eine formelle oder materielle Prüfung des Klaglibells und der übrigen vorbereitenden Schriften nicht einzugehen habe. Eine zweite Gruppe von Gesetzgebungen beschränkt die richterliche Prüfung des Ladungsanspruchs direct in der Weise, dass sie dem Richter die Zurückweisung der Klage nur wegen bestimmter Mängel ausnahmsweise gestattet, während alle übrigen erst in der mündlichen Verhandlung von dem Beklagten geltend zu machen sind. Hannover, §. 143, 187 (Leonhardt, S. 142); Deutsch. Entw. v. 1866, §. 176, 233; Württemberg, Art. 317, 322—325 (Fecht, Bd. 2, S. 9—14); Baiern, Art. 241, 245 (Schmitt, Bd. 1, S. 606, Bd. 2, S. 57); Deutsch. Entw. v. 1874, §. 186, 225 (dazu die Motive S. 454), vgl. jedoch auch §. 546, 769 d. E.; Oesterr. Entw. v. 1876, Arg. §. 277. — Nach diesen Processgesetzgebungen wird folglich der Ladungsanspruch des Beklagten provisorisch anerkannt, obgleich der Richter die Voraussetzungen desselben (oder wenigstens den überwiegenden Theil derselben) in keiner Weise — auch nicht auf Grund der einseitigen Behauptungen des Klägers — festgestellt hat.

dagegen in den gesetzlichen Formen und Fristen keinen Widerspruch, so erlangt die provisorische Entscheidung des Richters über den processualischen Anspruch des Klägers sofort definitive Giltigkeit. Bringt dagegen der Beklagte die Einrede des nicht gehörigen Gerichtsstandes vor, so werden nunmehr die thatsächlichen Voraussetzungen des vom Kläger erhobenen Ladungsanspruches, soweit diese sich auf die Competenz beziehen, in einem besonderen, den Hauptprocess hemmenden Incidenzstreite nach den Regeln des contradictorischen Verfahrens untersucht. Das Resultat dieser Untersuchung ist, dass entweder die vorläufige Entscheidung über die Competenz in eine definitive verwandelt wird oder dass der Richter die Nichtexistenz des vom Kläger erhobenen processualischen Anspruchs auf Einleitung des Civilverfahrens vor diesem Gerichte ausspricht.

Zweiter Fall. Jemand behauptet in der Klage, dass er in seinem factischen Besitze gestört worden sei und davon vor weniger als dreissig Tagen Kenntniss erlangt habe (§. 2. Bs. V.) und verlangt die Einleitung des *possessorium summariissimum*. Das summarische Besitzstörungsverfahren wird durch den Richter provisorisch eröffnet und es treten nunmehr dieselben Möglichkeiten wie in dem früheren Falle ein. Da jedoch nach österreichischem Rechte eine processhindernde Einrede der nicht richtig gewählten Processart regelmässig nicht stattfindet ⁴⁰⁾, so muss der Widerspruch des Beklagten gegen den klägerischen Anspruch auf Einleitung des summarischen Besitzstörungsverfahrens mit der Hauptverhandlung verbunden werden. Erst am Schlusse des Verfahrens wird der Richter über den erwähnten Anspruch erkennen und entweder seine zu Beginn des Rechtsstreites gefällte provisorische Entscheidung bestätigen oder die Klage — als in der gewählten Processart nicht durchführbar — zurückweisen. (S. oben S. 286.)

⁴⁰⁾ Nach dem früheren österreichischen Rechte fand auf Antrag des Klägers oder des Beklagten eine — allerdings ausserordentlich beschränkte — Cognition mit processhindernder Wirkung über die Frage statt, ob in den zum ordentlichen Process geeigneten Fällen das mündliche oder das schriftliche Verfahren stattfinden solle. §. 16 A. G. O., §. 17 W. G. O.; Hofd. v. 20. Juni 1797 Nr. 353, §. 30 Bg. V. Durch §. 1 des Ges. v. 16. Mai 1874 Nr. 69 ist auch diese Cognition in der überwiegenden Anzahl von Fällen (vgl. unten Note 50) beseitigt worden.

Eine dritte Gruppe von processualischen Thatbeständen (oben S. 279) wird von dem Richter in der nämlichen Weise wie die thatsächlichen Voraussetzungen der materiellen Rechtsverhältnisse geprüft und festgestellt. Diese Art der Cognition von processualischen Gesuchs- und Einredegründen tritt gleichfalls in einer doppelten Form auf, welche das Gegenstück zu den beiden Gattungen des anticipativen Contumacialsystems (Note 36 und 37) bildet. Ein Theil dieser processualischen Ansprüche und der dieselben bedingenden Thatbestände ist nämlich ein Gegenstand besonderer Incidenzprocesse, deren Zweck eben lediglich in der Prüfung des angesprochenen processualischen Rechtes besteht. Beispiele dieser Art sind nach österreichischem Recht das Gesuch um Zulassung von neuen Thatsachen und Beweismitteln in der Replik und Duplik des ordentlichen schriftlichen Verfahrens (der Legungsstreit), die Bitte um Vornahme des Beweises zum ewigen Gedächtniss, endlich nach zahlreichen Processrechten (Note 38) der Anspruch des Nebenintervenienten auf Beitritt zu dem Rechtsstreit als Processpartei. Dann aber kann zweitens auch bei dieser Form der Cognition — ebenso wie bei den oben (S. 286, 289) erwähnten Processeinreden — die Prüfung des processualischen Anspruchs mit der Untersuchung des materiellen Rechtsverhältnisses verschmolzen werden. Dies ist im österreichischen Process namentlich bei allen Ansprüchen auf Zulassung der angebotenen Beweismittel der Fall, da diese Beweisansprüche in Folge der gesetzlichen Beweisanticipation immer in Verbindung mit den materiellrechtlichen Bestandtheilen des Rechtsverhältnisses untersucht werden. Ein weiteres Beispiel bietet der Legungsstreit im ordentlichen mündlichen Verfahren, welcher gleichfalls mit der Verhandlung der Hauptsache vereinigt werden muss.

Trotz dem Parallelismus, welcher zwischen der processualischen Untersuchung der zweiten und der dritten Gruppe von processualischen Ansprüchen und Thatbeständen unleugbar besteht, darf doch die grosse Verschiedenheit der beiden Cognitionenformen nicht übersehen werden. Die processualischen Ansprüche, deren Feststellung in dem Rahmen des anticipativen Contumacialsystems erfolgt, werden von dem Richter immer zunächst provisorisch anerkannt; die nachfolgende contradictorische Verhandlung, mag diese einen selbstständigen Incidenzstreit bilden oder mit dem

Hauptstreite vereinigt werden, hat lediglich den Zweck, zur Bestätigung oder Beseitigung jener vorläufigen richterlichen Anerkennung zu führen. Die dritte Kategorie von processualischen Ansprüchen wird dagegen vom Richter überhaupt nicht provisorisch festgestellt; die richterliche Anerkennung oder Verwerfung tritt vielmehr in diesem Falle erst dann ein, wenn der Anspruch, sei es nun in einem besonderen Incidenzverfahren oder in Verbindung mit dem Hauptverfahren, zwischen den Parteien contradictorisch verhandelt worden ist. Diese Anerkennung hat aber auch — eben mit Rücksicht auf die vorhergehende contradictorische Verhandlung — definitive Giltigkeit.

In der vorstehenden Darstellung habe ich es vermieden, für die Charakterisirung der processualischen Thatbestände überhaupt oder eines Theils derselben den von Bülow in seiner Schrift: „Die Lehre von den Processeinreden und den Processvoraussetzungen“ (1868) vorgeschlagenen Kunstaussdruck zu gebrauchen und sie demgemäss als „Processvoraussetzungen“ zu bezeichnen. Die wahre Bedeutung der Schrift Bülow's besteht m. E. darin, dass dieselbe das Wesen des Rechtsstreites als eines sich zwischen dem Richter und den Parteien fortentwickelnden Rechtsverhältnisses neuerlich mit Nachdruck hervorgehoben hat ⁴¹⁾ — ein Gesichtspunkt, der schon oben in der Lehre von den örtlichen und zeitlichen Grenzen der Civilprocessnormen in umfassender Weise benützt worden ist. ⁴²⁾ Dagegen glaube ich, dass der positive Theil der Theorien Bülow's weit weniger richtig und zutreffend ist, als die überlieferte Lehre von den Processeinreden, an deren Stelle derselbe zu treten bestimmt ist.

Unter den „Processvoraussetzungen“ versteht Bülow ⁴³⁾

⁴¹⁾ Bülow irrt übrigens, wenn er S. 1, 2, Note 1a der Ansicht ist, dass dieser Gedanke vor ihm nur von Bethmann-Hollweg (Röm. Civilprocess, Bd. 1 [1864], S. 22, 103) ausgesprochen worden ist, vielmehr kommt derselbe auch schon bei Wetzell, System, 2. Aufl. (1865), S. 78 und Koch, Preuss. Civilprocess, §. 23 (welcher den Process als Rechtsgeschäft bezeichnet) u. A. vor.

⁴²⁾ Vgl. oben S. 131, 132, 195, 196.

⁴³⁾ Den Ansichten Bülow's sind im Wesentlichen beigetreten: Wetzell, System, S. 136—142 und Heyssler in seinem oben (Note 28) citirten Aufsatz in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 1, S. 114—151. Vgl. auch Planck in der Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 11 (1869) S. 174, 175.

jene Thatsachen, welche sich als „die Erfordernisse für die Zulässigkeit, als die Vorbedingungen für das Zustandekommen des ganzen Processrechtsverhältnisses“, oder als „die constitutiven Elemente des Processrechtsverhältnisses“ darstellen.⁴⁴⁾ Zu diesen Processvoraussetzungen rechnet Bülow vorzüglich 1. die Competenz, Fähigkeit und Unverdächtigkeit des Gerichtes, die Processfähigkeit der Parteien und die Legitimation ihrer Vertreter; 2. die zu einem Civilprocessgegenstand erforderlichen Eigenschaften; 3. die gehörige Abfassung und Mittheilung der Klage und die Verpflichtung des Klägers zu Processcautionen (resp. deren wirkliche Leistung); 4. die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Reihenfolge zwischen mehreren Processen.⁴⁵⁾

Mit der Aufstellung dieses neuen Kunstausdruckes verbindet Bülow eine entschiedene Bekämpfung des Begriffes und der Bezeichnung der „Processeinreden“. Diese letzteren seien nichts als „negativ ausgedrückte, in Exceptionsform eingekleidete Processvoraussetzungen“⁴⁶⁾; „nicht einmal das was vor allem Anderen zum Wesen der Einreden gehört, dulde auf die Processeinreden Anwendung.“⁴⁷⁾

Der Begriff der Processvoraussetzungen scheint mir nun zunächst schon deshalb verwerflich, weil durch diesen Kunstausdruck ganz willkürlich aus der ungemein grossen Zahl von processualischen Ansprüchen und Thatbeständen eine Gruppe hervorgehoben wird, welche sich in Nichts von den übrigen processualischen Rechten unterscheidet. Denn die Processvoraussetzungen Bülow's sind eben nichts als die thatsächlichen Voraussetzungen des processualischen Anspruchs auf Einleitung des Civilverfahrens vor der ersten Instanz mit Ausschluss der Incidenzprocesse (des Ladungsanspruchs in der engsten Bedeutung des Wortes): ein processualisches Recht, welches gewiss von nicht geringer Bedeutung ist, das aber doch im Vergleich zu der fast unbegrenzten Zahl der übrigen in ihrer Structur ganz homogenen processualischen Ansprüche vollständig zurücktritt.

⁴⁴⁾ Bülow a. a. O. S. 6.

⁴⁵⁾ Bülow a. a. O. S. 5. Die wörtliche Bezeichnung der Processvoraussetzungen ist im Text unwesentlich modificirt, weil dieselben bei Bülow in einem anderen Zusammenhange vorkommen.

⁴⁶⁾ Bülow a. a. O. S. 13.

⁴⁷⁾ Bülow a. a. O. S. 300.

Bülow ist eben der irrigen Ansicht, dass „im Processrecht ein einziges Rechtsverhältniss in Frage steht“⁴⁸⁾ und seine Absicht geht dahin, die Voraussetzungen dieses speciellen Rechtsverhältnisses festzustellen. In Wahrheit ist es aber eine charakteristische Eigenthümlichkeit jedes Civilrechtsstreites, dass in demselben regelmässig nur ein, selten mehrere, immer aber nur eine begrenzte Zahl von materiellen Rechtsansprüchen geprüft und festgestellt werden; wogegen sich die processualische Cognition auch in dem einfachsten Civilprocess auf die Thatbestände einer grossen Zahl von selbstständigen processualischen Ansprüchen erstreckt⁴⁹⁾, welche dem Process in seiner Totalität ebenso wie die Voraussetzungen des Ladungsanspruches dienen und die deshalb gleichfalls als Processvoraussetzungen zu betrachten sind.⁵⁰⁾

⁴⁸⁾ Bülow a. a. O. S. 6, Note.

⁴⁹⁾ Man denke nur an die ungemein zahlreichen processualischen Ansprüche auf Zulassung der Beweise, auf Fristverlängerung oder Vertagung der Termine, auf Erlassung von provisorischen Verfügungen jeder Art u. s. f., welche in jedem bis zu Ende durchgeführten Rechtsstreit vorkommen. Man kann wohl ohne Uebertreibung sagen, dass in jedem einigermassen complicirten Civilprocess neben der Erörterung des materiellen Rechtsverhältnisses Hunderte von ähnlichen processualischen Ansprüchen geprüft, festgestellt und durchgeführt werden. Es ergibt sich von selbst, dass diese Fülle des Verhandlungsmaterials den engen Rahmen des Civilrechtsstreites schlechterdings sprengen müsste, wenn nicht in dem anticipativen Contumacialsystem ein Mittel zur schleunigsten und einfachsten Erledigung dieser Ansprüche gegeben wäre.

⁵⁰⁾ So ist es z. B. gewiss ohne Grund, wenn Bülow als Processvoraussetzung lediglich „die gehörige Abfassung und Mittheilung der Klage“ aufstellt (oben S. 292), während doch die gehörige Abfassung und Zustellung der Einredeschrift (der Vernehmlassung) ganz in demselben Sinne als Processvoraussetzung zu betrachten ist. Denn wenn die Exceptionsschrift von einer gerichts- oder processunfähigen Person überreicht oder den Parteien nicht gehörig zugestellt wurde, so treten die nämlichen Rechtsfolgen ein wie in dem Falle, wenn der Klagehandlung dieselben Mängel anhaften. Allerdings wird die Prüfung des vom Beklagten erhobenen processualischen Anspruchs auf Zulassung dieser bestimmten Einredehandlung regelmässig einen geringeren Umfang besitzen als das Verfahren zur Feststellung des klägerischen Ladungsanspruches, weil zahlreiche Punkte in den meisten Fällen schon früher erledigt sein werden; allein das Wesen der beiden Cognitionen ist durchaus identisch, wie denn auch in manchen Processrechten sogar processhindernde Einreden des Klägers gegen jenen processualischen Anspruch des

Gegen die Zusammenfassung der Voraussetzungen des klägerischen Ladungsanspruches in der engsten Bedeutung dieses Wortes (S. 292), unter einem besonderen Begriff spricht aber auch ferner der Umstand, dass ein solcher gemeinsamer Kunstausdruck unfehlbar zur Annahme verleiten muss, als sei rück-sichtlich aller „Processvoraussetzungen“ eine gleiche processualische Behandlung geboten.⁵¹⁾ In Wirklichkeit werden die Voraussetzungen des Ladungsanspruches ebenso wie alle anderen processualischen Thatbestände in den drei oben (S. 279 ff., 283 ff., 290) erwähnten Cognitionsformen festgestellt; insbesondere wird auch in jenen Processrechten, welche wie der canonische und der ältere kammergerichtliche Process, für die Prüfung jener Voraussetzungen einen besonderen Processabschnitt eröffnen, zu diesem Zweck auch die dritte der oberwähnten Prüfungsarten (die materielle Cognition) verwendet.

Ebenso ungenau ist es, wenn Bülow den wohl in allen europäischen Processrechten überlieferten Begriff der Process-einreden schlechthin als verwerflich erklärt. Der Einredebegriff hat vielmehr eine gute Berechtigung auch in Betreff der processualischen Ansprüche und Thatbestände, wenn man mit Bülow und anderen Schriftstellern die Einrede als das definirt, „was der Beklagte gegenüber der Klage vorbringen und wenn es streitig ist, beweisen muss, wenn er wünscht und sicher darüber sein will, dass es von Seite des Gerichtes Beachtung finde.“⁵²⁾

Beklagten anerkannt sind. Wenn z. B. beide Parteien ein urkundliches Uebereinkommen auf das mündliche Verfahren (statt des gesetzlichen schriftlichen) geschlossen haben (Ges. vom 16. Mai 1874, Nr. 74, §. 1) und der Kläger dessenungeachtet das schriftliche Verfahren einleiten lässt, so kann der Beklagte in seiner Einrede um Einleitung des mündlichen Verfahrens bitten (§. 16 A. G. O., §. 17 W. G. O.). Der Streit über diese Frage wird vor der Decretirung der Einredeschrift, also mit processhindernder Wirkung ausgetragen.

⁵¹⁾ Vgl. z. B. Bülow a. a. O. S. 303—304, wo die verschiedenen Cognitionsformen für das moderne Recht nicht gehörig gesondert werden, obgleich Bülow a. a. O. S. 292—294 die fraglichen Gegensätze für das römische Recht zum Theil andeutet.

⁵²⁾ Bülow a. a. O. S. 300, 301. Ebenso (obgleich mit beträchtlichen Abänderungen in der Formulirung) Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen

In dieser Richtung scheint mir zuvörderst unzweifelhaft, dass die ursprünglich für die materiellrechtlichen Ansprüche gebildeten Begriffe der Klage und Einrede, des Klage- und Einredegrundes auf jene processualischen Thatbestände keine Anwendung leiden, welche den Gegenstand der Cognition von Amtswegen bilden. Denn bei diesen Thatbeständen hat weder derjenige, welcher den processualischen Anspruch erhebt, noch auch sein Gegner die Verpflichtung, die betreffenden Thatfachen ähnlich wie in der materiellrechtlichen Cognition anzuführen (oben S. 283).

Für ebenso gewiss halte ich ferner, dass die Begriffe der Klage und Einrede auf jene processualischen Thatbestände, welche in den Formen der materiellrechtlichen Cognition geprüft werden (S. 290), unbedenklich angewendet werden können. Die Schwierigkeiten, welche bei solchen processualischen Ansprüchen die Vertheilung der Anführungs- und Beweislast zwischen dem Gesuchsteller und seinem Gegner in einzelnen Fällen verursachen mag, sind in gleicher Weise auch auf dem Gebiete der materiellrechtlichen Cognition wahrzunehmen.

Wie verhalten sich aber jene Begriffe zu den processualischen Thatbeständen, welche den Gegenstand des anticipativen Contumacialsystems bilden? Bei einem Theil dieser Thatfachen wird auf den Einspruch der Gegenpartei (oben S. 284, 285) die Bezeichnung „Einrede“ oder „Processseinrede“ unbedenklich angewendet werden können, weil in Ansehung derselben nicht denjenigen, welcher den processualischen Anspruch erhebt, sondern seinen Gegner die Anführungs- und Beweislast trifft. Wenn z. B. ein Processrecht (oben S. 134) bestimmt, dass Ausländer den Ladungsanspruch nur dann stellen können, wenn sie Caution für die Gerichtskosten leisten, so muss der Beklagte, wenn er diese processhindernde Einrede erheben will, jene Eigenschaft des Klägers gewiss anführen und nöthigenfalls nachweisen. Dasselbe ist der Fall, wenn der Beklagte die Einrede der Rechtskraft nicht in Gestalt einer sachlichen, sondern einer Processseinrede erhebt (vgl. unten §. 27). In diesen und ähnlichen Fällen sind ohne Zweifel Einreden und zwar — da sich dieselben auf

Civilprocesses, (1835), S. 184; Eisele, Ueb. d. materielle Grundl. d. exception, (1871), S. 119—129; Wetzell, System, 3. Aufl. S. 156, 157; Renaud, §. 91; Endemann, §. 170, Note 39—42; Bayer, Vorträge, S. 568 u. A.

processualische Thatbestände gründen, — Prozesseinreden auch nach der strengsten Auffassung dieses Begriffes vorhanden. ⁵³⁾

Etwas verschieden gestaltet sich die Frage, wenn im anticipativen Contumacialsystem der Widerspruch der Gegenpartei den Erfolg hat, dass nunmehr der Gesuchsteller die thatsächlichen Voraussetzungen seines processualischen Anspruchs anführen und beweisen muss. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Kläger gar keine oder nicht hinreichende Competenzgründe angegeben hat und der Beklagte die Einwendung der Incompetenz erhebt. In diesem Falle liegt es nahe, die Handlung des Beklagten mit der Ablehnung des Klagegrundes in der materiellrechtlichen Cognition zu vergleichen und ihr den Charakter einer Einredehandlung vollständig abzusprechen. Dennoch aber trennt die negative Einlassung der materiellrechtlichen Cognition und die Erhebung des Widerspruchs im anticipativen Contumacialsystem ein tiefgreifender Gegensatz. Mängel in der Darlegung der materiellrechtlichen Thatbestände führen zur Abweisung des materiellen Rechtsanspruchs, auch wenn die Gegenpartei jenen Mangel nicht ausdrücklich gerügt hat. Wenn z. B. der Kläger in einer Eigenthumsklage nur behauptet, dass ihm der Streitgegenstand vom Eigenthümer verkauft, nicht aber auch, dass er ihm tradirt worden sei, so wird er mit seinem Eigenthumsanspruch abgewiesen, mag auch der Beklagte im ganzen Verlaufe des Rechtsstreites auf diesen Mangel nicht aufmerksam gemacht haben. Die processualischen Ansprüche, insbesondere der Ladungsanspruch, werden dagegen von dem Vorhandensein ihrer thatsächlichen Voraussetzungen sofort unabhängig, wenn die Gegenpartei nicht innerhalb der bestimmten Formen und Fristen den Mangel ausdrücklich hervorgehoben hat. Dadurch tritt aber der Einspruch im anticipativen Contumacialsystem zu den Einreden der materiellrechtlichen

⁵³⁾ Bülow a. a. O. S. 312, 313 giebt selbst zu (was auch wohl ganz unbestreitbar ist), dass rücksichtlich mancher „Processvoraussetzungen“ die Anführungs- und eventuell die Beweislast nicht dem Kläger, welcher den Ladungsanspruch erhebt, sondern dem Beklagten obliegt. Da nun nach der Auffassung Bülow's das Wesen der Einrede eben in dieser Anführungs- und Beweislast besteht (Note 52), so kann Bülow jener von ihm allerdings nicht näher bezeichneten Gruppe von „Processvoraussetzungen“ den Charakter von Einreden consequent nicht absprechen.

Cognition in eine nahe Beziehung, da auch die materiellrechtlichen Einreden von dem Beklagten ausdrücklich vorgebracht werden müssen, widrigenfalls dieselben von dem Richter bei der Entscheidung nicht beachtet werden. Diese praktisch sehr bedeutsame Aehnlichkeit der beiden Vertheidigungsformen wird für die Rechtsanwendung wohl immer genügen, um dieselben unter einem Begriff zu vereinigen, wie denn auch diese Auffassung von fast allen europäischen Gesetzgebungen getheilt wird. ⁶⁴⁾

Noch klarer tritt die Anwendbarkeit des Einredebegriffes auf den Einspruch des anticipativen Contumacialsystems hervor, wenn man die Einrede als ein selbstständiges Gegenrecht des Beklagten auffasst, durch welches das an sich bestehende Recht des Klägers beseitigt wird. ⁶⁵⁾ Denn im anticipativen Contumacialsystem hat derjenige, welcher den processualischen Anspruch erhebt, die provisorische Anerkennung desselben bereits erlangt, dieser Anspruch hat volle Rechtswirksamkeit, wenn der Gegner sein processualisches Gegenrecht nicht durch ausdrücklichen Einspruch geltend macht. Wenn der Kläger mich bei einem incompetenten Gericht verklagt, so hat er durch die Decretirung der

⁶⁴⁾ Die Gleichartigkeit des Einspruchs im anticipativen Contumacialsystem und der Einreden in der materiellrechtlichen Cognition tritt besonders klar hervor, wenn man aus dem Begriffe der Einrede (oben S. 294) die Beziehung auf die Beweislast entfernt. In der That ist die Anführungspflicht allein das wesentliche Moment; die Beweispflicht ist dagegen etwas durchaus Zufälliges, sie tritt z. B. nicht ein, wenn die Einredethatsachen nicht bestritten werden oder notorisch sind. Auch auf dem Gebiete der rein materiellrechtlichen Cognition machen übrigens die sog. negativen Einreden der älteren Doctrin (z. B. die *exceptio non adimpleti contractus* etc.) die gleiche Schwierigkeit wie der Einspruch im anticipativen Contumacialsystem. Bei diesen Einreden braucht nämlich der Beklagte gleichfalls nur einen Mangel in den Klagehatsachen zu rügen und wälzt dadurch auf den Kläger die Beweisverbindlichkeit; dessenungeachtet hat man diesen Vertheidigungsgründen den Einredecharakter nicht abgesprochen. Das Nähere über diese ungemein bestrittene Frage im speciellen Theil; vgl. Albrecht, Die Exceptionen des gem. deutschen Civilprocesses, S. 172—176 und die daselbst Note 1—4 zahlreichen Ctt.; Vangerow, Pand. §. 651, Note 1; Wetzell, System, §. 17, Note 22—24, u. A.

⁶⁵⁾ Savigny, Bd. 5, S. 160—169, Vangerow, Pand., Bd. 1, 7. Aufl. S. 182—184; Arndts, §. 101, Anm. 1; Unger, Bd. 2, S. 474; Bethmann-Hollweg, Bd. 2, S. 384—399; Windscheid, §. 47 u. A.

Klage den Ladungsanspruch erworben, wenn nicht mein processualisches Gegenrecht, vor dem zuständigen Richter belangt zu werden, von mir gegenüber der Klage geltend gemacht wird. Selbst auf die Einreden der materiellrechtlichen Cognition möchte der Einredebegriff, obgleich er für dieses Gebiet ursprünglich gebildet wurde, nicht eine so sichere Anwendung finden als auf den Einspruch des anticipativen Contumacialsystems.⁵⁶⁾

Das zweite Element des gesammten Processstoffes ist die rechtliche Begründung der von den Parteien erhobenen materiellen und processualischen Ansprüche. Dass die richterliche Cognition auf diesem Gebiete durchgreifend von der Officialmaxime beherrscht wird, ist schon oben bemerkt worden.⁵⁷⁾

⁵⁶⁾ Vgl. auch die Abhandlung von Bar „Zur Lehre von den Process-einreden“ im Archiv für civ. Praxis, Bd. 52 (1869), S. 431—463, bes. 453—463, welcher die Ansichten Bülow's vom Standpunkte seiner — m. E. viel zu wenig gewürdigten — Theorie über den Klage- und Einredegrund und über die Beweislast bekämpft. Vgl. Bar, Recht und Beweis im Civilprocess, (1867) S. 104—117. Es genügt auf diese Ausführungen, von welchen im speciellen Theil noch Gebrauch gemacht werden soll, an diesem Orte hinzuweisen.

⁵⁷⁾ Vgl. über die Feststellung der Normen des Gewohnheits- und des fremden Rechtes oben S. 95—98, 176—177. Zu den oben S. 176 angeführten Gesetzgebungen tritt nunmehr noch der österr. Entw. von 1876, §. 296: „Das in einem anderen Staatsgebiete geltende Recht bedarf des Beweises nur insofern, als dasselbe dem Gerichte unbekannt ist. Der Bestand oder Nichtbestand einer Rechtsnorm, von welcher behauptet wird, dass sie in einem anderen Staatsgebiet gelte, kann das Gericht auch in anderer Weise als durch die von den Parteien angebotenen Beweise ermitteln und zu diesem Zwecke nöthigenfalls das Einschreiten des Justizministers in Anspruch nehmen.“ Die gleichen Rechtssätze gelten auch für das inländische Gesetzesrecht, nur ist der Richter verpflichtet, dieses letztere zu kennen (*jura novit curia*) und er begeht eine Pflichtverletzung, wenn er es in Folge mangelhafter Kenntniss nicht oder nicht richtig anwendet. Der Richter hat in zweifelhaften Fällen (z. B. wenn es in Folge der Abtretung einer Provinz ungewiss ist, ob die von der früheren oder die von der gegenwärtigen Staatsgewalt erlassenen Rechtsnormen gelten), das Dasein und den Inhalt des inländischen Gesetzesrechtes von Amtswegen festzustellen, ohne dass er bei dieser Feststellung auf die

Die dritte Frage, welche im Anschlusse an die oben gegebene Uebersicht des Processmaterials zu entscheiden ist, geht dahin: Wie weit ist der Richter von dem Begehren des Klägers oder des Beklagten abhängig? Diese Frage ist für die Sach- und für die Processbitten gesondert zu beantworten.

Was zuvörderst die Sachbitten des Klägers und des Beklagten betrifft, so ist der Richter von denselben durchaus abhängig (*judex ne eat ultra petita partium*), ja gerade diese Anwendung des Verhandlungsprincipes ist als dessen wichtigste Consequenz zu betrachten. Soweit also die Parteien in der Sachbitte übereinstimmen, hat der Richter unbedingt zu condemniren, auch wenn der von beiden Theilen anerkannte Anspruch nach seiner Auffassung nicht begründet ist.⁵⁸⁾ Sind dagegen die

civilprocessordnungsmässigen Beweismittel beschränkt ist. Als inländisches Gesetzesrecht ist auch das Provinzialrecht der im Reichsrathe vertretenen Provinzen, dagegen nicht das Recht der ungarischen Länder zu betrachten.

⁵⁸⁾ Dies ist die in der österr. Gerichtssprache sog. Submission. Sie ist auch im österr. Recht durchgreifend nach Analogie der römischen *confessio in iure*, und zwar in jener Ausbildung, welche dieses Rechtsinstitut in der classischen Jurisprudenz erlangt hat, zu behandeln und ist demgemäss als ein Ausfluss des Dispositionsrechtes der Parteien über ihre Privatrechte zu betrachten. L. 56. D de re iud. 42. 1. Post. . . . confessionem in iure factam nihil quaeritur post orationem Divi Marci: quia in iure confessi pro indicatis habentur. — Savigny, System, VII, S. 15, 39—47; Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 261 ff. und Röm. Civilprocess, Bd. 2, S. 548, 549; Wetzell, System, §. 14, Note 6—16; Renaud, §. 104; Endemann, §. 105, Note 12. Für das österreichische Recht Unger, Bd. 2, S. 520—522. Der Richter hat folglich im Falle der Submission das streitige Rechtsverhältniss nicht weiter zu untersuchen (*nihil quaeritur*), sondern das Verfahren abubrechen und ein declaratives Urtheil zu erlassen. Hofd. v. 21. Sept. 1792 Nr. 48, lit. b (Wessely, Nr. 1114) und Hofd. vom 17. Jan. 1783 Nr. 118 (Wessely, 782). Diese Auffassung ist auch in den österr. Entw. von 1876 §. 423 übergangen. Nach der Ansicht mancher gemeinrechtlicher Processualisten ist, wenn der Beklagte den Anspruch des Klägers pure zugiebt, gar kein Urtheil, sondern lediglich eine die Thatsache des Eingeständnisses feststellende Beurkundung abzufassen, welche Auffassung auch in neuere Processordnungen übergangen ist. Preuss. G. O. Tit. 8, §. 14—16 und dazu Koch, Processrecht, §. 288; Hannover'sche P. O. §. 117, 528, Z. 1; Deutsch. Entw. von 1866, §. 645, Z. 7. Nach der Würt. P. O. Art. 305: Baier. P. O. Art. 268;

Sachbitten des Klägers und des Beklagten widersprechend, so darf er wohl auf Weniger, nicht aber auf Mehr oder auf Anderes erkennen als der Kläger verlangt hat.⁵⁹⁾ Auch die Accessionen des Klageanspruchs, z. B. Zinsen und Früchte müssen vom Kläger in der meritorischen Bitte besonders gefordert werden, widrigenfalls sie demselben nicht zuerkannt werden dürfen.⁶⁰⁾ Nur über die Processkosten ist in dem Enderkenntniss von Amtswegen zu entscheiden, auch wenn ein ausdrück-

Deutsch. Entw. von 1874, §. 601, Z. 2 ist zwar ein Urtheil zu fällen, doch genießt dieses von Gesetzeswegen den Vortheil der vorläufigen Vollstreckbarkeit. In Betreff Frankreichs vgl. Schlink, Comm., Bd. 2, S. 431.

⁵⁹⁾ §. 248 A. G. O., §. 325 W. G. O. „Der Spruch soll dem Begehren der Parteien gemäss sein.“ Oesterr. Entw. v. 1876, §. 428. „Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was diese nicht angesprochen hat.“ Keine Verletzung dieses Grundsatzes ist es, wenn das Gericht, obwohl die Bitte des Klägers auf Zahlung lautet, den Beklagten zur Deposition bei Gericht verurtheilt, da diese eine Art der Zahlung ist (§. 1412, 1425 B. G. B.), folglich das Klagebegehren dadurch nicht abgeändert, sondern nur näher bestimmt wird. Unger-Glaser-Walther, Nr. 592, 677, 2194, 2708, 3149. Ebenso wenig geht das Gericht über das Begehren der Parteien hinaus, wenn es Schreibfehler in dem Klagepetit berichtigt und auf diese Weise dem Kläger scheinbar mehr als er begehrt zuerkennt. Unger-Glaser-Walther Nr. 851.

⁶⁰⁾ Im gemeinen Recht ist diese Frage im hohen Grade bestritten, insbesondere soll nach der Ansicht vieler Juristen der Richter wenigstens dann die Accessionen ungebeten zuerkennen, wenn der Kläger die sog. *clausula salutaris* (d. h. eine allgemeine Aufforderung an das Gericht zur Ergänzung und zur Verbesserung des Klagevortrags) beigefügt hat. Wetzell, §. 43, Note 35, 45; Renaud, §. 78, Note 8—13; Endemann, §. 99, Note 23, 24 u. A. Die neueren Particulargesetzgebungen haben, weil der Umfang der Accessionen in zahlreichen Fällen ein unbestimmter ist, mit Recht wenigstens einen allgemeinen Antrag auf Zuerkennung der einzelnen Nebenforderungen verlangt. Ohne jeden Antrag der Parteien hat der Richter nur nach der Preuss. A. G. O. Th. I, Tit. 23, §. 58, 63 auf Erstattung der Zinsen, Früchte und Abnützungen zu erkennen. Vgl. darüber auch Bruck, Die Wirkung des rechtskräftigen Erkenntnisses auf den vom Richter übergangenen Zinsenpunkt, (1873), S. 8, 9. Die entgegengesetzte Auffassung ist adoptirt von dem Code de proc. art. 480 Nr. 3, 4 (dazu Boitard, 2. Bd. Nr. 734); Hannover, §. 345; Baden, §. 357; Russland, Art. 706; Württemberg, Art. 361; Baiern, Art. 262; Deutsch. Entw. von 1874, §. 269 und dazu die Motive S. 469. Auch nach österr. Recht ist die Nothwendigkeit eines die einzelnen Accessionen genau bezeichnenden Antrags unbestritten. Nippel, Bd. 1, S. 620; Oesterr. Entw. von 1876, §. 428.

liches Begehren auf Zuerkennung derselben nicht gestellt worden ist.⁶¹⁾

Wie weit ist der Richter von den Processbitten der Parteien abhängig? Diese Frage kann nur mit einer Unterscheidung beantwortet werden. Alle jene Verfügungen, welche eine geordnete Processleitung mit Nothwendigkeit in sich schliesst, erlässt der Richter, auch wenn die Parteien nicht eine ausdrückliche Bitte gestellt, ja sogar wenn sie ein widersprechendes Begehren vorgebracht haben, da eben die Processleitung durchgreifend eine Thätigkeit von Amtswegen ist.⁶²⁾ Der Richter hat also das

⁶¹⁾ Auch diese Frage ist im gemeinen Recht bestritten, indem einzelne Schriftsteller einen Antrag auf Zuerkennung der Processkosten als nothwendig ansehen, z. B. Wetzell, §. 43, Note 35; Renaud, §. 78, Note 8. Vgl. auch Russland, Art. 706, 868. Für die Zuerkennung von Amtswegen sprechen sich aus: Weber, Ueber die Processkosten, deren Vergütung und Compensation, 5. Aufl., (1810), S. 150; Endemann, §. 99, Note 24; Bayer, §. 134 (S. 407) u. A. Die letztere Meinung ist in die neueren Processgesetzgebungen übergegangen, welche dem Richter fast ausnahmslos vorschreiben, über die Processkosten von Amtswegen zu entscheiden. A. Pr. G. O. Tit. 23, §. 1; Code de proc. art. 130 (Bestritten: Boitard, Bd. 1, Nr. 278); Genf, Art. 114; Hannover, §. 345; Baden, §. 357; Württemberg, Art. 361; Baiern, Art. 262; Deutsch. Entw. von 1874, §. 269; Oesterr. Entw. v. 1876, §. 428. Auch in dem geltenden österreichischen Processrecht ist dieser Grundsatz anerkannt (A. G. O. §. 402, W. G. O. §. 535; Hofd. vom 27. Sept. 1792 Nr. 53; Wessely, Nr. 354; Hofd. vom 22. Juni 1835 Nr. 42, §. 5, bei Wessely Nr. 656), doch wird derselbe dadurch eigenthümlich modificirt, dass die Processkosten nach heutigem österreichischen Recht vor Abschluss der Verhandlungen in der betreffenden Instanz bei sonstigem Verlust des Anspruchs liquidirt werden müssen (A. G. O. §. 403, W. G. O. §. 536), so dass also die Processparteien, wenn ihnen der Kostenersatz zugesprochen werden soll, zum Mindesten ein Verzeichniss derselben den Acten beilegen müssen. Alle übrigen richterlichen Verfügungen rücksichtlich der Gerichtskosten, insbesondere die Aberkennung derselben und die Suspension der Entscheidung über den Kostenersatz in den Beurtheilen auf den Zeugen- und Sachverständigenbeweis, erfolgen dagegen ohne jede ausdrückliche oder stillschweigende Willensäusserung der Parteien.

⁶²⁾ A. G. O. §. 16, W. G. O. §. 16; §. 3 der K. V. vom 21. Mai 1855, Nr. 95, §. 14 Bg. V. Vgl. die Entsch. bei Unger-Glaser-Walther, Nr. 812, 1342, 2348. Eine andere Frage ist, ob das Gericht, wenn es am Ende der Verhandlung zur Ueberzeugung gelangt, dass die von ihm verfügte Einleitung einer bestimmten Processart nicht berechtigt war, das Verfahren von Amtswegen aufzuheben oder in der Sache selbst zu erkennen habe. Vgl. darüber oben

ordentliche mündliche oder schriftliche Verfahren, dann jene Processarten, welche für gewisse Rechtssachen mit obligatorischer Wirkung an deren Stelle getreten sind, nämlich die regulär-summarischen Prozesse und das Bagatellverfahren auch ohne besonderes Begehren der Parteien einzuleiten, wenngleich in der Praxis von dem Kläger sehr häufig die Einleitung des gesetzlichen Verfahrens ausdrücklich verlangt wird.⁶³⁾ Ebenso sind alle anderen Handlungen, welche ich oben (S. 270, 271) als Elemente der Processleitung bezeichnet habe, auch ohne Impuls von Seite des Klägers oder des Beklagten von Amtswegen zu vollziehen.

Anders verhält es sich mit jenen das Processverhältniss betreffenden Verfügungen des Richters, welche nicht als die nothwendigen Voraussetzungen eines geordneten Processbetriebes betrachtet werden können. Hieher gehört die Einleitung von solchen besonderen Processarten, welche nicht mit obligatorischer Wirkung an die Stelle des ordentlichen Processverfahrens getreten sind, z. B. die Eröffnung des Mandats-, Wechsel-, Executiv-, Mahn-, dann des Besitzstörungs- und Bestandverfahrens⁶⁴⁾, die Anmer-

Note 37 (S. 286) und Unger-Glaser-Walther, Nr. 121, 252, 365, 460 (Aufrechthaltung des ordnungswidrig eingeleiteten regulär-summarischen und des Mandatsverfahrens).

