

A.

## Vorlegung der Gesetz=Entwürfe.

---

a.

### Schreiben des Reichskanzlers.

Deutscher Reichstag.  
2. Legislatur=Periode.  
II. Session 1874.

---

Nr. 6.

Berlin, den 29. October 1874.

Im Namen Seiner Majestät des Kaisers beehrt sich der unterzeichnete Reichskanzler die beiliegenden  
Entwürfe einer Civilprozeß=Ordnung und eines Einführungs=  
Gesetzes zu derselben,  
wie solche vom Bundesrath beschlossen worden sind, nebst Begründung,  
dem Reichstage zur verfassungsmäßigen Beschlußnahme ganz ergebenst  
vorzulegen.

v. Bismarck.

An den Reichstag.

---

b.  
**Entwürfe und Motive.**

**I.**  
**Entwurf**

einer  
Civilprozeß-Ordnung.

| C. 3.

**Wir Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser,  
König von Preußen &c.  
verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundes-  
raths und des Reichstags, was folgt:

**Erstes Buch.**

**Allgemeine Bestimmungen.**

**Erster Abschnitt.**

**Gerichte.**

**Erster Titel.**

**Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.**

§ 1. (Komm. Vorlage § 1, Gesetz § 1.) Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.

§ 2. (R. V. § 2, G. § 2.) In soweit nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.

§ 3. (R. V. § 3, G. § 3.) Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt; dasselbe kann eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

| C. 4. | § 4. (R. V. § 4, G. § 4.) Für die Werthsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend; Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.

§ 5. (R. V. § 5, G. § 5.) Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet; eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.

§ 6. (R. V. § 6, G. § 6.) Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt: durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz, und durch den Betrag einer Forderung, wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht Gegenstand des Streits ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Werth, so ist dieser maßgebend.

§ 7. (R. V. § 7, G. § 7.) Der Werth einer Grunddienstbarkeit wird durch den Werth, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.

§ 8. (R. V. § 8, G. § 8.) Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses, und wenn der fünfundzwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Werthsberechnung entscheidend.

§ 9. (R. V. § 9, G. § 9.) Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werthe des einjährigen Bezugs berechnet, und zwar: auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist, auf den fünfundzwanzigfachen Betrag bei unbeschränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesamtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.

§ 10. (R. V. § 10, G. § 10.) Das Urtheil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.

§ 11. (R. V. § 11, G. § 11.) Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.

## Zweiter Titel.

### Gerichtsstand.

§ 12. (R. V. § 12, G. § 12.) Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

§ 13. (R. V. § 13, G. § 13.) Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird | §. 5. durch den Wohnsitz bestimmt.

§ 14. (R. V. § 14, G. § 14.) Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.

§ 15. (R. V. § 15, G. § 15.) Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der im Deutschen Reiche keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils.

§ 16. (R. V. § 16, G. § 16.) Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz, welchen sie in dem Heimathstaate hatten. In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes gilt die Hauptstadt des Heimathstaates als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

§ 17. (R. V. § 17, G. § 17.) Die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder theilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.

§ 18. (R. V. § 18, G. § 18.) Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz hat, wird durch den Aufenthaltsort im Deutschen Reiche und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz bestimmt.

§ 19. (R. V. § 19, G. § 19.) Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögenmassen, welche als solche verklagt werden können, wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein Anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt, Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.

Die Bestimmungen dieses Paragraphen kommen nicht zur Anwendung, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelt ist.

§ 6.

§ 20. (R. V. § 20, G. § 20.) Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.

§ 21. (R. V. § 21, G. § 21.) Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Diensthofen, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studierende, Schüler oder Lehrlinge sich aufhalten, so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.

§ 22. (R. V. § 22, G. § 22.) Hat Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirtheft, soweit diese Klagen die auf die Bewirtheftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.

§ 23. (R. V. § 23, G. § 23.) Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.

§ 24. (R. V. § 24, G. § 24.) Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.

§ 25. (R. B. § 25, G. § 25.) Für Klagen, durch welche das Eigenthum, eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besißklagen ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht ausschließlich zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.

§ 26. (R. B. § 26, G. § 26.) In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothetischen Klage die Schuldklage, mit der Klage auf Löschung einer Hypothek die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind. | C. 7.

§ 27. (R. B. § 27, G. § 27.) In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigenthümer oder Besißer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden, sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks erhoben werden.

§ 28. (R. B. § 28, G. § 28.) Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlaßgläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet, oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß noch nicht getheilt ist.

§ 29. (R. B. § 29, G. § 29.) Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags, auf Erfüllung oder Aufhebung eines solchen sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist das Gericht des Orts zuständig, wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist.

§ 30. (R. B. § 30, G. § 30.) Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Mefz- und Marktsachen) ist das Gericht des Mefz- oder Markttorts zuständig.

§ 31. (R. B. § 31, G. § 31.) Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.

§ 32. (R. B. § 32, G. § 32.) Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.

§ 33. (R. B. § 33, G. § 33.) Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche in rechtllichem Zusammenhange steht.

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.

§ 34. (R. B. § 34, G. § 34.) Für Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig. | C. 8.

§ 35. (R. B. § 35, G. § 35.) Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.

§ 36. (R. B. § 36, G. § 36.) Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:

- 1) wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;
- 2) wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;
- 3) wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;
- 4) wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;
- 5) wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklären;
- 6) wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

§ 37. (R. B. § 37, G. § 37.) Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.  
Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.

### Dritter Titel.

#### Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§ 38. (R. B. § 38, G. § 38.) Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig.  
Ein Handelsgericht ist befugt, in Rechtsstreitigkeiten, welche nicht zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehören, der Vereinbarung entgegen sich für unzuständig zu erklären, so lange nicht eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist.

§ 39. (R. B. § 39, G. § 39.) Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.

§ 40. (R. B. § 40, G. § 40.) Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.  
Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.

### Vierter Titel.

#### Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§ 41. (R. B. § 41, G. § 41.) Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:

- 1) in Sachen, in welchen er selbst Partei ist oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;
- 2) in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
- 3) in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
- 4) in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;

- 5) in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;  
 6) in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.

§ 42. (R. B. § 42, G. § 42.) Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgniß der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.

§ 43. (R. B. § 43, G. § 43.) Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgniß der Befangenheit nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat.

§ 44. (R. B. § 44, G. § 44.) Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. | §. 10.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.

§ 45. (R. B. § 45, G. § 45.) Ueber das Ablehnungsgesuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausscheiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgesuch für begründet hält.

§ 46. (R. B. § 46, G. § 46.) Die Entscheidung über das Ablehnungsgesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 47. (R. B. § 47, G. § 47.) Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.

§ 48. (R. B. § 48, G. § 48.) Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber dafür hält, daß seine Ablehnung gerechtfertigt sein würde, oder wenn aus anderer Veranlassung Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.

§ 49. (R. B. § 49, G. § 49.) Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

## Zweiter Abschnitt.

### Parteien.

#### Erster Titel.

### Prozeßfähigkeit.

§ 50. (R. B. § 50, G. § 50.) Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche | S. 11. Vertreter) und die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

§ 51. (R. B. § 51, G. § 51.) Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.

§ 52. (R. B. § 52, G. § 52.) Einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen ertheilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist.

§ 53. (R. B. § 53, G. § 53.) Ein Ausländer, welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts die Prozeßfähigkeit zusteht.

§ 54. (R. B. § 54, G. § 54.) Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

§ 55. (R. B. § 55, G. § 55.) Soll eine nicht prozeßfähige Partei verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des § 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gerichte ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.

#### Zweiter Titel.

### Streitgenossenschaft.

§ 56. (R. B. § 56, G. § 56.) Mehrere Personen können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind.

§ 57. (R. B. § 57, G. § 57.) Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden. | S. 12

§ 58. (R. B. § 58, G. § 58.) Streitgenossen stehen, soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs sich ein Anderes ergibt, dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.

§ 59. (R. B. § 59, G. § 59.) Kann das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige, so werden, wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen verfaßt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.

§ 60. (R. B. § 60, G. § 60.) Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die Streitgenossen laden.

### Dritter Titel.

#### Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

§ 61. (R. B. § 61, G. § 61.) Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt, ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits berechtigt, seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen, vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.

Bei einem Handelsgerichte kann ein solcher Anspruch nur dann geltend gemacht werden, wenn er zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehört. Durch diese Bestimmung werden die Vorschriften über die Vereinbarung der Zuständigkeit nicht berührt.

§ 62. (R. B. § 62, G. § 62.) Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.

§ 63. (R. B. § 63, G. § 63.) Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen. | S. 13

§ 64. (R. B. § 64, G. § 64.) Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.

§ 65. (R. B. § 65, G. § 65.) Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

§ 66. (R. B. § 66, G. § 66.) Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozeße erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebenintervenient im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.

§ 67. (R. B. § 67, G. § 68.) Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

So lange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.

§ 68. (R. B. § 68, G. § 69.) Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt, kann bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.

§ 69. (R. B. § 69, G. § 70.) Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen.

S. 14.

§ 70. (R. B. § 70, G. § 71.) Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitrifft, so bestimmt sich sein Verhältniß zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.

Lehnt der Dritte den Beitritt ab oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des § 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.

§ 71. (R. B. § 71, G. § 73.) Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet, kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet, bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder erklärt er sich nicht, so ist der Beklagte berechtigt, dem Klagantrage zu genügen.

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen. Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt.

Hat der Benannte den Prozeß übernommen, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage zu entbinden. Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar.

## Vierter Titel.

### Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§ 72. (R. B. § 72, G. § 74.) Vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten

Richter sowie auf Prozeßhandlungen, welcher vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.

§ 73. (R. B. § 73, G. § 75.) In soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.

§ 74. (R. B. § 74, G. § 76.) Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen.

Eine Privaturkunde muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell beglaubigt werden. Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls. | S. 15

§ 75. (R. B. § 75, G. § 77.) Die Prozeßvollmacht ermächtigt zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden; zur Bestellung eines Vertreters sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.

§ 76. (R. B. § 76, G. § 78.) Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.

§ 77. (R. B. § 77, G. § 79.) Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung, als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.

In soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden.

§ 78. (R. B. § 78, G. § 80.) Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.

§ 79. (R. B. § 79, G. § 81.) Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären. Dies gilt von Geständnissen und anderen tatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterschiedenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.

§ 80. (R. B. § 80, G. § 82.) Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben; der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreite auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.

§ 81. (R. B. § 81, G. § 83.) Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat. | S. 16

§ 82. (R. B. § 82, G. § 84.) Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.

§ 83. (R. B. § 83, G. § 85.) Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht, so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht ertheilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

§ 84. (R. B. § 84, G. § 86.) In soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Partei mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, in soweit es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.

## Fünfter Titel.

### Prozeßkosten.

§ 85. (R. B. § 85, G. § 87.) Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten, soweit dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nothwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei sind in allen Prozeßen zu erstatten, Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nothwendig war. Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.

§ 86. (R. B. § 86, G. § 88.) Wenn jede Partei theils obsiegt theils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen.

Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zuweilforderung der anderen Partei eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.

§ 87. (R. B. § 87, G. § 89.) Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt oder wenn er, ohne auf den Rechtsstreit sich einzulassen, das Versäumnißurtheil gegen sich ergehen läßt.

§ 88. (R. B. § 88, G. § 90.) Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist versäumt, oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Auberäumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt, hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.

§ 89. (R. B. § 89, G. § 91.) Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.

§ 90. (R. B. § 90, G. § 92.) Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war.

§ 91. (R. B. § 91, G. § 93.) Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein Anderes ver-

einbart haben. Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.

§ 92. (R. V. § 92, G. § 94.) Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

§ 93. (R. V. § 93, G. § 95.) Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenerstattung nach Kopftheilen.

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung zum Maßstabe genommen werden.

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.

§ 94. (R. V. § 94, G. § 96.) Die Bestimmungen der §§ 85—91 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten Anwendung.

! Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§ 66), so sind | §. 18. die Vorschriften des § 93 maßgebend.

§ 95. (R. V. § 95, G. § 98.) Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrages ist bei dem Gerichte erster Instanz anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Die Kostenberechnung, die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.

§ 96. (R. V. § 96, G. § 99.) Die Entscheidung über das Festsetzungsgefuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Zur Berücksichtigung eines Ansages genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist. Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.

§ 97. (R. V. § 97, G. § 100.) Sind die Prozeßkosten theilweise nach Quoten vertheilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgefuchs aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einwöchigen Frist bei dem Gerichte einzureichen. Nach fruchtlosem Ablauf der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen. Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.

## Sechstes Titel.

### Sicherheitsstellung.

§ 98. (R. V. § 98, G. § 101.) Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit ist, sofern nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder dieses Gesetzbuch eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt, durch Hinterlegung in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.

§ 99. (R. V. § 99, G. § 102.) Ausländer, welche als Kläger auftreten, haben dem Beklagten auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:

- 1) wenn nach den Gesetzen des Staats, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;
- 2) im Urkunden- oder Wechselprozesse;

- 3) bei Widerklagen;  
 4) bei Klagen, welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;  
 I §. 19. 15) bei Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.

§ 100. (R. B. § 100, G. § 103.) Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

§ 101. (R. B. § 101, G. § 104.) Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

§ 102. (R. B. § 102, G. § 105.) Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei. Wird die Sicherheit binnen dieser Frist nicht geleistet, so ist auf Antrag des Beklagten die Klage für zurückgenommen zu erklären oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.

## Siebenter Titel.

### Armenrecht.

§ 103. (R. B. § 103, G. § 106.) Wer außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten, hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, ein Ausländer nur insoweit, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

§ 104. (R. B. § 104, G. § 107.) Durch die Bewilligung des Armenrechts erlangt die Partei:

- 1) die einstweilige Befreiung von der Berichtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und den Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baaren Auslagen sowie der Stempelsteuer;
- 2) die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;
- 3) das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.

I §. 20. | § 105. (R. B. § 105, G. § 108.) Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.

§ 106. (R. B. § 106, G. § 109.) Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgerichte anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Dem Gesuche ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugniß beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes, der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Bestreitung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugniß auch von der vormundschaftlichen Behörde ausgestellt werden.

§ 107. (R. V. § 107, G. § 110.) Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für den ganzen Rechtsstreit, einschließlich der Zwangsvollstreckung.

§ 108. (R. V. § 108, G. § 112.) Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergibt, daß die Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

§ 109. (R. V. § 109, G. § 113.) Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.

§ 110. (R. V. § 110, G. § 114.) Die Gerichtskosten, von deren Berichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

§ 111. (R. V. § 111, G. § 115.) Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner beizutreiben.

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.

§ 112. (R. V. § 112, G. § 116.) Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts dazu im Stande ist.

§ 113. (R. V. § 113, G. § 117.) Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Berichtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.

§ 114. (R. V. § 114, G. § 118.) Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet Beschwerde statt. | S. 21.

### Dritter Abschnitt.

#### Verfahren.

##### Erster Titel.

#### Mündliche Verhandlung.

§ 115. (R. V. § 115, G. § 119.) Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.

§ 116. (R. V. § 116, G. § 120.) In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet; die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge.

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.

§ 117. (R. V. § 117, G. § 121.) Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:  
1) die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;

- 2) die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt, unter Angabe der zur Begründung derselben dienenden thatsächlichen Verhältnisse;
- 3) die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners;
- 4) die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;
- 5) in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.

§ 118. (R. B. § 118, G. § 122.) Dem vorbereitenden Schriftsatz sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatz Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.

Kommen nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.

§ 119. (R. B. § 119, G. § 123.) Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält, ist mindestens eine Woche, wenn er einen Zwischenstreit betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher eine Gegenerklärung auf neues Vorbringen enthält, ist mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen. Die Zustellung einer schriftlichen Gegenerklärung ist nicht erforderlich, wenn es sich um einen Zwischenstreit handelt.

§ 120. (R. B. § 120, G. § 124.) Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift, wenn eine Terminbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll, andernfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.

§ 121. (R. B. § 121, G. § 125.) Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatz Bezug genommen hat, vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder verkürzt werden.

§ 122. (R. B. § 122, G. § 126.) Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken.

Giebt ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück, so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurtheilen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

§ 123. (R. B. § 123, G. § 127.) Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.

Er erteilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts.

§ 124. (R. B. § 124, G. § 128.) Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.

| Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das | S. 23.  
Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig. Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalte auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.

§ 125. (R. B. § 125, G. § 129.) Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.

Außer diesem Falle sind Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

§ 126. (R. B. § 126, G. § 130.) Der Vorsitzende kann durch Fragen darauf hinwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.

Er kann auf die Bedenken aufmerksam machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.

Er kann einem Mitgliede des Gerichts gestatten, das Fragerecht auszuüben. Eine Frage ist zu stellen, wenn das Gericht diese für angemessen erachtet.

§ 127. (R. B. § 127, G. § 133.) Das Gericht kann anordnen, daß eine Partei die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat, sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen vorlege.

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Uebersetzung beigebracht werde.

§ 128. (R. B. § 128, G. § 134.) Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.

§ 129. (R. B. § 129, G. § 135.) Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.

§ 130. (R. B. § 130, G. § 136.) Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.

| Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche | S. 24.  
mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht.

§ 131. (R. B. § 131, G. § 137.) Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken zc.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei.

§ 132. (R. B. § 132, G. § 138.) Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche

den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.

§ 133. (R. V. § 133, G. § 139.) Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei.

§ 134. (R. V. § 134, G. § 140.) Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergibt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.

§ 135. (R. V. § 135, G. § 141.) Das Gericht kann die von ihm erlassenen, eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen wieder aufheben.

§ 136. (R. V. § 136, G. § 142.) Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war, anordnen.

§ 137. (R. V. § 137, G. § 143.) Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag untersagen.

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, zurückweisen.

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.

§ 138. (R. V. § 138, G. § 144.) Ist eine bei der Verhandlung betheiligte Person zur Aufrechthaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte. Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Unterjagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.

§ 25. | § 139. (R. V. § 139, G. § 145.) Ueber die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte ist ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll enthält:

- 1) den Ort und den Tag der Verhandlung;
- 2) die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers;
- 3) die Bezeichnung des Rechtsstreits;
- 4) die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände;
- 5) die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist.

§ 140. (R. V. § 140, G. § 146.) Der Gang der Verhandlung ist nur im Allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:

- 1) die Anerkennnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird;
- 2) die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;
- 3) die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;
- 4) das Ergebnis eines Augenscheins;
- 5) die Entscheidungen (Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind;
- 6) die Verkündung der Entscheidungen.

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und als solche in demselben bezeichnet ist.

§ 141. (R. B. § 141, G. § 147.) Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.

§ 142. (R. B. § 142, G. § 148.) Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1 bis 4 des § 140 betrifft, den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.

§ 143. (R. B. § 143, G. § 149.) Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste beiziehende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtschreibers.

§ 144. (R. B. § 144, G. § 150.) Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Formlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Formlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig. | S. 26.

§ 145. (R. B. § 145, G. § 151.) Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtschreiber gleichfalls zuzuziehen.

## Zweiter Titel.

### Zustellungen.

§ 146. (R. B. § 146, G. § 152.) Die Zustellungen erfolgen durch Gerichtsvollzieher.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen, in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtschreibers des Prozeßgerichts.

§ 147. (R. B. § 147, G. § 153.) Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.

§ 148. (R. B. § 148, G. § 154.) Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtschreibers zulässig ist, hat dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

§ 149. (R. B. § 149, G. § 155.) Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urchrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.

§ 150. (R. B. § 150, G. § 157.) Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen, erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.

Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen oder verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.

§ 151. (R. B. § 151, G. § 158.) Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen gemeinen Soldaten des Dienststandes erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.).

§ 27. | § 152. (R. B. § 152, G. § 159.) Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Procuristen mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

§ 153. (R. B. § 153, G. § 160.) Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen, daß sie eine daselbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht in Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.

§ 154. (R. B. § 154, G. § 161.) Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen. Geschieht dies nicht, so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher das zuzustellende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.

§ 155. (R. B. § 155, G. § 162.) Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen, müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.

§ 156. (R. B. § 156, G. § 163.) Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.

§ 157. (R. B. § 157, G. § 164.) Die Zustellung eines Schriftsatzes, durch welche ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt an den für die höhere Instanz von dem Gegner bestellten Prozeßbevollmächtigten, wenn ein solcher noch nicht bestellt ist, an den Prozeßbevollmächtigten der zunächst nachgeordneten Instanz, in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten der ersten Instanz.

§ 28. | Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wengleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten, in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen mittelst Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.

§ 158. (R. B. § 158, G. § 165.) Die Zustellungen können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

§ 159. (R. B. § 159, G. § 166.) Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung an eine in der Wohnung anwesende, zu der Familie gehörige oder in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in

demselben Hause wohnenden Hauswirth oder Vermiether erfolgen, wenn diese zur Annahme des zuzustellenden Schriftstücks bereit sind.

§ 160. (R. V. § 160, G. § 167.) Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar, so kann sie dadurch erfolgen, daß das zuzustellende Schriftstück auf der Gerichtschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl mittelst einer an der Thüre der Wohnung zu befestigenden schriftlichen Anzeige, als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.

§ 161. (R. V. § 161, G. § 168.) Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokale nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehilfen erfolgen.

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehülfen oder Schreiber erfolgen.

§ 162. (R. V. § 162, G. § 169.) Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§ 159, 160 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.

§ 163. (R. V. § 163, G. § 170.) Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert, so ist das zuzustellende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.

! § 164. (R. V. § 164, G. § 171.) An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen | S. 29.  
darf eine Zustellung, sofern sie nicht mittelst Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubniß erfolgen.

Die Erlaubniß wird von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ertheilt; sie kann auch von dem Amtsrichter, in dessen Bezirke die Zustellung erfolgen soll, und in Angelegenheiten, welche durch einen beauftragten oder ersuchten Richter zu erledigen sind, von diesem ertheilt werden.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzutheilen.

Eine Zustellung, bei welcher die Bestimmungen dieses Paragraphen nicht beobachtet sind, ist gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.

§ 165. (R. V. § 165, G. § 172.) Ist bei einer Zustellung an den Vertreter mehrerer Betheiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Mittheilung der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Mittheilung nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften mitzutheilen, als Betheiligte vorhanden sind.

§ 166. (R. V. § 166, G. §§ 156, 173.) Ueber die Zustellung ist eine Urkunde aufzunehmen.

Dieselbe ist auf die Urschrift des mitzutheilenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Jeder Person, an welche eine Zustellung erfolgt, ist beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks und der Zustellungsurkunde zu übergeben. Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen mitzutheilenden Schriftstücken durch den Anwalt.

Die Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf die Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, zu übermitteln.

§ 167. (R. V. § 167, G. § 174.) Die Zustellungsurkunde muß enthalten:

- 1) Ort und Zeit der Zustellung;
- 2) die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll;
- 3) die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;
- 4) die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist, in den Fällen der §§ 159, 161, 162 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach § 160 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
- 5) im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zuzustellende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;
- 6) die Bemerkung, daß Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks und der Zustellungsurkunde übergeben ist;
- 17) die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.

§. 30.

§ 168. (R. V. § 168, G. § 175.) Ist die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post (§ 154) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphe unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.

§ 169. (R. V. § 169, G. § 176.) Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.

§ 170. (R. V. § 170, G. § 177.) Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher ein durch sein Dienstiegel verschlossenes, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenes und mit einer Expeditionsnummer bezeichnetes Kowert, in welchem die beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Uebergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des mitzutheilenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.

§ 171. (R. V. § 171, G. § 178.) Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 158—163.

Ueber die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 167 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außerdem die Uebergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Expeditionsnummer nach bezeichneten Kowerts, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des § 166 Absatz 5 zu verfahren hat.

§ 172. (R. V. § 172, G. § 179.) Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 170 und 171 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung.

§ 173. (R. V. § 173, G. § 180.) Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilte Partei die vermehrten Kosten nicht zu tragen.

§ 174. (R. V. § 174, G. § 181.) In Anwaltsprozessen kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekentniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.

§ 175. (R. V. § 175, G. § 182.) Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung erfolgt mittelst Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staats oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.

§. 31.

§ 176. (R. V. § 176, G. § 183.) Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reichs gehören,

mitteltst Ersuchens des Reichskanzlers, wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaats gehören, mitteltst Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaats.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonfulate erfolgen mitteltst Ersuchens des Reichskanzlers.

§ 177. (R. V. § 177, G. § 184.) Zustellungen an Personen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören, können mitteltst Ersuchens an die vorgesetzte Kommandobehörde erfolgen.

§ 178. (R. V. § 178, G. § 185.) Die erforderlichen Ersuchungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.

§ 179. (R. V. § 179, G. § 186.) Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.

§ 180. (R. V. § 180, G. § 187.) Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist, durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt. Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel. Enthält das Schriftstück eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs derselben in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in das von dem Reichskanzler für das gesammte Reich zu bezeichnende Centralblatt erforderlich.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß der Auszug der Ladung noch in andere Blätter und zu mehreren Malen eingerückt werde.

§ 181. (R. V. § 181, G. § 188.) In dem Auszuge der Ladung müssen das Prozeßgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.

§ 182. (R. V. § 182, G. § 189.) Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären. | S. 32.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.

§ 183. (R. V. § 183, G. § 190.) Wird auf ein Gesuch, welches die Zustellung eines demselben beigelegten Schriftstücks mitteltst Ersuchens anderer Behörden oder Beamten oder mitteltst öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insofern durch die Zustellung eine Frist gewahrt und der Lauf der Verjährung oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Ueberreichung des Gesuchs ein.

## Dritter Titel.

## Ladungen, Termine und Fristen.

§ 184. (R. V. § 184, G. § 191.) Die Ladung zu einem Termine erfolgt durch die Partei, welche über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schriftsatz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.

§ 185. (R. V. § 185, G. § 192.) In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Verhandlung über die Klage, über ein Rechtsmittel, über die Aufnahme des Verfahrens (§§ 209, 213), über den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl und über die Aufhebung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.

§ 186. (R. V. § 186, G. § 193.) Die Ladung ist zum Zwecke der Terminbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.

Die Bestimmung der Termine erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden durch den Vorsitzenden.

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Nothfällen anzuberaumen.

§ 187. (R. V. § 187, G. § 194.) Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.

§ 188. (R. V. § 188, G. § 195.) Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.

§ 189. (R. V. § 189, G. § 196.) Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.

§ 190. (R. V. § 190, G. § 197.) Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache. Der Termin ist von einer Partei veräußt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.

§ 191. (R. V. § 191, G. § 198.) Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird, mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist, und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.

§ 192. (R. V. § 192, G. § 199.) Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.

§ 193. (R. V. § 193, G. § 200.) Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.

§ 194. (R. B. § 194, G. § 201.) Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt. Der noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Nothfristen und Fristen in Ferienfachen keine Anwendung.

Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetzbuche als solche bezeichnet werden.

§ 195. (R. B. § 195, G. § 202.) Durch Vereinbarung der Parteien können Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen. | S. 34.

Im Falle der Verlängerung wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet, wenn nicht im einzelnen Falle ein Anderes bestimmt ist.

§ 196. (R. B. § 196, G. § 203.) Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.

§ 197. (R. B. § 197, G. § 204.) Einlassungsfristen, Ladungsfristen, sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Betheiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Betheiligten abschriftlich mitzutheilen.

§ 198. (R. B. § 198, G. § 205.) Die Parteien können die Aufhebung eines Termins vereinbaren.

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.

§ 199. (R. B. § 199, G. § 206.) Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.

§ 200. (R. B. § 200, G. § 207.) Die in diesem Titel dem Gerichte und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

#### Vierter Titel.

### Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 201. (R. B. § 201, G. § 208.) Die Versäumung einer Prozeßhandlung hat zur allgemeinen Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

§ 202. (R. B. § 202, G. § 209.) Einer Androhung der gesetzlichen Folgen der Versäumung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses | S. 35.

Gesehbuch einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag erfordert. Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die veräußerte Prozeßhandlung nachgeholt werden.

§ 203. (R. V. § 203, G. § 210.) Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Veräußerung nicht statt.

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Veräußerung zulässig ist, wird eine Veräußerung, welche in der Verschuldung eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

§ 204. (R. V. § 204, G. § 211.) Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.

Hat eine Partei die Einspruchsfrist veräußert, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn sie von der Zustellung des Veräußerungsurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat.

§ 205. (R. V. § 205, G. § 212.) Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniß gehoben ist; sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der veräußerten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

§ 206. (R. V. § 206, G. § 214.) Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt. Derselbe muß enthalten:

- 1) die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatsachen;
- 2) die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;
- 3) die Nachholung der veräußerten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde veräußert worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegerichte erfolgen.

§ 207. (R. V. § 207, G. § 215.) Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholt Prozeßhandlung zusteht.

§ 208. (R. V. § 208, G. § 216.) Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholt Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.

§ 36. | Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und auf die Anfechtung der Entscheidung finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholt Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.

## Fünfter Titel.

### Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§ 209. (R. V. § 209, G. § 217.) Im Falle des Todes einer Partei tritt eine Unterbrechung des Verfahrens bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.

Wird die Aufnahme verzögert, so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen. Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Veräumnißurtheil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.

§ 210. (R. B. § 210, G. § 218.) Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft, unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen wird.

Wird die Aufnahme verzögert, so finden die Vorschriften des vorstehenden Paragraphen entsprechende Anwendung.

§ 211. (R. B. § 211, G. § 219.) Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei oder hört die Vertretungsbefugniß desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist, so wird das Verfahren unterbrochen, bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.

§ 212. (R. B. § 212, G. § 220.) Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des § 211 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des § 210 in Betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.

§ 213. (R. B. § 213, G. § 221.) Stirbt in Anwaltsprozessen der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht. | S. 37.

Wird diese Anzeige verzögert, so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen. Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, mittelst Aufgabe zur Post (§ 154) erfolgen.

§ 214. (R. B. § 214, G. § 222.) Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.

§ 215. (R. B. § 215, G. § 223.) Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§ 209, 211) eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§ 209, 211, 212; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.

§ 216. (R. B. § 216, G. § 224.) Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welche durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre mit dem Prozeßgerichte abgeschnitten ist, so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.

§ 217. (R. B. § 217, G. § 225.) Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens

ist bei dem Prozeßgerichte anzubringen; es kann vor dem Gerichtschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

§ 218. (R. B. § 218, G. § 226.) Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt.

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.

1 S. 38.

§ 219. (R. B. § 219, G. § 227.) Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.

§ 220. (R. B. § 220, G. § 228.) Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle. Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß.

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.

§ 221. (R. B. § 221, G. § 229.) Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.

---

## Zweites Buch.

### Verfahren in erster Instanz.

---

#### Erster Abschnitt.

#### Verfahren vor den Landgerichten.

##### Erster Titel.

#### Verfahren bis zum Urtheil.

§ 222. (R. B. § 222, G. § 230.) Die Erhebung der Klage erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Derselbe muß enthalten:

- 1) die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
- 2) die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag;
- 3) die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits.

In der Klageschrift soll ferner der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung.

§ 223. (R. B. § 223, G. § 231.) Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. | C. 39.

§ 224. (R. B. § 224, G. § 232.) Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden, wenn für sämtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist.

Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.

§ 225. (R. B. § 225, G. § 233.) Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.

§ 226. (R. B. § 226, G. § 234.) Zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muß ein Zeitraum von mindestens einem Monat liegen (Einlassungsfrist). In Meß- und Marktsachen beträgt die Einlassungsfrist mindestens vierundzwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

§ 227. (R. B. § 227, G. § 235.) Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitsache begründet.

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

- 1) wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben;
- 2) die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt;
- 3) der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.

§ 228. (R. B. § 228, G. § 236.) Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu cediren.

Die Veräußerung oder Cession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebenintervenient auf, so findet der § 66 keine Anwendung.

Die Entscheidung ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar. | C. 40.

§ 229. (R. B. § 229, G. § 237.) Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstück ruhen soll, zwischen dem Besitzer und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet, den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.

§ 230. (R. B. § 230, G. § 238.) Die Bestimmungen des § 228 Abs. 3 und des § 229 kommen insoweit nicht zur Anwendung, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen. In einem solchen Falle kann dem Kläger, welcher veräußert oder cedirt hat, der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden.

§ 231. (R. B. § 231, G. § 239.) Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt. Diese Wirkungen sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, treten unbeschadet der Vorschrift des § 183 mit der Erhebung der Klage ein.

§ 232. (R. B. § 232, G. § 240.) Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes

- 1) die thatsächlichen oder rechtlichen Anführungen ergänzt oder berichtigt werden;
- 2) der Klagantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird;
- 3) statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird.

§ 233. (R. B. § 233, G. § 241.) Die Einwilligung des Beklagten in die Aenderung der Klage ist anzunehmen, wenn derselbe, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.

§ 234. (R. B. § 234, G. § 243.) Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

§ 41. Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist; sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urtheil auszusprechen.

Wird die Klage von Neuem angestellt, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Kostenerstattung erfolgt ist.

§ 235. (R. B. § 235, G. § 244.) Der Beklagte hat dem Kläger mittelst vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, zustellen zu lassen.

§ 236. (R. B. § 236, G. § 245.) In soweit die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche thatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittelst ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzutheilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

Tritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzutheilen sind.

§ 237. (R. B. § 237, G. § 246.) Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.

§ 238. (R. B. § 238, G. § 247.) Prozeßhindernde Einreden sind gleichzeitig und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen.

Als solche Einreden sind nur anzusehen:

- 1) die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts,
- 2) die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs,
- 3) die Einrede der Rechtshängigkeit,
- 4) die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten,
- 5) die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei,

6) die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.

Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.

§ 239. (R. B. § 239, G. § 248.) Ueber prozeßhindernde Einreden ist besonders zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden, wenn der Beklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigert oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abgefonderte Verhandlung anordnet.

Das Urtheil, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei. | §. 42.

§ 240. (R. B. § 240, G. § 250.) Nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden kann das Gericht in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, unter Vertagung der mündlichen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren anordnen.

§ 241. (R. B. § 241, G. § 251.) Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Einreden, Widerklage, Replik u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.

Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche Vorbringen eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der obliegenden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkosten ganz oder theilweise auferlegen.

§ 242. (R. B. § 242, G. § 252.) Vertheidigungsmittel, welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Vertheidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.

§ 243. (R. B. § 243, G. § 253.) Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen, daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

§ 244. (R. B. § 244, G. § 254.) Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.

§ 245. (R. B. § 245, G. § 255.) Jede Partei hat unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.

In Betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels bestimmt.

§ 246. (R. B. § 246, G. § 256.) Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden. | §. 43.

Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden findet die Vorschrift des § 241, Abs. 2 entsprechende Anwendung.

§ 247. (R. B. § 247, G. § 257.) Die Beweisaufnahme und die Anordnung eines

besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisbeschluß wird durch die Vorschriften des fünften bis elften Titels bestimmt.

§ 248. (R. B. § 248, G. § 258.) Ueber das Ergebniß der Beweisaufnahme haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.

Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgt, so haben die Parteien das Ergebniß derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen.

§ 249. (R. B. § 249, G. § 259.) Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetzbuch bezeichneten Fällen gebunden.

§ 250. (R. B. § 250, G. § 260.) Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersehendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung. Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen. Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.

Die Vorschriften über den Schätzungsseid werden aufgehoben.

§ 251. (R. B. § 251, G. § 261.) Die von einer Partei behaupteten Thatfachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.

§ 252. (R. B. § 252, G. § 262.) Die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß demselben eine Behauptung hinzugefügt wird, welche ein selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält.

§ 44. Inwiefern eine vor Gericht erfolgte einräumende Erklärung ungeachtet anderer | zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen als ein Geständniß anzusehen sei, bestimmt sich nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

§ 253. (R. B. § 253, G. § 263.) Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei. In diesem Falle verliert das Geständniß seine Wirksamkeit.

§ 254. (R. B. § 254, G. § 264.) Thatfachen, welche bei dem Gerichte offenkundig sind, bedürfen keines Beweises.

§ 255. (R. B. § 255, G. § 265.) Das in einem anderen Staate geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gerichte unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnißquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.

§ 256. (R. B. § 256, G. § 266.) Wer eine thatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel mit Ausnahme der Eideszuschreibung bedienen, auch zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann, ist unstatthaft.

§ 257. (R. B. § 257, G. § 267.) Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift kann nicht mehr

gerügt werden, wenn die Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte.

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verlegt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.

§ 258. (R. V. § 258, G. § 268.) Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.

§ 259. (R. V. § 259, G. § 269.) Die Anträge müssen aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden.

Soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgetheilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, muß die Verlesung aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsätze erfolgen.

Dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen.

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat die Nichtberücksichtigung der Anträge | §. 45. zur Folge.

§ 260. (R. V. § 260, G. § 270.) Soweit es sich nicht um Anträge (§ 259) handelt, sind wesentliche Erklärungen, welche in vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweichungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Abänderungen bestehen, auf Antrag durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, festzustellen.

In gleicher Weise sind auf Antrag auch Geständnisse sowie die Annahme und Zurückziehung zugesobener Eide festzustellen.

§ 261. (R. V. § 261, G. § 271.) Die Parteien können von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen.

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht der Akten nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.

Die Entwürfe zu Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen oder Strafverfügungen betreffen, werden weder vorgelegt noch abschriftlich mitgetheilt.

## Zweiter Titel.

### Urtheil.

§ 262. (R. V. § 262, G. § 272.) Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen.

Dasselbe gilt, wenn von mehreren, zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Endentscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist.

§ 263. (R. V. § 263, G. § 273.) Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif, so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil) zu erlassen.

Die Erlassung eines Theilurtheils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.

§ 264. (R. B. § 264, G. § 274.) Ist von dem Beklagten mittelst Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Entscheidung reif ist, diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen.

§ 46. | § 265. (R. B. § 265, G. § 275.) Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel oder ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen.

§ 266. (R. B. § 266, G. § 276.) Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig, so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden.

Das Urtheil ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen; das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, daß über den Betrag zu verhandeln sei.

§ 267. (R. B. § 267, G. § 277.) Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Ansprüche abzuweisen, wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.

§ 268. (R. B. § 268, G. § 278.) Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen.

§ 269. (R. B. § 269, G. § 279.) Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.

Ueber die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.

§ 270. (R. B. § 270, G. § 280.) Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.

§ 271. (R. B. § 271, G. § 281.) Die Verkündung des Urtheils erfolgt in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll.

§ 272. (R. B. § 272, G. § 282.) Die Verkündung des Urtheils erfolgt durch Vorlesung der Urtheilsformel. Veräumnisurtheile können verkündet werden, auch wenn die Urtheilsformel noch nicht schriftlich abgefaßt ist.

Wird die Verkündung der Entscheidungsgründe für angemessen erachtet, so erfolgt sie durch Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mittheilung des wesentlichen Inhalts.

§ 273. (R. B. § 273, G. § 283.) Die Wirksamkeit der Verkündung eines Urtheils ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Verkündung gilt auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt, welche den Termin veräußt hat.

§ 47. | Die Befugniß einer Partei auf Grund eines verkündeten Urtheils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urtheile in anderer Weise Gebrauch zu machen, ist von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig, soweit nicht dieses Gesetzbuch ein Anderes bestimmt.

§ 274. (R. B. § 274, G. § 284.) Das Urtheil enthält:

- 1) die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;
- 2) die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;
- 3) eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);
- 4) die Entscheidungsgründe;

5) die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel.

Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen.

§ 275. (R. V. § 275, G. § 285.) Der Thatbestand des Urtheils liefert rüchftlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.

§ 276. (R. V. § 276, G. § 286.) Das Urtheil ist von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben. Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes auf die Dauer einer Woche und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beitzenden Richter unter dem Urtheile bemerkt.

Der Gerichtsschreiber hat auf dem Urtheile den Tag der Verkündung zu bemerken und diese Bemerkung zu unterschreiben.

§ 277. (R. V. § 277, G. §§ 286, 287.) Der Gerichtsschreiber hat die verkündeten und unterschriebenen Urtheile in ein Verzeichniß zu bringen. Das Verzeichniß wird an bestimmten, von dem Vorsitzenden im Voraus festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der Gerichtsschreiberei ausgehängt.

Ein Urtheil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefaßt war, ist vor Ablauf einer Woche vom Tage der Verkündung an gerechnet in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber zu übergeben.

§ 278. (R. V. § 278, G. § 288.) Die Zustellung der Urtheile erfolgt auf Betreiben der Parteien.

So lange das Urtheil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften desselben nicht ertheilt werden.

Die Ausfertigungen und Auszüge der Urtheile sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

§ 279. (R. V. § 279, G. § 289.) Das Gericht ist an die Entscheidung, welche | §. 48. in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurtheilen enthalten ist, gebunden.

§ 280. (R. V. § 280, G. § 290.) Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.

Ueber die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheile und den Ausfertigungen bemerkt.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen dem Antrage auf Berichtigung Folge gegeben wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 281. (R. V. § 281, G. § 291.) Enthält der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in welches das Urtheil eingetragen ist.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheile und den Ausfertigungen bemerkt.

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Aenderung des übrigen Theils des Urtheils nicht zur Folge.

§ 282. (R. V. § 282, G. § 292.) Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt-

oder Nebenanspruch oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder theilweise übergangen ist, so ist auf Antrag das Urtheil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urtheils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreits zum Gegenstande.

§ 283. (R. V. § 283, G. § 293.) Urtheile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittelst Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll.

Der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist.

1 §. 49. | § 284. (R. V. § 284, G. § 294.) Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden.

Die Vorschriften der §§ 270, 271 finden auf Beschlüsse des Gerichts, die Vorschriften der §§ 273, 278 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung.

Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts oder nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.

### Dritter Titel.

#### Versäumnisurtheil.

§ 285. (R. V. § 285, G. § 295.) Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurtheil dahin zu erlassen, daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.

§ 286. (R. V. § 286, G. § 296.) Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurtheil, so ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen.

Soweit dasselbe den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

§ 287. (R. V. § 287, G. § 297.) Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist oder welche zur Fortsetzung derselben vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.

§ 288. (R. V. § 288, G. § 298.) Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt.

§ 289. (R. V. § 289, G. § 299.) Wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatfachen, Urkunden oder Eideszuschreibungen nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.

§ 290. (R. V. § 290, G. § 300.) Der Antrag auf Erlassung eines Versäumnisurtheils ist zurückzuweisen, unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:

- 1) wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;

- 2) wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;  
 3) wenn der nicht erschienenen Partei ein thatfächliches mündliches Vorbringen | C. 50.  
 oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittelst Schriftsatzes mitgetheilt war.

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.

§ 291. (R. B. § 291, G. § 301.) Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt. Wird der Beschluß aufgehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine nicht zu laden.

§ 292. (R. B. § 292, G. § 302.) Das Gericht kann von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils vertagen, wenn es dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwehbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine zu laden.

§ 293. (R. B. § 293, G. § 303.) Der Partei, gegen welche ein Versäumnisurtheil erlassen ist, steht gegen dasselbe der Einspruch zu.

§ 294. (R. B. § 294, G. § 304.) Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurtheils.

Muß die Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnisurtheile oder nachträglich durch besonderen Beschluß, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, zu bestimmen.

§ 295. (R. B. § 295, G. § 305.) Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:

- 1) die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;
- 2) die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Einspruch eingelegt werde;
- 3) die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache.

Der Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist.

§ 296. (R. B. § 296, G. § 306.) Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Fehlt es einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.

§ 297. (R. B. § 297, G. § 307.) Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand.

§ 298. (R. B. § 298, G. § 308.) Insoweit die Entscheidung, welche auf Grund | C. 51.  
 der neuen Verhandlung zu erlassen ist, mit der in dem Versäumnisurtheile enthaltenen Entscheidung übereinstimmt, ist auszusprechen, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das Versäumnisurtheil in dem neuen Urtheile aufgehoben.

§ 299. (R. B. § 299, G. § 309.) Ist das Versäumnisurtheil in gesetzlicher Weise ergangen, so sind die durch die Versäumnis veranlaßten Kosten, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn in Folge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird.

§ 300. (R. B. § 300, G. § 310.) Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat, aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Haupt-

sache verhandelt, steht gegen das Versäumnißurtheil, durch welches der Einspruch verworfen wird, ein weiterer Einspruch nicht zu.

§ 301. (R. B. § 301, G. § 311.) In Betreff des Verzichts auf den Einspruch und der Zurücknahme desselben finden die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und die Zurücknahme derselben entsprechende Anwendung.

§ 302. (R. B. § 302, G. § 312.) Die Vorschriften dieses Titels finden auf das Verfahren, welches eine Widerklage oder die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung.

War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt, so beschränkt sich das Versäumnißverfahren und das Versäumnißurtheil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits. Die Vorschriften dieses Titels finden entsprechende Anwendung.

#### Vierter Titel.

### Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

§ 303. (R. B. § 303, G. § 313.) Stellt sich in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar heraus, so kann das Prozeßgericht ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter anordnen.

§ 304. (R. B. § 304, G. § 314.) In dem Beschlusse, durch welchen das vorbereitende Verfahren angeordnet wird, ist der beauftragte Richter zu bezeichnen und der Termin zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen. Ist die Terminbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird dieser verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernannt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

§ 305. (R. B. § 305, G. § 315.) In dem vorbereitenden Verfahren ist zu Protokoll festzustellen:

- 1) welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend gemacht werden;
- 2) welche Ansprüche und welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel streitig oder unstreitig sind;
- 3) in Ansehung der bestrittenen Ansprüche und der bestrittenen Angriffs- und Vertheidigungsmittel das Sachverhältniß nebst den von den Parteien bezeichneten Beweismitteln, den geltend gemachten Beweiseinreden, den abgegebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden und den gestellten Anträgen.

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche zur Anwendung kommen würden, wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre; dasselbe ist fortzusetzen, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint.

§ 306. (R. B. § 306, G. § 316.) Erscheint eine Partei in einem Termine vor dem beauftragten Richter nicht, so hat dieser das Vorbringen der erschienenen Partei in Gemäßheit der Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen zu Protokoll festzustellen und einen neuen Termin anzuberaumen. Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine unter Mittheilung einer Abschrift des Protokolls zu laden.

Erscheint die Partei auch in dem neuen Termine nicht, so gelten die in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden und ist das vorbereitende Verfahren bezüglich derselben nicht weiter fortzusetzen.

§ 307. (R. B. § 307, G. § 317.) Nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens ist der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

§ 308. (R. B. § 308, G. § 318.) Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das Ergebniß des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls vorzutragen.

Ist eine Partei nicht erschienen, so sind Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, durch Theilurtheil zu erledigen. Im Uebrigen ist auf Antrag ein Versäumnisurtheil zu erlassen.

§ 309. (R. B. § 309, G. § 319.) Eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatfachen, über Urkunden oder Eideszuschreibungen kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden.

Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind, können in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien.

### | Fünfter Titel.

| §. 53.

#### Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§ 310. (R. B. § 310, G. § 320.) Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur in den durch dieses Gesetzbuch bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.

§ 311. (R. B. § 311, G. § 321.) Steht der Aufnahme des Beweises ein Hinderniß von ungewisser Dauer entgegen, so ist auf Antrag eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

§ 312. (R. B. § 312, G. § 322.) Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.

§ 313. (R. B. § 313, G. § 323.) Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe durch Beweisbeschluß anzuordnen.

§ 314. (R. B. § 314, G. § 324.) Der Beweisbeschluß enthält:

- 1) die Bezeichnung der streitigen Thatfachen, über welche der Beweis zu erheben ist;
- 2) die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;
- 3) die Bezeichnung der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat;
- 4) die Eidesnorm, wenn die Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides angeordnet wird.

§ 315. (R. B. § 315, G. § 325.) Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Aenderung desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden.

§ 316. (R. B. § 316, G. § 326.) Soll die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgerichts erfolgen, so wird bei der Verkündung des Beweisbeschlusses durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter bezeichnet und der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt.

Ist die Terminbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.

§ 317. (R. B. § 317, G. § 327.) Soll die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht erfolgen, so ist das Ersuchungsschreiben von dem Vorsitzenden zu erlassen.

Die auf die Beweisaufnahme sich beziehenden Verhandlungen werden in Urschrift | §. 54.

von dem ersuchten Richter dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts übersendet, welcher die Parteien von dem Eingange benachrichtigt.

§ 318. (R. B. § 318, G. § 328.) Soll die Beweisaufnahme im Auslande erfolgen, so hat der Vorsitzende die zuständige Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen.

Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

§ 319. (R. B. § 319, G. § 329.) Wird eine ausländische Behörde ersucht, den Beweis aufzunehmen, so kann das Gericht anordnen, daß der Beweisführer das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben habe.

Das Gericht kann sich auf die Anordnung beschränken, daß der Beweisführer eine den Gesetzen des fremden Staats entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe.

In beiden Fällen ist in dem Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, binnen welcher von dem Beweisführer die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.

Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntniß zu setzen, daß derselbe seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermeßen, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt sei.

§ 320. (R. B. § 320, G. § 330.) Der beauftragte oder ersuchte Richter ist ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß erscheinen lassen, dieses Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntniß zu setzen.

§ 321. (R. B. § 321, G. § 331.) Erhebt sich bei der Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit, von dessen Erledigung die Fortsetzung der Beweisaufnahme abhängig und zu dessen Entscheidung der Richter nicht berechtigt ist, so erfolgt die Erledigung durch das Prozeßgericht.

Der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

§ 322. (R. B. § 322, G. § 332.) Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.

Eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme ist bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer  
| C. 55. Stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und im Falle des Antrags auf Vervollständigung, daß durch ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei.

§ 323. (R. B. § 323, G. § 333.) Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben erforderlich, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in dem früheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen.

§ 324. (R. B. § 324, G. § 334.) Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, daß sie nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden.

§ 325. (R. B. § 325, G. § 335.) Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.

In dem Beweisbeschlusse, welcher anordnet, daß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen solle, kann zugleich der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte bestimmt werden. Ist dies nicht geschehen, so wird nach Beendigung der Beweisaufnahme dieser Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.

### Sechster Titel.

#### Beweis durch Augenschein.

§ 326. (R. V. § 326, G. § 336.) Die Ansetzung des Beweises durch Augenschein erfolgt durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins und durch die Angabe der zu beweisenden Thatfachen.

§ 327. (R. V. § 327, G. § 337.) Das Prozeßgericht kann anordnen, daß bei der Einnahme des Augenscheins ein oder mehrere Sachverständige zuzuziehen seien.

Es kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenscheins übertragen, auch die Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen überlassen.

### Siebenter Titel.

#### Zeugensbeweis.

§ 328. (R. V. § 328, G. § 338.) Die Ansetzung des Zeugenbeweises erfolgt durch die Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Thatfachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll.

§ 329. (R. V. § 329, G. § 339.) Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatfachen benannt werden, ist [auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung | S. 56. die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher genannt hat.

§ 330. (R. V. § 330, G. § 340.) Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte übertragen werden:

- 1) wenn zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint;
- 2) wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;
- 3) wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen;
- 4) wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält.

Die Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen.

§ 331. (R. V. § 331, G. § 342.) Die Ladung der Zeugen ist von dem Gerichtschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluss auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen.

Die Ladung muß enthalten:

- 1) die Bezeichnung der Parteien;
- 2) die Thatfachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll;
- 3) die Anweisung, zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch das Gesetz angedrohten Strafen in dem nach Zeit und Ort zu bezeichnenden Termine zu erscheinen.

§ 332. (R. V. § 332, G. § 343.) Die Ladung einer dem aktiven Heere angehörenden Person des Soldatenstandes als Zeuge erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde.

§ 333. (R. V. § 333, G. § 334.) Das Gericht kann die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Vorschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.

§ 334. (R. V. § 334, G. § 345.) Ein ordnungsmäßig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint, ist, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

I C. 57.

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe verdoppelt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.

§ 335. (R. V. § 335, G. § 346.) Die Verurtheilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn der Zeuge sein Ausbleiben genügend entschuldigt hat. Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so werden die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben.

Die Anzeigen und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder mündlich in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Termine angebracht werden.

§ 336. (R. V. § 336, G. § 348.) Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:

- 1) der Verlobte einer Partei;
- 2) der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
- 3) diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;
- 4) Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;
- 5) Personen, welchen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

Die unter Nr. 1—3 bezeichneten Personen sind vor der Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zu belehren.

Die Vernehmung der Nr. 4. 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugniß nicht verweigert wird, auf Thatsachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugniß nicht abgelegt werden kann.

§ 337. (R. V. § 337, G. § 349.) Das Zeugniß kann verweigert werden:

- 1) über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im § 336 Nr. 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;
- 2) über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im § 336 Nr. 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Schande gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;
- 3) über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimniß zu offenbaren.

I C. 58.

§ 338. (R. B. § 338, G. § 350.) In den Fällen des § 336 Nr. 1—3 und des § 337 Nr. 1 darf der Zeuge das Zeugniß nicht verweigern:

- 1) über die Errichtung und den Inhalt eines Rechtsgeschäfts, bei dessen Errichtung er als Zeuge zugezogen war;
- 2) über Geburten, Verherrathungen oder Sterbefälle von Familiengliedern;
- 3) über Thatfachen, welche die durch das Familienverhältniß bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen;
- 4) über diejenigen auf das streitige Rechtsverhältniß sich beziehenden Handlungen, welche von ihm selbst als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen sein sollen.

Die im § 336 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugniß nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.

§ 339. (R. B. § 339, G. § 351.) Der Zeuge, welcher das Zeugniß verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder in diesem Termine die Thatfachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen.

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des § 336 Nr. 4, 5 die mit Berufung auf einen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt, so ist er nicht verpflichtet, in dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine zu erscheinen.

Von dem Eingange einer Erklärung des Zeugen oder von der Aufnahme einer solchen zum Protokolle hat der Gerichtsschreiber die Parteien zu benachrichtigen.

§ 340. (R. B. § 340, G. § 352.) Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung wird von dem Prozeßgerichte nach Anhörung der Parteien entschieden.

Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen.

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.

§ 341. (R. B. § 341, G. § 353.) Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt und ist er in dem Termine nicht erschienen, so hat auf Grund seiner Erklärungen ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten.

§ 342. (R. B. § 342, G. § 354.) Erfolgt die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so sind die Erklärungen des Zeugen, wenn sie nicht schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben sind, nebst den Erklärungen der Parteien in das Protokoll aufzunehmen.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte werden der Zeuge und die Parteien von Amtswegen geladen.

! Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklärungen hat ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten. Nach dem Vortrage des Berichterstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer Anträge das Wort nehmen; neue Thatfachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden. | S. 59.

§ 343. (R. B. § 343, G. § 355.) Wird das Zeugniß oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder, nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist, verweigert, so ist der Zeuge, ohne daß es eines Antrags bedarf, in die durch die Weigerung verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.

Im Falle wiederholter Weigerung ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen, jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in der Instanz hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden entsprechende Anwendung.

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

§ 344. (R. V. § 344, G. §§ 356, 357.) Vor der Vernehmung hat der Zeuge, sofern nicht beide Theile auf die Beeidigung verzichten, einen Eid dahin zu leisten: daß er nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde.

§ 345. (R. V. § 345, G. § 358.) Unbeeidigt sind zu vernehmen:

- 1) Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechszehnte Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandeschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;
- 2) Personen, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden;
- 3) die nach § 336 Nr. 1—3 und § 337 Nr. 1. 2 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen, sofern sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, die im § 337 Nr. 1. 2. bezeichneten Personen jedoch nur dann, wenn sie lediglich über solche Thatfachen vorgeschlagen sind, auf welche sich das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht;
- 4) Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar betheiligt sind.

Das Prozeßgericht kann die nachträgliche Beeidigung der unter den beiden letzten Nummern bezeichneten Personen dahin anordnen: daß der Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe.

§ 346. (R. V. § 346, G. § 359.) Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.

§ 60. | Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenübergestellt werden.

§ 347. (R. V. § 347, G. § 360.) Die Vernehmung beginnt damit, daß der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Religionsbekenntniß, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.

§ 348. (R. V. § 348, G. § 361.) Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben.

Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nöthigenfalls weitere Fragen zu stellen.

Der Vorsitzende kann einem Mitgliede des Gerichts gestatten, das Fragerecht auszuüben.

Eine Frage ist zu stellen, wenn das Gericht diese für angemessen erachtet.

§ 349. (R. V. § 349, G. § 362.) Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.

Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.

Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.

§ 350. (R. V. § 350, G. § 363.) Das Prozeßgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen.

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozeßgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen.

§ 351. (R. V. § 351, G. § 364.) Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten, der Gegner kann aber verlangen, daß der erschienene

Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, daß dieselbe fortgesetzt werde.

§ 352. (R. B. § 352, G. § 365.) Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ist ermächtigt, im Falle des Nichterscheinens oder der Zeugnißverweigerung die gesetzlichen Verfügungen zu treffen, auch dieselben, soweit dieses überhaupt zulässig ist, selbst nach Erledigung des Antrags wieder aufzuheben, über die Zulässigkeit einer auf Antrag dem Zeugen vorzulegenden bestimmten Frage vorläufig zu entscheiden und die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vorzunehmen.

§ 353. (R. B. § 353, G. § 366.) Jeder Zeuge hat nach Maßgabe der Gebührenordnungen auf Entschädigung für Zeitversäumniß und, wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten Anspruch, welche durch die Reise und den Aufenthalt am Orte der Vernehmung verursacht werden. | C. 61.

## Achter Titel.

### Beweis durch Sachverständige.

§ 354. (R. B. § 354, G. § 367.) Auf den Beweis durch Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insofern nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind.

§ 355. (R. B. § 355, G. § 368.) Die Anretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte.

§ 356. (R. B. § 356, G. § 369.) Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Prozeßgericht. Dasselbe kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Es kann an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.

Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden.

§ 357. (R. B. § 357, G. § 370.) Das Prozeßgericht kann den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigen. Derselbe hat in diesem Falle die in dem vorstehenden Paragraphen dem Prozeßgerichte beizulegenden Befugnisse auszuüben.

§ 358. (R. B. § 358, G. § 371.) Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, daß der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.

Das Ablehnungsgesuch ist bei demjenigen Gerichte oder Richter, von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist, vor der Vernehmung desselben, bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkte ist die Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekant geworden sei. Das Ablehnungsgesuch kann vor dem Gerichtschreiber zu Protokoll erklärt werden.

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen.

Die Entscheidung erfolgt von dem im zweiten Absätze bezeichneten Gerichte oder Richter; eine vorgängige mündliche Verhandlung der Betheiligten ist nicht erforderlich.

Gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, durch welchen dieselbe für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 359. (R. B. § 359, G. § 372.) Der zum Sachverständigen Ernannte hat | C. 62.  
der Ernennung Folge zu leisten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniß Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist.

Zur Erstattung des Gutachtens ist auch derjenige verpflichtet, welcher sich zu derselben vor Gericht bereit erklärt hat.

§ 360. (R. B. § 360, G. § 373.) Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugniß zu verweigern, berechtigen einen Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens. Das Gericht kann auch aus anderen Gründen einen Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbinden.

Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen findet nicht statt, wenn die vorgesetzte Behörde des Beamten erklärt, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachtheile bereiten würde.

§ 361. (R. B. § 361, G. § 374.) Im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zur Erstattung des Gutachtens verpflichteten Sachverständigen wird dieser zum Erfasse der Kosten und zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark, welche bei wiederholtem Ungehorsam verdoppelt werden kann, verurtheilt.

Gegen den Beschluß findet Beschwerde statt.

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.

§ 362. (R. B. § 362, G. § 375.) Der Sachverständige hat, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten, vor Erstattung des Gutachtens einen Eid dahin zu leisten:

daß er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde.

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.

§ 363. (R. B. § 363, G. § 376.) Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe das schriftliche Gutachten erläutere.

§ 364. (R. B. § 364, G. § 377.) Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.

Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.

| S. 63.

§ 365. (R. B. § 365, G. § 378.) Der Sachverständige hat nach Maßgabe der Gebührenordnungen auf Entschädigung für Zeitversäumniß, auf Erstattung der ihm verursachten Kosten und außerdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung Anspruch.

§ 366. (R. B. § 366, G. § 379.) Insoweit zum Beweise vergangener Thatfachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.

## Unterr Titel.

### Beweis durch Urkunden.

§ 367. (R. B. § 367, G. § 380.) Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden), begründen, wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind, vollen Beweis der beurkundeten Vorgänge.

Der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts ist zulässig.

§ 368. (R. B. § 368, G. § 381.) Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittelst gerichtlich oder notariell belaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.

§ 369. (R. B. § 369, G. § 382.) Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.

§ 370. (R. B. § 370, G. § 383.) Öffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§ 367, 369 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen.

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.

Beruhet das Zeugniß nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann Anwendung, wenn sich aus den Landesgesetzen ergibt, daß die Beweisraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.

§ 371. (R. B. § 371, G. § 384.) Inwiefern Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel die Beweisraft einer Urkunde ganz oder theilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung.

§ 372. (R. B. § 372, G. § 385.) Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Vorlegung der Urkunde. | S. 64.

§ 373. (R. B. § 373, G. § 386.) Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.

§ 374. (R. B. § 374, G. § 487.) Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet:

- 1) wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;
- 2) wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind. Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Betheiligten oder zwischen einem derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen.

§ 375. (R. B. § 375, G. § 388.) Der Gegner ist auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsatz geschehen ist.

§ 376. (R. B. § 376, G. § 389.) Der Antrag soll enthalten:

- 1) die Bezeichnung der Urkunde;
- 2) die Bezeichnung der Thatsachen, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen;
- 3) die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde;
- 4) die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet;
- 5) die Bezeichnung des Grundes, welcher die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergibt. Der Grund ist glaubhaft zu machen.

§ 377. (R. B. § 377, G. § 390.) Erachtet das Gericht die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich und für begründet, so ordnet es, wenn der Gegner zugestehet, daß die Urkunde sich in seinen Händen befinde oder wenn der Gegner sich über den Antrag nicht erklärt, die Vorlegung der Urkunde an.

§ 378. (R. V. § 378, G. § 391.) Bestreitet der Gegner, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so hat er einen Eid dahin zu leisten:

I S. 65.

daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde.

Auf die Leistung des Eides durch Streitgenossen, gesetzliche Vertreter, Minderjährige und Verschwender finden die Vorschriften der §§ 416—418. entsprechende Anwendung.

Hat eine öffentliche Behörde Urkunden vorzulegen, so wird der Eid von dem Beamten geleistet, welchem die Verwahrung der Urkunden übertragen ist.

§ 379. (R. V. § 379, G. § 392.) Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig und, wenn eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht ist, die Thatsache als bewiesen anzusehen, welche durch die Urkunde unmittelbar bewiesen werden soll.

§ 380. (R. V. § 380, G. § 393.) Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen eines Dritten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen.

§ 381. (R. V. § 381, G. § 394.) Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet; er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genöthigt werden.

§ 382. (R. V. § 382, G. § 395.) Zur Begründung des nach § 380 zu stellenden Antrags hat der Beweisführer den Erfordernissen des § 376 Nr. 1—3. 5. zu genügen und außerdem glaubhaft zu machen, daß die Urkunde sich in den Händen des Dritten befinde.

§ 383. (R. V. § 383, G. § 396.) Ist die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, erheblich und der Antrag den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend, so hat das Gericht eine Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisführer zu erwirkenden Termine zu bestimmen.

Der Gegner kann die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Ablaufe der Frist beantragen, wenn die Klage gegen den Dritten erledigt ist oder wenn der Beweisführer die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Prozesses oder der Zwangsvollstreckung verzögert.

§ 384. (R. V. § 384, G. § 397.) Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, die Behörde oder den Beamten um die Mittheilung der Urkunde zu ersuchen.

Diese Vorschrift findet auf Urkunden, welche die Parteien nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts zu beschaffen im Stande sind, keine Anwendung.

I S. 66. § 385. (R. V. § 385, G. § 398.) Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichn- | ten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§ 380, 384 angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.

§ 386. (R. V. § 386, G. § 399.) Wenn die Vorlegung einer Urkunde bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgniß des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, so kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte geschehe.

§ 387. (R. V. § 387, G. § 400.) Eine öffentliche Urkunde kann in Urschrift oder in einer beglaubigten Abschrift, welche hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, vorgelegt werden; das Gericht kann jedoch anordnen, daß der Beweisführer die Urschrift vorlege oder die Thatfachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.

§ 388. (R. V. § 388, G. § 401.) Der Beweisführer kann nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde nur mit Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten.

§ 389. (R. V. § 389, G. § 402.) Urkunden, welche nach Form und Inhalt als von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen, haben die Vermuthung der Echtheit für sich.

Das Gericht kann, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.

§ 390. (R. V. § 390, G. § 403.) Ob eine Urkunde, welche als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermesen.

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt die Legalisation durch einen Consul oder Gesandten des Reichs.

§ 391. (R. V. § 391, G. § 404.) Ueber die Echtheit einer Privaturkunde hat sich der Gegner des Beweisführers nach Vorschrift des § 125 zu erklären.

Befindet sich unter der Urkunde eine Namensunterschrift, so ist die Erklärung auf die Echtheit der Unterschrift zu richten.

Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen, | wenn | S. 67.  
nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.

§ 392. (R. V. § 392, G. § 405.) Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.

Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt, so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich.

§ 393. (R. V. § 393, G. § 406.) Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden.

In diesem Falle hat der Beweisführer zur Vergleichung geeignete Schriften vorzulegen oder deren Mittheilung in Gemäßheit der Bestimmung des § 384 zu beantragen und erforderlichen Falls den Beweis der Echtheit derselben anzutreten.

Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften in den Händen des Gegners, so ist dieser auf Antrag des Beweisführers zur Vorlegung verpflichtet. Die Bestimmungen der §§ 373—378 finden entsprechende Anwendung. Kommt der Gegner der Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen oder den in § 378 bestimmten Eid zu leisten, nicht nach, so gilt der Echtheitsbeweis als geführt.

Macht der Beweisführer glaubhaft, daß in den Händen eines Dritten geeignete Vergleichungsschriften sich befinden, deren Vorlegung er im Wege der Klage zu erwirken im Stande sei, so finden die Vorschriften des § 383 entsprechende Anwendung.

§ 394. (R. V. § 394, G. § 407.) Ueber das Ergebniß der Schriftvergleichung hat das Gericht nach freier Ueberzeugung, geeigneten Falls nach Anhörung von Sachverständigen zu entscheiden.

§ 395. (R. V. § 395, G. § 408.) Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, werden bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt, sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.

§ 396. (R. V. § 396, G. § 409.) Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.

### Zehnter Titel.

### Beweis durch Eid.

§ 397. (R. V. § 397, G. § 410.) Die Eideszuschreibung ist nur über Thatsachen zulässig, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind.

1 § 398. (R. V. § 398, G. § 411.) Die Eideszuschreibung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig.

§ 399. (R. V. § 399, G. § 412.) Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschreibung nicht die Beweispflicht.

§ 400. (R. V. § 404a, G. § 418.) Wird Beweis bezüglich einer Thatsache von derselben Partei durch Eideszuschreibung und durch andere Beweismittel, oder von der einen Partei durch Eideszuschreibung, von der anderen Partei durch andere Beweismittel angetreten, so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschohen, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.

§ 401. (R. V. § 401, G. § 413.) Die Zurückschreibung des Eides ist nur insofern zulässig, als nach den Bestimmungen des § 397 die Zuschreibung desselben zulässig sein würde.

Sie findet nicht statt, wenn die Partei, welcher der Eid zugeschohen ist, nicht aber die Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde.

§ 402. (R. V. § 402, G. § 414.) Der Eid kann nur der Partei, nicht einem Dritten zugeschohen oder zurückgeschoben werden. Die Zuschreibung oder Zurückschreibung an einen Neben-Intervenienten findet nur statt, wenn dieser als Streitgenosse der Hauptpartei anzusehen ist (§ 66).

§ 403. (R. V. § 403, G. § 416.) Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegner über die bestimmt zu bezeichnende Thatsache der Eid zugeschohen werde.

§ 404. (R. V. § 404, G. §§ 417, 419.) Die Partei, welcher der Eid zugeschohen ist, hat sich zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe, selbst wenn sie Einwendungen in Beziehung auf die Eideszuschreibung vorbringt.

Giebt die Partei keine Erklärung ab oder schiebt sie in einem Falle, in welchem die Zurückschreibung unzulässig ist, den Eid zurück, ohne denselben bedingt anzunehmen, so wird der Eid als verweigert angesehen.

Ist der Eid nur für den Fall zugeschohen oder als zugeschohen anzusehen, daß die Aufnahme anderer Beweismittel erfolglos bleiben werde, so ist die Erklärung über die Eideszuschreibung spätestens in demjenigen Termine abzugeben, in welchem über das Ergebnis der anderen Beweise verhandelt wird.

§ 405. (R. V. § 405, G. § 421.) Der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne ausdrückliche Erklärung über die Annahme als von dem Beweisführer angenommen.

§ 406. (R. V. § 406, G. §§ 422, 423.) Wird der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt oder wird glaubhaft gemacht, daß der Gegner erst nach erfolgter Zuschreibung oder Zurückschreibung des Eides von einer solchen Verurtheilung Kenntniß erlangt habe, so kann der Gegner die Zuschreibung oder Zurückschreibung des Eides widerrufen.

Außer diesem Falle ist der Widerruf der Zuschreibung des Eides nach erfolgter

Annahme oder Zurückziehung, sowie der Widerruf der Zurückziehung des Eides wirkungslos.

Die Annahme des Eides kann nicht widerrufen werden.

§ 407. (R. B. § 407, G. § 425.) Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen.

Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

§ 408. (R. B. § 408, G. § 426.) Sind die Parteien über die rechtliche Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

Hängt die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurtheil erkannt werden. In dem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung nur dann, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreits noch ankomme.

§ 409. (R. B. § 409, G. § 427.) In dem bedingten Urtheile ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen.

Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurtheil ausgesprochen.

§ 410. (R. B. § 406b, G. § 424.) Ueber eine Thatsache, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen besteht oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, wird der Eid dahin geleistet:

daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ist eine solche Thatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet und kann dem Letzteren nach den Umständen des Falles nicht zugemuthet werden, daß er die Wahrheit oder Nichtwahrheit derselben beschwöre, so kann das Gericht auf Antrag die Leistung des Eides dahin anordnen:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.

Ueber andere Thatsachen wird der Eid dahin geleistet:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.

§ 411. (R. B. § 411, G. § 428.) Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet.

Der Beweis des Gegentheils findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, | S. 70.  
unter welchen ein rechtskräftiges Urtheil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann.

§ 412. (R. B. § 412, G. § 429.) Die Erlassung des Eides von Seiten des Gegners hat dieselbe Wirkung, wie die Leistung des Eides.

Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt.

§ 413. (R. B. § 413, G. § 430.) Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht, so ist auf Antrag ein Versäumnisurtheil dahin zu erlassen, daß der Eid als verweigert anzusehen sei.

§ 414. (R. B. § 414, G. § 431.) Der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatsachen zugesteht, kann sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten, selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urtheil auferlegt ist.

§ 415. (R. B. § 415, G. § 433.) Wenn der Schwurpflichtige stirbt, wenn er zur Leistung des Eides unfähig wird oder wenn er aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein,

so können beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschreibung des Eides zustanden.

Dasselbe gilt, wenn in Folge der Verurtheilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zuschreibung oder Zurückschreibung des Eides widerrufen wird.

Ist der Eid durch bedingtes Urtheil auferlegt, so wird unter Aufhebung des Urtheils in der Sache anderweit erkannt.

§ 416. (R. B. § 416, G. § 434.) Der Eid über eine Thatsache, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß von Einfluß ist, muß allen Streitgenossen zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern nicht rücksichtlich einzelner Streitgenossen die Zuschreibung oder Zurückschreibung unzulässig ist. In jedem Falle bedarf es zur Zuschreibung oder zur Zurückschreibung der übereinstimmenden Erklärung aller Streitgenossen. Ueber die Annahme des Eides haben sich nur diejenigen Streitgenossen zu erklären, welchen der Eid zugeschoben ist.

Ist der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder mehreren derselben, oder ist der von einem Theile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert anzusehen, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschreibung angetreten ist, für wahr zu erachten sei. Erklären einzelne Streitgenossen, daß sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der übrigen Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzunehmen, sofern das Gericht denselben für unerheblich erachtet.

§ 417. (R. B. § 417, G. § 435.) Ist eine Partei nicht prozeßfähig, so ist die Zuschreibung oder Zurückschreibung des Eides nur an ihre gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als dieselbe zulässig sein würde, wenn der Vertreter selbst Partei wäre.

§ 71. | Minderjährigen, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder Verschwendern kann über Thatsachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern dies von dem Gerichte auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklärt wird.

§ 418. (R. B. § 418, G. § 436.) Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so finden die Vorschriften des § 416 entsprechende Anwendung. Betrifft der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrigen nicht zu leisten.

§ 419. (R. B. § 419, G. § 437.) Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder der anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen.

§ 420. (R. B. § 420, G. § 438.) Der richterliche Eid kann allen Streitgenossen oder gesetzlichen Vertretern, er kann einigen oder einem derselben auferlegt werden.

§ 421. (R. B. § 421, G. § 439.) Die Bestimmungen der §§ 406—415, 417 finden auf den richterlichen Eid entsprechende Anwendung.

Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt, so ist der Antrag des Gegners, den richterlichen Eid zurückzunehmen, gerechtfertigt, wenngleich der Gegner schon vor der Auferlegung des Eides von dieser Verurtheilung Kenntniß gehabt hat.

Der richterliche Eid wird durch bedingtes Urtheil auferlegt.

## Elfter Titel.

## Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§ 422. (R. V. § 422, G. § 440.) Der Eid muß von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden.

§ 423. (R. V. § 423, G. § 441.) Das Prozeßgericht kann anordnen, daß die Eidesleistung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte erfolge, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert ist oder in großer Entfernung von dem Sitze desselben sich aufhält.

Die Eidesleistung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern erfolgt in der Wohnung derselben vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder vor einem anderen Gerichte.

§ 424. (R. V. § 424, G. § 442.) Vor der Leistung des Eides hat der Richter den Schwurpflichtigen in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen.

§ 425. (R. V. § 425, G. § 443.) Der Eid beginnt mit den Worten:

| S. 72.

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden“

und schließt mit den Worten:

„So wahr mir Gott helfe.“

§ 426. (R. V. § 426, G. § 444.) Der Eid wird mittelst Nachsprechens oder AbleSENS der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel geleistet.

Ist die Eidesnorm von großem Umfange, so genügt die Vorlesung der Eidesnorm und die Verweisung auf die letztere in der Eidesformel.

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern leisten den Eid mittelst Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

§ 427. (R. V. § 427, G. § 445.) Stumme, welche schreiben können, leisten den Eid mittelst Abschreibens und Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Stumme, welche nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hülfe eines Dolmetschers durch Zeichen.

§ 428. (R. V. § 428, G. § 446.) Der Eidesleistung wird gleichgeachtet, wenn ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Bethuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Bethuerungsformel dieser Religionsgesellschaft abgibt.

## Zwölfter Titel.

## Sicherung des Beweises.

§ 429. (R. V. § 429, G. § 447.) Die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen kann wegen Besorgniß des Verlustes oder der Erschwerung der Benutzung des Beweismittels zur Sicherung des Beweises erfolgen.

§ 430. (R. V. § 430, G. § 448.) Das Gesuch ist bei dem Gerichte anzubringen, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist; es kann vor dem Gerichtschreiber zu Protokoll erklärt werden.

In Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei dem Amtsgerichte angebracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet.

Bei dem bezeichneten Amtsgerichte muß das Gesuch angebracht werden, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.

§ 431. (R. V. § 431, G. § 449.) Das Gesuch muß enthalten:

1) die Bezeichnung des Gegners;

I C. 73.

- 2) die Bezeichnung der Thatfachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll;
- 3) die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;
- 4) die Darlegung des Grundes, welcher die Beforgniß des Verlustes oder der Erschwerung der Benutzung des Beweismittels rechtfertigt. Dieser Grund ist glaubhaft zu machen.

§ 432. (R. B. § 432, G. § 451.) Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

In dem Beschlusse, durch welchen dem Gesuche stattgegeben wird, sind die Thatfachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen zu bezeichnen. Eine Anfechtung dieses Beschlusses findet nicht statt.

§ 433. (R. B. § 433, G. § 452.) Der Beweisführer ist verpflichtet, sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann, unter Zustellung des Beschlusses und einer Abschrift des Gesuchs zu dem für die Beweisaufnahme bestimmten Termine den Gegner so zeitig zu laden, daß derselbe in diesem Termine seine Rechte wahrzunehmen vermag.

Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift steht der Beweisaufnahme nicht entgegen.

§ 434. (R. B. § 434, G. § 453.) Die Beweisaufnahme erfolgt nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften.

Das Protokoll über die Beweisaufnahme ist bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat, aufzubewahren.

§ 435. (R. B. § 435, G. § 454.) Jede Partei hat das Recht, die Beweisverhandlungen in dem Prozesse zu benutzen.

War der Gegner in dem Termine nicht erschienen, in welchem die Beweisaufnahme erfolgte, so ist der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen nur dann berechtigt, wenn der Gegner zu dem Termine rechtzeitig geladen war oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß die rechtzeitige Ladung ohne sein Verschulden unterblieben sei.

§ 436. (R. B. § 436, G. § 455.) Wird von dem Beweisführer ein Gegner nicht bezeichnet, so ist das Gesuch nur dann zulässig, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer Stande sei, den Gegner zu bezeichnen.

Wird dem Gesuche stattgegeben, so kann das Gericht dem unbekanntem Gegner zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Vertreter bestellen.

I C. 74.

## | Zweiter Abschnitt.

### Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amtsgerichten.

§ 437. (R. B. § 437, G. § 456.) Auf das Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amtsgerichten finden die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, soweit nicht aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs, aus den nachfolgenden besonderen Bestimmungen und aus der Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben.

§ 438. (R. B. § 438, G. § 457.) Die Klage kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.

§ 439. (R. B. § 439, G. § 458.) Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen.

§ 440. (R. B. § 440, G. § 459.) Die Einlassungsfrist beträgt mindestens drei Tage, wenn die Zustellung im Bezirke des Prozeßgerichts; mindestens eine Woche, wenn sie außerhalb desselben, jedoch im Deutschen Reiche erfolgt; in Meß- und Marktsachen mindestens vier und zwanzig Stunden.

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.

§ 441. (R. B. § 441, G. § 460.) Die Klage wird durch Zustellung der Klageschrift oder des die Klage enthaltenden Protokolls erhoben. Sie kann auch durch Zustellung der Ladungsurkunde eines Gerichtsvollziehers erhoben werden.

Die Ladungsurkunde muß außer den in § 222 Nr. 1, 2 bezeichneten Erfordernissen die Ladung des Beklagten in eine bestimmte Sitzung enthalten. Der vorgängigen Bestimmung eines Termins durch den Vorsitzenden bedarf es nur, wenn unter Abkürzung der Einlassungsfrist oder auf einen anderen als den ordentlichen Gerichtstag geladen werden soll. Den Antrag auf Abkürzung der Einlassungsfrist kann der Gerichtsvollzieher ohne Nachweis einer Vollmacht stellen.

In der Ladungsurkunde soll der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt.

Nach erfolgter Zustellung ist eine Abschrift der Ladungsurkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzuliegen.

§ 442. (R. B. § 442, G. § 461.) An ordentlichen Gerichtstagen können die Parteien zur Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung und Terminbestimmung vor Gericht erscheinen.

Die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

§ 443. (R. B. § 443, G. § 462.) Die Vorschriften der 438, 439, 441 finden | S. 75.  
entsprechende Anwendung, wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, über den Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Urtheils, über den Einspruch, über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder über die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens.

§ 444. (R. B. § 444, G. § 463.) Auch wenn eine Partei nicht zu laden ist, können ihr Anträge und Erklärungen, auf welche sie ohne vorgängige Mittheilung voraussichtlich eine Erklärung in einer mündlichen Verhandlung nicht abzugeben vermag, durch Zustellung eines Protokolls des Gerichtsschreibers oder mittelst Urkunde eines Gerichtsvollziehers mitgetheilt werden.

Diese Mittheilung kann auch unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.

§ 445. (R. B. § 445, G. § 464.) Bei der mündlichen Verhandlung hat der Vorsitzende dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatfachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen.

§ 446. (R. B. § 446, G. § 465.) Die Vorschrift, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen sind, findet nur insoweit Anwendung, als die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ist.

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgefonderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

§ 447. (R. B. § 447, G. § 467.) Wird in einem bei dem Amtsgerichte anhängigen Prozesse durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klagantrags (§ 232 Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, welcher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemäßheit des § 243 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind, so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit vor das Landgericht zu verweisen.

Ist die Verweisung rechtskräftig erfolgt, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte anhängig. Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Theil der bei dem Landgerichte erwachsenen Kosten behandelt.

§ 448. (R. V. —, G. —.) Wird in einem bei dem Handelsgerichte anhängigen Prozesse in Gemäßheit des § 243 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, welches nicht zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehört, so ist der Antrag zurückzuweisen, wenn der Gegner, bevor er sich auf denselben eingelassen hat, widerspricht.

Das Handelsgericht kann den Antrag auch von Amtswegen zurückweisen.

Die Bestimmung des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung, wenn in | S. 76. einem bei dem Amtsgerichte anhängigen Prozesse durch Widerlage ein Anspruch erhoben oder in Gemäßheit des § 243 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt wird, für welche ein Handelsgericht zuständig ist.

§ 449. (R. V. § 449, G. § 469.) Die Vorschriften der §§ 303—309 finden auf das Verfahren vor den Amtsgerichten; die Vorschrift des § 259, daß die Anträge aus Schriftsätzen zu verlesen sind, findet auf das Verfahren vor den Handelsgerichten und den Amtsgerichten keine Anwendung.

§ 450. (R. V. § 450, G. § 470.) Anträge und Erklärungen einer Partei sind durch das Sitzungsprotokoll insoweit festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet.

Geständnisse sowie die Annahme und Zurückschiebung zugeschobener Eide sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen.

§ 451. (R. V. —, G. —.) Ueber Gegenstände, zu deren Beurtheilung eine kaufmännische Begutachtung genügt, sowie über das Bestehen von Handelsgebräuchen kann das Handelsgericht auf Grund eigener Sachkunde und Wissenschaft entscheiden.

---

## Drittes Buch.

### Rechtsmittel.

---

#### Erster Abschnitt.

##### Berufung.

§ 452. (R. V. § 452, G. § 472.) Die Berufung findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile statt.

§ 453. (R. V. § 453, G. § 473.) Der Beurtheilung des Berufungsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzbuchs unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

§ 454. (R. V. § 454, G. § 474.) Ein Versäumnisurtheil kann von der Partei, gegen welche es erlassen ist, mit der Berufung nicht angefochten werden.

| S. 77. | Gegen ein dem Einspruche nicht unterliegendes Versäumnisurtheil ist die Berufung insoweit statthaft, als sie darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

§ 455. (R. B. § 455, G. § 475.) Die Wirksamkeit eines nach Erlassung des Urtheils erklärten Verzichts auf das Recht der Berufung ist nicht davon abhängig, daß der Gegner die Verzichtleistung angenommen hat.

Die Verzichtleistung kann auch durch Handlungen erfolgen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urtheil nicht anfechten zu wollen.

§ 456. (R. B. § 456, G. § 476.) Die Zurücknahme der Berufung ist ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig.

Die Zurücknahme erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.

Die Zurücknahme hat den Verlust des Rechtsmittels und die Verpflichtung zur Folge, die durch das Rechtsmittel entstandenen Kosten zu tragen. Auf Antrag des Gegners sind diese Wirkungen durch Urtheil auszusprechen.

§ 457. (R. B. § 457, G. § 477.) Die Berufungsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Urtheils.

Die Berufung kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos.

§ 458. (R. B. § 458, G. § 479.) Die Einlegung der Berufung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Derselbe muß enthalten:

- 1) die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Berufung gerichtet wird;
- 2) die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Berufung eingelegt werde;
- 3) die Ladung des Berufungsbeklagten vor das Berufungsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Berufung.

§ 459. (R. B. § 459, G. § 480.) Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Berufungsschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Berufungsschrift insbesondere enthalten: die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde und welche Abänderungen desselben beantragt werden (Berufungsanträge), sowie die Angabe derjenigen neuen Thatfachen und Beweismittel, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt.

§ 460. (R. B. § 460, G. § 481.) In Betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 226 entsprechende Anwendung.

§ 461. (R. B. § 461, G. § 482.) Der Berufungsbeklagte kann sich der Berufung | S. 78. anschließen, selbst wenn er auf die Berufung verzichtet hat oder wenn die Berufungsfrist verstrichen ist.

Die Vorschriften über die Anfechtung des Versäumnißurtheils durch Berufung finden auch auf die Anfechtung desselben durch Anschließung Anwendung.

§ 462. (R. B. § 462, G. § 483.) Die Anschließung verliert ihre Wirkung, wenn die Berufung zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird.

Hat der Berufungsbeklagte innerhalb der Berufungsfrist sich der erhobenen Berufung angeschlossen, so wird es so angesehen, als habe er die Berufung selbständig eingelegt.

§ 463. (R. B. § 463, G. § 484.) Der Berufungsbeklagte hat dem Berufungsfläger die Beantwortung der Berufung innerhalb der ersten zwei Dritttheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Berufungsschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittelst vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge, sowie die Angabe der neuen Thatfachen und Beweismittel enthalten, welche der Berufungsbeklagte geltend zu machen beabsichtigt.

§ 464. (R. B. § 464, G. § 485.) Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende

Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

§ 465. (R. B. § 465, G. § 486.) Die mündliche Verhandlung ist, wenn an dem für dieselbe bestimmten Tage die Berufungsfrist für den Berufungsbeklagten noch nicht verstrichen ist, auf dessen Antrag bis zum Ablaufe der Frist, und wenn der Berufungsbeklagte gegen das Urtheil den Einspruch erhoben hat, auch von Amtswegen bis zur Erledigung des Einspruchs zu vertragen.

§ 466. (R. B. § 466, G. § 487.) Vor dem Berufungsgerichte wird der Rechtsstreit in den durch die Anträge bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt.

§ 467. (R. B. § 467, G. § 488.) Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das durch die Berufung angefochtene Urtheil sowie die dem Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen nebst den Entscheidungsgründen und den Beweisverhandlungen insoweit vorzutragen, als dies zum Verständnisse der Berufungsanträge und zur Prüfung der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung erforderlich ist.

Im Falle der Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Vortrags hat der Vorsitzende dessen Berichtigung oder Vervollständigung, nöthigenfalls unter Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen.

§ 468. (R. B. § 468, G. § 489.) Eine Aenderung der Klage ist selbst mit Einwilligung des Gegners unstatthaft.

§ 79. | § 469. (R. B. § 469, G. § 490.) Prozeßhindernde Einreden, auf welche die Partei wirksam verzichten kann, dürfen nur geltend gemacht werden, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz vorzubringen.

Die Verhandlung zur Hauptsache darf auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgeforderte Verhandlung über solche Einreden auch von Amtswegen anordnen.

§ 470. (R. B. § 470, G. § 491.) Die Parteien können Angriffs- und Vertheidigungsmittel, welche in erster Instanz nicht geltend gemacht sind, insbesondere neue Thatfachen und Beweismittel vorbringen.

Neue Ansprüche dürfen abgesehen von den Fällen des § 232, Nr. 2, 3 nur erhoben werden, wenn mit denselben kompensirt werden soll und wenn zugleich glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselben in erster Instanz geltend zu machen.

§ 471. (R. B. § 471, G. § 492.) Die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift kann in der Berufungsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 257 die Partei das Klügerecht bereits in erster Instanz verloren hat.

§ 472. (R. B. § 472, G. § 493.) Die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatfachen, Urkunden und Eideszuschreibungen können in der Berufungsinstanz nachgeholt werden.

§ 473. (R. B. § 473, G. § 494.) Das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständniß behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

§ 474. (R. B. § 474, G. § 495.) Die in erster Instanz erfolgte Zuschreibung, Annahme oder Zurückschreibung eines Eides behält ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz.

Dasselbe gilt von der Leistung, von der Verweigerung der Leistung und von der Erlassung eines Eides, wenn die Entscheidung, durch welche die Leistung des Eides angeordnet ist, von dem Berufungsgerichte für gerechtfertigt erachtet wird.

§ 475. (R. B. § 475, G. § 496.) Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil erster Instanz ist, insoweit dasselbe durch die Berufungsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Berufungsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Eine Anfechtung dieser Entscheidung findet nicht statt.

§ 476. (R. B. § 476, G. § 497.) Das Berufungsgericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Berufung an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Berufung als unzulässig zu verwerfen.

§ 477. (R. B. § 477, G. § 498.) Das Urtheil erster Instanz darf nur insoweit | S. 80. abgeändert werden, als eine Abänderung beantragt ist.

§ 478. (R. B. § 478, G. § 499.) Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts sind alle einen zuerkannten oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte, über welche in Gemäßheit der Anträge eine Verhandlung und Entscheidung erforderlich ist, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt oder nicht entschieden ist. Das Berufungsgericht hat ein von ihm erlassenes bedingtes Urtheil zu erledigen. Dasselbe kann ein in erster Instanz erlassenes bedingtes Urtheil erledigen, wenn die Berufung zurückgewiesen ist.

§ 479. (R. B. § 479, G. § 500.) Das Berufungsgericht hat die Sache, insofern eine weitere Verhandlung derselben erforderlich ist, an das Gericht erster Instanz zurückzuverweisen:

- 1) wenn durch das angefochtene Urtheil ein Einspruch als unzulässig verworfen ist;
- 2) wenn durch das angefochtene Urtheil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist;
- 3) wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urtheil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden ist;
- 4) wenn das angefochtene Urtheil im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist;
- 5) wenn das angefochtene Urtheil ein Veräumnißurtheil ist.

Im Falle der Nr. 2 hat das Berufungsgericht die sämtlichen prozeßhindernden Einreden zu erledigen.

§ 480. (R. B. § 480, G. § 501.) Leidet das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel, so kann das Berufungsgericht, unter Aufhebung des Urtheils und des Verfahrens, soweit das letztere durch den Mangel betroffen wird, die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen.

§ 481. (R. B. § 481, G. § 502.) Werden nach Vorschrift des § 242 Vertheidigungsmittel zurückgewiesen, so ist die Geltendmachung derselben dem Beklagten vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des § 282 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

§ 482. (R. B. § 482, G. § 503.) In Betreff der Vertheidigungsmittel, deren Geltendmachung dem Beklagten vorbehalten ist, bleibt der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz anhängig.

Insoweit sich in dem weiteren Verfahren ergibt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen und auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen, sowie über die Kosten anderweit zu entscheiden.

§ 483. (R. B. § 483, G. § 504.) Die Vorschriften über das Veräumnißverfahren | S. 81. in erster Instanz finden entsprechende Anwendung.

Beantragt der Berufungskläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Berufungsbeklagten das Veräumnißurtheil, so ist, soweit das festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht, das thatächliche mündliche Vorbringen des Berufungsklägers für zugestanden zu erachten und in Ansehung einer zulässiger-



weise beantragten Beweisaufnahme anzunehmen, daß sie das in Aussicht gestellte Ergebniß gehabt habe.

§ 484. (R. B. § 484, G. § 506.) Der Gerichtsschreiber des Berufungsgerichts hat innerhalb vierundzwanzig Stunden, nachdem die Berufungsschrift zum Zwecke der Terminsbestimmung eingereicht ist, von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz die Prozeßakten einzufordern.

Nach Erledigung der Berufung sind die Akten dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz nebst einer beglaubigten Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheils zurückzusenden.

## Zweiter Abschnitt.

### Revision.

§ 485. (R. B. § 485, G. §§ 507, 409.) Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt, soweit durch dieselben die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen ist.

In Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, findet die Revision auch statt, wenn durch das von dem Oberlandesgerichte erlassene Endurtheil die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz nicht abgeändert ist.

§ 486. (R. B. § 486, G. § 510.) Der Beurtheilung des Revisionsgerichts unterliegen auch diejenigen Entscheidungen, welche dem Endurtheile vorausgegangen sind, sofern nicht dieselben nach den Vorschriften dieses Gesetzbuchs unanfechtbar oder mit der Beschwerde anfechtbar sind.

§ 487. (R. B. § 487, G. § 511.) Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinauserstreckt, beruhe.

§ 488. (R. B. § 488, G. § 512.) Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.

§ 489. (R. B. § 489, G. § 513.) Eine Entscheidung ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen:

- 1) wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war;
- 2) wenn ein erkennender Richter von der Ausübung des Richteramts in dem Rechtsstreite kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniß mittelst eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist;
- 3) wenn ein erkennender Richter wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt und dem Ablehnungsgesuche Folge gegeben war;
- 4) wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat;
- 5) wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
- 6) wenn die Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei welcher die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind;
- 7) wenn die Entscheidung nicht mit Gründen versehen ist.

§ 490. (R. B. § 490, G. § 514.) Die Revisionsfrist beträgt einen Monat; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Urtheils.

Die Revision kann gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden. Die Einlegung vor Zustellung des Urtheils ist wirkungslos.

§ 491. (R. B. § 491, G. § 515.) Die Einlegung der Revision erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.

Derselbe muß enthalten:

- 1) die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Revision gerichtet wird;
- 2) die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil die Revision eingelegt werde;
- 3) die Ladung des Revisionsbeklagten vor das Revisionsgericht zur mündlichen Verhandlung über die Revision.

§ 492. (R. B. § 492, G. § 516.) Die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze finden auch auf die Revisionschrift Anwendung.

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Revisionschrift insbesondere die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten und dessen Aufhebung beantragt werde (Revisionsanträge) und zur Begründung der Revisionsanträge enthalten:

- 1) insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet sei, die Bezeichnung der Rechtsnorm;
- 2) insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, die Bezeichnung der Thatfachen, welche den Mangel ergeben;
- 3) insoweit die Revision darauf gestützt wird, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatfachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, die Bezeichnung dieser Thatfachen. | S. 83.

§ 493. (R. B. § 493, G. § 517.) In Betreff der Frist, welche zwischen der Zustellung der Revisionschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen muß, finden die Vorschriften des § 226 entsprechende Anwendung.

§ 494. (R. B. § 494, G. § 518.) Der Revisionsbeklagte kann sich der Revision anschließen. Auf diese Anschließung finden die Vorschriften über die Anschließung des Berufungsbeklagten an die Berufung entsprechende Anwendung.

§ 495. (R. B. § 495, G. § 519.) Der Revisionsbeklagte hat dem Revisionskläger die Beantwortung der Revision innerhalb der ersten zwei Drittheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Revisionschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, mittelst vorbereitenden Schriftsatzes zustellen zu lassen.

Der Schriftsatz soll insbesondere die Anträge und im Falle der Anschließung deren Begründung nach Vorschrift des § 492 enthalten.

§ 496. (R. B. § 496, G. § 520.) Auf das weitere Verfahren finden die in erster Instanz für das Verfahren vor den Landgerichten geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung, soweit nicht Abweichungen aus den Bestimmungen dieses Abschnitts sich ergeben.

§ 497. (R. B. § 497, G. § 521.) Die Verletzung einer das Verfahren der Berufungsinstanz betreffenden Vorschrift kann in der Revisionsinstanz nicht mehr gerügt werden, wenn in Gemäßheit der Bestimmung des § 257 die Partei das Rügerecht bereits in der Berufungsinstanz verloren hat.

§ 498. (R. B. § 498, G. § 522.) Der Prüfung des Revisionsgerichts unterliegen nur die von den Parteien gestellten Anträge.

§ 499. (R. B. § 499, G. § 523.) Ein nicht oder nicht unbedingt für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil der Berufungsinstanz ist, insoweit dasselbe durch die Revisionsanträge nicht angefochten wird, auf den im Laufe der mündlichen Verhandlung gestellten Antrag von dem Revisionsgerichte für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

§ 500. (R. B. § 500, G. § 524.) Für die Entscheidung des Revisionsgerichts sind die in dem angefochtenen Urtheile gerichtlich festgestellten Thatfachen maßgebend. Außer denselben können nur die im § 492 Nr. 2, 3 erwähnten Thatfachen berücksichtigt werden.

§ 501. (R. B. § 501, G. § 525.) Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach

§ 487 nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend.

I S. 84. | § 502. (R. B. § 502, G. § 526.) Ergeben die Entscheidungsgründe zwar eine Gesetzesverletzung, stellt die Entscheidung selbst aber aus anderen Gründen sich als richtig dar, so ist die Revision zurückzuweisen.

§ 503. (R. B. § 503, G. § 527.) Insoweit die Revision für begründet erachtet wird, ist das angefochtene Urtheil aufzuheben.

Erfolgt die Aufhebung des Urtheils wegen eines Mangels des Verfahrens, so ist zugleich das Verfahren insoweit aufzuheben, als es durch den Mangel betroffen wird.

§ 504. (R. B. § 504, G. § 528.) Im Falle der Aufhebung des Urtheils ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dasselbe hat die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen.

Das Revisionsgericht hat jedoch in der Sache selbst zu entscheiden:

- 1) wenn die Aufhebung des Urtheils nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist;
- 2) wenn die Aufhebung des Urtheils wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erfolgt.

Kommt in den Fällen der Nr. 1 und 2 für die in der Sache selbst zu erlassende Entscheidung die Anwendbarkeit von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 487 nicht gestützt werden kann, in Frage, so ist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an die Berufungsinstanz zurück zu verweisen.

§ 505. (R. B. § 505, G. § 529.) Die für die Berufung geltenden Vorschriften über die Unsechtbarkeit der Versäumnisurtheile, über die Verzichtleistung auf das Rechtsmittel und die Zurücknahme desselben, über die Vertagung der mündlichen Verhandlung, über die Verhandlung prozeßhindernder Einreden, über die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsmittels und über die Einforderung und Zurücksendung der Prozeßakten finden auf die Revision entsprechende Anwendung.

### Dritter Abschnitt.

#### Beschwerde.

§ 506. (R. B. § 506, G. § 530.) Das Rechtsmittel der Beschwerde findet in den in diesem Gesetzbuche besonders hervorgehobenen Fällen und gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen statt, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.

I S. 85. | § 507. (R. B. § 507, G. § 531.) Ueber die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.

Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts findet, soweit nicht in derselben ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, eine weitere Beschwerde nicht statt.

§ 508. (R. B. § 508, G. § 532.) Die Beschwerde wird bei dem Gerichte eingelegt, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; sie kann in dringenden Fällen auch bei dem Beschwerdegerichte eingelegt werden.

Die Einlegung erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift; die Einlegung

kann auch durch Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgen, wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgerichte oder Handelsgerichte anhängig ist oder anhängig war, wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft oder von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird.

§ 509. (R. B. § 509, G. § 533.) Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden.

§ 510. (R. B. § 510, G. § 534.) Erachtet das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, die Beschwerde für begründet, so ist derselben abzuhelfen; anderenfalls ist die Beschwerde vor Ablauf einer Woche dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

§ 511. (R. B. § 511, G. § 535.) Die Beschwerde hat nur dann aufschiebende Wirkung, wenn sie gegen eine der in den §§ 334, 343, 361, 548, 556 erwähnten Entscheidungen gerichtet ist.

Das Gericht oder der Vorsitzende, dessen Entscheidung angefochten wird, kann anordnen, daß die Vollziehung derselben auszusetzen sei.

Das Beschwerdegericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung auszusetzen sei.

§ 512. (R. B. § 512, G. § 536.) Die Entscheidung über die Beschwerde kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ordnet das Gericht eine schriftliche Erklärung an, so kann dieselbe in den Fällen, in welchen die Beschwerde zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt werden darf, zum Protokolle des Gerichtsschreibers abgegeben werden.

§ 513. (R. B. § 513, G. § 537.) Das Beschwerdegericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Beschwerde an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

§ 514. (R. B. § 514, G. § 538.) Erachtet das Beschwerdegericht die Beschwerde für begründet, so kann es demjenigen Gerichte oder Vorsitzenden, von welchem die beschwerende Entscheidung erlassen war, die erforderliche Anordnung übertragen.

§ 515. (R. B. § 515, G. § 539.) Wird die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt, so ist die Entscheidung des Prozeßgerichts nachzusehen. Die Beschwerde findet gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt. | C. 86.

§ 516. (R. B. § 516, G. § 540.) Für die Fälle der sofortigen Beschwerde gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Beschwerde ist binnen einer Nothfrist von zwei Wochen, welche mit der Zustellung, in den Fällen der §§ 291 und 774 Absatz 3 mit der Verkündung der Entscheidung beginnt, einzulegen. Die Einlegung bei dem Beschwerdegerichte genügt zur Wahrung der Nothfrist, auch wenn der Fall für dringlich nicht erachtet wird. Liegen die Erfordernisse der Nichtigkeits- oder der Restitutionsklage vor, so kann die Beschwerde auch nach Ablauf der Nothfrist innerhalb der für diese Klagen geltenden Nothfristen erhoben werden.

Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt.

In den Fällen des § 515 muß auf dem für die Einlegung der Beschwerde vorgeschriebenen Wege die Entscheidung des Prozeßgerichts binnen der Nothfrist nachgesehen werden. Das Prozeßgericht hat das Gesuch, wenn es demselben nicht entsprechen will, dem Beschwerdegerichte vorzulegen.

## Viertes Buch.

### Wiederaufnahme des Verfahrens.

§ 517. (R. B. § 517, G. § 541.) Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens kann durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage erfolgen.

Werden beide Klagen von derselben Partei oder von verschiedenen Parteien erhoben, so ist die Verhandlung und Entscheidung über die Restitutionsklage bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeitsklage auszusetzen.

§ 518. (R. B. § 518, G. § 542.) Die Nichtigkeitsklage findet statt:

- 1) wenn ein erkennender Richter von der Ausübung des Richteramts in dem Rechtsstreite kraft Gesetzes ausgeschlossen war, sofern nicht dieses Hinderniß mittelst eines Ablehnungsgesuchs ohne Erfolg geltend gemacht ist;
- 2) wenn eine Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.

§ 87.

§ 519. (R. B. § 519, G. § 543.) Die Restitutionsklage findet statt:

- 1) wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieides, auf welche das Urtheil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
- 2) wenn eine Urkunde, auf welche das Urtheil gegründet ist, fälschlich angefertigt oder verfälscht war;
- 3) wenn durch Beeidigung eines Zeugnisses oder eines Gutachtens, auf welche das Urtheil gegründet ist, der Zeuge oder der Sachverständige sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat;
- 4) wenn das Urtheil von dem Vertreter der Partei oder von dem Gegner oder dessen Vertreter durch eine in Beziehung auf den Rechtsstreit verübte Handlung erwirkt ist, welche mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
- 5) wenn ein Richter bei dem Urtheile mitgewirkt hat, welcher sich in Beziehung auf den Rechtsstreit einer Verletzung seiner Amtspflichten gegen die Partei schuldig gemacht hat, sofern diese Verletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist;
- 6) wenn ein strafgerichtliches Urtheil, auf welches das Urtheil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urtheil aufgehoben ist;
- 7) wenn die Partei
  - a) ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urtheil, oder
  - b) eine andere Urkunde auffindet oder zu benutzen in den Stand gesetzt wird, welche eine ihr günstigere Entscheidung herbeigeführt haben würde.

Diese Bestimmung kommt in dem unter b bezeichneten Falle nicht zur Anwendung, wenn das angefochtene Urtheil darauf beruht, daß auf Grund einer Eidesleistung des Gegners die betreffende Thatfache oder deren Gegentheil für bewiesen erachtet ist.

§ 520. (R. B. § 520, G. § 544.) In den Fällen des vorhergehenden Paragraphen Nr. 1—5 findet die Restitutionsklage nur statt, wenn wegen der strafbaren Handlung eine rechtskräftige Verurtheilung ergangen ist, oder wenn die Einleitung oder Durchführung eines Strafverfahrens aus anderen Gründen, als wegen Mangels an Beweis nicht erfolgen kann.

Der Beweis der Thatfachen, welche die Restitutionsklage begründen, kann durch Eideszuschreibung nicht geführt werden.

§ 521. (R. B. § 521, G. § 545.) Die Restitutionsklage ist nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere durch Einspruch oder Berufung oder mittelst Anschließung an eine Berufung geltend zu machen.

§ 522. (R. B. § 522, G. § 546.) Mit den Klagen können Aufhebungsgründe, | S. 88. durch welche eine dem angefochtenen Urtheile vorausgegangene Entscheidung derselben oder einer unteren Instanz betroffen wird, geltend gemacht werden, sofern das angefochtene Urtheil auf dieser Entscheidung beruht.

§ 523. (R. B. § 523, G. § 547.) Für die Klagen ist ausschließlich zuständig das Gericht, bei welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig gemacht wurde; wenn das angefochtene Urtheil oder auch nur eines von mehreren angefochtenen Urtheilen von dem Berufungsgerichte erlassen wurde, das Berufungsgericht; wenn ein in der Instanz der Revision erlassenes Urtheil auf Grund der §§ 518, 519 Nr. 4, 5 angefochten wird, das Gericht dieser Instanz.

Sind die Klagen gegen einen Vollstreckungsbefehl gerichtet, so gehören sie ausschließlich vor das Amtsgericht, welches den Befehl erlassen hat; wenn der Anspruch nicht zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehört, vor das für den Rechtsstreit über den Anspruch zuständige Gericht.

§ 524. (R. B. § 524, G. § 548.) Auf die Erhebung der Klagen und das weitere Verfahren finden die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung, sofern nicht aus den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs sich eine Abweichung ergibt.

§ 525. (R. B. § 525, G. § 549.) Die Klagen sind vor Ablauf der Nothfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Urtheils. Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, sind die Klagen unstatthaft.

Die Vorschriften des vorstehenden Absatzes finden auf die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung keine Anwendung; die Frist für Erhebung der Klage läuft von dem Tage, an welchem der Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit dem gesetzlichen Vertreter derselben das Urtheil zugestellt ist.

§ 526. (R. B. § 526, G. § 550.) In der Klage muß die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches die Nichtigkeits- oder die Restitutionsklage gerichtet wird, und die Erklärung, welche dieser Klagen erhoben werde, enthalten sein.

§ 527. (R. B. § 527, G. § 551.) Als vorbereitender Schriftsatz soll die Klage enthalten:

- 1) die Bezeichnung des Aufhebungsgrundes;
- 2) die Angabe der Beweismittel für die Thatfachen, welche den Grund und die Einhaltung der Nothfrist ergeben;
- 3) die Erklärung, inwieweit die Beseitigung des angefochtenen Urtheils und welche andere Entscheidung in der Hauptsache beantragt werde.

Dem Schriftsatze, durch welchen eine Restitutionsklage erhoben wird, sind die Urkunden, auf welche dieselbe gestützt wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen. Befinden sich die Urkunden nicht in den Händen des Klägers, so hat er zu erklären, | S. 89. welchen Antrag er wegen Herbeischaffung derselben zu stellen beabsichtigt.

§ 528. (R. B. § 528, G. § 552.) Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft und ob sie in der gesetzlichen Form und Frist erhoben sei. Mangelt es an einem dieser Erfordernisse, so ist die Klage als unzulässig zu verwerfen.

Die Thatfachen, welche ergeben, daß die Klage vor Ablauf der Nothfrist erhoben ist, sind glaubhaft zu machen.

§ 529. (R. B. § 529, G. § 553.) Die Hauptsache wird, insoweit sie von dem Anfechtungsgrunde betroffen ist, von Neuem verhandelt.

Das Gericht kann anordnen, daß die Verhandlung und Entscheidung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens vor der Verhandlung über die Hauptsache erfolge. In diesem Falle ist die Verhandlung über die Hauptsache als Fortsetzung der Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens anzusehen.

Das für die Klagen zuständige Revisionsgericht hat die Verhandlung über Grund und Zulässigkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens zu erledigen, auch wenn diese Erledigung von der Feststellung und Würdigung bestrittener Thatfachen abhängig ist.

§ 530. (R. B. § 530, G. § 554.) Rechtsmittel sind insoweit zulässig, als sie gegen die Entscheidungen der mit den Klagen besetzten Gerichte überhaupt stattfinden.

## Fünftes Buch.

### Urkunden- und Wechselprozeß.

§ 531. (R. B. § 531, G. § 555.) Ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, kann im Urkundenprozeße geltend gemacht werden, wenn die sämmtlichen zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatfachen durch Urkunden bewiesen werden können.

§ 532. (R. B. § 532, G. § 556.) Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Urkundenprozeße geklagt werde. Die Urkunden müssen in Urschrift oder in Abschrift der Klage beigelegt werden.

§ 533. (R. B. § 533, G. § 557.) Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgeforderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.

§ 534. (R. B. § 534, G. § 558.) Widerklagen sind nicht statthaft.

Als Beweismittel sind bezüglich der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, sowie bezüglich anderer als der im § 531 erwähnten Thatfachen nur Urkunden und Eideszuschreibung zulässig.

Die Antretung des Urkundenbeweises kann nur durch Vorlegung der Urkunden erfolgen.

Die Leistung eines Eides ist durch Beweisbeschluß anzuordnen.

§ 535. (R. B. § 535, G. § 559.) Der Kläger kann, ohne daß es der Einwilligung des Beklagten bedarf, bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung von dem Urkundenprozeße in der Weise absteigen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt.

§ 536. (R. B. § 536, G. § 560.) Insoweit der in der Klage geltend gemachte Anspruch an sich oder in Folge einer Einrede des Beklagten als unbegründet sich darstellt, ist der Kläger mit dem Anspruche abzuweisen.

Ist der Urkundenprozeß unstatthaft, ist insbesondere ein dem Kläger obliegender Beweis nicht mit den im Urkundenprozeße zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt, so wird die Klage als in der gewählten Prozeßart unstatthaft abgewiesen, selbst wenn in dem Termine zur mündlichen Verhandlung der Beklagte nicht erschienen ist oder der Klage nur auf Grund

von Einwendungen widersprochen hat, welche rechtlich unbegründet oder im Urkundenprozeße unstatthaft sind.

§ 537. (R. V. § 537, G. § 561.) Einwendungen des Beklagten sind, wenn der dem Beklagten obliegende Beweis derselben nicht mit den im Urkundenprozeße zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt ist, als im Urkundenprozeße unstatthaft zurückzuweisen.

§ 538. (R. V. § 538, G. § 562.) Dem Beklagten, welcher dem geltend gemachten Ansprüche widersprochen hat, ist in allen Fällen, in denen er verurtheilt wird, die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten.

Enthält das Urtheil keinen Vorbehalt, so kann die Ergänzung des Urtheils nach Vorschrift des § 282 beantragt werden.

Das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Rechte ergeht, ist in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheil anzusehen.

§ 539. (R. V. § 539, G. § 563.) Wird dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte vorbehalten, so bleibt der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig.

Insofern sich in diesem Verfahren ergibt, daß der klagend geltend gemachte Anspruch unbegründet war, ist das frühere Urtheil aufzuheben, der Kläger mit dem Ansprüche abzuweisen und zur vollen oder theilweisen Erstattung der verurtheilten Kosten, sowie auf Antrag zur Erstattung des von dem Beklagten auf Grund des Urtheils Gezahlten oder Geleisteten zu verurtheilen. | §. 91

Erscheint in diesem Verfahren eine Partei nicht, so finden die Vorschriften über das Versäumnißurtheil entsprechende Anwendung.

§ 540. (R. V. § 540, G. § 564.) Die Vorschriften der §§ 481 und 482 finden im Urkundenprozeße keine Anwendung.

§ 541. (R. V. § 541, G. § 565.) Werden im Urkundenprozeße Ansprüche aus Wechseln im Sinne der Wechselordnung geltend gemacht (Wechselprozeß), so kommen die nachfolgenden besonderen Vorschriften zur Anwendung.

§ 542. (R. V. § 542, G. § 566.) Wechselklagen können sowohl bei dem Gerichte des Zahlungsorts, als bei dem Gerichte angestellt werden, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Wenn mehrere Wechselverpflichtete gemeinschaftlich verklagt werden, so ist außer dem Gerichte des Zahlungsorts jedes Gericht zuständig, bei welchem einer der Beklagten seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

§ 543. (R. V. § 543, G. § 567.) Die Klage muß die Erklärung enthalten, daß im Wechselprozeße geklagt werde.

Die Einlassungsfrist beträgt, wenn die Klage am Sitze des Gerichts zugestellt wird, mindestens vier und zwanzig Stunden; wenn sie an einem anderen Orte im Bezirke des Gerichts zugestellt wird, mindestens drei Tage; wenn sie an einem anderen deutschen Orte zugestellt wird, mindestens eine Woche.

## Sechstes Buch.

### Ehesachen und Entmündigungssachen.

#### Erster Abschnitt.

##### Verfahren in Ehesachen.

§ 544. (R. V. § 544, G. § 568.) Für die Rechtsstreitigkeiten, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe oder die Herstellung des ehelichen Lebens

zum Gegenstande haben (Ehesachen), ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.

§ 92. | Gegen den Ehemann, welcher seine Ehefrau verlassen und seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann von der Ehefrau die Klage bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche erhoben werden, sofern der Beklagte zur Zeit, als er die Klägerin verließ, ein Deutscher war.

§ 545. (R. V. § 545, G. § 569.) Bei dem Verfahren in Ehesachen tritt eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft ein.

Einer Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte muß der Staatsanwalt beiwohnen, einer Verhandlung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kann er beiwohnen. Er ist von allen Terminen von Amtswegen in Kenntniß zu setzen.

Er kann sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und, sofern es sich um die Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, neue Thatfachen und Beweismittel vorbringen.

Im Sitzungsprotokolle ist der Name des Staatsanwalts anzugeben, auch sind in dasselbe die von dem Staatsanwalte gestellten Anträge aufzunehmen.

§ 546. (R. V. § 546, G. § 570.) Der Vorsitzende darf den Termin zur mündlichen Verhandlung über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erst festsetzen, wenn den nachfolgenden Vorschriften über den Sühneversuch genügt ist.

§ 547. (R. V. § 547, G. § 571.) Der Kläger hat bei dem Amtsgerichte, vor welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, die Anberaumung eines Sühnetermins zu beantragen und zu diesem Termine den Beklagten zu laden.

Durch die Zustellung der Ladung wird die Verjährung unterbrochen.

§ 548. (R. V. § 548, G. § 572.) Die Parteien müssen in dem Sühnetermine persönlich erscheinen; Beistände können zurückgewiesen werden.

Erscheint der Kläger oder erscheinen beide Parteien in dem Sühnetermine nicht, so verliert die Ladung ihre Wirkung. Erscheint der Kläger, aber nicht der Beklagte, so ist der Sühneversuch als mißlungen anzusehen. Auf Antrag des Klägers ist gegen den nicht erschienenen Beklagten wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Haft darf nicht erkannt werden.

§ 549. (R. V. § —, G. § —.) Das Amtsgericht hat den Seelsorger einer jeden Partei um seine Mitwirkung im Sühnetermine zu ersuchen; ein Zwang gegen den Seelsorger findet nicht statt.

§ 550. (R. V. § 550, G. § 573.) Der Sühneversuch ist nicht erforderlich, wenn der Aufenthalt des Beklagten unbekannt oder im Auslande ist, wenn dem Sühneversuche ein anderes schwer zu beseitigendes Hinderniß entgegensteht, welches von dem Kläger nicht verschuldet ist, oder wenn die Erfolglosigkeit des Sühneversuchs mit Bestimmtheit vorauszusehen ist.

§ 93. | Ueber das Vorhandensein dieser Voraussetzungen entscheidet der Vorsitzende des Landgerichts ohne vorgängiges Gehör des Beklagten.

§ 551. (R. V. § 551, G. § 574.) Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, können andere als die in der Klage vorgebrachten Klagegründe geltend gemacht werden.

Das neue Vorbringen und die Erhebung einer Widerklage ist von einem Sühneversuche nicht abhängig.

§ 552. (R. V. § 552, G. § 575.) Die Ehescheidungsklage, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens und die Ungültigkeitsklage können verbunden werden.

Die Verbindung einer anderen Klage mit den erwähnten Klagen sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist unstatthaft.

§ 553. (R. V. § 553, G. § 576.) Der mit einer Ehescheidungsklage, einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens oder einer Ungültigkeitsklage abgewiesene Kläger kann Thatfachen, welche er in dem früheren Rechtsstreite oder welche er durch Verbindung

einer anderen Klage mit der erhobenen hätte geltend machen können, als selbständigen Klagegrund nicht mehr geltend machen. Ein Gleiches gilt für den Beklagten in Ansehung der Thatfachen, auf welche er eine Widerklage zu gründen im Stande war.

§ 554. (R. V. § 554, G. § 577.) Die Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatfachen oder über die Echtheit von Urkunden, sowie die Vorschriften über die Wirkungen eines Anerkennnisses, eines gerichtlichen Geständnisses und die Erlassung eines Eides kommen nicht zur Anwendung. Die Eideszuschiebung und der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, sind nicht zulässig.

§ 555. (R. V. § 555, G. § 578.) Erscheint der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht, so kann erst in einem neuen, auf Antrag des Klägers zu bestimmenden Termine verhandelt werden.

Der Beklagte ist zu jedem Termine, welcher nicht in seiner Gegenwart anberaumt wurde, zu laden.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist.

Ein Versäumnisurtheil gegen den Beklagten ist nur in dem Falle zu erlassen, wenn der Beklagte in dem zur Leistung eines richterlichen Eides bestimmten Termine nicht erscheint.

Die Vorschriften dieses Paragraphen finden auf den Widerbeklagten entsprechende Anwendung.

§ 556. (R. V. § 556, G. § 579.) Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen und dieselbe über die von ihr, von dem Gegner oder von dem Staatsanwälte behaupteten Thatfachen vernehmen.

Ist die zu vernehmende Partei am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert | S. 94. oder hält sie sich in großer Entfernung von dem Sitze desselben auf, so kann die Vernehmung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen.

Gegen die nicht erschienene Partei ist wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu verfahren; auf Haft darf nicht erkannt werden.

§ 557. (R. V. § 557, G. § 580.) Das Gericht kann die Aussetzung des Verfahrens über eine Ehescheidungsklage oder über eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von Amtswegen anordnen, wenn es die Ausöhnung der Parteien für nicht unwahrscheinlich erachtet.

Auf Grund dieser Bestimmung darf die Aussetzung im Laufe des Rechtsstreits nur einmal und höchstens auf ein Jahr angeordnet werden.

§ 558. (R. V. § 558, G. § 583.) Die Vorschrift des § 242 findet in der Berufungsinstanz keine Anwendung.

§ 559. (R. V. § 559, G. § 584.) In Betreff einstweiliger Verfügungen, insbesondere in den Fällen, wenn ein Ehegatte die Gestattung der vorläufigen Trennung und die Entrichtung von Alimenter beantragt, kommen die Bestimmungen der §§ 760 bis 767 zur Anwendung.

§ 560. (R. V. § 560, G. § 585.) Für die Nichtigkeitsklage gelten die in den nachfolgenden Paragraphen enthaltenen besonderen Vorschriften.

§ 561. (R. V. § 561, G. § 586.) Die Klage kann auch vom Staatsanwälte erhoben werden; inwiefern ein Dritter zur Erhebung derselben befugt ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die von dem Staatsanwälte oder einem Dritten erhobene Klage ist gegen beide Ehegatten, die von einem Ehegatten erhobene Klage ist gegen den anderen Ehegatten zu richten.

§ 562. (R. V. § 562, G. § 587.) Mit der Nichtigkeitsklage kann eine andere Klage nicht verbunden werden.

Eine Widerklage ist nur statthaft, wenn sie eine Nichtigkeitsklage ist.

§ 563. (R. V. § 563, G. § 588.) So lange die Ehegatten leben, kann die Nichtigkeit einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann, nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden.

§ 564. (R. V. § 564, G. § 589.) Der Staatsanwalt kann, auch wenn er die Klage nicht erhoben hat, den Rechtsstreit betreiben, insbesondere selbständig Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen.

§ 565. (R. V. § 565, G. § 590.) Wird ein Rechtsmittel von dem Staatsanwalt oder einer Privatpartei eingelegt, so sind im ersteren Falle die Privatparteien, im letzteren Falle die übrigen Privatparteien und der Staatsanwalt, sofern derselbe Partei ist, für das Rechtsmittelfverfahren als die Gegner anzusehen.

§ 566. (R. V. § 566, G. § 591.) In den Fällen, in welchen der als Partei auftretende Staatsanwalt unterliegt, ist die Staatskasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten in Gemäßheit der Bestimmungen des fünften Titels des zweiten Abschnitts des ersten Buchs zu verurtheilen.

§ 567. (R. V. § 567, G. § 592.) Im Sinne dieses Abschnitts ist unter Ehescheidungsklage zu verstehen die Klage auf Trennung der Ehe dem Bunde nach oder auf immerwährende oder zeitweilige Trennung von Tisch und Bett; unter Ungültigkeitsklage die Klage auf Aufsechtung einer Ehe aus irgend einem Grunde, welcher nicht von Amtswegen geltend gemacht werden kann; unter Nichtigkeitsklage die Klage auf Aufsechtung einer Ehe aus einem Grunde, welcher auch von Amtswegen geltend gemacht werden kann.

## Zweiter Abschnitt.

### Verfahren in Entmündigungssachen.

§ 568. (R. V. § 568a, G. §§ 593, 621.) Eine Person kann für geisteskrank (wahn Sinnig, blödsinnig u. s. w.) oder für einen Verschwender nur auf erhobene Klage durch Urtheil erklärt werden.

§ 569. (R. V. § 568b, G. §§ 594, 606, 621.) Für die Entmündigungsklage ist das Landgericht, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.

Gegen einen Deutschen, welcher seinen Wohnsitz nur im Auslande hat, kann die Klage bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche erhoben werden.

§ 570. (R. V. § 568c, G. §§ 595, 621.) Die Entmündigungsklage kann von dem Ehegatten, einem Verwandten oder dem Vormunde des Beklagten erhoben werden. Gegen eine Ehefrau kann nur von dem Ehemanne, gegen eine Person, welche unter väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft steht, nur von dem Vater oder dem Vormunde die Klage erhoben werden. Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen noch andere Personen die Klage erheben können, bleiben unberührt.

Zur Erhebung der Klage ist in allen Fällen auch der Staatsanwalt befugt.

§ 571. (R. V. § 568d, G. §§ 597, 621.) Auf die Entmündigungsklage darf der Termin zur mündlichen Verhandlung erst bestimmt werden, nachdem das Prozeßgericht die Klage zugelassen hat.

Die Klage ist zuzulassen, wenn erhebliche Thatfachen zu ihrer Begründung angeführt und glaubhaft gemacht sind.

Die Entscheidung über die Zulassung erfolgt ohne vorgängiges Gehör des Beklagten.

Der Beschluß, welcher die Zulassung ausspricht, ist mit der Klage zuzustellen.

§ 572. (R. V. —, G. § 608.) Mit der Entmündigungsklage kann eine | §. 96.  
andere Klage nicht verbunden werden.

Eine Widerklage ist unzulässig.

§ 573. (R. V. § 568e, G. §§ 597, 609.) Nach Zulassung einer wegen Geisteskrankheit erhobenen Klage wird dem Beklagten für den Rechtsstreit von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Rechtsanwalt als Vertreter bestellt. Die Zustellung der Klage erfolgt an diesen Vertreter.

Die Berechtigung des Beklagten zur Bestellung eines Anwalts ist nicht ausgeschlossen.

§ 574. (R. V. § 568e, G. §§ 611, 614.) Bei dem Verfahren in Entmündigungssachen tritt eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in gleicher Weise ein, wie bei dem Verfahren, welches die Nichtigkeitserklärung einer Ehe zum Gegenstande hat.

Auch finden die Vorschriften der §§ 554, 555, 565, 566 auf das Verfahren in Entmündigungssachen entsprechende Anwendung.

§ 575. (R. V. § 568f, G. §§ 598, 612.) Im Falle einer wegen Geisteskrankheit erhobenen Klage ist der Beklagte persönlich von dem Gerichte in nicht öffentlicher Sitzung zu vernehmen. Die Vernehmung kann auch durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen.

Die Vernehmung kann unterbleiben, wenn sie nach Ansicht des Gerichts schwer ausführbar oder für die Entscheidung unerheblich ist.

§ 576. (R. V. § 568g, G. §§ 599, 612.) Das Endurtheil auf eine wegen Geisteskrankheit erhobene Klage darf nicht erlassen werden, bevor das Gericht einen oder mehrere Aerzte als Sachverständige über den Geisteszustand des Beklagten gehört hat.

§ 577. (R. V. —, G. §§ 603, 607, 623.) Ein die Entmündigung aussprechendes Endurtheil tritt mit der Verkündung vorläufig in Wirksamkeit.

§ 578. (R. V. § 568l, G. §§ 603, 615.) Das Prozeßgericht hat der vormundschaftlichen Behörde von der Zulassung der Entmündigungsklage und von jedem in der Sache erlassenen Endurtheile Mittheilung zu machen.

§ 579. (R. V. § 568xy, G. §§ 616, 617.) Die Wiederaufhebung der Entmündigung kann nur auf Grund eines neuen Verfahrens durch Urtheil ausgesprochen werden. Für die Klage ist das Landgericht, bei welchem der Entmündigte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.

Ist der Entmündigte ein Deutscher und hat er seinen Wohnsitz nur im Auslande, so kann die Klage bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes im Deutschen Reiche erhoben werden, sofern die Entmündigung von einem deutschen Gerichte ausgesprochen ist.

§ 580. (R. V. § 568 bb, G. §§ 620, 626.) Zur Erhebung der Klage auf | §. 97.  
Wiederaufhebung der Entmündigung ist der dem Entmündigten bestellte Vormund oder Kurator befugt.

Will dieser die Klage nicht erheben, so kann die vormundschaftliche Behörde dem Entmündigten einen besonderen Kurator zur Prozeßführung bestellen, auch im Falle der Entmündigung wegen Verschwendung den Entmündigten ermächtigen, selbst die Klage zu erheben.

Die Klage wird gegen den Staatsanwalt gerichtet. Das Verfahren bestimmt sich nach den Vorschriften, welche für das Entmündigungsverfahren gelten.

Der Entmündigte kann einen Anwalt bestellen, auch wenn er nicht ermächtigt worden ist, selbst die Klage zu erheben.

## Siebentes Buch.

### Mahnverfahren.

§ 581. (R. B. § 581, G. § 628.) Wegen eines Anspruchs, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, ist auf Gesuch des Gläubigers ein bedingter Zahlungsbefehl zu erlassen.

Das Mahnverfahren findet nicht statt, wenn nach Inhalt des Gesuchs die Geltendmachung des Anspruchs von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist oder wenn die Zustellung des Zahlungsbefehls im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte.

§ 582. (R. B. § 582, G. § 629.) Die Zahlungsbefehle werden von den Amtsgerichten erlassen.

Zuständig ist das Amtsgericht, welches für die im ordentlichen Verfahren erhobene Klage zuständig sein würde, wenn die Amtsgerichte in erster Instanz sachlich unbeschränkt zuständig wären.

§ 583. (R. B. § 583, G. § 630.) Das Gesuch muß enthalten:

- 1) die Bezeichnung der Parteien nach Namen, Stand oder Gewerbe und Wohnort;
- 2) die Bezeichnung des Gerichts;
- 3) die bestimmte Angabe des Betrags oder Gegenstandes und des Grundes des Anspruchs;
- 4) das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls.

§ 98.

§ 584. (R. B. § 584, G. § 631.) Entspricht das Gesuch nicht den Bestimmungen der vorstehenden Paragraphen oder ergiebt sich aus dem Inhalte des Gesuchs, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet ist, so wird dasselbe zurückgewiesen.

Das Gesuch ist auch dann zurückzuweisen, wenn der Zahlungsbefehl nur in Ansehung eines Theils des Anspruchs nicht erlassen werden kann.

Eine Anfechtung der zurückweisenden Verfügung findet nicht statt.

§ 585. (R. B. § 585, G. § 632.) Der Zahlungsbefehl enthält die in § 583 Nr. 1—3 bezeichneten Erfordernisse des Gesuchs und außerdem den Befehl an den Schuldner, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von zwei Wochen bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruchs nebst den dem Betrage nach zu bezeichnenden Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder bei dem Gerichte Widerspruch zu erheben.

§ 586. (R. B. § 586, G. § 633.) Mit der Zustellung des Zahlungsbefehls an den Schuldner treten die Wirkungen der Rechtshängigkeit ein.

§ 587. (R. B. § 587, G. § 634.) Der Schuldner kann gegen den Anspruch oder einen Theil desselben Widerspruch erheben, so lange der Vollstreckungsbefehl nicht verfügt ist.

Das Gericht hat den Gläubiger von dem rechtzeitig erhobenen Widerspruche in Kenntniß zu setzen und dem Schuldner auf Verlangen eine Bescheinigung darüber zu ertheilen, daß er rechtzeitig Widerspruch erhoben habe.

Einer Zurückweisung des nicht rechtzeitig erhobenen Widerspruchs bedarf es nicht.

§ 588. (R. B. § 588, G. § 635.) Durch die rechtzeitige Erhebung des Wider-

spruchs gegen den Anspruch oder einen Theil desselben verliert der Zahlungsbefehl seine Kraft. Die Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben bestehen.

§ 589. (R. V. § 589, G. § 636.) Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte, so wird, wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben ist, die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgerichte erhoben angesehen, welches den Befehl erlassen hat.

Jede Partei kann den Gegner zur mündlichen Verhandlung laden; die Ladungsfrist beträgt mindestens drei Tage.

§ 590. (R. V. § 590, G. § 637.) Gehört eine wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Landgerichte oder Handelsgerichte, so erlöschen die Wirkungen der Rechtshängigkeit, wenn nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche von dem Tage der Benachrichtigung von der Erhebung des Widerspruchs läuft, die Klage bei dem zuständigen Gerichte erhoben wird.

§ 591. (R. V. § 591, G. § 638.) Die Kosten des Mahnverfahrens sind im Falle der rechtzeitigen Erhebung | des Widerspruchs als ein Theil der Kosten des | S. 99. entstehenden Rechtsstreits anzusehen.

Wird im Falle des § 590 die Klage nicht binnen der bestimmten Frist erhoben, so hat der Gläubiger die Kosten des Mahnverfahrens zu tragen.

§ 592. (R. V. § 592, G. § 639.) Der Zahlungsbefehl ist nach Ablauf der darin bestimmten Frist auf Gesuch des Gläubigers für vorläufig vollstreckbar zu erklären, sofern nicht vor der Vollstreckbarkeitsklärung von dem Schuldner Widerspruch erhoben ist. Die Vollstreckbarkeitsklärung erfolgt durch einen auf den Zahlungsbefehl zu setzenden Vollstreckungsbefehl. In den Vollstreckungsbefehl sind die von dem Gläubiger zu berechnenden Kosten des bisherigen Verfahrens aufzunehmen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Gesuch des Gläubigers zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 593. (R. V. § 593, G. § 640.) Der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten auf Versäumniß erlassenen Endurtheile gleich. Gegen denselben findet der Einspruch nach den Vorschriften der §§ 293—301 statt. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so ist der Einspruch bei dem zuständigen Landgerichte oder Handelsgerichte einzulegen.

§ 594. (R. V. § 594, G. § 641.) Wird in dem Falle, wenn Widerspruch nicht erhoben ist, die Erlassung des Vollstreckungsbefehls nicht binnen einer sechsmonatigen Frist, welche mit Ablauf der im Zahlungsbefehle bestimmten Frist beginnt, nachgesucht, so verliert der Zahlungsbefehl dergestalt seine Kraft, daß auch die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen. Dasselbe gilt, wenn die Erlassung des Vollstreckungsbefehls rechtzeitig nachgesucht ist, das Gesuch aber zurückgewiesen wird.

§ 595. (R. V. § 595, G. § 642.) Das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder eines Vollstreckungsbefehls sowie die Erhebung eines Widerspruchs werden der anderen Partei abschriftlich nicht mitgetheilt; im Falle ihrer mündlichen Anbringung ist die Aufnahme eines Protokolls nicht erforderlich.

§ 596. (R. V. § 596, G. § 643.) Des Nachweises einer Vollmacht bedarf es nicht, wenn für den Gläubiger die Erlassung eines Zahlungsbefehls nachgesucht oder für den Schuldner Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl erhoben wird.

I S. 100.

## | A chtes Buch.

### Z w a n g s v o l l s t r e c k u n g.

#### Erster Abschnitt.

#### Allgemeine Bestimmungen.

§ 597. (R. B. § 597, G. § 644.) Die Zwangsvollstreckung findet statt aus Endurtheilen, welche rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt sind.

Urtheile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden.

§ 598. (R. B. § 598, G. § 645.) Die Rechtskraft der Urtheile tritt vor Ablauf der für die Einlegung des zulässigen Rechtsmittels oder des zulässigen Einspruchs bestimmten Frist nicht ein. Der Eintritt der Rechtskraft wird durch rechtzeitige Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs gehemmt.

§ 599. (R. B. § 599, G. § 646.) Zeugnisse über die Rechtskraft der Urtheile sind auf Grund der Prozeßakten vom Gerichtschreiber erster Instanz, und so lange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, von dem Gerichtschreiber dieser Instanz zu ertheilen.

Insofern die Ertheilung des Zeugnisses davon abhängt, daß gegen das Urtheil ein Rechtsmittel nicht eingelegt ist, genügt ein Zeugniß des Gerichtschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts, daß innerhalb der Nothfrist ein Schriftsatz zum Zwecke der Terminbestimmung nicht eingereicht sei.

§ 600. (R. B. § 600, G. § 647.) Wird die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens beantragt, so kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen eingestellt werde oder nur gegen Sicherheitsleistung stattfinde, und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ohne Sicherheitsleistung ist nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung einen nicht zu ersekenden Nachtheil bringen würde.

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

§ 601. (R. B. § 601, G. §§ 648. 649.) Auch ohne Antrag sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären:

- 1) Urtheile der Amtsgerichte;
- 2) Urtheile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurtheilung aussprechen;
- 3) Urtheile, welche den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen aussprechen;
- 4) ein zweites oder ferneres in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenes Versäumnisurtheil;
- 5) Urtheile, welche im Urkunden- oder Wechselprozesse erlassen werden;
- 6) Urtheile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden;
- 7) Urtheile, welche die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimentern aussprechen, soweit die Alimenter für die Zeit nach der Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

§ 602. (R. B. § 602, G. § 650.) Urtheile sind auf Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Aussetzung der Voll-

I S. 101.

streckung dem Gläubiger einen schwer zu ersekenden oder einen schwer zu ermittelnden Nachtheil bringen würde, oder wenn sich der Gläubiger erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

§ 603. (R. V. § 603, G. § 651.) Wird glaubhaft gemacht, daß die Vollstreckung des Urtheils dem Schuldner einen nicht zu ersekenden Nachtheil bringen würde, so ist in den Fällen des § 601 auf Antrag des Schuldners auszusprechen, daß dasselbe nicht vorläufig vollstreckbar sei; in den Fällen des § 602 ist der Antrag des Gläubigers zurückzuweisen.

§ 604. (R. V. § 604, G. § 652.) Das Gericht kann auf Antrag die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer vorgängigen Sicherheitsleistung abhängig machen.

Das Gericht hat auf Antrag dem Schuldner nachzulassen, durch Sicherheitsleistung oder durch Hinterlegung die Vollstreckung abzuwenden, wenn nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten.

§ 605. (R. V. § 605, G. § 653.) Die in den §§ 602—604 erwähnten Anträge sind vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung zu stellen, auf welche das Urtheil ergeht.

§ 606. (R. V. § 606, G. § 654.) Ist der Antrag, das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, übergangen oder ist in Fällen, in welchen ein Urtheil ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist, eine Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit nicht erfolgt, so kommen wegen Ergänzung des Urtheils die Vorschriften des § 282 zur Anwendung.

§ 607. (R. V. § 607, G. § 655.) Die vorläufige Vollstreckbarkeit tritt mit der Verkündung eines Urtheils, welches die Entscheidung in der Hauptsache oder die Vollstreckbarkeitsklärung aufhebt oder abändert, insoweit außer Kraft, als die Aufhebung oder Abänderung erfolgt.

§ 608. (R. V. § 608, G. § 656.) In der Berufungsinstanz ist über die vorläufige Vollstreckbarkeit, sofern dieselbe nicht den alleinigen Gegenstand der Verhandlung bildet, auf Antrag vorab zu verhandeln und zu entscheiden. | S. 102.

Die Bestimmung des § 465 über die Vertagung der mündlichen Verhandlung findet in diesem Falle keine Anwendung.

Eine Anfechtung der in der Berufungsinstanz über die vorläufige Vollstreckbarkeit erlassenen Entscheidung findet nicht statt.

§ 609. (R. V. § 609, G. § 657.) Wird gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt, so finden die Vorschriften des § 600 entsprechende Anwendung.

§ 610. (R. V. § 610, G. § 660.) Aus dem Urtheile eines ausländischen Gerichts findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

Für die Klage auf Erlassung desselben ist das Amtsgericht oder Landgericht, bei welchem der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht oder Landgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

§ 611. (R. V. § 611, G. § 661.) Das Vollstreckungsurtheil ist ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung zu erlassen.

Dasselbe ist nicht zu erlassen.

- 1) wenn das Urtheil des ausländischen Gerichts nach dem für dieses Gericht geltenden Rechte die Rechtskraft noch nicht erlangt hat;
- 2) wenn durch die Vollstreckung eine Handlung erzwungen werden würde, welche nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters verboten ist;
- 3) wenn nach dem Rechte des über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung urtheilenden deutschen Richters die Gerichte desjenigen Staats nicht zuständig waren, welchem das ausländische Gericht angehört;

- 4) wenn der verurtheilte Schuldner ein Deutscher ist und sich auf den Prozeß nicht eingelassen hat, sofern die den Prozeß einleitende Ladung oder Verfügung ihm weder in dem Staate des Prozeßgerichts in Person noch durch Gewährung der Rechtshilfe im Deutschen Reiche zugestellt ist.

§ 612. (R. V. § 612, G. § 662.) Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung des Urtheils (vollstreckbare Ausfertigung).

Die vollstreckbare Ausfertigung wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichts erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichts ertheilt.

§ 613. (R. V. § 613, G. § 663.) Die Vollstreckungsklausel:

„Vorstehende Ausfertigung wird dem u. f. w. (Bezeichnung der Partei zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ertheilt.“

§ 103. | ist der Ausfertigung des Urtheils am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.

§ 614. (R. V. § 614, G. § 664.) Von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur ertheilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird.

§ 615. (R. V. § 615, G. § 665.) Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Gläubigers sowie gegen die allgemeinen Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Schuldners und unter Berücksichtigung der §§ 228, 230 gegen denjenigen Rechtsnachfolger dieses Schuldners ertheilt werden, an welchen die in Streit befangene Sache während der Rechtshängigkeit oder nach Beendigung des Rechtsstreits veräußert ist, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird.

Ist die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig, so hat dies der Gerichtsschreiber in der Vollstreckungsklausel zu bezeugen.

§ 616. (R. V. § 616, G. § 667.) Kann der nach den vorstehenden Paragraphen erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden, so hat der Kläger bei dem Prozeßgerichte erster Instanz aus dem Urtheile auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel Klage zu erheben.

§ 617. (R. V. § 617, G. § 668.) Ueber Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, entscheidet das Gericht, von dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt ist. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann vor der Entscheidung eine einstweilige Anordnung erlassen; es kann insbesondere anordnen, daß die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen oder nur gegen Sicherheitsleistung fortzusetzen sei.

§ 618. (R. V. § 618, G. § 669.) Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung darf derselben Partei, sofern nicht die zuerst ertheilte Ausfertigung zurückgegeben wird, nur auf Anordnung des Vorsitzenden ertheilt werden.

Vor der Entscheidung kann der Schuldner mündlich oder schriftlich gehört werden.

Der Gerichtsschreiber hat von der Ertheilung der weiteren Ausfertigung, wenn die Entscheidung, durch welche dieselbe angeordnet wird, nicht verkündet ist, den Gegner in Kenntniß zu setzen.

Die weitere Ausfertigung ist als solche unter Erwähnung der Entscheidung ausdrücklich zu bezeichnen.

§ 619. (R. V. § 619, G. § 670.) Vor der Aushändigung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist auf der Ur|schrift des Urtheils zu bemerken, für welche Partei und zu welcher Zeit die Ausfertigung ertheilt ist.

§ 620. (R. V. § 620, G. § 671.) Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie stattfinden soll, in dem Urtheile oder

in der demselben beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind und das Urtheil bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

Hängt die Vollstreckung eines Urtheils seinem Inhalte nach von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer Thatfache ab oder handelt es sich um die Vollstreckung eines Urtheils für die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Gläubigers oder gegen die Rechtsnachfolger des in demselben bezeichneten Schuldners, so muß außer dem zu vollstreckenden Urtheile auch die demselben beigefügte Vollstreckungsklausel und, sofern die Vollstreckungsklausel auf Grund öffentlicher Urkunden ertheilt ist, auch eine Abschrift dieser Urkunden vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt sein oder gleichzeitig mit Beginn derselben zugestellt werden.

§ 621. (R. V. § 621, G. § 672.) Ist die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritte eines Kalendertages abhängig, so darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Kalendertag abgelaufen ist.

Hängt die Vollstreckung von einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung ab, so darf der Beginn der Zwangsvollstreckung nur erfolgen, wenn die Sicherheitsleistung durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen und eine Abschrift dieser Urkunde bereits zugestellt ist oder gleichzeitig zugestellt wird.

§ 622. (R. V. § 622, G. § 673.) Gegen eine dem aktiven Heere angehörende Militärperson darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn dieser Person durch die zuständige Militärbehörde die Weisung ertheilt ist, sich der Zwangsvollstreckung zu unterwerfen.

Die zuständige Militärbehörde hat die Weisung auf Verlangen des Gläubigers sofort zu ertheilen, auch denselben sofort schriftlich in Kenntniß zu setzen, daß die Weisung erfolgt sei.

§ 623. (R. V. § 623, G. § 674.) Die Zwangsvollstreckung erfolgt, soweit sie nicht den Gerichten zugewiesen ist, durch Gerichtsvollzieher, welche dieselbe im Auftrage des Gläubigers zu bewirken haben.

Der Gläubiger kann wegen Ertheilung des Auftrags zur Zwangsvollstreckung die Mitwirkung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen. Der von dem Gerichtsschreiber beauftragte Gerichtsvollzieher gilt als von dem Gläubiger beauftragt.

§ 624. (R. V. § 624, G. § 675.) In dem schriftlichen oder mündlichen Auftrage zur Zwangsvollstreckung in Verbindung mit der Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung liegt die Beauftragung des Gerichtsvollziehers, die Zahlungen oder sonstigen Leistungen in Empfang zu nehmen, über das Empfangene wirksam zu quittiren und dem Schuldner, wenn dieser seiner Verbindlichkeit genügt hat, die vollstreckbare Ausfertigung auszuliefern.

§ 625. (R. V. § 625, G. § 676.) Dem Schuldner und Dritten gegenüber wird der Gerichtsvollzieher zur Vor|nahme der Zwangsvollstreckung und der im § 624 | S. 105. bezeichneten Handlungen durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung ermächtigt. Der Mangel oder die Beschränkung des Auftrags kann diesen Personen gegenüber von dem Gläubiger nicht geltend gemacht werden.

§ 626. (R. V. § 626, G. § 677.) Der Gerichtsvollzieher hat nach Empfang der Leistungen dem Schuldner die vollstreckbare Ausfertigung nebst einer Quittung auszuliefern, bei theilweiser Leistung diese auf der vollstreckbaren Ausfertigung zu bemerken und dem Schuldner Quittung zu ertheilen.

Das Recht des Schuldners, nachträglich eine Quittung des Gläubigers selbst zu fordern, wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.

§ 627. (R. V. § 627, G. § 678.) Der Gerichtsvollzieher ist befugt, die Wohnung und die Behältnisse des Schuldners zu durchsuchen, soweit der Zweck der Vollstreckung dies erfordert.