⁶³⁾ In den §§. 1, 2 S. V. und §. 1 Bg. V. ist die Einleitung dieser abgekürzten Verfahrensarten imperativ vorgeschrieben. Aehnlich auch im Bst. V. §. 12 und Bs. V. §. 2, 3. Da jedoch diese Verfahrensarten regelmässig grosse Einschränkungen in der Beweisführung (oben §. 4, 7) zur Folge haben, so sind dieselben nur auf Verlangen des Klägers einzuleiten, welches jedoch nicht bloß ausdrücklich, sondern auch durch concludente Handlungen (z. B. durch Beifügung der Worte „Dringend wegen gestörten Besitzes“ zufolge §. 3 Bs. V. oder des im §. 13 Bst. V. vorgeschriebenen Vermerkes: „In Bestandsachen“) gestellt werden kann. In dem österreichischen Entw. von 1876 §§. 607, 621 ist die Einleitung des Kündigungs- und des Besitzstörungsverfahrens ausdrücklich von dem Willen des Berechtigten abhängig gemacht, wogegen das Verfahren vor den Bezirksgerichten, welches von dem Entwurf als eine Abart des ordentlichen Verfahrens aufgefasst wird (vgl. oben S. 72, 73, Note 15 a. E.), auch ohne besonderen Antrag einzuleiten ist.

⁶⁴⁾ Mandatsverfahren: Erlassung des Zahlungsauftrages „auf Verlangen des Klägers“ §. 1 K. V. vom 21. Mai 1855 Nr. 95; — Wechselverfahren: Erlassung des wechselrechtlichen Mandates „auf Verlangen des Klägers“ §. 5 W. V.; Einleitung des mündlichen Verfahrens nach Wechsel-

kung der Hypothekarklage, der Löschungsklage und der Streitanhängigkeit⁶⁵⁾, ferner Arrest- und Verbotsverfügungen⁶⁶⁾ und ähnliche Decrete des Richters, welche die Erreichung des Processzweckes zwar befördern, aber nicht erst möglich machen sollen. In Betreff dieser Verfügungen ist der Richter von dem Begehren der Parteien abhängig, er kann sie nur auf eine ausdrücklich oder stillschweigend gestellte Processbitte erlassen.

Weit einfacher als im Instructionsverfahren, welches überhaupt in allen Richtungen eine grosse Fülle und Mannigfaltigkeit der Formen aufweist, gestalten sich die Probleme, welche das Verhandlungsprincip hervorruft, in den weiteren Stadien des Civilprocesses: in dem Beweis-, in dem Rechtsmittel- und in dem Executionsverfahren. Was zuvörderst das Beweisverfahren betrifft, so herrscht auf diesem Gebiete die spontane, von den Impulsen der Parteien unabhängige Thätigkeit des Richters vor. Zwar erhält diese auch hier durch den Willen der Parteien ihre Richtung, indem die Streittheile, selbst nachdem die Beweismittel von dem Richter zugelassen worden sind, regelmässig durch den Beweis-antritt zu entscheiden haben, welche Beweise von dem Richter erhoben werden sollen.⁶⁷⁾ Allein der wichtigste Act des Beweisverfahrens: die Beweisaufnahme, wird durch den Richter von

recht wenn „der Kläger nur die Einleitung des wechselrechtlichen Verfahrens verlangt“ §. 9 W. V.; — Executivverfahren: „Der Kläger ist befugt“, um Einleitung dieses Verfahrens zu bitten. Hofd. vom 7. Mai 1839 Nr. 358; Unger-Glaser-Walther, Nr. 70; — Mahnverfahren: „Der Gläubiger kann die Erlassung eines bedingten Zahlungsbefehles begehren“. Auch in diesen Fällen wird übrigens die Bitte des Klägers oft durch concludente Handlungen gestellt werden. Wenn z. B. der Kläger im Wechselprocess die Erlassung eines Mandates begehrt und diesem Ansuchen nicht Folge gegeben werden kann, so ist doch das wechselrechtliche Verfahren einzuleiten. W. V. §. 9. — Auch nach dem österreichischen Entw. von 1876 §§. 489, 602, 603, 574 muss der Kläger einen Antrag auf Einleitung des Mandats-, Wechsel- und Mahnverfahrens stellen.

⁶⁵⁾ §. 59, 61, 66, 69, 70 G. G. vom 25. Juli 1871 Nr. 95. In allen angeführten Gesetzesstellen wird ein Antrag der Processpartei vorausgesetzt.

⁶⁶⁾ §. 275—277 A. G. O., §. 366—368 W. G. O. („Arrestwerber“); §. 283 A. G. O., §. 374 W. G. O.

⁶⁷⁾ Ueber den Unterschied zwischen der Beweisanerbietung und der Beweisantretung vgl. unten §. 24, Note 13 (S. 337).

Amtswegen ohne bestimmende Mitwirkung der Parteien vollzogen. ⁶⁸⁾

Aehnliche Grundsätze wie im Instructionsverfahren vor der ersten Instanz herrschen in dem Rechtsmittelverfahren, welches sich überhaupt bloß als eine Wiederholung des Verfahrens vor der ersten Instanz mit begrenztem Inhalte darstellt. Die Cognition des Gerichtes, welches über das Rechtsmittel zu erkennen hat, ist also regelmässig von dem Willen der verletzten Partei abhängig, sie tritt bloß dann ein, wenn diese gegen die verletzende Entscheidung der Vorinstanz das Rechtsmittel ergreift. ⁶⁹⁾ Nur die Nichtigkeitsbeschwerde, dann die Vorstellung im Bagatellverfahren machen von dieser Regel eine Ausnahme, indem der Richter die Verletzungen, welche den Gegenstand dieser Rechtsmittel bilden, von Amtswegen beseitigen kann. ⁷⁰⁾ Ueberdies liegt sowohl dem Richter erster als jenem zweiter Instanz die Processleitung ob, welche in dem Rechtsmittelverfahren des österreichischen Rechtes einen sehr weiten Umfang besitzt.

Was endlich das Executionsverfahren betrifft, so ist zwischen der Execution von Geldforderungen und den übrigen Executionsarten zu unterscheiden. Die Vollstreckung von Ansprüchen, welche nicht in Geldforderungen bestehen, ist sowohl in Ansehung der Einleitung als auch der Durchführung des Executionsverfahrens

⁶⁸⁾ §. 150—159, 191—194, 230 A. G. O.; §. 222—231, 263—266, 304 W. G. O.; §. 39, 40, 42, 43, S. V.; §. 31 Bg. V. Das Nähere in der Beweislehre.

⁶⁹⁾ §. 259 A. G. O.; §. 339 W. G. O.; §. 44 S. V.; — §. 373 A. G. O.; §. 492 W. G. O.; §. 19 S. V. — Etwas abweichend der Recurs: §. 267 A. G. O.; §. 349 W. G. O.; §. 45 S. V.; §. 84 Bg. V. Vgl. auch den österr. Entw. von 1876, §§. 479, Z. 2, 488, 490, 504 (Berufung).

⁷⁰⁾ §. 265 A. G. O.; §. 364 W. G. O.; §. 49 S. V. Wohl auch im Bagatellverfahren giltig trotz des Wortlautes des §. 81 Bg. V. Wenn z. B. eine Partei das Urtheil wegen Ausschliessung der Oeffentlichkeit angefochten hat (§. 78, Z. 4 Bg. V.) und das Obergericht findet, dass die betreffende Rechtssache gar nicht auf den Rechtsweg, sondern vor die Administrativbehörde gehört (§. 78, Z. 2, §. 1 Bg. V.), so tritt gewiss die Cognition von Amtswegen ein. Vgl. auch Ullmann, S. 120, 121. — §. 85, 27 Bg. V. Vgl. auch den österreichischen Entw. von 1876, §. 509, 518, und wohl auch §. 542, 548.

an den Willen der Parteien gebunden ⁷¹⁾, nur in sehr beschränktem Masse ist bei diesen Vollstreckungsformen eine richterliche Thätigkeit von Amtswegen bemerkbar. ⁷²⁾ Der Grund dieser Erscheinung liegt in dem Umstande, dass in jenen Fällen regelmässig bloß das isolirte Recht des Exequenten zu vollstrecken ist und dass nicht wie bei der Vollstreckung von Geldforderungen eine Concurrenz anderer Berechtigten vorhanden ist.

Dasselbe ist auch der Fall bei der Execution von Geldforderungen, insofern als diese durch Einantwortung von Forderungen des exequirten Schuldners geführt wird. Dagegen sind bei der Execution durch Feilbietung beweglicher und unbeweglicher Sachen in Ansehung unserer Frage zwei wesentlich verschiedene Stadien zu unterscheiden: das Realisirungsverfahren, welches den Zweck hat, dem Gerichte die freie Verfügung über die Sachen des Schuldners zu verschaffen und diese durch Feilbietung in eine zur Befriedigung des Gläubigers taugliche Form, also in baares Geld umzusetzen, dann das Befriedigungsverfahren (Kaufpreisvertheilung), durch welches die gewonnenen Zahlungsmittel zur Befriedigung der Gläubiger wirklich verwendet werden. ⁷³⁾ In dem ersten Stadium ist der Richter im Wesentlichen an die Anträge des Executionsführers gebunden, er hat die Executionsgrade: die Pfändung und ihre Nebenformen die Transferirung und die enge Sperre, ferner die Schätzung und die Feilbietung nur auf Begehren des Letzteren zu bewilligen und zu vollziehen; die Vertheilung des realisirten Kaufpreises wird dagegen durch ein Verfahren bewirkt, welches

⁷¹⁾ §. 302—310 A. G. O., §. 402—410 W. G. O. Aehnlich auch alle anderen Processgesetze. Die Befugniß des Klägers, die Execution eines vollstreckbaren Anspruchs nach seinem Ermessen durchzuführen oder zu unterlassen, ist ein nothwendiges Corollar des Satzes *Nemo invitus agere compellitur*, ja die Geltung jener Befugniß reicht in unseren Processrechten noch weiter, da dieselbe nicht (wie das Recht zur Klageführung) durch zahlreiche Provocationen beschränkt ist.

⁷²⁾ Wenn z. B. der Richter die Leistung einer nicht vertretbaren Handlung durch Geld- oder Arreststrafen erzwingt (A. G. O. §. 310, W. G. O. §. 410), so erfolgt die Durchführung der Strafverfügungen von Amtswegen.

⁷³⁾ §. 314 A. G. O., §. 415 W. G. O. Vgl. Menger im Archiv für civ. Praxis, Bd. 55 (1873), S. 410, 411.

der Richter von Amtswegen einzuleiten und durchzuführen hat.⁷⁴⁾

⁷⁴⁾ Ob die Vertheilung des Kaufpreises bei der *pignoris capio* nach römischem Recht von Amtswegen oder nur auf Antrag eingeleitet und durchgeführt wurde, lässt sich aus unseren Quellen (L. 15, 31 D. de re iud. 42, 1) nicht mit Bestimmtheit ersehen. In den neueren Gesetzgebungen erscheint deshalb auch das Vertheilungsverfahren zum Theil von der Verhandlungs- zum Theil von der Officialmaxime beherrscht. Nur auf Antrag eines Berechtigten wird das Distributionsverfahren eingeleitet nach dem Code de proc. art. 658, 659, 750, 753 (Ges. vom 21. Mai 1858, art. 750—753) und nach der baierischen P. O. 942, 943, 1094. In dem weiteren Verlauf des Vertheilungsverfahrens tritt freilich auch nach diesen Gesetzen die richterliche Officialthätigkeit in ziemlich umfassendem Masse ein. Dagegen wird in der überwiegenden Anzahl von Gesetzgebungen das Distributionsverfahren von Amtswegen eingeleitet und im Wesentlichen auch von Amtswegen durchgeführt. Preussen, §. 367 Conc. Ordn. vom 8. Mai 1855 und §. 62 Subh. Ordn. vom 15. Mai 1869; Genf, Art. 458 (dazu Bellot, S. 214, 215); Hannover, §. 595, 596 (?); Oesterr. Entw. von 1866, §. 894, 895, 934 und dazu die Motive S. 126; Deutscher Entwurf von 1874, §. 705, 706 und die Motive S. 574, 575. Nach dem geltenden österreichischen Recht wird die Kaufpreisvertheilung durch den Richter gleichfalls von Amtswegen eingeleitet und auch im weiteren Verlaufe als eine Officialsache behandelt. §. 4 Hofd. vom 19. Nov. 1839 Nr. 388. Gspan, Abhandlung über die gesetzmässige Befriedigung concurrirender Gläubiger, Bd. 2, S. 12, 27—29; Nippel, Bd. 2, S. 269, 278, 279. Vgl. jedoch oben S. 92. Der vom österreichischen Abgeordnetenhaus ausgearbeitete Entw. einer Executionsordnung von 1876 hat diese Auffassung gleichfalls festgehalten und weiter ausgebildet. §. 63 „Sobald der Zuschlag der versteigerten Liegenschaft rechtskräftig geworden ist, hat der Gerichtsabgeordnete von Amtswegen das Verfahren zur Vertheilung des Kaufpreises einzuleiten.“

§. 22.

Das Princip des wechselseitigen Gehörs.¹⁾

Das Princip des wechselseitigen Gehörs habe ich oben so präcisirt, dass der Rechtsstreit seine Gestalt durch den Willen beider Parteien empfängt, dass also bei den processualischen Handlungen regelmässig beide Theile mitwirken müssen. Die Geltung dieses Grundsatzes im österreichischen Processrecht soll nunmehr im Einzelnen festgestellt werden.

In dieser Richtung ist nun zuvörderst darauf hinzuweisen, dass der Grundsatz des wechselseitigen Gehörs keineswegs eine thätige Mitwirkung beider Parteien an den processualischen Handlungen erheischt. Denn da nach österreichischem Rechte ein physischer Zwang zur Vornahme civilprocessualischer Handlungen nicht zulässig ist²⁾ und es sehr häufig im Interesse eines der

¹⁾ Briegleb, Einl. in d. summ. Proc. S. 178—182; Wetzell, System, (2. Aufl.) S. 468, 469; Renaud, §. 77; Endemann, §. 98; Gönner, Handb., Bd. 1, 2. Aufl. (1804), S. 130—174; Bayer, §. 12; Osterloh, §. 32 u. A. Vgl. auch Homeyer, Der Richtsteig Landrechts, (1857), S. 452.

²⁾ Anders verhält sich dies bekanntlich im Strafprocess, in welchem (vgl. z. B. österr. St. P. O. §. 174—176) die Mitwirkung des Beschuldigten zu gewissen processualischen Handlungen nöthigenfalls durch physischen Zwang herbeigeführt wird. Auch das römische Civilverfahren, selbst in seiner neuesten Gestalt, kennt die Realcitation, indem der Beklagte, wenn er dem Executor des Gerichtes nicht bei Behändigung des Kagliells die gesetzliche Caution in Betreff seiner Mitwirkung bei dem Processe leistet, sofort verhaftet und unter öffentliche Beaufsichtigung gestellt wird. §. 2. J. de satisd. (4, 11), L. 1 C. de sport. (3, 2). Vgl. auch Bethmann-Hollweg, Civilpr. Bd. 3,

Streittheile, insbesondere des Beklagten, liegt, den Lauf des Rechtsstreites zu hemmen, so würde eine so strenge Auffassung jenes Princip die Beendigung der meisten Civilprocesse unmöglich machen. Durch den Grundsatz des wechselseitigen Gehörs soll vielmehr nur ausgedrückt werden, dass der Gesetzgeber die Pflicht hat, dem Civilprocess eine Gestalt zu geben, welche nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge beiden Parteien die processualische Mitwirkung möglich macht.

Allein auch mit dieser eingeschränkten Wirkung durchdringt der Grundsatz des wechselseitigen Gehörs nicht das gesammte Civilverfahren, vielmehr muss aus diesem ein weites und wichtiges Gebiet ausgeschieden werden, in welchem das entgegengesetzte Princip, nämlich das der richterlichen Verfügung auf einseitiges Anbringen einer Partei vorherrscht. In dem ersten Stadium des Executionsverfahrens, welches ich oben (S. 305) als das Realisierungsverfahren bezeichnet habe, werden nämlich die Executionsverfügungen regelmässig auf Begehren des Executionsführers ohne Gehör des exequirten Schuldners erlassen³⁾; nur dann, wenn

S. 351 A. A. Muther, Sequestration und Arrest im Römischen Recht, (1856) S. 336—360, bes. 347, 348, 360, welcher die Zulässigkeit der Realcitation und der Arrestanlegung auf den Fall beschränkt, wenn der Beklagte flüchtig oder der Flucht verdächtig ist, so dass also nach Muther das Römische Recht im Wesentlichen dieselben Voraussetzungen des persönlichen Arrestes aufstellen würde, wie der Arrestprocess des germanischen Rechtes. Den neueren Processgesetzgebungen ist die Realcitation in Civilsachen fremd, an ihre Stelle ist ein sorgfältig ausgebildetes Contumacialsystem getreten. Nur soweit in Civilsachen die Cognition von Amtswegen reicht, möchte sich die Anwendung directen Zwanges — etwa durch Geld- und Arreststrafen — auch wohl noch nach den neueren Processordnungen rechtfertigen lassen. Vgl. §. 185, 192 G. I.

³⁾ Es ist zweifelhaft, ob die Execution schon im Römischen Recht mittelst einer einfachen Imploration des Executionsführers oder nur mittelst einer besonderen Klage (*actio iudicati*) erwirkt werden konnte, jedenfalls ist aber das einseitige Verfahren im gemeinen deutschen Process zulässig. Vgl. Puchta, Inst. Bd. 2, §. 176, Note o; Keller, Röm. Civilp. §. 81, Note 974; Bethmann-Hollweg, II, S. 657, III, S. 297; Wetzell, §. 47, Note 116, 117. Dies ist auch der Standpunkt des österreichischen Rechtes. A. G. O. §. 301 ff.; W. G. O. §. 401 ff.; Unger, System, II, S. 685. Vgl. auch den Entw. einer Executionsordnung von 1876, §§. 14, 91. Auch mehrere neuere Processrechte haben die Bewilligung der Execution durch den Richter auf

entweder die Rechtswirksamkeit des zu vollstreckenden Schuldtitels noch nicht vollständig feststeht ⁴⁾ oder wenn jene Vollstreckungsfähigkeit von Bedingungen abhängig ist ⁵⁾, wird nach österreichischem Recht ein contradictorisches Verfahren angeordnet. In dem Befriedigungsverfahren dagegen, soweit ein solches im Executionsverfahren überhaupt stattfindet, ist die Anwendbarkeit unseres Principis keinem Zweifel unterworfen. ⁶⁾

Auf den übrigen Gebieten des Civilprocesses: in dem Instructions-, Beweis- und Rechtsmittelverfahren kann es dagegen als Regel gelten, dass jede processualische Handlung, welche nicht ihrer Natur nach den einseitigen Act einer einzelnen Partei in sich schliesst, unter Mitwirkung beider Parteien zu vollziehen ist. Insbesondere werden die thatsächlichen und die rechtlichen Momente des gestörten materiellen Rechtsverhältnisses ⁷⁾ vor der ersten Instanz in der Form einer contradictorischen Verhandlung, also im schriftlichen Verfahren in der Form von Schriften und Gegenschriften ⁸⁾, im

einseitiges Anbringen des Executionsführers beibehalten. Preussen: A. G. O. Th. I, Tit. 24, §. 24 (Koch, Preuss. Civilprocess, §. 298). — England: Supreme Court of Judicature Act. von 1875, Shed. A Order 42, R. 8 ff.; Rüttimann, Engl. Civilprocess, §. 434; Stephen, Commentaries, Bd. 3, S. 581 ff. Im französischen Recht und den Nachbildungen desselben ist die Gewährung mancher Executionsmittel, namentlich jener, welche bewegliche Sachen zum Gegenstande haben, überhaupt nicht Aufgabe des Richters, sondern diese werden, wenn ein vollstreckbarer Titel vorliegt, durch den Gerichtsvollzieher auf einseitiges Ansuchen der Processpartei in Anwendung gebracht.

⁴⁾ Fälle dieser Art sind z. B., wenn die Execution auf Grundlage von auswärtigen Urtheilen (oben S. 172 ff.) oder von schiedsrichterlichen Erkenntnissen angesucht wird. In dem letzteren Falle ist m. E. immer vor der Bewilligung der Hilfspollstreckung ein contradictorisches Verfahren zwischen den Parteien einzuleiten.

⁵⁾ Hofd. v. 10. Febr. 1785 Nr. 387 (Wessely, Nr. 1204).

⁶⁾ §. 2 des Hofd. v. 19. Nov. 1839 Nr. 388; Oesterr. Entw. einer Executionsordnung v. 1876, §. 63, 115, 116 (vgl. auch §. 110).

⁷⁾ Auch ein Theil der processualischen Ansprüche wird in der im Text bezeichneten contradictorischen Form festgestellt. Vgl. oben S. 290. Da diese Cognitionsform jedoch in allen Civilprocessgesetzgebungen vorherrschend auf die Feststellung der materiellen Rechtsverhältnisse angewendet wird, so habe ich dieselbe in dieser Schrift als die materiellrechtliche Cognition bezeichnet.

⁸⁾ A. G. O. §. 34, 43, 50, 55; W. G. O. §. 30, 36, 41, 46.

mündlichen Verfahren in der Form von Rede und Gegenrede⁹⁾ erörtert. Erst wenn diese Erörterung vollständig beendigt¹⁰⁾ oder durch Versäumniss einer Partei abgebrochen¹¹⁾ worden ist, kann regelmässig zur Entscheidung des Rechtsstreites geschritten werden.

Von dieser allgemeinen Regel sind jedoch im österreichischen Processrechte mehrere sehr wichtige Ausnahmen zugelassen. So ist es zunächst in allen Fällen, in welchen der Richter von Amtswegen seine Thätigkeit ausübt, der Natur der Sache gemäss in das Ermessen des Richters gestellt, ob er vor seiner Entscheidung die Parteien vernehmen will. Soweit sich die richterliche Officialthätigkeit auf die Processleitung bezieht (oben S. 270, 271), wird der Richter regelmässig einseitig ohne Mitwirkung der Streittheile vorgehen, weil seine processleitenden Verfügungen nicht die Rechte der Parteien selbst, sondern lediglich die äussere Form ihrer Geltendmachung berühren. Dagegen wird bei der Cognition von Amtswegen (S. 279—283), welche die richterliche Entscheidung über die Grundlagen des Rechtsstreites und die wichtigsten processualischen Rechte vorbereiten soll, die Mitwirkung beider Parteien regelmässig nicht zu entbehren sein. Eine allgemeine Regel lässt sich jedoch füglich nicht aufstellen, weil diese Gebiete eben der spontanen Thätigkeit des Richters unterworfen sind.

Eine zweite wichtige Gruppe von Ausnahmen bilden die Fälle des anticipativen Contumacialsystems. Soweit durch dieses processuale Thatbestände festgestellt werden, ist davon schon oben (S. 283 ff.) ausführlich die Rede gewesen. Auf dem Ge-

⁹⁾ A. G. O. §. 17, 22, 26, 27; W. G. O. §. 18, 21; S. V. §. 12. 25; Bg. V. §. 12, 20.

¹⁰⁾ A. G. O. §. 238; W. G. O. §. 313; S. V. §. 25; Bg. V. §. 66.

¹¹⁾ A. G. O. §. 239; W. G. O. §. 314; S. V. §. 18; Bg. V. §. 28. Die in den Noten 8—11 enthaltenen Fälle der Anwendbarkeit des contradictorischen Verfahrens sind in allen Processgesetzgebungen als Regel anerkannt. Die ausserordentliche Mannigfaltigkeit der processualischen Formen, welche wir in den positiven Processsystemen wahrnehmen, hat ihren Grund nicht sowohl in der Verschiedenheit der materiellrechtlichen Cognition, sondern in der sehr heterogenen Art und Weise, in welcher die processualischen Ansprüche festgestellt und durchgeführt werden.

biete der materiellrechtlichen Cognition kommt jenes System in dem Mahn- und in dem Kündigungsverfahren des Bestandverfahrens ¹²⁾ zur Anwendung. Der legislative Grundgedanke dieser Processformen besteht darin, dass der Richter über einen processualen oder materiellrechtlichen Anspruch auf einseitiges Anbringen einer Partei vorläufig eine Entscheidung trifft, jedoch nur von dem Gesichtspunkte aus, dass diese dem wahren Willen der Gegenpartei entspricht. Erhebt daher die letztere Widerspruch, so muss die richterliche Verfügung entweder sofort ohne weitere Untersuchung mit allen ihren Rechtsfolgen beseitigt oder doch in einem contradictorischen Verfahren in Bezug auf ihre Rechtsbeständigkeit geprüft werden (ob. S. 284 ff.). In den Fällen des anticipativen Contumacialsystems wird also das Princip des wechselseitigen Gehörs verletzt, doch immer mit stillschweigender Zulassung jener Processpartei, deren Anspruch auf richterliches Gehör beeinträchtigt wird.

Eine dritte Gruppe von Ausnahmen besteht darin, dass im Mandats- und im Wechselverfahren auf die blosse Klage von dem Richter sofort über den Klageanspruch meritorisch erkannt ¹³⁾ oder sogar, wie im Arrest- und Verbotsprocess ¹⁴⁾, dann bei gewissen einstweiligen

¹²⁾ Auch der österreichische Entwurf von 1876, §. 574—588 und §. 606—612 hat das Mahn- und das Bestandverfahren des bisherigen Rechtes aufgenommen und zwar das erstere ohne wesentliche Abweichung, während von dem letzteren mit Recht nur das unserem Processe eigenthümliche Kündigungsverfahren beibehalten wurde. (§. 606, 610 d. E.) Vgl. über diese Processformen oben S. 70, Note 13 und S. 78 Note 30.

¹³⁾ Vgl. über diese Processformen oben §. 7, Note 22, 23 (S. 75), Note 27 (S. 77). Auch der österreichische Entw. von 1876, §. 589—605 hat den Mandats- und Wechselprocess unseres heutigen Rechtes ohne wesentliche Abweichungen adoptirt. Nur fehlen in dem Entwurf die Bestimmungen über die Execution zur Sicherstellung, welche wohl dem — noch nicht veröffentlichten — Abschnitt über die Execution vorbehalten bleiben sollen; doch ist nicht zu zweifeln, dass auch in dieser Beziehung der bisherige Rechtszustand aufrechterhalten bleiben soll.

¹⁴⁾ A. G. O. §. 275, 283; W. G. O. §. 366, 374 (Arrest und Verbot). Vgl. auch §. 6 d. Ges. vom 16. Mai 1874 Nr. 69 (Sequestration). Doch unterscheiden sich der Arrest und das Verbot einestheils und die provisorische Sequestration andererseits dadurch, dass die ersteren regelmässig auf einseitiges Anbringen des Imploranten bewilligt werden, wogegen die provisorische Sequestration ohne Gehör des Gegners wohl nur ausnahmsweise in den

Vorkehrungen im Besitzstörungs-¹⁵⁾ und Bestandverfahren¹⁶⁾, ohne Anhörung der Gegenpartei sofort eine executive Massregel bewilligt wird. Allerdings ist im Mandats- und Wechselverfahren dem Beklagten gestattet, gegen den Zahlungsbefehl Einwendungen zu erheben und dadurch eine Erörterung des Rechtsstreites in der Form von Rede und Gegenrede herbeizuführen; allein da der Zahlungsbefehl dessenungeachtet noch bedeutende Rechtswirkungen äussert, welche bis zur Entscheidung über die Einwendungen, fort dauern, so wird auch in diesem Falle unleugbar eine Summe von Rechtswirkungen, wenngleich mit einer zeitlichen Begrenzung, ohne Gehör des Verklagten endgiltig ausgesprochen.

gesetzlich bestimmten Fällen (§. 14 Bst. V. und wohl auch §. 10. Bs. V.) gewährt werden kann. Hofd. vom 31. Oct. 1800 Nr. 512 (Wessely Nr. 1091). Der cit. §. 6 scheint dagegen von der Ansicht auszugehen, dass der Richter in den Fällen des §. 292 A. G. O. die Sequestration ohne Gehör des Gegners verfügen kann, da bei den Sequestrationen des §. 14 Bst. V. und §. 10 Bs. V. eine besondere Rechtfertigungsklage gewiss nicht zulässig ist. S. auch §. 46 J. N. und die V. vom 19. Juni 1855 Nr. 106. Nippel, Erl., Bd. 2, S. 142. Vgl. über diese drei Processformen (Arrest, Verbot, Sequestration) oben §. 7, Note 31 (S. 78).

¹⁵⁾ §§. 8—10 Bs. V. S. oben §. 7, Note 6, 7. Der österreichische Entw. von 1876 §. 623 gestattet im Besitzstörungsverfahren dem Richter, zur Abwendung von Gewaltthätigkeiten die gesetzlichen Sicherungsmittel von Amtswegen anzuwenden, selbst wenn im Uebrigen die allgemeinen Voraussetzungen derselben nicht vorhanden sind. Obwohl der Abschnitt über die Sicherungsmittel dermalen noch nicht veröffentlicht ist, so ist wohl aus dieser Bestimmung („von Amtswegen“) zu schliessen, dass die einstweiligen Vorkehrungen im Besitzstörungsverfahren nach der Auffassung des Entwurfes unter Umständen auch ohne Gehör der Gegenpartei bewilligt werden können. Uebrigens ist hier noch zu bemerken, dass die oben S. 68, 69 gegebenen Ausführungen auch auf das Besitzstörungsverfahren des österr. Entw. von 1876 (§. 621—626) Anwendung leiden. Da der Entwurf (§. 625) die eidliche Vernehmung der Parteien mit einer nicht wesentlichen Abweichung auch im Besitzprocesse zulassen will, so fehlt diesem nunmehr jedes individuelle Gepräge und es wäre gewiss das Richtigste, das gesonderte Besitzverfahren als solches aufzugeben.

¹⁶⁾ Im Bestandverfahren (§. 15) kann bei dringender bescheinigter Gefahr die Vornahme einzelner Vorkehrungen zur Erhaltung des Bestandgegenstandes oder bei Pachtungen zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes, ferner die Unterlassung einzelner nachtheiliger Handlungen von dem Richter ohne Anhörung der Gegenpartei verfügt werden.

Noch schroffer tritt die Abweichung von dem Princip des wechselseitigen Gehörs im Arrest- und Verbotsprocess hervor, weil hier auch eine nachträgliche Prüfung der betreffenden processualischen Thatbestände überall nicht stattfindet, vielmehr die Rechtfertigung jener Massregeln lediglich davon abhängt, ob der Kläger die Forderung, zu deren Sicherstellung er den dinglichen oder persönlichen Arrest erwirkt hat, in dem Justificirungsverfahren zu liquidiren vermag.¹⁷⁾ Auch die Mandate des Besitz- und

¹⁷⁾ In Beziehung auf die processualische Behandlung des Arrestes im Sinne des gemeinen Rechtes (oben S. 78, 79) lassen sich zwei Systeme denken. Entweder wird die Frage, ob die processualen Voraussetzungen der einseitig erlassenen Arrestverfügung vorhanden gewesen sind, in einer von dem Hauptprocess gesonderten summarischen Verhandlung erörtert, welche der Richter von Amtswegen oder blos auf Verlangen des Arrestaten einzuleiten hat. In einem solchen Verfahren fällt die Arrestverfügung vollständig unter den Gesichtspunkt des anticipativen Contumacialsystems. Oder es kann zweitens die Frage der Zulässigkeit des Arrestes gar nicht in einem besonderen Verfahren erörtert, vielmehr dieses mit dem Hauptprocess verbunden werden, sei es, dass in dem Hauptverfahren die processualen Voraussetzungen des Arrestes unter Mitwirkung beider Parteien nachträglich geprüft werden, sei es, dass in demselben überhaupt nicht mehr die Zulässigkeit des Arrestes, sondern lediglich die Liquidität des Anspruchs, zu dessen Sicherstellung der Arrest dienen soll, erörtert und festgestellt wird. Vgl. Wach, Der Arrestprocess, S. 167. Das gemeine Recht und in überwiegendem Masse die neueren Processgesetzgebungen haben das erste System adoptirt, wonach der Arrestat die processualen Voraussetzungen des einseitig verfügten Arrestes in einem lediglich zur Erörterung dieser Frage bestimmten Verfahren wenigstens nachträglich anfechten kann. Wach a. a. O. S. 166—176; Bayer, Summ. Process, §. 33, 34; Endemann, §. 269. — Ebenso Code de proc. art. 563 und dazu Boitard, Leçons, Bd. 2, Nr. 563; Carré, Lois de proc., Bd. 4, Nr. 1945 sepl.; Schlink, Comm., Bd. 4., S. 50 ff.; Genfer P. O. Art. 7 bis 13, 22, 28—31; Hannover, §. 515, 516; Baden, §. 610—612; Württemberg. Art. 828, 829, 831, 833; Baiern, 619—621; Deutscher Entwurf von 1874, §. 747, 749. Nach der Preussischen A. G. O. sind die Arreste „in schleunigen und dringenden Fällen“ (Tit. 29, §. 30—46) und die „ordentlichen und gewöhnlichen Arreste“ (§. 47 ff. ebend.) zu unterscheiden. In schleunigen Fällen findet immer ein besonderes Verfahren zur Justification oder Impugnation des Arrestes statt (§. 36, 39, 42, 43 d. Tit.), während bei den gewöhnlichen Arresten der Justifications- und der Hauptprocess unter Umständen verbunden werden (§. 53, 58, 63, 64, 70, 71 d. T.). — Dagegen hat das österreichische Recht für den Arrest auf die Person und auf Forderungen des Schuldners (Verbot) durchgreifend das zweite der beiden oben angeführ-

Bestandverfahrens müssen wohl in analoger Weise behandelt werden.¹⁸⁾

Auch der zweite Theil des Erkenntnisverfahrens: das Beweisverfahren, wird in überwiegendem Masse von dem Princip des wechselseitigen Gehörs beherrscht.¹⁹⁾ Der Antritt der Beweise ist zwar ein seiner Natur nach einseitiger Act des Beweisführers, bei welchem der Gegenpartei eine Mitwirkung nicht gewährt werden kann²⁰⁾; allein an allen processualischen Hand-

ten Systeme angenommen. Beide Formen des Arrestes werden auf einseitige Imploration des Gläubigers bewilligt, eine gesonderte Justification oder Impugnation der Arrestverfügung findet nicht statt. Der Impetrant hat jedoch bei Vermeidung der Relaxation des Arrestes binnen 14 Tagen mittelst Klage den Hauptprocess einzuleiten, in welchem aber lediglich die Richtigkeit des Anspruches, nicht die Berechtigung der Arrestverfügung erörtert wird. (A. G. O. §. 275, 281, 282, 283, 290, 291; W. G. O. §. 366, 372, 373, 374, 385, 386). Vgl. auch Nippel, Erl. Bd. 2, S. 101, Nr. 4. Die einseitig erlassene Arrestverfügung behält also im offenbaren Widerspruch mit dem Princip des wechselseitigen Gehörs während der — oft sehr langen — Dauer des Hauptprocesses unanfechtbare Wirksamkeit, da dem Arrestaten dagegen nur das regelmässig unwirksame Mittel des Recurses an das höhere Gericht offen steht. Der Arrest auf solche Sachen, welche sich in den Händen des Schuldners selbst befinden (A. G. O. §. 293, W. G. O. §. 388), wird dagegen immer nur nach vorhergegangener Einvernehmung des Arrestaten bewilligt, ein Unterschied, der gewiss ohne Berechtigung ist. Hofd. vom 31. Oct. 1800 Nr. 512, Z. 1 (Wessely, 1091). Vgl. auch §. 418 Ung. C. P. von 1852. Auch nach der Ung. C. P. O. von 1852 §. 402 (dazu Schuster, S. 712, 713) und §. 413, 416—418, 421; ferner nach der Russischen P. O. §. 596, 598, 599, 601 (vgl. 606, 613 615), hängt die Aufrechterhaltung der Arrestverfügung lediglich von dem Ausgange des Hauptprocesses ab, welcher sich ähnlich wie nach österr. Recht nur auf die Liquidität der Forderung bezieht.

¹⁸⁾ Die im Text erwähnten Mandate sind folglich, wenn das Urtheil auf Absolution lautet, aufzuheben, sonst sind sie nach Inhalt der Entscheidung entweder zu bestätigen oder zu modificiren. Bis dahin bleiben diese einstweiligen Verfügungen in Kraft, auch wenn sie die Gegenpartei im Hauptverfahren anfiicht.

¹⁹⁾ Eine rechtsvergleichende Darstellung kann bei den Rechtssätzen in Note 20 ff. nicht gegeben werden, weil dieselben zu sehr das Detail vieler erst im speciellen Theil darzustellenden Rechtsinstitute berühren. Im Grossen und Ganzen stimmen die modernen Gesetzgebungen in Beziehung auf diese Rechtssätze mit dem österreichischen Rechte überein.

²⁰⁾ A. G. O. §. 145, 146, 224; W. G. O. §. 220, 298.

lungen des Beweisverfahrens, welche auf die Beweisantretung folgen, hat auch der Gegner des Beweisführers mitzuwirken. So wird zu der Aufnahme des Zeugen- und Sachverständigenbeweises auch die Gegenpartei des Beweisführers geladen und sie kann durch Stellung von Fragen vor und während des Verhörs der Zeugen und Sachverständigen an diesem letzteren mitwirken.²¹⁾ Ebenso ist der Gegner der schwurpflichtigen Partei zur Abschwörung des Eides zu laden und er ist berechtigt, die gehörige Aufnahme des Eidesbeweises zu controliren.²²⁾ Auch die Würdigung der durch die Beweisaufnahme gewonnenen Resultate, insofern eine solche, wie beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise des ordentlichen Verfahrens, überhaupt stattfindet, erfolgt in einem Verfahren, welches sich in der Form von Aeussierung und Gegenäussierung vollzieht.²³⁾

Dieselbe überwiegende Geltung wie im Beweisverfahren besitzt der Grundsatz des wechselseitigen Gehörs in dem österreichischen Rechtsmittelverfahren. Die Appellation²⁴⁾ und die Revision²⁵⁾, die Nichtigkeitsbeschwerde²⁶⁾, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand²⁷⁾ und die Vorstellung²⁸⁾ sind Rechtsmittel, welche regelmässig in contradictorischer Form erörtert werden. Von dieser allgemeinen Regel macht nur der Recurs, d. h. das Rechtsmittel, gegen solche Entscheidungen des Richters, welche

²¹⁾ A. G. O. §. 151, 156, 158, 195; W. G. O. §. 223, 228, 267; S. V. §. 40, 42; Ges. vom 16. Mai 1874, Nr. 169, §. 19, 20; Bg. V. §. 32.

²²⁾ A. G. O. §. 226, 230; W. G. O. §. 300, 304; Bg. V. §. 32, 53, 65.

²³⁾ A. G. O. §. 173; W. G. O. §. 245; Hofd. vom 25. Aug. 1783 Nr. 179 (Wessely, 720) und Hofd. vom 2. Aug. 1833 Nr. 2624 (Wessely, Bd. 1, S. 266); Hofd. vom 22. Juni 1835 Nr. 42, §. 3.

²⁴⁾ A. G. O. §. 253, 255; W. G. O. §. 332, 335.

²⁵⁾ A. G. O. §. 260; W. G. O. §. 340; Hofd. vom 20. Dec. 1782 Nr. 108 (Wessely, 858); Hofd. vom 2. Oct. 1794, Nr. 196 (Wessely, 884).

²⁶⁾ A. G. O. §. 263; W. G. O. §. 343.

²⁷⁾ A. G. O. §. 375; W. G. O. §. 493, 494; Pat. vom 1. Juli 1790 Nr. 31, Abs. 1 (Wessely, 1359); Res. vom 11. Sept. 1784 Nr. 335, lit. t. (Wessely, 3356); Hofd. vom 30. Sept. 1785 Nr. 475 (Wessely, 1357). — A. G. O. §. 38; W. G. O. §. 29; S. V. §. 19; Bg. V. §. 86.

²⁸⁾ Bg. V. §. 85. Das Gesetz spricht sich nicht klar aus, doch halte ich es für unzweifelhaft, dass der Richter über jede Vorstellung auch die Gegenpartei zu vernehmen hat. Vgl. auch oben §. 21, Note 70.

in der Form eines Bescheides erlassen werden, für das ganze Gebiet des Civilverfahrens eine Ausnahme, indem derselbe immer nur in einer einseitigen Beschwerde der verletzten Partei besteht und der Gegner zu einer Gegenäusserung niemals aufgefordert oder zugelassen wird.²⁹⁾ Ferner ist die Appellation und Revision im summarischen Process ein blos einseitiges Rechtsmittel, welches dem Recurse des ordentlichen und des summarischen Verfahrens sehr nahesteht, da der Gegner des Interponenten in diesem abgekürzten Verfahren nicht zum Worte kommt.³⁰⁾ Endlich wird die Nichtigkeitsbeschwerde des Bagatellverfahrens regelmässig nicht in einer contradictorischen Verhandlung der Parteien erörtert, vielmehr erfolgt die Interposition durch einen einseitigen Act des Beschwerdeführers³¹⁾, während alle weiteren Handlungen von dem Gerichte ohne Zuziehung der Parteien vorgenommen werden.³²⁾ Nur wenn das Obergericht zufolge des §. 81 B. V. vor der Entscheidung über die vorgebrachten Nullitätsgründe Erhebungen einleitet, werden wohl beide Theile an den dadurch hervorgerufenen Verhandlungen mitzuwirken haben.³³⁾

²⁹⁾ A. G. O. §. 267; W. G. O. §. 349; Hofd. vom 15. Jan. 1787 Nr. 619, lit. g (Wessely, 893); S. V. §. 45; Bg. V. §. 84.

³⁰⁾ S. V. §. 44, 50.

³¹⁾ Bg. V. §. 79. Vgl. Ullmann, Bag. V., S. 123, Note 2.

³²⁾ Bg. V. §. 80, 81. Ullmann, S. 123, 124.

³³⁾ Wenn das Obergericht z. B. den Bagatellrichter über Thatsachen vernimmt, welche es für die Entscheidung als erheblich erachtet, so wird der betreffende Bericht beiden Parteien zur Aeusserung und eventuell zur Ergänzung mitzutheilen sein. Ebenso werden die Processparteien, wenn das Obergericht dritte Personen (z. B. den mit der Zustellung der Klage beauftragten Gerichtsboten) verhören lässt, zu diesen Verhandlungen zuzuziehen sein.

§. 23.

C. Die Form des Civilprocesses. Das Verhältniss der Processhandlungen zu einander: Das Princip der formalen und arbiträren Ordnung.¹⁾

Der Civilprocess ist, wie oben (S. 29 ff.) dargelegt wurde, ein Inbegriff von Handlungen, welche der Richter, die Parteien, und in einzelnen Fällen auch dritte, am Streite unbetheiligte Personen zum Zwecke der Realisirung von gestörten Privatrechten vollziehen. An sich könnte es nun scheinen, dass dieser Zweck am leichtesten zu erreichen wäre, wenn das Gesetz Form und Inhalt dieser Handlungen in das Ermessen des Richters und der Parteien stellen würde. Die tägliche Erfahrung lehrt aber, dass eine Mehrheit von Personen, welche sich zu gemeinsamem Handeln vereinigt, ihren Zweck nur dann zu erreichen vermag, wenn ihre Thätigkeit von bestimmten Regeln beherrscht und geleitet wird. Am augenfälligsten tritt diese Nothwendigkeit bei dem Zusammenwirken des Richters, der Parteien, und dritter, am Streite unbetheiligten Personen im Civilrechtsstreite hervor, da von allen praktischen Problemen, welche eine Mehrheit von Personen zu

¹⁾ Vgl. über das Princip der Ordnung oder Reihenfolge Albrecht, Die Ausbildung des Eventualprincips im gemeinen Civilprocess, (1837), S. 12 ff.; Wetzell, System, S. 879 ff.; Endemann, §. 152 ff. Doch wird von den genannten Schriftstellern der wichtige Punkt nicht hervorgehoben, dass das Princip der Ordnung und das Eventualprincip (unten §. 26—28) nichts als die negative und die positive Fassung desselben Grundsatzes sind, was sich wieder aus der unrichtigen Auffassung des Begriffes der Conditionalhandlungen erklärt. S. unten §. 24, Note 1.

gemeinsamem Handeln bestimmen können, die Feststellung und Durchsetzung gestörter Privatrechte wohl zu den schwierigsten und verwickeltsten gehört. In jedem gesellschaftlichen Zustande, welcher die Epochen der frühesten Kindheit überwunden hat, drängt sich daher dem Gesetzgeber die Nothwendigkeit auf, Form und Inhalt jener Handlungen, welche die Realisirung verletzter Privatrechte vorbereiten und bewirken sollen, zum Voraus durch allgemeine Normen zu bestimmen.

Der Inhalt der Handlungen, welche der Schutz verletzter Privatrechte nothwendig macht, lässt sich nun auf kein allgemeines Princip zurückführen. In der That ist die Mannigfaltigkeit dieser Handlungen zu gross, als dass es rathsam erscheinen könnte, sie in einer abstracten Formel zu definiren, vielmehr ist es Aufgabe der Civilprocesstheorie, die zahlreichen Thätigkeiten, welche der Lauf des Processes mit sich bringt, im Einzelnen darzustellen.

Dagegen ist die Form der Processhandlungen einer solchen Auffassung und Formulirung allerdings fähig. In dieser Richtung kommt zunächst das zeitliche und causale Verhältniss in Betracht, in welchem die einzelnen Processhandlungen zu einander stehen. Eine bestimmte Ausbildung dieses zeitlichen und causalen Verhältnisses, welche auch dem österreichischen Processrecht zu Grunde liegt, wird durch das „Princip der formalen Ordnung“ und das „Eventualprincip“ ausgedrückt, welche deshalb mit ihren Gegensätzen in den folgenden Paragraphen (das Princip der Ordnung, §. 23—25; das Eventualprincip, §. 26—28) dargestellt werden sollen. Dann aber kann auch zweitens die Form einer Processhandlung für sich, — ohne Rücksicht auf ihre Beziehungen zu anderen Processhandlungen, — in Betracht gezogen werden. Von den zahlreichen Gegensätzen, welche die Form der Processhandlungen bietet, wenn man diese letzteren isolirt aufzufassen sucht, sollen hier nur die Fragen der Mündlichkeit oder der Schriftlichkeit, dann der Mittelbarkeit oder der Unmittelbarkeit des Processverfahrens erörtert werden (§. 29), weil nur diese für das Civilverfahren eine allgemeine principielle Bedeutung besitzen.

Das zeitliche und causale Verhältniss der Handlungen, aus welchen sich der Civilrechtsstreit zusammensetzt, — die Ordnung der Processhandlungen — kann von dem Gesetzgeber in einer doppelten Weise geregelt werden. Zunächst so, dass der Gesetzgeber schon zum Voraus die Reihenfolge der einzelnen Processhandlungen durch allgemeine Gesetze ohne Rücksicht auf den Willen des Richters und der Parteien und auf die Individualität der einzelnen Rechtsfälle feststellt. In einem solchen Processsysteme vollzieht sich demnach jeder Rechtsstreit nach einem gesetzlich feststehenden Plane, der Eigenthümlichkeit des einzelnen Rechtsfalles wird geringe oder gar keine Rechnung getragen. Ein Verfahren, welches von diesem Grundsatz beherrscht wird, macht eine Rechtspflege, die sich den besonderen Verhältnissen anschmiegt, vollständig unmöglich, es hat aber andererseits den bedeutenden Vortheil, dass der Richter und die Parteien die ihnen obliegenden processualischen Pflichten genau kennen, dass bei gehöriger Umsicht keine Ueberraschung und kein Versehen stattfinden wird. Man kann dies auch kurz so ausdrücken, dass ein Processsystem, welches jene Eigenthümlichkeiten aufweist, von dem Principe der formalen Ordnung beherrscht wird.

Die Frage, in welcher Weise die Processhandlungen aneinanderzureihen sind, kann jedoch auch von einem entgegengesetzten Gesichtspunkte gelöst werden. Der Gesetzgeber kann nämlich von der Ansicht ausgehen, dass die Reihenfolge der Processhandlungen durch die Besonderheiten der einzelnen Rechtsfälle bestimmt werden soll, dass also, da jene Besonderheiten von dem Gesetze nicht zum Voraus gewürdigt werden können, regelmässig der Richter über die Ordnung der Processhandlungen zu befinden hat. In einem solchen Processsysteme wird also der äussere Lauf des Processes durch den erkennenden Richter unter Mitwirkung der Parteien geregelt, das Verfahren kann sich den Bedürfnissen des einzelnen Falles anschmiegen, es entbehrt aber auch die processualische Stellung des Richters und der Parteien jener Bestimmtheit und Klarheit, welche das Princip der formalen Ordnung über die ganze Processführung verbreitet.

Man kann diese Eigenthümlichkeiten als das Princip der arbiträren Ordnung bezeichnen.²⁾

Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass in Beziehung auf das Princip der Ordnung zwischen den Gesetzgebungen ein ähnlicher Gegensatz besteht wie in Ansehung des Beweises streitiger Thatsachen. Auch in dieser Richtung stehen sich zwei Systeme gegenüber: das Princip der formalen Beweiswürdigung, wonach der Umfang und die Beschaffenheit der Thatsachen, welche vorhanden sein müssen, wenn ein Factum für wahr gehalten werden soll, vom Gesetze zum Voraus allgemein bestimmt ist und das Princip der freien Beweiswürdigung, welches auch bei der Feststellung der Kraft processualischer Beweise das richterliche Ermessen walten lässt. Beide Fragen stehen auch insofern in einem unverkennbaren inneren Zusammenhang, als der formalen

²⁾ Das Princip der Ordnung bezieht sich nach der im Text gegebenen Auffassung nur auf das Verhältniss der einzelnen Processhandlungen eines Rechtsstreites untereinander, nicht aber auf das Verhältniss, in welchem mehrere selbstständige Rechtsstreite zu einander stehen können. Dieses letztere kann übrigens gleichfalls von dem formellen oder dem arbiträren Princip beherrscht werden. So z. B. bestimmt das Hofd. vom 6. März 1821 Nr. 1743 (Wessely, 34) im Anschlusse an die ältere Doctrin ganz allgemein, dass in dem Falle, wenn ein Civilanspruch von der Feststellung eines Delictes abhängt, die Criminalsache der Civilsache voranzugehen habe, mag diese Reihenfolge im einzelnen Falle auch noch so unzweckmässig sein. Vgl. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, S. 525 ff.; Bruck, Die präjudicielle Wirkung des rechtskräftigen Criminalurtheils auf die connexe Civilsache, (1875), S. 28 ff., 38 ff.; Wetzell, S. 804—816; Endemann, §. 153, 154; Renaud, §. 152; Osterloh, §. 14, Note 6 u. A. Die Auffassung des österreichischen Rechtes wird getheilt von dem Code d'instr. crim. art. 3 (Bruck a. a. O. S. 46, 47), Württemberg, Art. 6. Dagegen ist in der neueren gemeinrechtlichen Doctrin und in zahlreichen Gesetzgebungen die Auffassung vorherrschend, dass die Festsetzung der Reihenfolge zwischen der Civil- und Criminalsache dem Ermessen des Richters zu überlassen sei, dass dieser insbesondere auch das Recht habe, die Civilsache ohne Rücksicht auf die Strafsache einzuleiten und durchzuführen. So nach Römischen Recht. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, S. 238; Bülow, Processeinreden, S. 152, 153. Ebenso Baden, §. 297; Deutsch. Entw. von 1866, §. 146; Baiern, Art. 191; Deutsch. Entw. von 1874, §. 134; Oesterr. Entw. von 1876, §. 229. Die Lehre von der Reihenfolge selbstständiger Rechtsstreite wird in der Darstellung des Processverfahrens behandelt werden.

Lösung die Absicht des Gesetzgebers zu Grunde liegt, die Thätigkeit des Richters durch positive Rechtsnormen zu leiten und zu beschränken, während die entgegengesetzte Auffassung die freie, durch Rechtsvorschriften ungehemmte Thätigkeit des Richters in den Vordergrund stellt. Wir sehen deshalb auch, dass das österreichische Processrecht bis in die neueste Zeit von den Principien der formalen Beweiswürdigung und der formalen Ordnung gleichmässig beherrscht wurde, dass es aber in dem auf völlig neuen Grundlagen beruhenden Bagatellverfahren beide Grundsätze zu gleicher Zeit durchbrochen und an deren Stelle die freie Beweiswürdigung und die arbiträre Ordnung des Processverfahrens gesetzt hat.³⁾

Das Verhältniss, in dem die Principien der formalen und arbiträren Ordnung in dem geltenden österreichischen Process-

³⁾ Der Gegensatz zwischen der formalen und arbiträren Ordnung der Processhandlungen steht in naher Beziehung zu der Schriftlichkeit und Mündlichkeit des Processes, indem das Civilverfahren, soweit es ein schriftliches oder protocollarisches ist, regelmässig von dem Princip der formalen Ordnung beherrscht wird, wogegen der mündliche Process eine entschiedene Tendenz zum entgegengesetzten Grundsatz zeigt. Diese Thatsache ist auch leicht erklärlich, weil der Richter nur im mündlichen Verfahren die Gestaltung des Processes und die daraus für die Ordnung der Processhandlung sich ergebenden Zweckmässigkeitsgründe unmittelbar wahrnimmt und beherrscht. Doch fallen die Gegensätze der Mündlichkeit und der Schriftlichkeit, dann der formalen und arbiträren Ordnung keineswegs vollständig zusammen. So vollzieht sich z. B. die oben (S. 279—283) dargestellte Cognition von Amtswegen in der Form des protocollarischen — also schriftlichen Verfahrens; dessenungeachtet ist dem Richter der Gang seiner Untersuchung in keiner Weise vorgeschrieben. Ebenso im Vorverfahren des reichs- und verwaltungsgerichtlichen Processes. §. 21 des Ges. vom 18. April 1869 Nr. 44 und §. 26 des Ges. über d. V. G. H. Umgekehrt wird die Reihenfolge der mündlichen Processhandlungen in manchen Richtungen durch formale Vorschriften festgestellt. Dass ein wichtiger Theil der legis actiones aus Wechselreden des Prätors und der Parteien bestand, welche nach Inhalt und Reihenfolge zum Voraus genau bestimmt waren, ist bekannt. Vgl. z. B. Gaius, IV, 16; Bethmann, Römischer Civilpr., Bd. 1, S. 126 ff. Auch die neueren Gesetzgebungen haben über die Ordnung der mündlichen Vorträge vor Gericht manche formelle Vorschriften aufgenommen, z. B. dass der Kläger das erste, der Beklagte das letzte Wort habe, dass die Verhandlung in gewissen Fällen mit dem Vortrage eines Referenten beginnen soll u. s. f.

recht stehen, lässt sich daher so bestimmen, dass der ordentliche (schriftliche und pseudo-mündliche), dann die bisherigen summarischen Prozesse in überwiegender Masse von dem Grundsatz der formalen Ordnung beherrscht werden, während das Bagatellverfahren nach seinem vorherrschenden Charakter den Typus der entgegengesetzten Auffassung trägt. Die Darstellung dieses Gegensatzes soll in den beiden folgenden Paragraphen (§. 24, 25) versucht werden.

§. 24.

Die formale Ordnung der Processhandlungen. (Das bisherige österreichische Recht.)

Der Zweck jedes Civilverfahrens, mag dasselbe nun von dem Princip der formalen oder der arbiträren Ordnung beherrscht sein, besteht darin, dass es die Realisirung gestörter Privatrechte im wirklichen Leben herbeiführen soll. Die Eigenthümlichkeit jener Processsysteme, denen das formale Princip zu Grunde liegt, lässt sich nun so präcisiren, dass sie jenen allgemeinen Processzweck in eine Reihe von untergeordneten Zwecken auflösen und dass jedes einzelne Glied dieser Zweckreihe vorerst erledigt sein muss, bevor der Richter und die Parteien die processualischen Handlungen vollziehen dürfen, welche sich auf ein späteres Glied in jener Kette beziehen. Die Gesammtheit der processualischen Handlungen löst sich auf diese Weise in eine Anzahl von grösseren oder kleineren Gruppen auf, welche durch die Gemeinsamkeit ihres Zweckes zusammengehalten werden und sich dadurch von den übrigen ähnlichen Gruppen unterscheiden. ¹⁾ Diese Abschnitte und

¹⁾ Die im Texte versuchte Fassung des Princip's der Reihenfolge ist jener Wetzell's a. a. O. S. 880 wohl vorzuziehen. Wetzell drückt jenes Princip so aus, dass die bedingende Handlung der bedingten vorausgehen, die bedingte der bedingenden nachfolgen und die hieraus sich ergebende Stufenreihe für die richterliche Processleitung wenigstens im ordentlichen Verfahren den leitenden Gesichtspunkt bilden muss. Allein diese Formel ist nicht viel mehr als ein identisches Urtheil, indem die bedingende Handlung eben jene ist, welche in der Causalfolge der processualischen Handlungen voranzugehen, die bedingte, welche in dieser Causalreihe zu folgen hat. Das Princip der Reihenfolge in der Fassung Wetzell's sagt also im Wesentlichen nichts als

deren Reihenfolge sind nunmehr in Ansehung des ordentlichen und der summarischen Processe des österreichischen Rechtes näher zu bestimmen.²⁾

dass die processualischen Handlungen, welche in der Causalreihe vorangehen sollen, auch wirklich vorangehen müssen und ebenso dass die Handlungen, welche in jener Kette zu folgen haben, zeitlich und causal folgen müssen — ein unzweifelhaft richtiger, aber durchaus nichtssagender Satz. Vgl. auch Albrecht a. a. O. S. 13. Durch die Fassung des Textes wird dieser Fehler vermieden und zugleich der Grund des Causalverhältnisses der bedingenden und bedingten Handlungen angedeutet. Ueberdies wird erst durch jene Fassung der nahe Zusammenhang zwischen dem Princip der Reihenfolge und dem Eventualprincip in sein wahres Licht gestellt.

²⁾ Die fast absolute Herrschaft des Principis der formalen Ordnung in dem bisherigen österreichischen Rechte findet ihre Erklärung in der noch nirgends hervorgehobenen Thatsache, dass das geltende österreichische Civilverfahren in Beziehung auf das Verhältniss der Processhandlungen zu einander — ebenso wie in zahlreichen anderen Richtungen — die Principien des älteren germanischen Processes im Wesentlichen festgehalten hat. Der altdeutsche Process bewegte sich nämlich in bestimmten Abschnitten von Schritt zu Schritt vorwärts, in jedem dieser Abschnitte konnte nur der specielle Processzweck erledigt werden. Jede Entscheidung der Gerichtsversammlung, mochte sie das materielle Rechtsverhältniss oder eine processualische Frage betreffen, war unwiderruflich und diente dem ganzen folgenden Verfahren zur Richtschnur, sie konnte deshalb aber auch gescholten und dadurch der streitige Punkt zur Cognition des höheren Richters gebracht werden. Planck, Das Beweisurtheil, S. 3—37; Homeyer, Richtsteig Landrechtes, (1857), S. 430—432 und Sachsenspiegel, II, 1 (1842), S. 581, 582; Hänel, Beweissystem (1858) S. 2 ff., S. 15 ff.; Franklin, Reichshofgericht, Bd. 2, S. 192—195 u. A. Alle diese Sätze gelten noch gegenwärtig fast unverändert im österreichischen Recht. Jede Entscheidung des Richters ist — mit einzelnen Ausnahmen — durch Appellation oder Recurs anfechtbar, jede Entscheidung, mag sie auch die unbedeutendste Frage der Processleitung betreffen, mag sie ferner auf einseitiges Anbringen einer Partei oder nach Einvernehmung beider Streittheile erlassen sein, ist der Rechtskraft fähig und kann von dem erkennenden Richter weder abgeändert noch auch modificirt werden. Diese wichtigen Rechtssätze sind nirgends mit vollständiger Deutlichkeit ausgesprochen (vgl. §. 267 A. G. O., §. 349 bis 355 W. G. O.), doch ergibt sich deren Richtigkeit theils aus dem Gesamtcharakter des österreichischen Processes, theils aus einer Reihe von Ausnahmsbestimmungen, welche in augenscheinlichem Gegensatze zu jenem Princip für gewisse richterliche Entscheidungen die Wirkungen der Rechtskraft entweder beschränken oder ganz beseitigen. §. 2 des Hofd. vom 22. Juni 1835 Nr. 42 (Beschränkung der Rechtskraft von Beweisinterlocuten auf ihre negative Function), §. 9—11 Pat. vom 9. Aug. 1854 Nr. 208 (Wider-

Als allgemeinen Zweck des Civilverfahrens habe ich oben die Durchsetzung gestörter Privatrechte im wirklichen Leben bestimmt.

rufflichkeit der Entscheidungen im Verfahren ausser Streitsachen). Auch in dem österreichischen Entw. von 1876 ist diese Auffassung bis zu einem gewissen Grade noch festgehalten. Der Entwurf theilt die richterlichen Entscheidungen in Urtheile, Beschlüsse und Bescheide ein; dieselben sind jedoch ohne Rücksicht auf ihre Form regelmässig für den Richter bindend. Nur processleitende Beschlüsse und Bescheide, ferner einzelne in der Form eines Bescheides erlassene Verfügungen kann der erkennende Richter selbst wieder abändern oder zurücknehmen. Oesterr. Entw. von 1876, §§. 439, 446, 546. — Ganz abweichend ist dieses Verhältniss im gemeinen Recht und den neueren Processgesetzgebungen geordnet. Nach römischem und im Wesentlichen auch nach canonischem Recht ist nur das Endurtheil unwiderrufflich L. 14. D. de re iud. 42, 1: Quod iussit vetuit Praetor contrario imperio tollere et remittere potest; de sententiis contra. L. 55 eod. Planck a. a. O. S. 99—111. In der gemeinrechtlichen Doctrin werden dem Endurtheil jene richterlichen Entscheidungen gleichgestellt, welche nach Einvernehmung beider Parteien erlassen worden sind. Gönner, Handbuch, Bd. 1, Abh. VII, §. 22 bis 26; Wetzell, S. 592—597; Renaud, §. 158, vgl. auch §. 175; Endemann, §. 140; Bayer, S. 431—434. Vgl. auch Planck a. a. O. S. 127 bis 137 und S. 159, welcher Schriftsteller den Gegensatz zwischen wider- rufflichen und unwiderrufflichen Entscheidungen S. 163 ff. etwas abweichend formulirt. Die neueren Gesetzgebungen binden den Richter nur an das Endurtheil und an gewisse, nicht sehr zahlreiche Zwischen-Entscheidungen, wogegen er alle übrigen Verfügungen auf Antrag oder von Amtswegen abzuändern oder aufzuheben berechtigt ist. Frankreich: Schlink, Comm., Bd. 2, S. 435—438; vgl. jedoch auch Boitard, Leçons, Bd. 2, Nr. 690 und Carré, Lois de proc. Bd. 4, Qu. 1616, Abs. V; Genf, Art. 151; Russland, §. 891; Deutsch. Entw. von 1866, §. 273; Württemberg, Art. 368; Baiern, Art. 296 (Wernz, Comm., S. 308, 309; vgl. auch Schmitt, Bd. 2, S. 324, 325); Deutsch. Entw. von 1874, §. 279, 315 und dazu die Motive S. 481. Preussen: Koch, §. 140, Note 11. Auch das österreichische Bagatellverfahren §. 85 hat im Gegensatz zu dem bisherigen österreichischen Process die Widerruflichkeit aller richterlichen Entscheidungen mit Ausnahme des Endurtheils und einzelner speciellen Verfügungen ausgesprochen. Diese abweichende Bestimmung steht auch in vollständigem Einklang mit dem Wesen des vom Princip der arbiträren Ordnung beherrschten Bagatellverfahrens. In einem Processsystem, welches die Parteien an eine bestimmte formale Ordnung der Processhandlungen bindet, darf consequent auch der Richter nicht befugt sein, das Verfahren durch Zurückziehung oder Modificirung einer Entscheidung in ein früheres Stadium zurückzuwerfen; in einem Verfahren dagegen, welches bis zum Abschluss der Verhandlung als ein Ganzes zu betrachten ist, innerhalb dessen die Parteien die Ordnung bis zu einem gewissen

Damit jedoch die gestörten Privatrechte nöthigenfalls mit Zwang realisirt werden können, ist es nothwendig, dass der wirklichen Durchsetzung eine Untersuchung des gestörten Rechtsverhältnisses vorausgehe, dass also die im Streite befangenen Rechte in ihrem Dasein und Umfang geprüft werden. Jener allgemeine Processzweck zerfällt demnach in zwei untergeordnete Zwecke; der Civilprocess wird nicht nur die Bestimmung haben, verletzte Rechte zu verwirklichen, sondern auch dieselben zunächst festzustellen. Das Princip der formalen Ordnung erheischt nun, dass den beiden erwähnten Zwecken gesonderte Stadien des Verfahrens: das Erkenntniss- und das Executionsverfahren entsprechen und dass das erstere dem letzteren in der zeitlichen Reihenfolge der processualischen Handlungen vorangehe.³⁾ In der That bestimmt

Grade frei bestimmen und Versäumtes jederzeit nachholen können (§. 67 Bg. V.), darf zweckmässigerweise auch dem Richter die gleiche Freiheit nicht versagt werden.

³⁾ Eine wichtige Ausnahme von dem oben angegebenen Grundsatz bildet in den modernen Processgesetzgebungen das Institut der vollstreckbaren öffentlichen (namentlich Notariats-) Urkunden, da auf Grundlage derselben sofort die Hilfsvollstreckung angesucht werden kann, so dass also der Richter die Cognition über den zu vollstreckenden Anspruch und jene über die Execution in einem Acte vereinigt. Dieses Institut hat bekanntlich seinen Ursprung im französischen Recht, welches den Executivprocess der älteren Italiener in seiner strengsten Form in eigenthümlicher Weise ausgebildet und bis auf den heutigen Tag festgehalten hat. Vgl. Briegleb, Geschichte des Executivprocesses, 2. Aufl. 1. Bd. (1845), S. 83—88 und 181—208, bes. 205—207; Code de proc. art. 545 und dazu Boitard, Bd. 2, Nr. 800, 801. Aus dem französischen Recht ist diese Form des Executivprocesses in zahlreiche neuere Gesetzgebungen übergegangen. Genf: Art. 368—372, 374, Z. 3 (Bellot, S. 154); Hannover, §. 528, Z. 2 (Leonhardt, S. 343); Italien, Art. 554, Abs. 3; Deutsch. Entw. von 1866, §. 645, Z. 8; Württemberg, Art. 903; Baiern, Art. 822; Deutsch. Entw. von 1874, §. 651, Z. 4. Dem bisherigen Rechte von Preussen (Koch, Processr., §. 293, Mot. z. dem d. E. von 1874, S. 552); Russland, Art. 924; Baden, §. 837, 839, 866 ist das Rechtsinstitut fremd. In Oesterreich wurde dasselbe durch die Notariatsordnung vom 25. Juli 1871 Nr. 75, §. 3, 4 aufgenommen, doch hat es sich bisher in dem praktischen Rechtsleben nur geringe Geltung verschafft. Der Grund dieser Erscheinung liegt in den zahlreichen Formen der Execution zur Sicherstellung (s. d. folg. Note), welche zum grossen Theile auf Grundlage von blossen Privaturkunden sofort nach Beginn des Verfahrens erwirkt werden kann und in Folge dessen dem Kläger die wesentlichen Vortheile des (mit

auch das österreichische Civilprocessrecht, dass regelmässig vor der Entscheidung des Processes keine Execution ertheilt werde (§. 275 A. G. O.) und dass dieselbe nur auf Grundlage eines richterlichen Spruches oder eines gerichtlichen Vergleiches, also nach Abschluss des Erkenntnissverfahrens stattfinden solle (§. 298 A. G. O.).⁴⁾

erheblichen Kosten und Weiterungen verbundenen) französischen Institutes gewährt.

⁴⁾ Von dem Grundsatz, dass das Executionsverfahren erst nach Abschluss des Erkenntnissverfahrens eröffnet wird, sind in dem österreichischen Processrechte aus praktischen Gründen sehr erhebliche Ausnahmen anerkannt. Die wichtigsten Fälle dieser Art sind: 1) Der Arrestprocess; 2) der Verbotsprocess. In dem Arrest- und Verbotsprocess wird das Executionsverfahren gleichzeitig oder sogar vor dem Erkenntnissverfahren eröffnet. Vgl. über diese beiden Processformen oben S. 78—81; 3) der Wechselprocess, §. 8, 13, 16 W. V. und §. 3, 5 der J. M. V. vom 18. Juli 1859 Nr. 132; 4) der Mandatsprocess: §. 7 M. V.; 5) der Executivprocess: §. 298 A. G. O. und Hofd. v. 7. Mai 1839 Nr. 358 und §. 55 S. V. Die Fälle 3—5 kommen darin überein, dass dem Kläger die Execution im Laufe der Processverhandlung gewährt wird, dass also das Erkenntniss- und das Executionsverfahren nebeneinanderlaufen. Endlich wird dem Kläger 6) im ordentlichen Verfahren §. 259 A. G. O., 7) im Summarverfahren §. 56 S. V., 8) im Wechselverfahren §. 14, 16 W. V., §. 6 J. M. V. vom 18. Juli 1859 Nr. 132, 9) im Bagatellverfahren §. 82 Bg. V. und 10) im Besitzstörungsverfahren §. 18 Bs. V. unter gewissen Voraussetzungen die Vollstreckung der Entscheidung erster Instanz gewährt, ungeachtet gegen dieselbe Rechtsmittel offen stehen. In den Fällen 6—10 concurrirt also das Executionsverfahren mit dem Rechtsmittelverfahren. Den modernen Gesetzgebungen ist die Execution während der Dauer des Instructions- und Beweisverfahrens (3—5), welche im österreichischen Process eine so ungemein wichtige Rolle spielt, fast vollständig fremd (vgl. oben S. 40 ff.), dagegen ist das Institut der provisorischen Vollstreckbarkeit der von der ersten Instanz gefällten Urtheile (6—10) aus dem französischen Recht in die meisten neueren Processordnungen in der Weise übergegangen, dass das Gericht gewisse Kategorien seiner Entscheidungen als provisorisch vollstreckbar erklären muss und andere unter gewissen Bedingungen als provisorisch vollstreckbar erklären kann. Code de proc. art. 135—137; Genf, Art. 142, 143, 315, 316; Hannover, §. 409, 459, 485, 490, 516—517, 522, 527, 610, 612; Russland, §. 924; Württemberg, Art. 684; Baiern, Art. 268, 512, 549, 639; Deutsch. Entw. von 1874, §. 601—603. Aehnliche Rechtsbildungen wie im österreichischen Recht (ob. 3—5) finden sich im russischen Recht (§. 595) vor, welches dem Kläger, der sich auf eine öffentlich beglaubigte Urkunde stützt, die Execution ohne Rücksicht auf das Vorhandensein einer Gefahr gewährt. Abweichend die Ung. P. O. von 1868, §§. 338—344.

Allein auch die Zwecke, welchen das Erkenntniss- und das Executionsverfahren zu dienen bestimmt sind, lassen heterogene Elemente erkennen, welche nach dem Princip der formalen Ordnung zur Bildung von besonderen processualischen Abschnitten den Anlass geben. Zunächst tritt in dieser Richtung die Instanzenordnung in den Vordergrund, welche sich sowohl auf das Erkenntniss- als auch auf das Executionsverfahren bezieht, obgleich sie ohne Zweifel für das erstere von erhöhter Bedeutung ist. Das Princip der formalen Ordnung bringt es mit sich, dass jeder processualische Antrag zunächst von der ersten, dann von der zweiten und erst in letzter Reihe von der dritten Instanz zu prüfen ist (§. 93 J. N., §. 7 des St. G. G. über die richterliche Gewalt vom 21. Dec. 1867, Nr. 144). Jener Grundsatz gestattet nicht, dass die streitenden Parteien die Unterinstanzen überspringen, wenngleich sich aus der Natur des einzelnen Falles, z. B. aus der Bedeutung des Streitgegenstandes klar erkennen lässt, dass die Streittheile sich bei der Entscheidung des unteren Richters nicht beruhigen werden.⁵⁾ Selbst jene

⁵⁾ Die Anwendung des Principes der Ordnung auf das Instanzenwesen ist erst der neueren Zeit eigenthümlich; in dem römischen und dem älteren deutschen Recht hat insbesondere die höchste richterliche Autorität das Recht, ihre Cognition in jedem einzelnen Falle an die Stelle der ersten Instanz zu setzen und auf diese Weise einen Rechtsfall sogleich definitiv zu entscheiden. So kann der Kaiser nach römischem Recht jeden Rechtsstreit an sich ziehen und denselben entweder selbst durch Urtheil erledigen oder der Entscheidung durch einen Commissär zuweisen. Cod. tot. tit. de prec. imper. offer. 1, 19. Nur wenn der Process bei einem anderen Richter bereits anhängig ist, greift der Kaiser in den ordentlichen Rechtsgang nicht ein. L. 1, 2, 3 C. ut lite pendente 1, 21. Ein ähnliches Verhältniss des Königs zu den Gerichten ist im älteren deutschen Rechte anerkannt. Sachsensp. III, 60, §. 2. . . . In svelke lant he (der König) kumt, dar is ime ledich dat gerichte, dat he wol richten mut alle die klage, die vor gerichte moht begunt noch moht gelent ne sin. Cfr. Schwabensp. (Gengler) 111. S. darüber Tomaschek a. a. O. S. 42; Wetzell, (2. Aufl.) S. 327; Franklin a. a. O. Bd. 2, S. 3 ff.; Nach den modernen Processrechten müssen sowohl der Richter als auch die Processparteien die gesetzliche Instanzenordnung beobachten, wobei nicht übersehen werden darf, dass diese gesetzliche Instanzenordnung für einzelne Rechtssachen von der allgemein festgesetzten abweichen kann. So sind z. B. in manchen deutschen Staaten die höheren Gerichte, (die Appellationsgerichte, der oberste Gerichtshof), die erste Instanz für Klagen gegen die Mitglieder

Fälle, in denen das österreichische Processrecht die Geltendmachung eines Anspruches vor einem Gerichte vorschreibt, welches regelmässig die Functionen einer höheren Instanz ausübt, sind nicht als eine Ausnahme von dem im österreichischen Recht in Ansehung der Instanzen streng durchgeführten Grundsatz der formalen Ordnung zu betrachten, da das Gesetz eben in diesen Fällen das höhere Gericht als erste Instanz obligatorisch vorschreibt, also die Reihenfolge der processualischen Handlungen der Willkür der Streitparteien entzieht. ⁶⁾

Allein nicht nur die Ordnung der Instanzen, auch die Reihenfolge der processualischen Handlungen, welche sich vor jeder einzelnen Instanz vollziehen, ist im ordentlichen und in den summarischen Processen des österreichischen Rechtes durch allgemeine Rechtsnormen genau festgesetzt. Um allzugrosse Weitläufigkeit zu vermeiden, soll hier nur die zeitliche Folge der Processacte vor der ersten Instanz sowohl in Ansehung des Erkenntniss- als auch des Executionsverfahrens in Betracht gezogen werden.

der landesherrlichen Familien, in Oesterreich fungiren die höheren Gerichte als erste Instanzen für Syndicats- und gewisse Nullitätsklagen (s. d. folgende Note) u. s. f. Aber auch in diesen Fällen ist der Instanzenzug durch formale Vorschrift zum Voraus bestimmt. Vgl. z. B. die österreichische J. N. §. 93; Oesterr. Entw. von 1876, §. 4. — Frankreich: Boitard, Leçons, Bd. 1, Nr. 16 ff. — Preussen: Koch, Preuss. Civilpr., S. 115—119. — Hannover: §. 4, 8, 9, 10 d. Ges. vom 31. März 1859. — Baden: §. 1, 7 ff. (vgl. jedoch §. 47 und dazu die Motive bei Freydorf, S. 388). — Italien: 70 ff., 87, 88. — Deutscher Entw. von 1866, §. 4, 5, 27, 28 (vgl. Winter, zu §. 28, Z. 3). — Württemberg: Art. 15, 16, 23, 24. — Baiern: Art. 2 ff., Art. 38, Z. 8 (Schmitt; Bd. 1, S. 41 ff.). — Deutsch. Entw. eines Gerichtsverfassungsges. von 1874, §. 1, 2, 12, 50, 51, 83, 95, 106; Deutsch. Entw. einer C. P. O. von 1874, §. 38.

⁶⁾ Fälle, in welchen ein höheres Gericht als erste Instanz in einem Civilrechtsstreite entscheidet, sind z. B. die Syndicatsklage, welche beim Gerichtshof zweiter Instanz anzubringen ist §. 8, 19 des Ges. vom 12. Juli 1872 Nr. 112; die Nullitätsbeschwerde, wenn diese eine Folge der mangelnden Processfähigkeit ist und das Urtheil einer höheren Instanz angegriffen wird. Hoffd. vom 14. Oct. 1803, Nr. 629 (Wessely, Nr. 376). Beide Fälle kommen darin überein, dass eben das höhere Gericht für den einzelnen Rechtsstreit gesetzlich als erste Instanz bestimmt ist, weshalb die ordentlichen ersten Instanzen in Ansehung solcher Rechtsfälle aus der Instanzenordnung einfach herausfallen.