Er ist befugt, die verschlossenen Hausthüren, Zimmerthüren und Behältnisse öffnen zu lassen.

Er ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und

kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Ist militärische Hülfe erforderlich, so hat er sich an das Vollstreckungsgericht zu wenden.

§ 628. (R. B. § 628, G. § 679.) Wird bei einer Vollstreckungshandlung Widerstand geleistet oder ist bei einer in der Wohnung des Schuldners erfolgenden Vollstreckungshandlung weder der Schuldner noch eine zur Familie desselben gehörige oder in dieser Familie dienende erwachsene Person gegenwärtig, so hat der Gerichtsvollzieher zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

§ 629. (R. B. § 629, G. § 680.) Jeder Person, welche bei dem Vollstreckungsverfahren betheiligt ist, muß auf Begehren Einsicht der Akten des Gerichtsvollziehers gestattet und Abschrift einzelner Aktenstücke ertheilt werden.

§ 630. (R. B. § 630, § G. 681.) An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen darf eine Vollstreckungshandlung nur mit Erlaubniß des Amtsrichters erfolgen, in dessen Bezirke die Handlung vorgenommen werden soll.

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß ertheilt wird, ist bei der Zwangsvollstreckung vorzuzeigen.

§ 631. (R. B. § 631, G. § 682.) Der Gerichtsvollzieher hat über jede Vollstreckungshandlung ein Protokoll aufzunehmen.

Das Protokoll muß enthalten:

- 1) Ort und Zeit der Aufnahme;
- 2) den Gegenstand der Vollstreckungshandlung unter kurzer Erwähnung der wesentlichen Vorgänge;
- 3) die Namen der Personen, mit welchen verhandelt ist;
- 4) die Unterschrift dieser Personen und die Bemerkung, daß die Unterzeichnung nach vorgängiger Vorlesung oder Vorlegung zur Durchsicht und nach vorgängiger Genehmigung erfolgt sei;
- 5) die Unterschrift des Gerichtsvollziehers.

§. 106. Hat einem der unter Nr. 4 bezeichneten Erfordernisse nicht genügt werden können, so ist der Grund anzugeben.

§ 632. (R. B. § 632, G. § 683.) Die Aufforderungen und sonstigen Mittheilungen, welche zu den Vollstreckungshandlungen gehören, sind von dem Gerichtsvollzieher mündlich zu erlassen und vollständig in das Protokoll aufzunehmen.

Kann die mündliche Ausführung nicht erfolgen, so ist eine Abschrift des Protokolls unter entsprechender Anwendung der §§ 151, 159—163 zuzustellen oder, wenn demjenigen, an welchen die Aufforderung oder Mittheilung zu richten ist, am Orte der Zwangsvollstreckung nicht zugestellt werden kann, durch die Post zu übersenden. Die Befolgung dieser Vorschrift muß zum Protokolle bemerkt werden. Eine öffentliche Zustellung findet nicht statt.

§ 633. (R. B. § 633, G. § 684.) Die den Gerichten zugewiesene Anordnung von Vollstreckungshandlungen und Mitwirkung bei solchen gehört zur Zuständigkeit der Amtsgerichte als Vollstreckungsgerichte.

Als Vollstreckungsgericht ist, sofern nicht das Gesetz ein anderes Amtsgericht bezeichnet, dasjenige Amtsgericht anzusehen, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat.

Die Entscheidungen des Vollstreckungsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

§ 634. (R. B. § 634, G. § 685.) Ueber Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das bei derselben vom Gerichtsvollzieher zu beobachtende Verfahren betreffen, entscheidet das Vollstreckungsgericht. Dasselbe ist befugt, die im § 617, Absatz 2 bezeichneten Anordnungen zu erlassen.

Dem Vollstreckungsgerichte steht auch die Entscheidung zu, wenn ein Gerichtsvollzieher sich weigert, einen Vollstreckungsauftrag zu übernehmen oder eine Voll-

streckungshandlung dem Auftrage gemäß auszuführen, oder wenn in Ansehung der von dem Gerichtsvollzieher in Ansatz gebrachten Kosten Erinnerungen erhoben werden.

§ 635. (R. B. § 635, G. § 686.) Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen, sind von dem Schuldner im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen.

Dieselben sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher Einwendungen in Gemäßheit der Bestimmungen dieses Gesetzbuchs spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, entstanden sind und durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend gemacht werden können.

Der Schuldner muß in der von ihm zu erhebenden Klage alle Einwendungen geltend machen, welche er zur Zeit der Erhebung der Klage geltend zu machen im Stande war.

§ 636. (R. B. § 636, G. § 687.) Die Bestimmungen des § 635, Abf. 1, 3 finden entsprechende Anwendung, wenn in den Fällen der §§ 614, 615 der Schuldner den bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommenen Eintritt der Thatfache, von welcher das Urtheil die Vollstreckung abhängig macht, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestrittet, unbeschadet der Befugniß des Schuldners, in diesen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in Gemäßheit des § 617 zu erheben. | S. 107.

§ 637. (R. B. § 637, G. § 688.) Das Prozeßgericht kann auf Antrag anordnen, daß bis zur Erlassung des Urtheils über die in den §§ 635, 636 bezeichneten Einwendungen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung eingestellt oder nur gegen Sicherheitsleistung fortgesetzt werde und daß die erfolgten Vollstreckungsmaßregeln gegen Sicherheitsleistung aufzuheben seien. Die tatsächlichen Behauptungen, welche den Antrag begründen, sind glaubhaft zu machen.

In dringenden Fällen kann das Vollstreckungsgericht eine solche Anordnung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher die Entscheidung des Prozeßgerichts beizubringen sei. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird die Zwangsvollstreckung fortgesetzt.

Die Entscheidung über diese Anträge kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

§ 638. (R. B. § 638, G. § 689.) Das Prozeßgericht kann in dem Urtheile, durch welches über die Einwendungen entschieden wird, die in dem vorstehenden Paragraphen bezeichneten Anordnungen erlassen oder die bereits erlassenen Anordnungen aufheben, abändern oder bestätigen. In Betreff der Anfechtung einer solchen Entscheidung finden die Vorschriften des § 608 entsprechende Anwendung.

§ 639. (R. B. § 639, G. § 690.) Behauptet ein Dritter, daß ihm an dem Gegenstande der Zwangsvollstreckung ein die Veräußerung hinderndes Recht zustehe, so ist der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung im Wege der Klage bei dem Gerichte geltend zu machen, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt.

Wird die Klage gegen den Gläubiger und den Schuldner gerichtet, so sind diese als Streitgenossen anzusehen.

Auf die Einstellung der Zwangsvollstreckung und die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln finden die Vorschriften der §§ 637, 638 entsprechende Anwendung. Die Aufhebung einer Vollstreckungsmaßregel ist auch ohne Sicherheitsleistung zulässig.

§ 640. (R. B. § 640, G. § 691.) Die Zwangsvollstreckung ist einzustellen oder zu beschränken:

- 1) wenn die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß das zu vollstreckende Urtheil oder dessen vorläufige Vollstreckbarkeit aufgehoben, oder daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt oder deren Einstellung angeordnet ist;
- 2) wenn die Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß die einstweilige Einstellung der Vollstreckung oder einer Vollstreckungsmaßregel angeordnet ist;

I C. 108.

- 3) wenn eine öffentliche Urkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß die zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassene Sicherheitsleistung oder Hinterlegung erfolgt ist;
- 4) wenn eine öffentliche Urkunde oder eine von dem Gläubiger ausgestellte Privaturkunde vorgelegt wird, aus welcher sich ergibt, daß der Gläubiger nach Erlassung des zu vollstreckenden Urtheils befriedigt ist oder Stundung bewilligt hat;
- 5) wenn ein Postschein vorgelegt wird, aus welchem sich ergibt, daß nach Erlassung des Urtheils die zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Summe zur Auszahlung an den Letzteren bei der Post eingezahlt ist.

§ 641. (R. V. § 641, G. § 692.) In den Fällen des § 640 Nr. 1, 3 sind zugleich die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln aufzuheben. In den Fällen der Nr. 4, 5 bleiben diese Maßregeln einstweilen bestehen; dasselbe gilt in den Fällen der Nr. 2, sofern nicht durch die betreffende Entscheidung auch die Aufhebung der bisherigen Vollstreckungshandlungen angeordnet ist.

§ 642. (R. V. § 642, G. § 693.) Eine Zwangsvollstreckung, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen hatte, wird in den Nachlaß desselben fortgesetzt.

Ist bei einer Vollstreckungshandlung die Zuziehung des Schuldners nöthig, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das Vollstreckungsgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen.

§ 643. (R. V. § 643, G. § 694.) Ist der Schuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das nach den Landesgesetzen zuständige Nachlaßgericht auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen Kurator zu bestellen.

§ 644. (R. V. § 644, G. § 695.) Der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte kann die Rechtswohlthat des Inventars nur geltend machen, wenn ihm dieselbe im Urtheile vorbehalten ist.

§ 645. (R. V. § 645, G. § 696.) Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, welcher als Benefizialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurtheilt oder gegen welchen als Erben des verurtheilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, bleibt die Rechtswohlthat unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden.

Inwiefern der Benefizialerbe berechtigt ist, auf Grund der Rechtswohlthat die Aussetzung, Aufhebung oder Beschränkung der Zwangsvollstreckung zu verlangen, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts.

Die Erledigung der Einwendungen erfolgt nach den Bestimmungen der §§ 635, 637, 638.

§ 646. (R. V. § 646, G. § 697.) Die Kosten der Zwangsvollstreckung fallen, I C. 109. soweit sie nothwendig waren | (§ 85), dem Schuldner zur Last; sie sind zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Ansprüche beizutreiben.

Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind dem Schuldner zu erstatten, wenn das Urtheil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird.

§ 647. (R. V. § 647, G. § 698.) Wird zum Zwecke der Vollstreckung das ungesäumte Einschreiten einer Behörde erforderlich, so hat das Gericht auf Antrag des Gläubigers die Behörde um ihr Einschreiten zu ersuchen.

§ 648. (R. V. § 648, G. § 699.) Soll die Zwangsvollstreckung gegen eine dem aktiven Heere angehörende Person des Soldatenstandes in Kasernen und anderen militärischen Dienstgebäuden erfolgen, so hat auf Antrag des Gläubigers das Vollstreckungsgericht die zuständige Militärbehörde um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

§ 649. (R. V. § 649, G. § 700.) Soll die Zwangsvollstreckung in einem ausländischen Staate erfolgen, dessen Behörden im Wege der Rechtshülfe die Urtheile deutscher Gerichte vollstrecken, so hat auf Antrag des Gläubigers das Prozeßgericht erster Instanz die zuständige Behörde des Auslandes um die Zwangsvollstreckung zu ersuchen.

Kann die Vollstreckung durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.

§ 650. (R. V. § 650, G. § 701.) Gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen können, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 651. (R. V. § 651, G. § 702.) Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt:

- 1) aus Vergleich, welche nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfange nach oder in Betreff eines Theils des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gerichte abgeschlossen sind;
- 2) aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet;
- 3) aus Vollstreckungsbefehlen;
- 4) aus Urkunden, welche von einem deutschen Gerichte oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

§ 652. (R. V. § 652, G. § 703.) Auf die Zwangsvollstreckung aus den in dem vorstehenden Paragraphen erwähnten Schuldtiteln finden die Bestimmungen der §§ 612—650 entsprechende Anwendung, soweit nicht in den §§ 653, 654 abweichende Vorschriften enthalten sind.

§ 653. (R. V. § 653, G. § 704.) Vollstreckungsbefehle bedürfen der Vollstreckungsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist. | C. 110.

Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, sind nur insoweit zulässig, als die Gründe, auf denen sie beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstanden sind.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden oder die bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Amtsgericht zuständig, welches den Vollstreckungsbefehl erlassen hat. Gehört der Anspruch nicht vor die Amtsgerichte, so sind die Klagen bei dem zuständigen Landgerichte oder Handelsgerichte zu erheben.

§ 654. (R. V. § 654, G. § 705.) Die vollstreckbare Ausfertigung gerichtlicher Urkunden wird von dem Gerichtschreiber des Gerichts ertheilt, welches die Urkunde aufgenommen hat.

Die vollstreckbare Ausfertigung notarieller Urkunden wird von dem Notar ertheilt, welcher die Urkunde verwahrt. Befindet sich die Urkunde in der Verwahrung einer Behörde, so hat diese die vollstreckbare Ausfertigung zu ertheilen.

Die Entscheidungen über Einwendungen, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, sowie die Entscheidung über Ertheilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung erfolgt bei gerichtlichen Urkunden von dem im ersten Absätze bezeichneten Gerichte, bei notariellen Urkunden von dem Amtsgerichte, in dessen Bezirke der im zweiten Absätze bezeichnete Notar oder die daselbst bezeichnete Behörde den Amtssitz hat.

Auf die Geltendmachung von Einwendungen, welche den Anspruch selbst betreffen, findet die beschränkende Vorschrift des § 635 Abs. 2 keine Anwendung.

Für Klagen auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel sowie für Klagen, durch welche die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen geltend gemacht werden

oder der bei der Ertheilung der Vollstreckungsklausel als bewiesen angenommene Eintritt der Thatfache, von welcher die Vollstreckung aus der Urkunde abhängt, oder die als eingetreten angenommene Rechtsnachfolge bestritten wird, ist das Gericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Gericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

§ 655. (R. V. § 655, G. § 706.) Die Landesgesetzgebung ist nicht gehindert, auf Grund anderer als der in den §§ 597, 651 bezeichneten Schuldtitel die gerichtliche Zwangsvollstreckung zuzulassen und insoweit abweichende Vorschriften von den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs über die Zwangsvollstreckung zu treffen.

Die vorstehende Bestimmung findet auch auf Hypothekenurkunden (Hypothekenschuldbriefe, Hypothekenscheine u. s. w.) Anwendung.

§ 656. (R. V. § 656, G. § 707.) Die in diesem Buche angeordneten Gerichtsstände sind ausschließliche.

| C. 111.

## | Zweiter Abschnitt.

### Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

#### Erster Titel.

### Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.

#### I. Allgemeine Bestimmungen.

§ 657. (R. V. § 657, G. § 708.) Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen erfolgt durch Pfändung. Sie darf nicht weiter ausgedehnt werden, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist.

Die Pfändung hat zu unterbleiben, wenn sich von der Verwerthung der zu pfändenden Gegenstände ein Ueberschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt.

§ 658. (R. V. § 658, G. § 709.) Durch die Pfändung erwirbt der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstände.

Kraft dieses Pfandrechts kann der Gläubiger aus dem gepfändeten Gegenstände seine Befriedigung vor anderen Gläubigern des Schuldners verlangen. Der Gläubiger behält dieses Recht auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners, unbeschadet der Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkursöffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen. Das Pfandrecht steht dem Rechte derjenigen Gläubiger nach, welche kraft eines an dem gepfändeten Gegenstände ihnen zustehenden speziellen Pfand- oder Vorzugsrechts den Hauptpfandgläubigern vorgehen.

Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird.

§ 659. (R. V. § 659, G. § 710.) Der Pfändung einer Sache kann ein Dritter, welcher sich nicht im Besitze der Sache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts nicht widersprechen; er kann jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse bei dem Vollstreckungsgerichte geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung fällig ist oder nicht.

Wird der Anspruch glaubhaft gemacht, so hat das Gericht die Hinterlegung des Erlöses anzuordnen.

§ 660. (R. V. § 660, G. § 711.) Hat die Pfändung zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt oder macht dieser glaubhaft, daß er durch Pfändung seine Befriedigung nicht vollständig erlangen könne, so ist der Schuldner auf Antrag

verpflichtet, ein Verzeichniß seines Vermögens vorzulegen, in Betreff seiner Forderungen den Grund und die Beweismittel zu bezeichnen, sowie den Offenbarungszeit dahin zu leisten:

daß er sein Vermögen vollständig angegeben und wissentlich nichts verschwiegen habe.

## II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

| §. 112

§ 661. (R. V. § 661, G. § 712.) Die Pfändung der im Gewahrsam des Schuldners befindlichen körperlichen Sachen wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt.

Im Gewahrsam des Schuldners sind die Sachen nur zu belassen, wenn der Gläubiger einwilligt oder wenn ein anderes Verfahren mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist. In diesem Falle ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise die Pfändung ersichtlich gemacht ist.

Der Gerichtsvollzieher hat den Schuldner von der geschehenen Pfändung in Kenntniß zu setzen.

§ 662. (R. V. § 662, G. § 713.) Die vorstehenden Bestimmungen finden entsprechende Anwendung auf die Pfändung von Sachen, welche sich im Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden.

§ 663. (R. V. § 663, G. § 714.) Früchte, welche von dem Boden nicht getrennt sind, dürfen nicht früher als einen Monat vor der Reife gepfändet werden.

§ 664. (R. V. § 664, G. § 715.) Folgende Sachen sind der Pfändung nicht unterworfen:

- 1) die Kleidungsstücke, die Betten, das Haus- und Rükhengeräth, insbesondere die Heiz- und Kochöfen, soweit diese Gegenstände für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde unentbehrlich sind;
- 2) die für den Schuldner, seine Familie und sein Gesinde auf zwei Wochen erforderlichen Nahrungs- und Feuerungsmittel;
- 3) eine Milchkuh oder statt einer solchen zwei Ziegen oder zwei Schafe nebst dem zum Unterhalte und zur Streu für dieselben auf zwei Wochen erforderlichen Futter und Stroh, sofern die bezeichneten Thiere für die Ernährung des Schuldners, seiner Familie und seines Gesindes unentbehrlich sind;
- 4) bei Künstlern, Handwerkern, Hand- und Fabrikarbeitern die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände;
- 5) bei Personen, welche Landwirthschaft betreiben, das zum Wirtschaftsbetriebe erforderliche Geräth, Vieh- und Feldinventarium nebst dem nöthigen Dünger, sowie die landwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche zur Fortsetzung der Wirthschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich sind;
- 6) bei Offizieren, Beamten, Geistlichen, Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten, Rechtsanwältinnen und Notaren die zur Verwaltung des Dienstes erforderlichen Gegenstände sowie anständige Kleidung;
- 7) bei Offizieren, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten ein Geldbetrag, welcher dem der Pfändung nicht unterworfenen Theile des Dienst Einkommens oder der Pension für die Zeit von der Pfändung bis zum nächsten Termine der Gehalts- oder Pensionszahlung gleichkommt;
- 8) das Inventarium der Posthaltereien;
- 9) Orden und Ehrenzeichen;
- 10) die Bücher, welche zum Gebrauche des Schuldners und seiner Familie in der Kirche oder zum Gebrauche seiner Kinder in der Schule bestimmt sind.

| §. 113

§ 665. (R. V. § 665, G. § 716.) Die gepfändeten Sachen sind von dem Gerichtsvollzieher öffentlich zu versteigern, Kostbarkeiten sind vor der Versteigerung durch einen Sachverständigen abzuschätzen.

Gepfändetes Geld ist dem Gläubiger abzuliefern. Die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners.

§ 666. (R. V. § 666, G. § 717.) Die Versteigerung der gepfändeten Sachen darf nicht vor Ablauf einer Woche seit dem Tage der Pfändung geschehen, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über eine frühere Versteigerung sich einigen oder dieselbe erforderlich ist, um die Gefahr einer beträchtlichen Werthsverringerung der zu versteigernden Sache abzuwenden oder um unverhältnißmäßige Kosten einer längeren Aufbewahrung zu vermeiden.

Die Versteigerung erfolgt in der Gemeinde, in welcher die Pfändung geschehen ist, sofern nicht der Gläubiger und der Schuldner über einen anderen Ort sich einigen. Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der zu versteigernden Sachen öffentlich bekannt zu machen.

§ 667. (R. V. § 667, G. § 718.) Der Zuschlag an den Meistbietenden erfolgt nach dreimaligem Aufrufe.

Die Ablieferung einer zugeschlagenen Sache darf nur gegen baare Zahlung geschehen.

Hat der Meistbietende nicht zu der in den Versteigerungsbedingungen bestimmten Zeit oder in Ermangelung einer solchen Bestimmung nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins die Ablieferung gegen Zahlung des Kaufgeldes verlangt, so wird die Sache anderweit versteigert. Der Meistbietende wird zu einem weiteren Gebote nicht zugelassen; er haftet für den Ausfall, auf den Mehrerlös hat er keinen Anspruch.

§ 668. (R. V. § 668, G. § 719.) Die Versteigerung wird eingestellt, sobald der Erlös zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung hinreicht.

§ 669. (R. V. § 669, G. § 720.) Die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher gilt als Zahlung von Seiten des Schuldners.

§ 670. (R. V. § 670, G. § 721.) Gold- und Silbersachen dürfen nicht unter ihrem Gold- oder Silberwerthe zugeschlagen werden. Wird ein den Zuschlag gestattendes Gebot nicht abgegeben, so kann der Gerichtsvollzieher den Verkauf aus freier Hand zu dem Preise bewirken, welcher den Gold- oder Silberwerth erreicht.

§ 671. (R. V. § 671, G. § 722.) Gepfändete Papiere auf Inhaber sind, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, von dem Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tagesfurze zu verkaufen und, wenn sie einen solchen Preis nicht haben, nach den allgemeinen Bestimmungen zu versteigern.

§ 672. (R. V. § 672, G. § 724.) Ist ein Inhaberpapier auf den Namen eingeschrieben (außer Kurs gesetzt), so kann der Gerichtsvollzieher durch das Vollstreckungsgericht ermächtigt werden, die Aufhebung der Einschreibung (die Wiederinkurssetzung) zu bewirken und die hierzu erforderlichen Erklärungen des Schuldners abzugeben.

§ 673. (R. V. § 673, G. § 725.) Die Versteigerung gepfändeter, von dem Boden noch nicht getrennter Früchte ist erst nach der Reife zulässig. Sie kann vor oder nach der Trennung der Früchte erfolgen; im letzteren Falle hat der Gerichtsvollzieher die Aberntung durch einen Dritten bewirken zu lassen.

§ 674. (R. V. § 674, G. § 726.) Auf Antrag des Gläubigers oder des Schuldners kann das Vollstreckungsgericht anordnen, daß die Verwerthung einer gepfändeten Sache in anderer Weise oder an einem anderen Orte, als in den vorstehenden Paragraphen bestimmt ist, stattzufinden habe oder daß die Versteigerung durch eine andere Person als den Gerichtsvollzieher vorzunehmen sei.

§ 675. (R. V. § 675, G. § 727.) Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen wird durch die in das Protokoll aufzunehmende Erklärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sachen für seinen Auftraggeber pfände, bewirkt.

Ist die erste Pfändung durch einen anderen Gerichtsvollzieher bewirkt, so ist diesem eine Abschrift des Protokolls zuzustellen.

Der Schuldner ist von den weiteren Pfändungen in Kenntniß zu setzen.

§ 676. (R. B. § 676, G. § 728.) Auf den Gerichtsvollzieher, von welchem die erste Pfändung bewirkt ist, geht der Auftrag des zweiten Gläubigers kraft Gesetzes über, sofern nicht das Vollstreckungsgericht auf Antrag eines betheiligten Gläubigers oder des Schuldners anordnet, daß die Verrichtungen jenes Gerichtsvollziehers von einem anderen zu übernehmen seien. Die Versteigerung erfolgt für alle betheiligten Gläubiger.

Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen betheiligten Gläubiger eine andere Vertheilung als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Vollstreckungsgerichte anzuzeigen. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

### III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

| C. 115.

§ 677. (R. B. § 677, G. § 729.) Die gerichtlichen Handlungen, welche die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte zum Gegenstande haben, erfolgen durch das Vollstreckungsgericht.

Als Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen das Amtsgericht zuständig, bei welchem in Gemäßheit des § 24 gegen den Schuldner Klage erhoben werden kann.

§ 678. (R. B. § 678, G. § 730.) Soll eine Geldforderung gepfändet werden, so hat das Gericht dem Drittschuldner zu verbieten, an den Schuldner zu zahlen. Zugleich hat das Gericht an den Schuldner das Gebot zu erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Der Gläubiger hat den Beschluß dem Schuldner und dem Drittschuldner zustellen zu lassen.

Mit der Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner ist die Pfändung als bewirkt anzusehen.

§ 679. (R. B. § 679, G. § 731.) Inwieweit die Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen und wie eine solche Eintragung zu erwirken ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

§ 680. (R. B. § 680, G. § 732.) Die Pfändung von Forderungen aus Wechseln und anderen Papieren, welche durch Indossament übertragen werden können, wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher diese Papiere in Besitz nimmt.

§ 681. (R. B. § 681, G. § 733.) Das Pfandrecht, welches durch die Pfändung einer Gehaltsforderung oder einer ähnlichen in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderung erworben wird, erstreckt sich auch auf die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge.

§ 682. (R. B. § 682, G. § 734.) Durch die Pfändung eines Dienst Einkommens wird auch dasjenige Einkommen betroffen, welches der Schuldner in Folge der Versetzung in ein anderes Amt, der Uebertragung eines neuen Amtes oder einer Gehaltserhöhung zu beziehen hat.

Diese Bestimmung findet auf den Fall der Aenderung des Dienstherrn keine Anwendung.

§ 683. (R. B. § 683, G. § 735.) Vor der Pfändung ist der Schuldner über das Pfändungsgesuch nicht zu hören.

§ 684. (R. B. § 684, G. § 736.) Die gepfändete Geldforderung ist dem Gläubiger nach seiner Wahl zur Einziehung oder an Zahlungsstatt zum Nennwerthe zu überweisen.

Im letzteren Falle geht die Forderung auf den Gläubiger mit der Wirkung

§ 116. über, daß derselbe, soweit die Forderung besteht, wegen seiner Forderung an den Schuldner als befriedigt anzusehen ist.

Der Gläubiger hat dem Schuldner und dem Drittschuldner den Beschluß, welcher die Ueberweisung ausspricht, zustellen zu lassen.

§ 685. (R. V. § 685, G. § 737.) Die Ueberweisung ersetzt die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist, insbesondere das Indossament des Schuldners.

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger die über die Forderung vorhandenen Urkunden herauszugeben. Die Herausgabe kann von dem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erzwungen werden.

§ 686. (R. V. § 686, G. § 739.) Auf Verlangen des Gläubigers hat der Drittschuldner binnen zwei Wochen, von der Zustellung des Pfändungsbeschlusses an gerechnet, dem Gläubiger zu erklären:

- 1) ob und inwiefern er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei;
- 2) ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei.

Die Aufforderung zur Abgabe dieser Erklärungen muß in die Zustellungsurkunde aufgenommen werden. Der Drittschuldner haftet dem Gläubiger für den aus der Nichterfüllung seiner Verpflichtung entstehenden Schaden.

Die Erklärungen des Drittschuldners können bei Zustellung des Pfändungsbeschlusses oder innerhalb der im ersten Absätze bestimmten Frist an den Gerichtsvollzieher erfolgen. Im ersteren Falle sind dieselben in die Zustellungsurkunde aufzunehmen und von dem Drittschuldner zu unterschreiben.

§ 687. (R. V. § 687, G. § 740.) Der Gläubiger, welcher die Forderung einklagt, ist verpflichtet, dem Schuldner gerichtlich den Streit zu verkünden, sofern nicht eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

§ 688. (R. V. § 688, G. § 741.) Der Gläubiger, welcher die Beitreibung einer ihm zur Einziehung überwiesenen Forderung verzögert, haftet dem Schuldner für den daraus entstehenden Schaden.

§ 689. (R. V. § 689, G. § 742.) Der Gläubiger kann auf die durch Pfändung und Ueberweisung zur Einziehung erworbenen Rechte unbeschadet seines Anspruchs verzichten. Die Verzichtleistung erfolgt durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung. Die Erklärung ist auch dem Drittschuldner zuzustellen.

§ 690. (R. V. § 690, G. § 743.) Ist die zur Einziehung überwiesene Forderung eine bedingte oder eine betagte, oder ist ihre Einziehung wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen mit Schwierigkeiten verbunden, so kann das Gericht auf Antrag eine andere Art der Verwerthung anordnen.

§ 117. Vor dem Beschlusse, durch welchen dem Antrage stattgegeben wird, ist der Gegner zu hören, sofern nicht eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erforderlich wird.

§ 691. (R. V. § 691, G. § 744.) Schon vor der Pfändung kann der Gläubiger durch einen Gerichtsvollzieher dem Drittschuldner und dem Schuldner die Benachrichtigung, daß die Pfändung bevorstehe, zustellen lassen mit der Aufforderung an den Drittschuldner, nicht an den Schuldner zu zahlen, und mit der Aufforderung an den Schuldner, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere der Einziehung derselben zu enthalten.

Die Benachrichtigung hat die Wirkung eines Arrestes (§ 755), sofern die Pfändung der Forderung innerhalb drei Wochen bewirkt wird. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Benachrichtigung dem Drittschuldner zugestellt ist.

§ 692. (R. V. § 692, G. § 745.) Die Zwangsvollstreckung in Ansprüche, welche die Herausgabe oder Leistung körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, erfolgt

nach den Vorschriften der §§ 678—691 unter Berücksichtigung der nachfolgenden Bestimmungen.

§ 693. (R. V. § 693, G. § 746.) Bei der Pfändung eines Anspruchs, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herauszugeben sei.

Auf die Verwerthung der Sache finden die Vorschriften über die Verwerthung gepfändeter Sachen Anwendung.

§ 694. (R. V. § 694, G. § 747.) Bei Pfändung eines Anspruchs, welcher eine unbewegliche Sache betrifft, ist anzuordnen, daß die Sache an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenden Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei.

Die Zwangsvollstreckung in die herausgegebene Sache wird nach den für die Zwangsvollstreckung in unbewegliche Sachen geltenden Vorschriften bewirkt.

§ 695. (R. V. § 695, G. § 748.) Eine Ueberweisung der im § 692 bezeichneten Ansprüche an Zahlungsstatt ist unzulässig.

§ 696. (R. V. § 696, G. § 749.) Der Pfändung sind nicht unterworfen:

- 1) der Arbeits- oder Dienstlohn nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 21. Juni 1869 (B.-G.-Bl. 1869. S. 242 und 1871 S. 63);
- 2) die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Alimentenforderungen;
- 3) die fortlaufenden Einkünfte, welche ein Schuldner aus Stiftungen oder sonst auf Grund der Fürsorge und Freigebigkeit eines Dritten bezieht, insoweit der Schuldner zur Bestreitung des nothdürftigen Unterhalts für sich, seine Ehefrau und seine noch unverorgten Kinder dieser Einkünfte bedarf und nicht im Stande ist, diesen Unterhalt auf eine seinen Verhältnissen angemessene Art selbst zu erwerben;
- 4) die aus Kranken-, Hülf- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschafts- | S. 118.  
kassen und Kassen der Knappschaftsvereine zu beziehenden Hebungen;
- 5) der Sold und die Invalidenpension der Unteroffiziere und der Soldaten;
- 6) das Diensteinkommen der Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
- 7) die Pensionen der Wittwen und Waisen und die denselben aus Wittwen- und Waisenkassen zukommenden Bezüge, die Erziehungsgelder und die Studienstipendien, sowie die Pensionen invalider Arbeiter;
- 8) das Diensteinkommen der Offiziere, der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten; die Pension dieser Personen nach deren Veretzung in einstweiligen oder dauernden Ruhestand, sowie der nach ihrem Tode den Hinterbliebenen zu gewährende Sterbe- oder Gnadengehalt.

Uebersteigen in den Fällen Nr. 7 und 8 das Diensteinkommen, die Pension oder die sonstigen Bezüge die Summe von fünfzehnhundert Mark für das Jahr, so ist der dritte Theil des Mehrbetrags der Pfändung unterworfen. Die Pfändung ist ohne Rücksicht auf den Betrag zulässig, wenn sie zur Befriedigung der Ehefrau und der ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente beantragt wird, welche für die Zeit nach Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkte vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind.

Die Einkünfte, welche zur Bestreitung eines Dienstaufwandes bestimmt sind, und der Servis der Offiziere und Militärbeamten sind weder der Pfändung unterworfen noch bei der Ermittlung, ob und zu welchem Betrage ein Diensteinkommen der Pfändung unterliege, zu berechnen.

§ 697. (R. V. § 697, G. § 750.) Ist eine Geldforderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem die Forderung überwiesen wurde, verpflichtet, unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an das Amtsgericht, dessen Beschluß ihm zuerst zugestellt ist, den Schuldbetrag zu hinterlegen.

§ 698. (R. B. § 698, G. § 751.) Ist ein Anspruch, welcher eine bewegliche körperliche Sache betrifft, für mehrere Gläubiger gepfändet, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse dem Gerichtsvollzieher herauszugeben, welcher nach dem ihm zuerst zugestellten Beschlüsse zur Empfangnahme der Sache ermächtigt ist. Hat der Gläubiger einen solchen Gerichtsvollzieher nicht bezeichnet, so erfolgt dessen Ernennung auf Antrag des Drittschuldners von dem Amtsgerichte des Orts, wo die Sache herauszugeben ist.

§ 119. Ist der Erlös zur Deckung der Forderungen nicht ausreichend und verlangt der Gläubiger, für welchen die zweite oder eine spätere Pfändung erfolgt ist, ohne Zustimmung der übrigen betheiligten Gläubiger eine andere Vertheilung, als nach der Reihenfolge der Pfändungen, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachlage unter Hinterlegung des Erlöses dem Amtsgerichte anzuzeigen, dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist. Dieser Anzeige sind die auf das Verfahren sich beziehenden Schriftstücke beizufügen.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

§ 699. (R. B. § 699, G. § 752.) Betrifft der Anspruch eine unbewegliche Sache, so ist der Drittschuldner berechtigt und auf Verlangen eines Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, verpflichtet, die Sache unter Anzeige der Sachlage und unter Aushändigung der ihm zugestellten Beschlüsse an den von dem Amtsgerichte der belegenden Sache ernannten oder auf seinen Antrag zu ernennenden Sequester herauszugeben.

§ 700. (R. B. § 700, G. § 753.) Jeder Gläubiger, welchem der Anspruch überwiesen wurde, ist berechtigt, gegen den Drittschuldner Klage auf Erfüllung der nach den Bestimmungen der §§ 697—699 diesem obliegenden Verpflichtungen zu erheben.

Jeder Gläubiger, für welchen der Anspruch gepfändet ist, kann sich dem Kläger in jeder Lage des Rechtsstreits als Streitgenosse anschließen.

Der Drittschuldner hat die Gläubiger, welche die Klage nicht erhoben und dem Kläger sich nicht angeschlossen haben, zum Termine der mündlichen Verhandlung zu laden.

Die Entscheidung, welche in dem Rechtsstreite über den in der Klage erhobenen Anspruch erlassen wird, ist für und gegen sämtliche Gläubiger wirksam.

Gegen einen Gläubiger, welcher nicht zum Termine zur mündlichen Verhandlung geladen ist, obgleich er von dem Drittschuldner hätte geladen werden sollen, kann der Drittschuldner sich auf die ihm günstige Entscheidung nicht berufen.

§ 701. (R. B. § 701, G. § 754.) Auf die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, finden die vorstehenden Bestimmungen entsprechende Anwendung.

Ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so ist die Pfändung mit dem Zeitpunkt als bewirkt anzusehen, in welchem dem Schuldner das Gebot, sich jeder Verfügung über das Recht zu enthalten, zugestellt ist.

Das Gericht kann bei der Zwangsvollstreckung in Rechte, welche nur in Ansehung der Ausübung veräußerlich sind, besondere Anordnungen erlassen. Es kann insbesondere bei der Zwangsvollstreckung in Nutzungsrechte eine Verwaltung anordnen. In diesem Falle wird die Pfändung durch Uebergabe der zu benutzenden Sache an den Verwalter bewirkt, sofern sie nicht durch Zustellung des Beschlusses bereits vorher bewirkt ist.

Ist die Veräußerung des Rechts selbst zulässig, so kann auch diese Veräußerung von dem Gerichte angeordnet werden.

## Zweiter Titel.

**Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.**

§ 702. (R. V. § 702, G. § 755.) Für die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück ist als Vollstreckungsgericht das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke das Grundstück belegen ist.

Die Zwangsvollstreckung wird von diesem Gerichte auf Antrag angeordnet.

§ 703. (R. V. § 703, G. § 756.) Ist es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Amtsgerichtsbezirke ungewiß, welches Amtsgericht zuständig sei, oder ist das Grundstück in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte belegen, so ist auf Antrag eines Betheiligten von dem zunächst höheren Gerichte unter Berücksichtigung der im § 36 enthaltenen Vorschriften eines dieser Gerichte zum Vollstreckungsgerichte zu bestellen. | S. 120.

Dieselbe Anordnung kann getroffen werden, wenn die Zwangsvollstreckung in mehrere Grundstücke desselben Schuldners, welche in verschiedenen Amtsgerichtsbezirken belegen sind, beantragt wird.

§ 704. (R. V. § 704, G. § 757.) Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

Nach den Landesgesetzen bestimmt sich insbesondere auch, welche Sachen und Rechte in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen zu lassen, und wie die Eintragung zu bewirken ist.

Entstehen in dem die Zwangsvollstreckung betreffenden Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs. Auf Vertheilungsstreitigkeiten finden die §§ 712—715 entsprechende Anwendung.

## Dritter Titel.

**Vertheilungsverfahren.**

§ 705. (R. V. § 705, G. § 758.) Das Vertheilungsverfahren tritt ein, wenn bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt ist, welcher zur Befriedigung der betheiligten Gläubiger nicht hinreicht.

§ 706. (R. V. § 706, G. § 759.) Das zuständige Amtsgericht (§§ 676, 697 bis 699) hat nach Eingang der Anzeige über die Sachlage an jeden der betheiligten Gläubiger die Aufforderung zu erlassen, binnen zwei Wochen eine Berechnung der Forderung an Kapital, Zinsen, Kosten und sonstigen Nebenforderungen einzureichen.

§ 707. (R. V. § 707, G. § 760.) Nach Ablauf der zweiwöchigen Fristen wird von dem Gerichte ein Theilungsplan angefertigt.

Der Betrag der Kosten des Verfahrens ist von dem Bestande der Masse vorweg in Abzug zu bringen.

Die Forderung eines Gläubigers, welcher bis zur Anfertigung des Theilungsplans der an ihn gerichteten Aufforderung nicht nachgekommen ist, wird nach der Anzeige und deren Unterlagen berechnet. Eine nachträgliche Ergänzung der Forderung findet nicht statt.

§ 708. (R. V. § 708, G. § 761.) Das Gericht hat zur Erklärung über den Theilungsplan sowie zur Ausführung der Vertheilung einen Termin zu bestimmen. | S. 121.  
Der Theilungsplan muß spätestens drei Tage vor dem Termine auf der Gerichtsschreiberei zur Einsicht der Betheiligten niedergelegt werden.

Die Ladung des Schuldners zu dem Termine ist nicht erforderlich, wenn sie durch Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Zustellung erfolgen müßte.

§ 709. (R. V. § 709, G. § 762.) Wird in dem Termine ein Widerspruch gegen den Plan nicht erhoben, so ist dieser zur Ausführung zu bringen. Erfolgt ein

Widerspruch, so hat sich jeder bei demselben betheiligte Gläubiger sofort zu erklären. Wird der Widerspruch von den Betheiligten als begründet anerkannt oder kommt anderweit eine Einigung zu Stande, so ist der Plan demgemäß zu berichtigen. Wenn ein Widerspruch sich nicht erledigt, so erfolgt die Ausführung des Plans insoweit, als der Plan durch den Widerspruch nicht betroffen wird.

§ 710. (R. V. § 710, G. § 763.) Gegen einen Gläubiger, welcher in dem Termine weder erschienen ist noch vor dem Termine bei dem Gerichte Widerspruch erhoben hat, wird angenommen, daß er mit der Ausführung des Plans einverstanden sei.

Ist ein in dem Termine nicht erschienener Gläubiger bei dem Widerspruche betheiligt, welchen ein anderer Gläubiger erhoben hat, so wird angenommen, daß er diesen Widerspruch nicht als begründet anerkenne.

§ 711. (R. V. § 711, G. § 764.) Der widersprechende Gläubiger muß ohne vorherige Aufforderung binnen einer Frist von einem Monate, welche mit dem Terminstage beginnt, dem Gerichte nachweisen, daß er gegen die betheiligten Gläubiger Klage erhoben habe. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist wird die Ausführung des Plans ohne Rücksicht auf den Widerspruch angeordnet.

Die Befugniß des Gläubigers, welcher dem Plane widersprochen hat, ein besseres Recht gegen den Gläubiger, welcher einen Geldbetrag nach dem Plane erhalten hat, im Wege der Klage geltend zu machen, wird durch die Versäumung der Frist und durch die Ausführung des Plans nicht ausgeschlossen.

§ 712. (R. V. § 712, G. § 765.) Die Klage ist bei dem Vertheilungsgerichte und, wenn der Streitgegenstand zur Zuständigkeit der Amtsgerichte nicht gehört, bei dem Landgerichte zu erheben, in dessen Bezirke das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat.

Das Landgericht ist für sämtliche Klagen zuständig, wenn seine Zuständigkeit nach dem Inhalte der erhobenen und in dem Termine nicht zur Erledigung gelangten Widersprüche auch nur in Betreff einer Klage begründet ist, sofern nicht die sämtlichen betheiligten Gläubiger vereinbaren, daß das Vertheilungsgericht über alle Widersprüche entscheiden solle.

§ 713. (R. V. § 713, G. § 766.) In dem Urtheile, durch welches über einen erhobenen Widerspruch entschieden wird, ist zugleich zu bestimmen, an welche Gläubiger und in welchen Beträgen der streitige Theil der Masse auszuführen sei. Wird dies nicht für angemessen erachtet, so ist die Anfertigung eines neuen Planes und ein anderweites Vertheilungsverfahren in dem Urtheile anzuordnen.

§ 714. (R. V. § 714, G. § 767.) Das Versäumniskurtheil gegen einen widersprechenden Gläubiger ist dahin zu erlassen, daß der Widerspruch als zurückgenommen anzusehen sei.

§ 715. (R. V. § 715, G. § 768.) Auf Grund des erlassenen Urtheils wird die Auszahlung oder das anderweite Vertheilungsverfahren von dem Vertheilungsgerichte angeordnet.

### Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

§ 716. (R. V. § 716, G. § 769.) Hat der Schuldner eine bewegliche Sache oder eine Quantität bestimmter beweglicher Sachen herauszugeben, so sind dieselben von dem Gerichtsvollzieher ihm wegzunehmen und dem Gläubiger zu übergeben.

Wird die herauszugebende Sache nicht vorgefunden, so ist der Schuldner verpflichtet, auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde.

Die Verpflichtung des Schuldners zur Eidesleistung erlischt durch Leistung des Interesses.

§ 717. (R. B. § 717, G. § 771.) Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache oder ein bewohntes Schiff herauszugeben, zu überlassen oder zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzurufen.

Bewegliche Sachen, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, werden von dem Gerichtsvollzieher weggeschafft und dem Schuldner oder, wenn dieser abwesend ist, einem Bevollmächtigten desselben oder einer zur Familie des Schuldners gehörigen oder in dieser Familie dienenden erwachsenen Person übergeben oder zur Verfügung gestellt.

Ist weder der Schuldner noch eine der bezeichneten Personen anwesend, so hat der Gerichtsvollzieher die Sachen auf Kosten des Schuldners in das Pfandlokal zu schaffen oder anderweit in Verwahrung zu bringen.

Verzögert der Schuldner die Abforderung, so kann das Vollstreckungsgericht den Verkauf der Sachen und die Hinterlegung des Erlöses anordnen.

§ 718. (R. B. § 718, G. § 772.) Befindet sich eine herauszugebende Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist dem Gläubiger auf dessen Antrag der Anspruch des Schuldners auf Herausgabe der Sache nach den Vorschriften zu überweisen, welche die Pfändung einer Geldforderung betreffen. | S. 123.

§ 719. (R. B. § 719, G. § 773.) Erfüllt der Schuldner die Verpflichtung nicht, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen Dritten erfolgen kann, so ist der Gläubiger von dem Prozeßgerichte erster Instanz auf Antrag zu ermächtigen, auf Kosten des Schuldners die Handlung vornehmen zu lassen.

Der Gläubiger kann zugleich beantragen, den Schuldner zur Vorauszahlung der Kosten zu verurtheilen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden, unbeschadet des Rechts auf eine Nachforderung, wenn die Vornahme der Handlung einen größeren Kostenaufwand verursacht.

§ 720. (R. B. § 720, G. § 774.) Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozeßgerichte erster Instanz zu erkennen, daß der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Geldstrafen bis zum Gesamtbetrage von funfzehnhundert Mark oder durch Haft anzuhalten sei.

Diese Bestimmung kommt im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht und im Falle der Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung, als die Landesgesetze die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

§ 721. (R. B. § 721, G. § 775.) Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Prozeßgerichte erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu funfzehnhundert Mark oder zur Strafe der Haft bis zu sechs Monaten zu verurtheilen.

Der Verurtheilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Prozeßgerichte erster Instanz erlassen wird.

§ 722. (R. B. § 722, G. § 776.) Die in Gemäßheit der §§ 719—721 zu erlassenden Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Schuldner zu hören.

§ 723. (R. B. § 723, G. § 777.) Leistet der Schuldner Widerstand gegen die Vornahme einer Handlung, welche er nach den Bestimmungen der §§ 719, 721 zu dulden hat, so kann der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, welcher nach den Bestimmungen des § 627 Abs. 3 zu verfahren hat.

§ 724. (R. B. § 724, G. § 778.) Durch die Bestimmungen dieses Abschnitts wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung des Interesses zu verlangen.

Den Anspruch auf Leistung des Interesse hat der Gläubiger im Wege der Klage bei dem Prozeßgerichte erster Instanz geltend zu machen.

| S. 124.

§ 725. (R. V. § 725, G. § 779.) Ist der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt, so gilt die Erklärung als abgegeben, sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat.

Diese Bestimmung kommt im Falle der Verurtheilung zur Eingehung einer Ehe nicht zur Anwendung.

## Vierter Abschnitt.

### Offenbarungseid und Haft.

§ 726. (R. V. § 726, G. § 780.) Für die Abnahme des Offenbarungseides ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat, als Vollstreckungsgericht zuständig.

§ 727. (R. V. § 727, G. § 781.) Das Verfahren beginnt mit der Ladung des Schuldners zur Leistung des Offenbarungseides.

Bestreitet der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides, so ist von dem Gerichte durch Urtheil über den Widerspruch zu entscheiden. Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.

§ 728. (R. V. § 728, G. § 782.) Gegen den Schuldner, welcher in dem zur Leistung des Offenbarungseides bestimmten Termine nicht erscheint oder die Leistung des Eides ohne Grund verweigert, hat das Gericht zur Erzwingung der Eidesleistung auf Antrag die Haft anzuordnen.

§ 729. (R. V. § 729, G. § 783.) Der verhaftete Schuldner kann zu jeder Zeit bei dem Amtsgerichte des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Dem Antrage ist ohne Verzug stattzugeben.

Nach Leistung des Eides wird der Schuldner aus der Haft entlassen und der Gläubiger hiervon in Kenntniß gesetzt.

§ 730. (R. V. § 730, G. § 784.) Ein Schuldner, welcher den im § 660 erwähnten Offenbarungseid geleistet hat, ist zur nochmaligen Leistung des Eides auch einem anderen Gläubiger gegenüber nur verpflichtet, wenn glaubhaft gemacht wird, daß er später Vermögen erworben habe.

§ 731. (R. V. § 731, G. § 785.) Die Haft ist unstatthaft:

- 1) gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung während der Sitzungsperiode, sofern nicht die Versammlung die Vollstreckung genehmigt;
- 2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheile oder zur Besatzung eines in Dienst gestellten Kriegsfahrzeuges gehören;
- 3) gegen den Schiffer, die Schiffsmannschaft und alle übrigen auf einem Seeschiffe angestellten Personen, wenn das Schiff zum Abgehen fertig (segelfertig) ist.

| S. 125.

§ 732. (R. V. § 732, G. § 786.) Die Haft wird unterbrochen:

- 1) gegen Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung für die Dauer der Sitzungsperiode, wenn die Versammlung die Freilassung verlangt;
- 2) gegen Militärpersonen, welche zu einem mobilen Truppentheile oder auf ein in Dienst gestelltes Kriegsfahrzeug einberufen werden, für die Dauer dieser Verhältnisse.

§ 733. (R. V. § 733, G. § 787.) Gegen einen Schuldner, dessen Gesundheit

durch die Vollstreckung der Haft einer nahen und erheblichen Gefahr ausgesetzt wird, darf, so lange dieser Zustand dauert, die Haft nicht vollstreckt werden.

§ 734. (R. B. § 734, G. § 789.) Das Gericht hat bei Anordnung der Haft einen Haftbefehl zu erlassen, in welchem der Gläubiger, der Schuldner und der Grund der Verhaftung zu bezeichnen sind.

§ 735. (R. B. § 735, G. § 790.) Die Verhaftung des Schuldners erfolgt durch einen Gerichtsvollzieher. Der Haftbefehl muß bei der Verhaftung dem Schuldner vorgezeigt und auf Begehren abschriftlich mitgetheilt werden.

§ 736. (R. B. § 736, G. § 791.) Vor der Verhaftung eines Beamten, eines Geistlichen oder eines Lehrers an öffentlichen Unterrichtsanstalten ist der vorgesetzten Dienstbehörde von dem Gerichtsvollzieher Anzeige zu machen. Die Verhaftung darf erst erfolgen, nachdem die vorgesetzte Behörde für die dienstliche Vertretung des Schuldners gesorgt hat. Die Behörde ist verpflichtet, ohne Verzug die erforderlichen Anordnungen zu treffen und den Gerichtsvollzieher hiervon in Kenntniß zu setzen.

§ 737. (R. B. § 737, G. § 792.) Der Gläubiger hat die Kosten, welche durch die Haft entstehen, einschließlich der Verpflegungskosten von Monat zu Monat vor auszuzahlen. Die Aufnahme des Schuldners in das Gefängniß ist unstatthaft, wenn nicht mindestens für einen Monat die Zahlung geleistet ist. Wird die Zahlung nicht spätestens bis zum Mittage des letzten Tages erneuert, für welchen sie geleistet ist, so wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen. Gegen den Schuldner, welcher aus diesem Grunde oder ohne sein Zuthun auf Antrag des Gläubigers entlassen ist, findet auf Antrag desselben Gläubigers eine Erneuerung der Haft nicht statt.

§ 738. (R. B. § 738, G. § 793.) Soll die Haft gegen eine dem aktiven Heere angehörende Militärperson vollstreckt werden, so hat das Gericht die vorgesetzte Militärbehörde um die Vollstreckung zu ersuchen.

§ 739. (R. B. § 739, G. § 794.) Die Haft darf die Dauer von sechs Monaten | S. 126. nicht übersteigen. Nach Ablauf der sechs Monate wird der Schuldner von Amtswegen aus der Haft entlassen.

§ 740. (R. B. § 740, G. § 795.) Ein Schuldner, gegen welchen wegen Verweigerung des im § 660 erwähnten Offenbarungseides eine Haft von sechs Monaten vollstreckt ist, kann auch auf Antrag eines anderen Gläubigers von Neuem zur Leistung dieses Eides durch Haft nur angehalten werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe.

## Fünfter Abschnitt.

### Arrest und einstweilige Verfügungen.

§ 741. (R. B. § 741, G. § 796.) Der Arrest findet zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen wegen einer Geldforderung oder wegen eines Anspruchs statt, welcher in eine Geldforderung übergehen kann.

Die Zulässigkeit des Arrestes wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch ein betagter ist.

§ 742. (R. B. § 742, G. § 797.) Der dingliche Arrest findet statt, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert werden würde.

Als ein zureichender Arrestgrund ist es anzusehen, wenn das Urtheil im Auslande vollstreckt werden mußte.

§ 743. (R. B. § 743, G. § 798.) Der persönliche Sicherheitsarrest findet nur

statt, wenn er erforderlich ist, um die gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen eines zahlungsfähigen Schuldners zu sichern.

§ 744. (R. B. § 744, G. § 799.) Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache als das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet.

§ 745. (R. B. § 745, G. § 800.) Das Gesuch soll die Bezeichnung des Anspruchs unter Angabe des Geldbetrags oder des Geldwerths sowie die Bezeichnung des Arrestgrundes enthalten.

Der Anspruch und der Arrestgrund sind glaubhaft zu machen.

Das Gesuch kann vor dem Gerichtschreiber zu Protokoll erklärt werden.

§ 127. | § 746. (R. B. § 746, G. § 801.) Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Das Gericht kann, auch wenn der Anspruch oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile eine nach freiem Ermessen zu bestimmende Sicherheit geleistet wird. Es kann die Anordnung des Arrestes von einer solchen Sicherheitsleistung abhängig machen, selbst wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind.

§ 747. (R. B. § 747, G. § 802.) Die Entscheidung über das Gesuch erfolgt im Falle einer vorgängigen mündlichen Verhandlung durch Endurtheil, anderenfalls durch Beschluß.

Den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, hat die Partei, welche den Arrest erwirkt hat, zustellen zu lassen.

Der Beschluß, durch welchen das Arrestgesuch zurückgewiesen oder vorgängige Sicherheitsleistung für erforderlich erklärt wird, ist dem Gegner nicht mitzutheilen.

§ 748. (R. B. § 748, G. § 803.) In dem Arrestbefehle ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung die Vollziehung des Arrestes gehehmt und der Schuldner zu dem Antrage auf Aufhebung des vollzogenen Arrestes berechtigt wird.

§ 749. (R. B. § 749, G. § 804.) Gegen den Beschluß, durch welchen ein Arrest angeordnet wird, findet Widerspruch statt.

Die widersprechende Partei hat den Gegner unter Mittheilung der Gründe, welche sie für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung zu laden.

Durch Erhebung des Widerspruchs wird die Vollziehung des Arrestes nicht gehehmt.

§ 750. (R. B. § 750, G. § 805.) Wird Widerspruch erhoben, so ist über die Rechtmäßigkeit des Arrestes durch Endurtheil zu entscheiden.

Das Gericht kann den Arrest ganz oder theilweise bestätigen, abändern oder aufheben, auch die Bestätigung, Abänderung oder Aufhebung von einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung abhängig machen.

§ 751. (R. B. § 751, G. § 806.) Ist die Hauptsache nicht anhängig, so hat das Arrestgericht auf Antrag ohne vorgängige mündliche Verhandlung anzuordnen, daß die Partei, welche den Arrestbefehl erwirkt hat, binnen einer zu bestimmenden Frist Klage zu erheben habe.

Wird dieser Anordnung nicht Folge geleistet, so ist auf Antrag die Aufhebung des Arrestes durch Endurtheil auszusprechen.

§ 128. | § 752. (R. B. § 752, G. § 807.) Auch nach der Bestätigung des Arrestes kann wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes oder auf Grund des Erbietens | zu einer nach freiem richterlichen Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung die Aufhebung des Arrestes beantragt werden.

Die Entscheidung ist durch Endurtheil zu erlassen; sie erfolgt durch das Gericht, welches den Arrest angeordnet hat, und wenn die Hauptsache anhängig ist, durch das Gericht der Hauptsache.

§ 753. (R. B. § 753, G. § 808.) Auf die Vollziehung des Arrestes finden die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.

§ 754. (R. B. § 754, G. § 809.) Arrestbefehle bedürfen der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, wenn nach Erlassung der Befehle eine Rechtsnachfolge auf Seiten des Gläubigers oder des Schuldners eingetreten ist.

Die Vollziehung des Arrestbefehls ist unstatthaft, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet oder der Partei, auf deren Gesuch derselbe erging, zugestellt ist, zwei Wochen verstrichen sind.

§ 755. (R. B. § 755, G. § 810.) Die Vollziehung des Arrestes in bewegliches Vermögen wird durch Pfändung bewirkt. Die Pfändung erfolgt nach denselben Grundsätzen, wie jede andere Pfändung und begründet ein Pfandrecht mit den im § 658 bestimmten Wirkungen. Für die Pfändung einer Forderung ist das Arrestgericht als Vollstreckungsgericht zuständig.

Gepfändetes Geld und ein im Vertheilungsverfahren auf den Gläubiger fallender Betrag des Erlöses werden hinterlegt.

Das Vollstreckungsgericht kann auf Antrag anordnen, daß eine bewegliche körperliche Sache, wenn sie der Gefahr einer beträchtlichen Werthsverringerung ausgesetzt ist oder wenn ihre Aufbewahrung unverhältnißmäßige Kosten verursachen würde, versteigert und der Erlös hinterlegt werde.

§ 756. (R. B. § 756, G. § 811.) Die Vollziehung des Arrestes in unbewegliches Vermögen bestimmt sich nach den Landesgesetzen.

§ 757. (R. B. § 757, G. § 812.) Die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes richtet sich, wenn sie durch Haft erfolgt, nach den Vorschriften der §§ 731—739 und, wenn sie durch sonstige Beschränkung der persönlichen Freiheit erfolgt, nach den vom Arrestgerichte zu treffenden besonderen Anordnungen, für welche die Beschränkungen der Haft maßgebend sind.

§ 758. (R. B. § 758, G. § 813.) Die Aufhebung eines vollzogenen Arrestes gegen Hinterlegung des in dem Arrestbefehle festgestellten Geldbetrags erfolgt von dem Vollstreckungsgerichte.

Das Vollstreckungsgericht kann die Aufhebung des Arrestes auch anordnen, wenn die Fortdauer besondere Aufwendungen erfordert und die Partei, auf deren Gesuch der Arrest verhängt wurde, den nöthigen Geldbetrag nicht vorschiebt.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. | S. 129.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Arrest aufgehoben wird, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 759. (R. B. § 759, G. § 814.) Einstweilige Verfügungen in Beziehung auf den Streitgegenstand sind zulässig, wenn zu besorgen ist, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung des Rechts einer Partei vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte.

§ 760. (R. B. § 760, G. § 815.) Auf die Anordnung einstweiliger Verfügungen und das weitere Verfahren finden die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und über das Arrestverfahren entsprechende Anwendung, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Vorschriften enthalten.

§ 761. (R. B. § 761, G. § 816.) Für die Erlassung einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig.

Die Entscheidung kann in dringenden Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

§ 762. (R. B. § 762, G. § 817.) Das Gericht bestimmt nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind.

Die einstweilige Verfügung kann auch in einer Sequestration sowie darin bestehen, daß dem Gegner eine Handlung geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt wird.

§ 763. (R. V. § 763, G. § 818.) Nur unter besonderen Umständen kann die Aufhebung einer einstweiligen Verfügung gegen Sicherheitsleistung gestattet werden.

§ 764. (R. V. § 764, G. § 819.) Einstweilige Verfügungen sind auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß zulässig, sofern diese Regelung, insbesondere bei dauernden Rechtsverhältnissen zur Abwendung wesentlicher Nachtheile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nöthig erscheint.

§ 765. (R. V. § 765, G. § 820.) In dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen, unter Bestimmung einer Frist, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist hat das Amtsgericht auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben.

Die in diesem Paragraphen erwähnten Entscheidungen des Amtsgerichts können ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

§ 766. (R. V. § 766, G. § 821.) Als Gericht der Hauptsache im Sinne der Bestimmungen dieses Abschnitts ist, wenn die Hauptsache in der Berufungsinstanz anhängig ist, das Berufungsgericht anzusehen.

§ 767. (R. V. § 767, G. § 822.) In dringenden Fällen kann der Vorsitzende über die in diesem Abschnitte erwähnten Gesuche, sofern deren Erledigung eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordert, anstatt des Gerichts entscheiden.

## Neuntes Buch.

### Aufgebotsverfahren.

§ 768. (R. V. § 768, G. § 823.) Eine öffentliche gerichtliche Aufforderung zur Anmeldung von Ansprüchen oder Rechten findet mit der Wirkung, daß die Unterlassung der Anmeldung einen Rechtsnachtheil zur Folge hat, nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen statt.

Für das Aufgebotsverfahren ist das durch das Gesetz bestimmte Gericht zuständig.

§ 769. (R. V. § 769, G. § 824.) Der Antrag kann schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers gestellt werden. Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.

Ist der Antrag zulässig, so hat das Gericht das Aufgebot zu erlassen. In dasselbe ist insbesondere aufzunehmen:

- 1) die Bezeichnung des Antragstellers;
- 2) die Aufforderung, die Ansprüche und Rechte spätestens im Aufgebots-termin anzumelden;
- 3) die Bezeichnung der Rechtsnachtheile, welche eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt;
- 4) die Bestimmung eines Aufgebotstermins.

§ 770. (R. V. § 770, G. § 825.) Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anfestung an die Gerichtstafel und durch Einrückung in das Reichscentralblatt, außerdem aber, sofern nicht das Gesetz für den betreffenden Fall eine abweichende Anordnung getroffen hat, nach den im § 180 für Ladungen gegebenen Vorschriften.

§ 771. (R. B. § 771, G. § 826.) Auf die Gültigkeit der öffentlichen Bekanntmachung hat es keinen Einfluß, wenn das anzuheftende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt ist oder wenn im Falle wiederholter Bekanntmachung die vorgeschriebenen Zwischenfristen nicht eingehalten sind. | C. 131.

§ 772. (R. B. § 772, G. § 827.) Zwischen dem Tage, an welchem die Einrückung oder die erste Einrückung des Aufgebots in das Reichscentralblatt erfolgt ist, und dem Aufgebotsstermine muß, sofern das Gesetz nicht eine abweichende Anordnung enthält, ein Zeitraum von mindestens sechs Wochen liegen.

§ 773. (R. B. § 773, G. § 828.) Eine Anmeldung, welche nach dem Schlusse des Aufgebotsstermins, jedoch vor Erlassung des Ausschlußurtheils erfolgt, ist als eine rechtzeitige anzusehen.

§ 774. (R. B. § 774, G. § 829.) Das Ausschlußurtheil ist in öffentlicher Sitzung auf Antrag zu erlassen.

Vor Erlassung des Urtheils kann eine nähere Ermittlung, insbesondere die eidliche Versicherung der Wahrheit einer Behauptung des Antragstellers angeordnet werden.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Ausschlußurtheils zurückgewiesen wird, sowie gegen Beschränkungen und Vorbehalte, welche dem Ausschlußurtheile beigefügt sind, findet sofortige Beschwerde statt.

§ 775. (R. B. § 775, G. § 830.) Erfolgt eine Anmeldung, durch welche das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird, so ist nach Beschaffenheit des Falles entweder das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über das angemeldete Recht auszusetzen, oder in dem Ausschlußurtheile das angemeldete Recht vorzubehalten.

§ 776. (R. B. § 776, G. § 831.) Ist der Antragsteller in dem Aufgebotsstermine nicht erschienen, so ist auf seinen Antrag ein neuer Termin zu bestimmen. Der Antrag ist nur binnen einer vom Tage des Aufgebotsstermins laufenden Frist von sechs Monaten zulässig.

§ 777. (R. B. § 777, G. § 832.) Wird zur Erledigung des Aufgebotsverfahrens ein neuer Termin bestimmt, so ist eine öffentliche Bekanntmachung des Termins nicht erforderlich.

§ 778. (R. B. § 778, G. § 833.) Das Gericht kann die öffentliche Bekanntmachung des wesentlichen Inhalts des Ausschlußurtheils durch einmalige Einrückung in das Reichscentralblatt anordnen.

§ 779. (R. B. § 779, G. § 834.) Gegen das Ausschlußurtheil findet ein Rechtsmittel nicht statt.

Das Ausschlußurtheil kann bei dem Aufgebotsgerichte mittelst einer gegen den Antragsteller zu erhebenden Klage angefochten werden:

- 1) wenn ein Fall nicht vorlag, in welchem das Gesetz das Aufgebotsverfahren | C. 132. zuläßt;
- 2) wenn die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots oder eine in dem Gesetze vorgeschriebene Art der Bekanntmachung unterblieben ist;
- 3) wenn die vorgeschriebene Aufgebotsfrist nicht gewahrt ist;
- 4) wenn der erkennende Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen war;
- 5) wenn ein Anspruch oder ein Recht ungeachtet der erfolgten Anmeldung nicht dem Gesetze gemäß in dem Urtheile berücksichtigt ist;
- 6) wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen die Restitutionsklage wegen einer strafbaren Handlung stattfindet.

§ 780. (R. B. § 780, G. § 835.) Die Anfechtungsklage ist binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem der Kläger Kenntniß von dem Ausschlußurtheile erhalten hat, in dem Falle jedoch, wenn die Klage auf einem der in § 779 Nr. 4, 6 bezeichneten Anfechtungsgründe beruht und

dieser Grund an jenem Tage noch nicht zur Kenntniß des Klägers gelangt war, erst mit dem Tage, an welchem der Anfechtungsgrund dem Kläger bekannt geworden ist.

Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Verkündung des Ausschlußurtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

§ 781. (R. B. § 781, G. § 836.) Das Gericht kann die Verbindung mehrerer Aufgebote anordnen, auch wenn die Voraussetzungen des § 132 nicht vorliegen.

§ 782. (R. B. § 782, G. § 837.) Für das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung (Amortisation) abhanden gekommener oder vernichteter Wechsel und der in den Artikeln 301 und 302 des Handelsgesetzbuchs bezeichneten Urkunden gelten die nachfolgenden besonderen Bestimmungen.

Die Bestimmungen finden in Betreff anderer Urkunden, bezüglich welcher das Gesetz das Aufgebotsverfahren zuläßt, insoweit Anwendung, als in dem Gesetze nicht besondere Vorschriften enthalten sind.

§ 783. (R. B. § 783, G. § 838.) Bei Papieren, welche auf den Inhaber lauten oder welche durch Indossament übertragen werden können und mit einem Blankoindossamente versehen sind, ist der letzte Inhaber berechtigt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen.

Bei anderen Urkunden ist derjenige zu dem Antrage berechtigt, welcher das Recht aus der Urkunde geltend machen kann.

§ 784. (R. B. § 784, G. § 839.) Für das Aufgebotsverfahren ist das Gericht des Orts zuständig, welchen die Urkunde als den Erfüllungsort bezeichnet. Enthält die Urkunde eine solche Bezeichnung nicht, so ist das Gericht zuständig, bei welchem der Aussteller seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen Gerichts dasjenige, bei welchem der Aussteller zur Zeit der Ausstellung seinen allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.

§ 785. (R. B. § 785, G. § 840.) Der Antragsteller hat zur Begründung des Antrags:

- 1) entweder eine Abschrift der Urkunde beizubringen, oder den wesentlichen Inhalt der Urkunde und alles anzugeben, was zur vollständigen Erkennbarkeit derselben erforderlich ist;
- 2) den Verlust der Urkunde sowie diejenigen Thatfachen glaubhaft zu machen, von welchen seine Berechtigung abhängt, das Aufgebotsverfahren zu beantragen;
- 3) sich zur eidlichen Versicherung der Wahrheit seiner Angaben zu erbieten.

§ 786. (R. B. § 786, G. § 841.) In dem Aufgebote ist der Inhaber der Urkunde aufzufordern, spätestens im Aufgebotsstermine seine Rechte bei dem Gerichte anzumelden und die Urkunde vorzulegen. Als Rechtsnachtheil ist anzudrohen, daß die Kraftloserklärung der Urkunde erfolgen werde.

§ 787. (R. B. § 787, G. § 842.) Die öffentliche Bekanntmachung des Aufgebots erfolgt durch Anheftung an die Gerichtstafel und in dem Lokale der Börse, wenn eine solche am Sitze des Aufgebotsgerichts besteht, sowie durch dreimalige Einrückung in die im § 180 Abs. 2 bezeichneten Blätter.

Das Gericht kann anordnen, daß die Einrückung noch in andere Blätter und zu mehreren Malen erfolge.

§ 788. (R. B. —, G. §§ 846, 47.) Zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in das Reichscentralblatt erfolgt ist, und dem Aufgebotsstermine muß ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegen.

Ist in einer Schuldurkunde eine Verfallzeit angegeben und diese noch nicht eingetreten, so tritt an die Stelle des in dem vorstehenden Absatze erwähnten Tages der Verfalltag.

§ 789. (R. B. § 789, G. § 843.) Bei Werthpapieren, für welche von Zeit zu Zeit Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine ausgegeben werden, ist der Aufgebotsstermin dergestalt zu bestimmen, daß in die Zwischenzeit der Tag fällt, an welchem neue Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine auszugeben sind.

Vor Erlassung des Ausschlußurtheils hat der Antragsteller ein Zeugniß der betreffenden Behörde, Kasse oder Anstalt beizubringen, daß die Urkunde zur Ausgabe der neuen Zinsscheine oder Gewinnantheilscheine nicht vorgelegt sei.

§ 790. (R. B. § 790, G. § 848.) In dem Ausschlußurtheile ist die Urkunde für kraftlos zu erklären.

Das Ausschlußurtheil ist seinem wesentlichen Inhalte nach durch das Reichscentralblatt bekannt zu machen.

In gleicher Weise hat nach eingetretener Rechtskraft die Bekanntmachung des auf die Anfechtungsklage ergangenen Urtheils, soweit dadurch die Kraftloserklärung aufgehoben wird, zu erfolgen.

§ 791. (R. B. § 791, G. § 850.) Derjenige, welcher das Ausschlußurtheil erwirkt hat, ist dem durch die Urkunde Verpflichteten gegenüber berechtigt, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen.

## ! Zehntes Buch.

| S. 134.

### Schiedsrichterliches Verfahren.

§ 792. (R. B. § 792, G. § 851.) Die Vereinbarung, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle, hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich zu schließen.

§ 793. (R. B. § 793, G. § 852.) Ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten hat keine rechtliche Wirkung, wenn er nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.

§ 794. (R. B. § 794, G. § 853.) Ist nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts ein mündlich geschlossener Schiedsvertrag gültig, so kann jede Partei die Errichtung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag verlangen.

§ 795. (R. B. § 795, G. § 854.) Ist in dem Schiedsvertrage eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten, so wird von jeder Partei ein Schiedsrichter ernannt.

§ 796. (R. B. § 796, G. § 855.) Steht beiden Parteien die Ernennung von Schiedsrichtern zu, so hat die betreibende Partei dem Gegner den Schiedsrichter schriftlich mit der Aufforderung zu bezeichnen, binnen einer einwöchigen Frist seinerseits ein Gleiches zu thun.

Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gerichte ernannt.

§ 797. (R. B. § 797, G. § 856.) Eine Partei ist an die durch sie erfolgte Ernennung eines Schiedsrichters dem Gegner gegenüber gebunden, sobald derselbe die Anzeige von der Ernennung erhalten hat.

§ 798. (R. B. § 798, G. § 857.) Wenn ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter stirbt oder aus einem andern Grunde wegfällt, oder die Uebernahme oder die Ausführung des Schiedsrichteramtes verweigert, so hat die Partei, welche ihn ernannt hat, auf Aufforderung des Gegners binnen einer einwöchigen Frist einen anderen Schiedsrichter zu bestellen. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist wird auf Antrag der betreibenden Partei der Schiedsrichter von dem zuständigen Gerichte ernannt.

§ 135. | § 799. (R. B. § 799, G. § 858.) Ein Schiedsrichter kann aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen abgelehnt werden, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen.

Die Ablehnung kann außerdem erfolgen, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.

Frauen, Minderjährige, Taube, Stumme und Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, können abgelehnt werden.

§ 800. (R. B. § 800, G. § 859.) Der Schiedsvertrag tritt außer Kraft, sofern nicht für den betreffenden Fall durch eine Vereinbarung der Parteien Vorsorge getroffen ist:

- 1) wenn bestimmte Personen in dem Vertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind und ein Schiedsrichter stirbt oder aus einem anderen Grunde wegfällt oder die Uebernahme des Schiedsrichteramtes verweigert oder von dem mit ihm geschlossenen Vertrage zurücktritt oder die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert;
- 2) wenn die Schiedsrichter den Parteien anzeigen, daß unter ihnen Stimmengleichheit sich ergeben habe.