Was zunächst das Erkenntnisverfahren betrifft, so ist der allgemeine Zweck desselben, den Richter in die Lage zu versetzen, die gestörten Privatrechte nach Dasein und Umfang zu erkennen und festzustellen. Diese abstracte Bestimmung jedes Erkenntnisverfahrens lässt sich aber nach den mannigfaltigsten Gesichtspunkten in untergeordnete Zwecke auflösen, welche dann nach dem Princip der formalen Ordnung die Gesamtheit des Erkenntnisverfahrens in die verschiedenartigsten Abschnitte trennen können. Ein solcher Gesichtspunkt ist zunächst der Gegensatz zwischen dem Begehren der streitenden Parteien und der thatsächlichen und rechtlichen Begründung, durch welche sie ihre Ansprüche zu stützen suchen — ein Verhältniss, welches der Anordnung des römischen Formularprocesses zu Grunde liegt. Das Verfahren vor dem Prätor (*in iure*) hat im Wesentlichen den Zweck, die Ansprüche beider Parteien festzustellen und in der vom Prätor erteilten Formel zusammenzufassen, während das Verfahren vor dem Judex (*in iudicio*) zur genaueren thatsächlichen Begründung dieser Ansprüche und zur Aufnahme der erforderlichen Beweise bestimmt ist.⁷⁾ Eine solche Scheidung des Verfahrens in zwei Abschnitte, von welchen der erste zur juristischen Formulirung des streitigen Rechtsverhältnisses, der zweite aber

⁷⁾ So wird der Grund der Scheidung des ordentlichen römischen Civilprocesses in das Verfahren *in iure* und *in iudicio* formulirt von Planck, Beweisurtheil, S. 116—118; Puchta, Institutionen, 7. Aufl. Bd. 2, S. 7; Keller, Der römische Civilprocess und die Actionen, §. 1; Wieding, Der Justinianische Libellprocess, (1865), S. 4 ff. und S. 137 ff. Eine von den bisherigen Erklärungsversuchen dieses wichtigen Gegensatzes vollständig abweichende Auffassung wird von Bülow, Die Lehre von den Processenreden und die Processvoraussetzungen, (1868), S. 289, vertheidigt. Danach gründet sich jene Scheidung des Processes in das Verfahren *in iure* und *in iudicio* auf den Gegensatz, in welchem die eine Hälfte des Processmaterials: der Thatbestand des Processverhältnisses zu der anderen: dem Thatbestand des materiellen Streitverhältnisses steht. Die erste Hälfte: die Processvoraussetzungen (siehe oben S. 291 ff.) bildete nach der Ansicht Bülow's den ausschliesslichen Gegenstand des *in iure* stattfindenden Vorbeurtheilungsverfahrens und wurde hier ohne jede Ausnahme vollständig und endgiltig absolvirt. Für das Hauptverfahren *in iudicio* blieb nach Bülow blos die Verhandlung und Entscheidung über das materielle Streitverhältniss übrig.

zur processualischen Begründung desselben dienen soll, ist den modernen Gesetzgebungen unbekannt. ⁸⁾)

⁸⁾ Einen interessanten Vorschlag zur Benützung der römischen Formula in unserem heutigen Verfahren hat Bar in seiner Schrift, *Recht und Beweis im Civilproc.*, (1867), S. 98—125 u. Anhang (S. 249) §. 1—11, gemacht. Danach soll das erste Verfahren ebenso wie im gemeinen deutschen Process lediglich zur Anführung der Thatsachen bestimmt sein, wogegen die Beweis- anerbietung in diesem Abschnitt regelmässig nicht stattfinden soll. Das Instru- ctionsverfahren wird durch ein Beweisurtheil abgeschlossen, welches jedoch weder einen factischen Beweissatz, noch auch eine Vertheilung der Beweislast enthält, sondern nur im Allgemeinen bestimmt, dass die Entstehung oder Erlöschung des behaupteten Rechtes zu erweisen sei. Die in das Beweis- urtheil aufgenommenen Thatsachen hätten lediglich den Zweck, die Rechte, auf welche sich das Beweisurtheil bezieht, genau zu individualisiren und die Einführung völlig neuer Klage- und Einredegründe in dem Beweisverfahren unmöglich zu machen. Ein Beweisurtheil dieser Art wäre z. B. (Bar a. a. O. S. 102) bei einer Klage auf Zahlung eines Kaufpreises: es sei zu erweisen, dass der Kläger aus einem mit dem Beklagten am 10. Dec. 1866 abgeschlos- senen Kaufvertrage über 25 von ihm zu liefernde Fass Oel der fraglichen Sorte das Recht auf Zahlung von 500 Thalern erworben habe. In ähnlicher Weise wäre der Beweis einer Einrede gegen eine Darlehens- klage dahin zu fassen: es sei zu erweisen, dass der Beklagte mit dem Kläger am 3. März 1866 im X.'schen Gasthaus zu Y. eine Abrechnung über das eingeklagte Darlehen gehabt und durch diesen Vorgang das Dar- lehen getilgt sei. Gegen diesen Vorschlag aber wäre Folgendes einzu- wenden. Der ausschliessliche Grund, weshalb das moderne Processrecht mit grosser Uebereinstimmung das Beweisverfahren erst nach Abschluss des In- structionsverfahrens beginnen lässt, besteht in dem Umstand, dass der Richter erst in diesem Zeitpunkt genau zu bestimmen vermag, welche Thatsachen jede der beiden Parteien zu erweisen hat und dass nur auf dieser Weise unnötige Beweise vermieden werden können. Es ist in dieser Richtung ganz gleich- giltig, ob man an der gegenwärtig herrschenden formalen Theorie von der Vertheilung der Beweislast festhält oder diese von dem Richter nach Wahr- scheinlichkeitsgründen in jedem einzelnen Falle bestimmen lassen will. Ueber- lässt man es dagegen den Parteien ganz oder zum grössten Theile, das Be- weisthema aus dem Inhalt des Processes selbst herauszuziehen, so ist es am zweckmässigsten, das Instructions- und das Beweisverfahren ähnlich wie im romanischen und reichskammergerichtlichen Verfahren nebeneinander laufen zu lassen. Nach dem Vorschlage Bar's werden nun zwar den Parteien in dem Beweisurtheil dürftige Andeutungen über den Beweissatz und die Beweislast gegeben, allein im Wesentlichen haben dieselben doch ihr Beweisthema selbst aufzufinden. Augenscheinlich aber bietet eine solche Regulirung der Beweislast keinen Ersatz für die bedeutende Verzögerung, welche durch ein besonderes

Hier ist es vielmehr der Gegensatz zwischen den beiden Elementen der thatsächlichen Begründung streitiger Rechtsverhältnisse: der Behauptung von rechtsbegründenden Thatsachen und dem Beweise derselben, welcher der Sonderung des Erkenntnisverfahrens in zwei selbstständige Stadien, in das Instructions- und in das Beweisverfahren, zu Grunde liegt.⁹⁾

Instructionsverfahren in Verbindung mit der Appellabilität des Beweisurtheils hervorgebracht würde.

⁹⁾ Ein dritter Abschnitt wird noch dadurch hervorgebracht, dass die Erörterung der processhindernden Einreden vielfach in einem besonderen, dem Hauptprocess vorhergehenden Verfahren stattfindet, welches man im Gegensatz zu dem Instructions- und Beweisverfahren (s. den Text) als das Vorverfahren bezeichnen kann. Das Nähere über die processhindernden Einreden oben S. 285, 287 ff. — Hier ist nur noch zu bemerken, dass das Verhältniss dieses Abschnittes zu dem Hauptprocess gleichfalls entweder von dem Princip der formalen oder arbiträren Ordnung beherrscht sein kann. Nach zahlreichen Gesetzgebungen müssen nämlich die processhindernden Einreden auf Verlangen des Beklagten vor dem Hauptprocess erledigt werden. So nach dem gemeinen Recht: §. 37 J. R. A. und Wetzell, S. 902 ff.; Renaud, §. 202, Abs. I; Endemann, §. 173 III; ferner nach der Gesetzgebung von Frankreich: Code de proc. art. 166, 169, 172, 173, 186, 187; Boitard, Bd. 1, Nr. 368, 406 ff.; Genf: Art. 65, 67, 69 (vgl. jedoch Art. 70); Hannover, §. 197, Abs. 1 (vgl. §. 197, Abs. 3 und 196 Abs. 2 und dazu Leonhardt a. a. O. S. 146—148); Russland, §. 585; Deutsch. Entw. von 1866, §. 244; Württemberg, Art. 345, 346; Baiern, Art. 185, 186; Deutsch. Entw. von 1874, §. 239. Auch das österreichische Recht hat im ordentlichen Verfahren einen besonderen Abschnitt für die processhindernden Einreden eröffnet. A. G. O. §. 40, 406. Hofd. vom 15. Jan. 1787, Nr. 621, lit. aa (Wessely, 17); W. G. O. §. 33—35. Ebenso der österr. Entw. von 1876, §. 293. Im Gegensatze zu dieser formalen Trennung der processualischen Cognition über die processhindernden Einreden von dem Hauptverfahren setzt das österreichische Processrecht für die summarischen Processe die obligatorische Verbindung des Hauptverfahrens mit der Erörterung der wichtigsten processhindernden Einreden (Einrede der Incompetenz, der Litispendenz und der Rechtskraft) mittelst formaler Rechtsvorschrift fest (§. 26 S. V., §. 30 Bg. V.). Da die Stellung des Vorverfahrens nach beiden Systemen eine durch Rechtsnormen zum Voraus bestimmte ist, so liegt denselben gleichmässig das Princip der formalen Ordnung zu Grunde. Dagegen ist es nach manchen Gesetzgebungen entweder allgemein oder nur für gewisse Processarten in das Ermessen des Richters gestellt, ob die processhindernden Einreden in einen besonderen Abschnitt verwiesen oder deren Erörterung mit dem Hauptverfahren verbunden werden soll; Preussische V. v. 21. Juli 1846 §. 5, 6 (für das Verfahren überhaupt); Preussischer Entwurf von 1864, §. 333, 334 und dazu die Motive S. 73 (Ebenso); Nordd. Entw. von 1870,

Allein auch der Gegensatz zwischen der Behauptung und dem Beweise der rechtsbegründenden Thatsachen kann von der Gesetzgebung in sehr verschiedener Weise aufgefasst und zur Gliederung des Erkenntnisverfahrens benützt werden. Am consequentesten wird jener Gegensatz durchgeführt, wenn der Gesetzgeber das Erkenntnisverfahren in zwei gesonderte Abschnitte trennt, von welchen der eine die Bestimmung hat, den streitenden Parteien Gelegenheit zur Anführung aller thatsächlichen Behauptungen zu geben, während ein zweiter Abschnitt zur Bezeichnung (Anbietung) und zur Aufnahme der Beweise bestimmt ist. Diese Auffassung ist dem gemeinen Processe eigenthümlich, in welchem das Stadium der thatsächlichen Behauptungen von jenem der Beweise durch das Beweisinterlocut in einer äusserlich leicht erkennbaren Weise geschieden ist.¹⁰⁾

§. 414 (Ebenso); — Code de proc. art. 425 (Im Verfahren vor den Handelsgerichten). Hannover, §. 481 (vgl. Leonhardt, S. 316, Note 1), 506; Württemberg, §. 637, 833, 857, 881; Deutsch. Entw. von 1874, §. 446, 533, 541; Oest. Entw. v. 1876 §. 465, 595, 605, 623. (In den summarischen Processen insbesondere im Besitz-, Urkunden- und Wechselprocess, dann im Verfahren vor Einzel- und Handelsgerichten). Aehnliche Bestimmungen enthalten schon die Statuten italienischer Städte im Mittelalter. Wach, Arrestprocess, S. 196. In diesen Processsystemen wird folglich das Verhältniss des Vor- und des Hauptverfahrens von dem Princip der arbiträren Ordnung beherrscht.

¹⁰⁾ Die im gemeinen Recht übliche Cäsur des Processes in das Behauptungs- und Beweisverfahren ist aus dem altdeutschen Process übernommen. In dem älteren deutschen Verfahren mussten die Processparteien im Instructionsverfahren sowohl die Thatsachen anführen als auch die Beweise anbieten, worauf ein Beweisurtheil den Beweissatz, den Beweisführer und die Beweismittel bezeichnete. Planck, Beweisurtheil, S. 44—53; Homeyer, Der Richtsteig Landrechtes, S. 453—455; Franklin, Reichshofgericht, Bd. 2, S. 241—244; Bar, Beweisurtheil, S. 46, 47. Für die älteste Zeit vgl. Siegel, S. 115 ff. bes. 120, 121. Die äussere Anordnung des Erkenntnisverfahrens war folglich die nämliche, wie noch im heutigen österreichischen Process, wie denn dieser überhaupt in Beziehung auf die ganze Form des Verfahrens die Grundsätze des älteren deutschen Rechtes unter allen deutschen Particulargesetzgebungen am treuesten bewahrt hat. Vgl. auch Planck a. a. O. S. 225, Note 2. Im Laufe der späteren Entwicklung des gemeinen deutschen Processes wurde unter dem Einfluss des sächsischen Verfahrens die Beweisanbieterung aus dem Instructions- (dem ersten) Verfahren ausgeschieden und in das Beweisverfahren gewiesen. Planck, S. 184 ff. In ähnlicher Weise hat das Instructionsverfahren des modernen englischen Processes lediglich den Zweck, die Thatsachen festzustellen, wogegen die Bezeichnung und die Auf-

Auf dem entgegengesetzten Standpunkte steht der reichskammergerichtliche Process. In dem Verfahren des Reichskammer-

nahme der Beweise erst in dem Beweisverfahren stattfindet. Nur werden die beiden Stadien des Rechtsstreites nicht wie im gemeinen Recht durch ein Beweisurtheil getrennt. Supr. Court of Jud. Act. von 1875, Shed. I, Ord. XIX, Rule 4. Rüttimann, §. 323 ff. Dem römischen, canonischen und romanischen Process ist die Theilung des Processes in ein Instructions- und Beweisverfahren überhaupt fremd. Planck, Beweisurtheil, 116—127 (Röm. Proc.), S. 139—147 (Roman., insb. canon. Proc.); Bethmann-Hollweg, der röm. Civilproc., Bd. 1, S. 186; Wieding, Libellproc. S. 703—705; Wetzell (2. Aufl.) S. 891. Bayer S. 522, 523. Endemann, §. 157. Vgl. jedoch über den älteren italien. Territorialproc. jetzt noch Wach, Arrestverfahren S. 197—199. Von den neueren deutschen Gesetzgebungen folgt dem gemeinrechtl. System insbesondere die Hannover'sche P. O. §. 184, Z. 1, §. 215, 216, 220, 221 und die Badische P. O. §. 321, 323, 1020—1022. Vertheidigt wird die gemeinrechtliche Cäsar des Verfahrens vorzüglich von Waldeck in den Verhandl. des ersten deutschen Juristentages (1860), S. 18—23; Sternenfels, Verh. des zweiten Juristentages, Bd. 1 (1861), S. 3—9; André, ebenda, S. 52 ff.; Leonhardt, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, (1865), S. 10—74. Vgl. auch Bar, Recht und Beweis, S. 48—67 und Anhang S. 2, 8, 9, 13. Unter den österreichischen Schriftstellern haben sich für die gemeinrechtliche Cäsar Glaser, Grundlagen des öffentlich-mündlichen Civilprocesses (1860, 1861) in den kleinen Schriften, Bd. 2, S. 367—374 und bis zu einem gewissen Grade auch Pratobevera in seinen Materialien, Bd. 2, S. 81—86 ausgesprochen. Die im österreichischen Recht adoptirte Trennung des Vorbringungs- und Beweisverfahrens wird vertheidigt von Haimerrl, Allgemeine Betrachtungen über die Reform des Civilprocesses in seinem Magazin, Bd. 1 (1850), S. 178, 179, und von Planck, Die Lehre von dem Beweisurtheil, S. 367—388, und in den Verhandlungen des zweiten deutschen Juristentages, Bd. 1 (1861) S. 81 bis 83; Harrasowsky, Einige Bemerkungen zum Entwurf einer allgemeinen deutschen C. P. O. in Haimerrl's Vierteljahrschr. Bd. 15 (1865), S. 297 ff. Vgl. auch die unten Note 14 angeführten Gesetzgebungen. Eine Mittelmeinung wird verfochten von Daring in den Verhandlungen des sechsten deutschen Juristentages (1865), Bd. 1, S. 24—34 und Barth, ebenda, S. 35 bis 39, welche die obligatorische Beweisanticipation für einen Civilprocess mit dem gemeinrechtlichen Beweisinterlocut verwerfen, dagegen für ein Verfahren mit nicht bindender Beweisverfügung als zweckmässig empfehlen. Der zweite deutsche Juristentag nahm auch einen Antrag Waldeck's an, wonach „die Angabe der Beweismittel für die Behauptungen der Parteien in der Regel erst nach ergangenem Beweisinterlocut zu geschehen braucht.“ (Verhandl. des zweiten deutschen Juristentages, Bd. 2, S. 509, 614, 621). Eine eigenthümliche Modification der gemeinrechtlichen Scheidung des Processes in erstes und Beweisverfahren hat Perthaler in der Zeitschr. für österr. Rechtsgel. (1845), Bd. 1, S. 231—238 und besonders (1846) Bd. 2, S. 468 ff.

gerichtet laufen die Stadien der Behauptung und des Beweises nebeneinander, jede Streitpartei hat, nachdem es durch den Widerspruch des Gegners gewiss geworden, dass über eine Thatsache ein Beweis aufzunehmen ist, den Beweis dieser Thatsache noch im Laufe des Behauptungsstadiums anzutreten und durchzuführen.¹¹⁾ Erfolgt also die Aufnahme der Beweise mit der erforderlichen Raschheit und Umsicht, so können, wenn das Stadium der Behauptungen abgeschlossen wird, auch schon die Beweise der streitigen Thatsachen vorliegen und der Richter ist

vorgeschlagen. Danach soll der gesammte Civilprocess in das Begründungs- und das Beweisverfahren zerfallen. Das Erstere soll den Zweck haben festzustellen, ob die Klage und die Einredethatsachen die von beiden Parteien gestellten Begehren begründen; die Aufgabe des Beweisverfahrens ist dagegen die „Streitfeststellung rücksichtlich der Thatfrage, die Beweisantretung, die Beweisausführung, die Verhandlung über das Resultat der geführten Beweise.“ In dem Begründungsverfahren soll folglich lediglich die Relevanz der Thatsachen untersucht werden (Planck, Die Lehre von dem Beweisurtheil, S. 262—268). Alles übrige soll dem Beweisverfahren überlassen bleiben, welches demnach einen grossen Theil des gemeinrechtlichen „ersten Verfahrens“ in sich aufzunehmen hatte. Vgl. gegen diesen Vorschlag die trefflichen Ausführungen Heyssler's in der Zeitschr. (1845) Bd. 2, S. 266 ff. und (1847) Bd. 1, S. 20 ff. S. auch über einen ähnlichen Vorschlag Bar's oben Note 8 und über das Verhältniss der neueren Gesetzgebungen zu der ganzen Frage unten §. 25, Note 3.

¹¹⁾ Auch im österreichischen Processrecht haben sich einzelne Spuren dieses Verfahrens, welches nach dem vorjosefinischen Processrecht in Oesterreich Geltung hatte (vgl. Suttinger, Obs. XLIX), in der W. G. O. §. 22 erhalten. Der Richter hat nämlich im mündlichen Verfahren, wenn sich die Processparteien auf Zeugen berufen, diese zur Tagfahrt zu ziehen und sie um ihr Wissen zu befragen. Es kann folglich nach der W. G. O. schon während der Processverhandlung eine vorläufige Vernehmung der Zeugen stattfinden, wenn dieselbe gleich von keiner grossen praktischen Bedeutung ist, da sie ohne Beeidigung stattfindet und beide Parteien deshalb nach der richtigeren Ansicht die Schöpfung eines Beweisinterlocutes und die Abhörung des Zeugen in den gewöhnlichen Formen verlangen können. Vgl. auch §. 255 W. G. O. und Nippel, Erläuterungen, Bd. 2, S. 597—599, 658—659. Die Bestimmung des §. 22 W. G. O. gilt nicht in den Ländern der josefinischen G. O., doch ist dieselbe im Eheverfahren (Hofd. vom 23. Aug. 1819 Nr. 1595, §. 1) und wohl auch im Besitzstörungsverfahren (§. 6 Bs. V.) für den ganzen Umfang der Monarchie recipirt. Auch der österr. Entw. von 1876 §. 291 bestimmt, dass der Gerichtsvorsteher mit Zustimmung beider Theile Beweise, welche sich zur Aufnahme vor dem Gerichte nicht eignen, mit Ausnahme des Beweises durch Vernehmung der Parteien als Zeugen, durch einen beauftrag-

in diesem Falle in der Lage, sofort das Endurtheil zu fällen. Nach diesem Systeme vollzieht sich also die Anführung und der Beweis streitiger Thatsachen nicht in zwei zeitlich gesonderten Abschnitten, sondern der Rechtsstreit beginnt mit den thatsächlichen Behauptungen in der Klage und in der Vernehmung, von der Replik an laufen aber beide Processstadien nebeneinander.¹²⁾

Einen Mittelweg zwischen diesen beiden Systemen, welche man in gewissem Sinne als die Extreme betrachten kann, hat das österreichische Recht eingeschlagen. Im österreichischen Process ist das erste Verfahren dazu bestimmt, den Parteien nicht

ten oder ersuchten Richter vor der zur Streitverhandlung bestimmten Tagfahrt aufnehmen lassen kann.

¹²⁾ Die im Text erwähnte Anordnung des reichskammergerichtlichen Verfahrens, deren wesentliche Eigenthümlichkeit in der Beseitigung jeder Cäsur zwischen Instructions- und Beweisverfahren besteht, beruht auf römischen Rechtsansichten, welche jedoch in der deutschen Reichsgesetzgebung unter dem Einfluss des den deutschen Process beherrschenden Principes der formalen Ordnung einen wesentlich veränderten Charakter angenommen haben. In dem römischen Process war die Ordnung des Verfahrens überhaupt und die Stellung des Beweisverfahrens insbesondere wesentlich in das Ermessen des Richters gestellt, welcher sich dabei von den Bedürfnissen des einzelnen Falles leiten liess (s. unten §. 25). Das Regelmässige mochte sein, dass der Richter zunächst die Anführung und den Beweis der Klagehatsachen anordnete und erst wenn dieser durchgeführt und gelungen war, zu der Erörterung und dem Beweise der Exceptionen überging. Arg. L. 19 C. de prob. (4, 19). Vgl. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprocess, Bd. 2, S. 593, 594, Bd. 3, S. 273, 274; Planck, Beweisurtheil, S. 120, 121. Dieser Rechtszustand blieb im romanischen Process im Wesentlichen erhalten, obgleich sich in dem älteren italienischen Territorialprocess vielfach die Cäsur des älteren deutschen Processes vorfindet. Planck a. a. O. S. 139—147; Wach, Arrestverfahren, S. 198, 199. In dem Process des Reichskammergerichtes wurde die in der L. 19 cit. vorausgesetzte Reihenfolge der Processhandlungen ohne Rücksicht auf das Bedürfniss des einzelnen Falles mittelst formaler Rechtsvorschrift festgestellt, so dass in der Ordnung des Verfahrens zunächst die Klagebehauptungen, die Antwort des Beklagten und der Beweis der Klagebehauptungen, dann die peremptorischen Exceptionen des Beklagten, die Antwort des Klägers und der Beweis der Exceptionen kamen u. s. f. Erst in Folge der fortschreitenden Concentration des Vertheidigungsmateriales, insbesondere auch in Folge der durch die Kammergerichtsordnungen von 1521 und 1523 eingeführten Zusammenfassung der Klagebeantwortung und der Vorbringung der peremptorischen Exceptionen in einer Handlung wurde der im Text dargestellte Rechtszustand begründet. J. R. A. §. 34, 37, 45, 47, 48. Planck, Beweisurtheil, S. 176—184; Albrecht, Das Eventualprincip, S. 41—47.

nur zur Anführung ihrer thatsächlichen Behauptungen, sondern auch zur Bezeichnung ihrer Beweismittel (zur Beweisanerbietung)¹³⁾ Gelegenheit zu geben. Aus praktischen Rücksichten wird also aus der Totalität des Beweisverfahrens ein Element: die Anbietung der Beweismittel losgelöst und mit dem Stadium der Behauptungen vereinigt.¹⁴⁾

Der Zweck des Instructions- (des ersten) Verfahrens ist also nach österreichischem Recht, dem Richter bekannt zu machen, welche Thatsachen und welche Beweise den streitenden Parteien

¹³⁾ In der österreichischen Gerichtssprache pflegt man die Beweisanerbietung und die Beweisantretung sorgfältig zu unterscheiden. Unter der ersteren versteht man die Bezeichnung der Beweismittel im Laufe des Instructionsverfahrens, welche regelmässig mit der Behauptung der zu beweisenden Thatsache unmittelbar verbunden wird (vgl. auch Baiern, Art. 324, 326); mit dem Worte „Beweisantretung“ bezeichnet man dagegen die Erklärung des Beweisführers, dass er ein vom Richter nach Abschluss des Instructionsverfahrens in dem Beweisinterlocut oder in dem bedingten Endurtheile zugelassenes Beweismittel, z. B. einen Beweis durch Zeugen oder durch den Eid in der von dem Richter festgestellten Form wirklich benützen wolle. (S. unten S. 341.) In der Terminologie der deutschen Gesetze und der civilprocessualischen Schriftsteller wird auch die Beweisanerbietung des österreichischen Rechtes als Beweisantritt bezeichnet. Ich habe die österreichische Terminologie beibehalten, weil sie zur Unterscheidung der beiden im österreichischen Process wesentlich verschiedenen processualischen Handlungen zweckmässig ist.

¹⁴⁾ Ueber den historischen Ursprung dieser Anordnung des Verfahrens vgl. oben Note 10. Die neueren Gesetzgebungen haben die Verbindung der thatsächlichen Behauptungen mit der Beweisanerbietung fast ausnahmslos angenommen; doch ist dieser ausserordentlich wichtige Grundsatz in vielen Gesetzgebungen, eben weil derselbe als selbstverständlich gelten mochte, zu keinem klaren Ausdruck gelangt. Preussen: A. G. O. I, 5, §. 17, Nr. 2; I, 9, §. 6. (Vgl. Koch, Processrecht, §. 162, II, §. 183, 185, 200); Frankreich: Code de proc. art. 61, 77, 78, 252 und dazu Schlink, Comm., Bd. 2, S. 19, 332; Zink, Ermittlung des Sachverhaltes, (1860), S. 312—334, bes. S. 331—334; Genf: Art. 101, 150; Russland: §. 257, Abs. 5, 263, 264, 315, 316, 319; Preuss. Entw. §. 310, 313, 315, 324 (Motive S. 70—72); Deutsch. Entw. von 1866, §. 120, Abs. 4, 137 (vgl. Winter, S. X, XI, S. 52, 53); Württemberg: Art. 411—413; Baiern: Art. 230, 324, 326, 327 (Wernz, S. 245, 333, 334); Deutsch. Entw. von 1874, §. 117, Abs. 4, 126 (Motive S. 400). Auch in Oesterreich ist dieses System von Alters her Rechens. A. G. O. §. 12; W. G. O. §. 12; S. V. §. 25. Ebenso der österr. Entw. von 1876, §. 128, 208.

zu Gebote stehen; der Zweck des Beweisverfahrens ist dagegen, die angebotenen Beweise, soweit sich diese für die Entscheidung des Rechtsstreites als erheblich darstellen, zu den Zwecken des Rechtsstreites wirklich nutzbar zu machen.¹⁵⁾ In allen Fällen ist das Instructionsverfahren von dem Beweisverfahren durch eine richterliche Entscheidung über die Beweisfrage getrennt, welche den Beweissatz, den Beweisführer und die Beweismittel bezeichnet und nach Verschiedenheit dieser letzteren die Form eines End- oder eines Beirurtheils, in den summarischen Processen auch die eines blossen Bescheides besitzt.¹⁶⁾

¹⁵⁾ Auch von dem Grundsätze, dass das Instructionsverfahren dem Beweisverfahren voranzugehen hat und dass erst nach Abschluss des Erkenntnisverfahrens die Entscheidung zu fällen ist, sind im österreichischen Rechte wichtige Ausnahmen anerkannt (vgl. oben Note 4). Diese Ausnahmen sind: 1) Der Beweis zum ewigen Gedächtniss, welches Rechtsinstitut die Bedeutung hat, dass das Beweisverfahren entweder vor oder doch gleichzeitig mit dem Instructionsverfahren stattfindet (§. 179, 188 A. G. O.); 2) alle Processformen, in welchen sogleich auf Grundlage der Klage oder der eine solche vertretenden Processhandlung ein vorläufiges Erkenntniss gefällt wird (Mandats-, Wechsel-, Bestand- und Mahnverfahren). In diesen Fällen wird also eine (wenngleich nur provisorische) Entscheidung über den Rechtsanspruch vor dem Beweisverfahren, ja sogar sogleich nach Eröffnung des ersten Verfahrens getroffen. Vgl. §. 1 der kaiserl. Verordnung vom 21. Mai 1855, Nr. 95; §. 1 der J. M. V. vom 18. Juli 1859, Nr. 130 (Mandatsprocess); §. 19, Ges. vom 12. Juli 1872, Nr. 112 (Syndicatsklage); §. 1, Ges. vom 27. April 1873, Nr. 67 (Mahnverfahren); §. 5, 13, 14 der V. vom 25. Jan. 1850, Nr. 52 und §. 1 der V. vom 18. Juli 1859, Nr. 132 (Wechsel- und Wechsel-sicherstellungsprocess); §. 6 des Ges. vom 16. Nov. 1858, Nr. 213, (Bestandverfahren).

¹⁶⁾ §. 136 A. G. O.; §. 1, Hofd. vom 22. Juni 1835, Nr. 42; §. 187, 205, 224 A. G. O.; — §. 210, 259, 277 W. G. O. Das englische Recht, welches in Beziehung auf die scharfe Sonderung des Instructions- und Beweisverfahrens mit dem bisherigen österreichischen Processrecht vollständig übereinstimmt, unterscheidet sich doch von unserem Verfahren dadurch, dass das Gericht eine Entscheidung über die Beweisfrage überall nicht trifft, dass es vielmehr Sache der Parteien ist, aus dem Inhalte des Instructionsverfahrens (den pleadings) den Beweissatz, die Beweismittel u. s. f. selbst herauszufinden. Der Richter, welcher — regelmässig mit Beihilfe einer Jury — die Beweise aufnimmt, übt lediglich eine negative Thätigkeit aus, indem er unerhebliche oder unzulässige Beweismittel zurückweist. Supr. Court of Jud. Act Shed. I, Ord XXXVI, R. 2 ff. Vgl. jedoch auch Ord. XXVI.

Auch innerhalb der beiden umfassenden Gruppen, in welche das Erkenntnisverfahren zerfällt, ist die Reihenfolge der Handlungen, welche der Richter und die Parteien vorzunehmen haben, nach dem Princip der formalen Ordnung genau bestimmt. Um nicht in eine verwirrende Detailschilderung zu verfallen, soll hier der Gang der Processverhandlungen nur in seinen Grundzügen dargestellt werden. Das Instructionsverfahren wird immer von Seite des Klägers mit der Klagehandlung eröffnet, welche die wesentlichen Elemente des processualischen Angriffes zu enthalten hat.¹⁷⁾ Auf die Klagehandlung erfolgt in allen Fällen eine Verfügung des Richters, durch welche er den Beklagten auffordert, die Exceptionshandlung vorzunehmen.¹⁸⁾ Hierauf erfolgt abwechselnd von Seite des Beklagten und des Klägers die Exceptionshandlung, die Replikhandlung, die Duplikshandlung, welcher sich ausnahmsweise noch weitere Handlungen anschliessen können.¹⁹⁾ Jeder einzelne dieser Processacte wird im schriftlichen Verfahren durch eine richterliche Verfügung veranlasst, so dass also im schriftlichen Verfahren zwischen die Exceptions- und die Replikshandlung, zwischen diese und die Duplikshandlung u. s. f. richterliche Bescheide fallen.²⁰⁾ In dem mündlichen Verfahren erfolgt eine richterliche Verfügung nur dann, wenn der Verhandlungstermin vertagt wird²¹⁾, während die Processverhandlung bei der Tagfahrt selbst ohne Dazwischenkunft richterlicher Bescheide in unterbrochener Folge fortläuft.²²⁾

¹⁷⁾ A. G. O. §. 2, 3, 8; W. G. O. §. 2, 3, 7.

¹⁸⁾ A. G. O. §. 19, 34; W. G. O. §. 20, 30. Falls der Beklagte processhindernde Einreden vorbringt, so schiebt sich zwischen die Klage- und Exceptionalhandlung das Vorverfahren in die Mitte. Vgl. oben Note 9.

¹⁹⁾ A. G. O. §. 2, 5—7, 9, 10, 22, 26, 27, 34, 43, 50, 55; W. G. O., §. 2, 5, 6, 9, 10, 21, 30, 36, 42, 46.

²⁰⁾ S. vorige Note und oben §. 21, Note 18 (S. 271. 272).

²¹⁾ A. G. O. §. 29, 31, 32; W. G. O. §. 25, 27, 48.

²²⁾ Das im Text dargestellte Verfahren ist die sog. contradictorische Verhandlung, welche in den positiven Processrechten zur Erörterung fast aller materiellrechtlichen und eines Theils der processualischen Ansprüche dient. Ihr Gegensatz ist das oben (§. 21) behandelte anticipative Contumacialsystem, welches das Verfahren ausser Streitsachen (insbesondere des Grundbuchswesen) fast ausschliesslich beherrscht und auch im streitigen

Innerhalb des Beweisverfahrens, insofern ein solches nach Abschluss des Instructionsverfahrens noch erforderlich ist, lässt sich im österreichischen Prozesse gleichfalls eine Reihe von gesonderten, durch das Gesetz zum Voraus bestimmten Abschnitten wahrnehmen. Dass die Bezeichnung der Beweise, welche die Parteien für die streitigen Thatsachen anführen wollen, in dem österreichischen Process mit dem Instructionsverfahren zu verbinden ist, also ausserhalb der Grenzen des Beweisverfahrens fällt, wurde schon oben (S. 336, 337) hervorgehoben. Die Handlungen, welche nach Abschluss des Instructionsverfahrens zur Durchführung der Beweise von dem Richter und den Parteien vorzunehmen sind, lassen sich in folgende vier Gruppen ordnen:

1. Die Beweiszulassung, d. h. jene Entscheidung des Richters, durch welche er die Aufnahme der von den Parteien bezeichneten Beweismittel gestattet ²³⁾;

Verfahren zur Liquidirung der meisten processualischen Ansprüche dient. Die letztere Art des Verfahrens kommt in einer zweifachen Form vor, indem entweder durch den Widerspruch des Gegners nachträglich eine contradictorische Verhandlung herbeigeführt wird (§. 21, Note 36, 37) oder blos eine Erörterung im Instanzenzuge mittelst einseitiger Processhandlungen (Recurse, Beschwerden) stattfindet. Das anticipative Contumacialsystem mit der Remedur durch einseitige Beschwerden — wohl die kürzeste aller Processformen — wird in unseren modernen Gesetzgebungen theils zur Prüfung der minder wichtigen processualischen Ansprüche, welche den processleitenden Verfügungen zu Grunde liegen, theils auch zur Feststellung wichtiger materieller Rechte, namentlich im Grundbuchswesen benützt. §. 95, 126 des Grundb. Ges. vom 25. Juli 1871, Nr. 95.

²³⁾ Vgl. oben Note 16. Wesentlich abweichend von der Form der Beweiszulassung in den modernen Rechten ist die Regulirung des *status causae et controversiae*, welche im Prozesse der Allg. Preuss. Gerichtsordnung statt des Beweisinterlocutes die Cäsur zwischen Instructionsverfahren und Beweisverfahren bewirkt. Das Wesen der Regulirung des *status causae et controversiae* besteht darin, dass der instruirende Richter unter Zuziehung der Parteien die unbestrittenen und die bestrittenen Thatsachen und unter diesen letzteren die processualisch erheblichen, in einer Gesamtdarstellung der thatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreites zusammenfasst und auf Grund derselben die zu erweisenden Thatsachen bezeichnet. Erst wenn der Instruent sich mit den Parteien nicht einigen kann, entscheidet das Gericht. Die Cäsur zwischen dem Instructions- und Beweisverfahren wurde folglich im älteren preussischen Process nicht durch ein einseitiges Interlocut des Richters, sondern durch ein Incidenzverfahren gebildet. Das Rechtsinstitut

2. die Beweisantretung, eine Erklärung des Beweisführers, dass er die von dem Richter zugelassenen Beweismittel und zwar in der vom Letzteren festgesetzten Form benützen wolle. Eine solche Wiederholung der bereits im Instructionsverfahren gemachten Beweisanerbietung ist im ordentlichen Verfahren bei allen Beweismitteln erforderlich, welche durch richterliche Entscheidung zugelassen werden müssen, also bei den verschiedenen Gattungen des Eides ²⁴⁾, beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise ²⁵⁾: in dem summarischen Processe ist dagegen bei den beiden zuletzt genannten Beweisarten eine besondere Beweisantretung weder nothwendig noch auch zulässig ²⁶⁾;

3. die Beweisaufnahme, welche alle jene richterlichen und Parteienhandlungen umfasst, durch welche das Bewusstsein der streitigen Thatsachen in dem Richter unmittelbar hervorgerufen werden soll;

4. die Beweiswürdigung, d. h. jener processualische Act, in welchem die streitenden Parteien das Resultat der aufgenommenen Beweismittel zusammenfassen und einer Kritik unterziehen. Einen regelmässigen Bestandtheil des Beweisverfahrens bildet die Beweiswürdigung nur bei dem Zeugen- und Sachverständigenbeweise des ordentlichen Processes ²⁷⁾, bei den verschiedenen Eidesbeweisen kommt dieser Abschnitt im ordentlichen wie im summarischen Verfahren nur ausnahmsweise vor ²⁸⁾, beim

wurde vielfach belobt, aber in den neueren Gesetzgebungen m. W. nirgends nachgeahmt und selbst im preussischen Processe bis auf geringfügige Ausnahmen verdrängt. Vgl. A. P. G. O. 10. Tit., §. 20 ff. und dazu Gönner, Handb., Bd. 1, Abh. VIII, §. 24; Abegg, Geschichte der preuss. Civilprocessgesetzgebung, (1848), S. 170—174; Koch, Processrecht, §. 199, 237 Heffter, Preuss. Civilprocess, §. 64, 115.

²⁴⁾ A. G. O. §. 224; W. G. O. §. 298.

²⁵⁾ A. G. O. §. 145; W. G. O. §. 220; Hofd. vom 22. Juni 1835, Nr. 43 J. G. S. Form. A. C.

²⁶⁾ S. V. §. 39, 42.

²⁷⁾ A. G. O. §. 172—175; Hofd. vom 25. Aug. 1683, Nr. 179, lit. e (Wessely, 720); W. G. O. §. 244—247; Hofd. vom 2. Aug. 1833, Nr. 2624; Hofd. vom 22. Juni 1835, Nr. 42, §. 3.

²⁸⁾ Regelmässig genügt zur Feststellung der Thatsache, dass bei bedingten Endurtheilen, welche die Ablegung von Parteieneiden verordnen, der vom Richter aufgestellten Bedingung Genüge geleistet worden ist, ein ein-

Zeugen- und Sachverständigenbeweise in den summarischen Processen ist derselbe durch das Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen.²⁹⁾

Ebenso wie das Erkenntnißverfahren, ist auch das Vollstreckungsverfahren des hisherigen österreichischen Processes von dem Princip der formalen Ordnung beherrscht. Jede Executionsform zerfällt schon ihrer Natur nach in zwei zeitlich aufeinanderfolgende Abschnitte: das Realisirungs- und das Befriedigungsverfahren. Der erste dieser Abschnitte hat den Zweck, die Executionsobjecte in die Gewalt des Richters oder des Gläubigers zu bringen und dieselben demnächst in eine für die Befriedigung des Letzteren passende Form, gewöhnlich also in baares Geld, umzusetzen; durch den zweiten Abschnitt sollen dagegen die Executionsobjecte oder deren Werth zur Befriedigung des Gläubigers thatsächlich verwendet werden. (Vgl. oben S. 305). Obgleich jener Gegensatz zwischen dem Realisirungs- und dem Befriedigungsverfahren bei allen Executionsformen vorhanden ist, so tritt er doch bei der Vollstreckung von Geldforderungen durch Verkauf von beweglichen und unbeweglichen Sachen mit besonderer Klarheit hervor, wie denn überhaupt jene beiden Executionsformen wegen ihrer praktischen Wichtigkeit in allen modernen Processgesetzbuchungen am sorgfältigsten ausgebildet sind. Alle Handlungen, welche der Richter und die Parteien bis zu dem Verkaufe der beweglichen oder unbeweglichen Sachen vorzunehmen haben, sind dem Realisirungs-, alle übrigen, insbesondere die Vertheilung des Kaufpreises, dem Befriedigungsverfahren zuzuzählen.

faches Zeugniß des Richters über die Leistung des Eides. Nur wenn z. B. die schwurpflichtige Partei den normirten Eid mit Abänderungen schwört oder der Tod der Partei die Ableistung des Eides ersetzen soll (§. 233 A. G. O., §. 307 W. G. O.), ist den Parteien eine contradictorische Verhandlung zur Ausführung des Beweisresultates zu eröffnen. Hofd. vom 15. Dec. 1794, Nr. 207 (Wessely, 749); Hofd. vom 19. Oct. 1792, Nr. 63 (Wessely, 764); Prot. Ausz. vom 21. März und Hofd. vom 26. April 1822 (Wessely, 294). Vgl. auch Fischer in Wagner's Zeitschrift (1829), Bd. 2, S. 105 bis 126, welcher Schriftsteller sich gegen die Zulässigkeit aller Abänderungen einer rechtskräftig normirten Eidesformel, folglich auch gegen die Eröffnung eines zu diesem Zwecke dienenden Verfahrens ausspricht.

²⁹⁾ S. V. §. 41, 42.

Auch innerhalb der beiden grossen Abschnitte, in welche das Executionsverfahren zerfällt, ist die Reihenfolge der einzelnen Handlungen nach formalen Principien geordnet. Insbesondere ist hervorzuheben, dass die wichtigste aller Executionsformen: die Vollstreckung von Geldforderungen durch Verkauf von beweglichen und unbeweglichen Sachen, sich nach österreichischem Recht in „Executionsgraden“, d. h. in zum Voraus bestimmten Abschnitten vollzieht, welche auf jedesmaliges Ansuchen des Executionsführers durch besondere richterliche Verfügungen eröffnet werden.³⁰⁾ Solcher Grade

³⁰⁾ Die römische *pignoris capio*, welche mit der Execution von Geldforderungen durch Verkauf von beweglichen und unbeweglichen Sachen die meisten Analogien besitzt, zerfiel nicht in bestimmte, zum Voraus festgesetzte Abschnitte, auch wurden die einzelnen Stadien des Executionsverfahrens nicht durch richterliche Erkenntnisse eröffnet, vielmehr war der Gang der Execution mit einzelnen Ausnahmen (L. 15, §. 2 D. de re iud. 42, 1) dem Ermessen des exequirenden Magistrats überlassen, wenngleich eine gewisse Reihenfolge der Executionshandlungen schon durch die Natur der Hilfspollstreckung gegeben ist. L. 15, 31 D. de re iud. 42, 1 und Bethmann-Hollweg, Bd. 2, S. 311—315. Das französische Recht hat diesen Gedanken in dem Executionsverfahren, namentlich soweit sich dieses auf Mobilien, Forderungen, Renten und Früchte bezieht, weiter ausgebildet, indem es die Durchführung des Realisirungsverfahrens eigenen Beamten (Huissiers, Gerichtsvollziehern) ohne Dazwischenkunft des Gerichtes überlässt. Dieses System ist von zahlreichen neueren Gesetzgebungen adoptirt worden. Vgl. Menger im Archiv für civil. Praxis, Bd. 55, (1873), S. 448—466 und Schöffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, Bd. 3, S. 578—580. Den Gegensatz bildet auch hier — ebenso wie im Erkenntnisverfahren — das ältere deutsche Recht. Das altdeutsche Executionsverfahren vollzieht sich in gewissen zum Voraus bestimmten Abschnitten; jeder derselben wird durch ein Ansuchen des Executionsführers (Klage) und durch ein richterliches Urtheil eröffnet. Meibom, Deutsches Pfandrecht, (1867), S. 70—131, bes. 70, 71, 129—131; Franklin, Reichshofgericht, Bd. 2, S. 286, 292—293, 302—304. (Ertheilung der Anleihe und der Nutzgewere, beides auf Ansuchen des Exequenten und durch richterliches Urtheil). Laband, Die vermögensrechtlichen Klagen nach den sächsischen Rechtsquellen des Mittelalters, (1869), S. 2, 3; Zöpfl, Deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte, Bd. 3, (4. Aufl.), S. 365, 366. Für die älteste Zeit, welche ein formal gegliedertes Executionsverfahren noch nicht gekannt zu haben scheint, Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, (1857), S. 245—252 und Sohm, Process der Salica, (1867), S. 162 ff. Die wesentlichen Eigenthümlichkeiten des älteren deutschen Executionsverfahrens haben sich in zeitgemässer Umbildung in den „Executionsgraden“ des österreichischen Processes erhalten.

gibt es im ordentlichen Verfahren drei: die Pfändung mit den zu ihrer Unterstützung bestimmten Nebenformen (der Transferirung und der engen Sperre), ³¹⁾ zweitens die Schätzung ³²⁾, endlich drittens die Feilbietung. ³³⁾ In den summarischen Processen ³⁴⁾ können die beiden ersten Grade, wenn die Execution in bewegliche Sachen angesucht wird, zeitlich vereinigt werden. ³⁵⁾ Auch im Befriedigungsverfahren herrscht das Princip der formalen Ordnung, obgleich sich mit Rücksicht auf die Dürftigkeit der Gesetzgebung und das Schwanken der Rechtsübung die Reihenfolge der einzelnen Handlungen nicht mit der gleichen Bestimmtheit wie in Ansehung des Realisierungsverfahrens festsetzen lässt.

Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass der bisherige österreichische Process (mit Ausschluss des Bagatellverfahrens) in allen seinen Stadien von dem Princip der formalen Ordnung durchgreifend beherrscht wird. Das bisherige österreichische Civilverfahren kann man deshalb einer Reise mit gebundener Marschroute vergleichen, wo alle Orte, welche der Reisende zu berühren hat, zum Voraus genau bestimmt sind und Nichts oder fast Nichts seinem Ermessen überlassen ist. Der wichtige Gegensatz zwischen

³¹⁾ A. G. O. §. 320, 322, 340, 341, 343; W. G. O. §. 422, 426, 453, 454, 456.

³²⁾ A. G. O. §. 223; W. G. O. §. 428.

³³⁾ A. G. O. §. 326; W. G. O. §. 432.

³⁴⁾ S. V. §. 53. Vgl. auch §. 4 der J. M. V. vom 18. Juli 1859, Nr. 130.

³⁵⁾ Der Entwurf einer Executionsordnung, welcher dem österreichischen Abgeordnetenhaus mit dem Bericht vom 28. Jänner 1876 vorgelegt wurde, hat das Institut der Executionsgrade beim Zwangsverkauf von unbeweglichen und beweglichen Sachen vollständig beseitigt. Das Gericht hat nämlich auf das Executionsgesuch sofort den Zwangsverkauf der Liegenschaft oder der beweglichen Sachen zu bewilligen und zugleich für die Durchführung des ganzen Realisierungs- und Befriedigungsverfahrens einen Gerichtsabgeordneten zu bestellen. Entw. der Ex. O. §. 4, 14, 91, 94. Dem bestellten Gerichtsabgeordneten steht die selbstständige Vornahme aller Amtshandlungen zu, welche die Durchführung des Zwangsverkaufes mit Einschluss der Kaufpreisvertheilung bezwecken; die einzelnen Abschnitte des Executionsverfahrens werden nicht, wie im bisherigen Verfahren, durch richterliche Entscheidungen eröffnet. §. 5, 14, Abs. 2, 24, 94, 97.

gesetzlicher Fürsorge und richterlichem Ermessen, auf dessen richtiger Vermittlung ohne Zweifel der Erfolg jedes Civilverfahrens vorzüglich beruht, ist daher in dem bisherigen österreichischen Processe fast ausnahmslos zu Gunsten des ersten jener beiden Elemente entschieden. Ganz anders und in vielfacher Beziehung geradezu entgegengesetzt ist das Verhältniss des Bagatellverfahrens zu unserer Frage, zu dessen Darstellung wir nunmehr übergehen.

§. 25.

Die arbiträre Ordnung der Processhandlungen. (Das Bagatellverfahren.)

Ich habe oben (§. 23) die Stellung des Bagatellverfahrens zu unserer Frage so charakterisirt, dass diesem nach seinem vorherrschenden Charakter das Princip der arbiträren Ordnung zu Grunde liegt. Dieser Satz hat jedoch keineswegs den Sinn, dass jener Grundsatz auf dem Gebiete des Bagatellverfahrens mit unbedingter und ausschliesslicher Geltung herrsche. Die Reihenfolge der grossen Abschnitte, in welche naturgemäss jedes Verfahren zerfällt, ist vielmehr auch für das Bagatellverfahren von dem Gesetzgeber unveränderlich festgesetzt, wie denn überhaupt ein gewisses Mass formaler Ordnung gleichsam das Knochengerüste bildet, an das sich die schwankenden Formen des nach dem arbiträren Princip construirten Processes anschliessen müssen. So muss auch im Bagatellverfahren das Erkenntnissverfahren dem Vollstreckungsverfahren in der Zeitfolge vorangehen (§. 87 Bg. V.). Im Executionsverfahren selbst kommen im Allgemeinen die Bestimmungen des Gesetzes über das summarische Verfahren zur Anwendung (§. 87 Bg. V.) und es wird deshalb auch das Vollstreckungsverfahren des Bagatellprocesses von denselben formalen Principien wie das des summarischen Processes beherrscht.¹⁾ Endlich ist das Rechtsmittelverfahren im Bagatellprocess ebenso wie in den bisherigen Processarten durch ein Verfahren vor dem ersten Richter bedingt (§. 78 Bg. V.).

¹⁾ Vgl. oben §. 24, Note 31—34.

Dagegen ist das Erkenntnissverfahren vor der ersten Instanz im Bagatellprocess das Gebiet, auf welchem das Princip der arbiträren Ordnung eine fast unbedingte Herrschaft übt.

Das Princip der arbiträren Ordnung wird für das Erkenntnissverfahren des Bagatellprocesses durch den §. 19 des Gesetzes über das Bagatellverfahren in der grössten Allgemeinheit ausgesprochen. Darnach eröffnet, leitet und schliesst der Richter die Verhandlung; er ertheilt das Wort und kann es demjenigen entziehen, der seinen Anordnungen nicht Folge leistet.²⁾ Nur das Ermessen des Richters, nicht aber eine allgemeine Rechtsvorschrift soll entscheiden, in welcher Reihenfolge die processualischen Acte vorzunehmen sind.

Dieses allgemeine Princip kommt denn auch in der ganzen Structur des Erkenntnissverfahrens im Bagatellprocess zu einem sehr klaren Ausdruck. Zunächst fehlt dem Bagatellprocess die strenge Scheidung zwischen dem Instructions- und dem Beweisverfahren, welche dem bisherigen österreichischen Process einen so eigenthümlichen Charakter verleiht. Das Gesetz bestimmt nur (§. 20 Bg. V.), dass der Richter gleich bei Beginn des Rechtsstreites die Parteien mit ihren Begehren, thatsächlichen Erklärungen und Beweisanerbietungen zu hören und auf die genaue Präcisirung der Thatsachen und der Beweismittel zu dringen hat. Eine fernere Bestimmung des Gesetzes, welche noch hierher gehört (§. 31 Bg. V.), setzt fest, dass der Richter die Beweise, welche er für erheblich erachtet, im Laufe der Verhandlung selbst aufzunehmen hat. Ausser diesen ganz allgemein gehaltenen Normen hat das Gesetz über das Verhältniss des Instructions- und des Beweisverfahrens keine weitere Bestimmung getroffen und es ist deshalb kein Hinderniss vorhanden, dass der Richter, sofern er es für zweckmässig erachtet, die Feststellung der Thatsachen

²⁾ Aehnliche Vorschriften finden sich in allen Processgesetzgebungen vor, welche von dem Princip der arbiträren Ordnung beherrscht werden. Vgl. die oben §. 21, Note 18 (S. 271) über die richterliche Processleitung im mündlichen Verfahren angeführten Gesetzgebungen. Doch ist diese arbiträre Macht des Richters selbst in jenen Processordnungen, welche auf dem Princip der Mündlichkeit beruhen, vielfach durch Rechtssätze beschränkt, welche direct oder indirect eine formale Ordnung des Verfahrens bewirken. Vgl. die folgende Note unter 1. und 2.

und der Beweismittel (§. 20 Bg. V.) unterbricht und einen Beweis aufnimmt und überhaupt das Stadium der Behauptungen und der Beweise nach seinem Ermessen combinirt.

Unabhängig von dem Willen des Richters tritt eine solche Vermischung des Instructions- und des Beweisverfahrens in dem Falle ein, wenn die Processparteien während der Dauer oder nach Beendigung des Beweisverfahrens, jedoch vor der Erklärung des Richters, dass die Processverhandlung geschlossen sei (§. 66, 67 Bg. V.), neue Thatfachen und Beweismittel vorbringen, welche der Richter nach Lage der Sache zulassen muss.³⁾

³⁾ In den neueren Processordnungen, welche auf dem Princip der Mündlichkeit beruhen, lassen sich in Beziehung auf die Ordnung des Instructions- und des Beweisverfahrens drei Systeme unterscheiden: 1. Sowohl der erkennende Richter als auch die Parteien sind an die richterliche Entscheidung gebunden, welche die Beweisfrage normirt, wobei es gleichgiltig ist, ob diese vor einem höheren Richter angefochten werden kann oder nicht. Dieses System bringt die Scheidung zwischen Instructions- und Beweisverfahren am reinsten zum Ausdruck. Die Parteien müssen alle Thatfachen und Beweismittel vor Erlassung der Beweisverfügung anführen; der Richter darf nur eine Entscheidung über die Beweisfrage erlassen und der ganze darauf folgende Theil des Erkenntnisverfahrens hat ausschliesslich den Zweck, die auferlegten oder zugelassenen Beweise für das Endurtheil nutzbar zu machen. Dieses System, welches dem gemeinrechtlichen und dem bisherigen österreichischen Beweisrechte eigenthümlich ist, wurde von der Hann. P. O. §. 215, 218 für das ganze Gebiet des Beweisverfahrens (dazu Leonhardt, S. 159—161) angenommen. Ausserdem haben dieses System für das Gebiet des Beweises durch den Parteieid jene Processordnungen adoptirt, welche die Auflegung der Parteieide durch bedingtes Endurtheil vorschreiben oder wenigstens zulassen, da ein solches Urtheil eben nichts Anderes als eine den Richter und die Parteien bindende Entscheidung über die Beweisfrage ist. Baden: §. 360; Deutsch. Entw. von 1866, §. 415; Württemberg: Art. 359, 592; Baiern: Art. 345; Deutsch. Entw. von 1874, §. 407 u. A. 2. Die Parteien, nicht aber der Richter ist an die Beweisverfügung gebunden. Nach diesem System sind die Parteien verpflichtet, die Thatfachen und Beweismittel vor Erlassung der Beweisverfügung vorzubringen; der Richter ist aber an die Entscheidung der Beweisfrage, welche er nach Abschluss des Instructionsverfahrens erlässt, in keiner Weise gebunden, er kann, sofern ihm dies nothwendig erscheint, vor dem Endurtheil noch weitere Beweisverfügungen erlassen, die jedoch nur solche Beweismittel zum Gegenstand haben können, welche von den Parteien im Instructionsverfahren rechtzeitig angeboten worden sind. Auch nach

Ebenso wie das Verhältniss des Instructionsverfahrens zu dem Beweisverfahren, ist auch die Bestimmung der Reihenfolge der Handlungen, welche diese beiden Abschnitte zusammensetzen, im Bagatellverfahren durchgreifend in das Ermessen des Richters gestellt. Was zuvörderst die Handlungen des Instructionsverfahrens betrifft, so ist nirgends gesagt, dass die Exceptionalhandlung, die Replikshandlung, die Duplikshandlung sich nothwendig in dieser Ordnung folgen müssen, vielmehr ist dem Richter gestattet, wenn z. B. die Exceptionalhandlung ihm unvollständig erscheint, den Beklagten zu ihrer Vervollständigung auch vor der Vornahme der Replikshandlung von Seite des Klägers aufzufordern oder ihm dieselbe auf seine Bitte zu gestatten. Desgleichen kann der Richter, ähnlich wie im römischen Process (§. 24, Note 12), sofort nach dem Vortrag der Klage zur Aufnahme der Beweise für die Klagethatsachen schreiten. Ueberhaupt ist der Richter im Bagatellverfahren in der Anordnung und Gruppierung der Instructionshandlungen vollständig frei, wenngleich sich nicht verkennen

diesem System ist das Instructions- und das Beweisverfahren scharf getrennt; die Cäsur wird durch die erste vom Richter erlassene Beweisverfügung bewirkt. Baden: §. 376, 388; Deutsch. Entw. von 1866, §. 284, 309; Württemberg: Art. 348, 349, 418—420 (Fecht, Bd. 2, S. 220, 221, 242). — 3. Weder der Richter noch auch die Parteien sind an die Beweisverfügung gebunden. Dies ergibt das im Text dargestellte System, welches einestheils die Grenze zwischen dem Instructions- und dem Beweisverfahren aufhebt und andererseits mehrere Beweisverfügungen möglich macht. Hieher gehört das Processrecht von Frankreich, welches das Beweisverfahren nicht als einen neben dem Instructionsverfahren bestehenden selbstständigen Processabschnitt, sondern als ein diesem letzteren unter- und eingeordnetes Incidenzverfahren auffasst. Vgl. Zink, Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Process, (1860), Bd. 1, S. 328 ff.; Leonhardt, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, (1865), S. 19—21; Boitard, Leçons, Bd. 1, Nr. 526 Wernz, Comm. zum Baier. C. P. S. 263 u. A. Ferner Genf: Art. 150, 151; Italien: Art. 206 (welches Gesetz geradezu das für die Erledigung von Incidenzfragen in den Art. 181—186 vorgeschriebene Verfahren auf den Beweis anwendbar erklärt; vgl. Mattei, Annotazioni, S. 196—198); Baiern: Schmitt, Der baierische Civilprocess, Bd. 2, S. 57, 153; Wernz, S. 356; Deutsch. Entw. von 1874, §. 241, 279, 310, 315 und das österreichische Bagatellverfahren (s. den Text), welches überdiess die Parteieneide und in Folge dessen auch die durch das bedingte Endurtheil hervorgebrachte Cäsur (s. oben Nr. 1) nicht kennt. Diese letztere Auffassung ist auch in dem österr. Entw. v. 1876, §. 210, 292, 318 festgehalten.

lässt, dass die Vernehmung der Parteien in der Form von Rede und Gegenrede sich regelmässig als die natürlichste und zweckmässigste Form des Instructionsverfahrens darstellen wird. Auch innerhalb des Beweisverfahrens sind die fünf Stadien, in welche dieses im bisherigen Verfahren getrennt ist (Beweisanerbietung, Beweiszulassung, Beweisantrittung, Beweisaufnahme, Beweiswürdigung) ⁴⁾ formell durch das Gesetz nicht geschieden, ihr Platz in der Ordnung des gesammten Verfahrens in keiner Weise zum Voraus festgestellt. Ein Theil dieser Processacte: die Beweisantrittung und die Beweiswürdigung fallen als besondere Abschnitte im Bagatellverfahren, ähnlich wie in den bisherigen summarischen Processen (§. 24, Note 29), vollständig aus. Die Anbietung, die Zulassung und die Aufnahme der Beweise kommen zwar auch im Bagatellverfahren vor und stehen auch hier in einem causalen Abhängigkeitsverhältniss, so dass regelmässig ⁵⁾ die Anbietung der Zulassung, die Zulassung der Aufnahme der Beweise vorangehen muss; allein das zeitliche und causale Verhältniss dieser Beweis-

⁴⁾ Den neueren deutschen Processgesetzgebungen ist von den im Text angegebenen fünf Abschnitten des Beweisverfahrens die Beweisantrittung im Sinne der österreichischen Terminologie (oben §. 24, Note 13) fremd, die übrigen vier sind, obgleich zum Theil unter anderen Namen, in die neueren Processgesetzgebungen aufgenommen. Vgl. über die Beweisanerbietung §. 24, Note 14, über die Beweiszulassung §. 24, Note 16 und oben Note 3. Die Beweiswürdigung wird in den deutschen Processordnungen gewöhnlich unter der Bezeichnung „Beweisführung“ als eine für sich bestehende processuale Handlung aufgefasst, welche das Beweisverfahren ähnlich wie im österreichischen Recht abschliesst. Hannover, §. 234—236; Baden, §. 1029 (entfällt im Verfahren vor den Amtsgerichten §. 324); Deutsch. Entw. v. 1866, §. 302 bis 305; Württemberg, Art. 434, 439—442 (Fecht, Bd. 2, S. 242); Baiern, Art. 344, 525, 532; Deutsch. Entw. v. 1874, §. 248, 325. Vgl. auch den österr. Entw. v. 1876, §. 292 „Die Streitverhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung. Dieselbe umfasst auch die Beweisaufnahme und die Erörterung ihrer Ergebnisse.“ Auch nach dem Entwurf wird folglich der Vorsitzende nach dem Abschluss der Beweisaufnahme einen Processabschnitt zur Würdigung der Beweise zu eröffnen haben, welcher sich übrigens, wenn die Beweisaufnahme vor dem erkennenden Gericht stattgefunden hat, unmittelbar an diese letztere anschliessen kann.

⁵⁾ Diese Causalreihe erleidet z. B. eine Modification in den Fällen, wo die Aufnahme eines Beweismittels von Amtswegen angeordnet werden kann (§. 21, Note 25, 26), folglich die Beweisanerbietung entfällt.

acte zu den übrigen Handlungen des Processes ist auch hier von den Gesetzen nicht durch allgemeine Normen festgesetzt, sondern von dem Richter im einzelnen Falle zu bestimmen.

Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass der wichtigste und umfangreichste Theil des Civilprocesses : das Erkenntnissverfahren im Bagatellprocesse von dem Princip der arbiträren Ordnung durchgreifend beherrscht wird. Nur wenige allgemeine Gesichtspunkte werden dem erkennenden Richter in Ansehung der Reihenfolge der processualischen Handlungen von dem Gesetze geliefert ; im Uebrigen bildet jeder einzelne Rechtsfall eine Individualität, welche von dem Richter nach ihren besonderen Bedürfnissen gemessen und eigenthümlich gestaltet wird. Bei dieser frei gestaltenden Thätigkeit bildet den Leitstern des Richters der allgemeine Zweck jedes Erkenntnissverfahrens: die vollständige Feststellung der thatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreites und der darauf sich gründenden Begehren der Parteien; auf welchem Wege er aber dieses letzte Ziel erreichen soll, insbesondere in welche untergeordnete Processzwecke er jenen allgemeinen Zweck auflösen will, ist im Bagatellprocess im Wesentlichen dem Ermessen des Richters überlassen.

Das Eventualprincip.¹⁾

In engstem Zusammenhange mit dem Princip der formalen Ordnung (§. 23, 24), ja nichts als die positive Fassung desselben

¹⁾ Mittermaier, Der gemeine deutsche bürgerliche Process etc., Bd. 1, 2. Aufl. (1822), S. 139—145; Linde, im Archiv für civil. Praxis, Bd. 12 (1829), S. 1—15 und Bd. 14 (1831), S. 421—434 (Beide Schriftsteller geben rechtsvergleichende Darstellungen aus der Particulargesetzgebung ihrer Zeit); Albrecht, Die Ausbildung des Eventualprincips im gemeinen Civilprocess, (1837). (Diese Schrift enthält vorzüglich eine sehr klare Geschichte der allmählichen Ausbildung des Eventualprincips in der deutschen Reichsgesetzgebung. Die Territorialgesetzgebungen werden nicht berührt); Planck, Die Lehre vom Beweisurtheil, (1848) passim; Briegleb, Einl. in die Theorie der summ. Processen, (1859), S. 45 ff.; Bar, Das Beweisurtheil des germanischen Processes, (1865), S. 45, 46; Derselbe in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 10, S. 96 (Dieser Schriftsteller leugnet den Ursprung des Eventualprincips aus dem germanischen Process); Wach, Der Arrestprocess, (1868), S. 180 ff., bes. 194—199 (Aelterer italienischer Territorialprocess); Wetzell, §. 71; Renaud, §. 79; Endemann, §. 156, 157; Bayer, S. 37—40; Osterloh, Bd. 1, §. 29; Oesterreich: Haimperl, Allgemeine Betrachtungen über die Reform des Civilprocesses, Bd. 1, S. 155 bis 187; Preussen: Koch, Preuss. Processrecht, §. 120; Heffter, §. 116; Baiern: Schmitt a. a. O. Bd. 2, S. 50; Wernz, S. 192 ff. — Die Zusammenfassung zahlreicher Erscheinungen des Civilrechtsstreites unter der gemeinsamen Bezeichnung des Eventualprincips gehört wesentlich der deutschen Processstheorie an; den ausserdeutschen Processliteraturen ist zwar nicht die Sache, wohl aber diese zusammenfassende Behandlung fremd. — Legislative Erörterungen über das Eventualprincip aus der neuesten Zeit: Bar, Recht und Beweis im Civilprocess, S. 117—120; Kräwel, Die Eventualmaxime in den deutschen Entwürfen einer Civilprocessordnung im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 55 (1872), S. 284—303; Stahl, Das Mündlichkeitsprincip und die Eventualmaxime im Civilprocess, Bd. 57 (1874), S. 338—399; Motive zu dem deutschen Entw. von 1874, S. 397 ff. u. A.

ist ein weiterer Grundsatz, welchen man das Eventualprincip genannt hat, weil derselbe die Cumulirung aller Processhandlungen, welche einem bestimmten Processzwecke dienen sollen, selbst dann vorschreibt, wenn auch schon eine einzige dieser Processhandlungen den angestrebten processualischen Zweck zu erreichen vermag, folglich die übrigen nur eventuell zur Erreichung desselben von Nutzen sein können. Denn wenn das Princip der formalen Ordnung so lautete, dass keine Handlung, welche sich auf einen bestimmten untergeordneten Processzweck bezieht, früher vorgenommen werden kann, als bis die in der Causalreihe vorangehenden Zwecke erreicht sind, so geht das Eventualprincip dahin, dass alle Handlungen, welche einen einzelnen dieser Zwecke zu erreichen bestimmt sind, nur in dem hiezu eröffneten Processabschnitte vollzogen werden dürfen. Während also jenes erste Princip verbietet, dass in einen bestimmten Abschnitt des Rechtsstreites fremde Zwecke störend eingreifen, bestimmt dieses positiv, dass alle Handlungen, welche sich auf einen untergeordneten Processzweck beziehen, in dem entsprechenden Processabschnitte vorgenommen werden müssen.

Aus dieser Darstellung ergibt sich nun, dass das Eventualprincip nichts als die Kehrseite, das nothwendige Corollar des Princip der formalen Ordnung ist. Jedes Processsystem, welches von dem Princip der formalen Ordnung beherrscht wird, muss desshalb auch in demselben Umfange die Geltung des Eventualprincips anerkennen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Gesetzgeber die untergeordneten Processzwecke und in Folge dessen auch die entsprechenden Processabschnitte enger auffasst, oder ob er umfassendere Processzwecke bildet und desshalb eine grössere Zahl von processualischen Handlungen in einen einzelnen Processabschnitt zusammendrängt.²⁾ Entscheidend ist nur, dass

²⁾ Es ist desshalb durchaus unrichtig, wenn zahlreiche Schriftsteller der Ansicht sind, dass das Eventualprincip dem römischen oder dem französischen Process fremd ist. Allerdings ist richtig, dass das römische und französische Recht die Verhandlung vor der ersten Instanz nicht wie der österreichische oder der gemeine deutsche Process in eine Reihe von einzelnen Abschnitten zertheilen, welche bestimmte untergeordnete Processzwecke erfüllen sollen und desshalb einen zum Voraus bestimmten Inhalt haben (z. B. die Klage-, die Exceptionalhandlung, die im §. 24 dargestellten vier Stadien des

das Gesetz den allgemeinen Processzweck in bestimmte untergeordnete Zwecke auflöst und die Vornahme aller einem solchen dienenden Handlungen in dem entsprechenden Processabschnitt vorschreibt. Demgemäss sehen wir denn auch, dass jene Theile des österreichischen Civilverfahrens, welche auf dem Grundsatz der formalen Ordnung aufgebaut sind, zu gleicher Zeit auch dem Eventualprincip huldigen, während dort, wo die Reihenfolge der processualischen Handlungen eine vorherrschend arbiträre ist, auch jenes zweite Princip nicht zur Anwendung kommt. Das eigenthümliche Geltungsgebiet der Eventualmaxime ist desshalb das bisherige Verfahren: der ordentliche schriftliche und mündliche und die verschiedenen Gattungen des summarischen Processes; in dem Bagatellverfahren dagegen ist für jenen Grundsatz nur insoweit Raum, als dasselbe — und dieses ist, wie ich oben (§. 25) gezeigt habe, nur in begrenztem Masse der Fall — von dem Princip der formalen Ordnung beherrscht wird. Das Verhältniss dieser beiden Processgebiete zu unserem Princip soll nunmehr im Einzelnen untersucht und dargestellt werden.

Beweisverfahrens u. s. f.) Jene Processe halten vielmehr im Grossen und Ganzen an der Auffassung fest, dass die ganze Verhandlung vor der ersten Instanz den allgemeinen Zweck hat, die Rechtsbeständigkeit des Klageanspruches festzustellen (vgl. jedoch auch oben §. 24, Note 9). Die Processabschnitte sind folglich in dem römischen und französischen Rechte umfassender, die Processzwecke allgemeiner, aber dessenungeachtet sind auch diese Processe von dem Eventualprincip beherrscht, weil eben die Parteien ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel bis zur Schöpfung des Endurtheils vorbringen müssen, widrigenfalls dieselben für die Instanz oder unter Umständen vollständig verloren gehen.

§. 27.

Das Eventualprincip im österreichischen Process mit Ausschluss des Bagatellverfahrens.

Ehe ich zur Darstellung des Verhältnisses übergehe, in welchem unser bisheriges Verfahren zu dem Eventualprincip steht, ist es nothwendig, eine Bemerkung allgemeiner Natur vorzuschicken. Für die Frage, ob ein Verfahren von dem Eventualprincip beherrscht wird, ist lediglich der Umstand massgebend, dass das Gesetz die gleichzeitige Vornahme aller Handlungen, welche einem bestimmten Processzweck dienen, oder mit anderen Worten, die Cumulation der concurrirenden Processhandlungen gebietet. Dagegen ist es von keiner Erheblichkeit, ob das Gesetz auf die Nichtbeachtung dieser Vorschrift grössere oder geringere oder wohl auch gar keine Nachtheile setzt. Für die Lösung unserer Frage ist vielmehr blos die ideale Gestalt des Civilprocesses von Bedeutung, welche der Gesetzgeber bei Schöpfung der Civilprocessgesetze im Auge gehabt hat, ohne Rücksicht auf die Abweichungen und Entartungen, welche eine missbräuchliche Praxis oder die eigene Schlaffheit des Gesetzgebers zugelassen hat. Es kommt daher hier nicht in Betracht, dass die Praxis im ordentlichen Verfahren des österreichischen Processes einen grossen Theil der Consequenzen des Eventualprincips praktisch fast vollständig beseitigt hat und dass diese Uebung in dem summarischen Process sogar die Billigung des Gesetzgebers gefunden hat.

Der Einfluss des Eventualprincips erstreckt sich, ähnlich wie jener des Princip der Ordnung, über die Gesamtheit des

bisherigen österreichischen Verfahrens, über den ganzen ordentlichen und summarischen Process. Am klarsten treten aber die Wirkungen jenes Grundsatzes in dem Erkenntnisverfahren und hier wieder in dem Instructionsverfahren hervor. Denn gerade im Instructionsverfahren sind die Zwecke, welche der Kläger und der Beklagte verfolgen, von grosser Einfachheit, da sie lediglich in der Begründung des processualischen Angriffs und in der Abwehr desselben bestehen, wogegen die Processhandlungen, durch welche diese Zwecke erreicht werden können, eine sehr grosse Mannigfaltigkeit besitzen. Das Instructionsverfahren ist deshalb auch das Gebiet, auf welchem der Gesetzgeber am häufigsten in die Lage kommen kann, die Cumulation von concurrirenden, demselben Zweck dienenden Processhandlungen vorzuschreiben.

Unter den Handlungen, welche die Parteien in dem Instructionsverfahren vorzunehmen haben, ragt die Klage durch ihre entscheidende Bedeutung als Grundlage des ganzen Processes hervor. Der Processzweck, welchen die Klagehandlung nach österr. Recht verfolgt, ist die Präcisirung und Begründung des vom Kläger erhobenen materiellen Anspruchs. Da der Richter das positive Recht kraft seiner richterlichen Amtspflicht kennen und anwenden muss (oben S. 298), so lässt sich als Zweck der Klagehandlung im österreichischen Rechte die Feststellung und die thatsächliche Begründung des Klageanspruches bezeichnen. Zu einer Klage genügt also nicht die blosse Bezeichnung des Rechtes, welches der Kläger geltend macht, ohne Anführung der rechts-erzeugenden Thatsachen, noch weniger aber genügt diese ohne ein daran geknüpftcs Begehren. Vielmehr bestimmen die Gerichtsordnungen, dass der Kläger in der Klage das Factum, woraus er sich ein Recht erwachsen zu sein glaubt, vollständig mit allen Umständen, welche zur Bewährung seines Rechtes dienlich sein können (§. 3 A. G. O.) anbringen und sein Begehren so genau als möglich bestimmen soll.¹⁾ Auch sind die Beweismittel, durch

¹⁾ Die Ergänzung des Klaglibells mittelst eines sog. Klagenachtrags ist dem Kläger im schriftlichen Verfahren in Uebereinstimmung mit den im Text dargestellten Grundsätzen nicht gestattet, dagegen kann der Kläger im mündlichen Verfahren, welches überhaupt in Beziehung auf die Ordnung und die Concentration der Processhandlungen freieren Principien huldigt, den Inhalt des Klaglibells vervollständigen, bevor noch der Beklagte zur Exceptio-

welche die klagebegründenden Thatsachen im Falle der Ablehnung erwiesen werden sollen, in der Klageschrift anzuführen, obgleich vorläufig noch ungewiss ist, ob der Beklagte dieselben nicht zugestehen und dadurch jeden Beweis derselben unnötig machen wird (§. 12 A. G. O., §. 12 W. G. O.).²⁾

Durch die soeben angeführten Handlungen ist der materielle Klageanspruch nach jeder Richtung vollständig begründet. Dessenungeachtet ist damit die Zahl jener processualischen Acte, welche der Kläger in der Klagehandlung gleichzeitig vorzunehmen hat, keineswegs abgeschlossen. Denn neben dem Gesuch um Anerkennung seines materiellrechtlichen Anspruches (des Klageanspruches) stellt der Kläger auch noch die Bitte, dass von diesem bestimmten Gerichte gegen diesen bestimmten Beklagten in den bestimmten Formen das Processverfahren eröffnet werde (Ladungsanspruch).³⁾ Die Geltendmachung und die Begründung des Klage- und des Ladungsanspruches erfolgt in manchen Processrechten durch gesonderte processualische Handlungen,⁴⁾ indem der Kläger zunächst

nalhandlung zugelassen wird. Hofd. v. 15. Jan. 1787 Nr. 620 lit. b (Wesely 312) und dazu Joh. v. R*** „Untersuchung der Frage, ob die bürgerliche Gerichtsordnung sog. Klagsnachträge erlaubt“ in Wagner's Ztschrft. (1829) Bd. 2, S. 173—176. Die Praxis gestattet übrigens Klagenachträge sowohl im mündlichen als auch im schriftlichen Verfahren. Glaser-Unger-Walther Nr. 2316, 2526.

²⁾ Vgl. über die obligatorische Beweisanticipation oben §. 24, Note 10, 14 (S. 333 ff., 337).

³⁾ Vgl. darüber oben §. 21 (S. 292).

⁴⁾ Vollständig fällt die Geltendmachung des Klage- und des Ladungsanspruches in jenen Processrechten auseinander, welche dem Kläger die private Ladung des Beklagten ohne Vorwissen oder Ermächtigung des Richters gestatten. Denn hier vollzieht der Kläger zuerst den Act der Ladung aus eigener Macht, während der Klageanspruch erst später vor dem Richter verhandelt wird. Zu dieser Gruppe gehört die in *jus vocatio* des älteren römischen (Bethman-Hollweg, Röm. Civilpr., Bd. 1, S. 105—108, B. 2, S. 196 bis 202) und die *mannitio* des älteren germanischen Rechts (Siegel, Geschichte des deutschen Gerichtsverfahrens, S. 63—77). Auch der *libellus conventionis* des Justinianischen Rechts ist nicht sowohl eine Klageschrift, als vielmehr ein Gesuch an den Richter, den Beklagten zur Verhandlung des Rechtsstreites zu laden. Bethmann Hollweg, Bd. 3, S. 243; Stintzing, in der Ztschrft. für Rechtsgeschichte, Bd. 5, S. 322, 323, 325; Wieding, der Justinianische Libellprocess, S. 385—393 und passim. Vgl. auch über die processuale Geltendmachung des Ladungs- und des materiellen Klageanspruches im canonischen und im älteren kammergerichtlichen Process, Mün-

die Bitte um Citation des Beklagten und erst später im weiteren Lauf des Rechtsstreites seinen materiellen Klageanspruch stellt und begründet; nach dem österreichischen

chen, Das canonische Gerichtsverfahren, Bd. 1 (1865) S. 252–256, Müchel, Das Verfahren bis zur Litiscontestation im ordentlichen canonischen Civilprocess (1870), S. 38–40, S. 46–48; Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, S. 290, 291; Danz, Grundsätze des Reichsgerichtsprocesses (1795), §. 219; Wetzell, S. 912. In ähnlicher Weise wird nach französischem Processrecht der Rechtsstreit durch eine Ladungsurkunde (*exploit d'ajournement*) eröffnet, welche von dem Gegenstande des Rechtsstreites nur so viel enthält, als nothwendig ist, um den durch die Ladung eingeleiteten Process zu individualisiren. Dazu dient insbesondere die Angabe des Gegenstandes der Klage und die summarische Angabe der Gründe, welche nach Art. 1, 61 Code de proc. in jeder Vorladungsurkunde enthalten sein müssen. Vgl. dazu Boitard, Bd. 1, Nr. 155. und Carré Lois, de proc. civ., Bd. 1, Quest. 312 und Bd. 7 (Supplement) Qu. 312. Ebenso Genf, Art. 50, 51, ferner Italien, Art. 133, 134, wo für geringere Rechtssachen die noch mehr vereinfachte Ladung durch einen blossen Vorladungszettel (*biglietto*) zugelassen ist, in welchem blos der Gegenstand des Rechtsstreites erwähnt zu sein braucht. Der preussische und englische Process kennen in der „Klageanmeldung“ und in dem „Writ of Summons“ gleichfalls Formen der Processeinleitung, welche sich auf den processualen Ladungs-, nicht auf den materiellen Klageanspruch beziehen. A. Pr. G. O. Th. I, Tit. 4, §. 2 ff. und dazu Koch, Pr. Civilpr. §. 161; Supreme Court of Judicature Act v. 1875 Shed. I, Ord. II, R. 1 ff. und dazu das gesetzliche Formulare in der Ausgabe dieser Acte von Lely und Foulkes (1875), S. 219 ff. — Die modernen deutschen Processordnungen verlangen dagegen im Anschluss an den neueren kammergerichtlichen Process und an das gemeine deutsche Processrecht regelmässig die Ausführung des Klagegrundes in der Klageschrift, welche folglich den Zweck hat, sowohl den Ladungs- als auch den Klageanspruch geltend zu machen und zu begründen. R. A. v. 1570, §. 88, 89, R. A. v. 1594, §. 63, J. R. A., §. 34, 37 und dazu Danz a. a. O. §. 219; Wetzell, S. 912, 913; Hannover, §. 184; Baden, §. 257, 259; Deutscher Entw. v. 1866, §. 120, 231; Württemberg, Art. 318, 181, 183, 184; Baiern, Art. 225; Deutscher Entw. v. 1874, §. 117, 222; Oesterr. Entw. v. 1876, §. 274, 128, 129. Auch das russische Processrecht (§. 51, 54, 256, 257 und das gesetzliche Formular zu §. 256) hat die deutsche Form der Processeröffnung adoptirt. Ebenso Ungarn, §. 64, 114. In dem Verfahren vor den Handels- und Einzelgerichten kann auch nach den deutschen Gesetzen und Entwürfen der Rechtsstreit durch blosser Vorladungsurkunde eröffnet werden, während der materielle Klageanspruch erst bei der mündlichen Verhandlung gestellt und begründet wird, so dass also die Geltendmachung des Ladungs- und des Klageanspruches zeitlich auseinanderfallen. Hannover, §. 384 (vgl. 379, 380); Deutscher Entw. v. 1866, §. 465; Baiern, Art. 501; Deutscher Entw. v. 1874, §. 441.

Recht müssen beide Acte in der Klageschrift regelmässig⁵⁾ vereinigt werden.⁶⁾

Auf die Klage folgt die Exceptionalhandlung des Beklagten; der untergeordnete Processzweck, den sie verfolgt, ist die Beseitigung des in der Klage gemachten processualischen Angriffes. Der Zweck, welcher durch die Exceptionalhandlung erreicht werden soll, ist also ein wesentlich negativer, der Beklagte verlangt nicht, dass ein Recht auf seiner Seite anerkannt, sondern lediglich, dass das Recht, welches der Kläger in Anspruch genommen hat, ihm durch öffentlichen Ausspruch aberkannt werde. Während also der Kläger, um sein Recht zu behaupten, alle materiellen und formellen Voraussetzungen seines Klageanspruches nachweisen muss, genügt es zur Absolution des Beklagten schon, wenn auch nur ein einziges jener Requisite fehlt oder vom Beklagten entkräftet wird. Eine gewisse Concentration der Handlungen, welche dem Klagezwecke dienen sollen, ergibt sich folglich aus der Natur der Sache, wogegen die Cumulation der Verthei-

⁵⁾ Eine Ausnahme ist durch die M. V. v. 8. Nov. 1855, Z. 12976, eingeführt worden, indem es nach diesem Erlasse den Wiener Bezirksgerichten in den zum summarischen Verfahren geeigneten Rechtsfällen gestattet ist, auf Anmelden des Klägers ohne vorläufige Aufnahme der Klage beide Theile zum Amtstage vorzuladen und erst dann, wenn der Geklagte an diesem Tage ausbleibt oder kein Vergleich zu Stande kommt, die Klage auf Begehren des Klägers zu Protocoll zu nehmen. Bei der Prüfung der Bitte um Vorladung des Beklagten hat sich der Richter der Natur der Sache nach darauf zu beschränken, die thatsächlichen Voraussetzungen des Ladungsanspruches (z. B. die Bevollmächtigung des Vertreters etc.) festzustellen, ohne auf den Klageanspruch und dessen Begründung einzugehen. In ähnlicher Weise gestattet das Hofd. v. 15. Jan. 1787, Nr. 620 lit. b (Wessely 320), dass der Kläger bei der Tagfahrt noch vor der Beantwortung der Klage durch den Beklagten diese letztere thatsächlich ergänze, was in der Praxis dahin geführt hat, dass die Klagen, namentlich wenn sie von dem Gerichte zu Protocoll genommen werden, nicht viel mehr als eine Vorladungsurkunde im Sinne der oben (Note 4) angeführten Gesetzgebungen enthalten.