§ 801. (R. B. § 801, G. § 860.) Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruchs die Parteien zu hören und das dem Streite zu Grunde liegende Sachverhältniß zu ermitteln, soweit sie die Ermittlung für erforderlich erachten.

In Ermangelung einer Vereinbarung der Parteien über das Verfahren wird dasselbe von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

§ 802. (R. B. § 802, G. § 861.) Die Schiedsrichter können Zeugen und Sachverständige vernehmen, welche freiwillig vor ihnen erscheinen.

Zur Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen und zur Abnahme eines Parteieides sind die Schiedsrichter nicht befugt.

§ 803. (R. B. § 803, G. § 862.) Eine von den Schiedsrichtern für erforderlich erachtete richterliche Handlung, zu deren Vornahme dieselben nicht befugt sind, ist auf Antrag einer Partei, sofern der Antrag für zulässig erachtet wird, von dem zuständigen Gerichte vorzunehmen.

Dem Gerichte, welches die Vernehmung oder Beeidigung eines Zeugen oder eines Sachverständigen angeordnet hat, stehen auch die Entscheidungen zu, welche im Falle der Verweigerung des Zeugnisses oder des Gutachtens erforderlich werden.

§ 804. (R. B. § 804, G. § 863.) Die Schiedsrichter können das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch erlassen, auch wenn die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet, insbesondere wenn geltend gemacht wird, daß ein rechtsgültiger Schiedsvertrag nicht bestehe, daß der Schiedsvertrag sich auf den zu entscheidenden Streit nicht beziehe oder daß ein Schiedsrichter zu den schiedsrichterlichen Verrichtungen nicht befugt sei.

§ 136. | § 805. (R. B. § 805, G. § 864.) Ist der Schiedsspruch von mehreren Schiedsrichtern erlassen, so ist die absolute Mehrheit der Stimmen entscheidend, sofern nicht der Schiedsvertrag ein Anderes bestimmt.

§ 806. (R. B. § 806, G. § 865.) Der Schiedsspruch ist unter Angabe des Tages der Abfassung von den Schiedsrichtern zu unterschreiben, den Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung zuzustellen und unter Beifügung der Beurkundung der Zustellung auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts niederzulegen.

§ 807. (R. B. § 807, G. § 866.) Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils.

§ 808. (R. B. § 808, G. § 867.) Die Aufstellung des Schiedsspruchs kann beantragt werden:

- 1) wenn das Verfahren unzulässig war;

- 2) wenn der Schiedsspruch eine Partei zu einer Handlung verurtheilt, deren Vornahme verboten ist;
- 3) wenn die Partei in dem Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, sofern sie nicht die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat;
- 4) wenn der Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war;
- 5) wenn der Schiedsspruch nicht mit Gründen versehen ist;
- 6) wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen in den Fällen der Nr. 1—6 des § 519 die Restitutionsklage stattfindet.

Die Aufhebung des Schiedsspruchs findet aus den unter Nr. 4, 5 erwähnten Gründen nicht statt, wenn die Parteien ein Anderes vereinbart haben.

§ 809. (R. V. § 809, G. § 868.) Aus dem Schiedsspruche findet die Zwangsvollstreckung nur statt, wenn ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil ausgesprochen ist.

Das Vollstreckungsurtheil ist nicht zu erlassen, wenn ein Grund vorliegt, aus welchem die Aufhebung des Schiedsspruchs beantragt werden kann.

§ 810. (R. V. § 810, G. § 869.) Nach Erlassung des Vollstreckungsurtheils kann die Aufhebung des Schiedsspruchs nur aus den in § 808 Nr. 6 bezeichneten Gründen und nur dann beantragt werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, den Aufhebungsgrund in dem früheren Verfahren geltend zu machen.

§ 811. (R. V. § 811, G. § 870.) Die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs ist im Falle des vorstehenden Paragraphen binnen der Nothfrist eines Monats zu erheben.

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei von dem Aufhebungsgrunde Kenntniß erhalten hat, jedoch nicht vor eingetretener Rechtskraft des Vollstreckungsurtheils. Nach Ablauf von zehn Jahren, von dem Tage der Rechtskraft des Urtheils an gerechnet, ist die Klage unstatthaft.

Wird der Schiedsspruch aufgehoben, so ist zugleich die Aufhebung des Vollstreckungsurtheils auszusprechen. | S. 137.

§ 812. (R. V. § 812, G. § 871.) Für die Klagen, welche die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters, das Erlöschen eines Schiedsvertrages, die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens, die Aufhebung eines Schiedsspruchs oder die Erlassung des Vollstreckungsurtheils zum Gegenstande haben, ist das Amtsgericht oder das Landgericht zuständig, welches in einem schriftlichen Schiedsvertrage als solches bezeichnet ist, und, in Ermangelung einer derartigen Bezeichnung, das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs zuständig sein würde.

Unter mehreren hiernach zuständigen Gerichten ist und bleibt dasjenige zuständig, an welches sich zuerst eine Partei oder das Schiedsgericht (§ 806) gewendet hat.

Wenn für die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs die Zuständigkeit des Handelsgerichts begründet sein würde, so tritt an dessen Stelle das Amtsgericht oder das Landgericht, welches für den Anspruch zuständig wäre, wenn derselbe keine Handelsfache beträfe.

§ 813. (R. V. § 813, G. § 872.) Auf Schiedsgerichte, welche in gesetzlich statthafter Weise durch leßwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, finden die Bestimmungen dieses Buches entsprechende Anwendung.

## Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Einführung der Civilprozeßordnung.

**Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser,  
König von Preußen zc.**

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

§ 1. (R. V. § 1, G. § 1.) Die Civilprozeßordnung tritt im ganzen Umfange des Reichs mit dem . . . . . in Kraft.

§ 2. (R. V. § 2, G. § 3.) Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.

Insofern die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen wird, kann dieselbe ein abweichendes Verfahren gestatten.

§ 3. (R. V. § 3, G. § 5.) In Ansehung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Fürstlichen Familie Hohenzollern finden die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nur insofern Anwendung, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten.

§ 4. (R. V. § 4, G. § 6.) Mit Zustimmung des Bundesraths kann durch Kaiserliche Verordnung bestimmt werden:

- 1) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision nicht begründe;
- 2) daß die Verletzung von Gesetzen, obgleich deren Geltungsbereich sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, die Revision begründe.

§ 5. (R. V. § 5, G. § 7.) Ist in einem Bundesstaate auf Grund der Bestimmung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze § 7 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht errichtet, so wird das Rechtsmittel der Revision bei diesem Gerichte eingelegt. Die Einlegung erfolgt durch Einreichung der Revisionschrift. Eine Abschrift derselben ist der Gegenpartei von Amtswegen zuzustellen.

Das oberste Landesgericht entscheidet ohne vorgängige mündliche Verhandlung über die Zuständigkeit für die Verhandlung und Entscheidung der Revision. Erklärt es sich für zuständig, so ist der Termin zur mündlichen Verhandlung von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen. Erklärt es sich dagegen für un-

zuständig, weil das Reichsgericht zuständig sei, so sind dem letzteren die Prozeßakten zu überfenden.

Für das Reichsgericht ist die Entscheidung des obersten Landesgerichts über die Zuständigkeit bindend. Der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Reichsgerichte ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf das Rechtsmittel der Beschwerde entsprechende Anwendung.

§ 6. (R. V. § 6, G. § 9.) Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt, falls es sich um die Zuständigkeit der Gerichte verschiedener Bundesstaaten handelt, durch das Reichsgericht auch dann, wenn in einem dieser Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten errichtet ist.

§ 7. (R. V. § 7, G. § 10.) Die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Verfahren in Entmündigungssachen finden auf die Bestellung eines Beistandes für einen Geisteschwachen oder für einen Verschwender, insofern diese Bestellung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts erforderlich ist, entsprechende Anwendung.

§ 8. (R. V. § 8, G. § 11.) Die Landesgesetze können in anderen als in den durch ein Reichsgesetz bestimmten Fällen die Anwendung der Bestimmungen der Civilprozeßordnung über das Aufgebotsverfahren ausschließen oder diese Bestimmungen durch andere Vorschriften ersetzen.

§ 9. (R. V. § 9, G. § 12.) Gesetz im Sinne der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes ist jede Rechtsnorm.

§ 10. (R. V. § 10, G. § 13.) Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze werden durch die Civilprozeßordnung nicht berührt.

Aufgehoben werden:

- 1) § 2 des Gesetzes betreffend die Aufhebung der Schulhaft vom 29. Mai 1868;
- 2) Artikel 34—36. 38. 39. 77. 78. 79. Abs. 2. 488. 494. 889. des Handelsgesetzbuchs;
- 3) § 6 des Gesetzes betreffend die Verbindlichkeit zum Schadenersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u. s. w. herbeigeführten Tödtungen und Körperverletzungen vom 7. Juni 1871;
- 4) § 14 des Gesetzes über das Postwesen des Deutschen Reichs vom 28. Oktober 1871, insoweit diese Vorschrift die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft. §. 140.

Der Artikel 80 der Wechselordnung wird dahin abgeändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe der §§ 183, 244, 442 Abs. 2 der Civilprozeßordnung unterbrochen wird.

In den Fällen der Artikel 348, 365, 407 des Handelsgesetzbuchs ist das Amtsgericht des Orts zuständig; auf die Ernennung, Beeidigung und Vernehmung der Sachverständigen finden die Vorschriften der Civilprozeßordnung in dem achten Titel des ersten Abschnitts des zweiten Buchs entsprechende Anwendung.

§ 11. (R. V. § 11, G. § 14.) Die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze treten für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, deren Entscheidung in Gemäßheit des § 2 nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu erfolgen hat, außer Kraft, soweit nicht in der Civilprozeßordnung auf sie verwiesen oder soweit nicht bestimmt ist, daß sie nicht berührt werden.

Außer Kraft treten insbesondere:

- 1) die Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen;
- 2) die Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder minder wahrscheinlich anzunehmen ist;
- 3) die Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urtheils-

fristen und über die Befugnisse der Gerichte, dem Schuldner bei der Verurtheilung Zahlungsfristen zu gewähren;

- 4) die Vorschriften, nach welchen eine Nebenforderung als aberkannt gilt, wenn über dieselbe nicht entschieden ist.

§ 12. (R. B. § 12, G. § 15.) Unberührt bleiben:

- 1) die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens für den Fall, daß ein Kompetenzkonflikt zwischen den Gerichten und den Verwaltungsbehörden entsteht;
- 2) die landesgesetzlichen Vorschriften über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins nach Auflösung derselben; über das Verfahren in Betreff der Sperre der Zahlung abhanden gekommener Inhaberpapiere; über das Verfahren bei Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen;
- 3) die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbchaftliche Liquidationsverfahren;
- 4) die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Gemeinden und andere Kommunalverbände (Provinzial-, Kreis-, Amtsverbände), sowie gegen solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden;
- 5) die Vorschriften des mecklenburgischen Rechts über das Verfahren bei Klagen des Fiskals gegen Obrigkeiten auf Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Verpflichtungen und auf Strafe wegen Zuwiderhandlungen gegen diese Verpflichtungen;
- 6) die Vorschriften des französischen und des bairischen Rechts über den erwähnten Wohnsitz, soweit es sich um Zustellungen handelt, und über das Verfahren bei Vermögensabänderungen unter Eheleuten.

Entstehen in einem unter Nr. 3 bezeichneten Verfahren Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, so erfolgt die Erledigung nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung und dieses Gesetzes.

§ 13. (R. B. § 13, G. § 16.) Unberührt bleiben:

- 1) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises oder bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß anzusehen ist.

Insoweit der Beweis des Gegentheils zulässig ist, kann dieser Beweis auch durch Eideszuschreibung nach Maßgabe der §§ 397 ff. der Civilprozeßordnung geführt werden.

Unberührt bleiben ferner:

- 2) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweiskraft der Beurkundung des bürgerlichen Standes in Ansehung der Erklärungen, welche über Geburten und Sterbefälle von den zur Anzeige gesetzlich verpflichteten Personen abgegeben werden;
- 3) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides;
- 4) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können;
- 5) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Verfahren bei Ehescheidungen auf Grund gegenseitiger Einwilligung;
- 6) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Besserungsbefehle, sowie über die als Vorbedingung einer Ehescheidung anzuordnenden Zwangsmaßregeln;
- 7) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Voraussetzungen der bösslichen Verlassung, namentlich in Ansehung der Frist, welche seit der Entfernung des Verlassenen verstrichen sein muß, sowie in Ansehung der Fälle, welche der bösslichen Verlassung gleichgestellt sind;

| §. 141.

- 8) die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen eine böslische Verlassung nicht schon deshalb als festgestellt angenommen werden darf, weil der Beklagte die in dem bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Rückkehrbefehle nicht befolgt hat.

§ 14. (R. B. § 14, G. § 17.) Die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden.

Abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldturkunden bleiben unberührt, soweit sie die Verfolgung des dinglichen Rechts betreffen.

§ 15. (R. B. § 15, G. § 18.) Auf die Erledigung der vor dem . . . . . anhängig gewordenen Prozesse finden bis zur rechtskräftigen Entscheidung die bisherigen Prozessgesetze Anwendung. | S. 142.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, die Civilprozeßordnung auf die vor dem . . . . . anhängig gewordenen Prozesse für anwendbar zu erklären und zu dem Zwecke Uebergangsbestimmungen zu erlassen.

§ 16. (R. B. § 16, G. § 19.) Rechtskräftig im Sinne dieses Gesetzes sind Endurtheile, welche mit einem ordentlichen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden können.

Als ordentliche Rechtsmittel im Sinne des vorstehenden Absatzes sind diejenigen Rechtsmittel anzusehen, welche an eine von dem Tage der Verkündung oder Zustellung des Urtheils laufende Nothfrist gebunden sind.

§ 17. (R. B. § 17, G. § 20.) Gegen Endurtheile, welche vor dem . . . . . die Rechtskraft erlangt haben sowie gegen Endurtheile, welche in den vor dem . . . . . anhängig gewordenen Prozessen nach dem . . . . . die Rechtskraft erlangen, finden als außerordentliche Rechtsmittel nur die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung statt.

§ 18. (R. B. § 18, G. § 21.) Eine am . . . . . anhängige Zwangsvollstreckung ist nach den bisherigen Prozeßgesetzen zu erledigen.

Von welchem Zeitpunkte an die Zwangsvollstreckung als anhängig anzusehen ist, bestimmt sich nach den bisherigen Prozeßgesetzen oder nach den von der Landesgesetzgebung zu erlassenden Uebergangsbestimmungen.

§ 19. (R. B. § 19, G. § 22.) Aus einer vor dem . . . . . aufgenommenen Urkunde, aus welcher nach den bisherigen Gesetzen die Zwangsvollstreckung zulässig ist, findet dieselbe auch nach dem . . . . . statt, jedoch nur innerhalb des Rechtsgebietes, in welchem die ihre Zulässigkeit bedingenden Gesetze gegolten haben, sofern nicht die Urkunde den Erfordernissen der Civilprozeßordnung entspricht.

# Inhalt.

## I. Entwurf einer Civilprozeßordnung.

### Erstes Buch. Allgemeine Bestimmungen.

#### Erster Abschnitt.

	§§	Seite
Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte	1—11	4—5
Zweiter Titel. Gerichtsstand	12—37	5—8
Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte	38—40	8
Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen	41—49	8—9

#### Zweiter Abschnitt.

##### Parteien.

Erster Titel. Prozeßfähigkeit	50—55	10
Zweiter Titel. Streitgenossenschaft	56—60	10—11
Dritter Titel. Beteiligung Dritter am Rechtsstreite	61—71	11—12
Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände	72—84	12—14
Fünfter Titel. Prozeßkosten	85—97	14—15
Sechster Titel. Sicherheitsleistung	98—102	15—16
Siebenter Titel. Armenrecht	103—114	16—17

#### Dritter Abschnitt.

##### Verfahren.

Erster Titel. Mündliche Verhandlung	115—145	17—21
Zweiter Titel. Zustellungen	146—183	21—25
Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen	184—200	26—27
Vierter Titel. Folgen der Veräumung. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand	201—208	27—28
Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens	209—221	28—30

### II. Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

#### Erster Abschnitt.

##### Verfahren vor den Landgerichten.

Erster Titel. Verfahren bis zum Urtheile	222—261	30—35
Zweiter Titel. Urtheil	262—284	35—38
Dritter Titel. Veräumnisurtheil	285—302	38—40

	§§	Seite
Vierter Titel. Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinanderetzungen und ähnlichen Prozessen . . . . .	303—309	40—41
Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweis- aufnahme . . . . .	310—325	41—43
Sechster Titel. Beweis durch Augenschein . . . . .	326—327	43
Siebenter Titel. Zeugenbeweis . . . . .	328—353	43—47
Achter Titel. Beweis durch Sachverständige . . . . .	354—366	47—48
Neunter Titel. Beweis durch Urkunden . . . . .	367—396	48—52
Zehnter Titel. Beweis durch Eid . . . . .	397—421	52—54
Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden . . . . .	422—428	55
Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises . . . . .	429—436	55—56

### Zweiter Abschnitt.

Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amts- gerichten . . . . .	437—451	56—58
---	---------	-------

### Drittes Buch. Rechtsmittel.

#### Erster Abschnitt.

Berufung . . . . .	452—484	58—62
--------------------	---------	-------

#### Zweiter Abschnitt.

Revision . . . . .	485—505	62—64
--------------------	---------	-------

#### Dritter Abschnitt.

Beschwerde . . . . .	506—516	64—65
----------------------	---------	-------

### Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens . . . . .	517—530	66—68
---	---------	-------

### Fünftes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß . . . . .	531—543	68—69
---------------------------------------	---------	-------

### Sechstes Buch.

#### Ehesachen und Entmündigungssachen.

#### Erster Abschnitt.

Verfahren in Ehesachen . . . . .	544—567	69—72
----------------------------------	---------	-------

#### Zweiter Abschnitt.

Verfahren in Entmündigungssachen . . . . .	568—580	72—73
--	---------	-------

### | Siebentes Buch.

Mahnverfahren . . . . .	581—596	74—75
-------------------------	---------	-------

	§§	Seite
<b>Achtes Buch.</b>		
<b>Zwangsvollstreckung.</b>		
<b>Erster Abschnitt.</b>		
Allgemeine Bestimmungen . . . . .	597—656	76—84
<b>Zweiter Abschnitt.</b>		
Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.		
Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.		
I. Allgemeine Bestimmungen . . . . .	657—660	84—85
II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen . . . . .	661—676	85—87
III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte . . . . .	677—701	87—90
Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen	702—704	91
Dritter Titel. Vertheilungsverfahren . . . . .	705—715	91—92
<b>Dritter Abschnitt.</b>		
Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen . . . . .	716—725	92—94
<b>Vierter Abschnitt.</b>		
Offenbarungseid und Haft . . . . .	726—740	94—95
<b>Fünfter Abschnitt.</b>		
Arrest und einstweilige Verfügungen . . . . .	741—767	95—98
<b>Neuntes Buch.</b>		
Aufgebotsverfahren . . . . .	768—791	98—101
<b>Zehntes Buch.</b>		
Schiedsrichterliches Verfahren . . . . .	792—813	101—108

## II.

## Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Einführung der Civilprozeßordnung.

§§ 1—19 . . . . .	104—107
-------------------	---------

### III.

## I Begründung des Entwurfs

| S. 1.

einer  
Civilprozeßordnung  
und des  
Einführungsgesetzes.

---

### W o r t.

| S. 3.

Der Bundesrath beschloß in seiner Sitzung vom 8. Mai 1871:

- 1) Zur definitiven Feststellung des Entwurfs einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Deutsche Reich wird eine Kommission von zehn Juristen berufen;
- 2) Der Vorsitzende wird aus der Mitte der Kommission von dem Reichskanzler ernannt, sofern sich nicht der königlich preussische Justizminister Dr. Leonhardt zur Uebernahme des Vorsitzes bereit finden läßt;
- 3) Die Kommission wird ihren Berathungen den von dem königlich preussischen Justizminister aufgestellten Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung von 1871 in Verbindung mit dem von der früheren norddeutschen Bundeskommission ausgearbeiteten Entwurf von 1870 und den sonstigen einschlägigen legislativen Vorarbeiten zu Grunde legen.

Zu Mitgliedern dieser Kommission wurden vom Bundesrathe gewählt:

- 1) der königlich preussische Geheime Ober-Justizrath und vortragende Rath im Justizministerium Dr. Falk zu Berlin,
- 2) der königlich preussische Ober-Tribunalsrath Freiherr von Diepenbroick-Grüter zu Berlin,
- 3) der königlich preussische Appellationsgerichtsrath Pland zu Celle,
- 4) der Justizrath Dorn, Rechtsanwalt bei dem Obertribunal zu Berlin,
- 5) der Justizrath von Wilimowski, Rechtsanwalt zu Breslau,
- 6) der königlich bayerische Appellationsgerichtsrath und Referent im Justizministerium Dr. Gottfried Schmitt zu München,
- 7) der königlich sächsische Geheime Justizrath Abeken zu Dresden,
- 8) der königlich württembergische Obertribunalsrath von Kohlhaas zu Stuttgart,
- 9) der Großherzoglich badische Ministerialrath im Justizministerium Dr. Albert Gebhardt zu Karlsruhe,

10) der Großherzoglich mecklenburg = Schwerinsche Ministerialrath von  
 Umsberg zu Schwerin;

und derselben:

der Königlich preußische Stadt- und Kreisgerichtsrath Hagens zu  
 Danzig, und

| S. 4.

der Königlich preußische Kreisrichter Polenz zu Sprottau  
 als Schriftführer beigegeben.

Nachdem der Königlich preußische Justizminister Dr. Leonhardt dem  
 Wunsche des Bundesraths entsprechend den Vorsitz angenommen hatte, trat die  
 Kommission am 7. September 1871 in Berlin zusammen. Ihre Beratungen  
 nahmen die Zeit vom 7. September 1871 bis zum 7. März 1872 in Anspruch.  
 Bei Behinderung des Königlich preußischen Justizministers Dr. Leonhardt  
 wurde der Vorsitz von dem Königlich bayerischen Appellationsgerichtsrath  
 Dr. Schmitt geführt.

Der Königlich sächsische Geheime Justizrath Abeken schied in Folge seiner  
 Ernennung zum Königlich sächsischen Justizminister am 7. Oktober 1871 aus der  
 Kommission. In Stelle desselben wurde vom Bundesrathe der Königlich sächsische  
 Appellationsgerichtspräsident Klein zu Zwickau gewählt. Der Königlich preußische  
 Geheime Ober-Justizrath Dr. Falk verblieb auch nach seiner im Januar 1872  
 erfolgten Ernennung zum Königlich preußischen Staatsminister und Minister der  
 geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten Mitglied der Kommission.

Die neueren Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe, sowie die auf die  
 Reform der Civilprozeßgesetzgebung bezügliche Literatur hat die Kommission bei  
 ihren Beratungen in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen.

Die dem Königlich preußischen Justizministerialentwurfe einer deutschen  
 Civilprozeßordnung von 1871 zu Grunde liegenden Prinzipien sind von der  
 Kommission im Wesentlichen adoptirt worden, dagegen haben die einzelnen  
 Bestimmungen dieses Entwurfs ihrer Mehrzahl nach sowohl in fachlicher als auch  
 in redaktioneller Beziehung Abänderungen erfahren.

Außer dem Entwurf einer Civilprozeßordnung ist von der Kommission auch  
 der Entwurf eines Einführungsgesetzes beraten und festgestellt.

Der Kommissionsentwurf ist durch die Beschlüsse des Bundesraths mehrfach  
 modifizirt. Die wichtigsten Aenderungen sind folgende:

- 1) Neben der Zustellung durch Gerichtsvollzieher ist die Zustellung durch  
 die Post aufgenommen.
- 2) Die Revision ist als Rechtsmittel gegen die in erster Instanz erlassenen  
 Endurtheile der Landgerichte und gegen die Endurtheile der Handels-  
 gerichte aufgegeben und durch die Berufung ersetzt. In Folge davon  
 ist für die erste Instanz eine Präklusion des Beklagten mit nachträglichen  
 Vorbringen und für die Berufungsinstanz eine Verweisung nachträglichen  
 Vorbringens zum besonderen Verfahren eingeführt, sowie die Zulässig-  
 keit der vorläufigen Vollstreckbarkeit der Endurtheile erweitert.

## Allgemeine Begründung.

### § 1.

Mit den Bestrebungen nach einer politischen Einigung Deutschlands hat sich auch das Bedürfnis, eine Einheit des Rechts zu erreichen, verbunden. Auf dem Gebiete des materiellen Rechts sind bereits bedeutendere Erfolge errungen worden. Im Rechtsverfahren dagegen besteht eine sehr erhebliche Vielgestaltigkeit fort; diese hat sogar durch die Prozeßordnungen, welche in neuester Zeit in mehreren deutschen Staaten erlassen worden sind, an Umfang gewonnen. Mit Recht hat man dem Streben nach einer Einheit im Rechtsverfahren tiefere Bedeutung beigelegt. Dasselbe ist ein Zweig des öffentlichen Lebens; die Eigenartigkeit eines Volkes findet darin ebenso ihre Ausprägung, wie in der Gestaltung der Formen für seine politische Existenz. Das Bedürfnis des Verkehrs drängt zur Einheitlichkeit des Rechtsverfahrens. Der Verkehr bequemt sich nur mit Widerstreben einer vielgestaltigen Rechtsordnung an; diese wird für ihn ein Hemmnis, welches er durch Einschlagen anderer Bahnen möglichst meidet.

Mit richtiger Erkenntnis der Sachlage hat die Verfassung des Deutschen Reichs im Artikel 4 das gerichtliche Verfahren zum Gegenstande gemeinsamer Gesetzgebung gemacht.

Auch in dem deutschen Juristenstande ist die Nothwendigkeit zu einer Einheit des Rechtsverfahrens zu gelangen, vielfach anerkannt worden. Man darf sich indessen darüber nicht täuschen, daß gerade unter den Juristen auch zahlreiche und entschiedene Gegner vorhanden sind. Das zähe Festhalten an dem Bestehenden scheint eine Eigenschaft des juristischen Sinns zu sein, welcher gewohnt ist, ein Verhältniß, weil es längere Zeit bestanden hat, als wohlbewährt anzusehen und seine Mängel, welche die tägliche Anwendung oft ausgleicht, weniger zu bemerken. Dazu kommt, daß dasjenige, was durch lange Übung bekannt und bequem geworden, leicht eine gewisse Eingenommenheit erzeugt, welche durch die Besorgnis, sich mit Neuem und Unge- wohntem einrichten zu müssen, befestigt wird. Auch ist es natürlich, daß man Einrichtungen nicht leicht und gern aufgibt, mit welchen vielfache geistige Bestrebungen, Mühe und Arbeit sich verbunden haben. Die deutsche Rechtsgeschichte liefert den Beweis, daß die in der Eigenthümlichkeit des deutschen Volks hervortretende Richtung, alle Verhältnisse des sozialen und politischen Lebens zu partikularisiren, sich auch in der Rechtsentwicklung geltend gemacht hat und in Folge dessen zu einer Eigenheit des Juristenstandes geworden ist.

Nicht bloß von Juristen, sondern auch von anderer Seite wird dem Streben nach Einheit des Rechtsverfahrens in Deutschland das Beispiel Preußens | entgegen- gehalten, in welchem der gemeine, der rheinisch-französische und der Gerichtsordnungs- Prozeß beinahe ohne Vermittelung eine Reihe von Jahren neben einander bestanden haben, ohne die Staatseinheit zu gefährden. Allein daß der preußische Staat diese von einander so abweichenden Systeme bisher ohne erheblich wahrnehmbaren Schaden ertragen hat, ist noch kein Beweis dafür, daß die Nachtheile nicht vielfach im Volke selbst empfunden worden sind, daß sie nicht oft Anzuträglichkeiten in der Rechts- verfolgung verursacht haben, und kein Grund dagegen, nach besseren Zuständen zu streben. Die Besonderheit der Prozeßordnungen hat das Gefühl der Zusammen- gehörigkeit, der Staatseinheit nicht zur vollen Entwicklung kommen lassen. Auch der Verkehr hat darunter gelitten. Es darf nur an die Schwierigkeiten erinnert werden,

welche die Verschiedenheit des Konkursverfahrens, die Vollstreckung der Urtheile in dem Gebiete einer anderen Prozeßordnung hervorriefen.

Aber auch aus dem bestehenden Prozeßrechte selbst ist das Reformbedürfniß nachzuweisen. Daß der gemeine deutsche Prozeß in seiner durch die Schriftlichkeit und die Ausartung der Verhandlungs-Maxime bedingten Langsamkeit und Schwerfälligkeit, in seiner Unsicherheit in Folge der zahlreichen Streitfragen und des Mangels der Kodifikation, in seiner Fremdartigkeit und Unverständlichkeit zu dem Volks- und Verkehrsleben seit länger als einem Jahrhundert im Mißverhältniß steht, beweisen die seit den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts innerhalb Deutschlands hervorgetretenen Prozeßordnungen, welche den Zweck hatten, diesem Mißstande abzuhelpfen, unwiderleglich.

Die preußische Gerichtsordnung, welche sich in den wichtigsten Prinzipien von dem gemeinen deutschen Prozesse entfernte, ja sich in einen direkten Gegensatz gegen denselben stellte, indem sie an die Stelle der Verhandlungs- und Eventual-Maxime ein Instruktionsverfahren einführte, welches dem Prozeßrichter die amtliche Fürsorge dafür auferlegte, durch jedes zulässige Mittel das materielle zwischen den Parteien bestehende Recht zu erforschen, ist ein großartiger Versuch, sich aus den engen Grenzen des gemeinrechtlichen Formalismus zu befreien. Aber das Ziel sollte durch Mittel erreicht werden, welche sich in der Praxis als verfehlt und unausführbar erwiesen. Es trat daher sehr bald das Bedürfniß nach Aenderungen hervor. Die Reformen, welche die Allgemeine Gerichtsordnung in Preußen durch die Gesetzgebung der Jahre 1833 und 1846 erfahren hat, suchten — von vielen einzelnen durch andere Gesetze eingeführten Aenderungen abgesehen — eine prinzipielle Besserung einerseits durch eine Annäherung an die Grundsätze der Mündlichkeit des Verfahrens, andererseits durch eine Rückkehr zu den beiden Grundsätzen der Verhandlungs- und Eventual-Maxime zu erreichen. Aber der novellenartige Charakter dieser Gesetze gestattete nicht den gänzlichen Bruch mit dem System der Gerichtsordnung. Das letztere blieb daneben gültig.

Die Vereinigung so verschiedener, ja einander entgegengesetzter Prozeßgrundsätze, ihre Verarbeitung zu dem Ganzen des Rechtsganges blieb der Praxis überlassen. Diese hat auch hier Bedeutendes geleistet, war jedoch außer Stande, die schroffen Unebenheiten auszugleichen, die zu einander entgegengesetzten Resultaten führen müssen, je nachdem das eine oder das andere Prinzip vorwaltet.

Auch die Gesetzgebung würde die Aufgabe unerfüllt lassen müssen, aus diesen heterogenen Elementen des preußischen Prozesses, unter Festhaltung an seinen bewährten Grundlagen, ein nur einigermaßen in sich übereinstimmendes Ganzes zu gestalten.

§. 7. Eine solche Aufgabe wird von Seiten preußischer Juristen vielfach der Gesetzgebung gestellt, ohne daß man erwägt, daß das Mischlingen derselben schon in der Natur der Sache liegt, daß man nicht aus so verschiedenartigen Bestandtheilen eine Einheit herstellen, sie nicht auf einer Grundlage mit einander verbinden kann. Aber auch hiervon abgesehen, sind die Prozeßnovellen vom 1. Juni 1833 und 21. Juli 1846 weder nach Form noch Inhalt geeignet, als Ziel und Resultat des Ringens nach Einheit des Rechtsverfahrens in Deutschland angesehen zu werden. Gegen den Gerichtsordnungs-Prozeß gehalten verkörpern sie allerdings den oben dargestellten bedeutenden Fortschritt im preußischen Rechtsverfahren, namentlich durch die den Schriftsätzen angehängte mündliche Verhandlung. Eine eingehendere Kritik kann aber unmöglich das Halbfertige, die Uebergangs- und Novellennatur in diesen Verordnungen verkennen.

Sieht man von dem in neuerer Zeit erheblich verbesserten Konkurs- und Vollstreckungsverfahren ab, so ist der preußische Prozeß seit den Reformen von 1833 und 1846 im Ganzen unverändert geblieben, trotz der gänzlichen Umgestaltung des Staats- und öffentlichen Lebens und der Bearbeitung und Verhandlung fast aller anderen Angelegenheiten, trotz des gewaltigen Umschwungs der Verkehrs- und Kommunikationsverhältnisse, von denen man meinen sollte, daß sie eine entsprechende Umgestaltung des Rechtsverfahrens längst hätten nach sich ziehen müssen.

Daß eine solche auch im preußischen Volke dringend gewünscht wird, hat sich sowohl in den Verhandlungen des Landtags, als in den Zeitschriften vielfach kundgegeben. Wenn solche Äußerungen vielleicht mehr in der Nation, besonders in den vom Leben und Verkehr berührten Kreisen derselben, als in dem in den geltenden

Normen eingewohnten Juristenstande hervorgetreten sind, so kann hieraus auf den Mangel eines Reformbedürfnisses nicht geschlossen werden.

Der rheinisch-französische Prozeß beruht auf der Vertheilung von Recht und Faktum unter Richter und Parteien. Das Faktum gehört den Parteien an. Dem entsprechend erörtern diese das Faktum, vorläufig unabhängig von der Einwirkung des Richters, untereinander in Schriftsätzen. Der Richter empfängt das Faktum von den Parteien, um, nach Feststellung des streitig Gebliebenen durch Beweis, Recht zu finden. Seine Thätigkeit ist die richterliche Funktion in ihrer Reinheit, eine urtheilende. Die Fortbewegung des Prozesses geht von den Parteien aus. Diese füllen mit ihrer Thätigkeit den Raum zwischen den Verhandlungen vor dem Gerichte. Es findet Freiheit der Bewegung statt, ohne welche, wie der gemeine deutsche Prozeß in seiner über das Maß getriebenen Verhandlungs-Maxime gezeigt hat, das materielle Recht im Prozesse nur zu leicht einem formalistischen Scheingebilde aufgeopfert wird.

Eine erfreuliche Erscheinung in dem Geltungsgebiete dieses Prozesses ist nicht allein die Uebereinstimmung der Juristen über die Vorzüge ihres Verfahrens, sondern auch, daß die Bevölkerung sich durch dasselbe im Ganzen und Großen befriedigt fühlt und Reformwünsche in Betreff der Grundlagen nicht hervorgetreten sind. Es kommt ferner die bestechende Logik in Betracht, welche aus der Vertheilung des Faktums und Rechts zwischen Parteien und Richter hervorzutreten scheint, und die Zurückführung des Richteramts auf das Urtheilen. Endlich darf die glückliche Lage nicht übersehen werden, in welcher sich der rheinische Richter, von dem lästigen Beirwerke richterlicher Thätigkeit nicht belästigt, seinen altpreussischen Berufsgenossen gegenüber befindet, während der Advokat, bei bestehendem Anwaltszwange und der ihm überlassenen Sorge für die Erörterung des Faktums, als beinahe unumschränkter Herr des Rechtsstreits dem atländischen Anwalt sich überlegen dünken mag.

An dieser Stelle kommt es hauptsächlich auf die Frage an: ob der rheinisch-französische Prozeß mit oder ohne sachgemäße Uebearbeitung, welche demselben bereits in verschiedenen Ländern zu Theil geworden ist, Grundlage des neuen deutschen Prozesses zu werden geeignet ist? So viel muß man unbedenklich einräumen, daß, wie manche andere französische Institution, auch der französische Prozeß in den letzten Jahrzehnten mittelbar eine anregende, heilsame Rückwirkung auf die Entwicklung des deutschen Verfahrens geübt hat. Dennoch aber wäre der Uebergang zu diesem Verfahren ein Schritt, der eine allgemeine Zustimmung, zumal seit der Bekräftigung des nationalen Bewußtseins in Folge der Gründung des Deutschen Reichs, schwer erlangen würde. Als oberstes Erforderniß einer Prozeßordnung darf hingestellt werden, daß sie praktisch brauchbar und zweckmäßig ist, daß sie den Rechtsstreit auf dem einfachsten, kürzesten, sichersten Wege seiner Entscheidung zuführt. Allein daraus folgt noch nicht, daß ein Gesetzgeber ein Verfahren, selbst wenn es diesem obersten Erfordernisse durchweg entsprechen sollte, von einem fremden auf den heimischen Boden ohne Weiteres verpflanzen kann. Eine Nation, deren in bedeutenden Geschichtsepochen stärker hervortretendes Rechtsbewußtsein nicht bloß das materielle Recht, sondern auch das Rechtsverfahren umfaßt, würde in einem fremden Verfahren sich nicht wiedererkennen. Dieses würde keine Wurzel schlagen und trotz seiner Zweckmäßigkeit, von Einzelnen geschätzt, Wenigen bekannt, kein Theil des Rechtslebens des Volkes werden. Die Einbürgerung des französischen Prozesses in dem rheinischen Gebiete kann schon wegen der besonderen Verhältnisse und der nach der Einverleibung der Provinz mitwirkenden politischen Ursachen nicht als Widerlegung dieser Ansicht angesehen werden.

Allerdings ist das öffentliche und mündliche Verfahren, welches in Frankreich seit den ältesten Zeiten sich forterhalten hat, auch Grundfaß des ältern deutschen Prozesses gewesen und in Deutschland erst in späterer Zeit durch den aus Italien herübergekommenen kanonisch-römischen Prozeß verdrängt worden. Allein andere Eigenheiten des französischen Prozesses entsprechen dem deutschen Rechtsbewußtsein um so weniger. Letzterem gehört vor Allem der durch die Geschichte des deutschen Prozesses hindurchgehende Zug an, die richterliche Machtvollkommenheit durch Formen heilsam einzuschränken. Hierin dürfte die Quelle des sonderbar gestalteten altdeutschen Beweisverfahrens und wahrscheinlich auch der aus dem altdeutschen Prozesse in den gemeinen übernommenen Verhandlungsmaxime zu suchen sein. Im Gegenfaze hierzu

findet der französische Prozeß in der sogenannten Souveränität der Gerichte den Ersatz für Normen des Verfahrens, welche allerdings die freie Bewegung hemmen, aber auch gegen Willkür und Uebereilung schützen können.

Die ganz überwiegende Bedeutung des Urkundenbeweises im französischen Civilverfahren ist für ein mündliches Verfahren von wesentlichster Bedeutung; allein die Einführung des Rechtsgrundsatzes, worauf jene Bedeutung des Urkundenbeweises beruht, würde der im deutschen Volke herrschenden Rechtsanschauung und Sitte nicht entsprechen.

§. 9. Ebensowenig würde es thunlich sein, den sogenannten Prozeßbetrieb der Parteien in derjenigen Konsequenz und Starrheit, welche das Prozeßverfahren Frankreichs beherrscht, ohne Verletzung des deutschen Rechtsbewußtseins zu einem gemeinen deutschen Rechte zu erheben.

Schließlich kommt in Betracht, daß das französische Prozeßgesetz, wie allgemein anerkannt wird, die mangelhafteste der Napoleonischen Rechtsschöpfungen ist. Dasselbe ist nur eine neue Ausgabe der Ordonnanz Ludwigs des Vierzehnten vom Jahre 1667, auf welche der übermächtige Einfluß der Korporation der Anwälte einen höchst nachtheiligen Einfluß geübert hat. Während das Gesetz einerseits eine sehr freie Bewegung gestattet, starrt es andererseits von Formen. Auch wird, ohne daß Widerspruch zu befürchten wäre, behauptet werden dürfen, daß das Prozeßverfahren in den deutschen Rheinprovinzen durch Einwirkung der deutschen Prozeßwissenschaft mehrfach eine nicht unerhebliche Umgestaltung erfahren hat. Wie groß übrigens das Reformbedürfniß in den Staaten ist, in welchen der Code de procédure civile herrscht, zeigen nicht allein die Reformschriften aus jenen Ländern, sondern auch die aus der neuesten Zeit stammenden Entwürfe von Civilprozeßordnungen, welche im Auftrage der französischen und belgischen Regierung bearbeitet worden sind.

Einer besonderen Erwähnung verdient die hannoversche Prozeßordnung, weil sie dem sogenannten hannoverschen Entwürfe aus dem Jahre 1866, der letzte aber wiederum einer größeren Reihe von Gesetzgebungsarbeiten, insbesondere auch dem Entwurfe einer Prozeßordnung für den norddeutschen Bund zur Grundlage gedient hat. In der hannoverschen Prozeßordnung ist der Versuch gemacht worden, ein Verfahren herzustellen, welches auf den Grundlagen des gemeinen deutschen Prozesses das große freigestaltete Prozeßprinzip der Unmittelbarkeit der Verhandlung eines Rechtsstreits vor dem erkennenden Gerichte mit seinen Konsequenzen in sich aufnimmt. Fundamental in der hannoverschen Prozeßordnung ist, daß das Hauptverfahren in zwei Abschnitte zerfällt, von denen der erstere die Behauptungen der Parteien, der zweite den Beweis der bestrittenen Behauptungen zum Gegenstande hat; daß diese beiden Abschnitte getrennt und gegeneinander abgeschlossen werden durch eine richterliche Verfügung, in welcher nach Prüfung des von den Parteien vorgelegten Prozeßstoffs diesen eröffnet wird, was und von wem zu beweisen sei; daß diese richterliche Verfügung im Sinne des deutschen Prozeßrechts ein Urtheil ist, unabänderlich für die Instanz, in welcher sie erlassen wurde. Sobald man diese Fundamental-Einrichtung aufgiebt, ist die hannoversche Prozeßordnung als Grundlage für ein neues Gesetzgebungswerk nicht weiter geeignet. Den sogenannten hannoverschen Entwurf und sämtliche ihm folgende Prozeßordnungen oder Prozeßordnungs-Entwürfe, welche die erwähnte Konstruktion des Verfahrens aufgegeben haben, trifft gemeinsam der Vorwurf, daß sie die große Bedeutung dieser Abweichung in materieller und systematischer Beziehung nicht genügend gewürdigt haben.

## § 2.

Die Herstellung eines Reichsprozeßrechts für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ist ein Werk von außerordentlicher Schwierigkeit. Andere Gesetze werden durch das im Volksleben und im Verkehr hervortretende Bedürfniß und die sich daran knüpfende Rechtsübung nicht selten dergestalt gezeitigt, daß der Gesetzgeber der nach Inhalt und Form fast vollendeten Rechtsidee nur die staatliche Anerkennung und Geltung aufzutragen hat; sie fallen ihm, wie eine reife Frucht, gleichsam in den Schooß. Die neue Prozeßordnung erfordert einen Aufbau durch die Hand des Gesetzgebers vom Fundamente aus. Die Ursachen dieser Schwierigkeit sind in der Geschichte und in dererspaltung Deutschlands zu suchen. Der einheimische Prozeß des Mittelalters ist nicht zur Ausbildung gekommen, sondern von dem über die Alpen eindringenden römisch-kanonischen

§. 10.

Rechtsverfahren, das aus dem altgermanischen nur einzelne Elemente in sich aufnahm, nach und nach, weniger auf dem Wege der Gesetzgebung als des Gewohnheitsrechts, verdrängt worden. Es liegt in der Natur der Sache, daß dies in den verschiedenen Ländern, je nach den lokalen Verhältnissen und nach den Regierungsgrundrissen der Fürsten, bei der schwachen Einwirkung des früheren Reichsregiments, nicht überall auf dieselbe Weise und mit demselben Ergebnisse geschah. Zwar bildete sich auf der fremden Grundlage allmählig der gemeine deutsche Prozeß aus; allein dieser kam theils nicht zur vollen Durchbildung eines in sich bestimmten und festgegliederten Verfahrens, theils blieb er seiner fremdartigen Grundlage halber der Nation fern und unverständlich, theils artete er, bei überhand nehmender Schriftlichkeit, zu einer unerträglichen Schwere und Langsamkeit aus. Eine Anzahl deutscher Territorien, und zwar die bedeutendsten, haben sich durch eigene Prozeßordnungen von dem gemeinschaftlichen Grunde des gemeinen deutschen Prozeßes gelöst; andere sind in den letzten Jahren, nachdem in den deutschen Prozeß Leben und Bewegung gekommen ist, gefolgt. Wenn in anderen Fällen dem Gesetzgeber die Grundlage seines Wertes durch die Verhältnisse und die Rechtsentwicklung seines Landes gegeben ist, so daß er nicht zweifelhaft sein kann, wo er anzuknüpfen hat, so ist diese Grundlage für die deutsche Prozeßordnung schwer und nur durch Reflexion zu finden. Es ist auch hier an der Regel festzuhalten, daß der Gesetzgeber nicht sowohl Recht zu machen, nach Hinwegräumung des Bestehenden aus seinem Kopfe Neues zu schaffen, als vielmehr das im Volksleben und Verkehr sich bildende Recht weiter zu entwickeln und zu gestalten hat. Sonst läuft er Gefahr, daß sein Werk dem Rechtsbewußtsein seines Volkes fremd bleibt, in seinem Lande keine Wurzel schlägt, trotz der ihm beigelegten Autorität gesetzlicher Geltung praktisch nicht zur Anwendung kommt oder doch sich nicht entwickelt.

Dem deutschen Gesetzgeber steht ein überreiches Material an Vorarbeiten zu Gebote. Man kann dasselbe in vier Gruppen sondern.

Die erste Gruppe bilden neuere deutsche Prozeßgesetze, welche im Wesentlichen die Grundprinzipien des gemeinen deutschen Prozeßes beibehalten, und die Bearbeitungen des deutschen Prozeßrechts oder einzelner Theile desselben, welche an wissenschaftlicher Bedeutung die Bearbeitungen fremder Prozeßrechte weit überragen.

Eine zweite Gruppe bilden die aus den letzten Jahrzehnten herrührenden preussischen Gesetze, durch welche zuerst in den landrechtlichen, später auch in den meisten gemeinrechtlichen Provinzen eine weitgreifende Reform des bestehenden Prozeßrechts bewirkt worden ist.

Eine dritte Gruppe bildet der in Rheinpreußen, in Rheinhessen und in Elsaß-Lothringen geltende Code de procédure civile und die in fast sämtlichen Ländern seines Geltungsbereichs unternommenen mehr oder weniger freien Umarbeitungen desselben. In der neuesten Zeit ist sowohl in Belgien als in Frankreich ein projet de révision du Code de procédure civile bearbeitet worden. Der erstere Entwurf entfernt sich von seiner Grundlage weiter als der letztere, wenngleich nicht so weit als der Code de Genève.

Im Mittelpunkte der vierten Gruppe steht die hannoversche Prozeßordnung vom 8. November 1850. Sie diente bei der Bearbeitung des sogenannten hannoverschen Entwurfs als Grundlage, wie dieser wiederum die Grundlage für eine Reihe neuerer deutscher Gesetzgebungswerke abgab. Unter den letzteren sind die württembergische Civilprozeßordnung (1868) und der Entwurf einer Civilprozeßordnung für den norddeutschen Bund (1870) besonders hervorzuheben. Auch die neuesten Gesetzentwürfe für die nicht zur ungarischen Krone gehörigen Länder des österreichischen Kaiserstaats beruhen auf dieser Grundlage.

Während die badische Prozeßordnung (1864) und das oldenburgische Prozeßgesetz (1857) der vierten Gruppe zugewiesen werden können, schließen sich der preussische Entwurf (1864) und die bayerische Civilprozeßordnung (1869) in Betreff der Anlage und Konstruktion des eigentlichen Verfahrens den Gesetzen der dritten Gruppe, im Uebrigen aber den Gesetzen der vierten Gruppe an. In ersterer Richtung unterscheiden sich die beiden Gesetzeswerke wesentlich so, daß der preussische Entwurf die dem Code de procédure civile eigenthümlichen Prozeßprinzipien mit großer Feinheit und übertriebener Konsequenz durchführt, während das bayerische Gesetz diesen Fehler meidet und der Rechtsentwicklung in der Rheinpfalz sich anschließt.

Die Geschichte der Prozeßgesetzgebung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten beweist unwiderleglich den Satz, daß die weitläufigen Formen einer ordentlichen Prozedur im Laufe der Zeit durch die einfachen Formen einer beschleunigten Prozedur verdrängt werden. Im alten Rom trat an die Stelle des Prozesses mittelst legis actio der ordo iudiciorum privatorum und wiederum an dessen Stelle die früher nur als Ausnahme von demselben zugelassene extraordinaria causae cognitio. Das von der Clementine Saepe als Ausnahme von dem alten ordo iudiciarius des kanonischen Rechts eingeführte beschleunigte Verfahren hat in Deutschland bereits seit zwei Jahrhunderten das Regelverfahren vollständig verdrängt und die Fortbildung des beschleunigten Verfahrens, als des neueren ordentlichen Prozesses, ist auf dem von der Clementine Saepe betretenen Wege der Vereinfachung und Abtürzung des Verfahrens viel weiter und über die von der Clementine noch eingehaltenen Grenzen längst hinausgegangen. Die neueste Geschichte der Gesetzgebung bietet weitere Belege für den obigen Satz. Die preußische Verordnung vom 1. Juni 1833 führte das neue (summarische) Verfahren für eine beschränkte Zahl von Fällen, also als Ausnahmeverfahren, ein; allein bereits durch die Verordnung vom 21. Juli 1846 wurde dieses Ausnahmeverfahren zum ordentlichen Verfahren erhoben, die Prozedur der Allgemeinen Gerichtsordnung aber nur für eine sehr beschränkte Zahl von Rechtsstreitigkeiten beibehalten. Von besonderem Interesse ist es ferner, daß der für das Verfahren nach dem Code de procédure civile so überaus wichtige Unterschied zwischen ordinären und summarischen Sachen, nachdem derselbe bereits seit Jahrzehnten den lebhaftesten Anfechtungen unterlegen hatte, nicht allein in dem neuesten Projekte für Belgien, sondern auch in dem für Frankreich in der Art befeitigt ist, daß die Prozedur in summarischen Sachen die durchgreifende Regel bilden soll.

In dieser geschichtlichen Entwicklung liegt für jeden Gesetzgeber eine wichtige Lehre, welche er nicht übersehen darf, wenn er dem Verkehrsleben seines Volkes die gebührende Rücksicht gewähren will.

### § 3.

| S. 12.

Innerhalb des deutschen Prozesses findet seit Jahrzehnten eine Bewegung statt, über deren Tiefe, Nachhaltigkeit und Zielpunkte man sich wenigstens jetzt nicht mehr täuschen kann. Diese Bewegung geht unverkennbar von der Schriftlichkeit zur Mündlichkeit hin. Sämmtliche neuen Prozeß-Ordnungen, die Literatur des deutschen Prozeßrechts, die Verhandlungen fast aller deutschen Landesvertretungen sind Beweise für die Bewegung selbst und deren Ziel. Wir stehen mitten in dieser Bewegung; hier liegt der berechtigte Standpunkt für den Gesetzgeber.

Ueber die erwähnten prozeßualischen Gegensätze der Schriftlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens ist Mancherlei geredet und geschrieben worden, allein ein allgemeines wirkliches Verständnis der Sache ist nicht gewonnen. Eine Verständigung über die Begriffe muß hier versucht werden. Zu diesem Ende wird es sich empfehlen, das Verfahren nach den Prozedursystemen der oben gesonderten Gruppen neben einander zu stellen, zu prüfen und gegensätzlich zu beleuchten. Uebrigens wird die Darlegung sich auf das regelmäßige Verfahren vor Kollegialgerichten der ersten Instanz beschränken können, dieses auch nur insoweit, als die obigen Gegensätze reichen, in Betracht zu ziehen haben.

I. Von den beiden, für das landrechtliche Gebiet des preußischen Staats bestimmten Verordnungen (1833, 1846) verhält sich die letztere novellenartig zu der ersteren, welche wiederum eine, die Allgemeine Gerichtsordnung in ihren Grundlagen abändernde Novelle ist. In den beiden späteren, für die gemeinrechtlichen Gebiete bestimmten preußischen Verordnungen (1849, 1867) ist die neue Prozedur ohne wesentliche Abweichungen, aber übersichtlicher geordnet. Die Darlegung wird sich der Verordnung von 1867, da sie die neueste Entwicklungsphase enthält, angemessen anschließen.

Wenn das Gericht die bei ihm eingereichte Klage für vollständig und begründet hält, so findet eine schriftliche Instruktion der Sache nöthigenfalls bis zur Duplik zu Protokoll oder durch Schriftwechsel statt. Ist diese Instruktion beendet oder die Verhandlung der Replik oder der Duplik binnen vorgeschriebener Frist nicht erfolgt, so werden die Parteien zur mündlichen Verhandlung in eine Sitzung des Prozeßgerichts geladen. In dieser Sitzung hat zuvörderst ein Mitglied des Gerichts auf

Grund eines vor dem Termine aus den bisherigen Verhandlungen angefertigten schriftlichen Referats eine kurze mündliche Darstellung der Sache zu geben; hieran knüpft sich dann der mündliche Vortrag der Parteien.

Wie die Klage, so bilden auch Vernehmlassung, Replik und Duplik feste Prozeßstadien, deren Nichtinnehaltung sachliche Nachtheile mit sich führt. Vom Gegner angeführte Thatsachen und beigebrachte Urkunden, worüber eine Partei in der dem Vorbringen nächstfolgenden schriftlichen Auslassung sich gar nicht oder nicht vollständig erklärt, werden für zugestanden und anerkannt erachtet. Auf Thatsachen beruhende Entgegnungen (Einreden, Repliken, Dupliken) gehen für die Instanz verloren, wenn sie in der für dieses Vorbringen bestimmten schriftlichen Auslassung nicht geltend gemacht werden.

In dem Termine zur mündlichen Verhandlung hat jede Partei, soweit dieses nicht bereits früher geschehen ist, die Beweismittel, deren sie sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, anzugeben. Eine spätere Vervollständigung der Beweisantretung ist im Falle des Widerspruchs des Gegners nur dann zulässig, wenn die neuen Beweismittel erst aus der stattgehabten Beweisaufnahme sich ergeben haben. Die Eideszuschreibung ist jedoch bis zum Erlasse des Endurtheils zulässig.

Nach erfolgter Beweisaufnahme werden die Parteien zur mündlichen Schluß- | S. 13.  
verhandlung und Entscheidung in eine Gerichtssitzung unter der Verwarnung vorge-  
laden, daß gegen den Ausbleibenden angenommen werden würde, er habe zur  
Unterstützung seiner Behauptungen und Anträge nichts weiter anzuführen und wolle  
die Entscheidung der Sache nach Lage der Akten erwarten.

Wenn in dem auf die Klage anberaumten Termine zur schriftlichen Instruktion der Kläger nicht erscheint, so wird angenommen, daß er auf dem Klageantrage bestehe und die weitere Entscheidung oder Verfügung des Richters nach Maßgabe der Klage und der erfolgten oder nicht erfolgten Einlassung des Beklagten erwarten wolle. Erscheint in dem Termine der Letztere nicht, ist auch eine schriftliche Klagebeantwortung nicht eingegangen, so nimmt das Gericht die in der Klage angeführten Thatsachen für richtig an und erkennt, soweit die Klage begründet ist, nach dem Antrage der Klage. — Wenn in dem nach beendeter schriftlicher Instruktion zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine beide Parteien nicht erscheinen, so bleibt die Sache bis auf Anrufen der einen oder andern Partei auf sich beruhen. Erscheint die eine der Parteien nicht oder läßt sie sich auf die Sache nicht ein, so kann die andere auf Kontumazialverhandlung antragen. In diesem Falle werden alle streitigen, von der nicht erschienenen oder sich nicht einlassenden Partei angeführten, mit Beweismitteln nicht unterstützten Thatsachen für nicht angeführt, sowie alle von derselben vorzulegenden Urkunden als nicht beigebracht erachtet, alle von dem Gegner angeführten Thatsachen aber, welchen noch nicht ausdrücklich widersprochen worden ist, für zugestanden, ingleichen die von dem Gegner beigebrachten Urkunden für anerkannt erachtet. Dasselbe gilt, wenn eine der erschienenen Parteien auf ein neues Vorbringen der andern Partei, soweit dasselbe bei der mündlichen Verhandlung noch zulässig ist, sich nicht einläßt.

Unter sehr erschwerenden Umständen kann Restitution gegen Fristversäumnisse ertheilt werden, wenn nämlich der Grund der Versäumnung in Naturbegebenheiten oder anderen unabwendbaren Zufällen liegt. Gegen ein bei nicht erfolgter Klagebeantwortung erlassenes Kontumazialerkenntniß findet Restitution ohne dieselbe rechtfertigende Gründe statt.

Auf die mündliche Verhandlung kann nicht verzichtet werden; dagegen sollen Hindernisse in der Person des bevollmächtigten Rechtsanwalts in der Regel nicht berücksichtigt werden, wenn es sich um die Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung auf einseitigen Antrag handelt.

Aus dieser Darlegung des Verfahrens geht mit größter Klarheit und Bestimmtheit hervor, daß das streitige Sachverhältniß durch schriftliche Auslassungen entweder zu richterlichem Protokolle oder in Schriftsätzen festgestellt wird, daß also in dieser Beziehung nicht die mündliche Verhandlung, sondern die Schrift entscheidend ist. Demgemäß findet irgend welcher Zwang der Parteien, überhaupt und vollständig in der Gerichtssitzung mündlich zu verhandeln, nicht statt. Beide Parteien können vollständig oder unvollständig verhandeln, wie die eine Partei, nicht aber die andere,

die eine vollständig, die andere Partei unvollständig verhandeln mag. Das System bietet nicht die geringste Garantie dafür dar, daß der Rechtsstreit vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern von den Parteien verhandelt wird. Ein kurzes, aber vollständiges Referat eines Richters legt dar, wie das dem Rechtsstreite zum Grunde liegende Sachverhältniß durch die schriftlichen Auslassungen der Parteien sich gestaltet hat, bereits festgesetzt ist. Dieses Referat, möglicherweise auf Grund von Bemerkungen der Parteien dem Akteninhalte gemäß berichtigt, bildet die wesentliche Grundlage für die richterliche Entscheidung.

Das Verfahren charakterisirt sich nicht als mündliches, sondern als schriftliches Verfahren mit mündlicher Schlußverhandlung. Das Nebensächliche dieser mündlichen Schlußverhandlung tritt insofern hervor, als Hindernisse in der Person des bevollmächtigten Rechtsanwalts nach den Verordnungen von 1833, 1846, 1849 überall nicht, nach der Verordnung von 1867 aber der Regel nach nicht berücksichtigt werden sollen, wenn es sich um die Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung auf einseitigen Antrag handelt, sowie ferner darin, daß, wenn in der mündlichen Schlußverhandlung beide Theile ausbleiben, die Sache nicht ruht. Daß ein solches Ruhen der Sache eintreten soll, wenn beide Parteien in der mündlichen Hauptverhandlung ausbleiben, daß der Verzicht der Parteien auf die mündliche Verhandlung in den späteren Verordnungen für unzulässig erklärt ist, während die Verordnung von 1833 ihn zuließ, sind dem Grundsätze der Mündlichkeit dargebrachte Konzessionen, welche durch das System nicht gefordert werden.

Dem Gesetzgeber mochte der Gedanke vorschweben, daß die schriftlichen Auslassungen der Parteien sich in den Grenzen motivirter Konklusionen halten würden, daß einem kurzen, wenngleich vollständigen, mündlichen Referate des Richters eine Verhandlung sich anschließen werde, welche auf Grundlage des schriftlich festgestellten Sachverhältnisses in freier Rede und Gegenrede den Rechtsstreit vorführt, das Sachverhältniß weiter entwickelt und unter die einschlagenden rechtlichen Gesichtspunkte bringt. Wenn der Gesetzgeber von diesem Gedanken ausging, so ließ er sich denselben Fehler zu Schulden kommen, in welchen der Schöpfer der Allgemeinen Gerichtsordnung versiel, daß er nämlich die realen Verhältnisse des Lebens nicht genügend berücksichtigte. Jener Gedanke konnte dem System gegenüber nur dann zu wahrer Geltung gelangen, wenn einerseits mäßig beschäftigte, von dem Geiste der Mündlichkeit durchdrungene Gerichte den Glauben, daß die Parteien einem fertigen Urtheile des Gerichts oder des Referenten gegenüber aufträten, nicht aufkommen ließen, andererseits aber nicht mit Geschäften überhäufte, von der Bedeutung eines mündlichen Verfahrens lebhaft überzeugte Rechtsanwälte in der Lage sich befanden, ihr eigentliches Berufsleben in den Gerichten und nicht in ihrer Schreibstube zu führen. An diesen Voraussetzungen mangelte aber Vieles, da insbesondere die Rechtsanwälte einen großen Theil ihrer Zeit dem Notariat und Verwaltungsgeschäften widmeten und widmen mußten. Es war nur zu erklärlich, wenn Rechtsanwälte selbst oder durch Hilfsarbeiter Schriftsätze anfertigten, welche Alles enthielten, was sie möglicherweise mündlich hätten vortragen können, zumal da das Gesetz nicht einmal andeutete, daß für Rechtsausführungen die Schriftsätze nicht bestimmt seien.

Das System mußte, wenn es nicht durch außerordentliche Umstände gehoben und gebessert wurde, die mündliche Schlußverhandlung zur Bedeutungslosigkeit, zu einer Scheinverhandlung herabsinken lassen. Daß dieses wirklich, von Ausnahmen abgesehen, der Fall ist, scheint ziemlich allgemein angenommen zu werden. Es wird in den Motiven zum preussischen Entwurf von 1864 von den angesehensten Rechtsanwälten und von hochstehenden Richtern bezeugt. Ja selbst Schriftsteller, welche mit besonderer Lebhaftigkeit für das System im Allgemeinen Partei ergreifen, halten doch das Verfahren wie es sich nach dem System gestaltet hat und gestalten mußte, für ein unhaltbares. Sie werfen die Schuld auf das Referat; dasselbe soll entweder ganz beseitigt werden oder nur auf besondere Anordnung des Vorsitzenden, um eine kurze Uebersicht der Sachlage zu geben, eintreten. Diese Vorschläge sind legislativ unhaltbar. Wenn nach einem Prozeßsystem das Sachverhältniß durch schriftliche Auslassungen der Parteien vor der mündlichen Verhandlung in der Art festgestellt wird, daß es, vom Restitutionsfalle abgesehen, in der mündlichen Verhandlung nicht verändert werden kann, so ist es legislativ völlig gerechtfertigt, daß über das feststehende Sachverhältniß in der öffentlichen Sitzung von einem Richter ein kurzer, aber

vollständiger mündlicher Vortrag erstattet wird. Geschieht das nicht, so muß an die Stelle dieses Vortrags ein Referat in der betreffenden Sitzung treten, sofern man nicht die einzelnen Richter zur Durchsicht der Akten verpflichten will. Auch muß ein solches Referat in jedem Falle erstattet werden, gleichviel, ob beide Parteien verhandeln, oder nur die eine oder andere, gleichviel ferner, ob umfassend verhandelt wurde oder nicht; denn nicht das mündlich vorgetragene, sondern das vor der mündlichen Verhandlung schriftlich festgestellte Sachverhältniß bildet die Grundlage für die richterliche Entscheidung. Nach jenen Vorschlägen tritt demgemäß an die Stelle des kontrolirten, folgeweise sofortiger Berichtigung empfänglichen Vortrags ein unkontrolirtes, späterer Anfechtung unterliegendes Referat. Das Wegfallen des Vortrags führt selbstverständlich keinen Zwang zur mündlichen Verhandlung für die Parteien herbei, würde aber den realen Verhältnissen gegenüber aller Wahrscheinlichkeit nach die mündliche Verhandlung oder richtiger die für diese bestimmte Sitzung zu einer völligen Bedeutungslosigkeit herabdrücken.

II. Im vollen Gegensatz zu dem entwickelten System steht das System der zur vierten Gruppe vereinigten Gesetze und Gesetzesentwürfe.

Auf die Klaganträge, welche einer richterlichen Vorprüfung nicht unterliegen, wird ein Termin zur mündlichen Verhandlung angesetzt. In diesem verhandeln die Parteien nach Anleitung der schriftlichen Klaganträge und der vom Beklagten in der Zwischenzeit dem Kläger zugestellten schriftlichen Gegenanträge in freier Rede über den Rechtsstreit, nachdem sie zuvor ihre Gesuche (petita) gestellt haben. In dieser mündlichen Verhandlung gestalten die Parteien, ungebunden durch den Inhalt der gewechselten Schriftsätze, soweit nicht das Verbot der Klageränderung einwirkt, das Sachverhältniß und entwickeln dasselbe unter den einschlagenden rechtlichen Gesichtspunkten. Sie können bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung neue Thatfachen, insbesondere zur Begründung von Einreden, Replikten, Duplikten und einer Widerklage vorbringen, auch, soweit eine Verbindung der Beweise mit den Behauptungen in den Gesetzeswerken geboten ist, neue Beweismittel zum Beweise oder zur Widerlegung von Thatfachen anbieten.

Wenn in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung beide Theile nicht erscheinen, so ruht das Verfahren; erscheint der Kläger nicht, so wird auf Antrag des Beklagten die Klage ohne Sachprüfung abgewiesen; erscheint aber der Beklagte nicht, so werden auf Antrag des Klägers die dem Beklagten vorher mitgetheilten Klagthatfachen für zugestanden angenommen und der Beklagte, soweit die Klage begründet ist, verurtheilt.

In diesem System ist der Grundsatz der Mündlichkeit nach den verschiedenen Seiten hin durchgeführt. Die schriftlichen Parteianträge, welche der mündlichen Verhandlung vorausgehen und nach dem Gesetze den Charakter motivirter Konklusionen an sich tragen, verfolgen den Zweck, die bevorstehende mündliche Verhandlung vorzubereiten, einen geordneten Verlauf derselben und deren vollständige Durchführung zu befördern; dagegen wirken sie sachlich in einer den Inhalt der mündlichen Verhandlung bestimmenden Weise nicht ein. Die Parteien treten vor ein unbefangenes Gericht; dieses erfährt nicht durch ein Referat, wie der Rechtsstreit in bestimmten und feststehenden Grenzen sich bereits entwickelt hat, sieht vielmehr vor seinen Augen, wie der Rechtsstreit sich entwickelt und seine Grenzen erhält.

Aus dem Verhältnisse der Schriftsätze, welche der mündlichen Verhandlung vorausgehen, zu dieser selbst folgt wenigstens als Regel zweierlei: zuerst, daß das Gericht Alles zu berücksichtigen hat, was ihm mündlich vorgetragen wird, wenigleich es in den vorbereitenden Schriftsätzen nicht angeführt worden ist; zweitens aber umgekehrt, daß das Gericht ein tatsächliches Vorbringen, welches in den vorbereitenden Schriftsätzen enthalten ist, den Gegenstand der mündlichen Verhandlung aber nicht gebildet hat, nicht berücksichtigen darf. In dieser zweiten Folge liegt für eine jede Partei ein sehr entschiedener sachlicher Zwang, den Rechtsstreit und zwar vollständig mündlich zu verhandeln.

Dieses mündliche Verfahren hat sich, obwohl der Uebergang zu demselben von einem rein schriftlichen Verfahren ein sehr schroffer war, seit fast zwei Jahrzehnten in der Provinz Hannover völlig bewährt. Es trat ins Leben und mußte ins Leben treten, wie es der Gesetzgeber gedacht hatte. Nur ein Uebelstand ist, wenngleich nicht bei allen Gerichten, hervorgetreten, dessen hier erwähnt werden mag, obwohl

er mit dem System selbst nur im entferntesten Zusammenhange steht. Derselbe besteht in dem Ausfallen mündlicher Verhandlungstermine, sofern dasselbe, durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigt, auf gegenseitiger Konnivenz der Anwälte im Hinblick auf die Konkurrenz verschiedener an verschiedenen Orten wahrzunehmender Geschäfte beruht. In dieser Beziehung hat nicht sowohl die Verbindung des Notariats mit der Anwaltschaft, als der Umstand eingewirkt, daß die für den Dienst eines bestimmten Kollegialgerichts berufenen, zur Vertretung der vor diesem Gerichte auftretenden Parteien nicht allein berechtigten, sondern auch verpflichteten Anwälte außerdem berechtigt, aber nicht verpflichtet sind, bei jedem beliebigen Gerichte des Landes als Advokaten thätig zu werden, von dieser letzteren Berechtigung aber einen jener Verpflichtung nicht entsprechenden Gebrauch machten. In einem Mittel, diesem Uebelstande abzuhelpen, fehlte es nicht, allein es erschien bedenklich, von demselben während eines Uebergangsstadiums Gebrauch zu machen.

III. Ein besonderes Interesse bietet das System des Code de procédure civile, insbesondere auch wegen der Entwicklung, welche sich in demselben vollzogen hat.

Wenn der Beklagte auf die vom Kläger ohne Mitwirkung des Gerichts an ihn gerichtete Aufforderung einen Anwalt bestellt hat, so können zwischen den Parteien Schriftsätze (défense, réponse) gewechselt werden, welche dem Gerichte fremd bleiben. Ist dieser Schriftwechsel erledigt oder als erledigt anzusehen, so hat der fleißigere Theil den Gegner in eine Gerichtssitzung zu laden, welche nicht zur mündlichen Verhandlung, vielmehr nur zur Einleitung derselben bestimmt ist. Die Einleitung der mündlichen Verhandlung erfolgt aber dadurch, daß die Anwälte ihre motivirten Konklusionen (Gesuche und deren Begründung) verlesen und dieselben bei dem Gerichte hinterlegen. Die Anwälte können im Verlaufe der mündlichen Verhandlung ihre motivirten Konklusionen ändern, müssen aber die Abänderungen schriftlich zum Sitzungsprotokolle überreichen.

Das Verlesen der motivirten Konklusionen ist ein sehr bedeutungsvoller Akt. Mit diesem Akte wird die Sache dergestalt kontradiktorisch, daß kein Veräumnisurtheil ergehen kann, auch wenn der Anwalt in der zur mündlichen Verhandlung der Sache bestimmten Sitzung nicht erscheint. Die Sache erscheint mit diesem Akte aber auch zur Entscheidung reif (en état), so daß die Urtheilsfällung durch eine in der Zwischenzeit in der Person der Partei oder ihres Anwalts eintretende Aenderung nicht gehindert wird. Besonders dieser letztere Satz ist in dem Geltungsbereiche des Code de procédure civile als mit den Anforderungen eines mündlichen Verfahrens unvereinbar lebhaft angefochten worden. Was von ihm gilt, gilt jedoch auch von dem ersten Satze, da beide in engsten Zusammenhange stehen.