⁶⁾ Ueber die Geltendmachung und Begründung des Ladungsanspruches vgl. oben S. 278, 279. Beispiele, wo die österreichischen Gesetze die Anführung oder den Nachweis einzelner thatsächlicher Voraussetzungen des Ladungsanspruches in der Klageschrift ausdrücklich verlangen, sind: §. 12 A. G. O. und W. G. O. (Beilegung der Processvollmacht); §. 1 des Ges. v. 16. Mai 1874 Nr. 169 (Beilegung des urkundlichen Uebereinkommens in Betreff der Wahl des mündlichen Verfahrens); §. 1 M. V. v. 21. Mai 1855, Nr. 95 etc.

digungshandlungen des Beklagten schon einen mehr künstlichen, positiven Character an sich trägt. Mit Recht hat man desshalb seit jeher die grössere oder geringere Strenge, mit welcher der Gesetzgeber die Concentration des Vertheidigungsmaterials in der Exceptionalhandlung vorschreibt, als einen Massstab für die Geltung des Eventualprincips in einem bestimmten Processsysteme angesehen.

Aehnlich wie die Klage besteht auch die Exceptionalhandlung aus zwei Elementen: der Bitte um vollständige oder partielle Absolution und der Begründung derselben.

Diese beiden Bestandtheile der Einredehandlung werden in manchen Processrechten in gesonderten Processacten vollzogen, indem der Beklagte zunächst dem Klageanspruch seine Gegenbitte oder seinen Widerspruch entgegenstellt und erst in einem späteren Abschnitte des Rechtsstreites dem Richter die thatsächliche und die rechtliche Begründung desselben vorführt.⁷⁾ In dem

⁷⁾ Die Formulirung des Klageanspruches durch den Kläger und dessen totale oder partielle Bestreitung durch den Beklagten, (Litiscontestation) bildet im römischen, namentlich aber auch im canonischen und dem älteren Reichsprocess einen gesonderten processualischen Act, welchem die Begründung des Klageanspruches und die Vorführung des vom Beklagten angeführten Vertheidigungsmaterials zeitlich nachfolgt. L. 1 C. de litis cont. 3, 9, C. un X. de litis cont. 2, 5, R. K. G. O. v. 1508, tit. 1, §. 4 und v. 1555, III, 13, §. 4, 5. Danz a. a. O. §. 224; Wetzell, §. 14, Note 1—36; Unger, II, 523—525; Wetzell, §. 14, Note 17 ff.; Albrecht, Die Exceptionen des gemeinen deutschen C. P. S. 163—168; Pfeiffer in Linde's Ztschrft., N. F. Bd. 12, S. 157 bis 161. Durch die spätere Reichsgesetzgebung (R. A. v. 1570, §. 89 und J. R. A. §. 37) ist die Litiscontestation als eine für sich bestehende Processhandlung beseitigt und die an dieselbe geknüpften Rechtswirkungen sind in den modernen Rechten auf andere processualische Acte (Ueberreichung der Klage bei Gericht, die Behändigung derselben an den Beklagten, die Ueberreichung der Einredeschrift bei Gericht, die Vorlesung der Anträge des Klägers und des Beklagten in der mündlichen Verhandlung etc.) übertragen worden. Vgl. Albrecht, Das Eventualprincip, S. 47, 48. Für das österreichische Recht Unger, II, S. 518 ff. In dem heutigen Processverfahren kann folglich die Absicht der Parteien, einen Civilprocess zu beginnen, nicht aus einer einzelnen Processhandlung, sondern lediglich aus dem Gesamtverhalten derselben im Rechtsstreit gefolgert werden. Nur im modernen englischen Recht kommt ein Processact vor, dessen Zweck lediglich darin besteht, die Streitabsicht der Parteien zu constatiren. Wenn nämlich dem Beklagten das Ladungsrescript (Writ of Summons) zugestellt worden ist (Note 4), so hat der-

österreichischen Process muss die Gegenbitte des Beklagten und deren Begründung in einer Handlung vereinigt werden.⁸⁾

Allein auch die Begründung der Einredebitte wird im österreichischen Rechte von dem Princip der Concentration beherrscht, ja gerade diese Begründung ist in unserem, wie auch im gemeinen Process als der eigentliche Sitz des Eventualprincips zu betrachten. Als leitender Grundsatz kann in dieser Richtung gelten, dass der Beklagte sein gesamtes Vertheidigungsmaterial ohne Rücksicht auf dessen Beschaffenheit und auf das gegenseitige Verhältniss der einzelnen Vertheidigungsgründe in der Einredehandlung gleichzeitig vorbringen muss.

Eine Ausnahme machen nur jene Elemente der Vertheidigung, welche, wie oben (S. 270, 271, 279—283, 298) dargelegt wurde, einen Gegenstand der richterlichen Cognition von Amtswegen bilden. Hieher gehört insbesondere die Anführung der Rechtssätze, durch welche der Beklagte den materiellrechtlichen Klageanspruch oder die processualischen Ansprüche des Klägers zu widerlegen sucht (die rechtliche Gegendeduction), ferner jene fundamentalen Voraussetzungen des Processrechtsverhältnisses, welche der Richter von Amtswegen festzustellen hat. Die Vorführung dieses Vertheidigungsmaterials ist, wie sich schon aus der Natur der Cognition von Amtswegen ergibt, an keinen bestimmten Zeitpunkt des Processverlaufs gebunden.⁹⁾

selbe innerhalb einer bestimmten Frist dem Gerichte eine Schrift zu übergeben, in welcher er neben anderen Punkten die Erklärung abgibt, dass er sich wegen des Anspruchs des Klägers vertheidigen wolle (enter his appearance) Supr. Court of J. A. v. 1875, Shed. I, Ord. XII, R. 6. Das Writ of Summons in Verbindung mit dem Memorandum of appearance bilden die Litiscontestatio des englischen Processes, auf welche erst die Verhandlung des materiellen Klageanspruchs (die pleadings) folgen.

⁸⁾ A. G. O. §. 5—7, 8; W. G. O. 5—7; Vgl. auch die vorige Note.

⁹⁾ Der im Text vertheidigten Ansicht scheinen die §. 7 A. G. O. und §. 6 W. G. O. entgegenzustehen, wornach die Einwendungen, welche auf einem Factum beruhen, in der Exceptionalhandlung früher als die übrigen Einreden vorzubringen sind. Diese letzteren (die sog. exceptiones juris oder Rechtseinwendungen) sind aber in Wirklichkeit nicht Einreden, sondern rechtliche Gegendeductionen, und es könnte demnach scheinen, als ob das Gesetz auch die Verbindung der rechtlichen Gegendeduction mit der Exceptionalhandlung vorgeschrieben hätte. Dennoch ist es unzweifelhaft, dass der Richter das Gesetz von Amtswegen kennen und anwenden (Hofd. v. 15. Jan. 1787,

Alle übrigen Vertheidigungsmittel des Beklagten müssen in der Exceptionalhandlung vereinigt werden, ohne Rücksicht ob sich dieselben auf das Processrechtsverhältniss oder auf das streitige materielle Rechtsverhältniss beziehen. Den Inhalt der Exceptionalhandlung werden folglich bilden:

A. Die aus dem Processrechtsverhältniss sich ergebenden Vertheidigungsmittel.

Insbesondere sind auch alle Einreden gegen den Ladungsanspruch des Klägers mit der Exceptionalhandlung zu verbinden, soweit nicht das Gesetz eine gesonderte Behandlung dieser Einreden vor der Verhandlung des Klageanspruch gestattet (s. unten S. 363 ff.). Der Beklagte wird folglich die Einwendung, dass das Besitzstörungs- oder das Wechselverfahren von dem Richter mit Unrecht eingeleitet worden sei (oben S. 289), dass die Klage der erforderlichen Klarheit entbehre (*exceptiones non rite formati processus et libelli obscuri*) mit der Antwort auf den Klageanspruch verbinden müssen, weil jene processrechtlichen Vertheidigungsmittel nach österreichischem Recht eine processhindernde Wirkung nicht besitzen. Auch die Beweiseinreden sind hieher zu zählen, da sie nicht gegen das streitige materielle Rechtsverhältniss selbst, sondern nur gegen die processualische Form seiner Verwirklichung gerichtet sind. (A. G. O. §. 24.) In die Exceptionalhandlung sind ferner aufzunehmen:

Nr. 621, lit. ii, bei Wessely 1606) und deshalb derartige „Rechtseinwendungen“ auch dann beachten muss, wenn sie nicht in der Exceptionalhandlung vorgebracht werden. — Indem die Gerichtsordnungen den *exceptiones juris* die *exceptiones facti* entgegenstellen und unter den ersteren jene Vertheidigungsgründe verstehen, welche sich für den Beklagten aus der Geschichtserzählung des Klägers selbst ergeben, unter den letzteren dagegen jene, welche auf einem neuen thatsächlichen Vorbringen des Beklagten beruhen, folgen sie einem sehr verbreiteten Sprachgebrauch ihrer Entstehungszeit. Vgl. Albrecht, die *Exceptiones* des gemeinen deutschen Civilprocesses, S. 171 und die Preuss. A. G. O., Th. 1, Tit. 9, §. 11. Jener Gegensatz zwischen den *exceptiones juris* und *facti* wurde übrigens, ohne einen genügenden Anhaltspunkt in den Quellen, seit dem Mittelalter in sehr verschiedener Weise formulirt. Albrecht a. a. O. S. 116 ff. 170, 171.

B. Die aus dem streitigen materiellen Rechtsverhältniss sich ergebenden Vertheidigungsmittel.

Das Wesen der materiellrechtlichen Vertheidigung kann erst in der Lehre von der Klage und Einredehandlung eine umfassende Darstellung finden. Hier ist nur zu erwähnen, dass dieselbe aus zwei Elementen besteht: 1. aus der Klagebeantwortung (den Responsionen), welche nach österreichischem Recht in der Weise erfolgen müssen, „dass der Beklagte alle vom Kläger angebrachten Umstände und zwar jeden in der Ordnung, in welcher sie erzählt worden sind, ohne Zweideutigkeit zu beantworten hat“; 2. aus der Vorführung neuen thatsächlichen Materials, durch welches der Klageanspruch als unberechtigt erwiesen werden soll. (§. 5—7, A. G. O. W. G. O. §. 5 und 6.)

Von dem allgemeinen Grundsatz, dass der Beklagte sämtliche Vertheidigungsmittel in der Exceptionalhandlung zu vereinigen hat, sind im ordentlichen österreichischen Verfahren einzelne processrechtliche Vertheidigungsgründe ausgenommen, indem diese von dem Beklagten gesondert vorgebracht und gesondert verhandelt werden müssen (sog. processhindernde Einreden). Diese sind, wie bereits oben (S. 285) gezeigt wurde: 1. die Einrede der Incompetenz, soweit diese nicht von Amtswegen zu untersuchen ist (oben S. 286); 2. die Einrede der durch Urtheil oder gerichtlichen Vergleich rechtskräftig entschiedenen Sache;¹⁰⁾ 3. die Ein-

¹⁰⁾ Ich rechne die *exceptio rei judicatae vel transactae* in ihrer Anwendung als processhindernde Einrede zu den Vertheidigungsgründen, welche aus dem Processrechtsverhältniss entspringen, obgleich die herrschende Meinung seit dem Mittelalter dieselbe als eine peremptorische Einrede mit der Wirkung einer die Verhandlung der Hauptsache hemmenden Processseinrede auffasst. So sagt Innocenz IV. in dem c. 1 de lit. cont. in sexto (2. 3.) *Exceptionis peremptoriae seu defensionis cuiuslibet principalis, cognitionem negotii contingentis, ante litem contestatam objectus, nisi de re iudicata, transacta seu finita excipiat litigator, litiscontestationem non impedit nec retardet.* Vgl. die Literaturnachweise bei Albrecht, die Exceptionen des gemeinen deutschen Civilprocesses, S. 119—123; Wetzell, §. 70, Note 77 ff.; Hugo Müchel, Das Verfahren bis zur Litiscontestation im ordentlichen canonischen Civilprocess (1870), S. 82—94; Bayer, Vorles., §. 202; Fischer, Handb. der dilatorischen Einwendungen (1825), §. 114 lit. d., u. A. Dennoch beruht jene Ansicht auf einem offenbaren Irrthum. Das rechtskräftige Urtheil und der diesem im österreichischen Recht vollständig gleichgestellte gerichtliche

rede der Litispendenz; 4. die Einrede der mangelnden Sicherstel-

Vergleich haben nämlich, mögen sie als Angriffs- oder als Vertheidigungsmittel benützt werden, eine doppelte Rechtswirkung: eine materiellrechtliche und eine processualische. In seiner Function als Angriffsmittel hat das (condemnirende) Urtheil die materiellrechtliche Folge, dass dem Sieger nunmehr der unanfechtbare Judicatsanspruch zusteht, ferner die processualische, dass dieser Anspruch mit Hilfe des Richters vollstreckt wird. Umgekehrt können beide Parteien das Urtheil nicht nur als ein materiellrechtliches, sondern auch als ein processualisches Vertheidigungsmittel benützen, wenn gegen sie aus dem bereits entschiedenen Rechtsverhältniss neuerlich ein Rechtsstreit erhoben wird. Die materiellrechtliche Defension, welche für die Parteien aus dem Judicat entspringt, geht dahin, dass das streitige Rechtsverhältniss durch das Urtheil schon formalisirt sei und dass der Kläger folglich mit seinem wiederholt erhobenen Klageanspruch abzuweisen sei. Als processualisches Vertheidigungsmittel hat aber die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache den Zweck, dem Richter darzulegen, dass über das streitige Rechtsverhältniss bereits einmal ein Rechtsstreit abgeführt worden sei, und dass desshalb ein neuerlicher Process nicht mehr eingeleitet werden dürfe. Die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache ist folglich eine Sach- und eine Processeinrede zu gleicher Zeit; in jener Eigenschaft bezieht sie sich auf den Klageanspruch, in dieser auf den Ladungsanspruch: als materiellrechtliches Vertheidigungsmittel bewirkt dieselbe, falls sie begründet ist, die Absolution des Beklagten von dem neuerlich erhobenen Klageanspruch, als processualisches dagegen die Entbindung von der Instanz (d. i. die Absolution vom Ladungsanspruch). Da nun aber die *exceptio rei iudicatae vel transactae*, wenn sie als processhindernde Einrede gebraucht wird, immer nur jene processualische Wirkung bezweckt, folglich in ihrer Function als Processeinrede auftritt, so kann man augenscheinlich nicht sagen, dass in diesem Falle einer peremtorischen Einrede ausnahmsweise die Wirkung einer Process-, beziehungsweise einer processhindernden Einrede verliehen worden sei. Es ist desshalb auch gewiss unrichtig, wenn manche neuere Processordnungen (vgl. z. B. Baden, §. 344 und den österr. Entw. v. 1867, §. 242) die Vorbringung dieser Einrede mit den übrigen processhindernden Einreden vor Beginn der Hauptverhandlung bei Vermeidung des Ausschlusses vorschreiben und dadurch den Schein hervorbringen, dass die *exceptio rei iudicatae* auch in ihrer materiellrechtlichen Function in dem Hauptverfahren nicht mehr benützt werden könne, während doch die Folge einer solchen Versäumung nur sein kann, dass der Beklagte nunmehr den Ladungsanspruch des Klägers anerkannt hat und sich in die Erörterung des Hauptprocesses einlassen muss. Sehr richtig wird diese Frage in dem geltenden österreichischen Prozesse aufgefasst. Hier wird die Einwendung der rechtskräftig entschiedenen Sache durch den sog. Rückerlag der Klage (Hofd. v. 15. Jan. 1787, Nr. 621, lit. aa. Wessely Nr. 17) geltend gemacht, d. h. der Beklagte weist die ihm behändigte Klageschrift mit der Begründung zurück, dass er zur Verhandlung des streitigen Rechtsverhältnisses bereits einmal geladen und letzteres in dieser Verhand-

lung für die Gerichtskosten.¹¹⁾ Werden mehrere dieser processrechtlichen Vertheidigungsgründe geltend gemacht, so sind sie bei sonstigem Ausschlusse gleichzeitig vorzubringen und zu verhandeln.¹²⁾

lung rechtskräftig entschieden worden sei, dass folglich der Ladungsanspruch des Klägers bereits vorlängst consumirt sei und diesem deshalb gegenwärtig nicht mehr zustehe. Hat aber der Beklagte den Rückerlag der Klage versäumt und sich in die Verhandlung des Hauptprocesses eingelassen, so kann er noch immer die Einrede der Rechtskraft in ihrer peremptorischen Function proponiren. Unger-Glaser-Walther Nr. 2451, 3212. Die entgegengesetzte Auffassung liegt der Entsch. Nr. 375 zu Grunde. Der österr. Entw. v. 1876, §. 218, 265 hat die Einrede der Rechtskraft im Anschluss an zahlreiche neuere Gesetzgebungen lediglich als eine materiell-rechtliche (Sach-) Einrede aufgefasst und sie demgemäss nicht mehr unter den processhindernden Einreden aufgeführt. Cod. civ. 1351. Hannover: §§. 196, 197, 202 und dazu Leonhardt, S. 146, 147, Note 4; Deutsch. Entw. v. 1866, §. 243; Württemberg: Art. 344 (Fecht, Bd. 2, S. 71 ff.); Baiern: Art. 185, 186; Deutsch. Entw. v. 1874, §. 238 (dazu die Motive S. 469).

¹¹⁾ Diese Einrede der mangelnden Sicherheit für die Gerichtskosten hat processhindernde Wirkung nur auf Grundlage eines Gewohnheitsrechtes, welches sich in einzelnen Ländern der josephinischen Gerichtsordnung auf Grundlage des §. 406 A. G. O. ausgebildet hat. Vgl. oben S. 91, 92. In der W. G. O. §. 539 ist diesem Vertheidigungsgrund die processhindernde Wirkung ausdrücklich abgesprochen, vielmehr geht die Verhandlung dieser Frage mit der Verhandlung über die Hauptsache parallel und erst dann, wenn der Kläger zur Leistung der Sicherheit verurtheilt ist und dem condemnirenden Bescheid nicht nachkommt, wird die Hauptverhandlung gehemmt. Vgl. Nippel, Erl. Bd. 2, S. 479, 480.

¹²⁾ Der im Text ausgesprochene Rechtssatz ergibt sich nicht nur aus dem Gesamtcharacter des ordentlichen österr. Processes, welcher durchgreifend von dem Eventualprincip beherrscht wird, sondern namentlich auch aus dem Umstande, dass in unseren Gesetzen nirgends einer der im Text angeführten vier Processeinreden eine processhindernde Einwirkung auf die Verhandlung der übrigen eingeräumt wird. In der Praxis wird freilich nicht selten die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Gerichtskosten gesondert vor den übrigen processhindernden Vertheidigungsgründen verhandelt — ein Missgriff, welcher nicht wenig zu der missbräuchlichen Anwendung jener Processeinrede in den Ländern der josephinischen Gerichtsordnung beigetragen hat. Auch nach dem österr. Entw. v. 1876 §. 265 soll die Verhandlung über jene Einrede dem Verfahren in Betreff der übrigen processhindernden Einreden vorhergehen. Der Grundsatz der gleichzeitigen Verhandlung entspricht auch der Auffassung, welche das gemeine Recht und die neueren deutschen Processordnungen festgehalten haben. C. 4 X. de except. 2, 25, . . . Decernimus ut

Dieselbe Concentration des Processstoffes, welche das Gesetz dem Beklagten für seine Einredehandlung vorschreibt, ist im österreichischen Prozesse den streitenden Parteien auch in Ansehung der weiteren Processhandlungen: der Replik, der Duplik, der Schluss- und Gegenschlussschrift und der Schluss- und Gegenschlussrede vorgeschrieben. Jede dieser Handlungen hat den Zweck, den Erfolg des vorhergehenden gegentheiligen Processactes zu vereiteln und dadurch die eigenen früheren Handlungen zu bekräftigen. Alle processualischen Mittel, welche diesem Zwecke dienen, müssen ähnlich wie oben in Ansehung der Klage- und Exceptionalhandlung dargelegt wurde, in der dafür

intra certum tempus a iudice assignandum omnes dilatoriae proponantur, ita, quod si partes extunc voluerint aliquas opponere, quas non fuerint protestatae, nullatenus audiantur . . . K. G. O. von 1500, tit. 15 (Lind. u. Freib.), §. 1, von 1508. tit. 5, §. 1, 5. J. R. A. §. 38; Wetzell (2. Aufl.), S. 566, 909, 911; Albrecht, Das Eventualprincip, S. 36; Pfeiffer in Linde's Ztschr., N. F., Bd. 12, S. 161, 162 u. A. Ferner von den neueren Processordnungen: Preuss. V. v. 21. Juli 1846, §. 5 (Koch, S. 192, 193); Russland: §. 571, 574, 575 (wornach die Einrede der Incompetenz vor allen übrigen processhindernden Einreden vorzuschützen ist); Hannover: §. 196; Deutscher Entw. v. 1866, §. 243; Württemberg: Art. 344; Deutscher Entw. v. 1874, §. 238. Nach dem französischen Recht und dessen unmittelbaren Nachbildungen werden die processhindernden Einreden nicht gleichzeitig vorgebracht, sondern, ähnlich wie in der österreichischen Praxis, in einer bestimmten Reihenfolge verhandelt, doch ist über das Detail viel Streit. Code de proc. Art. 166, 169, 173. (Für die dilatorischen Einreden in der äusserst beschränkten Bedeutung, welche der Code de proc. diesem Worte in den Art. 174, 175 beilegt, ist die gleichzeitige Proposition im Art. 186 vorgeschrieben; vgl. jedoch Art. 187 und Boitard, Bd. 1, Nr. 406, 407). Boitard, Bd. I, Nr. 368 ist der Ansicht, dass die Verhandlung über die Caution für die Processkosten (Art. 166) jener über die Incompetenz und Litispensenz (Art. 171 Code de proc.) und diese zufolge Art. 173 der Verhandlung über die Nullität der Vorladungsurkunde und der sonstigen Processacte voranzugehen habe. Vgl. jedoch auch Carré, Bd. 2, Qu. 704. Aehnliche Bestimmungen in Betreff der Reihenfolge der Verhandlungen über die processhindernden Einreden finden sich in Genf: Art. 65, 67, 70; Italien: Art. 187, 190, 191, 195, 197. Es ist bemerkenswerth, dass das französische Recht, dem das Princip der formalen Ordnung und das Eventualprincip im Vorbringungs- und Beweisverfahren fast völlig fremd ist, für das Vorverfahren (oben S. 332) auf einem entgegengesetzten Standpunkt steht.

bestimmten processualischen Handlung von der Processpartei concentrirt werden.¹³⁾

Dasselbe Princip der Concentration, welches im Instructionsverfahren in so vielen Punkten zur Erscheinung kommt, beherrscht auch das Beweisverfahren des bisherigen österr. Processes.¹⁴⁾ Von den fünf Stadien, in welche das Beweisverfahren nach dem Princip der Ordnung sich scheidet, fällt die Beweisanerbietung noch in das Instructionsverfahren und ist bei der Darstellung desselben berücksichtigt worden. Hier ist also nur zu untersuchen, inwiefern unser Princip in den vier weiteren Stadien des Beweisverfahrens: in der Zulassung, der Antretung, der Aufnahme und der Würdigung der Beweise zur Geltung kommt.

Was zuvörderst die Zulassung der Beweise betrifft, so kommen, da bei dem Urkundenbeweise, dann bei dem Beweise durch Geständniss ein besonderer Zulassungsact des Richters regelmässig nicht vorkommt,¹⁵⁾ hier nur die verschiedenen Formen des Eides,

¹³⁾ A. G. O. §. 9, 10, 26, 27. 56; W. G. O. §. 9, 10, 47. Auch in den summarischen Processarten gelten diese Bestimmungen (§. 25 S. V.), nur ist auf die Versäumung kein Rechtsnachtheil gesetzt (oben S. 355) und es können desshalb die versäumten Handlungen auch noch im weiteren Verlaufe der Processverhandlung nachgeholt werden, während im ordentlichen Process die Erlaubniss zur Nachholung erst durch ein besonderes Verfahren (Legungsverfahren) erlangt werden muss. Vgl. übrigens auch rücksichtlich des ordentlichen mündlichen Verfahrens das Hofd. v. 15. Jan. 1787, Nr. 620, lit. a (Wessely 310) und Res. v. 31. Oct. 1785, Nr. 489 (Wessely 732).

¹⁴⁾ Ueber das Eventualprincip im gemeinrechtlichen Beweisverfahren vgl. Albrecht a. a. O., S. 50 ff.; Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. 1, S. 266—282; Endemann, Beweislehre, S. 31, 48; Langenbeck, Die Beweisführung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, 1. Abth. (1858), S. 32—35; ferner die oben Note 1 citirten Abhandlungen v. Mittermaier und Linde. Doch sind die Ausführungen dieser Schriftsteller für das österreichische Recht nur in sehr beschränktem Masse brauchbar, weil das österreichische und das gemeinrechtliche Beweisverfahren wegen der verschiedenen Stellung der Beweisanerbietung in den beiden Rechtssystemen nur wenig Berührungspunkte bieten.

¹⁵⁾ Ein besonderer Zulassungsact findet beim Urkundenbeweise nur dann statt, wenn die Urkunde von dem Beweisführer nicht vorgelegt wurde, z. B. wenn sich eine Processpartei im summarischen Verfahren auf Urkunden beruft, die sich in der Verwahrung einer andern öffentlichen Behörde befinden (§. 30 S. V.).

dann der Zeugen- und Sachverständigenbeweis in Betracht. Das Eventualprincip in seiner vollen Strenge würde nun zur Folge haben, dass der Richter nach Abschluss der Instructionsverhandlung die sämtlichen Zeugen-, Sachverständigen- und Eidesbeweise, welche beide Parteien angeboten haben, mittelst einer einzigen Verfügung gleichzeitig zulassen müsste, da alle diese Beweisformen trotz ihrer inneren Verschiedenheit dem gleichen processualischen Zwecke: dem Beweise der streitig gebliebenen relevanten Thatsachen dienen. Dieser consequenten Anwendung des Eventualprincips steht jedoch ein materielles und ein formelles Hinderniss entgegen, welche die Cumulation der Zulassung des Eides- und des Zeugen- oder Sachverständigenbeweises im österreichischen Rechte verhindern. Ein materielles Hinderniss, indem die verschiedenen Formen des Beweises durch den Eid ihrer Natur nach einen subsidiären Charakter an sich tragen, also erst dann zugelassen werden können, wenn die übrigen Beweismittel zur Bewährung der streitigen Thatsachen nicht hinreichen.¹⁶⁾ Ein formelles Hinderniss, weil auf die Eidesbeweise nach österreichischem Rechte mittelst bedingter Endentscheidung, auf den Zeugen- und Sachverständigenbeweis dagegen mittelst einer Zwischenentscheidung erkannt wird, welche von dem Einflusse der zugelassenen Beweise auf den Ausgang des Rechtsstreites nichts enthalten darf.¹⁷⁾ Obwohl diese Eigenthümlichkeiten

¹⁶⁾ §. 204, 231 A. G. O.; §. 276 W. G. O. Vgl. über diese Frage Pratobevera, "Ueber das Beweismittel des Eides im österreichischen Civilprocess" in seinen Materialien, Bd. 5 (1821), S. 153, 154; Rizy, Der Beweis durch den Haupteid im österreichischen Civilprocesse (1837), S. 17 bis 19, 63–67 (welcher Schriftsteller richtig hervorhebt, dass der Haupteid nur für den Richter, nicht aber für die Parteien ein subsidiäres Beweismittel ist); Haimperl, Betrachtungen über die Beweis- und Bescheinigungsmittel im Civilprocess, Bd. 11 (1855), S. 11. Auch die Vernehmung der Parteien als Zeugen ist zufolge §. 53 Bg. V. und §. 411 des österr. Entw. v. 1876 ebenso wie die Parteieneide ein subsidiäres Beweismittel.

¹⁷⁾ Nach der A. G. O. §. 136 und der G. I. v. 9. Sept. 1785 Nr. 464 J. G. S. Th. 1, §. 84 hatte der Richter auf den Zeugen- und Sachverständigenbeweis — ähnlich wie noch gegenwärtig auf die Parteieneide — mittelst bedingten Endurtheils zu erkennen; die Frage, ob der Beweis gelungen sei, wurde durch ein Purificationsurtheil entschieden. Hofd. v. 10. Febr. 1785, Nr. 387 (Wessely 1204). Durch die W. G. O. §. 210, 213, ferner durch die

des Zeugen- und Sachverständigenbeweises einerseits, dann der verschiedenen Formen des Eides andererseits die Concentration sämmtlicher Beweiszulassungsacte in einer einzigen richterlichen Verfügung nicht unbedingt ausschliessen würden, so erschien es doch der österreichischen Gesetzgebung zweckmässig, die Zulassung der beiden Beweiskategorien zeitlich zu trennen und in allen Fällen, wo von den streitenden Parteien für die relevanten That-sachen Zeugen- oder Sachverständigenbeweise und Eidesbeweise angeboten werden, zunächst die Zulassung der ersten Gattung von Beweismitteln mittelst einer Zwischenverfügung und erst dann, wenn deren Resultat noch nicht das genügende thatsächliche Substrat für die Entscheidung des Rechtsstreites ergeben hat,¹⁸⁾ die Zulassung der Eidesbeweise mittelst bedingten Endurtheils anzuordnen.

Hofd. v. 3. Jan. 1800 Nr. 491 und v. 9. Aug. 1833 Nr. 2625 wurde in den Gebieten der westgalizischen Gerichtsordnung für die Zulassung jener beiden Beweismittel die Form des Beiurtheils vorgeschrieben, welches die Entscheidung des Rechtsstreites nicht enthält, sondern lediglich eine processleitende Verfügung ist. Diese Abänderung wurde durch das Hofd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42 (Wessely 656) auch in den Gebieten der josephinischen Gerichtsordnung eingeführt. Noch weiter ging das Hofd. v. 24. Oct. 1845 Nr. 906 über das summarische Verfahren, indem es die Zulassung des Zeugen- und Sachverständigenbeweises in der Form eines einfachen Bescheides anordnete, welcher durch abgesonderten Recurs nicht anfechtbar ist. S. V. §. 39, 42, 46. Durch das Gesetz v. 16. Mai 1874 Nr. 169 §. 17 wurde die Anfechtbarkeit der Beweisinterlocute mittelst eines selbstständigen Rechtsmittels auch für das Gebiet des ordentlichen Verfahrens beseitigt. Der gegenwärtige Rechtszustand in Oesterreich in Ansehung unserer Frage lässt sich also dahin zusammenfassen, dass der Zeugen- und der Sachverständigenbeweis durch ein in der Form eines Beiurtheils oder eines Bescheides erlassenes Beweisinterlocut zugelassen wird, welches die Entscheidung des Rechtsstreites nicht enthält und nur zugleich mit der Berufung gegen das Endurtheil angefochten werden kann. (Vgl. Canstein, C. P. N., S. 59—63). Im gemeinen Rechte ist es dem Ermessen des Richters anheimgestellt, das Beweisinterlocut in der Form eines bedingten Endurtheils oder einer blossen processleitenden Verfügung zu erlassen. In beiden Fällen ist aber das Beweisurtheil appellabel und der Rechtskraft fähig. Planck, Die Lehre von dem Beweisurtheil, §. 34—36, bes. S. 296, 297; Wetzell, §. 46, Note 8, 9; Bayer, Vorl., §. 230—232. Ueber den Umfang der Rechtskraft des Beweisinterlocuts im österreichischen Rechte unten Note 20.

¹⁸⁾ Die Trennung des richterlichen Beweiszulassungsactes in zwei zeitlich aufeinanderfolgende Abschnitte kann in zwei Hauptfällen eintreten.

Abstrahirt man von dieser durch die Eigenthümlichkeiten des österreichischen Beweisrechtes gebotenen Abweichung, so ist im Uebrigen das Eventualprincip auch in der Gestaltung der Beweiszulassung mit Consequenz durchgeführt. Alle erheblichen Zeugen- und Sachverständigenbeweise sind daher von dem Richter gleichzeitig in demselben Zwischenerkenntnis, alle erheblichen Eidesbeweise in demselben bedingten Endurtheil zuzulassen. Es macht keinen Unterschied, ob sich die zugelassenen Beweise auf Thatsachen beziehen, welche erst dann zur rechtlichen Bedeutung gelangen, wenn durch ein gleichzeitig zugelassenes Beweismittel zuvor eine bestimmte andere Thatsache dargethan wird. Dies ist z. B. der Fall, wenn der Klage und der Einredegrund gleichzeitig bestritten sind oder wenn ein relevanter Haupt- und Gegenbeweis in Ansehung der nämlichen Thatsache angeboten werden. In diesen Fällen ist augenscheinlich der Beweis des Einredegrundes oder der Gegenbeweis für den Ausgang des Rechtsstreites nur dann von entscheidender Bedeutung, wenn der Beweis des Klagegrundes oder der angebotene Hauptbeweis gelungen sind. Dessenungeachtet sind auch jene nur eventuell erheblichen Beweise, gleichzeitig mit den in erster Reihe relevanten, in demselben Zwischenerkenntnis oder in demselben bedingten Endurtheile zuzulassen.

Dieser wichtige Grundsatz, welcher für das ganze Beweisverfahren des österreichischen Processes von massgebender Bedeutung ist, erscheint doch nirgends in unseren Rechtsquellen

Erster Fall. Für die Entscheidung eines Rechtsstreites sind die Thatsachen a) und b) relevant, von welchen die eine (a) durch Zeugen oder Sachverständige, die andere (b) durch Parteieneide erwiesen werden soll. In diesem Falle wird der Richter zunächst mittelst Zwischenerkenntnisses den Beweis der Thatsache a) und dann in einem Endurtheil jenen der Thatsache b) zulassen. Zweiter Fall. Für die erhebliche Thatsache a) hat der Beweisführer den Zeugen- oder Sachverständigenbeweis und überdiess einen Beweis durch Parteieneide angeboten. In diesem Falle wird der Richter gleichfalls zunächst den Zeugen- oder Sachverständigenbeweis und wenn dieser kein hinreichendes Resultat ergeben hat, durch bedingtes Endurtheil den Parteieneid zulassen. Es ist daher (vgl. den ersten Fall) sehr wohl möglich, dass im österreichischen Process zunächst die Beweise für die thatsächlichen Voraussetzungen einer Einrede und erst dann jene für den Klagegrund aufgenommen werden.

deutlich ausgesprochen ¹⁹⁾. Indirect kann derselbe aber aus dem §. 106 der A. G. O. und §. 172 der W. G. O. geschlossen werden, wornach der Richter regelmässig nicht befugt ist, den streitenden Parteien, wenn einmal der Beweis geführt ist, noch „einen mehreren Beweis“ aufzuerlegen. Ebenso bestimmen die Hofdecrete vom 9. August 1833, Nr. 2625 und vom 22. Juni 1835, Nr. 42, dass der Richter, welcher das Endurtheil erlässt, zwar an den Inhalt des Beweisinterlocuts auf Zeugen, Augenschein oder Sachverständige nicht gebunden sei, dass er aber keinen neuen Beweis dieser Art mehr zulassen dürfe ²⁰⁾.

¹⁹⁾ Für einen speciellen Fall ist der im Text ausgesprochene Grundsatz in der A. G. O. §. 169 und Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306, lit. cc (Wessely 690) und in der W. G. O. §. 241 ausgesprochen, welche Gesetzesstellen bestimmen, dass der Richter, wenn sowohl der Beweis als auch der Gegenbeweis durch Zeugen geführt werden soll, beide in dem nämlichen Interlocut zuzulassen hat. Unter dem „Gegenbeweise“ des §. 169 und 241 cit. ist nach dem Sprachgebrauch unserer Processgesetze der Gegenbeweis im Sinne der herrschenden Doctrin zu verstehen, wornach dazu nur der Beweis solcher Thatsachen gehört, welche entweder das contradictorische Gegentheile des Hauptbeweissatzes bilden (sog. directer Gegenbeweis) oder auf dieses mit logischer oder erfahrungsmässiger Nothwendigkeit schliessen lassen (indirecter Gegenbeweis). Der Beweis der Einredethatsachen, welcher sich nicht gegen die Existenz der Klagethatsachen, sondern gegen jene des Klagerechts richtet, ist folglich von dem Gebiete des Gegenbeweises ausgeschlossen. Vgl. A. G. O. §. 24, 25, 204, 205, 231 in Verb. mit Hofd. v. 30. Oct. 1788 Nr. 911 (Wessely 766), Abs. 2, lit. a und W. G. O. §. 276, 277, 305; S. V. §. 38. Unsere Processgesetze haben folglich die ältere Terminologie, wornach der ganze Einredebeweis unter den Begriff des (indirecten) Gegenbeweises subsumirt wurde, nicht aufgenommen. Das Nähere in der Lehre vom Beweise. Vgl. Unger, System, Bd. 2, S. 258—261.