Wie groß nun aber auch die prozessualische Bedeutung des Verlesens der motivirten Konklusionen ist, so erscheint es doch selbstverständlich, daß dasselbe, zumal da die mündliche Verhandlung (plaidoirie) sich in der Regel dem Verlesen nicht anschließt, dieses auch in einer Reihe von Sachen nach einander zu erfolgen pflegt, für das Gericht ohne allen Nutzen ist, da die Mitglieder desselben, von einem Wechsel ganz abgesehen, das Verlesene sich für Wochen nicht so gegenwärtig halten können, um auf Grund desselben zu urtheilen. Nothwendige Folge ist, daß dieses vorausichtlich nutzlose Verlesen Richter und Anwälte in gleicher Weise langweilt. Man möchte der Annahme geneigt sein, die Sache habe im Laufe der Zeit sich so gestaltet, daß in der zur Einleitung bestimmten Sitzung die Gesuche ohne Begründung, in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung unmittelbar vor dem Beginne der Rede und Gegenrede aber die Gesuche mit der Begründung verlesen würden. Einer solchen Entwicklung stand nur das Bedenken entgegen, daß der Code de procédure civile nicht den geringsten Anhalt für die Frage darbietet, von wem denn beim Ausbleiben einer Partei in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung die von dieser Partei niedergelegten Konklusionen verlesen werden sollen, um zur Kenntniß der Mitglieder des Gerichts zu gelangen. Nach Perrot möchte man annehmen, daß im Anfange der vierziger Jahre eine solche Rechtsentwicklung bei mehreren rheinischen Landgerichte die motivirten Konklusionen in beiden Sitzungen verlesen, indem man beim Ausbleiben der einen Partei in der zweiten Sitzung von der erschienenen Partei verlangt, daß sie die gegnerischen Konklusionen verlese. Damit wahrte dieses Landgericht nothdürftig den Grundsatz der Mündlichkeit. — Bei den übrigen rheinischen

| S. 17.

Gerichten hat eine ganz andere Entwicklung sich Bahn gebrochen. Es werden nur die Gesuche ohne deren Begründung verlesen, und wenn in der zweiten oder in einer ferneren, zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmten Sitzung die eine Partei ausbleibt, so wird auf Grund der von ihr hinterlegten Konklusionen entschieden, obwohl dieselben, abgesehen von den Gesuchen, zur Kenntniß der Richter in der öffentlichen Sitzung des Gerichts gar nicht gekommen sind. Damit wird dem Gerichte viele Zeit, Richtern und Anwälten viele Langeweile gespart; aber man ist dem Grundsätze der Schriftlichkeit verfallen. Es ist interessant, im Schlink'schen Kommentar eine Phase der Entwicklung beim Landgerichte zu Trier zu lesen. Er sagt: „Das Deponiren der Qualitäten ist bei den Tribunalen erster Instanz, wobei viele neue Sachen vorzukommen pflegen, eine etwas langweilige und zeitraubende Arbeit, deren Nutzen zum Theil problematisch ist. Man kann sich nämlich vorstellen, daß, da diese Sachen in der Sitzung, in welcher die Anträge deponirt werden, nicht zum Vortrage gelangen, das Gericht dem Verlesen der Anträge keine Aufmerksamkeit schenkt, weil es diese ohne Entwicklung des faktischen und rechtlichen Theils nicht verstehen kann, und daher überspringen auch die Anwälte ganze Sätze der Motive und beeilen sich fertig zu werden, so daß man sie oft kaum versteht.“

| S. 18.

Die bayerische Civilprozeßordnung hat sich der Rechtsentwicklung bei den rheinischen Gerichten angeschlossen. Sie ordnet nur das Verlesen der Gesuche an, knüpft aber an diesen Akt die wichtige Folge, daß die Sache kontradiktorisch wird. Die zweite der oben erwähnten Folgen des Verlesens der motivirten Konklusionen hat das Gesetz nicht gebilligt.

Das System des rheinischen Prozesses hält zwischen den unter I. und II. entwickelten Systemen die Mitte. Aus dem unter II. entwickelten System folgte zweierlei: zuerst, daß das Gericht Alles zu berücksichtigen hat, was ihm mündlich vorgetragen wird, wengleich es in den der mündlichen Verhandlung vorausgehenden Schriftsätzen nicht angeführt worden ist; sodann aber zweitens, daß das Gericht ein thatfächliches Vorbringen, welches in den der mündlichen Verhandlung vorausgehenden Schriftsätzen enthalten ist, den Gegenstand der mündlichen Verhandlung aber nicht gebildet hat, nicht berücksichtigen darf. Für das System unter I. gilt weder die erste noch die zweite Folge, für das System unter III. gilt die erste, nicht aber die zweite Folge. Mit anderen Worten heißt das: nach rheinischem Prozeßrechte besteht für die Parteien kein sachlicher Zwang, den Rechtsstreit vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern in freier Rede und Gegenrede überhaupt, beziehungsweise vollständig zu verhandeln. Wenn dessenungeachtet im Gebiete des rheinischen Rechts ein Verfahren besteht, welches mit dem Verfahren in dem Gebiete der neueren preußischen Reformgesetze keine Ähnlichkeit hat, so erklärt sich dieses ganz einfach daraus, daß die oben erwähnten außerordentlichen Umstände, unter deren Voraussetzung auch die letzteren Reformgesetze zu einem befriedigenden Ergebnisse hätten führen können, im Gebiete des rheinischen Rechts im vollen Maße vorhanden sind. Der Code de procédure civile ist bereits über zwei Menschenalter hinaus für die Rheinprovinz maßgebendes Gesetz. Magistratur und Advokatur sind von den großen Vorzügen einer in freier Rede und Gegenrede vor sich gehenden Verhandlung des Rechtsstreits tief durchdrungen. Sie erblicken in einer solchen ein nationales Gut, welches ihnen um so lieber ist, als sie in früherer Zeit lebhaft darum gerungen haben. Die Advokat-Anwälte, mit deren Amt überdies das Notariat unvereinbar ist, setzen die Berechtigung, bei jedem Gerichte des Landes als Advokaten aufzutreten, der Verpflichtung ihres Amtes bei dem Gerichte, für dessen Dienst sie vorzugsweise berufen sind, nicht nach, machen vielmehr von jener Berechtigung so gut wie gar keinen Gebrauch. Sie widmen ihr Leben demjenigen Gerichte, für dessen Dienst sie verpflichtet wie berechtigt sind. An Persönlichkeiten kann das beste Verfahren scheitern und durch Persönlichkeiten ein mangelhaftes Verfahren gehoben werden.

Wenn nun, nachdem die verschiedenen Systeme entwickelt und gegensätzlich geprüft sind, die Frage aufgeworfen wird, welchem System ein Gesetzgeber, welcher nicht für einzelne Landestheile, sondern für das ganze Deutsche Reich Recht schaffen soll, sich anzuschließen habe, so kann die Antwort für ihn, wenn er die realen Verhältnisse des Lebens berücksichtigen will und berücksichtigen muß, kaum zweifelhaft sein. Will der Gesetzgeber nicht von vorn herein darauf verzichten, daß sein Gedanke für den bei weitem größten Theil des Geltungsbereichs des Gesetzes Leben gewinne

| S. 19.

und fruchtbringend wirkte, so muß er, von allen prinzipiellen Erwägungen abgesehen, dem unter II. entwickelten System sich anschließen, weil in diesem und nur in diesem ein sachlicher Zwang für die Parteien liegt, den Rechtsstreit überhaupt und zugleich umfassend vor den zu dessen Entscheidung berufenen Richtern in freier Rede und Gegenrede zu verhandeln.

Ein Gesetzgeber, welcher sich dem Gedanken hingeben wollte, er könne die durch langjährige Sitte beherrschten Zustände der rheinischen Anwaltschaft in anderen Gebieten durch Gesetzesparagrafen ins Leben rufen, würde in einer nicht zu entschuldigenden Täuschung sich befinden, selbst wenn die realen Verhältnisse ihm gestatteten, das Notariat von der Advokatur zu scheiden. In einer Zeit, welche nach Menschenaltern zählt, entwickeln sich solche Verhältnisse; jedenfalls müssen große Uebergangsstadien zurückgelegt sein. Die Uebelstände, welche in der Provinz Hannover, wie oben bemerkt, hervortraten, verdienen um so mehr Beachtung, als dort das mündliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von vorn herein der lebhaftesten Sympathie der Advokatur sich zu erfreuen hatte.

Der Gesetzgeber muß sich entscheiden, entweder Schriftlichkeit oder Mündlichkeit des Verfahrens; wenn diese, dann volle Mündlichkeit, kein halb schriftliches, halb mündliches Verfahren. Das letztere muß nothwendig in dem bei weitem größten Ländergebiete Deutschlands unter Einwirkung menschlicher Schwächen, alter Gewöhnung, der Bequemlichkeit, des Mangels der Uebung in freiem Vortrage, des an sich sehr erklärlichen Bestrebens, den bisherigen Wirkungskreis zu sichern, zu denselben Erscheinungen führen, welche in dem Geltungsbereiche der neueren preussischen Verordnungen klar zu Tage getreten sind. Um so mehr wird dieses der Fall sein, als bei Anwälten, welche von den Vorzügen einer mündlichen Verhandlung nicht durchdrungen sind, gar leicht der Glauben entstehen kann, daß die Interessen der von ihnen vertretenen Parteien weit besser gewahrt seien, wenn Alles an Thatfachen und Rechtsausführungen in den vorbereitenden Schriftsätzen niedergelegt, als wenn dasselbe möglicherweise in nicht sehr anziehender Form mündlich vorgetragen werde. Freilich entspricht eine solche Behandlung der Sache in den vorbereitenden Schriftsätzen überall nicht den gesetzlichen Vorschriften, nach welchen diese Schriftsätze, auf den wesentlichen Sachverhalt beschränkt, nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten sollen: allein derartige gesetzliche Vorschriften werden, da dem Gesetzgeber keine Mittel sich darbieten, um seinem Gebote Nachdruck zu verschaffen, stets den Charakter von *leges imperfectae* an sich tragen.

#### § 4.

Der Grundsatz der Mündlichkeit bedarf seiner äußeren und inneren Bedeutung nach einer weiteren Entwicklung.

Mündlichkeit des Verfahrens ist ein zwar gängiger, aber inkorrektter Ausdruck. Man spricht richtiger von dem Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung und versteht darunter, daß die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche sein soll.

Aus dieser Formulirung ergiebt sich, daß der Grundsatz der Mündlichkeit ebensowenig wie der Grundsatz der Oeffentlichkeit das ganze Prozeßverfahren beherrscht. Er hat seine Bedeutung für den freilich erheblichsten, aber doch beschränkten Theil des Verfahrens.

Nach der obigen Formulirung findet der Grundsatz keine Anwendung auf Zwischenstreitigkeiten, welche zwischen einer Partei oder auch beiden Parteien einerseits und einer dritten Person, dem Nebenintervenienten, einem Zeugen oder dem Rechtsanwalt der Gegenpartei andererseits entstehen. Soll der Grundsatz auch auf derartige Zwischenstreitigkeiten Anwendung finden, was sich ohne Zweifel empfiehlt, so wird der Gesetzgeber besonders vorzuschreiben haben, daß dieselben nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu entscheiden seien.

Die Beweisaufnahme als solche, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, ist ein Akt, welcher sich zwischen dem Richter und einer anderen Person vollzieht, keine Parteienverhandlung, wenngleich den Parteien eine Mitwirkung gestattet sein und eine Parteienverhandlung die Beweisaufnahme begleiten kann. Damit wird aber selbstverständlich nicht verneint, daß die Beweisaufnahme, insbesondere die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, vor den zur Entscheidung

des Rechtsstreits berufenen Richtern durch die gewichtigsten sachlichen Gründe geboten werde.

Es giebt Prozeßakte, welche von Partei zu Partei, mit oder ohne Mitwirkung von Zustellungsbeamten erfolgen oder auf Veranlassung der Parteien von den Gerichtsschreibern oder Zustellungsbeamten ausgehen. Selbstverständlich kann hier von dem Grundsatz der Mündlichkeit keine Rede sein. — Ein Gleiches gilt aber auch in den Fällen, wo Parteien eine Thätigkeit des Gerichts in Anspruch nehmen, welche, wie insbesondere in der Instanz der Zwangsvollstreckung, mehr ordnend, administrativ, nicht eigentlich prozessualisch ist.

Selbst in denjenigen Fällen ist für den Grundsatz der Mündlichkeit kein Raum, wo eine richterliche Entscheidung auf einseitigen Antrag einer Partei zu treffen ist oder doch getroffen werden kann. Dahin gehören beispielsweise Arreste und einstweilige Verfügungen, die Ablehnung eines Richters und die Bestimmung des rechten Richters. In derartigen Fällen wird der Gesetzgeber, um die richtige Anwendung der Gesetze zu sichern, auszusprechen haben, daß die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen könne, wodurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Gericht nach Lage des einzelnen Falls entweder der Gegenpartei Gelegenheit giebt, sich zu Protokoll oder mittelst eines Schriftsatzes zu erklären, oder erst entscheidet, nachdem eine mündliche Verhandlung ausnahmsweise angeordnet worden ist. Dagegen dürfte es sich nicht empfehlen, von einer Entscheidung in berathender Sitzung zu sprechen, weil dieser technische Ausdruck nicht gemeinverständlich ist, und, auf einen Einzelrichter angewandt, als gänzlich unpassend empfunden werden muß.

Demgemäß bleibt als durch den Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht nur dasjenige Parteiverfahren übrig, welches als ein gleichzeitiges sich darstellt, mag dasselbe nun wirklich gleichzeitig sein oder nach der Intention des Gesetzgebers gleichzeitig sein sollen (Versäumnisverfahren). Diesen Gedanken kann man auch so ausdrücken: dasjenige Verfahren, welches als eigentliche Verhandlung zwischen den streitenden Parteien sich charakterisirt, beruht auf dem Grundsatz der Mündlichkeit.

Espricht der Gesetzgeber diesen Gedanken in dem Gesetze als einen allgemeinen | S. 21.  
aus, so werden die einzelnen Anordnungen im Sinne desselben auszulegen sein. Hiervon wird auch der Gesetzgeber ausgehen dürfen, wengleich es sich empfehlen wird, in Fällen, wo es zweifelhaft sein kann, ob ein Verfahren als ein gleichzeitiges vom Gesetzgeber gedacht sei, ausdrücklich auszusprechen, daß die Entscheidung nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zu erlassen sei.

Die wahre Bedeutung und die Folgen des Grundsatzes der Mündlichkeit müssen sich aus der ganzen Konstruktion des Verfahrens ergeben. Dieselben in schroffen Sätzen auszusprechen, nützt nicht, schadet vielmehr, weil derartige Sätze leicht Mißverständnisse erregen, indem sie wegen ihrer allgemeinen Fassung als uneingeschränkt gültig angesehen werden, während sie doch durch anderweite Vorschriften des Gesetzes erheblichen Beschränkungen unterworfen sind.

Insbefondere bedarf es schwerlich einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift, daß, wenn im Laufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung ein Wechsel im Richterpersonal eintritt, die mündliche Verhandlung von Neuem zu beginnen habe. Hierin liegt eine ganze unabweisliche Konsequenz des Grundsatzes, welche auch entsprechende Anwendung finden müßte, wenn je ein zur Urtheilsfällung berufener Richter erklären sollte, daß ein für die Beurtheilung des Rechtsstreits wesentlicher Theil der Verhandlung seiner Erinnerung entschwunden sei. Wer in solchen Konsequenzen Uebelstände erblickt, welche das schriftliche Verfahren nicht kennt, der hat zu beachten, daß jedes Prinzip neben seinen Lichtseiten auch Schattenseiten hat und daß die Lichtseiten des einen Prinzips Schattenseiten des andern entgegengesetzten Prinzips sind.

Es fragt sich schließlich, ob von dem richtig verstandenen Grundsatz der unmittelbaren Verhandlung des Rechtsstreits vor dem zu seiner Entscheidung berufenen Richter oder konkreter von den beiden bereits wiederholt erwähnten Folgen dieses Grundsatzes Ausnahmen zu gestatten seien?

Von dem Satze, daß der Richter bei der Urtheilsfällung das thatsächliche Vorbringen nur insoweit zu berücksichtigen habe, als es ihm von den Parteien vorgetragen wurde, selbst wenn es in den bei ihm hinterlegten vorbereitenden Schriftsätzen enthalten

ist — eine Ausnahme zu gestatten, wie sie im rheinischen Verfahren sich gebildet hat, dürfte völlig unzulässig sein; denn damit würde der für die Parteien gebotene Zwang, die Sache mündlich zu verhandeln, beseitigt erscheinen. Ebensovienig würde die Annahme statthaft sein, daß ein vom Gerichte einseitig und ohne die Mündlichkeit eines von den Parteien zu beantragenden Berichtigungsverfahrens festgestelltes Sachverhältniß die Grundlage einer späteren richterlichen Entscheidung bilden könne; eine solche Feststellung darf nie und unter keinen Umständen an die Stelle einer mündlichen Verhandlung als Ersatz für dieselbe treten, wenn im Laufe des Rechtsstreits über ein bestimmtes thatsächliches Verhältniß entweder für sich oder in Verbindung mit einem anderen wiederholt zum Zwecke einer richterlichen Entscheidung zu verhandeln ist.

Ausnahmen von dem umgekehrten Satze, daß der Richter alles in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte, auch wenn dasselbe nicht schriftlich festgestellt worden ist, zu berücksichtigen habe, sind weit unbedenklicher, weil sie die Gefahr, die Entwicklung der mündlichen Verhandlung zu lähmen, nicht in dem Maße mit sich führen, wie die Ausnahmen von dem ersten Satze. Sie brauchen nicht mit großer Mänglichkeit vermieden zu werden, weil die Güte eines |Prozeßverfahrens nicht davon abhängt, daß seine Grundprinzipien in voller und schroffer Konsequenz durchgeführt werden.

Es mag deshalb bei der großen Bedeutung, welche die Gesuche (petita) haben, eine Vorschrift gerechtfertigt sein, welche dahin geht, daß eine Abänderung dieser Gesuche in der mündlichen Verhandlung nicht zu berücksichtigen sei, wenn sie nicht nachträglich zum Sitzungsprotokolle festgestellt wird, wengleich praktisch dasselbe durch die Vorschrift erreicht wird, daß derartige Abänderungen von Amtswegen zum Sitzungsprotokolle festzustellen sind. Die Bedenken, welche man vom Standpunkte des Grundsatzes der Mündlichkeit aus gegen jene Vorschrift geltend machen kann, sind theoretischer Natur. Jeder, welcher mit einem mündlichen Verfahren aus Erfahrung vertraut ist, wird auf diese Bedenken erwidern, daß die Voraussetzungen derselben gar nicht eintreten können. Der Vorsitzende sitzt ja nicht den handelnden Parteien ruhig und kalt, nur als Hörer gegenüber. Er leitet die Verhandlung, wirkt auf dieselbe fördernd ein und ist bei der Gestaltung des Rechtsstreits mitthätig. Wenn er bemerkt, daß die vor ihm liegenden schriftlichen Gesuche abgeändert werden, ohne daß die schriftliche Feststellung erfolgt, so wird er hierauf aufmerksam machen; wenn er dieses aber unterläßt, und erst bei der Urtheilsfällung das Versehen zur Sprache kommt, so wird durch die Wiedereröffnung der Verhandlung vor der Urtheilserkundung dasselbe in einfachster Weise zu heben sein.

Nur als eine scheinbare Ausnahme von dem vorerwähnten Satze kann es angesehen werden, wenn einzelne Schriftsätze neben ihrer allgemeinen Bedeutung für eine bestimmte mündliche Verhandlung noch eine besondere wesentliche Bedeutung für die durch ihre Zustellung erfolgende Einleitung oder Erneuerung einer Instanz haben, wie z. B. Klagschriften, Berufungsschriften, Einspruchsschriften. Diese Schriftsätze haben eine doppelte Natur; sie sind theils bestimmend, theils vorbereitend. Es empfiehlt sich nach dem Vorgange des Entwurfs einer Civilprozeßordnung für den norddeutschen Bund, die verschiedene Natur dieser Schriftsätze durch den Wortausdruck in den betreffenden gesetzlichen Vorschriften in der Art hervortreten zu lassen, daß hinsichtlich der wesentlichen Bestandtheile des Schriftsatzes das imperative „Muß“, hinsichtlich der unwesentlichen Bestandtheile aber das instruktionelle „Soll“ gebraucht wird.

### § 5.

Im schriftlichen Verfahren liegt das Sachverhältniß fest und sicher gebettet in den Akten; eine mündliche Schlussverhandlung kann in Betreff desselben nichts ab- oder zuthun. Anders im mündlichen Verfahren. Das gesprochene Wort verhallt, und dennoch ist es an sich, wie für spätere prozessualische Vorgänge, von Interesse, das flüchtige Wort insoweit fixirt zu sehen, als es einen wesentlichen Bestandtheil des Sachverhältnisses bezieht. Hierin würde ein erheblicher Mangel des mündlichen Verfahrens zu erblicken sein, wenn in den Ländern, wo mündliches Verfahren herrscht, die richtige Fixirung des Sachverhältnisses irgend welchen nennenswerthen Schwierigkeiten begegnet wäre. Dieses ist erfahrungsmäßig nicht der Fall.

Für die Fixirung des Sachverhältnisses kommen die vorbereitenden Schriftsätze, das Sitzungsprotokoll und der Thatbestand im Urtheil in Betracht.

Als der normale Fall wird es anzusehen sein, daß eine Kongruenz zwischen dem mündlichen Vortrage und dem Inhalte des, die mündliche Verhandlung vorbereitenden Schriftsatzes in den wesentlichen Stücken des Sachverhältnisses besteht. Wird dieselbe aufgehoben, so kann sie durch das Sitzungsprotokoll hergestellt werden. Es fragt sich, in welchem Umfange und in welcher Weise dieses vorzuschreiben oder nachzulassen ist? In dieser Beziehung ist die Rechtsentwicklung in der Provinz Hannover nicht ohne Interesse. Der Gesetzgeber war ängstlich für die Herstellung der Kongruenz durch das Sitzungsprotokoll bemüht gewesen, indem er, ohne zwischen Gesuchen und sonstigem thatächlichen Vorbringen zu unterscheiden, vorschrieb, daß alle thatächlichen Abweichungen des mündlichen Vortrags vom Inhalte der gewechselten Schriften nicht allein auf Antrag, sondern auch von Amtswegen zum Sitzungsprotokolle festzustellen seien. Während nun ein Theil der Vorsitzenden diese Vorschriften, wie sie gemeint waren, zur Anwendung brachte, sehr vereinzelt Vorsitzende dieselben geradezu mißbrauchten, unterschied sehr bald eine größere Anzahl von Vorsitzenden ohne jeden genügenden Anhalt im Gesetze zwischen Abänderungen im strengen Sinne und sonstigen Abweichungen, indem sie jene, nicht aber diese zum Sitzungsprotokolle feststellen ließen. Bei Gelegenheit der Beratungen der hannoverschen Prozeßkonferenz erklärten sich die Vorsitzenden in ganz überwiegender Zahl dahin, daß es genüge, wenn von Amtswegen nur Abänderungen der Gesuche (petita) zum Sitzungsprotokolle festgestellt würden. Diese Ansicht ist in dem Entwurf jener Konferenz und den ihm folgenden Gesetzeswerken zur Geltung gelangt; nur der norddeutsche Entwurf hat der Sache schließlich eine andere Wendung gegeben.

Wenn man von den Abänderungen der Gesuche, deren bereits früher gedacht wurde, abieht, so wird es sich empfehlen, diese Angelegenheit für Anwaltsprozesse in folgender Weise zu ordnen.

Anerkennnisse, Verzichtleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird, werden unbedenklich auch von Amtswegen zum Sitzungsprotokolle festzustellen sein, ohne Rücksicht darauf, ob ihrer in den vorbereitenden Schriftsätzen gedacht ist oder nicht. Gerichtliche Geständnisse werden, wie auch der Code de procédure civile und andere Gesetze vorschreiben, auf Antrag festzustellen sein, selbst wenn sie bereits im Schriftsatze angekündigt sind, weil sie, einmal abgegeben, im Laufe der Verhandlungen nicht zurückgezogen werden können. Dieser Grund spricht für die gleiche Behandlung der Annahme und der Zurückziehung aufgehobener Eide. Sonstige Abweichungen des mündlichen Vortrags vom dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze werden gleichfalls nur auf Antrag festzustellen sein.

Insoweit eine Feststellung auf Antrag erforderlich ist, wird dieselbe behufs Förderung des Geschäftsgangs nicht im, sondern zum Sitzungsprotokolle mittelst Ueberreichung nachträglicher Schriftsätze, welche formlos sein können, zu erfolgen haben.

Das Sachverhältniß wird im Thatbestande des Urtheils festgestellt. Dieses Stück des Urtheils geht nach dem Code de procédure civile von den Anwälten aus. Der betreffende Anwalt theilt die von ihm bearbeiteten sog. Qualitäten dem gegnerischen Anwalt mit, welcher berechtigt ist, binnen vierundzwanzig Stunden Widerspruch zu erheben, worüber der Vorsitzende entscheidet. Dieses System gehört als eine auf die Spitze getriebene Konsequenz des Grundsatzes, daß der Richter nur zu entscheiden habe, zu den größten Sonderbarkeiten des französischen Prozeßrechts. Begründet in der Ordonnanz von 1667, durch die Intermediär-Gesetzgebung beseitigt, wurde es in den Code de procédure civile wieder aufgenommen, obwohl eine große Reihe von Appellhöfen sich dagegen erklärte. Im Mutterlande selbst wegen seiner offensichtlichen Mängel lebhaft angefochten, ist es nicht allein in dem Code de Genève, sondern auch im neuesten belgischen Gesetzesprojekte aufgegeben. Wengleich in der bayerischen Prozeßordnung ohne irgend welche wesentliche Aenderung aufgenommen, wird dieses System doch schwerlich deutsches Prozeßrecht werden können. Die Rücksicht, daß in Folge dieses Systems den Richtern ein gutes Stück nicht gerade angenehmer Arbeit erspart wird, kann dasselbe, ganz abgesehen von den ihm entgegenstehenden prinzipiellen Bedenken erheblicher Art, nicht rechtfertigen, weil es deutschen Rechtsanschauungen widerspricht, daß ein Urtheil theilweise von Anwälten bearbeitet wird.

Uebrigens ist der Gedanke, daß der Thatbestand des Urtheils einem Berichtigungsverfahren unterliegt, den deutschen auf Mündlichkeit des Verfahrens beruhenden Gesetzeswerken mit dem Code de procédure civile gemeinsam. Jene erweitert nur die Frist und verstellen den Berichtigungsantrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur Entscheidung des Gerichts, welches den Thatbestand feststellt.

Nur der norddeutsche Entwurf hat sich von den allgemein geltenden, bewährt befundenen Anschauungen losgesagt und nach langem Hin- und Herschwanken der Kommission sich zu Vorschriften bekannt, welche bereits mehrfach lebhaft getadelt worden sind und als unannehmbare bezeichnet werden müssen.

Ein Verfahren, welches die Berichtigung des Thatbestandes zum Gegenstande hat, kennt der norddeutsche Entwurf nicht. Er unterscheidet, ob ein tatsächliches Vorbringen im Thatbestande erwähnt oder bezeugt ist, eine Unterscheidung, welche neu und fein ist, aus diesem Grunde aber auch wenig anspricht. Was bezeugt ist, steht unwandelbar fest; in Betreff dessen, was erwähnt ist, hat das Gericht nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob es als feststehend anzusehen sei oder nicht. Das Erstere ist bedenklich, das Letztere unnatürlich. Richter, welche einer bestimmten mündlichen Verhandlung nicht beigewohnt haben, können darüber, ob im Laufe dieser Verhandlung bestimmte Erklärungen erfolgt sind, nicht urtheilen, weil es für die freie Ueberzeugung an der erforderlichen tatsächlichen Grundlage mangelt. Noch unnatürlicher, weil den herrschenden Rechtsanschauungen widersprechend, ist es aber, wenn Anträge und Erklärungen, welche durch das Sitzungsprotokoll festgestellt sind, als zurückgenommen oder abgeändert gelten sollen, wenn diese Zurücknahme oder Abänderung in dem Urtheil, insbesondere in dem Thatbestande, bezeugt wird. Die Feststellung durch das Sitzungsprotokoll erfolgt ja gerade zu dem Zwecke, um die richtige Feststellung des Sachverhältnisses im Urtheil zu sichern, so daß also das Sitzungsprotokoll in Betreff der Darstellung des Sachverhältnisses im Thatbestande des Urtheils Gegenbeweis liefert. Werden durch das Sitzungsprotokoll festgestellte Anträge oder Erklärungen zurückgenommen oder abgeändert, so wird diese Zurücknahme oder Abänderung zum Sitzungsprotokolle festzustellen sein; der Richter kann das erwähnte Zeugniß mit Wirksamkeit im Urtheil nicht abgeben, weil die Feststellung zum Sitzungsprotokolle darauf abzielt, ihn in seiner freien Thätigkeit zu beschränken.

Man hat sich zu solchen Neuerungen entschlossen, um den Grundsatz der Mündlichkeit recht strenge durchzuführen. Dieses ist aber nicht nöthig. Auch kann die Konsequenz nicht zugegeben, vielmehr darf behauptet werden, daß es eine Verletzung jenes Grundsatzes enthält, wenn Richter, welche einer bestimmten mündlichen Verhandlung nicht beigewohnt haben, darüber urtheilen sollen, ob im Laufe dieser mündlichen Verhandlung ein Antrag gestellt oder abgeändert, eine Erklärung abgegeben sei oder nicht.

Schließlich mag noch bemerkt werden, daß die Vorsitzenden der hannoverschen Gerichte wiederholt und übereinstimmend sich dahin geäußert haben, daß auf Berichtigung des Thatbestandes gerichtete Anträge zu den größten Seltenheiten gehören, wie auch einzelne Vorsitzende, welche in Betreff der die Feststellung des Thatbestandes bezielenden gesetzlichen Vorschriften theoretische Bedenken hatten, erklärt haben, daß die Erfahrung diese Bedenken als begründete nicht erscheinen lasse.

## § 6.

Das schriftliche Verfahren ist seiner Natur nach ein einseitiges, ungleichzeitiges. Der schriftliche Prozeß bewegt sich in festbestimmten Stadien vorwärts; auf die Klage folgt die Vernehmlassung, auf diese die Replik, auf die Replik die Duplik. Jeder Schriftsatz hat einen bestimmten Inhalt und selbst für diesen eine bestimmte Reihenfolge. Die technisch-prozessualische Regel, daß Repliken nicht zu antizipiren seien, hat für den schriftlichen Prozeß Sinn und Bedeutung. Die Uebertragung dieser Verhältnisse auf den mündlichen Prozeß, welcher seiner Natur nach ein zweifseitiges, gleichzeitiges Verfahren ist, würde, selbst wenn sie durchzuführen wäre, ganz unnatürlich sein. Die mündlichen Parteevorträge müssen geordnete sein, der Vorsitzende hat hierauf zu achten, und muß befugt sein, die Trennung der Verhandlung über verschiedene Punkte anzuordnen, wenn deren gemeinschaftliche Verhandlung die Uebersichtlichkeit aufheben würde. Allein innerhalb dieser Schranken darf eine weitere nicht aufgeführt, eine bestimmte mündliche Verhandlung nicht in Stadien zerlegt und

für diese eine feste Reihenfolge festgesetzt werden. Geschieht dieses, so würde den Parteien, welche durch die, eine mündliche Verhandlung vorbereitenden Schriftsätze von der Lage und dem Stoffe des Rechtsstreites bereits Kenntniß erlangt haben, ganz unnöthigerweise eine Beschränkung auferlegt, der mündlichen Verhandlung selbst aber wegen des Zerreißens des natürlichen Zusammenhangs des Streitstoffs alle Lebendigkeit entzogen werden. Es tritt noch hinzu, daß die Feststellung, ob ein tatsächliches Vorbringen in einem früheren Stadium einer bestimmten mündlichen Verhandlung erfolgt ist, großen Schwierigkeiten unterliegen muß, wenn man nicht zu dem ganz unzulässigen Mittel der schriftlichen Fixirung des Details der mündlichen Vorträge greifen will, ja daß jene Feststellung von vorn herein ausgeschlossen ist, wenn in der Zwischenzeit ein Wechsel im Richterpersonal eintritt.

Diese Erwägungen führen zu dem Gedanken, daß eine bestimmte mündliche Verhandlung, selbst wenn sie in mehrere äußerlich getrennte Akte zerfällt, als ein Akt anzusehen ist. Dieser in den allgemeinen Motiven zum Entwurf der hannoverschen Prozeßordnung entwickelte Gedanke hat zuerst in einem österreichischen Entwurf einer Civilprozeßordnung gesetzlichen Ausdruck gefunden. Diese Formulirung ist dann in den hannoverschen Entwurf sowie in die ihm folgenden Gesetzeswerke, insbesondere auch in den norddeutschen Entwurf übergegangen. Es liegt jedoch ein Bedürfniß nicht vor, einen solchen doktrinären Satz dem Gesetze einzuverleiben, weil die Konstruktion des Verfahrens ihn ergeben muß. Auch kommt hinzu, daß der Satz in seiner Allgemeinheit insofern Mißverständnissen ausgesetzt ist, als er dahin verstanden werden kann und verstanden worden ist, daß auch Dispositionsakte, gerichtliche Geständnisse, sowie die Annahme und Zurückziehung zugesobener Eide im weiteren Verlaufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung zurückgezogen werden könnten. | S. 26.

Der Gedanke kann auch in folgender Weise ausgedrückt werden, und zwar korrekter, wenn man in Betracht zieht, daß im Laufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung ein Wechsel in dem Richterpersonal eintreten oder in Folge der Schwäche des menschlichen Gedächtnisses den zur Urtheilsfällung berufenen Richtern oder auch nur einem derselben diejenige Klarheit in der Erinnerung und Auffassung des tatsächlichen Vorbringens entwinden kann, welche die Voraussetzung für eine sachgemäße Entscheidung bildet. Wenn eine bestimmte mündliche Verhandlung eine Unterbrechung erleidet, weil sie wegen der einen oder anderen Schwierigkeit, insbesondere wegen eines hervortretenden Bedürfnisses der Aufklärung durch Aufnahme von Beweisen nicht durchgeführt werden kann, so erscheint die fortgesetzte Verhandlung sachlich insofern als eine neue, als prinzipiell in derselben der ganze Streitstoff vorgebracht werden muß. Diejenige mündliche Verhandlung, welche der Urtheilsfällung unmittelbar vorausgeht, stellt sich demgemäß prinzipiell als die entscheidende dar.

Aus diesen Erwägungen ergeben sich nun wichtige Folgen für den Grundsatz der Konzentration der Rechtsbehelfe, welche man als Eventualmaxime bezeichnet, und für das Kontumazialsystem.

I. Den Parteien steht es frei, Rechtsbehelfe jeder Art, insbesondere Einreden, Replikten, Duplikten, Widerklagen und Beweise, wie beim Beginne, so auch im ganzen weiteren Verlaufe einer bestimmten mündlichen Verhandlung vorzubringen. Dieser Gedanke hat, von Ausnahmen abgesehen, in allen Gesetzeswerken, welche auf Mündlichkeit des Verfahrens in der einen oder anderen Gestalt beruhen, Geltung, obwohl er in dem Code de procédure civile und den ihm folgenden Gesetzeswerken, ja selbst in der Bürgerlichen Prozeßordnung für das Königreich Bayern, keinen besondern Ausdruck gefunden hat. Dieses ist erklärlich, weil die sog. Eventualmaxime dem schriftlichen Verfahren ihr Entstehen und ihre weitere Entwicklung verdankt. In diesem ist, seiner Natur als einseitigem entsprechend, das Bedürfniß der Konzentration der Rechtsbehelfe immer lebhafter empfunden worden, nicht aber im mündlichen Verfahren, weil letzteres schon wegen des gleichzeitigen Verhandeln der Parteien eine solche Beweglichkeit hat, daß ein Verbessern oder Nachholen besondere Schwierigkeiten nicht darbietet. Wer an das schriftliche Verfahren gewöhnt und von den Vortheilen, welche die Eventualmaxime in diesem bietet, lebhaft überzeugt, Mißbräuche erheblicher Art für ein mündliches Verfahren ohne Eventualmaxime befürchtet, wird zu erwägen haben, daß die befürchteten Mißbräuche in den Ländern des mündlichen Verfahrens nicht hervorgetreten sind, auch nicht wohl hervortreten könnten, weil Anwälte, welche umgeben von ihren Kollegen Angesichts des Gerichts einen Rechts-

streit verhandeln, nur unter schwerer Beschädigung ihrer Dienstehre von Prozeßvorschriften mißbräuchliche Anwendung machen können. Daneben darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß eine Partei, welche mit dem Vorbringen zögert, dieses auf die Gefahr hin thut, durch das Urtheil mit weiteren Rechtsbehelfen sich ausgeschlossen zu sehen, da das Gericht auf die Möglichkeit eines noch zulässigen weiteren Vorbringens keine Rücksicht zu nehmen hat. Dieses Moment muß sich um so wirksamer erweisen, als das mündliche Verfahren dahin führt, Theilurtheile und Zwischenurtheile für geboten zu erachten, die Erlassung solcher Urtheile aber die Folge hat, daß Rechtsbehelfe irgend welcher Art, die den erledigten Rechtsstoff | betreffen, nicht nachgeholt werden können. Jedenfalls ist es nicht erforderlich, das Korrektiv gegen die beschränkten Mißbräuche in der Beibehaltung der Eventualmaxime zu suchen. Bereits im Gebiete des französischen Rechts hat sich in der Praxis der Grundsatz entwickelt, daß das Gericht befugt sei, Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel, welche nach seiner Ueberzeugung zum Verschleife der Sache geltend gemacht werden oder zurückgehalten sind, sofern ihre Berücksichtigung die sofortige Erlassung des Endurtheils verhindern würde, als zur Berücksichtigung nicht geeignet zu verwerfen und der preußische Entwurf § 324 hatte die Aufnahme dieses Grundsatzes in das Gesetz in Vorschlag gebracht. Soviel ist zweifellos, daß eine derartige Bestimmung mit dem mündlichen Verfahren vereinbar ist und daß ihr sachliche Bedenken nicht entgegenstehen, vorausgesetzt, daß sie richtig begrenzt wird. In Betreff der Angriffsmittel ist sie nicht erforderlich, da gegen einen Mißbrauch derselben anderweit Vorgehr getroffen werden kann. Rückfichtlich der Beweismittel ist sie nur insoweit gerechtfertigt, als sie in den §§ 329, 385 des Entwurfs Ausdruck gefunden hat. Was endlich die Verteidigungsmittel anlangt, so besteht ein Bedürfniß für eine beschränkende Vorschrift nur hinsichtlich derjenigen Verteidigungsmittel, welche von dem Beklagten oder von dem Widerbeklagten nachträglich geltend gemacht werden, indem nur diese Personen ein Interesse haben können, den Prozeß zu verschleppen. Welches Vorbringen übrigens als ein nachträgliches anzusehen sei, wird das Gericht nach freiem Ermessen zu bestimmen haben. Die Fixirung eines bestimmten Zeitpunkts verbietet die Struktur des mündlichen Verfahrens und, wenn auch in manchen Fällen die Beantwortung der Frage mit Schwierigkeiten verbunden sein wird, weil sich nicht mit Sicherheit beurtheilen läßt, ob ein Verteidigungsmittel im früheren Verlaufe der mündlichen Verhandlung vorgebracht sei, so ist doch in Betracht zu ziehen, daß die Voraussetzungen für die Zurückweisung eines nachträgliches Vorbringens in der Art geregelt werden können, daß richterliche Willkür ausgeschlossen bleibt. Wird nämlich der Antrag des Gegners gefordert und die Zurückweisung des nachträgliches Vorbringens davon abhängig gemacht, daß durch die Zulassung desselben die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und daß das Gericht die Ueberzeugung gewonnen habe, der Beklagte habe in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus großer Nachlässigkeit das Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht, so ist einerseits der Partei die Möglichkeit eröffnet, dem Gerichte die Gründe darzulegen, welche die Verzögerung veranlaßt haben, andererseits Sorge getragen, daß eine Zurückweisung nur eintreten kann, falls eine Prozeßverschleppung wirklich vorliegt. Die strikte Durchführung der Vorschrift des § 242 des Entwurfs in erster Instanz ist für den Beklagten ohne materiellen Nachtheil, denn der Verlust des Verteidigungsmittels wirkt nur für die Instanz, da dem Beklagten gestattet ist, das zurückgewiesene Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz von neuem geltend zu machen, insoweit nicht die Bestimmung des § 470 Absatz 2 des Entwurfs eingreift. Anders gestaltet sich dagegen das Verhältniß in der Berufungsinstanz. Würde in dieser die Vorschrift des § 242 unbeschränkt zur Anwendung gebracht werden, so würde die Folge sein, daß der Beklagte mit dem zurückgewiesenen Vorbringen definitiv ausgeschlossen wäre, eine Folge, welche vielfach eine materielle Benachtheiligung des Beklagten nach sich ziehen und deshalb die energische Ausübung der in § 242 den Gerichten eingeräumten Befugniß in zweiter Instanz lähmen könnte. Vermieden wird ein | solches Ergebnis, wenn in Anlehnung an die Vorschriften über den Urkundenprozeß (§§ 538, 539) dem Beklagten die Geltendmachung des zurückgewiesenen Verteidigungsmittels vorbehalten wird. Die Besorgniß, daß die der gemeinrechtlichen Verweisung ad separatam nachgebildete Institution zu einer Verweitläufigung und unleidlichen Zersplitterung der Prozesse führen könne, erscheint unbegründet, wenn man erwägt, daß das Urtheil, welches in

| S. 27.

| S. 28.

der Berufungsinstanz unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln ergeht, in Betreff der Zwangsvollstreckung als Endurtheil aufzufassen ist, dadurch aber für den Beklagten das wirksamste Motiv geschaffen wird, rechtzeitig mit seinen Vertheidigungsmitteln hervorzutreten. Und ebensovienig ist zu befürchten, daß der Prozeß verewigt werde. Der Rechtsstreit bleibt in der Berufungsinstanz anhängig und beschränkt sich auf die Verhandlung und Entscheidung der vorbehaltenen Vertheidigungsmittel. — Zulässig und als weiteres Korrektiv gegen die beim Wegfall der Eventualmaxime befürchteten Mißbräuche erscheint endlich eine Vorschrift, durch welche das Gericht ermächtigt wird, wenn durch ein nachträgliches Vorbringen von Rechtsbehelfen die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögert wird, einer Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, den Rechtsbehelf zeitiger geltend zu machen, auch wenn dieselbe obsiegt, die Prozeßkosten ganz oder theilweise aufzuerlegen.

Eine neue Rechtsentwicklung in dieser Lehre hat der norddeutsche Entwurf dadurch anzubahnen versucht, daß er zwischen selbstständigen Angriffs- und Vertheidigungsmitteln einerseits, und Thatfachen, welche zur näheren Begründung eines selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels dienen, andererseits unterscheidet und die letzteren sog. Hülfsthatfachen in einem weiteren Umfange als die ersteren zulassen will. Die neue Unterscheidung ist schon begrifflich, jedenfalls aber praktisch nicht durchführbar. Auch ist es unnatürlich, daß der Entwurf das nachträgliche Vorbringen s. g. Hülfsthatfachen gestattet, nicht aber die nachträgliche Angabe von Beweismitteln für das doch zulässige neue Vorbringen. Der Zusammenhang, in welchem die neue Ansicht mit der Lehre selbst steht, wird später hervorgehoben werden.

II. Es wurde bereits früher bemerkt, daß der Code de procédure civile und die ihm folgenden Gesetzeswerke, sowie die bayerische Prozeßordnung von dem Satze ausgehen, daß durch das bloße Verlesen der motivirten Konklusionen, ja selbst der Gesuche ohne Begründung, der Rechtsstreit dergestalt kontradiktorisch wird, daß kein Versäumnisurtheil ergehen kann, auch wenn einer der Anwälte in der zur mündlichen Verhandlung der Sache anberaumten Sitzung nicht erscheint. Es wurde daneben ausgeführt, daß dieser Satz nicht zu billigen sei, weil er dem Mündlichkeitsprinzip widerspricht, insbesondere aber aus dem durchgreifenden praktischen Grunde, daß mit jenem Satze jeder sachliche Zwang für die Parteien, in freier Rede und Gegenrede ihren Rechtsstreit den zur Entscheidung berufenen Richtern vorzutragen, beseitigt erscheint. Wird der Satz aber aufgegeben, so folgt ohne Weiteres, daß eine Partei, welche eine bestimmte mündliche Verhandlung versäumt, in gleicher Weise zu behandeln ist, möge nun die Versäumnung in der ersten oder in einer weiteren zur Fortsetzung jener Verhandlung anberaumten Gerichtssitzung eintreten. Dieser Gedanke wird auch in den zur vierten Gruppe vereinigten Gesetzeswerken, wie in der hannoverschen Prozeßordnung, so auch in dem norddeutschen Entwurfe, im Prinzip anerkannt. Auf den ersten Blick kann diese Auffassung als eine unnatürliche, ja befremdliche erscheinen, indem eine vielleicht weit vorgeschrittene bestimmte mündliche Verhandlung durch den Erlaß des Versäumnisurtheils auf den Anfang zurückgeworfen wird und etwa erlassene Zwischenurtheile zwar nicht aufgehoben werden, aber doch folgerweise in Wegfall kommen. Das Befremdliche verschwindet jedoch, wenn man beachtet, daß das Versäumnisurtheil, so lange ein nicht näher zu motivirender Einspruch gegen dasselbe stattfindet, formaler Natur ist, indem der Einspruch zur Folge hat, daß das Versäumnisurtheil verschwindet und der Rechtsstreit in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor dem Erlasse desselben befand. Ein aus dem Umfande, daß diese Auffassung zu Verzögerungen führen kann, zu entnehmendes Bedenken wird durch die Vorschrift zu beseitigen sein, daß jedes zweite oder fernere in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassene Versäumnisurtheil auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.

Die unter I. und II. erwähnten Folgen würden mißverstanden werden, wenn man nicht beachtete, daß immer nur eine bestimmte mündliche Verhandlung, d. h. eine mündliche Verhandlung, welche einen bestimmten Prozeßabschnitt zum Gegenstande hat, in Frage steht. Den verschiedenen Prozeßabschnitten entsprechen verschiedene mündliche Verhandlungen, von denen eine jede in sich und gegen die andere abgeschlossen ist. Hieraus folgt, daß es sich um eine völlige Aufhebung des Eventualprinzips ebensovienig, als um die folgerweise Beseitigung von Theilurtheilen durch

ein Versäumnißurtheil handelt, ferner aber, daß die Bedenken, welche die unter I. und II. gezogenen nothwendigen Konsequenzen mit sich führen mögen, erheblich an Gewicht verlieren, wenn der Prozeß in mehrere Prozeßabschnitte, die mündliche Verhandlung in mehrere gesonderte mündliche Verhandlungen zerfällt. Dieser letztere Gedanke wird in größerem Zusammenhange zu entwickeln sein.

### § 7.

Es entspricht den Anforderungen eines mündlichen Verfahrens, daß der Prozeßstoff einer mündlichen Verhandlung ein thunlichst beschränkter sei, nicht zu Vielerlei und zu Verschiedenartiges umfasse; daß die Möglichkeit leichter Uebersicht gegeben und bei Bestimmung dieser Möglichkeit nur die gewöhnliche durchschnittliche Befähigung von Richtern und Anwälten in Betracht gezogen werde, daß die behufs Abgabe eines Urtheils erforderliche Würdigung des in einer mündlichen Verhandlung vorgelegten Prozeßstoffs dieser der Zeit nach so nahe folge, als es die Verhältnisse nur immer gestatten.

Diese und andere mit jenen zusammenhängende, bereits früher erwähnte Gründe lassen es von größter Bedeutung erscheinen, daß das Verfahren in mehrere Abschnitte mit einem bestimmten Prozeßstoffe zerfällt, welche in sich und gegen einander durch den Richter wie die Parteien bindende Urtheile abgeschlossen, später in ihrer Verbindung das Endurtheil ergeben. Man kann sehr wohl einem schriftlichen Verfahren gegenüber den Satz rechtfertigen, daß Theilurtheile nicht zu erlassen sind, Zwischenurtheile den Richter der Instanz nicht binden dürfen, und dennoch das Gegentheil für ein mündliches Verfahren aus mehr formalen Gründen für geboten erachten.

Von großer Wichtigkeit in der erwähnten Richtung ist die dem Gerichte gewährte Befugniß, auf Antrag oder von Amtswegen entweder eine Trennung der Verhandlung und der Entscheidung oder auch bei ungetrennter Verhandlung eine getrennte Entscheidung eintreten zu lassen. Wenn über einen von mehreren klagend geltend gemachten Ansprüchen, wenn über einen Theil eines Anspruchs, oder wenn im Fall einer erhobenen Widerklage über die Klage oder die Widerklage mittelst Endurtheils (Theilurtheil) vorab entschieden wird, so ist damit dasjenige, was Gegenstand des Urtheils bildet, vollständig für die Instanz erledigt. Es ist selbstverständlich, daß Rechtsbehelfe irgend welcher Art, welche den erledigten Theil des Prozeßstoffs betreffen, für die Instanz nicht mehr geltend gemacht werden können, und daß ein im späteren Laufe des Rechtsstreits ergehendes Versäumnißurtheil den erledigten Theil des Prozeßstoffs überall nicht berührt. Wenn über einen von mehreren selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsgründen (Klaggründen, Einreden, Replikten *cc.*) durch ein Zwischenurtheil, welches Richter und Parteien für die Instanz bindet, vorab entschieden wird, so ist es wiederum selbstverständlich, daß Rechtsbehelfe aller Art, welche den erledigten Prozeßstoff betreffen, nicht nachgeholt werden können, während durch ein im weiteren Laufe des Rechtsstreits zur Hauptsache erlassenes Versäumnißurtheil das Zwischenurtheil folgeweise, wenngleich einstweilen nur provisorisch, in Wegfall kommen kann.

Aber auch abgesehen von der Vorschrift, welche die Trennung der Verhandlung und Entscheidung und damit die Bildung besonderer Prozeßabschnitte in das Ermessen des Gerichts stellt, wird die Nothwendigkeit einer Trennung der mündlichen Verhandlung in mehrere Abschnitte kraft gesetzlicher Regel anzuerkennen sein.

Die Natur der Sache ergiebt, daß Streitpunkte zwischen einer Prozeßpartei und einem Dritten den Gegenstand eines besonderen Prozeßabschnitts (Zwischenstreits) bilden, welcher in erster wie in einer weiteren Instanz ein für sich bestehendes Leben hat. Auch ist es, wenngleich nicht durch die Natur der Sache geboten, so doch zulässig und behufs Erlangung der großen Vortheile getrennter Prozeßabschnitte empfehlenswerth, einzelne Verhandlungen unter den Parteien selbst, so z. B. die Verhandlungen über die Edition oder die Richtigkeit von Urkunden, als Zwischenstreit anzuerkennen.

In Betreff der Hauptsache ist es historisch und sachlich gerechtfertigt, drei Prozeßabschnitte als möglich anzuerkennen, welche als Vorverfahren, Hauptverfahren und Nachverfahren bezeichnet werden können. Das Vorverfahren hat die Frage zum Gegenstande, ob der Beklagte verpflichtet sei, auf die Klage zu antworten. Es handelt sich hier um eine sehr geringe Zahl von Prozeßeinreden, deren Einfachheit es gestattet, das Konzentrationsprinzip durchzuführen. Das Nachverfahren hat die Ableistung der

durch bedingtes Endurtheil auferlegten Eide und die Realisirung der in diesem Urtheil an die Leistung oder Nichtleistung der Eide geknüpften Folgen zum Gegenstande. Das Hauptverfahren ist nach der einen wie nach der anderen Seite hin durch ein Urtheil abgeschlossen, welches nicht allein Richter und Parteien für die Instanz bindet, sondern auch, als Endurtheil qualifizirt, sofortiger Anfechtung durch Rechtsmittel unterliegt.

Es ist nun möglich, denjenigen umfangreichen Prozeßabschnitt, welcher als Hauptverfahren bezeichnet wurde, wiederum in zwei Abschnitte zerfallen zu lassen, welche in sich und gegen einander durch ein Urtheil abgeschlossen werden. Dieses ist der Punkt, in welchem die hannoversche Prozeßordnung von den mit ihr zur vierten Gruppe vereinigten Gesetzeswerken sich ganz wesentlich unterscheidet. Das Hauptverfahren der hannoverschen Prozeßordnung zerfällt in zwei Abschnitte, von denen der erstere die Behauptungen der Parteien, der letztere den Beweis der bestrittenen Behauptungen zum Gegenstande hat. Die beiden Abschnitte werden getrennt und abgeschlossen durch eine richterliche Verfügung, in welcher nach Prüfung des von den Parteien vorgelegten Prozeßstoffes diesen eröffnet wird, was und von wem zu beweisen sei (richterliche Feststellung des Beweissatzes und der Beweislast). Diese richterliche Verfügung ist ein Urtheil, welches für die Instanz Richter wie Parteien bindet, und von den letzteren, wie jedes andere Zwischenurtheil, erst gelegentlich des Endurtheils angegriffen werden kann. | S. 31.

Die Frage, ob man in diesem Punkte sich der hannoverschen Prozeßordnung anschließen solle, bewegte die hannoversche Prozeßkonferenz auf das lebhafteste; die Erörterung derselben mit ihren Folgen nahm die Zeit vieler Monate in Anspruch. Eine kleine Majorität wollte Verbindung des Beweises mit den Behauptungen und lediglich prozeßleitende Beweisverfügung. In dieser Gestalt ist das Verfahren aus dem sog. hannoverschen Entwurf in die ihm folgenden späteren Gesetzeswerke, insbesondere auch in den norddeutschen Entwurf übergegangen. Es ist erklärlich, daß bei Verathung des letzteren Entwurfs der Streit über jene Frage nicht wieder aufgenommen wurde: nach Lage der Verhältnisse verlohnt es sich nicht, einen Streit fortzusetzen, welcher voraussichtlich ohne allen und jeden Erfolg sein würde. Einer ganz entschiedenen Strömung der neueren Gesetzgebung hat man zugehört, wenngleich in dem Umstande etwas sehr Charakteristisches erblickt werden mag, daß in neuester Zeit mehrere angehene Mitglieder der preußischen Rechtsanwaltschaft für die Scheidung des Verfahrens im Sinne der hannoverschen Prozeßordnung sehr entschieden das Wort ergriffen haben.

Demgemäß ist ein Hauptverfahren anzunehmen, welches erst durch das unbedingte oder bedingte Endurtheil abgeschlossen wird, in dem einerseits das Gebot der Verbindung der Beweise mit den Behauptungen herrscht, andererseits aber die eine Beweisaufnahme bezielende Verfügung dieselbe Natur hat, wie jede andere prozeßleitende Verfügung.

Nur das Gebot der Verbindung der Beweise mit den Behauptungen und dessen Bedeutung für das Verfahren giebt zu besonderen Bemerkungen Veranlassung.

Das System der Beweisverbindung im schriftlichen Prozesse führt jedenfalls einen großen Nachtheil und einen großen Vortheil mit sich. Der erstere besteht in der oft großen Anhäufung unnützer Beweisanerbieten. Der letztere beruht in dem Umstande, daß die Parteien durch das Gebot gezwungen werden, die Operation ihres Behauptens durchzuführen, während sie nach den Grundsätzen des gemeinen deutschen Prozeßrechts diese Operation unterbrechen dürfen, wenn sie dieselbe nur so weit fortgesetzt haben, daß das Gericht im Stande ist, genau zu erkennen, daß und auf welche Weise die von den Parteien für sich angeführten juristischen Begriffe einen realen Inhalt haben und sich auf ein im Leben wirklich existirendes Rechtsverhältniß, nicht aber auf eine falsche juristische Beurtheilung von Thatfachen stützen. In einem mündlichen Verfahren, nach welchem die Parteien ohne sachliche Nachtheile das Anerbieten der Beweise bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung verschieben können, verliert selbstverständlich einerseits dieser Vortheil wie andererseits jener Nachtheil sehr erheblich an Bedeutung.

Ein durch den Grundsatz der Beweisverbindung beherrschtes schriftliches oder mündliches Verfahren unterscheidet sich seiner Anlage nach ganz wesentlich | von dem | S. 32. Verfahren des gemeinen deutschen Prozeßrechts. Die Beweise treten mit den

Behauptungen in gleiche Linie; wie diese anzuführen, so sind jene anzubieten; das Gesetz, nicht das Gericht, sagt den Parteien, was von ihnen behufs Durchführung ihrer Ansprüche zu beweisen sei, und wer von ihnen dieses zu beweisen habe, wie das Gesetz, nicht das Gericht, die Parteien darüber belehrt, welche Behauptungen sie zur Begründung ihrer Ansprüche und zur Widerlegung der gegnerischen Ansprüche vorzubringen haben. Demgemäß ist der Beweisbeschluß nichts anderes, als eine Verfügung, welche die Aufnahme bestimmter angebotener Beweise zuläßt; er enthält keine Beweisaufgabe, keine Aufforderung an die Parteien, nachträglich den Beweis von Thatfachen anzutreten, welche das Gericht für erheblich hält, die Parteien aber für unerheblich erachtet haben, keine Regelung der Beweislast. Die Nothwendigkeit und das Bedürfniß, die Beweislast zu regeln, wird prinzipiell nicht berührt, wohl aber wird dieses Bedürfniß im Hinblick auf das Ergebnis geführter oder nicht geführter Beweise in sehr vielen Fällen praktisch sich gar nicht geltend machen. Die maßgebenden Gedanken sind, wie nicht zu verkennen ist, in dem norddeutschen Entwurf zu einem korrekteren Ausdrucke gelangt, als in dem hannoverschen Entwurf; beide Entwürfe, sowie andere Gesetzeswerke trifft aber gemeinsam der Vorwurf, daß sie in der systematischen Anordnung der Vorschriften über das ordentliche Verfahren vor Kollegialgerichten erster Instanz der hannoverschen Prozeßordnung gefolgt sind, während doch bei völlig veränderter Anlage des Verfahrens eine dieser Aenderung entsprechende sehr abweichende systematische Behandlung jener Vorschriften geboten ist, wenn Klarheit der prozessualischen Verhältnisse gewonnen werden soll.

### § 8.

Die Rückwirkungen der Beseitigung der Urtheilsnatur, welche die Beweisverfügung nach gemeinem deutschen Prozeßrechte, wie nach der hannoverschen Prozeßordnung an sich trägt, liegen zu Tage. Der hannoversche Gesetzgeber verfuhr ganz konsequent, wenn er das Nachholen von Einreden, Replikten u. s. w. bis zum Beweisurtheil frei gab, nach dem Erlasse desselben aber nur im Restitutionsfalle gestattete, während das unmotivirte Nachholen der Rechtsbehelfe bis zum Endurtheil als eine nothwendige Konsequenz des Mündlichkeitsprinzips sich darstellt, wenn die Beweisverfügung prozeßleitender Natur ist. Ebenso konsequent verfuhr der hannoversche Gesetzgeber, wenn er nur bis zum Erlasse des Beweisurtheils die allgemeinen Kontumazialfolgen eintreten ließ, die nach diesem Zeitpunkte liegenden Versäumnißfälle aber besonders regelte, während der Eintritt der allgemeinen Kontumazialfolgen bis zum Endurtheil geboten erscheint, wenn die Beweisverfügung prozeßleitender Natur ist. Wenn diese Rückwirkungen theoretische oder praktische Bedenken erregen, so wird zu wiederholen sein, daß jedes eingreifende Prozeßprinzip neben Vortheilen Nachtheile mit sich führt, welche hingenommen werden müssen, wenn man die Vortheile für überwiegend erachtet. Schwerlich kann aber der Versuch Billigung verdienen, unumgängliche wesentliche Konsequenzen der Mündlichkeit auf eine künstliche Weise weg zu konstruiren.

Weit erheblichere Bedenken als die erwähnten Rückwirkungen erregt der Umstand, daß nach Beseitigung der Urtheilsnatur der Beweisverfügung in verwickelten Fällen im Hauptverfahren, selbst wenn man dasselbe nur bis zum Erlasse des Beweisbeschlusses ins Auge faßt, ein schwer zu übersehender und nicht ohne große Schwierigkeit zu beurtheilender Streitstoff sich anhäufen kann. Dieses ist die Folge der Verbindung des Beweises mit den Behauptungen. Diese Verbindung gestaltet sich in der Art, daß vor dem Erlasse des Beweisbeschlusses nicht allein beide Parteien ihre Mitwirkung für den Beweis und die Widerlegung von Thatfachen anzubieten, sondern auch auf das gegenseitige Anbieten sich zu erklären haben, daß über die Zulässigkeit der Beweismittel und die Beweiseinreden zu verhandeln ist, daß ferner das Editionsverfahren wie das Rechtsverfahren in Betreff vorgelegter Urkunden, insbesondere auch das Verfahren durch Schriftenvergleichung, so lange nicht Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen oder Eide abzunehmen sind, dieser Partie des Verfahrens anheimfallen. Auch fehlt es für ein ungetrenntes Verfahren von einer solchen Ausdehnung an jedem Vorgange. Insbesondere findet er sich nicht in dem vom Code de procédure beherrschten Ländergebiete. Nach diesem Gesetze zerfällt der Rechtsstreit unter Einwirkung des wichtigen Grundsatzes, daß jedes Urtheil, im Sinne des Gesetzes nicht allein das definitive, sondern auch das interlocutorische (qui préjuge le fond) und das präparatorische (rendu pour l'instruction de la cause) Urtheil, das mit der Sache befaßte Gericht der Regel nach defaisirt, in eine Reihe von Inzidentverhand-

lungen, welche in sich und gegeneinander abgeschlossene Prozeßabschnitte bilden. Daneben kommt, ganz abgesehen von dem bedeutungsvollen Grundsatz der Untheilbarkeit des gerichtlichen Geständnisses, in Betracht einmal die auf Gebot und Sitte beruhende urkundliche Festsetzung der Rechtsverhältnisse, zweitens aber, daß in der Gerichtsitzung nur über die Art der Beweisführung und deren Zulässigkeit verhandelt und entschieden wird, während die weiteren Beweisverhandlungen in der Regel dem Verfahren vor einem Richterkommissair anheimfallen. Das sind Grundsätze, von denen die ersteren aus später zu besprechenden Gründen nicht übernommen werden können, der letztere nicht, weil er auf dem Gedanken beruht, daß in ordinären Sachen Zeugen nie in der Sitzung vernommen werden, einem Gedanken, welcher selbstverständlich zurückzuweisen ist. Man wird auch hier in der Erwägung eine Beruhigung finden dürfen, daß die einfachen Sachen die Regel bilden und für verwickelte Sachen das prozessualische Recht der Parteien, Rechtsbehelfe im Laufe der mündlichen Verhandlung nachzuholen, sowie die dem Richter gewährte Befugniß, eine getrennte Verhandlung und Entscheidung des Streitstoffes eintreten zu lassen, die nothwendige oder doch wünschenswerthe Hülfe schaffen werde.

Es darf nunmehr den künstlichen Konstruktionen näher getreten werden, durch welche die hannoversche und die norddeutsche Kommission die oben erwähnten Rückwirkungen zu beseitigen suchten. Insbesondere hat die norddeutsche Kommission, dem von der hannoverschen Konferenz gegebenen Impulse folgend, die Sache mit Gründlichkeit und Umsicht in Angriff genommen. Auch muß man anerkennen, daß den Dispositionen ein bestimmt und scharf formulirter Ausdruck gegeben ist, wieweil man der Ansicht sein sollte, daß dieselben im hohen Grade bedenklich sind, weil sie nicht allein den Fortgang der Prozedur unnöthigerweise stören, sondern auch der freien, den Verhältnissen des konkreten Falls entsprechenden Bewegung des Gerichts und der Parteien Hindernisse in den Weg legen.

In dem norddeutschen Entwurf wird von „Hauptverhandlung“ und „Schlußverhandlung“ gesprochen. Unter „Hauptverhandlung“ kann kaum etwas Anderes verstanden sein, als die mündliche Verhandlung bis zum Beweise | schlusse, während unter „Schlußverhandlung“ die mündliche Verhandlung, welche nach erfolgter Aufnahme von Beweisen stattfindet und das Ergebnis dieser Beweisaufnahme, wenn gleich nicht zum ausschließlichen Gegenstande hat, zu verstehen sein dürfte. Hiernach handelt es sich nicht um reine Gegenätze, indem zwischen den Schluß der Hauptverhandlung und der Schlußverhandlung eine weitere mündliche Verhandlung treten kann, wenn neue Angriffs-, Vertheidigungs- oder Beweismittel im Restitutionsfalle geltend gemacht werden. Diese letztere mündliche Verhandlung würde man als Zwischenverhandlung ansehen und bezeichnen können. Der Ausdruck „Hauptverhandlung“, auf welchen es wesentlich ankommt, hat in den preussischen Prozeßnovellen, aus denen er entnommen zu sein scheint, einem schriftlichen Verfahren gegenüber seinen vollen guten Sinn, welcher ihm im norddeutschen Entwurf mangelt. Wenn in einem mündlichen Verfahren mit prozeßleitender Beweisverfügung die Sache in einem Termine nicht durchgeführt werden kann, weil sie nicht genügend aufgeklärt ist, diese Aufklärung aber durch eine Beweisaufnahme beschafft werden soll, so kehrt die Sache nach erfolgter Beweisaufnahme zur Sitzung zurück, um von Neuem in größerer Fülle verhandelt zu werden. Dieses kann sich beliebig wiederholen, bis die Sache vollständig zum Urtheil reif durch ein solches erledigt wird. Als Hauptverhandlung würde demgemäß, wenn man diesen Ausdruck überhaupt gebrauchen will, die dem Urtheil unmittelbar vorausgehende mündliche Verhandlung zu bezeichnen sein. Auch der norddeutsche Entwurf wird von dem richtigen Gedanken geleitet, wenn es im § 491 heißt, bei der Schlußverhandlung hätten die Parteien unter Darlegung des gesammten Streitverhältnisses das Ergebnis der Beweisausführung vorzutragen.

Im norddeutschen Entwurf, welcher an den Schluß seiner Hauptverhandlung wichtige praktische Folgen knüpft, ist nun offenbar im Hinblick auf diese Folgen die Grenzlinie gleichsam durch eine feste geschlossene Mauer bezeichnet worden.

Der Beweisbeschluß, eine einfache prozeßleitende Verfügung, wird zuvörderst gerade so behandelt, als wenn er ein Urtheil wäre. Er ist nicht allein der Formen eines Urtheils theilhaftig, sondern soll auch einen Thatbestand und Entscheidungs-

gründe enthalten. Das ist an sich ebenso unnatürlich als unpraktisch; unnatürlich insofern, als Thatbestand und Entscheidungsgründe nur auf eine einfache ganz unpräjudizielle Verfügung, durch welche lediglich die Aufnahme eines Beweises zugelassen wird, hinauslaufen, unpraktisch aber, weil es auf den Geschäftsgang störend einwirken muß, wenn solche Weitläufigkeiten gefordert werden, wo es völlig ausreicht, daß ein Eid normirt oder daß angeordnet wird, ein Zeuge oder Sachverständiger sei über den einen oder den andern Punkt zu vernehmen. Auch ist es doch sicher angemessener, daß das nachfolgende Urtheil Thatbestand und Entscheidungsgründe in sich aufnimmt, als daß es dieserhalb auf eine vorausgegangene prozeßleitende Verfügung Bezug nimmt. Gerade umgekehrt bestimmt der § 31 der preussischen Prozeßnovelle vom 24. Juni 1867, der Richter habe die von ihm für zulässig und erheblich erachtete Beweisaufnahme durch einen ohne Befugung von Gründen zu erlassenden Vorbescheid (Beweisrefoluit) anzuordnen, in welchem die Thatfachen, worüber Beweis erhoben werden soll, und die zu erhebenden Beweise zu bezeichnen sind, — während es sich empfehlen dürfte, den Beweisbeschluß in der betreffenden Beziehung wie jede andere prozeßleitende Verfügung zu behandeln. — Insofern stimmt

§ 35. | der hannoversche mit dem norddeutschen Entwurf überein; | der letztere geht jedoch nach zwei Seiten hin weiter. Im § 470 wird bestimmt: wenn angeordnet worden sei, daß die mündliche Verhandlung zunächst auf ein oder auf einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel sich zu beschränken habe, so sei der Beweisbescheid erst dann zu erlassen, wenn die mündliche Verhandlung auch über die anderen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geschlossen sei. Durch eine solche Vorschrift werden die großen Vortheile, welche die dem Gerichte gewährte Befugniß, die Verhandlung und Entscheidung zu trennen, so gut wie ganz aufgegeben. Die getrennt durchgeführte Verhandlung kann durch Urtheil oder Beweisbeschluß einstweilen nicht abgeschlossen werden. Außerdem wird man aber genöthigt, den ganzen Streitstoff durchzuverhandeln, in allen denjenigen nicht seltenen Fällen ganz nutzloser Weise, in welchen voraussichtlich durch die Beweisaufnahme, insbesondere durch einen Schiedscheidung über einen Punkt, der ganze Rechtsstreit seine Erledigung findet. — Andererseits bestimmt der § 420, daß nicht allein Zwischenurtheile, sondern auch Theilurtheile, d. h. Urtheile über einen Theil eines Anspruchs oder über einzelne von mehreren Ansprüchen, zugleich mit dem Vorbescheide zu erlassen sind. Wenn also, wie dieses so häufig der Fall ist, gleich im Anfange des Rechtsstreits auf Grund der Erklärungen des Beklagten sich herausstellt, daß ein Theil des Anspruchs oder einer von mehreren klagend geltend gemachten Ansprüchen unbestritten ist, so wird das Theilurtheil dennoch erst ergeben dürfen, wenn der nicht streitige Theil durchverhandelt ist. Einstweilen können viele Monate verstreichen, selbst wenn man besondere Komplikationen, wie sie z. B. durch ein Editionsverfahren entstehen, außer Betracht läßt.

Durch Vorschriften, wie sie in den §§ 420, 470 enthalten, dem hannoverschen Entwurf aber ebensowenig wie der hannoverschen Prozeßordnung bekannt sind, ist man dahin gelangt, in einem bestimmten späteren Zeitpunkte den Prozeß überhaupt und insbesondere das Beweisverfahren zu konzentriren, indem eine und dieselbe Verfügung Theilurtheile, Zwischenurtheile und Beweisbescheide zusammenfaßt. Man hat damit eine Prozeßfigur gewonnen, welche derjenigen gleich ist, die der gemeinrechtliche deutsche Prozeß in der Verfügung, welche nach dem Schlusse des sogenannten ersten Verfahrens ergeht, aufzeigt, freilich mit dem Unterschiede, daß einerseits die Beweisverfügung kein Urtheil ist, andererseits aber Beweisverbindung stattfindet, folgeweise der Zeitpunkt, in welchem die generelle Verfügung ergeht, in ein sehr viel späteres Prozeßstadium fällt. Man fragt nun aber, welchen praktischen Nutzen denn solche künstliche Konstruktionen gewähren, welche den Anforderungen eines mündlichen Verfahrens widersprechen, das Bedürfniß des einzelnen Falls unbeachtet lassen, Richter und Parteien in ihrer freien Bewegung beengen? Nach dem norddeutschen Entwurf kommen hier vorzugsweise zwei Punkte in Betracht.

Nach dem Schlusse der Hauptverhandlung dürfen neue Thatfachen, sofern dieselben nicht bloße Hülfs-thatfachen sind, und neue Beweismittel nicht vorgebracht werden, wenn nicht der Restitutionsfall vorliegt. Der Umstand, ob eine Thatfache oder ein Beweismittel neu ist oder nicht, soll aus dem einseitig aufgenommenen, dem Berichtigungsantrage der Parteien nicht unterworfenen Thatbestande des Beweisbescheids entnommen werden.

Nach dem Schlusse der Hauptverhandlung findet das allgemeine Kontumazialpräjudiz keine weitere Anwendung; das spätere Kontumazialverfahren ist vielmehr besonders geregelt. Wenn nun in der sogenannten Schlußverhandlung die eine Partei ausbleibt, so wird entschieden auf Grund des einseitig aufgenommener, der Parteikontrolle nicht unterworfenen Thatbestandes, nach den Konferenzprotokollen selbst dann, wenn inzwischen ein Wechsel in der Person der Richter eingetreten ist, indem man den neuen wie den alten Richtern ansinnt, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob der Thatbestand dem Inhalte einer vielleicht weit zurückliegenden mündlichen Verhandlung entspricht. Für den Fall, daß die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte erfolgte, wird der erschienenen Partei zugemuthet, für die nicht erschienene Partei dasjenige vorzutragen, was die von dieser vorgeführten Beweismittel ergeben. | S. 36.

Diese Sätze enthalten gehäufte Anomalien, Singularitäten und Verletzungen des Grundsatzes der Mündlichkeit, welche schwerlich geeignet sein können, jenen künstlichen Konstruktionen als Stütze zu dienen. Uebrigens fallen dieselben von vorn herein in sich zusammen, wenn man aus allgemeinen oder aus besonderen, bereits früher ange deuteten Gründen dafür hält, daß an sich neue Rechtsbehelfe bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, vorgebracht werden dürfen: denn das freie Vorbringen von Rechtsbehelfen steht mit den gedachten Konstruktionen in prinzipiellem Gegenfaze.

Uebrigens mag schließlich noch darauf aufmerksam gemacht werden, daß der Beweisbeschluß im System des norddeutschen Entwurfs ein viel zu unbedeutender, der Zeit nach viel zu schwankender Akt ist, als daß davon wichtige prozessualische Folgen abhängig gemacht werden könnten. Da die Cinnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Sachverständigen auch von Amtswegen erfolgen kann, der Urkundenbeweis aber an und für sich zu einem Beweisbescheide keinen Anlaß darbietet, so bleibt für diesen nur übrig die Vernehmung von Zeugen und der Schiedseid, sofern derselbe nicht durch bedingtes Endurtheil auferlegt wird.

### § 9.

Die prozessualische Einrichtung, welche man als den unmittelbaren Prozeßbetrieb durch die Parteien bezeichnet, ist in Veranlassung mehr zufälliger Umstände in weiten Kreisen des deutschen Juristenstandes der Art diskreditirt worden, daß es schwer hält, den Standpunkt einer unbefangenen Würdigung der Verhältnisse, welche doch allein ein Verständniß ermöglicht, zu gewinnen. Hier kann dieser Punkt nur ganz im Allgemeinen berührt werden.

Die Frage, ob Prozeßbetrieb unter Vermittelung des Gerichts oder unmittelbarer Prozeßbetrieb durch die Parteien, steht mit der sogenannten Verhandlungsmaxime in keinem Zusammenhange. Wie auch der Prozeßbetrieb gestaltet sein möge, immer wird ein ausgedehntes und scharf durchgeführtes richterliches Prozeßleitungsamt für die mündliche Verhandlung in der Gerichtssitzung als erforderlich und gerechtfertigt sich ergeben. Nach dem Rechte des Code de procedure civile ist der Betrieb des Prozeßes den Parteien im weitesten Umfange überlassen. Die Sache ist bis in die äußersten Konsequenzen verfolgt, so daß selbst die Bearbeitung der Urtheilsqualitäten, also eines Theils des Urtheils, den Anwälten anheimfällt. Man kann die Konsequenzen eines Grundsatzes verwerfen, ohne den Grundsatz selbst und damit den Gedanken zu verleugnen, auf welchem der Grundsatz beruht, daß in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten die eigentliche Aufgabe des Richters das Rechtssprechen sei. Wer die Verhältnisse überfieht, kann nicht wohl zweifelhaft sein, daß die Zeit gekommen ist, um den Richter von Geschäften zu befreien, deren Erledigung wegen ihrer formellen, mechanischen Natur wissenschaftliche Befähigung, insbesondere juristische Ausbildung nicht erfordert und deshalb sehr wohl untergeordneten Beamten überlassen werden darf. | S. 37.

Man kann zwei Seiten des Prozeßbetriebes unterscheiden: die Einleitung des Rechtsstreits und die Fortführung der richterlichen Thätigkeit bis zur Verkündigung des Endurtheils einerseits und die außergerichtliche Vorbereitung des weiteren Verfahrens, insbesondere der mündlichen Verhandlung, durch Zustellung von Schriftsätzen und Urtheilen andererseits.

Nach dem Entwurf gilt als weitgreifende Regel die Vorschrift, daß die Ein-

leitung des Rechtsstreits eine wenngleich nur formelle Mitwirkung des Gerichts voraussetzt, und daß der Vorsitzende für die Fortsetzung der Verhandlungen von Amtswegen Sorge zu tragen hat. Nach dem Rechte des Code de procédure civile wird der Rechtsstreit ganz regelmäßig anhängig, ohne daß das Prozeßgericht von der Existenz desselben Kunde erhält, wie das Prozeßgericht ganz regelmäßig durch jedes, auch das interlokutorische und rein präparatorische Urtheil mit dem anhängigen Rechtsstreite befaßt zu sein aufhört. Die Vorschriften des Entwurfs dürften die natürlicheren sein, welche auch irgendwelche Belästigung des Prozeßgerichts nicht verursachen können.

Der unmittelbare außergerichtliche Prozeßbetrieb setzt Zustellungsbeamte voraus, welche eine selbständigere Stellung einnehmen, als Personen, die nach bestimmter Anleitung des Gerichts thätig werden. Das Institut selbständiger Zustellungsbeamten hat sich nicht allein in den Rheinprovinzen, sondern auch in der Provinz Hannover vollständig bewährt, obwohl in dieser letzten Provinz nicht in gleicher Weise wie in jenen Provinzen durch Anordnung eines Vorbereitungsdienstes und einer Prüfung für die tüchtige Ausbildung jener Beamten Sorge getragen ist. Demgemäß kann nur in Frage kommen, ob auf die Prozeßparteien zu nehmende Rücksichten es widerrathen, den außergerichtlichen Geschäftsbetrieb den Parteien zu überlassen. Diese Frage wird, insoweit Anwaltszwang gilt, unbedingt zu verneinen sein, während bei mangelndem Anwaltszwange alle Rücksichten gewahrt werden, wenn eine Partei wählen kann, ob sie einen Zustellungsbeamten unmittelbar oder durch Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts beauftragen will. Nach dem Rechte des Code de procédure civile gilt der unmittelbare außergerichtliche Prozeßbetrieb auch für Rechtsstreitigkeiten, welche nicht Anwaltsprozesse sind. Daneben tritt das Institut der Zustellung durch die Post, ein Institut, welches geeignet ist, den außergerichtlichen Verkehr unter den Parteien zu erleichtern und zu vereinfachen.

Es wird nicht zu verkennen sein, daß das System des Entwurfs alle Rücksichten wahrt, von übertriebenen Konsequenzen aus dem Dogma der Reinhaltung des Richteramts sich aber frei hält.

## § 10.

Das Verfahren des Entwurfs beruht auf der folgenden einfachen Regel. Wer eine richterliche Entscheidung erwirken will, welche auf Grund einer mündlichen Verhandlung erfolgen muß, hat die Gegenpartei in eine bestimmte, vom Vorsitzenden des Gerichts bezeichnete Sitzung laden zu lassen, und zwar mittelst Zustellung eines Schriftsatzes, in welchem die Gegenpartei von dem in der Sitzung zu stellenden Gesuche und den für dasselbe sprechenden Gründen in Kenntniß gesetzt wird. Die Gegenpartei ist bei Vermeidung der Kosten des verzögerten Prozesses verpflichtet, der vorladenden Partei vor dem Termine eine Gegenerklärung zu stellen zu lassen, in welcher sie mittheilt, ob und welche Gründe sie dem in der Sitzung zu stellenden Gesuche entgegenzusetzen beabsichtigt. In dem anberaumten Termine stellen die Parteien ihre Gesuche und verhandeln zur Sache.

Diese einfache Regel ist aber auch eine allgemeine. Sie gilt für alle Rechtsstreitigkeiten, für jede Instanz, deren Verfahren überhaupt ein mündliches ist, für die Hauptsache wie für Zwischenstreitigkeiten, für jede Art der mündlichen Prozedur.

Für das Verfahren vor den Handels- und Amtsgerichten ist eine Abweichung insofern zugelassen, als die Gegenpartei auf einen ordentlichen Gerichtstag ohne vorgängige Bestimmung desselben durch den Vorsitzenden geladen werden kann, die Gegenpartei auch nicht bei Vermeidung der Kosten des verzögerten Prozesses verpflichtet ist, der Partei vor dem Termine eine Gegenerklärung zu stellen zu lassen.

Dem Entwurf ist die Unterscheidung zwischen einer ordinären und summarischen Prozedur im Sinne des Code de procédure civile fremd. Dagegen kennt er in dem Urkunden- und Wechselprozesse ein Verfahren mit materiell beschränkter Defension und in dem Ehe- und Entmündigungsprozesse ein Verfahren mit nicht unwesentlichen Abweichungen, welche mit der Natur der Rechtsverhältnisse selbst im engsten Zusammenhange stehen.

Neben dem durch das Mündlichkeitsprinzip beherrschten eigentlichen Prozeßverfahren findet ein ganz abweichend konstruirtes Verfahren Platz, welches der Entwurf als Mahnverfahren bezeichnet. Dasselbe beruht auf der Erwägung, daß

der tägliche Verkehr eine Masse von Rechtsstreitigkeiten hervorruft, welche lediglich aus dem Grunde vor die Gerichte gelangen, weil der Schuldner aus Saumseligkeit, Nachlässigkeit oder wegen Mangel augenblicklich bereiter Mittel eine unstreitige und deshalb der richterlichen Feststellung nicht bedürftige Forderung nicht berichtigt. In dem erwirkten, unter Androhung sofortiger Zwangsvollstreckung ergehenden Zahlungsbefehle liegt für den Schuldner eine ernste Mahnung, seinen Gläubiger zu befriedigen.

### § 11.

Das bestehende Rechtsmittelsystem hat im Entwurf Abänderungen erlitten, welche ihrem allgemeinen Charakter nach schon hier zu beleuchten sind.

Der Begriff eines Rechtsmittels ist kein historisch gegebener; in der Prozeßtheorie wie in den Gesetzgebungen wird er in verschiedenem Sinne genommen. Im Entwurf werden unter Rechtsmitteln prozeßualische Rechtsbehelfe verstanden, wodurch Entscheidungen, welche die Rechtskraft noch nicht beschritten haben, vor einem höheren Richter angefochten werden. Damit scheiden aus der Reihe der Rechtsmittel die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Einspruch, die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage. Die Wiedereinsetzung bezweckt, die Folgen der Versäumung einer Nothfrist zu beseitigen und die Anfechtung einer durch Ablauf der Nothfrist rechtskräftig gewordenen Entscheidung zu ermöglichen; über den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholt Prozeßhandlung zusteht. Der Einspruch gehört zur Zuständigkeit desjenigen Gerichts, welches das Ungehorsamsurtheil erließ und hat nicht rechtskräftige Urtheile zum Gegenstande. Die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage richten sich stets gegen rechtskräftige Urtheile und gehören nicht zur Zuständigkeit eines höheren Richters. | Von der Wiedereinsetzung wird im Zusammenhange mit den Folgen der Versäumung, von dem Einspruche im Zusammenhange mit dem Ungehorsamsurtheil gehandelt. Die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage, welche in gleicher Weise, wenn auch aus verschiedenen Gründen, die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Verfahrens bezwecken, bilden den Gegenstand eines besonderen Buchs; fast sämtliche Prozeßnormen sind beiden Klagen gemeinsam.

| S. 39.

Als Rechtsmittel kommen in Betracht die Berufung, die Revision und die Beschwerde.

Unter diesen Rechtsmitteln ist die Beschwerde von einer mehr untergeordneten, nebensächlichen Bedeutung. Den Gegenstand der Anfechtung bilden verhältnißmäßig einfache unbedeutende Entscheidungen; für die Anfechtung selbst und deren Erledigung empfehlen sich daher thunlichst einfache Formen. Die einzelnen Entscheidungen, welche den Gegenstand der Beschwerde bilden, können nicht wohl in einer allgemeinen Gesetzesformel zusammengefaßt werden. Zur allgemeinen Charakterisirung der einzelnen Entscheidungen dient jedoch Folgendes. Wenn die übrigen auf mündlicher Prozedur beruhenden Rechtsmittel, ihrer ganzen Konstruktion nach, nur solche richterliche Entscheidungen zum Gegenstande haben, welche nach vorgängiger mündlicher Verhandlung im Verhältnisse der einen Partei zur andern erfolgte sachliche Entscheidungen enthalten, so fallen dem Gebiete der Beschwerde Entscheidungen anheim, welche entweder eine mündliche Verhandlung nicht voraussetzen oder einen Streit zwischen den Parteien und dritten Personen bezielen oder eine sachliche Entscheidung nicht enthalten. Nur ganz ausnahmsweise sind Entscheidungen, auf welche diese Kriterien nicht passen, dem Rechtsmittel der Beschwerde unterworfen, weil die untergeordnete Bedeutung der Entscheidungen die Anwendung der einfacheren Prozeßformen rechtfertigt.

Die sonstigen Rechtsmittel haben nur Endurtheile zu ihrem Gegenstande.

### § 12.

Die Berufung stimmt dem Grundcharakter nach mit der römischrechtlichen Appellation überein. Das Berufungsrecht ist nicht, wie die gemeinrechtliche Befugniß der Appellation, ein Recht auf Kritik des Verfahrens erster Instanz oder auf Nachprüfung und Berichtigung des unterrichterlichen Urtheils vom Gesichtspunkte der Frage aus, ob gerecht geurtheilt, d. h. das dem Unterrichter vorgelegte Material richtig gewürdigt sei, vielmehr das Recht auf Gewährung eines neuen Judizium, auf Erneuerung und Wiederholung des Rechtsstreits vor einem anderen Richter. Daß das neue Verfahren mit dem vorausgegangenen Verfahren, insbesondere mit dem in

diesem erlassenen Urtheil, welches angefochten wird, im nächsten Zusammenhange steht, ist selbstverständlich, und das Fortwirken gewisser in erster Instanz bereits eingetretener Rechtsnachtheile nicht ausgeschlossen.

Wenn man die Berufung als ein Rechtsmittel, welches die rechtliche und die thatsächliche Seite eines Rechtsstreits zum Gegenstande hat, zuläßt, so ist die erwähnte Konstruktion desselben durch das das Verfahren beherrschende Mündlichkeitsprinzip so bestimmt geboten, daß es sehr erklärlich erscheint, wenn in diesem Punkte die auf mündlicher Prozedur beruhenden Prozeßordnungen im Wesentlichen übereinstimmen. Eine andere Frage ist es jedoch, ob es sich für ein auf dem Mündlichkeitsprinzip beruhendes Verfahren legislativ recht | fertigt, die thatsächliche Seite eines Rechtsstreits einer wiederholten Würdigung durch einen höheren Richter zu unterwerfen, folgeweise die Berufung in der Gestalt eines neuen Judizium zu gestatten. Diese Frage ist seit einer Reihe von Jahren für das Strafverfahren lebhaft und eingehend erörtert worden. Der Gedanke, daß die Berufung in dieser Gestalt mit einem mündlichen Strafverfahren unvereinbar sei, hat sich nicht allein in der Theorie, sondern auch in der Gesetzgebung immer weitere Bahn gebrochen und ist für die deutsche Strafprozeßordnung adoptirt.

Die Frage, ob nicht dieser Gedanke wie seine Begründung für das Civilprozeßverfahren eine völlig gleiche Berechtigung habe, wie für das Strafverfahren, hat der Preussische Justizministerialentwurf von 1871 einer eingehenden Prüfung unterzogen. Er gelangt zu dem Ergebnisse, daß die Frage in Betreff der Endurtheile der mit Einzelrichtern besetzten Amtsgerichte zu verneinen, dagegen rücksichtlich der in erster Instanz erlassenen Endurtheile der Landgerichte sowie der Endurtheile der Handelsgerichte zu bejahen sei. Der Entwurf der Reichscivilprozeßkommission von 1872 ist dieser Vorgange gefolgt. Beide Entwürfe schließen gegen die erstinstanzlichen Endurtheile der Landgerichte und der Handelsgerichte die Berufung aus; sie gewähren statt derselben ein (regelmäßig) auf die rechtliche Beurtheilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, eine freigestaltete *revisio in jure*. Die Garantien gegen eine mögliche Gefährdung der Parteiinteressen durch die Abschneidung der Berufung suchen beide Entwürfe theils in der Konstruktion des Verfahrens der ersten Instanz — sie beseitigen nicht nur die Eventualmaxime, sondern verwerfen auch jede Präklusion mit nachträglichem Vorbringen — theils in einer verstärkten Besetzung der Erstinstanzgerichte — sie fordern die Mitwirkung von fünf Richtern bei der Verhandlung und Entscheidung des Rechtsstreits in erster Instanz. Diese Vorschläge haben Zustimmung und Widerspruch gefunden. Der Widerspruch war überwiegend. Die Gründe, auf welche sich derselbe stützt, erscheinen von solchem Gewichte, daß es geboten ist, die Berufung als Rechtsmittel gegen die Endurtheile aller Erstinstanzgerichte festzuhalten.

Die Anforderungen, welche man an den Staat in Betreff der Rechtspflege stellen kann, haben eine durch die Zwecke und die Bedürfnisse des Staats gegebene Grenze. Vor den realen Verhältnissen des Lebens sinken Ideale und Theorien, welche in ihrer Konsequenz zu einer unbegrenzten Zahl der Instanzen führen. Die Masse der Sachen, deren Erledigung den Gerichten anheimfällt, steigt und die Zahl derjenigen, welche sich dem Dienste der Rechtspflege widmen, sinkt. Die Ansprüche der Justizbeamten an den Staat wachsen und müssen, weil sie wohlbegründete sind, befriedigt werden, wenn nicht die Rechtspflege selbst schweren Schaden leiden soll. Alles drängt zu einer starken, aber einfachen Gerichtsverfassung, in welcher mit einer thunlichst geringen Zahl von Personen zu operiren ist.

Diese Rücksichten haben schon seit langer Zeit in deutschen und außerdeutschen Ländern sich wirksam erwiesen. Die Berufung wurde für diejenigen Sachen beseitigt, welche dem Streitgegenstande oder der Beschwerdesumme nach einen bestimmten Werthbetrag nicht erreichen. Eine wirklich bedeutende Wirkung äußerten jene Rücksichten aber nur in den Ländern, welche unter der Herrschaft des Code de procédure civile stehen, bis in neuester Zeit die bayerische und selbst die württembergische Gesetzgebung sich den in dem gedachten Ländergebiete herrschenden Grundätzen angeschlossen.

| S. 41. | Nach der Gerichtsverfassung Frankreichs erkannten die Friedensrichter in Sachen bis 50 Franken, die Erstinstanzgerichte und die Handelsgerichte in Sachen bis zu 1000 Franken in erster und letzter Instanz. Im Jahre 1838 wurde die erstere Summe auf 100 Franken, die letztere Summe hinsichtlich der Erstinstanzgerichte auf 1500 Franken erhöht. In dem neuesten projet de révision soll die erstere Summe

200 Franken betragen. In Belgien sind die Summen bereits jetzt höhere; nach dem neuesten projet de révision sollen die Friedensgerichte in Sachen bis zu 300 Franken, die Erstinstanzgerichte und die Handelsgerichte in Sachen bis zu 2500 Franken in erster und letzter Instanz entscheiden. Nach der bayerischen Civilprozeßordnung ist die Berufung gegen die Urtheile der Einzelgerichte durch eine Beschwerdesumme von 25 Gulden, gegen die Urtheile der Bezirks- und Handelsgerichte durch eine Beschwerdesumme von 300 Gulden bedingt. Nach der württembergischen Civilprozeßordnung beträgt die Berufungssumme 100 oder 400 Gulden, je nachdem es sich um Endurtheile der Obergerichte oder der Kreisgerichte handelt.

Derartige Vorschriften sind vom Standpunkte einer, höheren Ansprüchen entsprechenden Rechtspflege nur als rein willkürliche zu bezeichnen, weil sie jeder inneren Rechtfertigung entbehren. Die Gründe, welche für und gegen die Nothwendigkeit einer zweiten Instanz sprechen, haben mit dem Werthe des Streit- oder Beschwerdegegenstandes nichts zu thun. Auch wird die Prinzipwidrigkeit der Vorschriften nicht dadurch gemindert, daß für die von der Berufung ausgeschlossenen Rechtsstreitigkeiten ganz oder theilweise ein laxeres Erstinstanzverfahren stattfindet, vielmehr spricht dieser Umstand gerade umgekehrt für die Zulassung der Berufung, weil damit die Möglichkeit gegeben wird, die Sache von Neuem in einem Verfahren zu verhandeln, welches seiner ganzen Anlage nach eine größere Gewähr für eine gründliche Rechtsprechung darbietet. Die Erwägung, daß die Kosten des Rechtsstreits im Verhältnisse zu dem Werthe des Streitgegenstandes stehen müßten, würde auf einer nicht gerechtfertigten staatlichen Bevormundung der Parteien beruhen, wenn der Betrag des Streitgegenstandes aber nach Hunderten bestimmt werden soll, selbstverständlich gar nicht Platz greifen.

Es sind äußere Gründe, die finanziellen Interessen des Staats, welche zu solchen Vorschriften geführt haben. Diesen wird auch Rechnung getragen werden können, aber durch Vorschriften, denen jede Willkür fremd ist. Wenn die Endurtheile der Amtsgerichte auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind, wenn ferner die Erklärung der vorläufigen Vollstreckbarkeit bestimmter Endurtheile der Kollegialgerichte von Rechtswegen einzutreten hat, wenn endlich der Gläubiger, sei es gegen, sei es ohne Sicherstellung, verlangen kann, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit der Endurtheile der Kollegialgerichte ausgesprochen werde, so ist dadurch ein ungemein wirksames Korrektiv gegen den übermäßigen Gebrauch des Rechtsmittels der Berufung gegeben und der Gesetzgeber dadurch der Nothwendigkeit überhoben, die zweite Instanz für die Mehrzahl aller Rechtsstreitigkeiten abzuschneiden oder doch zu schmälern, indem er der Berufung eine mehr oder weniger beschränkte Nichtigkeitsbeschwerde oder einen diesem letzten Rechtsmittel nachgebildeten Refers substituirt.

#### § 14.

Den Anforderungen, welche die Prozeßparteien an den Staat stellen können, dürfte völlig genügt sein, wenn der Staat den Prozeßparteien die Möglichkeit | §. 42.  
ihren Rechtsstreit in einem wohlgeordneten Verfahren zweimal zu verhandeln und die Entscheidung zweier wohlbesetzter Gerichte zu erwirken, vorausgesetzt, daß in Fällen unheilbarer Nichtigkeit oder prätorischer Restitution den Parteien nachgelassen wird, durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage die Wiederaufnahme des durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens herbeizuführen. Dennoch kann ein Staat, dessen Gebiet ein zu umfangreiches ist, als daß die Einsetzung eines einzigen Oberlandesgerichts zulässig wäre, für geboten oder doch für wünschenswerth erachten, im Interesse der freilich nie vollständig zu erreichenden, aber doch thunlichst zu erstrebenden Einheit des Rechts und der Rechtsprechung eine dritte Instanz vor einem obersten Gerichtshofe zu gestatten. Wenn die Herbeiführung dieser Einheit auch vorzugsweise Aufgabe der Wissenschaft ist, so kann dieselbe durch den einen einzelnen Rechtsstreit beziehenden richterlichen Spruch, wenngleich nicht direkt, so doch folgeweise gefördert werden.

Diese Erwägung war für die Vorschrift des Entwurfs maßgebend, nach welcher gegen die Endurtheile der Oberlandesgerichte das Rechtsmittel der Revision zugelassen ist.

Die Revision ist als ein auf die rechtliche Beurtheilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, als eine frei gestaltete revisio in jure konstruirt. Der

Revisionsrichter hat zu prüfen, ob das angefochtene Urtheil auf einer Gesetzesverletzung beruht und bei dieser Prüfung das im Urtheil festgestellte Sachverhältniß zum Grunde zu legen, sofern nicht in dem Verfahren, welches zur Feststellung des Sachverhältnisses geführt hat, eine Gesetzesverletzung gerügt wird.

In dem Entwurf ist dieses Rechtsmittel als „Revision“ bezeichnet, weil man einen besseren Ausdruck nicht zu finden vermochte. Den in der neueren deutschen Gesetzgebung üblich gewordenen, wengleich der Sache nicht entsprechenden Ausdruck „Nichtigkeitsbeschwerde“ wollte man meiden, weil er zu sehr an den Kassationsrekurs des französischen Rechts erinnert, mit diesem aber der Sache und den Formen nach vollständig gebrochen werden sollte.

Der Kassationsrekurs des französischen Rechts ist eine Rechtsbildung, welche mit der staatsrechtlichen Stellung des Kassationshofes in enger Verbindung steht. Daß neuere deutsche Gesetze den zur Aburtheilung der neueren Nichtigkeitsbeschwerde berufenen Behörden eine ganz andere staatsrechtliche Stellung, wie sie der Kassationshof einnimmt, anwiesen, sich dennoch aber von den Vorschriften des von seiner Grundlage losgelösten Kassationsrekurses nicht frei machen konnten, wird immer eine auffallende Erscheinung in der Geschichte der deutschen Gesetzgebung bleiben.

Die nachfolgenden Gegensätze werden den Charakter der Revision deutlich hervortreten lassen.

Der Kassationshof, tribunal unique et sédentaire auprès du corps législatif, ist ein Organ der oberauffehenden Gewalt des Staats, welches im öffentlichen Interesse richterliche Urtheile wegen der darin enthaltenen Gesetzesverletzung vernichtet. — Der Revisionshof ist ein Gericht, welches den Parteien Recht spricht und ein Privatinteresse schützt, indem es ein Urtheil aufhebt, wenn und insoweit es auf einer Gesetzesverletzung beruht, folgeweise Parteirechte schädigt. Ihrem Charakter entsprechend ist die Revision von den Parteien zur Hand zu nehmen, während der Kassationsrekurs auch von der Staatsbehörde erhoben werden kann; die Rücksicht auf die Beförderung der Einheit des Rechts und der Rechtsprechung giebt nur den allgemeinen rechtfertigenden Grund für die Zulassung der Revision als einer prozessualen Institution ab.

| S. 43.

Der Kassationsrekurs als remède extrême, qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances hat keinen Suspensiv-effekt, wird durch die der gemeinrechtlichen Restitutionsklage entsprechende requête civile ausgeschlossen und gegen ein arrêt des Kassationshofes ist die requête civile unzulässig. — Die Revision als ein ordentliches civilprozessualisches Rechtsmittel hat Suspensiv-effekt und schließt ihrerseits die Restitutionsklage aus; gegen ein Revisionsurtheil ist die Restitutionsklage statthaft.

Der Kassationsrekurs bedarf einer streng formalen Begründung einerseits, weil das Urtheil nicht sowohl wegen einer nicht sachgemäßen Entscheidung, als wegen der Verletzung eines bestimmten Gesetzes angegriffen wird, andererseits, weil die Zulassung des Rekurses von einer — für Elsaß und Lothringen bereits durch Reichsgesetz vom 14. Juni 1871 § 2 (R.G.B. 1871 S. 317) beseitigten — Vorprüfung durch die chambre des requêtes abhängig ist. — Die Revision ist rücksichtlich ihrer Begründung so frei gestaltet, wie die Berufung. Daß der Revisionskläger, wenn er Mängel des Verfahrens rügt, die diesen Mangel ergebenden Thatfachen, wenn er behauptet, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatfachen unrichtig festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, diese Thatfachen zu bezeichnen hat, ist Folge allgemeiner Grundsätze über die Substantiirung von Anträgen.

Die Prozedurformen vor dem Kassationshofe weichen von den Prozedurformen vor den Gerichten ganz wesentlich ab, wengleich dieselben als formes presque judiciaires bezeichnet werden können; sie beruhen auf dem Prinzip der Schriftlichkeit. — Die Prozedurformen vor dem Revisionsgerichte sind die allgemeinen Prozedurformen, in Nichts verschieden von denjenigen, welche für das Berufungsverfahren Geltung haben; sie folgen durchweg dem Prinzip der Mündlichkeit.

Der Kassationshof als Organ der oberauffehenden Gewalt des Staats kann, wenn er dem Rekurse statt giebt, nur das angefochtene Urtheil vernichten, nicht aber den Parteien Recht sprechen; dieser Rechtspruch muß einem Gerichtshofe überlassen werden, welcher grundsätzlich nicht an die Rechtsnormen gebunden ist, welche der Kassationshof der Vernichtung des Urtheils zum Grunde gelegt hat. — Das Revisions-

gericht hat grundsätzlich, wie jedes Gericht, den Parteien Recht zu sprechen, und es sind lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit, welche eine Bestimmung rechtfertigen, wonach das Revisionsgericht im Falle der Aufhebung des angefochtenen Urtheils die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuweisen hat, sofern die Sache nicht bereits zur Entscheidung reif erscheint. Daß das letztere Gericht an die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zum Grunde gelegt ist, gebunden sein muß, folgt ohne Weiteres aus allgemeinen Grundsätzen.

### § 15.

Der Gesetzgeber hat, wenn er gegen die Endurtheile der Oberlandesgerichte das Rechtsmittel der Revision zuläßt, mit gewissen Schwierigkeiten zu kämpfen, welche mit der Größe des Geltungsbereichs des Prozeßgesetzes wachsen. Die Einsetzung eines obersten Gerichtshofes genügt noch keineswegs, um den Zweck einer, wenn auch nur indirekten Förderung der Einheit des Rechts und der Rechtsprechung zu erreichen. Wenn der Gerichtshof in mehrere Abtheilungen zerfällt, so sinkt in demselben Maße, als die Zahl der Abtheilungen wächst, die Aussicht auf die Erreichung jenes Zwecks, weil alle künstlichen Mittel, die Differenz der Ansichten der mehreren Abtheilungen zu beseitigen, zumal bei mündlichem Verfahren sich als ganz ungenügende erweisen. Wenn das etatsmäßige Richterpersonal des preußischen Ober-Tribunals aus 69 Mitgliedern besteht, so würde die Zahl der Mitglieder eines obersten Reichsgerichts mit der Zuständigkeit der vorgedachten Gerichtshöfe auf 100 noch gering beziffert sein. Ein solcher Gerichtshof wird als Unmöglichkeit oder doch als eine fehlerhafte Institution bezeichnet werden dürfen.

| S. 44.

Wenn nun auch diese Schwierigkeiten nicht ganz beseitigt werden können, so sind sie doch in erheblicher Weise dadurch abzumildern, daß man das Rechtsmittel der Revision nur unter Beschränkungen gestattet. Es fragt sich nur, welche Beschränkungen die richtigsten sind? Wie diese Frage auch beantwortet werden mag, stets wird einem obersten deutschen Gerichtshof ein überreiches Material zu Gebote stehen, um an demselben die Aufgabe der Förderung der Einheit des Rechts und der Rechtspflege zu betheiligen.

Die wirksame Erhebung des Kassationsrefurses des französischen Rechts ist von der vorgängigen Niederlegung eines Sakkumbenzgeldes abhängig. Obwohl diese Vorschrift im System des Kassationsrefurses einer Rechtfertigung nicht ganz entbehrt, so ist sie doch für eine bedenkliche erachtet, aufgehoben und dann wieder herge stellt worden, weil sie als eine notwendige sich erwies, um den Kassationshof vor Ueberbürdung mit Geschäften zu schützen. Im System der Revision als eines ordentlichen civilprozessualischen Rechtsmittels würde eine solche Vorschrift nicht allein Rechtsprinzipien widersprechen, sondern auch das Rechtsgefühl schwer verletzen. Uebrigens ist das Mittel ein grobes und deshalb wirksames; es kommt nur auf die Höhe der Sakkumbenzsumme an, um das Rechtsmittel faktisch zu einem Privilegium der Reichen und der Armen, sofern man nämlich die Letzteren von der Befolgung der Vorschrift entbindet, umzugestalten.

Eringere Bedenken würde es erregen, wenn man die Zulässigkeit des Rechtsmittels von einer bestimmten Höhe des Streitgegenstandes oder des Beschwerdegegenstandes abhängig machen wollte. Auch würde dieses Mittel als ein wirksames angesehen werden müssen, weil man an und für sich die Summe beliebig hoch stellen kann. Eine entsprechende Vorschrift empfiehlt sich jedoch nicht, weil die Festsetzung der einen wie der anderen Summe auf Willkür beruht, sodann aber, weil die Beschränkung der Rechtsmittel mit Rücksicht auf den Werthbetrag des Streitgegenstandes oder des Beschwerdegegenstandes ebensowenig mit allgemeinen Prozeßprinzipien als mit dem Rechtsmittelsystem des Entwurfs im Einklange stehen würde.

Aus dem Entwurf ergeben sich die nachfolgenden Beschränkungen des Rechtsmittels der Revision.

Die Revision findet nur gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile statt. Diese Vorschrift wird durch das System der Gerichtsverfassung gerechtfertigt, wenn die Berufung gegen die Endurtheile der Amtsgerichte zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, welche dem Revisionsgerichte nicht unmittelbar wie die Oberlandesgerichte untergeordnet sind.

| §. 45.

| Die Revision findet gegen die in der Berufungsinstanz erlassenen Endurtheile regelmäßig nur soweit statt, als durch dieselben die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unstatthaft verworfen wird. Die Revision ist also ausgeschlossen, wenn die Berufung als unbegründet zurückgewiesen wird. Es handelt sich um den bekannnten Gegensatz konformer und difformer Erkenntnisse. Die beschränkende Vorschrift dürfte als eine aus sachlichen Gründen gerechtfertigte anzusehen sein. Wenn den Anforderungen, welche die Prozessparteien an den Staat stellen können, schon dadurch genügt sein dürfte, daß der Staat den Prozessparteien zwei Instanzen eröffnet, so wird von einer Partei mit gutem Grunde verlangt werden können, daß sie sich beruhige, wenn der Ausgang beider Instanzen ein gleich ungünstiger für sie gewesen ist. Der gegen diese Auffassung geltend gemachte Einwand, daß das zweite Urtheil auf anderer thatsächlicher Grundlage beruhen könne, als das erste, die Uebereinstimmung beider Erkenntnisse daher leicht eine zufällige sei, und das zweite unter solchen Verhältnissen wesentlich den Charakter einer erstinstanzlichen Entscheidung trage, kann als zutreffend nicht betrachtet werden. Maßgebend ist die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz. Der Rechtskraft fähig ist aber ein Urtheil nur insoweit, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch oder über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittelst Einrede geltend gemachten Gegenforderung entschieden ist. Mag nun auch der Berufungsrichter von einer verschiedenen Rechtsauffassung oder von einer verschiedenen thatsächlichen Grundlage aus zu demselben Urtheile gelangt sein, immerhin läßt sich nicht ohne Grund behaupten, daß eine Entscheidung, welche von abweichenden Standpunkten aus sich als richtig ergibt, als eine solche erscheine, die besondere Bürgschaft der Richtigkeit an sich trage und darum der Partei den geringsten Anspruch auf Zulassung zu einer dritten Instanz gewähre.

Der Kognition des Revisionsgerichts sollen nur solche Rechtsnormen unterliegen, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk desjenigen Oberlandesgerichts, welches das Berufungsurtheil gesprochen hat, hinaus erstreckt. Die in dieser Vorschrift enthaltene Beschränkung der Revision ist von der größten organisatorischen und politischen Bedeutung, ihrem Charakter nach aber von der in den beiden anderen Vorschriften enthaltenen Beschränkung ganz wesentlich verschieden. Die letztgedachte Vorschrift wird an und für sich durch sachliche Gründe gerechtfertigt, ja geboten, so daß sie zur Geltung zu bringen wäre, auch wenn ein Bedürfniß, die Geschäftsmasse des obersten Gerichtshofes zu beschränken, gar nicht anzuerkennen sein möchte.

Der rechtfertigende Grund für die Eröffnung einer dritten Instanz vor einem obersten Gerichtshofe wurde in dem Bedürfnisse nach Einheit des Rechts und der Rechtspflege gefunden. Dieser Gedanke kann gar nicht zur Geltung kommen, wenn es sich um Rechtsnormen handelt, deren Geltungsbereich entweder mit den Bezirksgrenzen des Oberlandesgerichts zusammenfällt oder innerhalb dieser Grenzen liegt. Die Einheit dieser Rechtsnormen kann das Oberlandesgericht ebenso gut und besser wahren als ein oberster Gerichtshof. Daß eine solche Rechtsnorm auch der Kognition eines anderen Oberlandesgerichts unterliegen kann, ist richtig, wird jedoch als etwas rein Zufälliges außer Betracht bleiben müssen. — Wenn man aber den obigen, die Zulassung einer dritten Instanz rechtfertigenden Grund unberücksichtigt lassen oder denselben

| §. 46.

| sogar verwerfen wollte, so würde doch die Zulassung eines weiteren, lediglich die richterliche Würdigung bezielenden Rechtsmittels dadurch bedingt sein, daß die Mitglieder des höheren Gerichts präsumtiv qualifizirter sind als die Richter der Vorderinstanz, das Recht zu weisen. Für diese Annahme fehlt es nun aber an jedem Grunde, wenn es sich um Provinzialgesetze und Lokalstatuten, insbesondere um provinzielles oder lokales Gewohnheitsrecht, sowie ferner um die Rechtsübung in Betreff dieser Rechtsnormen handelt. Es wird vielmehr gerade die umgekehrte Annahme Platz greifen, weil die hier fraglichen Rechtsnormen meist mit Eigenthümlichkeiten, mit den Rechtsanschauungen, Sitten und Gebräuchen, mit den Lebens- und Verkehrsverhältnissen der Geltungsbereiche jener Rechtsnormen im engeren Zusammenhange stehen, diese Eigenthümlichkeiten aber von dem ihnen näher stehenden Oberlandesgerichte präsumtiv richtiger gewürdigt werden, außerdem aber Rechtsnormen präsumtiv sicherer und besser angewandt werden, wenn sie häufiger, als wenn sie selten den Gegenstand der richterlichen Kognition bilden. Je allgemeiner die Rechtsnormen sind, welche ein oberster Gerichtshof anzuwenden hat, umso mehr ist die Vor-

aussetzung begründet, daß er dieselben richtiger würdigen und auf ein gegebenes Factum anwenden werde, als ein ihm nachgeordnetes Gericht. Je beschränkter dagegen der Geltungsbereich einer Rechtsnorm ist, um so begründeter ist die Befürchtung, daß einzelne Mitglieder, ja selbst ein einzelnes Mitglied des obersten Gerichtshofes einen ganz überwiegenden, durch die Verhältnisse nicht gerechtfertigten Einfluß auf die Entscheidung ausüben werde.

Die große organisatorische und politische Bedeutung der beleuchteten Vorschrift tritt hervor, wenn man daneben erwägt, daß es ungeachtet der Zulassung der Berufung gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile der Landgerichte und gegen die Endurtheile der Handelsgerichte ausführbar ist, sehr große Bezirke der Oberlandesgerichte zu bilden. Erstrecken doch die beiden preußischen Appellationsgerichte zu Köln und Celle, für welche ebenso wie für die ihnen nachgeordneten Gerichte mündliches Verfahren gilt, sich über ein weites Gebiet mit drei und zwei Millionen Seelen, obwohl sie Appellationsgerichte sind und die Appellation auch die thatfächliche Seite des Rechtsstreits ergreift.

Werden Oberlandesgerichtsbezirke von einer Größe gebildet, welche das Prozeßverfahren zuläßt, so wird schon von vornherein das Reichsgericht grundsätzlich als ein Gerichtshof für das Recht des Deutschen Reichs angesehen werden können. Freilich wird daneben einstweilen das gemeine Civilrecht, das Civilrecht des preußischen Allgemeinen Landrechts und des rheinischen Gesetzbuchs den Gegenstand der Cognition des obersten Gerichtshofs bilden, allein dieser Rechtsstoff wird sich allmählig mindern und schließlich durch ein allgemeines deutsches Civilgesetzbuch ersetzt werden. Dann wird der oberste Gerichtshof nicht allein grundsätzlich, sondern auch factisch ein Gerichtshof für das deutsche Reichsrecht sein.

### § 16.

Die Civilprozeßordnung ist als ein Theil eines größeren Ganzen gedacht, welches die Gerichtsverfassung, das Civilverfahren und das Strafverfahren umfaßt.

Mit Rücksicht auf diesen Zusammenhang ist es erklärlich, daß Vorschriften, welche dem Civilverfahren und dem Strafverfahren ihrem wesentlichen Gehalte nach gemeinsam sind, aus dem Entwurf der Civilprozeßordnung ausgeschieden | S. 47.  
 Entwurf der Gerichtsverfassung überwiesen sind. Hierher gehören besonders die Vorschriften über Rechtshülfe, Oeffentlichkeit der Sitzungen und Sitzungspolizei sowie über Gerichtssprache, Berathung und Abstimmung (vergl. Gerichtsverfassungsgesetz §§ 127 ff.).

Selbstverständlich finden auch die Vorschriften über die Gerichte und deren sachliche Zuständigkeit in dem Gesetze über die Gerichtsverfassung ihren richtigen Platz. Es ist jedoch von Interesse, hier hervorzuheben, daß man bei der Bearbeitung und Feststellung des Entwurfs der Civilprozeßordnung davon ausgegangen ist, daß der Entwurf der Gerichtsverfassung die nachfolgenden Fundamentalsätze anerkennt.

Für das Reichsgebiet bestehen zur Ausübung der ordentlichen streitigen Civilgerichtsbarkeit erster Instanz und mit örtlich abgegrenzten Gerichtsprengeln Landgerichte, Handelsgerichte und Amtsgerichte. Die Verfassung der Landgerichte und der Handelsgerichte ist eine kollegialische, während die Amtsrichter als Einzelrichter verhandeln und entscheiden.

Vor die nach Maßgabe des Verkehrsbedürfnisses zu errichtenden Handelsgerichte gehören handelsrechtliche Streitigkeiten ohne Rücksicht auf den Werthbetrag. Den Amtsgerichten werden alle Rechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt, sowie gewisse einfache oder schleunige Erledigung erheischende, oder regelmäßig auf Grund genauer örtlicher Kenntniß zu entscheidende Rechtsstreitigkeiten überwiesen. Für alle nicht den Handelsgerichten oder den Amtsgerichten zugetheilten Rechtsstreitigkeiten sind die Landgerichte zuständig. Sämmtliche genannte Erstinstanzgerichte sind ordentliche Gerichte.

Als Gerichte zweiter Instanz sind den Amtsgerichten die Landgerichte, den Landgerichten und Handelsgerichten die Oberlandesgerichte vorgeordnet.

Die Gerichtsbarkeit dritter Instanz wird von einem obersten Gerichtshofe, dem Reichsgerichte, ausgeübt.

## Besondere Begründung.

### Erstes Buch.

#### Allgemeine Bestimmungen.

#### Erster Abschnitt.

##### Gerichte.

##### Erster Titel.

#### Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

##### §§ 1—11.

##### §§ 1, 2. (Romm. Vorl. § 1, Gesetz § 1.)

Die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte bilden einen organischen Theil des Gerichtsverfassungsgesetzes, dessen gesonderter Erlaß in der allgemeinen Begründung § 16 gerechtfertigt ist. Der Entwurf verweist in § 1 auf diese Bestimmungen (vgl. Gerichtsverfassungsgesetz §§ 12, 50, 51, 83, 84, 95, 106) und beschränkt sich darauf, dieselben in einzelnen Beziehungen zu vervollständigen und zu ergänzen.

1. Durch den Entwurf werden die Amtsgerichte für zuständig erklärt: für die Erlassung von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§§ 744, 765,) für Beweisaufnahmen zum ewigen Gedächtniß (§ 430), für das Mahnverfahren (§ 582), für den Sühneversuch in Ehefachen (§ 547), für die Zwangsvollstreckung (§ 633). Den Landgerichten sind die Ehe- und Entmündigungsfachen ausschließlich zugewiesen (§§ 544, 569, 579) — und den Handelsgerichten ist endlich für die Klagen auf Erlassung von Vollstreckungsurtheilen ausländischer Erkenntnisse (§ 610) und für die Klagen im schiedsrichterlichen Verfahren (§ 812) die Zuständigkeit entzogen.

2. Insofern nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Amtsgerichte und der Landgerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, sind Vorschriften über die Festsetzung dieses Werthes nothwendig, Vorschriften, welche in Gemäßheit der Bestimmung des § 2 durch die

##### §§ 3—9 (R. V. §§ 3—9, G. §§ 3—9)

ertheilt werden.

1 | S. 49. | Aus Zweckmäßigkeitgründen ist instruptionell vorgeschrieben, daß die Klage, bezw. die Ladungsurkunde den Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angeben soll, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt (§§ 222, 441). Der Werth des Streitgegenstandes ist von dem Gerichte in Gemäßheit der Bestimmungen über die Prorogation (§§ 38, 39)

nur zu prüfen, wenn derselbe unter den Parteien streitig ist oder wenn gegen den nicht erschienenen Beklagten die Erlassung eines Versäumnisurtheils beantragt wird. In Anschluß an die Vorschrift des § 250 verordnet der § 3, daß das Gericht den Werth des Streitgegenstandes nach freiem Ermessen festzusetzen hat. Folgende Weise hat das Gericht auch frei zu würdigen, ob zum Zwecke dieser Feststellung eine von den Parteien beantragte Beweisaufnahme erforderlich ist. Fehlt es dem Gerichte an den nothwendigen Grundlagen für die Werthfeststellung, so kann es in Anwendung der allgemeinen Vorschrift § 129 auch von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

Für die Werthschätzung wird der nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilende Werth des Streitgegenstandes maßgebend sein. (Prot. der norddeutschen Prozeßkommission Bd. I S. 80). Die württembergische Prozeßordnung Art. 21 und der hannoversche Entwurf § 6 erklären den „Verkehrswert“ für entscheidend. Ein anderer Werth wird nur ausnahmsweise zur Berücksichtigung kommen können, wenn nach dem Inhalte der Klage der Affektionswerth beansprucht wird, oder wenn der Streitgegenstand aus besonderen sachlichen Verhältnissen für eine der Parteien einen höheren als den gemeinen Werth hat.

Der maßgebende Zeitpunkt für die Werthberechnung ist nach § 4 die Erhebung der Klage. Die §§ 222, 441, 442 bestimmen des Näheren, wann die Klage als erhoben gilt. Der für den Zeitpunkt der Klageerhebung angenommene Werth bleibt für die Dauer des Rechtsstreits maßgebend. Anders verhält es sich, wenn nicht der Werth des Streitgegenstandes, sondern dieser selbst im Laufe des Prozesses sich verändert. In Uebereinstimmung mit § 227 Nr. 2 des Entwurfs sprechen die badiische Prozeßordnung § 17, die bayerische Prozeßordnung Art. 11 Abs. 3, der hannoversche Entwurf § 7 Abs. 2, der preussische Entwurf § 63 und der norddeutsche Entwurf § 21 ausdrücklich aus, daß die Minderung des Streitgegenstandes oder die Ermäßigung der Streitansprüche von der einen oder anderen Seite auf die Zuständigkeit des Kollegialgerichts ohne Einfluß bleiben. Entgegengesetzt ist die Sache unter Beachtung der Vorschriften über die Prorogation für den Fall geregelt, daß durch Anträge aus §§ 232 Nr. 2. 3., 237 oder durch Erhebung einer Widerklage der Gegenstand des Rechtsstreits erweitert wird (§ 447).

Im Widerspruche insbesondere mit dem preussischen Rechte (Verordnung vom 21. Juli 1843 § 1, Gerichtskostengesetz vom 10. Mai 1851 § 11 Nr. 1, preuß. Entw. § 50) bestimmt der § 4, daß Früchte, Nutzungen (gesetzliche und vertragmäßige — nordd. Protok. I S. 80 —) Zinsen, Schäden und Kosten bei der Werthberechnung schlechthin und nicht etwa nur hinsichtlich des während der Dauer des Prozesses aufgelaufenen Betrags außer Betracht bleiben, insofern sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden. Diese Bestimmung kann allerdings zur Folge haben, daß, wenn der Werth solcher Nebenforderungen die Zuständigkeit der Amtsgerichte übersteigt, ihre Geltendmachung aber in Verbindung mit einem geringeren Hauptanspruche erfolgt, das Amtsgericht, wenn dagegen die Nebenforderungen selbstständig eingeklagt werden, das Landgericht zuständig ist. Praktisch werden in diesen Fällen äußerst selten eintreten. Die angedeutete Inkonsequenz hat wesentlich theoretische Bedeutung und kann bei einer Frage, für deren Entscheidung gewichtige Gründe der Zweckmäßigkeit sprechen, nicht einmal die Berücksichtigung beanspruchen, welche sie in Art. 21 der württembergischen Prozeßordnung dahin gefunden hat, daß eine Nebenforderung, welche für sich die Zuständigkeitssumme erreicht, in Betracht gezogen werden soll. Die Zweckmäßigkeit spricht entscheidend für die Bestimmung des Entwurfs; es empfiehlt sich, daß die Werthsermittlung zum Zwecke der Kompetenzbestimmung nach klaren und einfachen Regeln geschehe. Es erfordert dies insbesondere die für den Prozeß vor Amts- und Handelsgerichten zugelassene Einleitungsform durch Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers (§ 441). Das entgegengesetzte Prinzip würde, auch wenn es nur hinsichtlich der vor der Klageerhebung entstandenen Nebenforderungen Anerkennung fände, praktisch manche Schwierigkeiten und Weitläufigkeiten zur Folge haben, indem insbesondere bei feststehendem Werthe des Hauptanspruchs die Werthsermittlung der Nebenforderungen oft schwierig sein und Beweiserhebungen veranlassen kann.

Bei der Berechnung des Werths des Streitgegenstandes sind nach § 5 mehrere Ansprüche, welche in einer Klage geltend gemacht werden, zusammenzurechnen. Diese Bestimmung findet selbstverständlich auch dann Anwendung, wenn die mehreren

Ansprüche, welche in einer Klage verbunden sind, auf verschiedenen Gründen beruhen oder wenn sie von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte erhoben sind (nordd. Entw. § 14 Abs. 1). Eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage erfolgt dagegen nicht, indem eine solche Zusammenrechnung aus inneren Gründen nicht gerechtfertigt ist und praktisch zu erheblichen Uebelständen führen würde.

Die §§ 6—9 stehen nicht im Widerspruche mit dem durch § 3 für entscheidend erklärten freien Ermessen des Gerichts; sie geben die leitenden Grundsätze für die Werthsberechnung in einzelnen besonderen Fällen, welche in der Praxis oft vorkommen und in welchen die Feststellung des Werths des Streitgegenstandes erfahrungsmäßig nach verschiedenen Grundsätzen geschieht. Eine solche verschiedenartige Praxis ist aber unerwünscht; es sollen daher die §§ 6—9 auf die Herbeiführung eines übereinstimmenden Verfahrens der Gerichte wirken und gleichzeitig für die Parteien bei der Beurtheilung der Zuständigkeit des anzugehenden Gerichts als Anhalt dienen.

Zusätzlich zu den Vorschriften des § 9 bestimmen manche Gesetze und Gesetzentwürfe (Bayern Art. 4, Württemberg Art. 21 Nr. 3, preuß. Entw. § 49, hannov. Entw. § 6 Nr. 3, nordd. Entw. § 12 Nr. 6), daß bei Prozessen über Rechte auf wiederkehrende Nutzungen die gesetlich erforderliche Ablösungssumme als Streitgegenstand zu berechnen sei. Der Ausnahme dieser Vorschrift in eine deutsche Prozessordnung steht entgegen, daß die Landesgesetze für dergleichen Rechte einen sehr verschiedenen Ablösungswerth festsetzen; es würde dies für Prozesse über an sich gleich werthe Rechte eine verschiedenartige Kompetenz der Gerichte im Deutschen Reiche zur Folge haben. Außerdem ist die Berechnung des Ablösungswerths selbst oft sehr schwierig und kasuistisch, wie es z. B. nach den preußischen Gesetzen vom 2. März 1850 im einzelnen Falle darauf ankommt, ob der Berechtigte oder der Verpflichtete auf Ablösung provozirt, ob die Entschädigung in Land, Geld oder Rente zu gewähren ist, ob das ablösbare Recht mit einer Gegenleistung verbunden ist u. s. w. —

| C. 51.

| Die

### §§ 10, 11 (R. V. §§ 10, 11, G. §§ 10, 11)

sollen widersprechende Entscheidungen verschiedener Gerichte über die sachliche Zuständigkeitsfrage in Beziehung auf einen und denselben Rechtsstreit thunlichst verhüten.

Der § 10 ver sagt jedes Rechtsmittel gegen das Urtheil eines Landgerichts aus dem Grunde, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts in der Sache begründet gewesen sei. Bei der präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichts fehlt es an einem sachlichen Grunde, dem Beklagten dieserhalb ein Rechtsmittel zu gestatten.

Wenn sich in einem Prozesse das zunächst angegangene Gericht auf Grund einer Bestimmung über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig für unzuständig erklärt hat, so bindet diese Entscheidung nach § 11 jedes Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, sei es ein Gericht derselben oder einer anderen Gattung. Durch diese Vorschrift soll die Möglichkeit, daß für denselben Rechtsstreit sich mehrere Gerichte, von denen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, aus demselben Grunde rechtskräftig für sachlich unzuständig erklären, und dadurch für diesen Fall der Eintritt der Anwendbarkeit des § 35 Nr. 6 ausgeschlossen werden.

Da nach dem Gerichtsverfassungsgeetze § 83 die Handelsgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes in Handelsjachen zuständig sind, so werden alle Fragen der sachlichen Zuständigkeit erledigt, wenn das Amts- oder Landgericht sich rechtskräftig für unzuständig erklärt, weil eine Handelsjache vorliege. Hat aber das Handelsgericht rechtskräftig seine Inkompetenz ausgesprochen, weil keine Handelsjache im Streite sei, so ist die Entscheidung der nicht minder zur sachlichen Zuständigkeit gehörigen Frage über den Werth des Streitgegenstandes zwischen Amts- und Landgericht noch offen und es kann daher aus diesem Grunde von dem zweitangegangenen Gerichte wiederum ein Urtheil auf Unzuständigkeit ergehen. Dasselbe Ergebnis gewinnt man in dem Falle, daß ein Amts- oder Landgericht ihre Unzuständigkeit nur aus dem Grunde angenommen haben, weil der Streitgegenstand mehr oder weniger als Einhundert Thaler werth sei. Die Rechtskraft des erstergangenen Urtheils bezieht sich hier nur auf diese Frage und es bleibt noch zu entscheiden, ob

der Rechtsstreit eine Handelsfache betrifft oder nicht. Zu demselben Resultate gelangt man endlich in noch anderen Fällen, insofern nach dem Gerichtsverfassungsgesetze die sachliche Zuständigkeit der Gerichte nicht allein von dem Werthe des Streitgegenstandes oder von der Eigenschaft der Streitsache als Handelsfache abhängen kann.

Der preussische Entwurf §§ 60, 61 (Motive S. 24) und norddeutsche Entwurf §§ 19, 18 (Protokolle I S. 93, III S. 1137, 1169, 1266) bestimmen entsprechend den §§ 10, 11. Die Bestimmung des § 11 gilt auch nach Baden § 16 Abs. 3 und nach dem preussischen Gesetze vom 15. März 1869 § 4.

## Zweiter Titel. Gerichtsstand.

§§ 12—37. (R. B. §§ 12—37, G. §§ 12—37.)

Die §§ 12—20 behandeln die allgemeinen Gerichtsstände, während sich die §§ 21—34 mit den besonderen Gerichtsständen beschäftigen. Der § 35 | normirt das | S. 52. Verhältnis mehrerer zuständigen Gerichte zu einander. Die §§ 36, 37 ordnen für bestimmte Fälle die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch das höhere Gericht.

Mit Rücksicht auf den Zusammenhang, der zwischen einzelnen Gerichtsständen und den in der Prozeßordnung geregelten Materien besteht, ist darauf verzichtet, sämtliche Gerichtsstände in dem zweiten Titel zusammenzustellen. Es finden sich daher durch den ganzen Entwurf zerstreut Vorschriften über den Gerichtsstand. Für das Mahnverfahren setzt der § 582 die Gerichtsstände fest. Einen besonderen Gerichtsstand bestimmen ferner der § 61 für die Hauptintervention, der § 523 für die Nichtigkeits- und Restitutionsklagen, der § 542 für die Wechselklagen, die §§ 544, 569, 579 für Ehe- und Entmündigungssachen, der § 784 für die Amortisation von Urkunden und der § 812 für die Klage im schiedsrichterlichen Verfahren. Eine große Zahl von Gerichtsständen stellt das achte Buch für die Zwangsvollstreckung auf (§§ 610, 616, 633, 635, 636, 639, 653, 654, 677, 702, 705, 720, 721, 724, 726). Außerdem regelt der Entwurf die Zuständigkeit für die Erledigung von Nebenstreitigkeiten. Auch sind für einzelne Fälle (§ 768 Abs. 2; Einführungsgesetz §§ 7, 11) andere reichs- und landesgesetzliche Anordnungen über den Gerichtsstand aufrecht erhalten.

Nach

§ 12 (R. B. § 12, G. § 12)

ist das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, und nach § 35 hat der Kläger unter mehreren zuständigen Gerichten die Wahl. Eine Ausnahme tritt ein, wenn für eine Klage durch die Prozeßordnung, durch das Einführungsgesetz zu derselben oder durch ein anderes Reichsgesetz ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. Dem ausschließlichen Gerichtsstande hat jeder andere Gerichtsstand zu weichen. Ausschließliche Gerichtsstände schreibt der Entwurf, abgesehen von der Zwangsvollstreckung (§ 656) nur in beschränktem Maße vor: für die dinglichen Klagen des § 25, für die Nichtigkeits- und Restitutionsklagen § 523, für Ehe- und Entmündigungssachen §§ 544, 579.

Soweit nicht einzelne Ausnahmen bestimmt werden, gelten die Vorschriften über den Gerichtsstand nicht nur für die Inländer, d. h. die Angehörigen des Deutschen Reichs — Reichsverfassung vom 16. April 1871 Art. 3, Gesetz von demselben Tage § 2 Abs. 2, Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870 §§ 1—12 —, sondern ebensowohl für die Ausländer, und zwar ohne Rücksicht auf die Parteistellung der betreffenden Personen im Prozesse und — entgegen der altpreuß. Praxis (Entf. des Ober-Tribunals vom 26. April 1855. Striethorst Archiv Band 17 S. 144) — ohne

Rücksicht darauf, ob es sich um den allgemeinen oder einen besondern Gerichtsstand handelt.

Der Entwurf erkennt ferner keinen privilegierten Gerichtsstand an und reservirt nur durch § 3 des Einführungsgesetzes den landesrechtlich bestehenden Sondergerichtsstand der Landesherren und der landesherrlichen Familien.

Die Vorschriften über das Forum von Ausländern, welche im Inlande als Exterritoriale leben, berühren Straf- und Civilprozeß und gehören daher nach dem in der allgemeinen Begründung § 16 entwickelten Gesichtspunkte in das Gerichtsverfassungsgezet (vgl. Gerichtsverfassungsgezet §§ 6—9).

| S. 53.

In Uebereinstimmung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen und allen neueren Prozeßgesetzen erklärt der

### § 13 (R. V. § 13, G. § 13)

als den prinzipialen Entstehungsgrund des allgemeinen Gerichtsstandes den Wohnsitz des Beklagten. Der Entwurf giebt gleich den Prozeßordnungen für Bayern Art. 12, Württemberg Art. 32, Baden § 18, Hannover § 5, Oldenburg Art. 11, Braunschweig § 25 keine Definition des Wohnsitzes, davon ausgehend, daß der prozeßrechtliche Wohnsitz mit dem civilrechtlichen Wohnsitz identisch sei und daß der Begriff des Wohnsitzes, sowie die Voraussetzungen, unter denen der Wohnsitz begründet und aufgehoben wird, durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt werden. Es kann mithin nicht zweifelhaft sein und bedarf einer ausdrücklichen Bestimmung nicht, daß, insofern nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts Jemand an mehreren Orten Wohnsitz hat, der allgemeine Gerichtsstand dieser Person an jedem der mehreren Orte begründet ist.

Nach den angezogenen Prozeßgesetzen und den neueren Prozeßgeszentwürfen — preuß. Entw. § 4, hannov. Entw. § 10 — gilt der Grundsatz des § 13 nur insoweit, als der Wohnsitz des Beklagten im Inlande belegen ist. Auch nach dem nordd. Entw. §§ 43, 44 tritt in Ermangelung des inländischen Wohnsitzes der Gerichtsstand des Aufenthalts und, wo auch dieser unbekannt oder im Auslande, der des letzten inländischen Wohnsitzes ein. Gegen Personen, welche im Auslande ihren Wohnsitz haben, kann jedoch

- a) im Gerichtsstande des Aufenthalts seitens der Ausländer nur wegen vermögensrechtlicher Ansprüche,
- b) in dem des letzten inländischen Wohnsitzes nur aus den vor Begründung des ausländischen Domizils entstandenen Rechtsverhältnissen geklagt werden.

Diese Vorschriften sind kasuistisch und entbehren eines festen Prinzips. Der Entwurf hielt es daher für angemessen, in konsequenter Anwendung des Grundsatzes, hinsichtlich des Gerichtsstandes nicht zwischen Inländern und Ausländern zu unterscheiden, einen Schritt weiter zu gehen und in den Fällen der §§ 13, 18 den allgemeinen Wohnsitzgerichtsstand dort anzunehmen, wo der Beklagte wohnt, gleichviel, ob der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande liegt. Der subsidiäre allgemeine Gerichtsstand am Aufenthaltsorte in Deutschland (§ 18) findet daher nur Anwendung, wenn der Beklagte gar keinen Wohnsitz hat, weder innerhalb noch außerhalb des Deutschen Reichs; und ebensowenig soll in Betreff des letzten Wohnsitzes — welcher für Beklagte ohne Domizil und ohne bekannten deutschen Aufenthaltsort den allgemeinen Gerichtsstand begründet — unterschieden werden, ob der Beklagte den letzten Wohnsitz im Inlande oder im Auslande hatte. Der Entwurf hofft mit diesen Grundsätzen eine dem Rechtsbedürfnisse der Gegenwart entsprechende Fortbildung des internationalen Rechts zu fördern und besorgt hieraus keine Gefährdung der deutschen Interessen. Die besonderen Gerichtsstände der belegenen Sache, des Vertrags, des Vermögens etc. §§ 25, 29, 24 werden genügen, um in den geeigneten Fällen den im Auslande wohnhaften Schuldner vor ein inländisches Gericht zu ziehen. In besonderer Berücksichtigung der einschlagenden Verhältnisse hat der Entwurf zu Gunsten der Inländer einige Ausnahmen von der allgemeinen Regel bestimmt für die Ehescheidungs-klage der verlassenen deutschen Ehefrau § 544 Abs. 2, für die Entmündigungsklage und die Klage auf Wiederaufhebung der Entmündigung §§ 568, 579, endlich für einige Fälle im Zwangsvollstreckungsverfahren §§ 654, 677, 726.

| S. 54.

Die

## §§ 14—16 (R. V. §§ 14—16, G. §§ 14—16)

stellen den allgemeinen Gerichtsstand für diejenigen Fälle fest, in denen der den Gerichtsstand begründende Wohnsitz von dem Beklagten nicht frei gewählt, sondern durch Beruf oder Amt bestimmt ist.

Der Ausdruck „Militärperson“ in den §§ 14 und 15 findet seine Erläuterung in dem § 38 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874. Den zweiten Absatz des § 14 ergänzt der § 21 Abs. 2. Die §§ 14 und 21 Abs. 2 entsprechen dem § 39 Abs. 2 des Reichsmilitärgesetzes.

Der § 16, welcher, insofern es sich um Reichsbeamte handelt, mit dem Reichsbeamtenengesetz vom 31. März 1873 § 21 im Wesentlichen übereinstimmt, unterscheidet zwischen Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität genießen, und zwischen im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaats. Die exterritorialen Deutschen können ihren Wohnsitz außerhalb ihres Heimathstaats in und außer dem Deutschen Reiche haben. In ersterer Beziehung wird auf Art. 10 der Reichsverfassung und auf die von den deutschen Bundesstaaten bei einander beglaubigten Missionen verwiesen. Beispiele der im Auslande stationirten Beamten sind die Zollvereinsbevollmächtigten im Großherzogthum Luxemburg (Zollvereinsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 20). Auf Wahlkonsuln — cfr. §§ 9 und 6 des Reichs-Konsulatsgesetzes vom 8. November 1867 — findet der § 16 keine Anwendung.

Die im § 16 bezeichneten Personen sollen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz behalten, welchen sie in dem Heimathstaate hatten. Nicht prinzipaliter — wie nach den Prozeßordnungen für Bayern Art. 13, Abs. 1, Oldenburg Art. 13, Hannover § 6, Baden § 19 —, sondern nur eventuell tritt an die Stelle des letzten Wohnsitzes die Landeshauptstadt. Ist die letztere in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so ist, wie in der Prozeßordnung für Bayern Art. 13 Abs. 2, festgesetzt, daß der als Wohnsitz geltende Bezirk von der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt wird. In dem Reichsbeamtenengesetz § 21 ist auch der Fall vorgesehen, daß für den Beamten im Deutschen Reiche kein Heimathstaat besteht: für diesen Fall ist der allgemeine Gerichtsstand vor dem Stadtgerichte zu Berlin begründet.

Der

## § 17 (R. V. § 17, G. § 17)

behandelt den accessorischen Gerichtsstand abhängiger Personen. Durch die Stellung des § 18 hinter den § 17 wird zum Ausdruck gebracht, daß der abgeleitete Gerichtsstand nicht anders als durch den Wohnsitz des Ehemannes, des Vaters, der Mutter bestimmt wird und in Ermangelung eines Wohnsitzes derselben ein accessorischer Gerichtsstand nicht begründet werden kann. Die Vorschriften der §§ 14—16 gelten aber auch gegenüber dem abgeleiteten Gerichtsstande. Um dieserhalb mögliche Zweifel auszuschließen, sind die betreffenden Bestimmungen dem § 17 vorangestellt.

Einen abgeleiteten Gerichtsstand hat:

1) die Ehefrau. Sie theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, auch wenn sie nach dem bürgerlichen Recht während der Dauer der Ehe einen selbstständigen Wohnsitz zu begründen vermag. So lange der Wohnsitz des Ehemannes besteht, ist für die Bestimmung ihres allgemeinen Gerichtsstandes nicht ihr Wohnsitz, sondern der Wohnsitz des Ehemannes ausschließlich maßgebend.

| C. 55.

Wird die Ehe durch den Tod des Ehemannes oder durch Scheidung quoad vinculum getrennt, so fällt der abgeleitete Gerichtsstand fort. Der Scheidung quoad vinculum ist die immerwährende Trennung von Tisch und Bett durch § 17 gleichgestellt. Wenn und so lange der Ehemann kein Domizil hat, wird die Ehefrau in Beziehung auf ihren Gerichtsstand als selbstständige Person angesehen und begründet ihren Gerichtsstand selbstthätig nach Maßgabe der in dem Entwurfe für die Konstituierung eines allgemeinen Gerichtsstandes §§ 13, 18 aufgestellten Vorschriften. Erlangt in bestehender Ehe der Ehemann von Neuem ein Domizil, so tritt die Ehefrau wieder in den abgeleiteten Gerichtsstand zurück. Der norddeutsche Entwurf § 50 Abs. 2 schreibt ferner vor, daß der „abgeleitete Gerichtsstand der Ehefrau aufhöre, wenn die Ehefrau von dem Ehemanne verlassen ist und dieser keinen Wohnsitz im Inlande hat“; desgl. Württemberg Art. 33 Nr. 1, preuß. Entw. § 7 Abs. 2, 3. Solche Ausnahme-

bestimmungen sind aber unter Berücksichtigung der Vorschriften des Entwurfs über die besonderen Gerichtsstände durch ein dringendes praktisches Bedürfnis nicht geboten und um so weniger rathsam, als die thatsächliche Voraussetzung der Befugnis der Chefrau zur eigenen Begründung eines getrennten Wohnsitzes eine sehr schwierige Feststellung erfordert, welche zu einer verschiedenartigen und bedenklichen Praxis führen würde. Ist schon der Begriff der Verlassung der Chefrau ein thatsächlich ungeeignetes Kriterium, so verstößt die zweite, vom nordd. Entw. erforderte Bedingung, „daß der Ehemann keinen Wohnsitz im Inlande habe“, gegen das zu § 13 erörterte allgemeine Prinzip.

2) Den durch Wohnsitz begründeten allgemeinen Gerichtsstand des Vaters theilen die ehelichen und die diesen gleichgestellten Kinder. Desgleichen theilen in Ansehung des Gerichtsstandes die unehelichen Kinder den Wohnsitz der Mutter. Nach § 17 Abs. 2 behalten die Kinder diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben. Dies kann geschehen nach erlangter Verfügungsfähigkeit oder schon früher unter Hinzutritt der vormundschaftlichen oder auch väterlichen Genehmigung. Das bloße Aufhören des väterlichen oder mütterlichen Wohnsitzes alterirt den Gerichtsstand der Kinder nicht.

Von der Aufstellung eines allgemeinen Gerichtsstandes der unter Vormundschaft und Kuratel stehenden Personen bei dem Gerichte, in dessen Bezirke die Vormundschaftsbehörde ihren Sitz hat (nordd. Entw. § 52, preuß. Entw. § 10) ist Abstand genommen. Ein praktisches Bedürfnis zur Konstituierung dieses den Prozeßgesetzgebungen fast durchweg unbekanntes Gerichtsstandes besteht nicht; auch ist es mit Rücksicht auf das Vormundschaftsrecht nicht ohne Bedenken, den Schwerpunkt der Repräsentation des Bevormundeten in die Verwaltungsbefugnisse der Vormundschaftsbehörde zu legen.

Des

#### § 18 (R. V. § 18, G. § 18)

geschah bereits bei der Begründung des § 13 Erwähnung. Der deutsche Aufenthaltsort des Beklagten begründet erst in Ermangelung eines in- oder ausländischen Wohnsitzes den allgemeinen Gerichtsstand. Zur Erleichterung der Rechtshilfe erscheint es angemessen, nicht allein den dauernden Aufenthalt (résidence), sondern den Aufenthalt überhaupt ins Auge zu fassen, und zwar um so mehr, als eine Grenze zwischen längerem und kürzerem Aufenthalte nicht wohl gezogen werden kann. Zur Begründung des in Rede stehenden allgemeinen Gerichtsstandes genügt, daß der Beklagte sich in dem Bezirke des Gerichts, bei welchem die Klage erhoben werden soll, so lange aufhält, daß ihm daselbst die Klage zugestellt werden kann.

Ist aber ein deutscher Aufenthaltsort des Beklagten nicht bekannt, so kann sich der Kläger an das Gericht des letzten Wohnsitzes des Beklagten wenden. Hierbei wird aber wiederum — wie oben bemerkt — zwischen In- und Ausland nicht unterschieden.

Die Grundsätze des

#### § 19 (R. V. § 19, G. § 19)

über den allgemeinen Gerichtsstand der juristischen Personen und anderer nicht als einzelne physische Personen in Betracht kommenden Parteien, welche nach dem bürgerlichen Rechte vor Gericht belangt werden können, entsprechen im Wesentlichen den bestehenden Rechten und stehen insbesondere in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des deutschen Handelsgesetzbuchs und des Reichsgesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 4. Juli 1868 über den ordentlichen Gerichtsstand der Gesellschaften und Genossenschaften. Die Vorschrift über den Gerichtsstand der Gewerkschaften ist aus § 96 des preußischen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 übernommen. Die Bestimmungen des § 19 haben übrigens nur eine subsidiäre Bedeutung, indem der für die Gesellschaft zc. im Allgemeinen durch Statut oder in anderer Weise, z. B. durch Normativbestimmungen zc., speziell bestimmte Gerichtsstand demjenigen aus § 19 vorgeht.