²⁰⁾ Diese Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, dass alle richterlichen Entscheidungen im österr. Process der Rechtskraft fähig sind (§. 24 Note 2), ist auch desshalb bemerkenswerth, weil sie einen sehr anschaulichen Beleg zu den verschiedenen Auffassungsweisen der Rechtskraft des Urtheils liefert. Nach der herrschenden (in neuerer Zeit allerdings von Becker in seiner Schrift über die processualische Consumption S. 9 ff. und S. 132 ff. dann über die Actionen des röm. Privatr., Bd. 1, 317—351 bes. 351 lebhaft bestrittenen) Ansicht wurde das Rechtsinstitut der Rechtskraft im römischen Recht zuerst in einer **bloß negativen** und dann erst in der **positiven** Function anerkannt. Jene erste Function ging dahin, dass eine einmal abgeurtheilte Klage niemals von Neuem vorgebracht werden kann (Bis de eadem re ne sit actio), während die positive die Wirkung hatte, dass der Inhalt des Urtheils als

Da es nun eine unzweifelhafte Amtspflicht des Richters ist, alle für die Entscheidung des Rechtsstreites erheblichen Beweise zuzulassen, so muss er dieser seiner Pflicht in dem Erkenntnis,

wahr angenommen und gegen alle Anfechtung gesichert wurde (*res judicata pro veritate accipitur*). Der wichtigste Unterschied zwischen beiden Auffassungen der Rechtskraft besteht darin, dass der Kläger, wenn er z. B. gegen den Beklagten das Eigenthumsrecht in einem Rechtsstreite behauptet und dadurch den Besitz erlangt hat, gegen eine Klage seines unterlegenen Gegners durch die negative Function der Rechtskraft nicht geschützt wird, weil der Beklagte eben noch keine Klage eingebracht hat, diese also auch noch nicht abgeurtheilt werden konnte. Vgl. Keller, *Litiscontestatio* und *Urtheil*, S. 221—235 und *passim*; Savigny, *System*, Bd. 6, S. 265—284; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilp.*, Bd. 2, S. 631, 632, 636—638; Windscheid, *Pand.*, §. 130, Note 23; Arndts, *Pand.*, §. 116, Note 4; Unger, *II.*, S. 615—619. Vgl. auch Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, S. 3 bis 24. Im österreichischen Process bietet nun das Beweisinterlocut, durch welches auf den Zeugen- oder Sachverständigenbeweis erkannt wird, das Beispiel einer richterlichen Entscheidung dar, der bloß die negative Function der Rechtskraft innewohnt, wogegen das Beweisinterlocut auf Abschwörung eines Parteieides (das bedingte Endurtheil) sowohl die positive als auch die negative Function in sich vereinigt. Denn wenn der Richter einen Beweis durch Augenschein, Sachverständige oder Zeugen mittelst Beurtheils zulässt, so hat diess nur zur Folge, dass nunmehr kein weiterer Beweis dieser Kategorie gestattet werden kann. (Vgl. die Entscheidung bei Glaser-Unger-Walther, Nr. 2055.) Dagegen wird durch ein solches Beurtheil weder über die Frage der Beweislast, noch auch über die Relevanz des Beweissatzes entschieden, vielmehr kann der Richter, welcher das Endurtheil erlässt, dieses ohne Rücksicht auf den Inhalt des Beweisinterlocuts nach seiner Ueberzeugung abfassen. Man kann diesen Unterschied so formuliren, dass für das Beweisinterlocut auf Zeugen, Augenschein und Sachverständige wohl der Satz: *Bis de eadem re ne sit probatio*, nicht aber der zweite Satz: *Sententia de probatione pro veritate accipitur*, Geltung besitzt. Liegt dagegen ein bedingtes Endurtheil auf Leistung eines Parteieides vor, so darf der Richter nicht nur kein weiteres Beweismittel irgendwelcher Art zulassen, sondern er muss auch die Entscheidung über den Beweissatz und die Beweislast als bindend anerkennen. Dieses Verhältniss erhält im österreichischen Rechte dadurch eine sehr anschauliche Bestätigung, dass der Richter über die Frage, ob der Eid geleistet und dadurch der im Urtheil gestellten Bedingung entsprochen worden sei, nicht ein *Purificationsurtheil* erlässt, sondern den Parteien regelmässig bloß einen beurkundenden Bescheid herausgibt. Hofd. v. 19. Oct. 1792 Nr. 63 (Wessely 764) und v. 15. Dec. 1794 Nr. 207 (Wessely 749). Vgl. auch Rizy, *Der Beweis durch den Haupteid* (1837), S. 120, 121; Canstein, *Civilprocessnovelle* (1875), S. 64.

welches die Zulassung der Beweise ausspricht, sogleich in ihrem vollen Umfange genügen, weil einer nachträglichen Beweiszulassung eben das Verbot des citirten §. 106 und 172 entgegensteht. Die Ausnahmen, welche diese Gesetzesstellen anerkennen, sind gegenwärtig ²¹⁾ auf das Verhältniss des Zeugen- oder Sachverständigenbeweises zu dem Beweise durch die verschiedenen Gattungen der Parteieneide zu beziehen, über welches schon oben (S. 368 ff.) das Nöthige bemerkt worden ist.

Weniger durchgreifend ist die Herrschaft des Eventualprincips in den weiteren Stadien des Beweisverfahrens: der Beweisantretung, der Beweisaufnahme und der Beweiswürdigung. Auch hier muss zwischen dem Zeugen- und Sachverständigenbeweise und den verschiedenen Formen des Parteieneides unterschieden werden.

In Ansehung des Zeugen- und Sachverständigenbeweises gilt wohl auch als allgemeiner Grundsatz, dass alle zugelassenen Beweise von dem Beweisführer, insoferne er von denselben überhaupt Gebrauch machen will, gleichzeitig anzutreten, von dem Richter gleichzeitig aufzunehmen, endlich von den streitenden Parteien in ihren Beweisschriften gleichzeitig zu würdigen seien. Nur in Ansehung des Gegenbeweises durch Zeugen verfügt die A. G. O. §. 169 und die W. G. O. §. 241, dass derselbe von dem Gegenbeweisführer erst dann anzutreten ist, wenn diesem der Antritt des Hauptbeweises durch das Gericht notificirt worden ist. Obwohl also

²¹⁾ Die Trennung der Beweiszulassung in zwei gesonderte Acte ist durch das Hofd. v. 22. Juni 1835 Nr. 42, welches die bedingten Endurtheile als Form der Zulassung des Zeugen- und Sachverständigenbeweises beseitigte (s. oben Note 17), auch für das Gebiet der josephinischen Gerichtsordnung zu einer sehr gewöhnlichen Erscheinung geworden. Vor diesem Gesetze konnte, da der Haupteid nach dem damaligen Rechte nicht subsidiär zugeschoben werden durfte (Hofd. v. 30. Oct. 1788 Nr. 908, Wessely/4733) jene Trennung namentlich bei dem Erfüllungseide vorkommen, indem zufolge des Hofd. v. 14. Febr. 1788, Nr. 782 (Wessely/4650) zuerst ein Urtheil auf den Zeugenbeweis erfloss und dann nach Abführung des Zeugenbeweises noch eine zweite Endentscheidung aussprechen musste, dass die „halbe Probe beigebracht“ und demgemäss der Erfüllungseid zugelassen sei. Vgl. auch das Hofd. v. 5. Nov. 1787 Nr. 793, Wessely/4751 und Pratobevera in seinen Materialien, Bd. 5, S. 235.

der Hauptbeweis und der Gegenbeweis, wenn beide im Sinne der citirten Gesetzesstellen durch Zeugen geführt werden (Note 19) gewiss den nämlichen processualischen Zweck und zwar sogar in der nämlichen processualischen Form erreichen sollen, so erfolgt doch die Antretung derselben nicht gleichzeitig, sondern es wird das zwischen dem Haupt- und Gegenbeweise bestehende Bedingungsverhältniss auch äusserlich durch die zeitliche Aufeinanderfolge des Beweisantrittes zum Ausdruck gebracht ²³⁾. Alle übrigen Handlungen des Beweisverfahrens: die Beweisaufnahme und die Beweiswürdigung, sowie auch die einzelnen Elemente derselben sind dagegen ohne Rücksicht auf jenes Bedingungsverhältniss in Ansehung des Haupt- und Gegenbeweises gleichzeitig zu vollziehen.

Noch wichtiger sind die Abweichungen, welche das Eventualprincip bei der Antretung und der Aufnahme der Eidesbeweise erleidet. Sind Eide, welche Thatsachen zum Gegenstande haben, die in jenem schon öfter charakterisirten Bedin-

²³⁾ Die Bestimmung des §. 169 A. G. O. ist, obgleich sie auch in die W. G. O. (§. 241) aufgenommen wurde, doch wesentlich auf das Zeugenbeweissverfahren der A. G. O. berechnet. Da nach der josephinischen Processordnung auf den Zeugenbeweis mittelst bedingten Endurtheils erkannt wird, so hat der Nichtantritt desselben den Verlust des Rechtsstreites ebenso zur unmittelbaren Folge, wie gegenwärtig die unterlassene Antretung eines Parteieneides, und der Antritt des Gegenbeweises ist folglich vollständig überflüssig. Dagegen kann der Kläger jetzt, wo der Zeugenbeweis mittelst blossen Beurtheils zugelassen wird, den Rechtsstreit selbst dann gewinnen, wenn er den zugelassenen Hauptbeweis nicht antritt. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein im Processe gemachtes Geständniss, eine Präsumption oder eine Urkunde den Klagegrund nach der Ansicht des Richters nicht hinreichend erweist und er in Folge dessen den Beweis und Gegenbeweis durch Zeugen zulässt, während der Richter, welcher das Endurtheil erlässt, den Klagegrund auch ohne den Zeugenbeweis schon durch jene Beweismittel für hinlänglich bewiesen hält. Hat der Beklagte es in einem solchen Falle unterlassen, den Gegenbeweis anzutreten, so kann er den Rechtsstreit verlieren, obgleich der Gegner den Hauptbeweis nicht benützt hat. Vgl. Nippel, Bd. 1, S. 441—444 (welcher freilich den Exceptionalbeweis zum Gegenbeweise rechnet, vgl. S. 437). In der Praxis wird desshalb m. W. jene Bestimmung nicht beobachtet, sondern sowohl dem Haupt- als auch dem Gegenbeweissführer der nämliche Termin zum Antritt des Zeugenbeweises vorgeschrieben. In den summarischen Processen entfällt diese Schwierigkeit, weil in denselben ein Antritt des Zeugenbeweises überall nicht vorkommt (S 391).

gungsverhältnisse stehen, von den Parteien gleichzeitig anzutreten oder soll sich der Eidespflichtige über die Abschwörung des eventuellen Eides erst dann erklären, wenn der Eid, welcher in erster Reihe in Betracht kommt, angetreten und abgelegt worden ist? Und ferner: können die Eide, welche in einem Eventualverhältniss stehen, nur in der diesem Verhältniss entsprechenden Reihenfolge oder nach dem Ermessen des Richters und der Parteien in einer anderen Ordnung, etwa auch gleichzeitig, abgelegt werden? Ueber beide Fragen enthalten unsere Rechtsquellen keine Entscheidung, doch dürfte es richtiger sein, dieselben so zu beantworten, dass das Eventualverhältniss der Eide auch in der Antretung und Ablegung Ausdruck zu finden hat, dass also das Princip der Concentration aller processualischer Handlungen in diesem exceptionellen Falle nicht zur Geltung gelangt, obgleich die im Eventualverhältniss stehenden Eide unleugbar demselben processualischen Zwecke dienen, folglich im Sinne unseres Principis concurrirende Handlungen sind. Der Grund dieser Abweichung liegt vorzüglich in der eigenthümlichen Form des bedingten Endurtheils, durch welches auf mehrfache Parteieneide erkannt wird, weil der Richter in diesem die Rechtsfolgen der im Eventualverhältniss stehenden Eide bestimmen muss und in Folge dessen die natürliche Tendenz hat, auch die Antretung und Ablegung der Eide in dasselbe Eventualverhältniss zu bringen. Ueberdiess tritt auch noch das bereits früher erwähnte Moment hinzu, dass der Eid als ein vielfach prekär^s und bedenkliches Beweismittel so wenig als möglich zu vervielfältigen ist, was aber bei eventuellen Eiden nur dadurch geschehen kann, dass auch die Antretung und die Aufnahme der Eide in dasselbe Eventualverhältniss gebracht und dadurch die Antretung und Ablegung der eventuellen Eide ohne vorhergehende Abschwörung der primären Eide vermieden wird ²³⁾.

²³⁾ Die Form des bedingten Endurtheils, welche die meisten europäischen Gesetzgebungen (s. oben S. 348) nach dem Vorbilde des römischen Rechts für das Beweisurtheil auf Leistung eines Parteieneides adoptirt haben und die dadurch herbeigeführte Nothwendigkeit, alle Parteieneide, das Eventualverhältniss ihrer Antretung und Ablegung, sowie auch die Rechtsfolgen in einem Acte zum Voraus zu bestimmen, kann als eines der nachtheiligsten

Mit grösserer Consequenz als in den weiteren Stadien des Beweisverfahrens ist das Eventualprincip in dem Rechtsmittelverfahren ausgeprägt. Als Regel kann bei sämtlichen Rechtsmitteln gelten, dass der Interponent das gesammte Beschwerdematerial, welches ihm gegen eine richterliche Entscheidung zu Gebote steht, in einer einzigen processualischen Handlung zu vereinigen hat. Dieser Grundsatz kommt in seiner Reinheit in dem Rechtsmittel des Recurses gegen solche richterliche Entscheidungen zum Ausdruck, welche in der Form einer einfachen richterlichen Verfügung (Bescheid) erlassen werden, indem der Recurs im ordentlichen und im summarischen Verfahren sowohl die Erklärung des Interponenten, dass er sich durch den Bescheid beschwert erachte und dagegen das Rechtsmittel des Recurses ergreife, als auch die Begründung dieser Erklärung enthalten muss ²⁴⁾. Weniger consequent ist das Eventualprincip im ordentlichen Verfahren bei der Appellation und der Revision, dann bei der diesen Rechtsmitteln nachgebildeten (devolutiven) Nichtigkeitsbeschwerde durchgeführt. Denn bei den genannten Rechtsmitteln steht es dem Interponenten frei, die Erklärung, dass er das Rechtsmittel interponire (Appellations- und Revisionsanmeldung) und die Begründung dieser Erklärung (Appellations- und Revisionsbeschwerde) zu trennen und beide in gesonderten Acten zu vollziehen ²⁵⁾. In den summarischen Processen ist dagegen das

Elemente unseres Rechtszustandes betrachtet werden. Sind in einem Rechtsfalle mehrere Klageansprüche, Exceptionen, Repliken etc. vorhanden, deren thatsächliche Voraussetzungen durch Parteieneide erwiesen werden sollen, so ist die Abfassung des Beweisurtheils eine so schwierige Aufgabe, dass der Richter es regelmässig vorziehen wird, aus dem gesammten Processmaterial einzelne, besonders scheinbare Exceptionen, Repliken etc. herauszugreifen und die übrigen durch Scheingründe zu beseitigen. Die Folge davon ist, dass Processe mit etwas verwickelten Thatbeständen, sofern diese durch Parteieneide zu erweisen sind, in der überwiegenden Anzahl von Fällen auf Grundlage eines ungenügenden Beweisverfahrens, also unrichtig entschieden werden. Das österreichische Bagatellverfahren hat desshalb mit Recht die Parteieneide und zugleich das bedingte Endurtheil verworfen und an deren Stelle die Abhörung der Parteien als Zeugen gesetzt.

²⁴⁾ A. G. O. §. 267, W. G. O. §. 349, 350.

²⁵⁾ A. G. O. §. 253, 254, 260, 262, W. G. O. §. 332, 340, 342. Die Möglichkeit, die Interposition und die Begründung der Appellation in gesonderten Acten zu vollziehen, ist durch §. 6 des Ges. v. 16. Mai 1874 Nr. 169

Eventualprincip auch hier consequent durchgeführt, indem zufolge §. 44 und 53 des Gesetzes über das Summarverfahren bei der Appellation, der Revision und ohne Zweifel auch bei der (devolutiven) Nichtigkeitsbeschwerde die Interposition des Rechtsmittels mit der Begründung desselben verbunden werden muss.

Jene Rechtsmittel, welche nicht die Devolution der Rechtsache an einen höheren Richter bewirken, wie die Restitution und einzelne Fälle der Nichtigkeitsbeschwerde, haben die Natur von Klagen, welche Form für einzelne Kategorien dieser Rechtsmittel auch von dem Gesetze vorgeschrieben ist; sie beruhen zum Theile auf neuen thatsächlichen Elementen, welche der angefochtenen Verhandlung und Entscheidung völlig fremd waren und werden deshalb auch in einem contradictorischen Verfahren vor der ersten Instanz verhandelt. Sie unterliegen daher auch in Ansehung des Eventualprincips jenen Rechtsnormen, welche oben für selbstständige processualische Angriffe dargestellt worden sind.

Am wenigsten durchgreifend ist das Eventualprincip in dem Executionsverfahren durchgeführt, obgleich auch dieses von dem Corollar dieses Grundsatzes: dem Princip der Ordnung beherrscht wird ²⁶⁾. Damit das Eventualprincip neben dem Princip der Ordnung in gesonderter Gestalt zur Erscheinung kommen könne, muss nämlich das Gesetz den allgemeinen Processzweck nicht nur in bestimmte untergeordnete Processzwecke auflösen — eine Voraussetzung, die auch im österreichischen Executionsver-

nicht beseitigt worden, obgleich eine solche Trennung jetzt auch im Gebiet der josephinischen G. O. verhältnissmässig selten vorkommen wird, weil in Folge dieses Gesetzes beide Handlungen innerhalb der vierzehntägigen Frist stattfinden müssen. Vgl. dazu Canstein, Die österr. Civilprocessnovelle (1875), S. 28, 29.

²⁶⁾ Dies ergibt sich namentlich aus dem Umstand, dass der Executionsführer, wenn zur Realisirung eines Anspruches mehrere Executionsmittel zulässig sind (z. B. bei Geldforderungen), dieselben nach seinem Ermessen gleichzeitig oder in einer selbst gewählten Reihenfolge zur Anwendung bringen kann. A. G. O. §. 311, W. G. O. §. 411. Nippel, Erl., Bd. 2, S. 199; Beidtel, §. 313. Auch wenn der Executionsführer zwei Executionsgrade zu gleicher Zeit ansuchen darf (z. B. die Pfändung und Schätzung im summarischen Verfahren, §. 53), so steht es ihm doch immer frei, beide Acte zu trennen oder zu cumuliren.

fahren vorhanden ist — sondern es müssen überdies auch die einzelnen untergeordneten Zwecke durch eine grössere Mannigfaltigkeit von Mitteln erreicht werden können, deren Concentration dann eben durch jenes Princip vorgeschrieben wird. Gerade an dieser Voraussetzung mangelt es aber im Executionsverfahren fast vollständig, da die Executionsgrade, in welchen sich die Zwangsvollstreckung vollzieht, sich als Handlungen von grosser Einfachheit darstellen. Dazu kommt noch, dass ein muthwilliger Verschleif der Processführung im Executionsverfahren nur wenig zu befürchten ist, da die gesammte Executionsführung in dem überwiegenden Masse aus einseitigen Acten des Executionsführers besteht, welcher an einer raschen Realisirung seines Anspruches selbst ein wesentliches Interesse hat und dem deshalb der Gesetzgeber ohne Bedenken gestatten kann, die in jedem Abschnitt der Executionsführung erforderlichen processualischen Handlungen nach seinem Ermessen zu trennen oder zu concentriren ²⁷⁾.

²⁷⁾ Manche Gesetzgebungen gehen in der Begünstigung des Schuldners noch weiter, indem sie eine gewisse Reihenfolge der Executionsmittel, namentlich bei der Hilfsvollstreckung von Geldforderungen, sogar vorschreiben. Nach justinianischem Recht (L. 15 §. 2 D. de re iud. 42, 1) muss der Gläubiger zunächst die Execution in die Mobilien, dann in die Liegenschaften und zuletzt in die Forderungen durchführen. Nur bei minderjährigen Schuldnern wurde wohl zuletzt auf die Liegenschaften gegriffen (L. 5, §. 9 D. de reb. eor. 27 9). Das gemeine Recht hat das Princip der obligatorischen Trennung der einzelnen Hauptexecutionsacte gleichfalls adoptirt, jedoch auch für grossjährige Schuldner an zweiter Stelle die Forderungen, an dritter die Liegenschaften gesetzt. Bayer (10. Aufl.), S. 1110; Endemann, S. 995. A. A. Wetzell, §. 50, Note 7—13; Renaud, §. 168 (welche auch für das gemeine Recht an den Bestimmungen der justinianischen Rechtsbücher festhalten). Die neueren Gesetzgebungen haben es überall in das Ermessen des Gläubigers gestellt, die einzelnen Executionsarten gesondert in beliebiger Reihenfolge anzuwenden oder dieselben zu cumuliren. Code civ. 2069, 2207 (nur bei Minderjährigen und Interdicirten muss im Anschluss an L. 5 §. 9 cit. die Mobiliarexecution der Immobiliarexecution vorangehen, Cod. civ. Art. 2206). Genf: Art. 406 (cf. Art. 407) und Bellot, S. 184—186; Preuss. V. v. 4. März 1834, §. 11 (anders nach der A. G. O. Th. 1, Tit. 24, §. 68 bis 141, vgl. Koch, Processr., §. 300, Note 11); Hannover: §. 541; Ungarn: (1852), §. 459; Baden: §. 861, 862, und Bad. Landr. S. 2296 (welcher dem Art. 2206 des Code civ. entspricht); Russland: §. 934, 935; Baiern: Art. 859

In einem ähnlichen Verhältnisse wie die kleinsten Prozessabschnitte, welche wir soeben in ihren Beziehungen zu dem Eventualprincip gewürdigt haben, stehen auch die grossen Complexe von Processhandlungen zu einander: das Instructionsverfahren, das Beweisverfahren, das Rechtsmittelverfahren, das Vollstreckungsverfahren. Die Processzwecke, welche durch diese Abschnitte erreicht werden sollen, sind weit umfassender als jene der kleinsten Elemente des Processes, die einzelnen processualischen Handlungen, aus welchen sie sich zusammensetzen, sind grösser an Zahl und an Mannigfaltigkeit; allein auch hier gilt der Grundsatz, dass alle Handlungen, welche einem jener umfassenden Processzwecke dienen, in dem dafür bestimmten Abschnitt des Rechtsstreites vorgenommen werden müssen.

So hat zuvörderst das Instructionsverfahren den Zweck, dem Richter die Einsicht in alle Thatsachen und Beweismittel, welche den streitenden Parteien zu Gebote stehen, dann in die von ihnen darauf gebauten Ansprüche zu gewähren. Die Handlungen, welche diesem Zwecke dienen, insbesondere die Anführung von Thatsachen und Beweismitteln darf deshalb durch die Parteien nur in dem Instructionsverfahren, nicht aber in den weiteren Stadien des Rechtsstreites: in dem Beweisverfahren²⁸⁾, in dem Rechtsmittelverfahren²⁸⁾ und in dem Executionsverfahren vollzogen werden.²⁹⁾ Auch die Einrede, dass das Recht des Execu-

Wernz, S. 694); Italien: Art. 567 (Mattei, S. 726—728); Oesterreich: vgl. die vorige Note. Die modernen Executionsrechte haben folglich das Eventualprincip und das Princip der formalen Ordnung gerade in dem wichtigsten Punkt, nämlich in Beziehung auf das Verhältniss der zur Realisirung von Geldforderungen bestimmten Executionsarten zu einander beseitigt.

²⁸⁾ A. G. O. §. 174, W. G. O. §. 476. Ueber das Verhältniss des Instructions- und Beweisverfahrens in den verschiedenen Gesetzgebungen, insbesondere auch im österreichischen Recht vgl. oben S. 332 ff.

²⁹⁾ A. G. O. §. 257; W. G. O. §. 333. Die Frage, ob in den höheren Instanzen neues thatsächliches Vorbringen zulässig sein solle, habe ich in meiner Schrift „Ueber die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens“, Wien 1873, ausführlich behandelt und im Anschluss an uralte, bis zum alt-deutschen Processe (Planck, Beweisurtheil, S. 32, 33) heraufsteigende Traditionen des österreichischen Rechtes, dann an den königlich preussischen Justizministerialentwurf einer Civilprocessordnung v. 1871 und den Commissionsentwurf einer deutschen Civilprocessordnung v. 1872 verneint. Vgl. die Motive zu dem deutschen Entw. v. 1871, S. 239 ff. und die Motive zu dem

tionsführers durch dem Urtheile oder dem gerichtlichen Vergleich nachgefolgte Thatsachen z. B. Zahlung, Novation, Erlassung der Schuld erloschen sei, welche Einrede auch noch im Executionsverfahren mit Erfolg benützt werden kann (Hofdecret v. 22. Juni 1836 Nr. 145 §. 2), ist nicht als eine Ausnahme von jener Regel zu betrachten, da einestheils das Eventualprincip sich auf solche Thatsachen nicht bezieht, weil dieselben in dem Instructionsverfahren ihrer Natur nach nicht vorgebracht werden konnten und andernteils diese Einrede nach der Vorschrift des cit. Gesetzes in der Form eines selbstständigen processualischen Angriffs (einer Klage oder eines Gesuches) geltend gemacht werden muss, welche vollständig ausserhalb der Grenzen des Hauptprocesses fällt.

Dieselben Grundsätze, welche für das Verhältniss des Instructionsverfahrens zu den anderen Abschnitten des Rechtsstreites gelten, finden auch auf das Verhältniss dieser Abschnitte untereinander Anwendung, obgleich die geltenden Rechtsquellen, wie sich dies auch aus der Natur der Sache ergibt, jenen ersten Punkt mit besonderem Nachdruck hervorheben. Alle Handlungen, welche in das Beweis-, das Rechtsmittel- oder Executionsverfahren gehören, sind in dem dafür bestimmten Processabschnitt

d. E. v. 1872, S. 43 ff. Ich habe den in dieser Schrift vertheidigten Ansichten trotz des lebhaften Widerspruchs, welcher gegen dieselben erhoben wurde, auch jetzt nichts beizufügen. Nur dies mag bemerkt werden, dass der deutsche Bundesrath die „Revision“ des deutschen Entwurfes von 1872, welche neues thatsächliches Vorbringen in der zweiten Instanz ausschloss, als Rechtsmittel gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile der Collegialgerichte beseitigt und dieselbe durch die Berufung im Sinne des römischen und französischen Rechtes ersetzt hat. Vgl. Entw. v. 1874, Motiv. S. 387, 388, 404—406. Der österr. Entw. v. 1876 hat mit Recht das bisherige österreichische Rechtsmittelsystem im Wesentlichen aufrecht erhalten, indem nach d. E. gegen die Urtheile der Collegialgerichte erster Instanz nur die Revision zulässig ist, welche durch neue Thatsachen und Beweismittel regelmässig nicht begründet werden kann. §. 516, 518, 519 d. E. Nur gegen die Urtheile der Einzelgerichte ist das Rechtsmittel der Berufung zulässig, welches sich, ähnlich wie die Appellation des römischen und französischen Rechts, als ein neues *judicium* darstellt und die desshalb auch auf *Nova* gestützt werden kann. §. 475, 490, 491 d. E. Auch die neue englische Civilprocessordnung hat das *beneficium novorum* nur mit bedeutenden Einschränkungen zugelassen. *Supr. Court of Jud. Act v. 1875. Shed. I, Ord. LVIII, R. 5.*

— nicht später, aber auch nicht früher — vorzunehmen. Dies ergibt sich schon aus der Erwägung, dass das Eventualprincip, welches die Concentration der einem bestimmten untergeordneten Processzweck dienenden Handlungen in den kleinsten Processabschnitten erheischt, um so mehr auch die Vereinigung der in die grossen Processcomplexe (das Beweis-, Rechtsmittel- und Executionsverfahren) gehörigen Handlungen zur Folge haben muss.

Aus dieser Darstellung hat sich nun ergeben, dass das Eventualprincip den ordentlichen und summarischen Process des österreichischen Rechtes, wie sich dieser bis zur Einführung des Bagatellverfahrens herausgebildet hat, in allen seinen Gebieten fast unbedingt und ausnahmslos beherrscht. Wohl kein positives Prozessrecht hat jenen Grundsatz mit so grosser Strenge, mit so unbedingter Consequenz durchgeführt, als das österreichische Recht. Die Folge dieser so weit gehenden Zusammendrängung von processualischen Handlungen, welche in anderen Processsystemen zeitlich aufeinanderfolgen, hat freilich zur Folge, dass Rechtsstreite mit einigermaßen verwickeltem Thatbestande, namentlich in dem Instructionsverfahren, welches die Grundlage des ganzen Rechtsstreites bildet, einen überaus complicirten Character annehmen. Dagegen bietet wieder jene folgerichtige Durchführung der Concentrationsmaxime die Möglichkeit einer sehr energischen Processführung, eines raschen und befriedigenden Verlaufes der Civilrechtsstreite, ohne dass mit Rücksicht auf die schriftliche Form des Verfahrens die Gründlichkeit Abbruch erleiden muss. Wenn der wirkliche Rechtszustand diesen Voraussetzungen nur in geringem Masse entspricht, so ist dies weit weniger den Mängeln des Gesetzes als der Schläffheit unserer Praxis zuzuschreiben.

§. 28.

Das Eventualprincip im Bagatellverfahren.

Welche Geltung hat das Eventualprincip im Bagatellverfahren? Schon der Umstand, dass die Ordnung der Processhandlungen im Bagatellverfahren vorherrschend eine arbiträre ist, lässt bei dem nahen Zusammenhange des Principis der Ordnung und der Eventualmaxime erwarten, dass die Letztere auf diesem fremdartigen Gebiete des österreichischen Civilverfahrens nur einen sehr begrenzten Spielraum findet. Diese Voraussetzung wird denn auch durch eine Prüfung der einzelnen Detailvorschriften des Gesetzes über das Bagatellverfahren vollständig bestätigt.

Der eigenthümliche Charakter des Erkenntnisverfahrens vor der ersten Instanz im Bagatellprocess lässt sich, wie ich schon oben dargelegt habe, so präcisiren, dass in demselben der Zweck jedes Erkenntnisverfahrens: die Feststellung der thatsächlichen Grundlagen des Rechtsstreites und der darauf sich gründenden Parteienbegehren nicht durch allgemeine Rechtsvorschriften zum Voraus in untergeordnete Processzwecke aufgelöst, sondern dass diese Scheidung, welche die begrenzte menschliche Auffassungsfähigkeit allerdings unter allen Umständen nothwendig macht, dem durch die Umstände geleiteten Ermessen des Richters überlassen wird. Das Erkenntnisverfahren des Bagatellprocesses vollzieht sich deshalb auch nicht in bestimmten, vom Gesetze zum Voraus begrenzten Abschnitten, sondern läuft vom Beginne des Rechtsstreites bis zu seiner Entscheidung in ununterbrochenem Flusse fort. Da also im Erkenntnisverfahren die vom Gesetze zum Voraus bestimmten untergeordneten Processzwecke selbst mangeln,

so kann selbstverständlich auch der Gesetzgeber nicht die Concentration aller diesen Zwecken dienenden processualischen Handlungen anordnen. Die Geltung des Eventualprincips auf diesem Processgebiete ist dadurch von selbst ausgeschlossen.

Zunächst ist im Bagatellverfahren nicht unbedingt erforderlich, dass die Klage das Begehren des Klägers und dessen Begründung in derselben Ausdehnung enthalte, wie dies für die Klagen im bisherigen Verfahren als Regel festgestellt wurde. Zwar bestimmt das Gesetz (§. 16 Bg. V.), dass der Richter bei Aufnahme mündlicher Klagen dem Kläger zu einer zusammenhängenden und klaren Darstellung der Thatsachen, worauf sich sein Anspruch gründet, zur Bezeichnung der Beweismittel und zu einem sachgemässen, bestimmten Begehren die erforderliche Anleitung geben soll. Das Gesetz selbst weist also den Richter an, in allen Fällen, wo dem Letzteren ein persönlicher Einfluss auf den Kläger nach der Sachlage möglich ist, auf die Vereinigung jener beiden Elemente in der Klagehandlung hinzuwirken. Da jedoch die Concentration des Begehrens und seiner Begründung in der Klagehandlung nirgends vorgeschrieben ist, vielmehr dem Richter auch im Falle der schriftlichen Erhebung der Klage freisteht, die Ergänzung derselben nach seinem Ermessen durch Vorladung der Parteien zu bewirken, so ist anzunehmen, dass der Kläger den Rechtsstreit im Bagatellverfahren auch durch ein Klagelibell ohne thatsächliche Begründung eröffnen kann. Es genügt also, wenn der Kläger, wie im römischen, canonischen und dem älteren Reichsprocesse seinen Anspruch in der Klagehandlung bloß mit den zu dessen Individualisirung nothwendigen Momenten anführt, ohne dass jedoch die Darlegung der rechtsbegründenden Thatsachen und der zu ihrer Bewährung erforderlichen Beweismittel nothwendig ist. Dagegen ist aber allerdings ein bestimmtes Begehren auch für die Klagehandlung des Bagatellprocesses ein absolutes Erforderniss, da ohne ein solches die Thätigkeit des Richters und der Parteien, insbesondere auch jene des Beklagten eines bestimmten Zieles entbehren würde.¹⁾

¹⁾ Vgl. über den Inhalt des Klagelibells im Bagatellverfahren Ullmann, S. 16—18, welcher die Ergänzung des Klagevortrages mittelst eines Klagenachtrags mit Rücksicht auf den §. 67 Bg. V. ohne Einschränkung gestattet.

Auch im weiteren Verlaufe des Erkenntnißverfahrens vor der ersten Instanz bleibt das Eventualprincip auf den Bagatellprocess ohne erkennbaren Einfluss. Das Gesetz (§. 67) bestimmt vielmehr, dass die Verhandlung bis zur Verkündigung ihres Schlusses als ein Ganzes anzusehen ist und alles bis zu diesem Zeitpunkte Vorgebrachte als rechtzeitig vorgebracht gilt.²⁾ Damit ist die Concentration der processualischen Handlungen in gesetzlich zum Voraus bestimmten Processabschnitten für das Erkenntnißverfahren des Bagatellprocesses principiell aufgegeben.³⁾

Dem Bagatellprocess ist also ein gesetzliches Gebot, die processualischen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel in gewissen Stadien des Rechtsstreites zu vereinigen, soweit das Erkenntnißverfahren in Betracht kommt, vollständig unbekannt. Kann aber der Richter, ähnlich wie er den Mangel einer gesetzlich vorherbestimmten Reihenfolge der Processhandlungen durch sein Gebot ersetzt (§. 19, 20 B. V.), auch die Concentration der Processhandlungen in bestimmten Abschnitten kraft seiner processleitenden Gewalt verfügen? Kann er z. B. im einzelnen Falle anordnen, dass die Exceptionalhandlung des Beklagten jenen Inhalt haben soll, welchen die §§. 5—7 A. G. O. für die Einrede des bisherigen Processverfahrens vorschreiben? Ich möchte diese Frage bejahen, da das Eventualprincip, wie ich früher ausgeführt habe (§. 26), nichts als die Kehrseite des Principis der Ordnung, die positive Fassung desselben ist, folglich die Befugniss zur arbiträren Festsetzung der Reihenfolge processualischer Handlungen

²⁾ Das Gesetz über das Bagatellverfahren hat das Eventualprincip — eben weil dieses Princip in den übrigen Theilen des Civilprocesses noch dermaßen gilt — für das Erkenntnißverfahren vor der ersten Instanz ausdrücklich aufgehoben. Aehnlich auch Hannover §. 204; Deutscher Entw. v. 1866, §. 245, 246; Württemberg Art. 348; Deutscher Entw. v. 1874, §. 241; Oesterr. Entw. v. 1876, §. 210. Der Code de proc., welcher nicht ein auf dem Eventualprincip aufgebautes Processverfahren zu beseitigen hatte, enthält desshalb auch über diese Frage keine ausdrückliche Bestimmung. Dagegen fehlt es im französischen Recht nicht an Vorschriften über die Concentration einzelner processualischen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche die Geltung des entgegengesetzten Principis für die übrigen Gebiete des Civilverfahrens voraussetzen. Code de proc. Art. 186 (Note 12), Art. 338, Code civ. 1346 u. A.

³⁾ Ullmann a. a. O. S. 36—39.

wohl auch das Recht zur arbiträren Concentrirung derselben in sich schliesst. Allerdings wird ein solches Gebot, falls sich die streitenden Parteien demselben nicht freiwillig fügen, einer unmittelbaren praktischen Wirkung ⁴⁾ entbehren, weil das Gesetz (§. 67 B. V.) dem säumigen Streittheil die Nachholung des Versäumten bis zum Schlusse der Verhandlung gestattet. Allein auch im bisherigen Verfahren haben die Vorschriften über die Concentration der processualischen Handlungen vielfach den Charakter einer *lex imperfecta*, indem die nachtheiligen Folgen, welche die Nichtbeobachtung jener Normen zur Folge haben sollte, theils durch die Rechtsübung, theils durch das Gesetz selbst in bedeutendem Umfange ausser Wirksamkeit gesetzt sind (oben S. 355).

In den weiteren Stadien des Rechtsstreites: in dem Rechtsmittel- und dem Executionsverfahren gilt das Eventualprincip im Bagatellprocess in demselben Umfange wie in dem ordentlichen und summarischen Verfahren. Obgleich das Gesetz über diesen Punkt keine besondere Bestimmung trifft, so unterliegt es doch keinem Zweifel, dass in der Nullitätsbeschwerde (§. 78 Bg. V.) und in dem Recurse (§. 84 Bg. V.) sowohl die Erklärung der Partei, dass sie das Rechtsmittel ergreife, als auch die Begründung dieser Erklärung zu vereinigen sei. In Ansehung der Vorstellung (§. 85 Bg. V.) und der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, über welche Rechtsmittel in einem contradictorischen Verfahren zu erkennen ist (oben S. 315), gelten auch im Bagatellverfahren in Beziehung auf das Eventualprincip jene Grundsätze, welche früher für die Klagehandlung in dieser Processart festgestellt worden sind.

In Ansehung des Vollstreckungsverfahrens endlich sind die Normen des summarischen Processes von dem Gesetze (§. 87 Bg. V.) ohne wesentliche Abweichung auch für das Bagatellverfahren recipirt worden. Alle Bemerkungen, welche in dem vorhergehenden Paragraphen über die Geltung des Eventualprincips in dem Executionsverfahren des ordentlichen und des summarischen

⁴⁾ Eine wichtige mittelbare Wirkung würde darin liegen, dass der Richter der Partei, welche die ihr aufgetragene Concentration des Processmaterials unterlässt und dadurch eine oder mehrere Vertagungen der Verhandlung verursacht, den Ersatz der Kosten auferlegen kann (§. 27 Bg. V.).

schen Processes gemacht wurden, können desshalb auch auf dasselbe Gebiet des Bagatellprocesses unmittelbar bezogen werden.

Was schliesslich das Verhältniss der drei grossen Gruppen des Civilprocesses: des Erkenntniss-, Rechtsmittel- und Executionsverfahrens, unter einander betrifft (S. 379 ff.), so herrscht in dieser Richtung im Bagatellverfahren die Eventualmaxime mit derselben unbedingten Geltung, welche in Ansehung derselben Processart für das Princip der Ordnung festgestellt wurde (S. 346). Die processualischen Handlungen, welche dem allgemeinen Zwecke des Erkenntnissverfahrens dienen sollen, dürfen daher nur in diesem Processstadium, nicht aber in den zu anderen Zwecken eröffneten Abschnitten des Rechtsmittel- und Executionsverfahrens vollzogen werden (§. 67 B. V.). Auch auf die Processacte, aus welchen sich diese letzteren Gruppen von Processhandlungen zusammensetzen, findet jene Bemerkung die gleiche Anwendung.

§. 29.

Das Princip der Mündlichkeit und Schriftlichkeit, der Mittelbarkeit und der Unmittelbarkeit.¹⁾

Alle Handlungen, aus welchen sich der Civilprocess in seiner ausserordentlichen Mannigfaltigkeit zusammensetzt, lassen sich in

¹⁾ Die Zahl der Schriften über die Mündlichkeit des Civilverfahrens ist Legion. Ich hebe als besonders beachtenswerth heraus: Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Bd. 1, (1821). Der zweite Band dieser Schrift (1825) enthält eine Darstellung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens Frankreichs mit besonderer Rücksicht auf die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit. — Mittermaier, Der gemeine deutsche bürgerliche Process, I. Beitrag, 2. Aufl. (1822), S. 145 bis 162; Fölix, Ueber Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Gerichtsverfahrens etc. (1843), S. 1—16; Kopezky, Ueber Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Gerichtsverfahrens bei Civilrechtsstreitigkeiten, (1847); Haimertl, Allgemeine Betrachtungen über die Reform des Civilprocesses in seinem Magazin, Bd. 1 (1850), S. 7—25; Gerau, Ueber Ausführung des Principes der Mündlichkeit im bürgerlichen Process im Archiv für civil. Praxis, Bd. 33 (1850), S. 416—435 und Bd. 35 (1851), S. 84—106; Glaser, Grundlagen des mündlich-öffentlichen Processes (1860, 1861) in den kleinen Schriften, Bd. 2, S. 351—362; Mittermajer, Ueber Wesen und Durchführung der Mündlichkeit im bürgerlichen Verfahren im Archiv Bd. 45 (1862) S. 122—134; Planck, in der Kritischen Vierteljahrschrift, Bd. 4 (1862), S. 232—248; Scheuerlen, Das Mündlichkeitsprincip und Vorbereitungsverfahren nach der bürgerlichen Processordnung Hannovers von 1850 im Archiv, Bd. 46 (1863), S. 48—74; Leonhardt, Zur Reform des Civilprocesses in Deutschland, (1865), S. 56—65; Endemann, Betrachtungen über einige Hauptgrundsätze des Entwurfes einer preussischen Civilprocessordnung im Archiv, Bd. 49, (1866), S. 4 ff.; Bar, Recht und Beweis im Civilprocess, (1867), S. 44—54, 73—80; Harrasowsky, Die Vorbereitung der mündlichen Ver-

zwei grosse Gruppen scheiden. Der grösste Theil des Civilverfahrens besteht aus Mittheilungen innerer Vorgänge, aus einem Gedankenaustausch, welcher zwischen dem Richter und den Parteien, dann zwischen diesen und dritten Personen stattfindet. Ausser diesen mannigfaltigen Mittheilungen, welche den Grundstock des Civilprocesses ausmachen, kommen noch zahlreiche andere Handlungen der beim Processe beteiligten Personen vor, welche einen so verschiedenen Charakter an sich tragen, dass sie nur in dem Gegensatze zu der ersten Gruppe processualischer Vorgänge übereinkommen. Sie sind eben processualische Handlungen, welche nicht in wechselseitigen Mittheilungen der am Streite interessirten Personen bestehen.

Was zuvörderst diese letztere Gruppe von processualischen Handlungen betrifft, so lässt sich über ihre Form kein allgemeines Princip feststellen. Wenn der Richter sich an den Ort eines Augenscheines oder Kunstbefundes begibt, wenn die Gehilfen des Richters den streitenden Parteien Schriftsätze oder richterliche Decrete einhändigen oder die beweglichen Sachen des Schuldners wegnehmen, so sind dies richterliche Handlungen, denen sich kein allgemeinerer Gesichtspunkt abgewinnen lässt, obgleich sie unleugbar den Zwecken des Rechtsstreites mittelbar oder unmittelbar dienen und deshalb als processualische Handlungen zu betrachten sind.

Desto wichtiger ist die Frage, in welcher Form die verschiedenen Gattungen von Mittheilungen zu erfolgen haben, aus welchen sich der Civilprocess in überwiegendem Masse zusammensetzt, ja die Erörterung dieser Frage ist als das wichtigste Problem zu betrachten, welches die civilprocessualischen Untersuchungen und Discussionen der letzten Jahrzehnte beherrscht hat. Bei der Darstellung der Form, in welcher sich jener Gedankenaustausch im österreichischen Civilprocesse vollzieht, ist vorzüglich das Verhältniss zwischen den streitenden Parteien und dem entscheidenden Richter ins Auge zu fassen, weil die processualischen Mit-

handlung nach dem gegenwärtigen Stande der Civilprocessgesetzgebung, (1875), passim. Ausserdem vgl. Wetzell, System, 2. Aufl., S. 832—844; Renaud, Lehrbuch, §. 80; Endemann, Deutsches Civilprocessr., §. 96; Bayer, S. 40—42.

theilungen zwischen diesen Personen nach Umfang und Wichtigkeit das Hauptelement des Civilrechtsstreites ausmachen; weniger erheblich an Zahl und Bedeutung für den Endzweck des Rechtsstreites sind die Mittheilungen, welche zwischen den am Streite zunächst Betheiligten: dem Richter und den streitenden Parteien einestheils und dritten am Civilprocess unbetheiligten Personen (z. B. Zeugen und Sachverständigen) andererseits erfolgen, weshalb auch die nachfolgende Darstellung nur jene erste Gruppe von Mittheilungen in Betracht ziehen wird.

Für die Form der processualischen Mittheilungen zwischen dem entscheidenden Richter und den streitenden Parteien sind nun zwei Punkte von Wichtigkeit. Zuvörderst die Frage: Erfolgen die Mittheilungen der Parteien an den Richter, und umgekehrt die Mittheilungen dieses Letzteren an die Parteien mündlich oder schriftlich? ²⁾ Zweitens: Werden diese Mittheilungen von den Parteien an den entscheidenden Richter und umgekehrt unmittelbar oder durch Vermittlung von Personen gerichtet, welche von dem Richter und den Parteien verschieden sind? Das Problem, welches uns hier beschäftigt, lässt sich daher in die kurze Frage zusammenfassen: Sind jene Mittheilungen im österreichischen Processe schriftlich oder mündlich, erfolgen sie mittelbar oder unmittelbar?

Beide Fragen werden in öffentlichen Discussionen, ja selbst in wissenschaftlichen Untersuchungen vielfach auf eine verwirrende Weise zusammengeworfen. Zwar haben die Fragen der Mündlichkeit und Schriftlichkeit, dann der Mittelbarkeit und der Unmittelbarkeit des Verfahrens unleugbar eine grosse Verwandtschaft, indem das mündliche Verfahren eine starke Tendenz hat, den unmittelbaren Gedankenaustausch zwischen dem erkennenden Richter und den streitenden Parteien zu begünstigen, wäh-

²⁾ Jeder Gedankenaustausch kann nicht nur durch schriftliche und mündliche Rede, sondern auch durch concludente Handlungen, z. B. durch Nicken oder Schütteln des Kopfes als Zeichen der Bejahung oder Verneinung erfolgen. Dass diese Formen der Mittheilung auch im Verkehre zwischen dem Richter und den Processparteien — namentlich im mündlichen Verfahren — vorkommen können, ist unzweifelhaft. Wetzell, S. 833. Es kann jedoch von diesen Arten der Gedankenmittheilung wegen ihrer geringeren Bedeutung für den Civilrechtsstreit hier füglich abstrahirt werden.

rend dem schriftlichen Verfahren regelmässig das entgegengesetzte Streben eigenthümlich ist. Dennoch aber müssen beide Fragen in der Untersuchung streng auseinandergehalten werden, da beide sich auf wesentlich verschiedene Seiten der Form jenes Gedankenaustausches beziehen. Diese innere Heterogenität der beiden Formelemente lässt es vielmehr als möglich und als nothwendig erscheinen, dieselben mit einander zu combiniren und in Folge dessen eine mündlich-unmittelbare, eine mündlich-mittelbare, eine schriftlich-unmittelbare und eine schriftlich-mittelbare Form der processualischen Mittheilungen zu unterscheiden. Bei der mittelbaren Form des Gedankenaustausches zwischen dem Richter und den Parteien, möge diese nun schriftlich oder mündlich sein, kommt überdies noch der weitere Unterschied in Betracht, dass die Mittelsperson, welche den Verkehr zwischen den Parteien und dem entscheidenden Richter vermittelt, sich der schriftlichen oder der mündlichen Rede bedienen kann. Alle diese ausserordentlich mannigfaltigen Arten des Gedankenaustausches sind in dem österreichischen Civilverfahren durch einzelne Beispiele vertreten.

Was zunächst die erste der oben angeführten Formen des processualischen Gedankenaustausches: die mündlich-unmittelbare, betrifft, so kommt diese in den Instructionshandlungen des österreichischen Bagatellprocesses in fast ungetrübter Reinheit zur Erscheinung. Zwar liegt der ganzen Verhandlung eine schriftliche oder protocollarische Klage zu Grunde, welche in den Bagatellprocess ein Element der schriftlichen Form hineinträgt^{*)}; allein alle weiteren Mittheilungen der Parteien, die Exceptional-, Replik-, Duplikshandlung, insoweit sich diese im Instructionsverfahren unterscheiden lassen (oben S. 349) erfolgen mündlich und unmittelbar an den erkennenden Richter.⁴⁾ Nur eine nothwendige

^{*)} §. 12, 13, 70 Bg. V.

⁴⁾ Die Processsysteme, in welchen sich das Instructionsverfahren aus mündlichen und schriftlichen Vorträgen der Parteien zusammensetzt, lassen sich in drei Gruppen scheiden. Die Eigenthümlichkeit der ersten Gruppe besteht darin, dass ausschliesslich die mündlichen Vorträge der Parteien die Grundlage der richterlichen Entscheidungen bilden, wogegen die im schriftlichen Vorbereitungsverfahren zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze (oben S. 271, Note 18) sich lediglich als

Consequenz dieses Grundsatzes ist es, wenn das Gesetz über das Bagatellverfahren verfügt, dass das Urtheil ausschliesslich von demjenigen Richter gefällt werden kann, welcher die Streitverhandlung geleitet hat und dass diese, wenn vor der Urtheilsschöpfung eine Aenderung des Richters eintritt, von neuem vorgenommen werden muss. (§. 70 Bg. V.)⁵⁾. Ja das Gesetz geht noch

präparatorische Handlungen darstellen, die für die Entscheidung des Rechtsstreites ohne Bedeutung sind. Dieses System der exklusiven Geltung des mündlichen Parteienvortrages ist — augenscheinlich als Reaction gegen das frühere schriftliche Verfahren — in zahlreichen deutschen Processordnungen der neuesten Zeit angenommen worden. Hannover, §. 101 (dazu Leonhardt, S. 80, 81); Baden, §. 996, 311, 992; Deutsch. Entw. von 1866, §. 131, 128 (Winter, S. 56, 57); Württemberg, Art. 196; Deutsch. Entw. von 1874, §. 115, 124 (Motive S. 392—394). In der zweiten Gruppe von Gesetzgebungen bilden sowohl die mündlichen als auch die schriftlichen Parteienvorträge die Grundlage der richterlichen Entscheidung; bei Differenzen zwischen beiden entscheidet wohl regelmässig der Inhalt des mündlichen Vortrages. So im Wesentlichen der französische und rheinische Process, in welchem jedoch nur die Conclusionen der Parteien als Parteienvorträge an das Gericht zu betrachten sind. Vgl. Zink, Ermittlung des Sachverhaltes, S. 154, 155; Wernz, Comm. zur baier. C. P. O., S. 263, 264; Deutsch. Entw. von 1874, Motive ed. Kortkamp, S. 393, 394. Ebenso Italien, Art. 176, 178, 349. (Im italienischen Proc. wird sogar der ordentliche Process mit einem Berichte über den Inhalt des schriftlichen Vorbereitungsverfahrens eröffnet, welchen ein vom Präsidenten beauftragter Richter oder die Parteien vortragen); Baiern, Art. 251 und dazu Wernz, S. 262—264; Oesterr. Entw. von 1876, §. 210, 292, 299, 435. In einer dritten Gruppe von Processrechten wird die richterliche Entscheidung immer ausschliesslich auf Grundlage der schriftlichen Parteienvorträge (insbesondere der Gerichtsprotocolle) gefällt; die mündlichen Erklärungen der Parteien kommen bei der Entscheidung des Richters überall nicht in Betracht, insofern sie nicht entweder schon ursprünglich oder doch wenigstens nachträglich — in Folge einer Anfechtung des Gerichtsprotocolls — von dem Gerichte schriftlich beurkundet worden sind. So im Protocollarverfahren des gemeinen und österreichischen Rechtes. Vgl. über diese Fragen Wetzell, S. 386 bis 386, 833—840; Endemann, S. 357; Renaud, §. 80 u. A. Ausserdem ist diese ausschliessliche Geltung der Schrift auch in solchen Processsystemen, welche im Uebrigen zu der ersten und zweiten Gruppe gehören, für gewisse Ausnahmeproceduren anerkannt. Vgl. z. B. den österreichischen Entw. von 1876, §. 313, 315 und die unten Note 20 angeführten Gesetzgebungen.

⁵⁾ Dieser Rechtssatz ist eine nothwendige Consequenz des Principes der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit und ist demgemäss von allen neueren Processordnungen angenommen, welche auf diesem Grundsätze beruhen.

über die oben näher dargelegten Grenzen des Princip's der Unmittelbarkeit erheblich hinaus, indem es festsetzt, dass die richterliche Entscheidung der Verhandlung sofort auf dem Fusse zu folgen hat (§. 71 Bg. V.) und dass dieselbe, wenn dieses nicht möglich ist, mit gewissen Einschränkungen reproducirt werden muss. (§. 68 Bg. V.) Die Erklärungen der Parteien werden daher in dem Bagatellverfahren nicht nur an den erkennenden Richter von den Parteien unmittelbar gerichtet, sondern die in diesem dadurch hervorgerufene Ideenbewegung soll auch unmittelbar zu ihrem Resultat: der richterlichen Entscheidung, führen.

Im Wesentlichen dieselben Grundsätze gelten für die processualischen Mittheilungen, welche der Richter im Bagatellverfahren an die Parteien zu richten hat. Die Entscheidungen des Richters, mögen diese nun in der Form eines blossen Beschlusses oder eines Urtheiles erfolgen, werden den Parteien von dem Richter immer sowohl mündlich als schriftlich bekannt gegeben. So bestimmt das Gesetz (§. 71 Bg. V) in Ansehung der Urtheile, dass diese entweder sofort oder in einer ohne Verzug anzuberaumenden Tagfahrt mündlich verkündet werden müssen, dass aber ausserdem noch längstens binnen 8 Tagen nach Schluss der Verhandlung eine schriftliche Abfassung des Urtheils dem Verhandlungsprotokolle beizulegen ist (§. 72 Bg. V.), was als eine schriftliche Verständigung der Parteien gelten kann, da ihnen die Einsicht und die Erhebung von Abschriften des hinterlegten Urtheils in allen Fällen freisteht⁹⁾. Dasselbe Verhältniss tritt bei allen Entscheidungen ein, welche in der Form von Beschlüssen erlassen werden, da auch in diesem Falle die schriftliche Beurkundung derselben in dem beiden Parteien zugänglichen (§. 77 Abs. 4 Bg. V) Verhandlungsprotokolle neben der mündlichen Verkündung einhergeht (§. 77 Z. 5 Bg. V.) Mit Rücksicht auf diese doppelte Form

Frankreich: Boitard, Leçons, Bd. 1, Nr. 250; Hannover, §. 86; Italien, Art. 357; Deutsch. Entw. von 1866, §. 253; Württemberg, Art. 362; Baiern, Art. 277 (dazu Wernz, S. 286; Schmitt, Bd. 2, S. 298, 299); Deutsch. Entw. von 1874, §. 270 (Motive S. 480); Oesterr. Entw. von 1876, §. 430. Nach dem französischen und baierischen Rechte müssen die erkennenden Richter sogar nicht nur bei der mündlichen Verhandlung, sondern auch bei der Kundmachung des Urtheils zugegen sein.

⁹⁾ Vgl. auch §. 73 Bg. V.

der Bekanntmachung richterlicher Entscheidungen im Bagatellverfahren erhebt sich nun die Frage: Ist als die eigenthümliche Form, in welcher der Richter die Entscheidungen an die Parteien im Bagatellverfahren ergehen lässt, die schriftliche oder die mündliche zu betrachten ⁷⁾?

Augenscheinlich hängt die Entscheidung dieser Frage von der Vorfrage ab, ob bei Differenzen zwischen dem Inhalt des mündlich und schriftlich bekanntgemachten Urtheiles für den weiteren Verlauf des Rechtsstreites das erstere oder das letztere als massgebend zu betrachten ist. Dieser Punkt ist von minder practischer Bedeutung in Ansehung der Sentenz, da dieser immer das schriftliche Klagebegehren zu Grunde liegt, folglich eine Abweichung des mündlichen und schriftlichen Urtheils in dieser Richtung wohl zu den seltensten Erscheinungen gehören wird. Sehr wichtig können aber solche Differenzen in den Entscheidungsgründen werden, welche dem Urtheile sowohl in seiner mündlichen als auch in seiner schriftlichen Form beizugeben sind (§. 71, 72 Bg. V.) da insbesondere die gedrängte Darstellung des Sachverhaltes, die ein wesentliches Element der Entscheidungsgründe bildet, in der mündlichen Verkündigung unmittelbar nach Abschluss der Verhandlung und in der schriftlichen Ausfertigung des Urtheiles eine sehr verschiedene Gestalt annehmen können. Jene Frage wird nun wohl am richtigsten so beantwortet, dass das mündlich verkündigte Urtheil für den weiteren Verlauf des Rechtsstreites massgebend ist, dass aber die schriftliche Ausfertigung desselben über die mündliche Bekanntmachung so lange vollbeweisend ist, als nicht eine Differenz zwischen beiden Formen des Urtheiles nachgewiesen werden kann ⁸⁾. Denn es entspricht besser dem Princip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, welches der §. 16 B. V. mit so grossem Nachdruck aufstellt, dass jene Manifestation des richterlichen Willens die entscheidende ist, welche unmittelbar unter dem Eindruck der mündlichen Verhandlung entstanden ist.

⁷⁾ Vgl. darüber Ullmann a. a. O. S. 104—107, 112—115.

⁸⁾ Ullmann a. a. O. S. 105 erwähnt den Fall einer Differenz in der mündlichen und schriftlichen Abfassung des Urtheils, ohne jedoch die Frage zu entscheiden, welche von den beiden Formen die massgebende sein soll.

Demgemäss ist festzuhalten, dass auch die processualischen Mittheilungen, welche der Bagatellrichter erster Instanz an die Parteien erlässt (oben S. 388, 389), in mündlicher Form erfolgen.

Als zweite der vier Formen des Civilverfahrens habe ich oben die mündlich-mittelbare bezeichnet. Der eigenthümliche Character des mündlich-mittelbaren Verfahrens besteht darin, dass zwar eine mündliche Verhandlung für die richterliche Entscheidung massgebend ist, dass dieselbe aber nicht vor dem erkennenden Richter, sondern vor einer Mittelsperson stattfindet, welche deren Inhalt dem entscheidenden Gerichte in mündlicher oder schriftlicher Form vorlegt⁹⁾. Als Beispiel dieser Gattung

⁹⁾ Das mittelbar-mündliche Verfahren hat in den neueren, auf dem Princip der Mündlichkeit beruhenden Processordnungen, namentlich in dem Verfahren vor den höheren Instanzen, eine ausgedehnte Anwendung gefunden. Das Verfahren, welches in Folge eines devolutiven Rechtsmittels vor der zweiten oder dritten Instanz stattfindet, kann nämlich einen doppelten Charakter an sich tragen. Es kann sich erstens als eine völlig neue Verhandlung des Rechtsstreites darstellen, welche innerhalb der durch die Natur des Rechtsmittels gesteckten Grenzen der Entscheidung der oberen Instanz unmittelbar als Grundlage zu dienen hat und demgemäss, wenn sie in mündlicher Form erfolgt, als eine Abart des unmittelbar-mündlichen Verfahrens (oben S. 390) zu betrachten ist. Dies ist im Grossen und Ganzen das Wesen der Berufung, wie sich dieselbe im Anschluss an das entsprechende römische und französische Institut in den neueren deutschen Gesetzgebungen ausgebildet hat. Deutsch. Entw. von 1866, §. 583; Württemberg, Art. 707; Deutsch. Entw. von 1874, §. 466 (dazu die Motive S. 404 ff.); Oesterr. Entw. von 1876, §. 490. Oder es kann zweitens das Verfahren vor der höheren Instanz blos den Zweck haben, Mängel des Verfahrens vor der ersten oder der zweiten Instanz, insbesondere auch Gebrechen der mündlichen Verhandlung vor den unteren Gerichten zu beseitigen; es wird folglich nicht der Rechtsstreit von Neuem verhandelt, sondern lediglich die Gesetzlichkeit des unterrichterlichen Verfahrens erörtert. Dies ist im Wesentlichen der Charakter der Rechtsmittel, welche in den neueren deutschen Processordnungen unter der Bezeichnung der Nichtigkeitsbeschwerde oder der Revision vorkommen. Vgl. z. B. den österr. Entw. von 1876, §. 518. Soweit sich folglich diese Rechtsmittel auf die Gesetzmässigkeit der mündlichen Verhandlungen der Vorinstanz beziehen, ist das Verfahren als ein mittelbar-mündliches zu betrachten. Ein Beispiel dieser Art bietet die Nichtigkeitsbeschwerde des österreichischen Bagatellprocesses. Vgl. unten S. 395—397. Da die Mittheilungen, welche die untere Instanz der oberen über den Inhalt der mündlichen Verhandlung im Verhandlungsprotocoll, in den Urtheilsgründen, in Berichten u. s. f. macht, regelmässig (jedoch nicht nothwendig) in schriftlicher Form erfolgen

des Verfahrens kann im österreichischen Recht das Verfahren vor der zweiten Instanz im Bagatellprocess dienen¹⁰⁾. Für die zweite Instanz wird nämlich in Betreff der Frage, ob einer der im §. 78 Bg. V. enthaltenen Nullitätsgründe vorhanden ist, lediglich die mündliche Verhandlung vor dem ersten Richter massgebend sein, da eine Reihe von Nullitätsgründen sich sogar ausschliesslich auf die Beschaffenheit des mündlichen Verfahrens vor dem ersten Richter bezieht¹¹⁾; dennoch aber liegen dem Oberlandesgerichte bei seiner Entscheidung regelmässig nur die Acten vor, welche der erste Richter an dasselbe einsendet (§. 80 Bg. V.) und die eben als der Bericht der Mittelsperson an den entscheidenden Richter über den Inhalt der mündlichen Verhandlung (s. oben S. 390, 394) anzusehen sind. Die Uebereinstimmung zwischen der mündlichen Verhandlung und der schriftlichen Beurkundung, welche die erste Instanz darüber dem erkennenden Oberlandesgerichte vorlegt (Processacten, Verhandlungsprotocoll, Bericht) wird dadurch gewahrt, dass dem Oberlandesgerichte ein unbeschränktes Recht zusteht, den wahren Inhalt der mündlichen Verhandlung durch amtliche Nachforschungen (Erhebungen) festzustellen (§. 81 Bg. V.)¹²⁾.

so wird dieses Verfahren oft irrthümlich als ein schriftliches angesehen. S. z. B. d. folg. Note.

¹⁰⁾ Die Motive zu dem Gesetze über das Bagatellverfahren (Kaserer, Sammlung, S. 83) und diesen folgend Ullmann, Das Bagatellverfahren, S. 123, 124 erklären das „Verfahren über die Nullitätsbeschwerde“ für schriftlich. Dies ist jedoch nur so weit richtig, dass eben die Nichtigkeitsbeschwerde, welche das Verfahren eröffnet, immer schriftlich (unten S. 397, 398) abgefasst sein muss und in dieser Form die Grundlage der Entscheidung des Oberlandesgerichtes bildet. In den übrigen Beziehungen ist das Nichtigkeitsverfahren mittelbar-mündlich.

¹¹⁾ So ist es z. B. ein Nullitätsgrund, wenn bei der mündlichen Verhandlung ungerechtfertigter Weise die Oeffentlichkeit ausgeschlossen oder einer Processpartei die Möglichkeit, vor Gericht zu verhandeln, durch ungesetzlichen Vorgang entzogen wurde (§. 78, Z. 4, 6 Bg. V.). Diese Nullitätsgründe können die Parteien selbst dann geltend machen, wenn der betreffende Vorgang bei der mündlichen Verhandlung überhaupt nicht schriftlich fixirt worden sein sollte.

¹²⁾ Diese Erhebungen werden regelmässig in der Weise erfolgen, dass dem Richter erster Instanz, der Gegenpartei oder dritten Personen eine schriftliche Aeusserung abgefordert wird; in dem Gesetze (§. 81 Bg. V.) liegt aber kein Hin-

Ebenso wie das ganze Verfahren vor der zweiten Instanz fallen einzelne Elemente des Bagatellprocesses vor dem ersten Richter unter den Begriff des mündlich-mittelbaren Verfahrens. Wird nämlich in der Bagatellverhandlung die Aufnahme eines Beweises durch ein anderes Gericht nothwendig, so hat der Richter dieses um die Durchführung des Beweises zu ersuchen und die von demselben über die Beweisaufnahme eingesendeten Protocolle zu benützen, so dass also der ersuchte Richter als die Mittelperson zu betrachten ist, durch welche der Inhalt der Beweisaufnahme an die erkennende Instanz gelangt ¹³⁾.

derniss, dass das erkennende Oberlandesgericht sich von jenen Personen auch mündlichen Bericht über den Inhalt der mündlichen Verhandlung erstatten lasse.

¹³⁾ §. 31, Bg. V. „Wird die Aufnahme eines Beweises ausserhalb der Verhandlungstagsatzung oder durch ein anderes Gericht nothwendig, so hat der Richter das Erforderliche zu verfügen und nach dem Einlangen der über die Beweisaufnahme errichteten Protocolle die Verhandlung fortzusetzen. Hiebei ist der Inhalt der Protocolle den Parteien bekannt zu geben. Werden die Beweisaufnahmsprotocoll unvollständig befunden, so kann deren Ergänzung verfügt werden.“ Vgl. ferner §. 46, 59 Bg. V. Auch die neueren deutschen Processordnungen überlassen es im Wesentlichen dem Ermessen des erkennenden Gerichtes, die Beweisaufnahme durch ein beauftragtes Mitglied oder durch ein fremdes Gericht zu vollziehen und auf diese Weise im Beweisverfahren an die Stelle des unmittelbar-mündlichen Verfahrens das mittelbar-mündliche zu setzen. Hannover, §. 224, 272, 276, 281, 286, 308; Deutsch. Entw. von 1866, §. 287, 329, 354, 392, 418; Deutsch. Entw. von 1874, §. 310, 327, 330; Oesterr. Entw. von 1876, §. 316, 335, 369, 394, 408, 420 u. s. f. Während also unsere neueren deutschen Processordnungen das Princip der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Instructionsverfahren mit grosser Consequenz durchzuführen suchen (oben Note 4), wird das im Beweisverfahren vorkommende Processmaterial von dem erkennenden Richter, wie die Erfahrung lehrt, regelmässig blos auf Grundlage schriftlicher Referate anderer Personen gewürdigt. Vgl. z. B. über den hannover'schen Process Bar, Recht und Beweis, S. 47 ff. Gerade das umgekehrte Verhältniss ist aber das richtige; im Instructionsverfahren, wo es vorzüglich auf Genauigkeit und Vollständigkeit ankommt, ist die Schrift die zweckmässigste Mittheilungsform, wogegen im Beweisverfahren, namentlich bei freier Beweiswürdigung, der unmittelbare persönliche Eindruck auf den erkennenden Richter von unersetzlichem Werthe ist. Dass ein solcher Process mit schriftlichem Instructions- und mündlichem Beweisverfahren (welcher von dem schriftlichen Process mit mündlicher Schlussverhandlung in einzelnen Staaten, z. B. in Preussen, wohl unterschieden werden muss), vollkommen durchführbar ist, zeigt das englische Recht.

Auch hier ist festzuhalten, dass die mündliche Verhandlung, welche über die Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindet, für die Entscheidung des Rechtsstreites allein massgebend ist ¹⁴⁾ und dass der erkennende Richter (ebenso wie in dem obengedachten Falle die zweite Instanz) ohne Zweifel berechtigt ist, die Congruenz zwischen der mündlichen Verhandlung zum Zweck der Beweisaufnahme und den über diese eingesandten Protocollen durch amtliche Nachforschung festzustellen oder herzustellen ¹⁵⁾.

Den Gegensatz zu dem mündlichen Process bildet das schriftliche Verfahren, welches wieder ein mittelbares oder unmittelbares sein kann. Das eigenthümliche Merkmal, welches die Gebiete des mündlichen und schriftlichen Verfahrens durchgreifend unterscheidet, ist der Umstand, dass in dem ersten Falle die mündlich ausgesprochenen Erklärungen der Parteien die Grundlage der richterlichen Entscheidung bilden, während diese letztere im schriftlichen Verfahren sich eben auf schriftliche Aufsätze der Streittheile gründet ¹⁶⁾. Nur die Thatsache aber, ob das Wort oder die Schrift den Erkenntnissen des Richters zu Grunde liegt, ist für unsere Frage entscheidend; dagegen ist es gleichgiltig, ob die mündlich ausgesprochenen Erklärungen in einem mehr oder minder umfangreichen Gerichtsprotocolle fixirt werden, ferner ob die schriftlichen Aufsätze von den Parteien selbst oder dem Richter abgefasst werden. Deshalb ist das Instructionsverfahren des Bagatellprocesses ein rein mündliches, obgleich über dasselbe ein ziemlich umfangreiches Protocoll geführt wird (§. 77 Bg. V.), weil der Entscheidung des ersten Richters eben nicht dieses Protocoll, sondern die mündliche Verhandlung zu Grunde liegt. Und aus dem umgekehrten Grunde ist das österreichische Protocollarverfahren des ordentlichen und der summarischen Processes ein schriftliches, obwohl die Parteien ihre Erklärungen, wenigstens nach der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers, dem Richter

¹⁴⁾ §. 16 Bg. V.

¹⁵⁾ Der Richter hat zufolge §. 31 Bg. V. (oben Note 13) die Ergänzung von unvollständigen und ohne Zweifel auch die Berichtigung von irrigen Beweisaufnahmsprotocollen zu verfügen.

¹⁶⁾ Feuerbach a. a. O. Bd. 1, S. 199—201; Bar a. a. O. S. 44; Renaud, §. 80, Note 22, 23; Endemann, §. 96 II.

mündlich bekannt geben müssen und dieser dieselben erst in einer schriftlichen Darstellung (Gerichtsprotocoll) zusammenfasst, da der vom Gerichte aufgenommene schriftliche Aufsatz den richterlichen Entscheidungen aller Instanzen ohne Rücksicht auf die ursprünglichen mündlichen Erklärungen der Parteien ausschliesslich zu Grunde gelegt wird ¹⁷⁾).

Der einzige ziemlich unwesentliche Unterschied zwischen dem pseudomündlichen Verfahren unseres ordentlichen und unserer summarischen Processe und dem ordentlichen schriftlichen Verfahren besteht eben darin, dass in dem ersten Fall der Richter, in dem zweiten die Parteien oder ihre Anwälte die schriftlichen Aufsätze verfassen ¹⁸⁾. Die wesentliche Gleichartigkeit beider

¹⁷⁾ Vgl. über den Unterschied zwischen dem Protocollar- und dem mündlichen Verfahren: Feuerbach a. a. O. Bd. 1, S. 202—205.

¹⁸⁾ Das schriftliche und pseudomündliche (Protocollar-) Verfahren des österr. Processes hat seinen Typus bereits in dem älteren Reichsprozess. Im älteren römischen, canonischen und deutschen Process bildeten mündliche Vorträge die Grundlage der richterlichen Entscheidung. Durch das berühmte c. 11 X. de prob. 2, 11 wurde die schriftliche Fixirung des gesammten Processmateriales in den geistlichen Gerichten vorgeschrieben und dadurch ein unserem österreichischen Protocollarprocess (2. Kap. der jos. und w. gal. G. O.) ähnliches Verfahren herbeigeführt. Dieses war auch ursprünglich am Reichskammergerichte in Uebung, doch wurde schon durch die erste C. G. O. von 1496 Abs. „Dass man in Schriften procediren soll“ die Ueberreichung von Schriftsätzen bei den Terminen statt mündlichen Vortrags zu Protocoll zugelassen und durch die R. C. G. O. von 1508 Abs. „Procuratores sollen alles in Schriften handeln“ sogar vorgeschrieben. Nur ganz kurze, formelle Erklärungen (z. B. „In den Sachen zwischen A und B gibe ich diese Schrift, nemlich Libel, Exceptiones, Artickel, Replicas, Duplicas etc.“) durften die Processparteien und ihre Anwälte auch mündlich vorbringen. Das Reichskammergericht hat diese Verhandlungsweise, welche mit dem „Einlegen der Protocolle“ in unserem Protocollarverfahren vollständig identisch ist (oben S. 91 und die folgende Note), bis zu seiner Auflösung festgehalten. Danz, Grundsätze des Reichsgerichtsprocesses, (1795), §. 193; Wetzell, S. 834 bis 839. Noch weiter ging die Reichshofrathsordnung von 1654; sie beseitigte im Wesentlichen die terminlichen Processverhandlungen (Tagsatzungen, Tagfahrten), welche ähnlich wie in unserem entarteten Protocollarverfahren zur blossen Form herabgesunken waren; an die Stelle der Vorlage von Schriftsätzen bei den Terminen trat die ausserterminliche Einreichung derselben, die Tagfahrten des reichskammergerichtlichen Verfahrens verwandelten sich in Fristen. Danz a. a. O. §. 376; Wetzell, S. 839, 840. Ohne Zweifel

Processformen wird auch dadurch zur Anschauung gebracht, dass die österreichische Praxis die unverkennbare Tendenz hat, das pseudomündliche Verfahren zu einem rein schriftlichen zu gestalten¹⁹⁾ und es können daher beide für unsere dogmatischen Zwecke als zwei Unterarten des schriftlichen Verfahrens betrachtet werden.

Ein unmittelbar-schriftliches Verfahren ist nun vorhanden, wenn der erkennende Richter und soferne eine Personenmehrheit die Entscheidungen zu fällen hat, die sämtlichen beteiligten Richter die Erklärungen der Parteien aus ihren schriftlichen Aufsätzen selbst kennen gelernt haben. Dagegen ist es als ein mittelbar-schriftliches Verfahren zu betrachten, wenn der entscheidende Richter die schriftlichen Erklärungen der Parteien nicht aus eigener Wahrnehmung, sondern lediglich aus den mündlichen oder schriftlichen Mittheilungen einer Mittelsperson (des Referenten oder der Processparteien) kennen lernt. Von beiden Formen des schriftlichen Verfahrens lassen sich im österreichischen Rechte Beispiele anführen.

Das schriftlich-unmittelbare Verfahren ist in allen Fällen vorhanden, wo ein einzelner Richter einen Rechtsstreit zu

hat auf die Reichshofrathsordnung das damalige österreichische Verfahren, namentlich jenes der verneuten böhmischen Landesordnung von 1627 eingewirkt, welche das nichtprotocollarische schriftliche Verfahren der Reichshofrathsordnung und unseres heutigen österreichischen Processes schon vollständig ausgebildet hat (V. Böhm. L. O. C I ff.). Vgl. auch Menger, Die Zulässigkeit neuen thatsächlichen Vorbringens, (1873), S. 70—92. Von jenen drei Formen des schriftlichen Verfahrens: dem Protocollarverfahren in dem eigentlichen Sinne dieses Wortes, dann dem terminlichen und ausserterminlichen Schriftenwechsel haben unsere Gerichtsordnungen die erste und dritte unter der Bezeichnung des mündlichen und schriftlichen Verfahrens adoptirt, wogegen die zweite (der terminliche Schriftenwechsel) ausgeschlossen bleiben sollte; doch hat sich der letztere durch ein sehr allgemein verbreitetes Gewohnheitsrecht wieder eine sehr umfangreiche Geltung verschafft (s. die folgende Note).

¹⁹⁾ Bekanntlich werden in den pseudomündlichen Processen auf Grundlage eines abändernden Gewohnheitsrechtes (oben S. 91) die gerichtlichen Protocolle, insbesondere wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind, von den Streittheilen und ihren Vertretern ohne Mitwirkung des Richters verfasst und sodann bei Gericht „eingelegt“. Durch diesen Hergang ist das schriftliche und das Protocollarverfahren bis auf unwesentliche äussere Förmlichkeit wieder ganz gleichgestellt worden.

entscheiden hat, der im schriftlichen oder pseudo-mündlichen Verfahren durchgeführt worden ist. Denn wenn ein Einzelrichter die Entscheidung trifft, so bringt es schon die Natur der Sache mit sich, dass er sich hiebei keiner Mittelsperson bedienen kann, sondern von dem Inhalte der schriftlichen Anträge sich durch eigene Wahrnehmung Kenntniss verschaffen muss. Allein auch bei Rechtssachen, die durch eine Personenmehrheit entschieden werden sollen und die sonst das eigenthümliche Gebiet des schriftlich-mittelbaren Verfahrens bilden, ist es dem Vorsitzenden gestattet, wenn ihm die gründliche Entscheidung einer Angelegenheit längere Ueberlegung zu fordern scheint, sämmtliche Acten und die Ausarbeitung des Referenten vor der Berathschlagung denjenigen Stimmführern, welche dabei zugegen sein sollen, mit dem Auftrage mittheilen zu lassen, sich vorläufig zur künftigen Berathung vorzubereiten (§. 169 G. I.) In diesen beiden Fällen gelangt also das schriftliche Processmaterial unmittelbar zur Kenntniss der entscheidenden Richter, ohne dass ihnen dessen Inhalt durch die Person eines Referenten vermittelt wird.

Sieht man von der zuletzt angeführten Ausnahme ab, wo auch in Collegialsachen, welche schriftlich verhandelt worden sind, das schriftlich unmittelbare Verfahren stattfindet, so bildet im Uebrigen auf diesem Gebiete das mittelbar-schriftliche Verfahren die überwiegende Regel. Für jede Rechtssache, die der collegialen Berathung unterliegt, hat nämlich der Gerichtsvorsteher einen Referenten (§. 133 G. I.) und bei besonders wichtigen und rücksichtswürdigen Gegenständen nach seinem Ermessen auch einen Coreferenten (§. 136 G. I.) zu ernennen, durch deren Vermittlung das vorhandene Processmaterial zur Kenntniss der entscheidenden Richter gelangt.

Diese Vermittlung erfolgt in der Weise, dass der Referent über alle wichtigeren oder verwickelteren Angelegenheiten (§. 141 Abs. 2 G. I.), insbesondere aus allen geschlossenen Processen einen Actenauszug fasst (§. 142 Abs. 2 G. I.), welcher das erhebliche Processmaterial in solcher Vollständigkeit enthalten soll, dass die Stimmführer in den Stand gesetzt werden, die Sache ebenso gründlich beurtheilen zu können, als ob sie die Acten selbst gelesen hätten (§. 142 Abs. 2 G. I.). Der verfasste Actenauszug oder die zu erledigende Eingabe selbst wird in der

Berathung, welche der Entscheidung vorangeht, von dem Referenten den Stimmführern vorgelesen; nur bei einfachen Gegenständen kann sich der Referent auf eine mündliche Darstellung des Sachverhaltes beschränken. Einzelne besonders wichtige Elemente des Rechtsstreites, nämlich das von der Partei gestellte Begehren in jenen Fällen, wo es auf den Wortlaut desselben ankommt, ferner die entscheidenden Stellen der angeführten Urkunden müssen aus den Schriftsätzen selbst vorgelesen werden (§. 160 G. I.) und gelangen so unmittelbar zur Kenntniss der entscheidenden Richterversammlung. In der überwiegenden Anzahl von Fällen wird aber das ganze Processmaterial dem Richtercollegium nur durch die Mittheilung des Referenten bekannt, mag diese nun eine rein mündliche sein oder mag ihr ein schriftlicher Aufsatz: der Acten-auszug, zu Grunde liegen.²⁰⁾

Was endlich die Form betrifft, in welcher die richterlichen Entscheidungen im bisherigen (schriftlichen oder pseudo-mündlichen) Verfahren den Parteien bekannt gegeben werden, so ist dieselbe durchgreifend schriftlich, da die Bekanntmachung der Urtheile und Bescheide immer durch Zustellung eines schriftlichen Aufsatzes erfolgt.²¹⁾ Eine mündliche Publication der richterlichen Erkenntnisse findet nicht statt.

Aus dieser Darstellung ergibt sich, dass das österreichische Verfahren seinem vorherrschenden Charakter nach ein schriftliches ist, wenngleich die Terminologie unserer Gesetze mit dieser Auffassung nicht übereinstimmt. Nur auf einem verhältnissmässig minder wichtigen Gebiete der Rechtspflege (in Bagatellsachen) ist das Princip der Mündlichkeit bisher durchgeführt. Wenn also

²⁰⁾ Soweit die neueren Processordnungen ein schriftliches Verfahren als Ausnahmeprocedur zulassen, wird der Inhalt der schriftlichen Processverhandlung dem erkennenden Gericht regelmässig durch ein mündliches Referat vermittelt, welches entweder die Streitparteien selbst oder ein beauftragtes Gerichtsmitglied nach Einsicht der Acten erstattet. Code de proc. Art. 95, 109—112; Hannover, §. 465, 473; Deutsch. Entw. von 1866, §. 562, 566; Württemberg, Art. 794, 798; Deutsch. Entw. von 1874, §. 308, 309; Oesterr. Entw. von 1876, §. 315. Nur die Genfer Processordnung, Art. 95, verlangt, dass jeder von den Richtern, welche über einen Rechtsfall zu erkennen haben, von den Processschriften unmittelbare Kenntniss nehmen muss.

²¹⁾ A. G. O. §. 250; W. G. O. §. 327.

der Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt vom 21. Dec. 1867 Nr. 144 durchgreifend bestimmt, dass die Verhandlungen vor dem erkennenden Richter in Civilangelegenheiten mündlich sind, so ist dies eines jener zahlreichen in den Staatsgrundgesetzen ausgesprochenen Principien, welche ihrer Realisirung im wirklichen Leben noch dermalen harren.

Anders verhält sich unser österreichisches Processrecht zu der Frage der Unmittelbarkeit des Verfahrens. In dieser Richtung scheidet sich das österreichische Verfahren in zwei fast gleiche Gebiete, in welchen das mittelbare und das unmittelbare Verfahren ihre Herrschaft üben. Doch ist keinem Zweifel unterworfen, dass mit der wachsenden Anwendung des mündlichen Verfahrens auch die mittelbaren Formen des Processes immer mehr in den Hintergrund gedrängt werden müssen.