In Uebereinstimmung mit dem preußischen Rechte — Gesetz vom 26. April 1851 Art. II Nr. 1 —, dem preuß. Entw. § 13 und dem nordd. Entw. § 49 bestimmt der

## § 20 (R. V. § 20, G. § 20)

den allgemeinen Gerichtsstand des Fiskus nach dem Sitze derjenigen Behörde, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten. Eine Anwendung dieses Grundfazes enthalten z. B. das Gesetz, betreffend die Pensionirung und Versorgung der Militärpersonen des Reichsheeres und der Kaiserlichen Marine u. s. w., vom 27. Juni 1871 § 116 (R. G. B. S. 275) wegen der Klagen aus Rechtsansprüchen auf Pensionen, Beihilfe und Bewilligungen, das Reichspostgesetz vom 28. Oktober 1871 § 13 (R. G. B. S. 347) in Betreff der Entschädigungsklagen wider den Reichspostfiskus, und das Reichsbeamtenengesetz vom 31. März 1873 § 151 (R. G. B. S. 61) rückfichtlich der gegen den Reichsfiskus zu richtenden Klagen. Die Bestimmung des § 20 entspricht dem Bedürfnisse der Staatsverwaltung nach möglichst einheitlicher Regelung des Gerichtsstandes für diese das öffentliche Recht vielfach berührenden Prozesse und ist den Bestimmungen der Partikularrechte (Bayern Art. 15, Baden § 21, Württemberg Art. 38) vorzuziehen, welche den allgemeinen Gerichtsstand des Fiskus zu sehr zersplittern.

Die §§ 21 und 22 vermitteln den Uebergang zu den besonderen Gerichtsständen. Der

## § 21 (R. V. § 21, G. § 21)

stammt ebenfalls aus dem preussischen Rechte, für welches die Kabinetts-Ordre vom 4. Juli 1832 verordnete, daß Personen der im § 21 bezeichneten Art in Injurien-, Alimenter- und Entschädigungsprozessen sowie in allen Rechtsstreitigkeiten, welche aus ihren Dienst-, Erwerbs- und Kontraktverhältnissen entspringen, dem persönlichen Gerichtsstande ihres Aufenthalts unterworfen sein sollen. Der § 16 des preussischen Entwurfs, der § 4 des Nürnberger Entwurfs eines Rechtshülfegesetzes und Württemberg Art. 41 haben diesen Gerichtsstand aufgenommen hinsichtlich der für jene Personen aus den am Aufenthaltsorte aus Verträgen, Handlungen oder Unterlassungen entstandenen Verbindlichkeiten. Die Beschränkung des Gerichtsstandes auf die am Aufenthaltsorte entstandenen Verbindlichkeiten ist wegen ihrer kasuistischen und nicht prinzipiellen Natur verfehlt. In Betreff dieser Verpflichtungen ist der Gläubiger durch die besonderen Gerichtsstände des Vertrags, des Vermögens, der unerlaubten Handlung ausreichend geschützt. Die hannoversche Kommission übergibt daher diesen Gerichtsstand als überhaupt nicht erforderlich. Seinen eigentlichen Werth erhält das Forum erst durch seine Erhebung zu einem Quasidomicil der betreffenden Personen mit der Wirkung, daß in demselben während des Aufenthalts der Personen alle bestehenden vermögensrechtlichen Ansprüche ohne Rücksicht auf den Entstehungsort gegen sie verfolgt werden können. Mit dieser Erweiterung entspricht der § 21 den Prozeßordnungen für Hannover § 7 Abs. 3, Bayern Art. 18, Braunschweig § 25, Baden § 25 und Oldenburg Art. 14 § 4.

Für Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, tritt an Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts dasjenige des Garnisonorts, welcher mit dem ersteren nicht nothwendig zusammenfällt.

Der

## § 22 (R. V. § 22, G. § 22)

begründet — übereinstimmend mit dem Nürnberger Entwurf § 5, Bayern Art. 24 bis 26, Württemberg Art. 40, Baden § 32, preuß. Entw. §§ 17, 18, hannov. Entw. § 16, nordd. Entw. § 54 — einen besonderen Gerichtsstand der Niederlassung. Derselbe ist dem forum domicilii nachgebildet: das Etablissement wird, was die auf den Geschäftsbetrieb desselben bezüglichen Klagen anlangt, dem Wohnsitz gleichgeachtet; dasselbe gilt für das Gut, was die Klagen aus den auf dessen Bewirthschaftung sich beziehenden Rechtsverhältnissen betrifft (vergl. den Kommissionsbericht in den Verhandlungen der Nürnberger Konferenz über die in den deutschen Bundesstaaten in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gegenseitig zu gewährende Rechtshülfe S. 36 ff.). Daß in diesem Umfange der Gerichtsstand durch das Bedürfnis gerechtfertigt wird, beweist dessen allgemeine Anerkennung in den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Entwürfen.

Der

## § 23 (R. V. § 23, G. § 23)

enthält einen besonderen Gerichtsstand für Streitigkeiten aus gesellschaftlichen und genossenschaftlichen Verhältnissen, indem er im Anschlusse an die Vorschriften des § 19 bestimmt, daß Gemeinden, Körperschaften, Gesellschaften, Genossenschaften und andere Personenvereine bei dem Gerichte, in dessen Bezirke sie ihren Sitz und folgerweise ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, Klagen gegen ihre Mitglieder als solche erheben können (Code de procédure civile art. 59, Bayern Art. 16, Baden § 30, nordd. Entw. § 55). In Uebereinstimmung mit diesen Gesetzgebungsarbeiten und in Anerkennung des sachlichen Grundes, auf welchem dieser Gerichtsstand beruht, soll das Gericht des § 23 | auch für solche Klagen der Gesellschafter zuständig sein, welche sie aus den Rechtsverhältnissen der Sozietät gegen einander anstellen.

Gegenüber den neuen Grundsätzen, auf denen die §§ 13 und 18 des Entwurfs beruhen, hat der durch

## § 24 (R. V. § 24, G. § 24)

zugelassene Gerichtsstand des Vermögens seine besondere Bedeutung. Gegen eine Person, welche in Deutschland keinen Wohnsitz hat, sollen nach § 24 Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche bei dem Gerichte erhoben werden können, in dessen Bezirke sich das Vermögen jener Person oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet. Diese Vorschrift schützt die Gläubiger der im Auslande wohnenden oder im Inlande ohne Domizil sich umhertreibenden Schuldner und ist ein bewährter Satz des preussischen Prozeßrechts — § 25 der Allg. Ger. Ordn. Th. I Tit. 2 Anh. § 34 —. GleichermäÙen bestimmen die Prozeßordnungen für Braunschweig § 26, Oldenburg Art. 15, Bayern Art. 19 und Württemberg Art. 34 für die Schuldner ohne Wohnsitz und ohne Aufenthaltsort. In der Ausdehnung des § 24 ist dies Forum dem gemeinen Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungsarbeiten nicht bekannt, und es stehen ihr insofern legislative Bedenken entgegen, als bei zerstreuten Vermögensstücken eine große Zahl von Gerichtsständen begründet sein kann, und jedes geringfügige, vielleicht nur zufällig zurückgelassene Vermögensstück einen Gerichtsstand herbeizuführen vermag. Auf der anderen Seite macht aber die Zulassung dieses Gerichtsstandes denjenigen des Arrestes entbehrlich und dient deshalb zur Vereinfachung der die Gerichtsstände betreffenden Vorschriften. Da der Gerichtsstand des § 24 vorzugsweise den Zweck hat, daß die im Inlande vorhandenen Vermögensstücke als Gegenstände der Zwangsvollstreckung benutzt werden können, so rechtfertigt sich die Beschränkung dieses Gerichtsstandes auf Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche. Da ein Vermögensgegenstand auch mit einer dinglichen Klage in diesem Gerichtsstande in Anspruch genommen werden kann, so bietet derselbe in Betreff beweglicher Sachen in gewissem Sinne einen Ersatz für das auf unbewegliche Sachen beschränkte Forum der belegenen Sache. Der zweite Satz des § 24 hat den Zweck, einen in der preussischen Praxis hervorgetretenen Zweifel zu beseitigen. Das Ober-Tribunal hatte in der vielfach als unpraktisch angefochtenen Entscheidung vom 3. Dezember 1848 entgegengesetzt erkannt (Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 19 S. 433).

Die

## §§ 25—27 (R. V. §§ 25—27, G. §§ 25—27)

handeln von dem dinglichen Gerichtsstande. Der Entwurf hat diesen Gerichtsstand nur für unbewegliche Sachen anerkannt und in Betreff der im § 25 aufgeführten Klagen für einen ausschließlichen erklärt. Darin entspricht der Entwurf der preuß. U. G. D. I. 2, §§ 107, 116, dem Code de proc. art. 3, 59, den Prozeßordnungen von Württemberg Art. 45 und Bayern Art. 21, dem preuß. Entw. § 21, hannov. Entw. § 17, sächs. Entw. § 75, nordd. Entw. §§ 56, 58. Nach den Prozeßordnungen von Hannover § 8, Oldenburg Art. 19 § 1, Baden § 26 ist der Gerichtsstand der belegenen Sache bloß elektiv. Die auch dem kanonischen Rechte und dem älteren deutschen Gerichtsgebrauche entsprechende Ausschließlichkeit des dinglichen Gerichtsstandes für die Klagen des § 25 rechtfertigt sich durch Gründe des internationalen Rechts — Protokolle der hannoverschen Prozeß-Kommission Bd. I S. 437 ff. — und durch die

Erwägung, daß eine richtige Würdigung und eine sichere Feststellung der Rechtsverhältnisse des Grundeigenthums vorzugsweise von dem Richter der belegenden Sache zu erwarten ist. Unter dem Ausdrucke „Besitzklagen“ sind die sämtlichen Besitzklagen mit Einschluß der interdicta adipiscendae possessionis verstanden worden. Hinsichtlich der Klagen, welche Servituten und Reallasten betreffen, ist die Vorschrift aufgenommen, daß der dingliche Gerichtsstand — sowohl für die actio confessoria, als für die actio negatoria — durch die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks bestimmt werde. Dieser Grundsatz, welcher hinsichtlich der negatorischen Klage in der preussischen Praxis bezweifelt worden ist (Reskript vom 10. April 1840, Just. Min. Bl. 1840 S. 146; dagegen Koch Civilprozeßrecht Bd. 2 S. 45 Anm. 33), stimmt mit dem gemeinen Rechte und neueren Prozeßgesetzen (Hannover § 8, Württemberg Art. 45, Bayern Art. 21) überein; behufs Herbeiführung einer gleichmäßigen Anwendung des Gesetzes erschien es angemessen, den Grundsatz gesetzlich festzustellen.

Der § 26 gewährt dem Kläger in Uebereinstimmung mit dem hannov. Entw. § 17 und mit Württemberg Art. 45 nur das Recht, im dinglichen Gerichtsstande mit einzelnen Klagen, durch welche eine dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, die konnexen persönlichen Klagen zu verbinden, insofern sie gegen denselben Beklagten gerichtet sind. Der preuß. Entw. § 22 und der nordd. Entw. § 59 haben diese letztere Beschränkung nicht. Eine Ausdehnung auf den Fall der Erhebung der Klagen gegen verschiedene Personen ist durch ein praktisches Bedürfnis nicht geboten, aus inneren Gründen nicht genügend gerechtfertigt und aus prozessualischen Rücksichten wegen der Gefahr, daß durch Klagenhäufung eine Verwirrung des Verfahrens herbeigeführt werde, nicht zu billigen.

Das Motiv, welches für die Geltendmachung dinglicher Rechte den Gerichtsstand der belegenden Sache rechtfertigt, ist auch hinsichtlich der in § 27 beregten actiones in rem scriptae zutreffend. Hinsichtlich der Klagen wegen Ersatz des einem Grundstücke zugefügten Schadens ist dieser Gerichtsstand erfahrungsmäßig für diejenigen, welche auf Ersatz des Schadens einen Anspruch haben, von Wichtigkeit. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit ist ferner das dingliche Forum für Klagen auf Entschädigung wegen Expropriation eines Grundstücks zu billigen (vgl. Reichsgesetz vom 21. Dezember 1871, betreffend die Beschränkung des Grundeigenthums in der Umgebung von Festungen § 42).

Die Bestimmungen des

### § 28 (R. B. § 28, G. § 28)

über den Gerichtsstand der Erbschaft stehen im Einklang mit dem nürnberg. Entw. § 9, Baden § 29, Bayern Art. 22, Württemberg Art. 48, dem preuß. Entw. §§ 25, 26 und dem hannov. Entw. § 19.

Mit den allegirten Gesetzen unterscheidet der Entwurf in Betreff der Dauer des Gerichtsstandes der Erbschaft zwischen den Klagen der Erben und Vermächtnisnehmer einerseits und zwischen den Klagen der Nachlaßgläubiger gegen den Erblasser und die Erben als solche andererseits. Für erstere gilt der Gerichtsstand der Erbschaft ohne Beschränkung. In diesen Fällen ist das Gericht, vor welchem der Erblasser seinen letzten allgemeinen Gerichtsstand hatte, recht eigentlich zum Erbschaftsgerichte berufen. Das Recht desselben ist für die Rechte der Erben und Legatäre allgemein maßgebend, insofern es sich nicht um die Succession in Güter handelt, welche von der Universalsuccession ausgeschlossen sind (Lehen, Stammgüter, Familienfideikommiss, Bauer Güter) vgl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts I S. 214 ff. Gegenüber den Nachlaßgläubigern erscheint das Erbschaftsgericht nicht in gleicher Art als das naturgemäß kompetente Gericht. Vielmehr ist seine Zuständigkeit nur auf eine gewisse Zeit im Interesse der Rechtsverfolgung der Gläubiger erstreckt, so lange hierfür erhebliche Gründe vorliegen (hannov. Prot. II S. 454—463, 489—499). Als solche sind anerkannt:

- a) der Aufenthalt des Nachlasses im Bezirke des Nachlaßgerichts. Der Gerichtsstand dient zum Schutze der inländischen Nachlaßgläubiger gegen ausländische Erben eines inländischen Erblassers.
- b) das Vorhandensein mehrerer Erben bis zur erfolgten Theilung. Es würde die Rechtsverfolgung der Gläubiger unbillig erschweren, wenn sie auch

| S. 59.

| S. 60.

in diesem Falle vorab die Bestellung eines gemeinsamen Gerichtsstandes für die Erben besonders beantragen müßten.

Nach der Entfernung, beziehungsweise Vertheilung des Nachlasses haben die Gläubiger, insofern für den Anspruch nicht das Erbschaftsgericht aus anderen Gründen zuständig ist, dem Gerichtsstande der Erben in gleicher Weise zu folgen, wie demjenigen des Erblassers bei verändertem Domizile.

Unter den Ansprüchen an die Erben als solche sind Ansprüche zu verstehen, welche nach dem Tode des Erblassers an die ungetheilte Erbschaftsmasse, z. B. durch Verträge der Erben als solcher begründet werden (Verhandlungen der nürnberg. Kommission S. 61).

Die im nordd. Entw. § 60 Abs. 3 vorbehaltene abweichende Bestimmung der Landesgesetze — preuß. A. L. R. Thl. I Tit. 17 § 132 — über die Fortdauer des Gerichtsstandes der Erbschaft zu Gunsten der Nachlassgläubiger, wenn die Theilung des Nachlasses ohne Benachrichtigung derselben geschieht, erscheint nicht von genügender Bedeutung, um gegen das Interesse der Rechtseinheit aufrecht erhalten zu werden.

Die Bestimmungen des hannov. Entw. § 19 Abs. 4 und Württemberg Art. 4 Abs. 3, welche den ausschließlichen Gerichtsstand der belegenen Sache gegenüber demjenigen der Erbschaft reserviren, sind schon bei Berathung des norddeutschen Entwurfs — Protok. I S. 52 — absichtlich übergangen. Ohne Gefahr der Zersplitterung des Theilungsverfahrens lassen sich die unbeweglichen Sachen, welche der Universalsuccession unterliegen, der Verfügung des Erbschaftsgerichts nicht entziehen.

Nach

### § 29 (R. B. § 29, G. § 29)

welcher das forum contractus bestimmt, ist als solches das Gericht des Orts zuständig, wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist. Im Gegensatz zur gemeinrechtlichen Praxis — Wezell, System des ordentlichen Civilprozesses Ed. II. S. 455—456 — und zum preussischen Rechte — A. G. D. I. 2 §§ 142 ff. — verlangt der Entwurf nicht mehr, daß der Beklagte in dem Bezirke dieses Gerichts anzutreffen sei oder dort Vermögen besitze. Unter Beseitigung dieser Beschränkungen ist im Interesse des Verkehrs der Gerichtsstand des Vertrags möglichst frei gestaltet und im Anschlusse an den nürnberg. Entw. § 6, preuß. Entw. § 19, hannov. Entw. § 20, nordd. Entw. § 61, Württemberg Art. 42 der Ort der Vertragserfüllung als maßgebend anerkannt. Die Prozeßordnung von Hannover § 10 bestimmt alternativ und die von Oldenburg Art. 16 subsidiär den Ort des Vertragsabschlusses. Die neuere Doktrin geht aber davon aus, daß es keinen Fall gebe, in welchem die ausschließliche Erwähnung des Vertragsorts an Stelle des Erfüllungsorts nöthig wäre, daß vielmehr für jeden Fall ein Erfüllungsort bestimmt sei. Der hannov. Entw., Württemberg und Baden § 31 bezeichnen den Erfüllungsort noch näher als den Ort, „an welchem der Betrag von dem Beklagten nach ausdrücklicher oder stillschweigender Uebereinkunft der Parteien, nach der Natur der Sache oder nach gesetzlicher Bestimmung zu erfüllen ist.“ Eine solche Spezialisirung erschien unnöthig. Der § 29 des Entwurfs lautet so generell, daß in denselben alle Momente fallen, durch welche der Erfüllungsort fixirt werden kann. Die von der bayerischen Prozeßordnung Art. 23 getroffene Beschränkung des forum contractus auf die Fälle, in denen die Erfüllung eines Vertrags nur an einem bestimmten Orte möglich oder der Ort derselben in dem Vertrage ausdrücklich bezeichnet ist, konnte schon deswegen nicht adoptirt werden, weil sie mit den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs Art. 324, 325, 342 in Widerspruch steht.

Die in diesem Forum zulässigen Klagen sind die Klagen auf Erfüllung sowie Aufhebung des Vertrages und die Klagen auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung. Die vorhin allegirten neueren Legislationen bestimmen in gleicher Weise die Kompetenz dieses Gerichtsstandes. Ferner liegt es in der Konsequenz der Rechtsentwicklung, wenn der Entwurf auch die Präjudizialklage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags (§ 223) in diesem Gerichtsstande zuläßt. Die Zuständigkeit für die Vertragsaufhebungsklagen mußte besonders mit Rücksicht auf Art. 1184 des Code civil und den gleichen Satz des badischen Landrechts erfolgen, welche in der Praxis dahin angewendet werden, daß auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Klage auf Aufhebung des Vertrags geklagt

| S. 61.

werden kann. Die Gründe für die Aufhebung des Vertrags stehen oft in engster Verbindung mit der durch den Vertrag begründeten Obligation. Auch erscheint diese Ausdehnung des forum contractus gegenüber den im Auslande wohnenden Personen zur Ausgleichung der in §§ 13, 18 angenommenen Grundsätze geboten.

Das französische Recht kennt den Gerichtsstand des Erfüllungsorts nur für Handelsfachen, Code de proc. art. 420. Carré et Chauveau Adolphe Lois de la procédure civile 4 Ed. I. pag. 303, 304. III. pag. 516. Einen beschränkten Erfaß bietet für Nichthandelsfachen der Gerichtsstand des domiciles élu (Code civil art. 111. Code de proc. art. 59) — das forum prorogatum des französischen Rechts (Zachariä Handbuch des französischen Civilrechts 5. Aufl. ed. Anschütz I. S. 340 Note 1 — hannov. Prot. II. S. 476, 477). Daß das Bedürfniß dadurch nicht befriedigt wird, beweist, daß die Aufnahme des forum contractus in den auf französischem Rechte beruhenden Codices di procedura civile del regno d'Italia art. 91 erfolgt und von dem belgischen Entwurf in Vorschlag gebracht ist.

Für Klagen aus wechselfähigen Verpflichtungen ist der Gerichtsstand besonders geregelt (§ 542).

Die innerhalb der norddeutschen Prozeßkommission angezeigte Bedürfnisfrage für einen besonderen Gerichtsstand in Meß- und Marktfachen haben von den um Auskunft ersuchten Bundesstaaten Mecklenburg-Schwerin, Braunschweig und Sachsen-Weimar verneint. Preußen findet die Kreirung dieses von dem Handelsstande zu Berlin und Frankfurt a. O. beehrten Gerichtsstandes für nicht bedenklich, während ihn das Königreich Sachsen sogar für nöthig erklärt, um eine richtige Würdigung der Mancen des Meßortes und die nothwendige Beschleunigung des Verfahrens in Meß- und Marktfachen sicher zu stellen. Folge dieser Enquête war der § 62 des nordd. Entw., welcher als

#### § 30 (R. B. § 30, G. § 30)

aufrecht erhalten ist. Den Begriff der Meß- und Marktfachen präcisirt der Aus-schluß der auf den in das Gebiet des Kleinverkehrs fallenden Jahr- und Wochenmärkten ge-schlossenen Handelsgeschäfte, während sich die Bedeutung des Ausdrucks „Handels-geschäfte“ aus den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs Art. 271 ff. ergibt (vergl. nordd. Protok. S. 1240, 2284 ff.). Die Nothwendigkeit der Beschleunigung des Verfahrens hat in den Vorschriften der §§ 226 und 440 über die Einlassungsfrist und des Gerichtsverfassungsgezes § 165 über die Feriensachen Ausdruck gefunden.

Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung bezieht sich, wie übereinstimmend mit § 63 des nordd. Entw. zur Vermeidung einer unrichtigen Auslegung ausdrück-lich in

#### § 31 (R. B. § 31, G. § 31)

gesagt wird, nur auf die actio directa des Geschäftsherrn und die actio contraria des Verwalters. Trotz des abweichenden und ganz allgemein gehaltenen Ausdrucks „Klagen aus der geführten Verwaltung“ stehen auch § 7 des nürnberg. Entwurfs — Protokolle S. 49 —, § 21 des hannov. Entwurfs (Protokolle S. 478), § 20 des preuß. Entwurfs (Motive S. 18), ferner die Prozeßgesetze von Hannover § 11, Baden § 33, Württemberg Art. 42, Bayern Art. 27 auf dem gleichen Standpunkte. Für die Klagen dritter Personen aus der geführten Verwaltung ist dieser besondere Gerichtsstand neben demjenigen des Vertrags kein Bedürfnis.

Die Vorschrift (nordd. Entw. § 63, nürnberg. Entw. § 7 Abs. 2), daß der Ort, an welchem die die Verwaltung leitende oder beaufsichtigende obrigkeitliche Behörde ihren Sitz hat, als Ort der geführten Verwaltung gelten soll, ist nicht aufgenommen worden, weil eine solche Bestimmung entbehrlich erscheint und zu Inkonvenienzen, sowie zu einer unbilligen Belästigung des Klägers führen kann.

#### § 32 (R. B. § 32, G. § 32)

Das forum delicti entspricht den meisten Gesetzgebungen (z. B. Hannover § 12, Baden § 34, Württemberg Art. 44, Bayern Art. 29). Der Begriff „unerlaubte Handlungen“ umfaßt sowohl die strafbaren Handlungen als auch die Fälle der civilrechtlichen Verschuldung, insbesondere die Fälle, in denen die gemeinrechtliche actio legis aquiliae begründet ist. Das im preußischen Rechte recipirte besondere

§. 62.

forum für Klagen aus außerehelicher Schwängerung — § 11 Ges. vom 24. April 1854, preuß. Entwurf § 28 — ist nicht übernommen; die Frage des Gerichtsstandes wird durch die civilrechtliche Beurtheilung dieses Klagegrundes entschieden.

Der

### § 33 (R. V. § 33, G. § 33)

bestimmt den Gerichtsstand der Widerklage. Die unbedingte Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage im Gerichtsstande der Klage mochte in früherer Zeit mit Rücksicht auf die größeren Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung und die Hemmnisse, welche der Gewährung der Rechtshülfe entgegenstanden, für Deutschland gerechtfertigt sein. Gegenwärtig sind diese Momente bei der eingetretenen völligen Umgestaltung der Verhältnisse nicht mehr von Bedeutung. Bei einem | Verfahren, welches auf dem Grundsätze der Mündlichkeit beruht, ist es außerdem nicht angemessen, die Geltendmachung verschiedener nicht zusammenhängender Ansprüche im Wege der Klage und Widerklage zu begünstigen, indem eine solche Verbindung nur zu leicht eine bedenkliche Verwirrung des Verfahrens herbeiführen kann. Es erscheint daher gerechtfertigt, daß der Entwurf die Zulässigkeit der Widerklage von der Konnexität derselben mit der Klage abhängig macht. Andererseits konnte aber der Entwurf — wie dies in dem nürnberg. Entwurf § 14 und dem preuß. Entwurf § 30 geschehen — die Widerklage nicht auf diesen Fall beschränken, er mußte dieselbe vielmehr — in Anschluß an den hannov. Entw. § 25 und an die württembergische Prozeßordnung Art. 49 — auch gestatten, wenn die Widerklage auf einen Gegenanspruch gegründet wird, welcher im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. Denn da dem Beklagten die Befugniß nicht entzogen werden darf, die Verhandlung und Entscheidung von Gegenansprüchen in dem anhängigen Prozesse durch eine Einrede herbeizuführen, so fordert die Rücksicht auf die Vermeidung der Vielfältigung und Zerspitterung der Prozesse, diese Verhandlung und Entscheidung soweit auszunutzen, daß über den Gegenanspruch seinem ganzen Umfange nach rechtskräftig (§ 283 Abs. 1) entschieden wird. Eine Erweiterung hat das forum reconventionis noch durch die Zulassung der Präjudizial-Inzidentklage (§ 243) erfahren, eine Erweiterung, welche durch eine angemessene Regelung der Lehre von der Rechtskraft der Urtheile geboten war, und bei den §§ 243 und 283 zu rechtfertigen ist.

Den einzigen Fall des Gerichtsstandes des materiellen Zusammenhanges giebt in diesem Titel der

### § 34 (R. V. § 34, G. § 34)

für die Klagen der Prozeßbevollmächtigten, Beistände, Zustellungsbevollmächtigten und Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen an dem Gerichte des Hauptprozesses, unter welchem das Gericht erster Instanz verstanden wird, so daß bei diesem auch die Gebühren und Prozeßauslagen aus dem Verfahren der höheren Instanzen einzuklagen sind. Nach dem rheinischen Rechte war letzteres streitig. Dieser Gerichtsstand entspricht der preuß. Praxis (§ 8 Instr. vom 24. Juli 1833) und ist im § 18 nürnberg. Entw., § 32 preuß. Entw., § 88 sächs. Entw. und Bayern Art. 28 — auch für Ansprüche gegen Advokaten zc. wegen zuviel erhaltenen Vorschusses — vorgesehen. Im § 34 sind neu hinzugetreten die unter dem gleichen Gesichtspunkte zu beurtheilenden Klagen der Zustellungsbevollmächtigten. Aus der allgemeinen Fassung des § 34 folgt ohne Weiteres, daß solche Ansprüche auch vor dem Handelsgericht eingeklagt werden können, soweit sie im handelsgerichtlichen Prozesse entstanden sind. Dieser Gerichtsstand erleichtert es den Anwaltschaften, die Vertretung ausländischer Prozeßparteien ohne vorherige Einforderung eines Gebührenvorschusses zu übernehmen. Auch erübrigt die Zulassung dieses Gerichtsstandes die vorherige gerichtliche Festsetzung der einzuklagenden Gebühren und Auslagen, welche schwer zu vermeiden wäre, wenn die Klage vor anderen Gerichten erhoben werden müßte.

Die Prozeßordnungen von Hannover § 13, Bayern Art. 33 Abs. 3, Oldenburg Art. 21 und Baden § 45 generalisiren das Forum der Konnexität und erklären das Gericht der Hauptsache ohne Unterscheidung für die im Laufe des Hauptprozesses hervortretenden Nebensachen für zuständig. Der vorliegende Entwurf vermeidet eine solche allgemeine Bestimmung, erkennt jedoch den Gerichtsstand des Zusammenhanges in einzelnen Anwendungen an, z. B. für | die Hauptintervention §§ 61, 639, für das

| S. 64.

Verfahren gegen einen Rechtsanwalt, welcher eine vorgelegte Urkunde zurückhält — § 122 — und gegen den ungehorsamen Zeugen — § 340 —, für die Wiederaufnahme des Verfahrens § 523, für die Präjudizial-Inzidentklage § 243.

Die

§§ 36, 37 (R. B. §§ 36, 37, G. §§ 36, 37)

bezeichnen die Fälle, in denen die Bestimmung des zuständigen Gerichts (vergl. Code de proc. titre 19: „des réglemens de juges“) durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht erfolgt, und regeln das Verfahren, welches in diesen Fällen einzuschlagen ist, in möglichst einfacher, zweckentsprechender Weise. Nach dem preuß. Rechte U. G. D. I. 2 §§ 131 ff., preuß. Entw. §§ 39 ff. findet hier ein sogen. außerordentlicher Gerichtsstand statt.

Die Fälle der rechtlichen Behinderung des an sich zuständigen Gerichts — § 36 Nr. 1 — faßt der § 41 zusammen. Thatsächlich ist das Gericht an der Ausübung des Richteramts verhindert z. B. in dem Falle des § 214.

Die Nr. 2 des § 36 ist entgegen dem preuß. Entw. § 39 Nr. 4 und dem nordd. Entw. § 69 Nr. 2 nicht auf den Fall beschränkt, daß in Folge eines Streites über die örtlichen Grenzen verschiedener Gerichte es ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei, sondern läßt den § 36 allgemein eintreten, sobald die Zuständigkeit des Gerichts mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichte zweifelhaft ist. Es fallen mithin unter die Nr. 2 alle Fälle, in denen das Gericht mit Rücksicht auf Umstände, die zu den Grenzen in Beziehung stehen, zweifelhaft wird, z. B., wenn die Grenze das Wohnhaus eines im Gerichtsstande des Wohnsitzes zu belangenden Beklagten durchschneidet, wenn die Verwaltung einer Gemeinde (§ 19) sowohl vom Gemeindehause aus, als aus der Wohnung des Bürgermeisters geführt wird und beide Grundstücke in verschiedenen Gerichtsbezirken liegen. Durch die Fassung der Nr. 2 wird auch der Fall gedeckt, wenn eine unerlaubte Handlung (§ 32) sich aus mehreren in verschiedenen Gerichtsbezirken begangenen Handlungen zusammensetzt.

In den Fällen der Nr. 3 und 4 gewähren Hannover §§ 5, 8, Baden §§ 22 ff. 28., Württemberg Art. 39, 45, Bayern Art. 21, hannov. Entw. §§ 14, 17 dem Kläger das Wahlrecht unter den mehreren konkurirenden Gerichten. Gegen die Einkräumung des Wahlrechts spricht durchgreifend, daß dasselbe durch die einseitige Begünstigung des Klägers den Beklagten in eine zu nachtheilige Lage bringt, auch keine Gewähr dafür bietet, daß dasjenige Gericht mit der Sache befaßt wird, welches nach den Umständen des Falls als das am besten geeignete erscheint. Auch würde das Wahlrecht des Klägers bei der Verschiedenheit der deutschen Civilrechte Anzuträglichkeiten veranlassen und bei Kollusionen des Klägers mit einzelnen Beklagten den übrigen zum Schaden gereichen können (vergl. nordd. Prot. I. S. 66). Mit dem Entwurf entscheiden gegen das Wahlrecht das preußische und französische Recht, Oldenburg Art. 29, 30, Braunschweig §§ 39, 40, Hannover § 18, preuß. Entw. § 39, nordd. Entw. § 69.

Das Zusammentreffen mehrerer Gerichte der belegen Sache — Nr. 4 entscheidet Baden § 27 dahin, daß es den Rechtsstreit vor dasjenige Gericht verweist, in dessen Bezirke nach Maßgabe des Steueranschlages sich der größte Theil des Streitgegenstandes befindet. Diese Lösung erfordert aber durch die vom Kläger zunächst einzuholenden Auszüge des Katasters eben so viel Zeit, als das Verfahren des Entwurfs und macht den Aufwand von Kosten nöthig. Der badischen Bestimmung steht ferner entgegen, daß manche Kataster die Grund- und Gebäudesteuer kombinirt angeben, daß die Höhe dieser Abgaben im Laufe der Zeit wechselt und daß jedenfalls der Rechtszustand bei der Verschiedenheit der deutschen Grundsteuergesetze kein einheitlicher sein könnte.

Der § 36 kann selbstverständlich in einem anhängigen Prozesse unter Umständen erst in höherer Instanz eintreten. Der nordd. Entw. § 72, preuß. Entw. § 42 bemerken dies ausdrücklich.

Das zuständige Gericht wird bestimmt:

- a) im Falle des § 36 Nr. 1 von dem im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte,
- b) in den übrigen Fällen des § 36 von demjenigen im Instanzenzuge

| S. 65.

zunächst höheren Gerichte, zu dessen Bezirke die verschiedenen Gerichte gehören.

Hieraus folgt: gehören die Gerichte den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte an, so erfolgt die Bestimmung durch das Reichsgericht. Eine Ausnahme enthält das Einföhrungsgesetz zur Civilprozeßordnung § 6. Sind in einem Bundesstaate mehrere Oberlandesgerichte errichtet und ist in diesem Bundesstaate auf Grund der Bestimmung des Einföhrungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze § 7 für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ein oberstes Landesgericht eingesetzt, so trifft das letztere Bestimmung über den zuständigen Richter, wenn die betreffenden Gerichte innerhalb der Bezirke verschiedener dem Bundesstaate angehöriger Oberlandesgerichte ihren Sitz haben. Dagegen tritt die Regel, also die Kompetenz des Reichsgerichts wieder ein, falls es sich um die Zuständigkeit der Gerichte verschiedener Bundesstaaten handelt, weil in diesem Falle das Reichsgericht für alle in Betracht kommenden Gerichte die gemeinfame Spitze bildet.

Gegen die in dem § 37 geordneten Verfahren ergangene Entscheidung schließen gleich dem Entwurf auch Hannover § 18 Abs. 3, Bayern Art. 35 Abs. 5, hannov. Entw. § 26 Abs. 4 ausdrücklich die Beschwerde aus.

### Dritter Titel.

#### Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

§§ 38—40. (R. B. §§ 38—40, G. §§ 38—40.)

Im Einklange mit der Tendenz der neueren deutschen Prozeßgesetze und Entwürfe (Hannover § 19, Oldenburg Art. 27, Baden §§ 46 ff., Württemberg Art. 59—64, Bayern Art. 38, 39, preuß. Entw. §§ 34 bis 38, hannov. Entw. §§ 27, 28, nordd. Entw. §§ 76—78) gewähren die Vorschriften des dritten Titels der prorogatio fori einen weiten Spielraum.

Das prorogirte Gericht hat kein Recht des Widerspruchs gegen die Prorogation. Ein solches Widerspruchsrecht, welches das gemeine Prozeßrecht, die badische Prozeßordnung § 46 und der sächs. Entw. § 71 einräumen, entbehrt der ausreichenden Begründung.

| S. 66. Ganz abgesehen davon — bemerken die Motive zur hannoverschen Prozeßordnung (Leonhardt, die bürgerliche Prozeßordnung 4. Aufl. S. 31) —, daß es nicht passend sein dürfte, wenn die richterliche Thätigkeit nicht durch feste Regeln bestimmt ist, vielmehr nach Willkür geübt werden darf, schein es dem bei Anordnung der Rechtspflege in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vorherrschenden Gesichtspunkte auf das Interesse der Parteien, die Erleichterung und Beförderung der Rechtspflege zu entsprechen, wenn dem übereinstimmenden Willen der Parteien auch in Betreff der Bestimmung der Gerichtszuständigkeit Berücksichtigung geschenkt werde. Der hiergegen zu erhebende Einwurf, daß unter solchen Umständen die Ueberhäufung einzelner Gerichte zu befürchten, dürfte rein theoretischer Natur sein. Das Interesse der Parteien führe sie der Regel nach vor den an sich zuständigen Richter, eben weil das Gesetz bei der Ordnung der Gerichtsstände durch lokale Verhältnisse und das Interesse der rechtsuchenden Parteien geleitet werde. Hiervon aber ganz abgesehen, sei zu erwägen, daß nur der übereinstimmende Wille der Parteien entscheide, und der Erfahrungssatz zu beachten, daß die Parteien der Regel nach sich mit Mitztrauen begegnen und in dem gegenseitigen Anerbieten Gefahr für sich erblicken, daß selbst die Sachführer derartige Gesinnungen, auch wenn sie dieselben nicht theilen, nicht unberücksichtigt lassen dürften.

Die Praxis hat die obige Bemerkung, daß der fragliche Einwurf rein theoretischer Natur sei, als richtig bestätigt. Sowohl in den Rheinprovinzen, als auch in der Provinz Hannover ist von der Prorogation namentlich in der Richtung, daß zur Kompetenz der Kollegialgerichte gehörige Sachen an die Einzelrichter gebracht sind, zwar in erheblichem Maße Gebrauch gemacht; allein die befürchtete Ueberlastung einzelner Gerichte ist dadurch nicht hervorgerufen (hannov. Prot. II. S. 557).

Eine Ausnahme ist in § 38 Abs. 2 für die Handelsgerichte zugelassen, indem

diese zwar befugt, aber nicht verpflichtet sind, gegenüber einer Prorogation ihre Unzuständigkeit auszusprechen. Die Organisation und die auf bestimmte Rechtsstreitigkeiten beschränkte Kompetenz der Handelsgerichte läßt es gerechtfertigt erscheinen, daß sie in einem einzelnen Falle eine gesetzlich nicht zu ihrer Zuständigkeit gehörende Streitfache ungeachtet des übereinstimmenden Willens der Parteien, dieselbe vor dem Handelsgerichte zu verhandeln, von sich abweisen dürfen. Im Interesse der Parteien ist aber eine solche Abweisung nur so lange für statthaft erklärt, als nicht eine mündliche Verhandlung zur Hauptfache erfolgt und auf dieselbe ein Beschluß verkündet ist. Die Verhandlung und Entscheidung von prozeßhindernden Einreden beseitigt die Befugniß zur Abweisung noch nicht, da das Handelsgericht vielfach erst durch die Verhandlung zur Hauptfache in die Lage versetzt werden wird, mit Sicherheit beurtheilen zu können, ob die Sache zu seiner Kompetenz gehört oder nicht. Ebensovienig genügt ein Vertagungsbeschluß, um dem Handelsgerichte die Befugniß zur Abweisung zu entziehen, denn nur aus einem auf die Verhandlung zur Hauptfache selbst erlassenen Beschlusse läßt sich entnehmen, daß das Handelsgericht die Sache angenommen und auf sein Widerspruchsrecht Verzicht geleistet habe.

Der § 40 setzt der Prorogation bestimmte Schranken: er verhindert, daß die vom Gesetze aus besonderen Rücksichten im Interesse der öffentlichen Ordnung getroffenen Kompetenzbestimmungen geändert werden. Die Prorogation ist deshalb unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Klagen — z. B. Ehe- und Statussachen — betrifft, sowie ferner, wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist — z. B., wenn es sich um Ansprüche handelt, welche nur im dinglichen Gerichtsstande | S. 67. geltend gemacht werden können. Auch ist, um einer willkürlichen Aufhebung des allgemeinen Gerichtsstandes vorzubeugen, der Prorogation nur dann rechtliche Wirkung beigelegt, wenn sie sich auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die daraus entspringenden Rechtsstreitigkeiten bezieht. Dagegen greift der obige Gesichtspunkt rücksichtlich der sonstigen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte, insbesondere nach Summen nicht in dem Maße Platz, daß sich der Gesetzgeber genöthigt sehen müßte, dieselben von der Prorogation auszunehmen. Es wäre dies um so weniger angemessen, als gerade hier in der Erweiterung der Privatwillkür ein bedeutendes Mittel gegeben ist, um die Nachtheile und Schwierigkeiten zu heben, welche mit der Abgrenzung der Zuständigkeit verknüpft sind. Denn mag auch der Gesetzgeber bei dieser Abgrenzung noch so sehr die Interessen der Parteien in Betracht ziehen, so bleibt doch eine gewisse Willkür unvermeidlich, so daß im Einzelnen zahlreiche Fälle vorkommen können, in denen die Abgrenzung keineswegs dem Interesse der Parteien entspricht. Insoweit z. B. die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt, liegt kein genügender Grund vor, die Parteien zu hindern, die Summe von 100 Thalern nicht übersteigende, aber schwierige Sachen vor dem Landgerichte zu verhandeln und sich auf diesem Wege für die Rechtsmittelinstanzen den Zutritt zu den höheren Gerichten (Oberlandesgericht, Reichsgericht) zu eröffnen, oder umgekehrt die amtsgerichtliche Kompetenz übersteigende, aber einfache Sachen in dem weniger kostspieligen, dem Anwaltszwange nicht unterworfenen, mit dem Vortheile der sofortigen Vollstreckbarkeit des Urtheils ausgestatteten amtsgerichtlichen Verfahren zur Erledigung zu bringen. Der Ausschluß der Prorogation in derartigen Fällen würde das Gericht verpflichten, in jedem einzelnen Falle den Werth des Streitgegenstandes zu prüfen und festzustellen. Damit würde die Veranlassung zu zahlreichen Kompetenzstreitigkeiten gegeben sein. Besonders würden die Inkonvenienzen beim Ausschlusse der Prorogation in den §§ 447, 448 behandelten Fällen hervortreten. Wäre z. B. das Amtsgericht in diesen Fällen stets genöthigt, seine Kompetenz zu untersuchen, so würde jede Partei ein Mittel in die Hand bekommen, durch Erhebung eines die amtsgerichtliche Kompetenz überschreitenden Anspruchs den durchverhandelten Prozeß auf seinen Anfang zurückzuwerfen. Der Entwurf hat daher, wie die allgemein gehaltene Fassung des § 38 Abs. 1 ergibt, kein Bedenken getragen, zu gestatten, daß nicht nur ein örtlich unzuständiges Gericht durch Vereinbarung zuständig wird, sondern daß auch durch Vereinbarung amtsgerichtliche Sachen vor die Landgerichte und landgerichtliche Sachen vor die Amtsgerichte, sowie handelsgerichtliche Sachen vor die Amts- und Landgerichte, und amts- und landgerichtliche Sachen vor die Handelsgerichte gebracht werden können. Auch hat der Entwurf keinen Anlaß, mit der bayerischen Prozeßordnung Art. 39 Abs. 2 zur Erweiterung der Zuständigkeit eines Amtsgerichts zu fordern, daß die

Parteien sich hierüber ausdrücklich zu Protokoll erklären, nachdem der Richter sie über seine Unzuständigkeit belehrt hat, da der Entwurf derartige Rechtsbelehrungen — von dem Falle des § 585 abgesehen — prinzipiell vermeidet, im Uebrigen aber den Interessen rechtsunglehrter Parteien durch die Vorschrift des § 445 bereits ausreichend Rechnung trägt.

Die Prorogation auf ein Gericht höherer Instanz mit der preuß. A. G. D. I. 12 Anh. § 100 zum § 20 und mit der badischen Prozeßordn. § 47 zuzulassen, fordert kein überwiegendes Bedürfnis.

| S. 68.

Eine Bestimmung über das domicile élu war nicht erforderlich, da die Vorschriften des französischen Rechts über die Wahl eines Wohnsitzes pour l'exécution d'un acte in die umfassenderen Bestimmungen des § 38 aufgehen, insbesondere diese Bestimmungen auch der Vereinbarung — was der preußische Entw. § 38 noch ausdrücklich ausgesprochen hat — nicht entgegenstehen, daß der prorogirte Gerichtsstand ein ausschließlicher sein solle (nordd. Prot. I. S. 72).

Daß die prorogatio fori auch für Nebenintervenienten und Litisdenunziaten bindend ist, kann einem Zweifel nicht unterliegen. Diese Personen sind Nebenpersonen im Prozesse; ein Recht auf Verhandlung der Sache vor einem bestimmten Gerichte steht ihnen nicht zu.

Die Vereinbarung der Parteien, durch welche ein an sich zuständiges Gericht die Zuständigkeit erlangt, kann nach § 38 eine ausdrückliche oder stillschweigende sein. In § 39 wird ein besonderer Fall der stillschweigenden Vereinbarung hervorgehoben, welche auch in anderen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen (Hannover § 19, Baden § 49, Württemberg Art. 59, Bayern Art. 39, preuß. Entw. § 36, hannov. Entw. § 27, nordd. Entw. § 76) eine spezielle Berücksichtigung gefunden hat. Wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, vor einem unzuständigen Gerichte zur Hauptsache mündlich verhandelt, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß er sich diesem Gerichte freiwillig unterwerfe. Dagegen bestimmt der Entwurf nicht, daß eine stillschweigende Vereinbarung auch dann anzunehmen sei, wenn der Beklagte in dem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint (§§ 286, 288), denn aus der Thatsache des Nichterscheinens ist eine Unterwerfung unter das an sich unzuständige Gericht nicht zu folgern; der nicht erschienene Beklagte darf erwarten, daß das unzuständige Gericht die Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen werde. Er thut dies jedoch auf seine Gefahr; hat das Gericht, seiner Unzuständigkeit ungeachtet, gegen ihn in contumaciam erkannt, so muß er rechtzeitig den Einspruch — (beziehungsweise die Berufung § 454) — einlegen und die Aufhebung des Urtheils wegen Mangels der Zuständigkeit beantragen, widrigenfalls das Urtheil, obgleich von einem an sich unzuständigen Gerichte erlassen, in Rechtskraft übergeht (Motive zum preuß. Entw. S. 21). Eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung erschien nicht erforderlich, obgleich der nürnb. Entw. § 20, der preuß. Entw. § 36 und die bayer. Prozeßordn. Art. 39 eine solche enthalten.

## Vierter Titel.

### Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

§§ 41—49. (R. B. §§ 41—49, G. §§ 41—49.)

Die Vorschriften des vierten Titels über die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen schließen sich auf das engste den Bestimmungen der neueren Prozeßgesetze und Entwürfe (Code de proc. Art. 44—47, 378—396, Hannover §§ 21—27, Braunschweig §§ 46—56, Oldenburg Art. 33—43, Baden §§ 66—91, Württemberg Art. 67—78, Bayern Art. 40—53, preuß. Entw. §§ 64—80, hannov. Entw. §§ 32—44, nordd. Entw. §§ 22—35) an, reproduzieren im Wesentlichen die bewährten Grundsätze des bestehenden Rechts und erfordern daher nur in Betreff einzelner Punkte eine nähere Begründung.

| S. 69.

Wie das bestehende Recht, so unterscheidet auch der Entwurf zwischen | Gründen, welche dem Richter die Befugniß entziehen, in einem Prozesse sein Amt auszuüben, und solchen Gründen, welche den Parteien das Recht geben, einen Richter zu refusiren.

Die Gründe der ersten Kategorie sind der Art, daß schon die Rücksicht auf das Ansehen der Justiz die Ausschließung des Richters erheischt: „der Richter ist in diesen Fällen von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 41).“ Die Ausschließung erfolgt ohne Rücksicht darauf, ob eine der Parteien den Richter abgelehnt hat oder nicht (§ 42), die Ablehnung wegen Ausschließung kraft Gesetzes ist daher an kein bestimmtes Stadium des Prozesses gebunden (arg. §§ 43, 44 Abf. 3), und ein Urtheil, bei welchem ein kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossener Richter mitgewirkt hat, unterliegt der Aufhebung durch Rechtsmittel (§ 489 Nr. 2), und durch die Nichtigkeitsklage (§ 518 Nr. 1). Völlig abweichend ist das Verhältniß der Gründe der letzteren Kategorie: sie geben den Parteien nur das Recht, den Richter „wegen Besorgniß der Befangenheit abzulehnen“ — ohne indessen dem Richter die Befugniß zu nehmen, von Amtswegen sein Ausscheiden zu veranlassen zu können (§§ 42, 48), sie sind dem Verzicht der Parteien unterworfen, ihre Geltendmachung ist deshalb auf ein bestimmtes Stadium des Prozesses beschränkt (§§ 43, 44 Abf. 3), auch kann ihrem Urtheil nur angefochten werden, wenn ein erkennender Richter rechtzeitig abgelehnt und dem Ablehnungsgesuche Folge gegeben war (§ 481 Nr. 3).

Der

#### § 41 (R. v. § 41, G. § 41.)

stellt unter 6 Nummern die Fälle zusammen, in welchen ein Richter kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen ist. Zu

Nr. 1 wird die Ausschließung keineswegs dadurch abgewendet, daß der Richter in den hier bezeichneten Rechtsverhältnissen zu beiden Parteien steht. Vorausgesetzt wird eine Mitbetheiligung des Richters am Rechtsstreite im engeren Sinne. Bereits der hannov. Entw. § 32 Nr. 1 vermied die Bestimmung der hannov. Prozeßordn. § 21 Nr. 1, welche schon ein mittelbares Interesse für ausreichend erachtet. Solche Fälle gehören (unter Umständen) in das Gebiet der Ablehnung.

Betreffend Nr. 2 stellen viele Gesetzgebungen, insbesondere Hannover § 21 Nr. 1, Baden § 67 Nr. 2; Württemberg Art. 67 Nr. 2, preuß. Entw. § 64 Nr. 2 und hannov. Entw. § 32 Nr. 2 die Verlobte des Richters der Ehefrau gleich. Als Ausschließungsgrund ist dieses Verhältniß nicht geeignet. Die Rechtsformen der Verlobung sind in den deutschen Staaten sehr verschieden bestimmt und werden im wirklichen Leben meistens nicht beachtet. Für Preußen kann der § 3 des Ges. v. 24. April 1854 zur gesetzlichen Bestätigung der letzteren Behauptung angeführt werden. Der Begriff der Verlobten, wollte man die thatsächliche Auffassung des Verhältnisses treffen, entzieht sich der rechtlichen Fixirung und führt im einzelnen Falle zu erheblichen Schwierigkeiten. Der Fall der §§ 336, 337 Nr. 1 liegt anders. Es entspricht die Vorschrift, daß der Verlobte einer Partei das Zeugniß verweigern kann, dem Standpunkte, den Richter, welcher mit einer Partei verlobt ist, nur nach der Regel der Ablehnung §§ 42, 48 zu behandeln. Die preuß. U. G. D. I. 2 § 143 führt das Verhältniß ausdrücklich als Verhörverhinderungsgrund an.

Die Berechnung der Nähe der Verwandtschaft erfolgt in dem Falle der Nr. 3 nach den Regeln des bürgerlichen Rechts.

Der Ausschließungsgrund der Nr. 4 soll auch dann eintreten, wenn das betreffende Verhältniß vor dem Beginne des Rechtsstreits bestanden hat. Diese Bestimmung ist geltendes Recht nach Hannover § 21 Nr. 6, Braunschweig § 48 Nr. 3, Oldenburg Art. 34 litt. b., Württemberg Art. 67 Nr. 4, Bayern Art. 40 Nr. 5, auch im preuß. Entw. § 64 Nr. 6 vorgeschlagen, während der nordd. Entw. § 23 das beendete Verhältniß nur als Ablehnungsgrund hinstellt. Der Grund erhält aber eine stärkere praktische Bedeutung, sobald der Eintritt von Rechtsanwaltschaft in das Richteramt häufiger geschehen wird. | S. 70.

Der Fall der Nr. 5 liegt nur vor, wenn der Richter im Prozesse als Zeuge oder Sachverständiger wirklich vernommen ist. Hiermit stimmt auch der Code de proc. art. 378 Nr. 8. Bildete schon der bloße Zeugenvorschlag des Richters einen Ausschließungsgrund, wie allerdings Hannover § 21 Nr. 5, Braunschweig § 48 Nr. 4, Oldenburg Art. 34 litt. c., Baden § 72 und preuß. U. G. D. I. 2 § 143 bestimmen, so wäre nicht ohne Grund zu besorgen, daß die Aufstellung des Richters als Zeuge zu händlicher Verschleppung des Prozesses gemißbraucht würde.

Zu Nr. 6 schließt nicht jede Mitwirkung des Richters in einer früheren Instanz desselben Prozesses oder in einem vorangehenden scheidrichterlichen Verfahren von der Ausübung des Richteramts aus. Desgleichen Hannover § 21 Nr. 7, Bayern Art. 40 Nr. 6, Code de proc. Art. 378 Nr. 8. Den Ausschließungsgrund gestalten allgemeiner: Württemberg Art. 67 Nr. 6, Oldenburg Art. 34 litt. b., preuß. Entw. § 64 Nr. 7. Es ist aber nicht abzusehen, weshalb die Vornahme z. B. einer Beweisbehandlung den Richter für die neue Instanz untauglich machen sollte. Solche Bestimmungen schaffen ohne ausreichenden Grund Schwierigkeiten, wenn Richter an ein höheres Gericht versetzt werden.

Bayern Art. 40 Nr. 6 schließt in den Prozessen, welche die Anfechtung oder Auslegung einer gerichtlich aufgenommenen Urkunde betreffen, den instrumentirenden Richter aus. Für eine solche Vorschrift läßt sich vom Standpunkte des Entwurfs aus sagen, daß der betreffende Richter vielfach die Entscheidung nicht lediglich auf Grund der vor dem Gerichte erfolgten mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits fällen würde, und auch durch seine bestimmende Theilnahme an der Entstehung der Urkunde einen starken Einfluß auf das Votum der anderen Richter ausüben kann. Es ist aber zu besorgen, daß dieser Inhabilitätsgrund, zumal auf die freiwillige Gerichtsbarkeit seitens des Staats noch nicht verzichtet werden wird, eine sehr weitgreifende Ausschließung der Einzelrichter zur Folge haben würde. Auch wird häufig den Parteien die Mitwirkung gerade dieses Richters bei Entscheidung des Rechtsstreits ganz erwünscht sein. Andererseits ist durch den Entwurf die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, in geeigneten Fällen den Richter, welcher die Urkunde errichtet hat, wegen Beforgniß der Befangenheit abzulehnen. Dieser Verhorreszenzgrund findet ausdrückliche Erwähnung in Hannover § 21 Nr. 10 und im preuß. Entw. § 65 Nr. 3.

In Übereinstimmung mit Braunschweig § 47, Oldenburg Art. 35, Württemberg Art. 69 und dem hannov. Entw. § 34 beschränkt sich der

#### § 42 (R. B. § 42, G. § 42.)

- § 71. auf den allgemeinen Grundsatz, daß wegen Beforgniß der Befangenheit die Ablehnung stattfindet, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen. Von einer Aufstellung einzelner Kategorien von Ablehnungsgründen sowie von beispieleweiser Aufzählung einzelner Fälle — wie z. B. Baden §§ 70, 71, Code de proc. art. 378 Nr. 3—9, nordd. Entw. § 23, preuß. Entw. § 65, — ist Abstand genommen, da eine solche Spezialisierung in erschöpfender Weise nicht wohl geschehen kann, auch insofern nicht angemessen ist, als die übergangenen Fälle gegen die hervorgehobenen von geringerer Bedeutung erscheinen würden.

Die

#### §§ 44—46 (R. B. §§ 44—46, G. §§ 44—46)

regeln das Verfahren, im Falle ein Richter aus den Gründen der Ausschließung oder der Ablehnung refusirt wird. Das Verfahren beginnt mit einem „Gesuch“ der Partei, welches auch in Anwaltsprozessen — § 72 Abs. 2 — bei Gericht eingereicht oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden kann. Die ablehnende Partei muß nach § 44 Abs. 2 den Ablehnungsgrund glaubhaft machen. Auf diese Glaubhaftmachung finden die allgemeinen Vorschriften des § 256 mit der Abweichung Anwendung, daß der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung gänzlich ausgeschlossen ist, da eine Eidesleistung über das Mißtrauen in die Unparteilichkeit des Richters grundsätzlich nicht gebilligt werden kann. Auch der nach den bisherigen Prozeßrechten zulässige Verhorreszenzzeit ist beseitigt worden. Nur in dem Falle des dritten Absatzes des § 44 wird die Partei, welche glaubhaft zu machen hat, daß der Ablehnungsgrund erst später — nach erfolgter Einlassung oder nach Stellung eines Antrags — entstanden oder ihr bekannt geworden sei, vom Gerichte zur eidlichen Versicherung der Wahrheit dieser thatsächlichen Behauptung in Gemäßheit des § 256 zugelassen werden können (nordd. Prot. VI. S. 2328).

Daß über die Ablehnung gegen einen Amtsrichter das Landgericht entscheidet, ist eine Konsequenz des Abs. 1 aufgestellten Prinzips, daß in Stelle des durch Ausschließen des abgelehnten Richters beschlußunfähigen Gerichts das im Instanzenzuge

vorgeordnete zu entscheiden hat. Denn das Amtsgericht wird durch die Ablehnung des Amtsrichters stets beschlußunfähig, auch wenn es mit mehreren Richtern besetzt ist, da die Amtsrichter prinzipiell als Einzelrichter handeln. Wenn der Amtsrichter die Ablehnung für begründet hält, so soll es nach § 45 Abf. 2 nicht der Entscheidung des Landgerichts bedürfen. Diefierhalb, außer der Zustimmung des abgelehnten Amtsrichters, auch noch diejenige seines Substituten zu fordern, erschien weder erforderlich, noch angemessen. Pflichtwidrige und grundlose Enthaltung des Amtsrichters ist nicht zu besorgen und würde etwanigenfalls im Disziplinarwege die nöthige Remedur finden. Andererseits ist es an sich nicht geeignet und für das kollegiale Verhältniß nicht zuträglich, wenn der Amtsrichter bei Ausübung der Erklärungsspflicht auf das Ablehnungsgesuch unter die Kontrolle des Substituten gestellt wird.

Das über die Ablehnung entscheidende höhere Gericht kann mit der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch die Bestimmung des zuständigen Gerichts verbinden. Dieser Satz folgt aus § 36 Nr. 1 von selbst und bedurfte daher nicht der im preußischen Entwurf § 74 und Württemberg Art. 75 beliebten Wiederholung.

Mit dem § 46 stimmen der preuß., hannov. und nordd. Entw. überein. Dagegen giebt der Code de proc. Art. 391 gegen jeden Beschluß auf das Ablehnungsgesuch ein Rechtsmittel, Baden § 84 umgekehrt niemals.

Die Zulassung eines Rechtsmittels im Falle die Ablehnung für begründet | §. 72. erklärt wird, ist kein Bedürfniß. Der ablehnenden Partei ist Genüge geschehen; dem Gegner muß die Erziehung des abgelehnten Richters durch einen anderen Richter gleichgültig sein, da prinzipiell alle Richter zur Entscheidung des Rechtsstreits gleich befähigt sind und die Parteien auf bestimmte Personen der Richter kein Recht haben. Das Ablehnungsgesuch kann daher auch kurzer Hand dadurch erledigt werden, daß der abgelehnte Richter ausscheidet und ohne Weiteres ein anderer Richter für ihn eintritt (hannov. Entw. § 38). Die sofortige Beschwerde gegen den die Ablehnung verwerfenden Beschluß (§ 516) sichert gegen eine schädliche Verschleppung des Rechtsstreits, dessen Fortgang ohnehin durch das Verfahren über das Ablehnungsgesuch aufgehalten wird.

Der

#### § 47 (R. B. § 47, G. § 47)

bestimmt, daß ein abgelehnter Richter vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs solche Handlungen, aber auch nur solche vornehmen darf, welche keinen Aufschub gestatten. Der nordd. Entw. § 33 verpflichtet dagegen den Richter, sich der Vornahme von Prozeßhandlungen zu enthalten, wenn er den Erfolg des Ablehnungsgesuchs nach den vorgetragenen Gründen für wahrscheinlich hält. Das Recht zur Vornahme von Prozeßhandlungen würde hiernach unter dem subjektiven Ermessen des Richters stehen und die Gültigkeit seiner Handlungen nicht gesichert sein. Insofern verdient die Bestimmung des Entwurfs den Vorzug. Würde die Anbringung eines jeden Ablehnungsgesuchs und selbst eines solchen, welches ganz offenbar unbegründet ist, den Richter zur gänzlichen Einstellung jeder amtlichen Thätigkeit verpflichten, so würde durch frivole Ablehnungsgesuche eine Verschleppung des Prozesses und eine Benachtheiligung des Prozeßgegners herbeigeführt werden können. Die Sicherung der Interessen des Prozeßgegners erheischt aber eine stärkere Berücksichtigung, als daß ohne Weiteres auf den einseitigen Antrag der ablehnenden Partei der vielleicht zu Unrecht abgelehnte Richter sofort gänzlich brach gelegt werden könnte.

Die Entscheidung des zuständigen Gerichts über die Ausschließung oder Ablehnung eines Richters kann nach

#### § 48 (R. B. § 48, G. § 48)

auch ohne einen vorhergehenden Antrag einer Prozeßpartei herbeigeführt werden, und zwar auf Anregung des betreffenden Richters oder anderer Gerichtsmitglieder, wenn Zweifel darüber entstehen, ob der Richter für den Rechtsstreit kraft Gesetzes ausgeschlossen sei (§ 41); auf Anregung nur des betreffenden Richters, wenn der-

selbe dem Gerichte einen Grund mittheilt, welcher seine Ablehnung wegen Besorgniß der Befangenheit rechtfertigen würde.

Die Prozeßordnungen für Braunschweig § 46 Abs. 3, Hannover § 22, Oldenburg Art. 41 § 3 und Baden §§ 75 ff. gestatten dem Richter, sich ohne Angabe von Gründen des Richteramts zu enthalten, wenn er auf seinen Diensteid versichert, daß Gründe vorliegen, welche seine Ablehnung wegen Befangenheit rechtfertigen würden. Somenig auch verkannt werden kann, daß auf diesem Wege ein sehr einfaches Verfahren herbeigeführt und zugleich vermieden wird, daß der Richter genöthigt ist, Verhältnisse delikater Natur offen zu legen, so erschien es doch nicht angemessen, eine derartige Vorschrift in den Entwurf aufzunehmen. Ohne eine Aufzählung der einzelnen Gründe, aus denen wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden darf, würde es dem sub|jektiven Ermessen des Richters anheimgestellt sein, ob er in der einzelnen Sache Recht sprechen will oder nicht, eine Maßnahme, welche selbst bei dem größten Vertrauen zu der Pflichttreue der deutschen Richter zu weit führen und über die Absicht des Gesetzes hinaus wirken könnte (hannov. Prot. II. S. 637, 639, 640).

Durch

#### § 49 (R. V. § 49, G. § 49)

erhalten die Bestimmung des Titels entsprechende Anwendung auf die Ablehnung des Gerichtsschreibers, was um so nothwendiger erschien, je wichtiger die Berrichtungen des Gerichtsschreibers nach dem System des Entwurfs sein werden.

Gleich Baden § 88, Bayern Art. 52 Abs. 2, preuß. Entw. § 80, 1 und sächs. Entw. § 109 die Verwandtschaft des Gerichtsschreibers und des Richters als Ausschließungsgrund aufzustellen, liegt im mündlichen Verfahren kein ausreichender Anlaß vor, da die Amtspflichten des Gerichtsschreibers ihre Spitze nicht in einer Kontrolle des Richters haben.

Gegenüber den Beamten der Staatsanwaltschaft bedürfen die Parteien nicht des Ablehnungsrechts. Die Organisation der Staatsanwaltschaft gestattet, daß in den Fällen, wo im Civilprozeße deren Mitwirkung erfordert wird (in Ehe- und Entmündigungssachen) von Amtswegen oder auf Antrag der Partei oder des betreffenden Beamten mit den Funktionen des Staatsanwalts ein völlig unbetheiligter Beamter betraut wird, ohne daß es eines förmlichen Verfahrens hierfür bedarf (vgl. Bayern Art. 53, hannov. Entw. § 44).

## Zweiter Abschnitt.

### Parteien.

#### Erster Titel.

### Prozeßfähigkeit.

#### §§ 50—55. (R. V. §§ 50—55, G. §§ 50—55).

Unter Prozeßfähigkeit versteht der Entwurf die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, d. h. die Fähigkeit, einen Prozeß, an welchem die Partei theilhaft ist, selbst zu führen oder durch einen von ihr bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen — legitima persona standi in iudicio (vgl. Hannover § 32, preuß. Entw. § 81, hannov. Entw. § 48, Bayern Art. 58, Württemberg Art. 78).

Die Prozeßfähigkeit ist ein Ausfluß der Handlungs- und Dispositionsfähigkeit. Wer handlungsfähig und mer dispositionsfähig ist, bestimmt das bürgerliche Recht. Die Vorschriften desselben ergeben daher, wer als prozeßfähig betrachtet werden muß. Der Entwurf anerkennt in § 50, daß rüchftlich der Prozeßfähigkeit das bürgerliche

Recht maßgebend sei, allein an diesem Grundsatz konnte nur soweit festgehalten werden, als nicht wichtige Interessen des Rechtsverkehrs zur Herbeiführung der Rechtseinheit in Deutschland Ausnahmebestimmungen erfordern. Solche Ausnahmen begründet der § 51 in dreifacher Richtung:

1) Jede Person — bestimmt § 51 Abs. 1 — ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.

Die Definition lehnt sich an den Art. 1 der deutschen Wechselordnung und | S. 74.  
er scheint in der Parallele des Prozesses mit dem Vertrage ganz korrekt (judicio contrahitur). Demnach ist eine Person, welche sich nur ausnahmsweise verpflichten kann, sei es durch Verträge gewisser Art oder unter gewissen Voraussetzungen, nur für diejenigen Rechtsstreitigkeiten prozeßfähig, welche aus solchen Verträgen entstanden sind (nordd. Entw. § 82). Gleichgültig ist es, ob in dem betreffenden Falle die beschränkt verpflichtungsfähige Person allein oder unter der an sich nicht erforderlichen Mitwirkung des Vaters oder Vormunds zc. kontrahirt hat.

2) Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person soll dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt werden. § 51 Abs. 2.

In ersterer Beziehung entspricht der § 51 Abs. 2 dem Rechtsgebiete Deutschlands, in welchem der Code civil recipirt ist, nach dessen Art 372 die väterliche Gewalt mit der Großjährigkeit erlischt.

Zu demselben Resultate wie die Bestimmung des § 51 Abs. 2 führt das sächsische Civilgesetzbuch Art. 1821:

„Volljährige Kinder handeln selbst für sich, vorbehaltlich des ihrem Vater zustehenden Rechts der Verwaltung und des Nießbrauchs.“

Aus dieser Bestimmung folgert Schmidt, Vorlesungen über sächsisches Privatrecht II S. 94 zutreffend: „die sie betreffenden Prozesse führen die volljährigen Hauskinder in allen Fällen selbstständig“; nur dann hat der Vater zu konkurriren, wenn und insoweit ein von ihm abhängiger Vermögensheil des Kindes dabei in Frage steht. Ist er in einem Falle der letzteren Art bei dem Rechtsstreite nicht zugezogen worden, so erscheint das erlangte Prozeßergebniß formell zu Recht beständig, aber auch hier seinem Rechte an dem Vermögen des Hauskinds unpräjudizirlich. —

Gemeinrechtlich hat gegenüber großjährigen Hauskindern der Hausvater keine Vertretungsbefugniß; diese ist vielmehr mit dem Eintritt der Großjährigkeit von selbst beendet. Großjährige Hauskinder sind daher nach gemeinem Rechte handlungsfähig und in Folge davon prozeßfähig. „Zwar bedürfen sie zu Klagen, welche sich auf das peculium adventitium irregulare beziehen, der väterlichen Einwilligung; allein diese kann durch den Richter erzwungen werden, ist also eine leere Formalität. Allerdings aber ist die väterliche Gewalt insofern von Einfluß, als sie gerade denjenigen Erwerb der filii familias, welcher am häufigsten vorkommt, das peculium adventitium regulare, dem Nießbruch und der Administration des Vaters unterwirft, so daß in Beziehung darauf die filii familias zur Prozeßführung nicht legitimirt sind. — Die von ihnen ausgewirkten Urtheile sind ungültig. — Jedoch dürfen sie die in ihrer Person entstandenen actiones ex bono et aequo conceptae, welche obwohl nicht selbst schon Adventitium, doch auf einen dem Adventitium zufallenden Vermögenserwerb abzielen, wenigstens im Falle der Säumniß oder Behinderung des Vaters anstellen. Und haben sie fremde Sachen, die sie an Dritte zu restituiren verpflichtet sind, Andern zu Depositum gegeben oder kommodirt, so sind sie als die an der Wiedererlangung der Detention allein Interessirten auch zur Erhebung der betreffenden Klagen berechtigt“ (Wehll Ed. III. § 12 S. 94).

Die Prozeßfähigkeit des Hauskinds nach preußischem Recht ist bestritten. | S. 75.  
Während die Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes (cf. v. Rönne Ergänzungen zc. III. S. 161) nach dem Standpunkte des Gemeinen Rechts neigt, stellen andere Gerichte — preuß. Anwalts-Zeitung 1865 S. 657 ff. — und einzelne Rechtslehrer das Hauskind als geschäfts- und daher auch prozeßunfähig dar (vgl. Koch, Recht der Ford. Ed. II. Bd. II. S. 315 ff., Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen, Berlin 1874 S. 28). Jedenfalls hat in der neueren preuß. Gesetzgebung eine Wendung nach der freieren Verkehrsrichtung stattgefunden, indem den Hauskindern durch die Kab.-Ordre vom 4. Juli 1832 und v. 5. Dezember 1835 eine gewisse Prozeßfähigkeit eingeräumt ist, wenn sie in den Fällen des § 21 klagen oder

verklagt werden müssen. Das Prinzip ist auf Schiffsmannschaften durch das Gesetz v. 26. März 1864 § 1 weiter angewendet; auch in der Verord. v. 24. Juni 1867 § 95 in die neuen Provinzen des Gemeinen Rechts eingeführt. Der preuß. Entw. §§ 85, 86 wollte diese Bestimmungen aufrecht erhalten.

In dem Codex Maximilianus bavaricus civilis I. 5. 7 sind die Beendigungsgründe der väterlichen Gewalt aufgeführt und hier der Großjährigkeit allein ein Einfluß auf die Stellung des Hausvaters nicht eingeräumt; Kreitmayer spricht sich vielmehr Anm. 2 zur bayerischen Gerichtsordnung III. 6 dahin aus, „daß Hauskinder für sich keine persona standi in iudicio haben, sondern bei gerichtlichen Verhandlungen der Verbeistandung des Vaters bedürfen.“ Roth, bayerisches Civilrecht I. S. 448 Note 14.

Nur der Zustand des Rechts in den größeren deutschen Rechtsgebieten ist in dem Vorstehenden skizzirt. Diese Skizze genügt aber auch, um darzulegen, daß die Herbeiführung der Rechtseinheit dringend wünschenswerth ist und daß die Vorschrift des § 51 Abs. 2 die bereits mehrfach angebahnte Entwicklung, dem großjährigen Hauskinde legitima persona standi in iudicio beizulegen, zum Abschlusse bringt. Die Möglichkeit, daß Nullitätsklagen gegen Erkenntnisse aus Prozessen, welche mit anscheinend vollkommen selbständigen und großjährigen Hauskindern geführt sind, erfolgreich angestellt werden, bedroht in empfindlicher Weise den Verkehr. In solcher Ausdehnung entspricht die väterliche Gewalt dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart nicht, welche vielmehr dem Gewalthaber nur bestimmte Nutzungs- und Verwaltungsrechte zugesteht.

Die Ehefrau ist nach gemeinem Rechte handlungsfähig und demgemäß prozessfähig. Eine Beschränkung ihrer Handlungsfähigkeit ist dagegen nicht nur in denjenigen Rechtsgebieten gegeben, in denen noch die eheliche Vormundschaft des Ehemannes besteht, sondern auch regelmäßig mit den eherechtlichen Güterordnungen verbunden; in letzterer Beziehung ist sie auf die dem Ehemanne an dem Vermögen der Ehefrau sowie an dem gemeinsamen Vermögen zustehenden Rechte gegründet. Aus der Menge der auf deutschem Boden geltenden Bestimmungen werden nur die nachfolgenden hervorgehoben. Nach französischem Rechte — Code civile art. 215 — bedarf die Ehefrau — von einzelnen wenigen Ausnahmen abgesehen — der Autorisation des Ehemannes, um vor Gericht zu stehen, sie mag der klagende Theil oder der beklagte Theil sein; die Gegenpartei sei, welche sie wolle; der Rechtsstreit mag erst während der Ehe seinen Anfang nehmen oder schon vor der Ehe seinen Anfang genommen haben, sie bedarf fogar dieser Autorisation, quand même elle serait marchande publique, ou non commune ou séparée de biens. Zachariä Handbuch des französischen Civilrechts 5. Aufl. von Anschütz III. S. 72—74. Das preußische Civilrecht ist schwankend, so daß einzelne Autoren die Ehefrau für geschäftsunfähig erklären. Die Bestimmungen lassen doch aber schließlich nur objektive Beschränkungen des Verfügungsrechts der Ehefrau erkennen, welche auf den Rechten des Ehemannes an ihrer Person und an ihrem Vermögen beruhen. Die im A. L. R. II. 1. § 189 ausgesprochene Regel, daß die Ehefrau ohne Zuziehung und Einwilligung des Mannes mit Anderen keine Prozesse führen kann, ist modifizirt in Betreff der Prozesse über ihr vertragsmäßig vorbehaltenes Vermögen — § 230 ib. — und bei Prozessen der Eheleute unter einander. Die Ehefrau wird ferner nach A. G. D. I. 1. § 21 in Prozessen über gesetzlich vorbehaltenes Vermögen bei verlagter Genehmigung allein zugelassen. Das sächsische Civilgesetzbuch §§ 1638, 1641 fordert — von einzelnen Ausnahmen abgesehen — zu allen Rechtsgeschäften der Ehefrau mit Dritten, durch welche sie nicht lediglich erwirbt, die Einwilligung ihres Ehemannes; Rechtsgeschäfte, von einer Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes eingegangen, sind nichtig (vgl. Schmidt, Vorlesungen über das sächsische Privatrecht II. S. 36—38). Aus dieser Beschränkung der Handlungsfähigkeit zieht der sächsische Entwurf §§ 292, 295 zutreffend die Folgerung, daß die Ehefrau in den Fällen, in denen sie sich nicht selbstständig ohne Einwilligung des Ehemannes verpflichten kann, auch nicht prozessfähig sei. Das Bedürfniß nach prozessualer Selbstständigkeit der Ehefrau hat sich zunächst im Gebiete des Handelsrechts Geltung verschafft. Noch im Art. 215 des Code civil ausdrücklich ver sagt, wurde die Prozeßfähigkeit in Handelsfachen der Handelsfrau in deutschen Handelsgesetzbüchern Art. 6 und 9 zugestanden und ebenso ertheilt der § 11 der Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 der verheiratheten gleich der unverheiratheten Gewerbefrau in Angelegenheiten ihres Gewerbes das Recht zum

| S. 76.

selbstständigen Auftreten vor Gericht. Das hier befriedigte Bedürfnis der Prozeßfähigkeit besteht in gleichem Maße in den zahlreichen Fällen, in welchen sich Eheleute thatächlich trennen und die wirthschaftliche Gemeinschaft aufgeben.

Der § 51 Abs. 2 wird hinsichtlich des großjährigen Hauskinds und der Ehefrau von dem Gedanken beherrscht, daß beiderlei Personen an sich handlungsfähig sind und nur in ihrer Verfügungsbefugnis durch die Rechte des Inhabers der väterlichen Gewalt, bez. des Ehemannes beschränkt werden. Diese Beschränkungen der Verfügungsbefugnis werden durch die Ertheilung der vollen Prozeßfähigkeit nicht beeinträchtigt. Denn dem Hausvater oder dem Ehemanne gegenüber hängt die Gültigkeit und Wirksamkeit der ohne ihre Zuziehung zu dem Prozesse erstrittenen Judikate davon ab, inwieweit ihnen nach dem zur Anwendung gelangenden Civilrechte in Bezug auf den Gegenstand der Entscheidung Rechte zustehen, welche die Dispositionsbefugnisse des Hauskinds, bez. der Ehefrau beschränken oder aufheben. Ebensovienig braucht sich der Hausvater oder der Ehemann aus Judikaten, welche ohne seine Zuziehung erlassen sind, eine Zwangsvollstreckung in dasjenige Vermögen des Hauskinds oder der Ehefrau gefallen zu lassen, welches in Folge der ihm zustehenden Rechte der Disposition der Schulner entzogen ist. Nichtsdestoweniger werden die Entscheidungen gegen das im Prozesse stehende Hauskind bez. die Ehefrau rechtskräftig. Durch diese Vorschriften werden die Beschränkungen des Verfügungsrechts in das Gebiet der Sachlegitimation verwiesen, und es ist dies durchaus angemessen, weil die beschränkenden Rechte dem materiellen Rechte angehören. Eine Vervielfältigung der Prozesse ist als Folge dieser neuen Vorschriften aber nicht zu befürchten, weil die Institute der Intervention und Streitverkündung die Möglichkeit gewähren, den Hausvater bez. den Ehemann an dem Prozesse zu betheiligen. | S. 77.

3) Der § 51 Abs. 3 entzieht der Geschlechtsvormundschaft jede Einwirkung auf die Prozeßführung.

Die Geschlechtsvormundschaft ist, nachdem sie neuerdings auch in Mecklenburg-Schwerin (vgl. Publikandum v. 17. September 1867) — mit Ausnahme von Wismar —, in Lübeck (Gef. v. 15. März 1869), in Lauenburg (Gef. v. 18. März 1869) und in Hamburg (Gef. v. 3. Juni 1870 Art. 1) aufgehoben worden, fast gänzlich vom deutschen Boden verschwunden. Bei dieser Sachlage hat die Vorschrift des § 51 Abs. 3 um so weniger Bedenken, als das erlöschende Institut gegenüber den Rechtsanschauungen und Verkehrsbedürfnissen der Gegenwart jeder Vererbung entbehrt und dennoch wegen seiner kontroversen Natur geeignet ist, der Prozeßführung große Schwierigkeiten zu schaffen.

Nach den Grundsätzen des Entwurfs sind nicht prozeßfähig:

- a) die physischen Personen, welche keinen Willen haben, wie Kinder, Geistesfranke 2c.
- b) die physischen Personen, welche willensfähig sind, aber welche keine oder nur eine beschränkte Dispositionsbefugnis haben (letzterenfalls mit der Maßgabe des § 51 Abs. 1). Zu dieser Kategorie gehören die minderjährigen Hauskinder, die Verschwender, der minderjährige Emanzipirte des französischen Rechts Code civil Art. 476 ff. und alle Personen, welche aus irgend einem Grunde unter Vormundschaft — Tutel oder Kuratel — stehen und nicht ohne Vormund, Kurator, Beistand, Pfleger u. s. w. handeln können;
- c) die juristischen Personen und die Personenvereine und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können (§§ 19, 150).

Alle nicht prozeßfähigen Parteien werden im Prozesse durch „gesetzliche Vertreter“ vertreten. Wer im konkreten Falle der gesetzliche Vertreter der nicht prozeßfähigen Partei ist, bestimmt nach § 50 das bürgerliche Recht.

Der gesetzliche Vertreter hat im Allgemeinen und, insoweit nichts Abweichendes vorgegeschrieben ist, die Befugnisse und Pflichten einer Partei — oder wie sich Württemberg Art. 85 und Bayern Art. 60 ausdrücken, der gesetzliche Vertreter steht der Partei gleich und ist, wie diese, zu allen Prozeßhandlungen befugt, soweit das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt. Konsequenzen dieses in dem Entwurfe ausdrücklich nicht ausgesprochenen Grundsatzes enthalten die §§ 80 (in Betreff der Vollmacht), 211, 215 (rückfichtlich der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens), 378, 415, 417, 418, 421 (in Ansehung des Eides), 203 (in Betreff der Veräumnungen).

Auch die Bestimmungen über die Zustellungen in § 150 können hierher gerechnet werden.

Aus dem bürgerlichen Rechte ist nach § 50 endlich zu entscheiden, ob zu einem Prozesse eine nicht prozeßfähige Partei — z. B. nach preussischem Rechte U. L. R. II. 11 §§ 652 ff. die Kirchengemeinde — oder der gesetzliche Vertreter einer Partei einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf. Ist die nothwendige Ermächtigung zur Prozeßführung ertheilt oder ist die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft, so sind nach dem wichtigen Prinzip des

I C. 78.

## I § 52 (R. V. § 52, G. § 52)

einzelne Prozeßhandlungen, zu welchen nach dem bürgerlichen Rechte eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, gleichwohl ohne dieselbe gültig. Dieser Grundsatz — dem § 85 des nordd. Entw. entnommen — ist eine Anwendung des in dem Deutschen Handelsgesetzbuche Art. 43 rücksichtlich der Procura und in dem Entwurfe § 77 hinsichtlich der Vollmacht anerkannten Prinzips, daß nach Außen hin — dritten Personen gegenüber im Interesse der Sicherheit des Verkehrs Beschränkungen der Legitimation, der Vertretungsbefugniß unzulässig sind, mögen diese Beschränkungen auf Willkür einer Partei oder auf einer gesetzlichen Bestimmung beruhen, welche nicht dem Reichsrechte angehört. Durch den § 52 werden Vorschriften beseitigt, wie sie z. B. die preuß. U. G. O. I. 10 § 292 in Betreff der Berechtigung der Vormünder zur Relation von Eiden enthält.

Der

## § 53 (R. V. § 53, G. § 53)

erweitert im Anschluß an § 35 der Einleitung zum preuß. U. L. R. und Art. 84 der Wechsel-Ordnung die Prozeßfähigkeit des Ausländers dergestalt, daß es genügt, wenn derselbe entweder nach dem Rechte seines Landes oder nach dem Rechte am Orte des Prozeßgerichts prozeßfähig ist. Gericht und Gegner werden durch diese Vorschrift in der Regel hinsichtlich der Prozeßfähigkeit der Nachforschung nach dem fremden Rechte überhoben sein.

Der

## § 54 (R. V. § 54, G. § 54)

erklärt es in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Doktrin, den neuen deutschen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen für einen Gegenstand der öffentlichen Ordnung, daß keine Verhandlungen gepflogen werden, welche wegen Mangels der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der Ermächtigung zur Prozeßführung nichtig sind. Er überweist daher diese Punkte der Officialprüfung durch das Prozeßgericht. Eine Konsequenz enthalten die Bestimmungen der §§ 126, 238 Abs. 2, 257 Abs. 2, 290 Nr. 1, eine weitere Konsequenz ist der — von dem Entwurfe allerdings nicht ausdrücklich ausgesprochene — Satz, daß das Gericht die fraglichen Mängel — sei es von Amtswegen, sei es auf Antrag einer Partei — bis zur Erlassung des Endurtheils zu berücksichtigen hat. Nur wenn der Beklagte über die „Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung“ abgeordnete Verhandlung und Entscheidung verlangt, muß er dieselbe vor der Verhandlung zur Hauptsache gleichzeitig mit sonstigen prozeßhindernden Einreden vorbringen (§§ 238 Nr. 6, 239). Wenn erst im Laufe eines Prozesses eine Partei die Prozeßfähigkeit verliert, oder der gesetzliche Vertreter durch Tod oder Ende seiner Vertretungsbefugniß wegfällt und letzternfalls vom Vertreter ein Prozeßbevollmächtigter nicht bestellt ist, so wird nach §§ 211, 215 der Prozeß bis zur Regelung des Vertretungspunktes unterbrochen.

In Uebereinstimmung mit Bayern Art. 59 und mit dem hannov. Entw. § 50 bestimmt der Abs. 2 des § 54, daß bei Gefahr im Verzuge die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels einstweilen zur Prozeßführung zugelassen werden kann. Das Endurtheil darf hier — wie im Falle des § 83, bei nicht vollständiger Legitimation des einstweilen zugelassenen Prozeßbevollmächtigten — erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.

I C. 79.

Im

## § 55 (R. V. § 55, G. § 55)

wird das Institut des Litiskurators — preuß. A. G. D. I. 1 §§ 9, 12 — geregelt. Der erste Absatz bestimmt, daß, im Falle eine nicht prozeßfähige Person, bezw. eines der nach §§ 19, 150 „parteilichen“ Prozeßsubjekte verklagt werden soll und ohne gesetzlichen Vertreter ist, der Vorsitzende des Prozeßgerichts auf Antrag des Gegners unter der Voraussetzung, daß mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen „besonderen Vertreter“ bestellen muß. Die Befugniß zur gleichen Maßregel giebt der Abs. 2, wenn eine nicht prozeßfähige Person in dem Gerichtsstande des Aufenthalts- oder Garnisonorts in Fällen des § 21 verklagt werden soll. Der Abs. 2 bezieht sich nur auf physische Personen, ergänzt die durch § 21 getroffene Einrichtung eines besonderen Gerichtsstandes für dergleichen Klagen und stellt im Gegenjase zum Absatz 1 die Bestellung des besonderen Vertreters in das Ermessen des Vorsitzenden des Gerichts.

Der ernannte besondere Vertreter hat die Rechte der von ihm vertretenen Partei mit allen Befugnissen eines gesetzlichen Vertreters bis dahin wahrzunehmen, daß im Falle des Abs. 1 der gesetzliche Vertreter, beziehentlich im Falle des Abs. 2 der Vater oder Vormund in den Prozeß eintritt.

Für eine Ausdehnung der Bestimmungen des ersten Absatzes auf die Fälle einer bloßen Verhinderung des vorhandenen gesetzlichen Vertreters und der Bestimmungen des zweiten Absatzes auf Klagen, welche die nicht prozeßfähige Partei erheben will, ist dem preuß. Entw. § 87 und dem nordd. Entw. § 88 entgegen ein besonderes praktisches Bedürfnis nicht anerkannt.

## Dritter Titel.

## Streitgenossenschaft.

## §§ 56—60. (R. V. §§ 56—60, G. §§ 56—60.)

Treten mehr als zwei Personen in einem Prozesse als selbstständige Parteien auf, so liegt eine Verbindung mehrerer Prozesse zu Einem Verfahren vor. Die juristische Behandlung jedes einzelnen Prozesses wird durch die Vereinigung nicht verändert. Abgesehen von den äußeren Vortheilen der Abkürzung, Vereinfachung und Kostenersparung hat die Verbindung mehrerer Prozesse zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung den Vortheil, daß sie eine übereinstimmende Beurtheilung der den verbundenen Prozessen gemeinsamen oder gleichartigen Streitpunkte garantiert. Diese Sätze, das Ergebnis der neueren Untersuchungen über die subjektive Klagenkumulation und das Litiskonfortium (vergl. Bland die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrechte S. 105 ff., 385 ff., Wehll Ed. II. S. 767 ff.), bilden die Grundlage und den Ausgangspunkt für die dem hannov. Entw. §§ 52, 53, 55 und dem nordd. Entw. §§ 91, 92, 94 entnommenen Bestimmungen der §§ 56—58 des Entwurfs. Der § 59 enthält Modifikationen des in § 58 ausgedrückten Prinzips, während der § 60 eine Vorschrift über das Betreibungsrecht der Streitgenossen giebt.

## | §§ 56, 57. (R. V. §§ 56, 57, G. §§ 56, 57.)

| S. 80.

In Uebereinstimmung mit Hannover §§ 33, 34, Baden §§ 99 ff., Württemberg Art. 86, 87, Bayern Art. 63, preuß. A. G. D. I. 1 §§ 35—37, preuß. Rab.-Ordre v. 7. März 1838, preuß. Entw. §§ 109, 110, 114 (Motive S. 32), sächs. Entw. §§ 308, 309 gestattet der Entwurf nicht nur im Falle der Gemeinsamkeit (§ 56), sondern auch im Falle der Gleichartigkeit der Streitpunkte (§ 57), daß mehrere Personen als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden können, da auch in dem letzteren Falle die prozeßualische Möglichkeit einer ordnungsmäßigen Verhandlung der mehreren Ansprüche in demselben Verfahren gegeben und dem Gerichte durch das ihm unbeschränkt eingeräumte Trennungsrecht (§ 130) das Mittel gewährt ist, die Verbindung wieder aufzuheben, wenn sich heraus-

stellt, daß dieselbe zu einer Verwirrung des Verfahrens führen muß, oder daß aus anderen Gründen der dadurch angestrebte Zweck nicht erreicht zu werden vermag.

Bewogen durch die Zweckmäßigkeitsgründe, welche für die Verbindung mehrerer Prozesse zu Einem Verfahren sprechen, ist der Entwurf nicht dabei stehen geblieben, diese Verbindung ausschließlich von dem Willen des oder der Klageberechtigten abhängig zu machen, er hat vielmehr dem Gerichte die Befugniß erteilt, unabhängig von dem Willen derselben mehrere bei ihm anhängige Prozesse verschiedener Parteien zu verbinden, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können (§ 132). Außerdem hat der Entwurf durch die Vorschrift des § 36 Nr. 3 die Herbeiführung der Verbindung in Fällen ermöglicht, in denen rücksichtlich der mehreren zu verklagenden Personen kein gemeinschaftlicher Gerichtsstand besteht, und durch die Bestimmung des § 5 über die Zusammenrechnung mehrerer in einer Klage geltend gemachter Ansprüche den Vortheil geboten, amtsgerichtliche Sachen auch beim Mangel einer Prorogation zur Verhandlung und Entscheidung vor die Landgerichte zu bringen.

### § 58. (R. V. § 58, G. § 58.)

Die Streitgenossen treten in Folge des Prozesses in kein besonderes Verhältniß zu einander; daß sie gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, ist ein Factum, welches rechtliche Wirkungen unter ihnen nicht begründet. Materiell sind ihre Interessen unabhängig von einander, so daß jeder Streitgenosse so beurtheilt werden muß, als ob er allein mit seinem Gegner im Prozesse befangen wäre (vergl. Weßell Ed. II. S. 791, 792, Bland 1 c. S. 107). Was der einzelne Streitgenosse thut oder unterläßt — der Ausdruck „Handlungen“ in § 58 umfaßt seiner allgemeinen Bedeutung nach auch die Unterlassungen — gereicht dem anderen weder zum Vortheile, noch zum Nachtheile. Jeder Streitgenosse kann sich daher besonderer Angriffs- und Vertheidigungsmittel (vergl. § 93 Abs. 3) bedienen, wie umgekehrt der Gegner besondere Angriffs- und Vertheidigungsmittel einzelnen Streitgenossen gegenüber geltend machen kann, ohne daß der Erfolg derselben auf den Ausfall des Prozesses für oder gegen die anderen Streitgenossen einwirkt. Insofern allerdings die Handlungen eines Streitgenossen auf die Feststellung der Thatfachen von Einfluß sind, und insoweit diese Feststellung nicht an gesetzliche Regeln gebunden, sondern von der freien Ueberzeugung des Gerichts abhängig (§ 249) ist, bilden die betreffenden Handlungen einen Theil des Materials für die richterliche Ueberzeugung und werden daher mittelbar die Sache des anderen Streitgenossen beeinflussen können. Ueber den zugeschobenen und richterlichen Eid muß die Erörterung bis zur Besprechung der §§ 416 und 420 vorbehalten bleiben.

Einzelne Prozeßgesetze und Entwürfe verpflichten die Streitgenossen zur Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters (Hannover § 33 Abs. 5, Oldenburg Art. 48, Bayern Art. 64 Abs. 3, hannov. Entw. § 56, preuß. Entw. § 113, § 152, Baden § 104, sächs. Entw. § 310). Für das gemeine Recht ist die Verpflichtung zur Bestellung eines gemeinsamen Prozeßprocurators bestritten (vgl. Weßell, Ed. II. S. 741), während die Bestellung eines gemeinsamen Insinuationsmandatars gefordert werden kann. Solche Bestimmungen sind allerdings für die Interessen der Gegenpartei, insbesondere für die Erleichterung der geschäftlichen Verbindung unter den Parteien sowie für die Ordnung des Verfahrens von praktischer Bedeutung, sie sind indessen lebhaft bekämpft, weil sie den Grundsätzen des § 58 widersprechen und in einzelnen Fällen — namentlich, wenn das Gericht in Ermangelung einer Vereinbarung der Streitgenossen den Bevollmächtigten zu bestellen hat (Oldenburg Art. 48, hannov. Entw. § 56 Abs. 2, Bayern Art. 64 Abs. 3) — zu Härten und Verwicklungen führen, auch die Parteirechte dadurch gefährden können, daß Streitgenossen genöthigt werden, ihre Vertretung einer nicht geeigneten Persönlichkeit zu überlassen. Der Entwurf hat aus den letzten Gründen in Uebereinstimmung mit der württembergischen Prozeßordnung und dem norddeutschen Entwurf Abstand genommen, die Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters oder Insinuationsmandatars vorzuschreiben.

Von den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Prozeßgeszentwürfen haben

Hannover § 372 (vgl. Meyer, Neues Magazin für hannoversches Recht IX. S. 316 bis 341), Bayern Art. 316—318 und der preuß. Entw. §§ 391—394 das sogen. Kontumazialbindungsurtheil des französischen Rechts (Code de proc. Art. 153) aufgenommen. Dasselbe läßt sich dahin präzisiren:

Erscheint einer der Streitgenossen in dem ersten Verhandlungstermine nicht, so wird die Ladung erneuert. Bleibt er auch im zweiten Verhandlungstermine aus — oder erscheint er zwar, es veräußt aber einer der andern Streitgenossen diesen Termin, so wird mit den erschienenen Streitgenossen verhandelt und auf Grund dieser Verhandlung durch dasselbe Urtheil rüchftlich aller Streitgenossen entschieden. Das Urtheil hat zum Vortheile sowie zum Nachtheile der Nichterschiene die Wirksamkeit eines kontradiktorischen Urtheils, so daß gegen dasselbe der Einspruch unzulässig ist.

Wemgleich dieses Institut geeignet sein mag, den Erlaß widersprechender Urtheile gegen die mehreren Streitgenossen zu verhindern und wemgleich auch vielfach bezeugt wird, daß dasselbe sich als zweckmäßig bewährt habe, so mußte sich doch der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem hannoverschen und dem norddeutschen Entwurf (vgl. hannov. Prot. V. S. 1742—1752, XV. S. 5559, 5560, XVI. S. 6292—6296, nordd. Prot. II. 630, 631, 638) gegen die Aufnahme des Bindungsurtheils entscheiden. Denn dasselbe steht mit dem Grundsatz des § 58 in Widerspruch, greift in bedenklicher Weise in das bürgerliche Recht ein, führt dahin, den nicht erschienenen Streitgenossen einen Vertreter aufzudrängen und sie im Falle der Beurtheilung mit einer Quote der erfolglos gebliebenen Vertheidigungskosten auch dann zu belasten, wenn sie nicht erschienen waren, weil sie sich nicht vertheidigen, sondern kontumaziren lassen wollten und entzieht in amtsgerichtlichen Sachen dem Kläger den wichtigen prozessualischen Vortheil, pro rata seines Anspruchs gegen die nicht erschienenen Streitgenossen sofort ein vorläufig vollstreckbares Urtheil (§ 601 Nr. 1) zu erlangen. Ueberdies ist ein besonderer Nachtheil — ein scandale judiciaire, si propre à infirmer la confiance, qu'il est nécessaire d'imprimer aux décisions des tribunaux, wie Boitard et Colmet-Daage Leçons des procédures civile (Ed. XI. I. S. 287) behaupten — von der Erlassung verschieden lautender Urtheile nicht zu beforgen, da auch beim Erscheinen aller Streitgenossen in Folge der den einzelnen zusehenden verschiedenen Vertheidigungsmittel ganz von einander abweichende Entscheidungen ergehen können, ganz abgesehen davon, daß eine gleiche Verschiedenartigkeit möglich ist, wenn gegen das Urtheil erster Instanz nicht von allen Streitgenossen das Rechtsmittel der Berufung oder der Revision eingelegt wird. Es hat daher nach dem Entwurfe in konsequenter Durchführung des in § 58 ausgesprochenen Grundsatzes die Versäumung eines Streitgenossen für diesen dieselben Folgen, wie wenn er allein geklagt hätte oder verklagt worden wäre, so daß rüchftlich desselben die Vorschriften der §§ 285 ff. zur Anwendung kommen, während rüchftlich der erschienenen Streitgenossen die Verhandlung und die Entscheidung kontradiktorisch erfolgen.

Der § 58 kommt nicht zur Geltung, soweit aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzbuchs sich ein Anderes ergibt. Derartige Ausnahmen hat der Entwurf für den Fall der Versäumung und des zugehobenen Eides in den §§ 59 und 416 aufgestellt, Ausnahmen, welche eintreten, wenn

- 1) das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann oder wenn
- 2) die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige ist.

Beiden Voraussetzungen ist gemeinsam, daß sie dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen sind. Während die letztere die Fälle umfaßt, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine Klage gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder gegen mehrere Verpflichtete zu erheben ist (die Fälle der sogen. *exceptio plurium litisconsortium*), ist bei der ersteren zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem Einzelnen die Vertretung rüchftlich des streitigen Rechtsverhältnisses in *solidum* zusteht. Ein Beispiel gewähren die Bestimmungen des römischen Rechts, nach denen „die Untheilbarkeit der Prädialservituten jeden Miteigentümer als solidarischen Vertreter des herrschenden sowohl als des dienenden Grundstücks erscheinen läßt,“ so

S. 82.

daß jeder Miteigenthümer konfessorisch oder negatorisch klagen und verklagt werden kann und das erlassene Urtheil für und gegen sämtliche Miteigenthümer volle Wirksamkeit hat — *sententia praedio datur* — (vgl. von Savigny System VI. S. 479—481, Weßell Ed. II. S. 522, theilweise anderer Meinung Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Aufl. Bd. I. S. 363, 364). Klagen daher sämtliche *condomini* oder werden sie sämtlich verklagt, so ist für und gegen dieselben nur ein übereinstimmendes Urtheil möglich: das Grundstück kann *pro parte indivisa* nicht servitutfrei und *pro parte indivisa* nicht mit einer Servitut belastet sein. Außer der Untheilbarkeit des streitigen Rechtsverhältnisses kann hierher auch die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes gehören — je nach der Auffassung, welche eine derartige Untheilbarkeit in den bürgerlichen Rechten gefunden hat. Ob und inwieweit die offene Handelsgesellschaft hierher gerechnet werden kann (vgl. deutsches Handelsgesetzbuch Art. 111, 114, 117), wie in den Debatten der norddeutschen Kommission behauptet worden, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls werden die Verhältnisse des Miteigenthums und des Niterbrechts in dem Geltungsgebiete des preuß. N. L. R. nach der die Praxis bestimmenden Auffassung des Obertribunals mit ergriffen (nordd. Prot. II. 637—39, 795, 796, III. 1270), wenn sie nicht der zweiten Kategorie, den Fällen der *exceptio plurium litisconsortium* beizuzählen sind.

In den bezeichneten Fällen muß im Interesse des bürgerlichen Rechts, durch welches das in *judicium* geführte Rechtsverhältniß beherrscht wird, eine prozessualische Verbindung der mehreren Streitgenossen mit Nothwendigkeit eintreten, damit nicht durch widersprechende Urtheile über dieses Rechtsverhältniß unlösbare Verwickelungen herbeigeführt werden. Der § 59 schreibt deshalb in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. § 59 vor, daß in solchen Fällen, wenn ein Termin oder eine Frist von einzelnen Streitgenossen versäumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden. Aus dieser Vorschrift folgt namentlich, daß in dem Termine, in welchem ein Streitgenosse nicht erscheint, die Verhandlung mit dem Erschienenen stattfindet, daß gegen den Nichterschienenen ein Versäumnisurtheil nicht erlassen wird, daß das Urtheil, welches auf Grund der Verhandlung mit dem erschienenen Streitgenossen ergeht, gleichwie ob dessen Ausführungen dem Nichterschienenen günstig oder nachtheilig sind, stets auch für den letzteren ein kontradictorisches Urtheil ist. Diese nothwendige Verbindung gilt nicht nur für den ersten Termin, welcher zur mündlichen Verhandlung zur Hauptsache bestimmt ist, sondern für die ganze Dauer des Rechtsstreits; sie tritt ein, sobald der Fall der Versäumung vorliegt, und währt bis dahin, daß der säumige Streitgenosse sich an dem späteren Verfahren wieder betheiliget. Diese Betheiligung ist ihm jederzeit gestattet, und er ist zu neuen Terminen zu laden, für welche es überhaupt einer besonderen Ladung der Partei, beziehungsweise nach § 60 einer Ladung der anderen Streitgenossen bedarf. Daß auf den säumigen Streitgenossen die §§ 153, 154 Anwendung finden, bedurfte nicht besonderer Hervorhebung.

Weitere Schwierigkeiten entstehen, wenn sich die Erklärungen der Streitgenossen widersprechen, wenn z. B. der eine Streitgenosse gesteht, der andere dagegen leugnet; Schwierigkeiten, welche sich noch steigern, wenn es sich um das Beweismittel des Eides handelt. Der Entwurf hat, wie bereits bemerkt, den letzteren Fall in § 416 geregelt, während er eine solche Regelung in dem ersteren Falle nicht für erforderlich erachtete. Die konsequente Durchführung der den Entwurf beherrschenden Prinzipien fordert, daß die nur von einzelnen Streitgenossen eingeräumte Thatsache als bestritten gelte; bei der Beurtheilung der Frage aber, ob diese bestrittene Thatsache als bewiesen anzunehmen sei, es der freien Würdigung des Gerichts unterliegen muß, welches Gewicht auf das Geständniß einzelner Streitgenossen zu legen ist (nordd. Prot. II. S. 1040).

Der für alle Fälle der Streitgenossenschaft anwendbare, dem preuß. Entw. § 236 und dem nordd. Entw. § 417 konforme

#### § 60 (R. B. § 60, G. § 60)

§ 84. enthält neben der Bestimmung, daß das Recht zur Betreibung des Prozesses jedem einzelnen Streitgenossen zusteht, eine Vorschrift über das Verfahren, welches der einzelne Streitgenosse zu beobachten hat, wenn er allein den Prozeß betreiben will.

Er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die auf seiner Seite stehenden übrigen Streitgenossen laden; diese Vorschrift erscheint gerechtfertigt, weil der gemeinsam begonnene Prozeß, soweit thunlich, bis zum Ende gemeinsam fortgesetzt werden soll.

### Dritter Titel.

## Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

§§ 61—71. (R. B. §§ 61—71, G. §§ 61—73.)

Der Titel handelt:

- 1) von der Hauptintervention, §§ 61, 62,
- 2) von der Nebenintervention, §§ 63—67,
- 3) von der Streitverkündung, §§ 68—70,
- 4) von der Benennung des Auttors, § 71.

und faßt in dieser Weise die vom Entwurf anerkannten Fälle zusammen, in denen dritte Personen aus eigenem Rechte oder Interesse sich an einem anhängigen Prozesse neben den Hauptparteien betheiligen.

### I. Hauptintervention.

§§ 61, 62. (R. B. §§ 61, 62, G. §§ 61, 62.)

Das Institut der Hauptintervention ist aus dem Bedürfnisse der Praxis hervorgegangen und trotz theoretischer Angriffe gegen seine Berechtigung — vgl. Renaud Civilprozeß § 153 S. 408 — im gemeinrechtlichen Prozesse anerkannt (Wezell Ed. II. § 64) und geltendes deutsches Prozeßrecht, einschließlich des preußischen Prozesses A. G. D. I. 18, und des französischen Rechtsgebiets. In dem französischen Rechte tritt die Hauptintervention nicht als selbstständiges Institut, sondern als ein Fall der Intervention (Code de proc. Art. 339 bis 341, Carré et Chauveau Adolphe, Lois de la procédure civile et administrative 4. Ed. III. pag. 201) und der — von dem belgischen Entwurf beseitigten — tierce opposition (Code de proc. Art. 466, 474—479) auf. Die neuen deutschen Prozeßgesetzgebungsarbeiten haben die Hauptintervention aufrechterhalten, und auch der revidirte österreichische Entwurf für die nicht zur ungarischen Krone gehörigen Länder von 1867 hat §§ 67 bis 69 das Institut aufgenommen, während es der Entwurf von 1866 übergangen hatte.

Der Entwurf hat sich ebenfalls für Beibehaltung der Hauptintervention entschieden. Dieselbe kann zu einer Minderung der Prozesse und zur Vermeidung widersprechender Urtheile führen; sie dient ferner als ein geeignetes Mittel, berechtigte Interessen in wirksamster Weise zu sichern. Solchen praktischen Vortheilen gegenüber verlieren theoretische Bedenken die ihnen beigelegte Bedeutung. Demgemäß wird in Anschluß an das gemeine Prozeßrecht dem Hauptintervenienten, welcher nach allgemeinen Grundsätzen nur gegen eine der streitenden Parteien zur Erhebung der Klage berechtigt ist, die Befugniß eingeräumt, seinen Anspruch auf den Streitgegenstand gegen beide Parteien als Streitgenossen in einer Klage geltend zu machen. Dies gewährt ihm, im Falle er obsiegt, ein gegen beide Theile wirksames und je nach dem Gegenstande des Rechtsstreits auch gegen beide Theile vollstreckbares Urtheil. Außerdem ist es in Abänderung der allgemeinen Kompetenzvorschriften aus Rücksicht auf den materiellen Zusammenhang der Sachen gestattet, die Klage bei dem Gerichte des Hauptprozesses zu erheben.

Die Hauptintervention ist zulässig, wenn Jemand die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt. Sie findet Anwendung auf Ansprüche, welche mittelst einer dinglichen Klage oder mittelst einer persönlichen Klage geltend zu machen sind, und ist nicht nur in Prozessen, in denen körperliche Sachen — species oder universitas — den Streitgegenstand bilden, sondern auch in Prozessen über Forderungen

S. 85.

gen zulässig. Letzterer Fall war auf der hannoverschen Prozeßkonferenz — Protokolle S. 4888 ff. — streitig, ist aber im hannov. Entw. § 57 zu Gunsten der Forderungen entschieden.

Der Entwurf giebt über die prozessualische Behandlung dieser Klage außer der Bestimmung des § 76, daß die Vollmacht für den Hauptprozeß die Vollmacht für eine Hauptintervention umfaßt, keine besonderen Vorschriften.

Abweichend von Hannover § 35, Baden § 107, Württemberg Art. 91 ist die Zulässigkeit der Hauptintervention nicht von der Bescheinigung des Anspruchs abhängig gemacht. Auch kann der Hauptinterveniient nach Vorschrift der §§ 741 ff. zur Sicherung seines Anspruchs einen Arrest auf den Streitgegenstand erwirken und nach § 62 die Aussetzung des Hauptprozesses bis zur Entscheidung über die Hauptintervention beantragen. Ein solcher Antrag steht beiden Parteien zu, auch kann nach § 133 das Gericht die Aussetzung des Hauptprozesses von Amtswegen anordnen. Umgekehrt kann das Gericht, dem allgemeinen Grundsatze des § 132 entsprechend, die Verbindung des Haupt- und Interventionsprozesses behufs gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn beide Prozesse sich in derselben Instanz befinden.

Die Zulässigkeit der Hauptintervention beschränkt der preuß. Entw. § 713 auf die Dauer der ersten Instanz und gewährt § 718, im Falle der Hauptprozeß in höherer Instanz anhängig ist, nur eine „unechte“ Intervention in dem für diese Klage an sich zuständigen Gerichtsstande. Dagegen erklären der hannov. Entw. § 57, der nordd. Entw. § 96 und Württemberg Art. 91 die Hauptintervention so lange für zulässig, als der Hauptprozeß noch nicht völlig erledigt ist, also auch noch im Vollstreckungsverfahren. Der Entwurf geht übereinstimmend mit Hannover §§ 35, 583 und der preuß. U. G. D. I. 18. § 5. I. 24, § 75 ff., auch Bayern Art. 66 bez. 870, 874, 1021, 1105 einen mittleren Weg, indem er die Hauptintervention mit den Wirkungen der §§ 61, 62 nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits gestattet. Denn mit diesem Zeitpunkte erlischt die Anhängigkeit des Hauptprozesses und kann daher eine Betheiligung des Hauptinterveniienten an dem Hauptprozeße, beziehungsweise eine Einwirkung des Interventionsprozesses auf den Hauptprozeß nicht mehr stattfinden. Es fehlt an der charakteristischen Koinzidenz der Prozesse. Dagegen bleibt trotz der rechtskräftigen Entscheidung das etwaige Recht des Dritten, welcher die Hauptintervention unterließe, an dem Streitgegenstande des entschiedenen Hauptprozesses bestehen und es ist derselbe aus diesem Grunde befugt, falls das rechtskräftige Urtheil des Hauptprozesses zur Vollstreckung gebracht wird, auf dem im § 639 angegebenen Wege seine Rechte in Betreff des Exekutionsobjekts geltend zu machen.

| S. 86.

| II. Nebenintervention.

### §§ 63—67. (R. B. §§ 63—67, G. §§ 63—68.)

Der Nebenintervention gehören im Gegensatz zur Hauptintervention die Fälle an, in denen der Interveniient nicht einen die Rechte der Parteien des Hauptprozesses auf den Streitgegenstand ausschließenden Anspruch verfolgt, sondern nur besorgt, daß die Entscheidung des Hauptprozesses auf eigene Rechte nachtheilig einwirken könne, und in denen er sich daher auf die Seite der einen Hauptpartei stellt, um ihr in dem anhängigen Prozesse zu einem obsieglichen Urtheile zu verhelfen.

Der § 63 gestattet die Nebenintervention demjenigen, welcher ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Parteien anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege. Ob der Fall eines solchen rechtlichen Interesses vorliegt, entscheidet das bürgerliche Recht. Da die Prozeßordnung in dem Geltungsbereiche weit auseinander gehender Civilrechte gelten soll, so war die Gestattung der Nebenintervention in möglichst weitem Umfange ein entschiedenes Bedürfnis. In dieser Beziehung folgt der Entwurf der preuß. U. G. D. I. 18 § 2, dem preuß. Entw. § 719, dem nordd. Entw. § 100 und dem französischen Rechte (vgl. Carré et Chauveau Adolphe, l. c. III. pag. 201), und deckt insbesondere die weitgehende Berechtigung zur Nebenintervention nach dem Cod. civ. Art. 1166. (Carré et Chauveau Adolphe, l. c. III. pag. 203—205.)

Der Nebenintervenient kann den Zeitpunkt seines Eintritts in den Prozeß „bis zu dessen rechtskräftiger Entscheidung“ frei wählen. Die Nebenintervention kann auch innerhalb der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen (vgl. preuß. Entwurf § 721, Württemberg Art. 97, Bayern Art. 68, das altpreuß. Prozeßrecht, Erf. des Ober-Tribunals vom 17. Juli 1860, Entsch. Bd. 43 S. 147).

Der Beitritt des Nebenintervenienten wird nach den allgemeinen Grundsätzen in der mündlichen Verhandlung erklärt. Die Vorschriften des Entwurfs über vorbereitende Schriftsätze und deren Zustellung sowie über die Anberaumung von Verhandlungsterminen finden entsprechende Anwendung (§§ 115, 146 ff., 184, 67). Die hierauf bezüglichen Vorschriften anderer Gesetzeswerke (nordd. Entw. § 104, preuß. Entw. § 725, Württemberg Art. 100) sind als entbehrlich übergangen; auch versteht es sich für den Fall der Erhebung der Nebenintervention durch Einlegung eines Rechtsmittels oder des Einspruchs nach den §§ 295, 458, 491, 598 von selbst, daß der betreffende Schriftsatz innerhalb der Nothfrist zur Vermeidung des Eintritts der Rechtskraft zugestellt werden muß.

Da der Nebenintervenient in den Prozeß nur zur Unterstützung der „Hauptpartei“ eintritt, so bleibt die letztere nach

### § 64 (R. V. § 64, G. § 64)

das eigentliche Prozeßsubjekt, während der Intervenient lediglich ihren Zwecken dient. Hieraus folgt, daß der Nebenintervenient den Prozeß in der Lage annehmen muß, in welcher derselbe sich zur Zeit „seines Beitritts“ befindet, ferner, daß er zwar berechtigt ist, nach seiner Wahl Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, jedoch nur insoweit seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei nicht im Widerspruche stehen, endlich, daß der Nebenintervenient in dem Hauptverfahren zugezogen wird (§ 67 Abs. 3). Er hat — vgl. preuß. Entw. § 726, nordd. Entw. § 105 — in Ansehung des Prozeßbetriebes die Stellung des Streitgenossen; dagegen ist materiell seine Stellung diejenige eines Beistandes der Hauptpartei, neben welcher er im Prozesse handeln darf (causae adesse). Uebereinstimmend sind der preuß. Entw. §§ 720, 722, hannov. Entw. § 60, nordd. Entwurf § 101, Hannover § 36, Württemberg Art. 98, Bayern Art. 68.

Die Regel des § 64 gilt auch für die vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittel, welche daher gegenüber dem Verzicht oder der Zurücknahme der Hauptpartei unwirksam sind. Auf demselben Prinzip beruht die Vorschrift des § 402, daß die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides an einen Nebenintervenienten nur in dem Falle zulässig ist, wenn er ausnahmsweise (§ 66) als Streitgenosse der Hauptpartei gilt — und nach demselben Grundsatz ist die Vorschrift über die durch die Nebenintervention entstehenden Prozeßkosten in § 94 geregelt.

Selbstverständlich ist es, daß der Nebenintervenient mit Einwilligung aller Theile den Rechtsstreit statt desjenigen, dem er beiträgt, allein übernehmen und ohne dessen fernere Theilnahme fortsetzen kann. Hannover § 36, hannov. Entw. § 60 und Württemberg Art. 98 drücken diesen Satz noch besonders aus. Ohne Einwilligung des Gegners kann dagegen die Uebernahme des Prozesses durch den Nebenintervenienten in Stelle der ausscheidenden Hauptpartei — wie solches die preuß. A. G. D. I. 17 § 29 und der Code de proc. Art. 182 unter Umständen gestatten — nicht erfolgen. Eine solche Befugniß würde die Prozeßstellung des Gegners beeinträchtigen, wenn ihm z. B. eine zahlungsunfähige Person für den ausscheidenden Gegner gegenübergestellt würde; die A. G. D. I. 17 § 29 macht daher Vorbehalte in Betreff des Kostenpunkts und der Vollstreckbarkeit der ergehenden Entscheidung. Ebenföwenig darf der Nebenintervenient gegen den Willen des Gegners als Hauptpartei neben der Prozeßpartei, zu deren Gunsten er intervenirt, in den Prozeß eintreten (Baden § 114 Nr. 1, Allg. G. D. a. a. D. und I. 18 § 9).

Aus dem allgemeinen Charakter der Nebenintervention folgt, daß durch das im Hauptprozeße ergehende Urtheil nur über das Rechtsverhältniß unter den Hauptparteien entschieden wird. Das Urtheil ist aber auch von Einfluß auf das Rechtsverhältniß zwischen dem Nebenintervenienten und der Hauptpartei, welcher er beigetreten ist.

In Anschluß an den preuß. Entw. § 724 und an den nordd. Entw. § 102 (vgl. auch Hannover § 36, Baden § 116) bestimmt der

### § 65 (R. B. § 65, G. § 65)

daß im Verhältnisse zur Hauptpartei der Nebenintervenient

1) die Entscheidung des Rechtsstreits, wie derselbe dem Richter vorgelegen hat, als richtig entschieden gegen sich gelten lassen muß, und

2) den Einwand verliert, daß die Hauptpartei den Prozeß mangelhaft geführt habe (*exceptio mali processus*); wenigstens ist dieser Einwand nur insofern aufrecht erhalten, als der Nebenintervenient durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei — z. B. durch Zurücknahme eines vom Nebenintervenienten eingelegten Rechtsmittels — verhindert ist, Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch großes Verschulden nicht geltend gemacht sind.

| S. 88.

Diese Bestimmungen greifen zwar in das bürgerliche Recht ein, sie stehen aber mit dem Institute der Intervention in einem innigen Zusammenhange und schaffen den Civilrechten, in denen sie sich nicht oder nicht vollständig entwickelt haben, keine erheblichen Schwierigkeiten. Der Entwurf hat deshalb mit Recht — wie schon die preuß. A. G. D. I. 17 § 19 — über den Bereich des Prozeßrechts hinausgegriffen, um für diese wichtigen und vielfach bestrittenen Rechtsfragen die Rechtseinheit zu begründen.

Abweichend werden die in den §§ 64, 65 geregelten Fragen durch den

### § 66 (R. B. § 66, G. § 66)

geordnet, „insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozeße erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervenienten zu dem Gegner von Wirksamkeit ist“. Hier gilt der Nebenintervenient als wirklicher Streitgenosse der Hauptpartei im Sinne des § 58, und es äußert dies seine Wirkungen auch in Beziehung auf den Beweis durch Eid (§§ 402, 419) und auf die Regelung des Kostenpunkts (§§ 94, 93). Es gehören unter diesen Paragraphen die Fälle, in welchen das Recht oder die Verbindlichkeit des Nebenintervenienten durch das Bestehen des Rechts oder der Verbindlichkeit einer im Prozeße begriffenen Partei bedingt ist (Leonhardt, V. B. D. S. 46 Anm. 3). Ein Beispiel geben L. 50 § 1. D. de legatis I.; L. 14 D. de appell. 49, 1 (vgl. Weßell, Ed. II. S. 523) und das preuß. A. L. R. I. 12 § 298 für einen Prozeß zwischen dem Testaments- und Intestat-Erben über die Gültigkeit eines Testaments, wenn dem Ersteren der Legatar beitritt. In diesen Fällen darf der Nebenintervenient, wie die L. 14 pr. Dig. de appell. (49, 1) sagt, nicht nur *causae adesse*, sondern auch *causam agere*; er steht dem Gegner nach § 58 selbstständig als Einzelner gegenüber (vgl. hessisch. Entw. Art. 92, preuß. Entw. § 723, Württemberg Art. 99, nordd. Entw. § 103).

Widerspricht keine der Parteien dem Beitritte des Nebenintervenienten, so wird derselbe vom Gerichte zugelassen. Behauptet aber eine der Parteien, daß die Nebenintervention unzulässig sei, so hat das Gericht hierüber nach

### § 67 (R. B. § 67, G. § 68)

auf Grund vorgängiger mündlicher Verhandlung zwischen den Parteien und dem Nebenintervenienten nach den Regeln über den prozessualischen Zwischenstreit durch ein Zwischenurtheil zu entscheiden. Gegen dieses Urtheil findet in Stelle der Rechtsmittel der Berufung oder Revision, deren Gestattung, wie die in Hannover gemachten Erfahrungen beweisen, mit formellen Schwierigkeiten verbunden sein würde (Hannov. Prot. X. 3863, 64), die sofortige Beschwerde (§ 516) statt. Ähnliche Vorschriften geben Württemberg Art. 101, preuß. Entw. §§ 727 ff., nordd. Entw. §§ 106, 815 Nr. 1, 820. Bis zur rechtskräftigen Feststellung der Unzulässigkeit wird der Nebenintervenient zu dem Prozeße zugezogen. Diese Bestimmungen beruhen auf dem

Gedanken (vgl. preuß. N. G. D. I. 17 § 17, B. v. 1. Juni 1833 § 58), daß durch die Intervention der Gang des Hauptprozesses nicht aufgehalten werden soll.

Für das Urtheil des Gerichts auf Zulassung der Nebenintervention erklärt | S. 89.  
der § 67 für maßgebend, daß der Nebenintervenient sein Interesse, wenn nöthig, glaubhaft macht (§ 251). Ebenso bestimmen der gemeinrechtliche Prozeß — Wezell Ed. III. S. 50 —, Hannover § 35, hannov. Entw. § 60, nordd. Entw. § 106, Württemberg Art. 97.

Baden § 113 und der preuß. Entw. § 733 schreiben in Betreff des Verhältnisses der Nebenintervention zur Streitverkündung ausdrücklich vor, daß derjenige, welcher sich an einem Prozesse als Nebenintervenient betheilig hat, die Versäumung der Streitverkündung nicht geltend machen darf. Eine solche generelle Bestimmung erscheint aber nicht zweckmäßig, da ihr Inhalt meistens sich von selbst verstehen wird, andererseits aber, da der freiwillige Beitritt des Nebenintervenienten erst im späteren Verlaufe des Rechtsstreits erfolgt sein, oder auch die Betheiligung des Intervenienten später aufgehört haben kann, in dem einzelnen Falle zu entscheiden sein wird, ob die Nebenintervention die Litisdenuziation deckt.

### III. Streitverkündung.

§§ 68—70. (R. B. 68—70, G. §§ 69—71.)

Gemeinsam ist der Streitverkündung mit der Nebenintervention, daß die ungunstige Entscheidung des Rechtsstreits Einfluß üben kann auf die Rechtsverhältnisse, welche zwischen der Hauptpartei und einem Dritten bestehen. Unterscheidend ist, daß der Nebenintervenient aus freiem Willen in den Prozeß eintritt, um der Hauptpartei durch seine Unterstützung zu einem obsieglichen Endurtheile zu verhelfen, während bei der Streitverkündung die Initiative von der betreffenden Prozeßpartei ausgeht, welche den Dritten in den Prozeß hineinzieht, um mit dessen Hülfe den Prozeß zu gewinnen, oder im Falle des Unterliegens sich für die zwischen ihr und dem Dritten vorzunehmende Auseinandersetzung gegen den Einwand zu schützen, jener Rechtsstreit sei mangelhaft geführt oder unrichtig entschieden.

Gleich dem preuß. Entw. § 733 und dem nordd. Entw. § 123 bleibt dem bürgerlichen Rechte die Bestimmung überlassen, in welchen Fällen eine Partei zur Streitverkündung verpflichtet ist und welche Folgen in diesen Fällen die Unterlassung der Streitverkündung nach sich zieht. Dagegen normirt der Entwurf die prozessualische Zulässigkeit, Form und Wirkung der Streitverkündung. Unterstellt ist dabei, daß dieselbe gerichtlich erfolgt; nach dem preussischen Prozeßrechte — N. G. D. I. 17 § 9 —, dem hannov. Entw. § 61 und nach Württemberg Art. 103 darf sie überhaupt nicht anders als gerichtlich erfolgen.

Der

§ 68 (R. B. § 68, G. § 69)

bestimmt, daß die Streitverkündung — abgesehen von den civilrechtlichen Fällen ihrer Nothwendigkeit — für jede Partei statthaft ist, welche im Falle des Verlustes des Prozesses Regreßansprüche zu erheben oder Ansprüche wegen mangelhafter Prozeßführung zu besorgen hat. Während Hannover § 41 die Streitverkündung nur „mit Rücksicht auf Ansprüche an Dritte“ und der hannov. Entw. § 61, sächs. Entw. § 327, Baden § 116, Württemberg Art. 102, Bayern Art. 69 dieselbe nur dann zulassen, wenn die Partei für den Fall des ihr ungunstigen Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt, gestattet der Entwurf — übereinstimmend mit dem preuß. Entw. § 732, dem | nordd. Entw. § 107 und dem hess. Entw. Art. 92 | S. 90.  
— die Streitverkündung ebensowohl, wenn die Partei für den Fall des Unterliegens im Prozesse den Anspruch eines Dritten besorgt. In diese Kategorie gehören beispielsweise die zahlreichen Fälle aus dem Gebiete des Handelsrechts, insbesondere der Kommission, der Spedition, des Frachtgeschäfts, der Versicherung u., in denen ein Prozeß auf Gefahr und für Rechnung eines Dritten geführt wird.

Die Streitverkündung wird in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. § 107 freigegeben bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits. Sie kann also

auch in höherer und abweichend von der preuß. A. G. D. I. 17 § 15, Verord. v. 1. Juni 1833 § 57 und dem preuß. Entw. § 735 noch in dritter Instanz geschehen. Welche Folgen es für das Rechtsverhältniß zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten hat, wenn die Streitverkündung nicht rechtzeitig geschieht, bestimmt sich im Allgemeinen nach dem bürgerlichen Rechte, und in Betreff der beschränkteren prozeßrechtlichen Wirkung der verspäteten Litisdenunziation nach § 70 Abs. 3.

Nach der Schlußbestimmung des § 68 ist der Dritte zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt. Daß der Litisdenunziat hierin die gleiche Berechtigung wie die Prozeßpartei haben soll, beruht auf den gleichen allgemeinen Gründen, ist allgemeines Prozeßrecht (vgl. für Preußen von Köhne, Ergänzungen Bd. III. S. 369, hannov. Entw. § 61 in fine, Württemberg Art. 106, Bayern Art. 69, preuß. Entw. § 732, nordd. Entw. § 112) und ist nicht davon abhängig, daß der erste Litisdenunziat dem Prozeße beitrith.

Der

### § 69

bestimmt die Form der gerichtlichen Streitverkündung. Dieselbe geschieht dadurch, daß der Streitverkünder dem Dritten einen Schriftsatz zustellt, welcher den Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben hat. Diese beiden Bestandtheile des Schriftsatzes geben dem Dritten neben der ihm durch § 261 gestatteten Einsicht der Prozeßakten das erforderliche Material, auf Grund dessen er seine Erklärung über die Streitverkündung abgeben kann. Abschrift des Schriftsatzes ist — wie der nordd. Entw. § 114 noch ausdrücklich hinzugefügt, durch den Streitverkünder — dem Gegner mitzutheilen. Nach dem preußischen Prozeße, nach Hannover § 41, hannov. Entw. § 61 sind dem Dritten die bisherigen Prozeßverhandlungen in Abschrift mitzutheilen. Dies führt aber zur Vielschreiberei und ist auch nicht immer ausreichend zur Information des Dritten, wenn z. B. der vorbereitende Schriftwechsel nicht stattgefunden hat, oder im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 450).

Besondere Vorschriften über die Bestimmung und etwaige Verlegung des Termins zur mündlichen Verhandlung in der Hauptsache mit Rücksicht auf eine Streitverkündung sind für entbehrlich gehalten, da in dieser Hinsicht die allgemeinen Vorschriften über Termine und Fristen maßgebend und ausreichend sind. Wegen einer Streitverkündung findet eine Aussetzung des Hauptprozesses nicht statt.

Der

### § 70 (R. B. § 70, G. § 71)

regelt die prozeßualischen Folgen der Streitverkündung, je nachdem der Dritte dem Streitverkünder beitrith oder aber den Beitritt ausdrücklich oder stillschweigend ablehnt.

| S. 91.

Ersterenfalls bestimmt sich das Verhältniß des beitretenden Dritten zu | beiden Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention (§§ 63—67). Desgleichen bestimmen alle deutschen Prozeßgesetze, z. B. Hannover § 41, Baden § 120, Württemberg Art. 104, Bayern Art. 70, hannov. Entw. § 61, preuß. Entw. § 734, nordd. Entw. § 108. Es bedarf daher auch keiner besonderen Bestimmung, in welcher Form der Dritte den Beitritt erklärt.

Der preußische Entwurf § 740 bestimmt im Gegensatz zu dem § 727 (im Falle der Nebenintervention), daß der Gegner nicht befugt ist, die Zulässigkeit der Streitverkündung zu bestreiten, und rechtfertigt dies damit, daß der Streit über die Zulassung der Streitverkündung den Prozeß zu sehr aufhalten und den Streitverkünder in die Gefahr bringen würde, Rechte zu verlieren, die er gar nicht wider den Gegner in Anspruch nehme. Die norddeutsche Kommission hat die Aufnahme dieser Bestimmung mit überwiegender Majorität abgelehnt. Man hielt dafür, heißt es in den Prot. I. S. 165, „daß durch diese an sich nicht klare Bestimmung das Interesse des Gegners in nicht gerechtfertigter Weise verletzt werde und daß ein Bedürfniß für den Erlaß einer solchen Bestimmung überall nicht vorliege.“ Der Entwurf ist dem nordd. Entw. gefolgt und hat dem Gegner des Litisdenunzianten den Widerspruch gegen den Eintritt des Litisdenunzianten in den Prozeß nicht genommen.

Für die Gestattung dieses Widerspruchsrechts sprechen die gleichen Gründe, aus

denen es bei der Nebenintervention dem Prozeßgegner gestattet ist, der Hineinziehung eines Dritten in den Prozeß entgegenzutreten. Andernfalls würde durch ein nicht schwierig herbeizuführendes Einverständnis zwischen der Hauptpartei und dem Dritten der Gegner das Recht zum Widerspruche verlieren, wenn die Nebenintervention in die Form der Streitverkündung eingeleidet wird. Die Mittheilung des die Streitverkündung enthaltenden Schriftsatzes an den Gegner setzt denselben zur Erklärung über den Beitritt des Litisdenunzianten in den Stand und ist außerdem durch § 67 Abs. 3 geboten, da der Litisdenunziant zu den Verhandlungen des Prozesses von der ladenden Partei zugezogen werden muß.

Wenn dagegen der Dritte den Beitritt ablehnt oder sich auf die Streitverkündung nicht erklärt, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn unter den Parteien fortgesetzt. Der Litisdenunziant bleibt aber desungeachtet berechtigt, insofern die Voraussetzungen des § 63 vorliegen, dem Prozesse als Nebenintervenient beizutreten.

Da das Rechtsverhältniß zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten kein unmittelbarer Gegenstand des ausschließlich unter den Parteien anhängigen Rechtsstreits ist und da die Wirkung der geschehenen Streitverkündung unter den ersteren Personen allein zu verhandeln ist, so sind über dieselbe in dem Endurtheile des Rechtsstreits keine Feststellungen zu treffen. Die Praxis der preußischen Gerichte war bisher keine gleichmäßige — vergl. von Köne, Bd. III. S. 370 — obwohl die hier vertretene richtigere Ansicht vorherrschend ist. Derselben nach Vorgang des nordd. Entw. § 111 im Gesetze den entsprechenden Ausdruck zu geben, erschien bei der prinzipiellen Richtigkeit und Selbstverständlichkeit des Satzes nicht geboten.

Aus den zu § 65 erörterten Gründen ist als Folge der Streitverkündung für das Rechtsverhältniß unter dem Streitverkünder und dem Dritten festgesetzt, daß in allen Fällen — mag also der Dritte dem ihm verkündeten Streite beitreten oder nicht — gegen ihn die Vorschriften des § 65 in Anwendung kommen; jedoch mit der Abweichung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war (vgl. preuß. Entwurf § 736). | S. 92.

In den Prozeßordnungen von Hannover § 41, Baden § 119, Württemberg Art. 106, Bayern Art. 70, im hannov. Entw. § 61 und im nordd. Entw. § 108 ist ausdrücklich ausgesprochen, daß der Beitritt des Litisdenunzianten nicht als Anerkenntniß gelte, daß der Streitverkünder den Rückgriff wider ihn habe. Diese Schlussfolgerung liegt keineswegs im Wesen der Sache und bedarf daher nicht der Ausschließung durch das Gesetz. Es ist vielmehr im einzelnen Falle Sache der freien richterlichen Würdigung, ob aus dem Beitritte und den Umständen, unter denen er erfolgte, Beweisgründe für eine Vertretungspflicht des Litisdenunzianten entnommen werden können.

#### IV. Benennung des Auktors.

##### § 71. (R. B. § 71, G. § 73.)

Wer eine Sache in fremdem Namen besitzt, ist zwar berechtigt, wenn er auf Restitution oder Exhibition derselben belangt wird, demjenigen, für welchen er besitzt, den Streit zu verkünden, allein er erreicht durch diese Streitverkündung nicht den Erfolg, welcher seinem Verhältnisse zur Sache entsprechend ist. Hat er kein eigenes persönliches Recht an der Sache zu schützen oder will er ein solches Recht nicht schützen, so ist er an dem Ausgange des Rechtsstreits, in welchen er verwickelt werden soll, persönlich nicht interessiert. Er muß daher wünschen, daß er von seinem Autor nicht bloß in der Prozeßführung unterstützt, sondern der Last derselben, der Verpflichtung zur Defension der Sache, gänzlich enthoben werde. Um diesem Wunsche gerecht zu werden, bedürfen die Bestimmungen über die Streitverkündung einer Erweiterung. Es muß einerseits die Möglichkeit gegeben sein, daß der Auktor den Prozeß auch gegen den Willen des Klägers übernehmen, und demgemäß der alieno nomine possidens aus dem Prozesse ausscheiden kann. Andererseits muß aber dem Beklagten gestattet werden, wenn der Auktor die Defension nicht übernehmen oder nicht unterstützen will, auch seinerseits die Vertheidigung abzulehnen, ohne für die daraus entspringenden Folgen verantwortlich zu sein. Beide Zwecke erzielt das gemeine Prozeßrecht durch die *laudatio auctoris* (L. 2 C. ubi in rem actio 3, 19. Weßell, Ed. III. S. 54 bis 57. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen

Prozesse S. 278 bis 293), ein Institut, welches auch im preussischen Rechte (A. L. R. I. 7 §§ 165, 166, I. 15 §§ 11 ff.) und in den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen (Hannover § 40, Baden §§ 124—127, Württemberg Art. 107—109, Bayern Art. 74—77, hannov. Entw. §§ 62—67, preuß. Entw. § 744, nordd. Entwurf § 122) mit mannigfachen Modifikationen Anerkennung gefunden hat. Auch dem französischen Rechte ist die Anschauung, auf welcher die *laudatio auctoris* beruht, nicht fremd geblieben, wie der Art. 1727 des Code civ. beweist.

Wenn auch die *laudatio auctoris* mannigfach angefochten ist und wenn sie auch für den hauptsächlichsten Anwendungsfall — für die *rei vindicatio* bei Immobilien — in Folge der Durchführung des Grundbuchsystems ihre praktische Bedeutung verlieren mag, so konnte sich der Entwurf der Aufnahme derselben um so weniger entziehen, als sie nach einzelnen Landesgesetzen in bestimmten Fällen geboten ist (vgl. A. L. R. I. c., Code civil I. c.).

Der § 71 gestattet die Nomination jedem Beklagten, welcher als Besitzer | S. 93. | (Detentor) einer Sache — beweglichen oder unbeweglichen preuß. A. G. D. I. 17 § 34 — belangt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet. Die Nomination findet also nicht nur bei den dinglichen und diesen gleichgestellten Klagen statt — Baden § 124, Bayern Art. 74, hannov. Entw. § 62 — sondern ist bei allen Klagen zulässig, welche nach dem bürgerlichen Rechte gegen den Besitzer einer Sache als solchen erhoben werden können. Insofern ist sie daher auch bei konfessorischen und negatorischen Klagen möglich (vgl. nordd. Prot. I. S. 171, 173). Der sächs. Entw. § 317 gestattet die Nomination jedem Dritten, welcher wegen einer einseitigen, in redlichem Glauben vorgenommenen Handlung auf Ersatz des hierdurch entstandenen Schadens verklagt wird, wenn er die Handlung im Auftrage eines Andern vornahm. Eine so weite Ausdehnung des Instituts ist theils entbehrlich, theils wegen der in Betracht kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts bedenklich, auch in diesen weitergehenden Fällen ohne innere Berechtigung, da hier der Einwand des unrichtigen Beklagten vorliegen wird, während die Nomination lediglich in dem civilrechtlichen Verhältnisse des Beklagten zum Auktor beruht und die Frage nach der Passivlegitimation nicht berührt. Vgl. Weßell, Ed. III. S. 67, nordd. Prot. I. S. 170—173.

Die Nomination erfolgt dadurch, daß vor der Verhandlung zur Hauptsache der Beklagte dem Benannten den Streit verkündet und ihn zu einem Termine behufs seiner Erklärung ladet, gleichzeitig aber dem Kläger den Auktor „benennt.“ Der Beklagte kann bis zur Erklärung des Benannten oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.

Bestreitet der Benannte die Behauptung des Beklagten oder unterläßt er, eine Erklärung abzugeben, so braucht der Beklagte den Prozeß nicht weiter fortzusetzen, sondern ist dem Benannten gegenüber berechtigt, dem Klagantrage zu genügen. An-erkennt dagegen der Benannte die Behauptung des Beklagten, so ist er berechtigt, mit Zustimmung des Beklagten den Prozeß zu übernehmen. Will der Beklagte als Hauptpartei im Prozesse verbleiben, so kann ihm der Benannte nach § 63 als Neben-intervenient assistiren (vgl. Hannover § 40). Wird der Rechtsstreit aber von dem Benannten übernommen, so ist der Beklagte auf Antrag von der Klage zu entbinden. Die Zustimmung des Klägers zur Uebernahme des Prozesses durch den Benannten ist nur insofern erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt (also in Betreff der *causa rei* oder im Falle der preuß. A. G. D. I. 17 § 40), weil das in dem Rechtsstreite gegen den Benannten ergehende Urtheil in Ansehung der Sache selbst auch gegen den ausgeschiedenen Beklagten für wirksam und vollstreckbar erklärt worden ist, so daß auf Grund desselben gegen ihn die Restitution oder Exhibition der Sache mittelst Zwangsvollstreckung bewirkt werden kann.

Ueber die civilrechtlichen Fragen, in welchen Fällen eine Benennung des Auktors nothwendig sei und welche Folgen deren Unterlassung nach sich ziehe, enthält sich der § 71 jeder Bestimmung (vgl. nordd. Entw. § 123).

## V. Garantie- oder Rücklage.

Der Entwurf kennt das Institut der Garantiefklage, die Verbindung der Klage auf Gewährleistung oder Schadloshaltung mit der Streitverkündung, nicht. Auf französischem Boden in Folge Mißverständnisses einzelner Bestimmungen des römischen Rechts — L. 49 D. de jud. 5, 1. L. 39 pr. D. de evict. 21, 2 — [entstanden, durch | S. 94.]  
 die Ordonnance von 1667 und durch die späteren französischen Gesetzgebungen (Code civ. art. 1640, Code de proc. art. 175 ff.) functionirt, wird dieses Institut in Frankreich und den deutschen Rheinprovinzen als eine praktisch werthvolle und durch die Erfahrung als zweckmäßig und nützlich erprobte Rechtsschöpfung gerühmt; erfahrungsmäßig sollen die wesentlichen, im mündlichen Verfahren vorzugsweise erkennbaren Vortheile der Einrichtung, welche es ermöglicht, daß der Prozeß über die Pflicht zur Gewährleistung und Schadloshaltung (Garantiefklage) vor demselben Gerichte zugleich mit dem Hauptprozeße verhandelt und in einem und demselben Urtheile entschieden werde, darin bestehen, daß durch dieselbe die Prozesse vermindert, vereinfacht und beschleunigt, widersprechende Urtheile vermieden und sowohl Zeit als Kosten erspart werden (vgl. Seuffert, Krit. Vierteljahrsschrift VI. S. 531—556). Das Institut der Garantie- oder Rücklage ist — abgesehen von Bayern Art. 69—72 — dem deutschen Rechte und der deutschen Praxis fremd: in Baden ist dasselbe geltendes Recht gewesen, aber von der Prozeßordnung von 1864 wieder aufgehoben (vgl. Kommissionsbericht der II. badischen Kammer vom 20. April 1863 S. 9). Theoretisch ist das Institut nicht zu rechtfertigen, indem es namentlich mit den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über das Klagrecht — actio nata — durch Gestattung der Anstellung der Regreßklage vor der rechtlichen Begründung des Regreßanspruches, sowie mit den Grundsätzen über die res judicata in Widerspruch steht und den allgemein geltenden Grundsätzen über den Gerichtsstand durch die Verpflichtung des Regreßbeklagten, dem Gerichtsstande des Klägers zu folgen, widerstreitet. Dem Mißbrauche, zu welchem diese, dem Regreßbeklagten zur schweren Belästigung gereichende Vorschrift in Betreff der Begründung eines Gerichtsstandes Anlaß giebt, hat der Code de proc. durch mehrfache Vorschriften vergeblich zu steuern versucht, und es liegt die Vermuthung nahe, daß die entsprechenden Vorschriften der bayerischen Prozeßordnung Art. 71 ebensowenig eine erfolgreiche Wirkung gegenüber jenem Mißbrauche erzielen werden. Der Garantiebeklagte ist überhaupt dabei nicht interessiert, daß er schon vor Entscheidung des Hauptprozesses vor dem vielleicht sehr entfernten Gerichtsstande des Garantiefklägers belangt werden könne; das Institut beruht vielmehr auf einer einseitigen Bevorzugung des Interesses des Garantiefklägers, läßt das Interesse des Garantiebeklagten unberücksichtigt und gefährdet die Rechte des letzteren in auffälliger Weise. Wird im Gebiet des französischen Rechts die Nützlichkeit des Instituts anerkannt, so erklärt sich dies zum Theil aus der Thatsache, daß dem französischen Rechte die Streitverkündung nicht bekannt ist. Neben der Streitverkündung hat die Garantiefklage eine wesentlich andere Stellung, und das praktische Bedürfniß sowie die praktische Zweckmäßigkeit, welche zu Gunsten der Garantiefklage geltend gemacht werden, treten völlig zurück, wenn die Streitverkündung, welche in beiden Beziehungen zur Wahrung der Interessen aller Betheiligten genügt, zulässig ist. Ferner kann nicht bestritten werden, daß der Garantieprozeß ganz unnöthig ist, wenn im Hauptprozeße die Klage abgewiesen oder im Falle des Ob siegens des Hauptklägers die Regreßpflicht ohne Weiteres von dem Pflchtigen anerkannt und erfüllt wird, so daß in vielen Fällen durch Verbindung der Garantiefklage mit der Streitverkündung eine nicht zu billigende Vermehrung der Prozesse und eine ganz nutzlose Prozeßführung eintreten würde. Mag auch immerhin in einzelnen Fällen eine gleichzeitige Verhandlung des Hauptprozesses und des Garantieprozesses angemessen erscheinen, so wird doch, da in der Regel bei streitigem Regreßansprüche schwierige und verwickelte Fragen zu | S. 95.]  
 entscheiden sind, im Falle gleichzeitiger Verhandlung der beiden Prozesse und wenn nicht lediglich eine, sondern eine zweite, dritte, vierte u. Garantiefklage erhoben wird, eine Verwirrung und Verweiläufigung des Verfahrens eintreten können, welcher nur durch ein sehr ausgedehntes richterliches Trennungsrecht (Bayern Art. 72, nordd. Entw. § 120) vorgebeugt werden kann. Prozeßualische Verwickelungen sind außerdem in Folge der doppelten Stellung derjenigen Person, welche nach der Streitver-

kündigung im Hauptprozeße als Nebenintervenient dem Beklagten beitrifft und im Garanteprozeße dem letzteren als Gegner gegenübersteht, zu befürchten, und die Regelung des Kostenpunktes bietet kaum zu lösende Schwierigkeiten. Der behauptete Nutzen der Garantieklage wird endlich dadurch beeinträchtigt, daß bei dem Gerichte der Hauptsache die Garantieklage nicht angestellt werden kann, wenn es für dieselbe sachlich unzuständig ist oder durch Vereinbarung nicht zuständig werden kann. Da mithin für die theoretisch nicht gerechtfertigte, dem französischen Rechte eigenthümliche Garantieklage überwiegende Gründe der Zweckmäßigkeit nicht anerkannt werden können, so hat der Entwurf diese den deutschen Rechtsanschauungen widerstrebende, auch von der hannov. Prozeßkommission nach wiederholten und eingehenden Berathungen (Prot. S. 812 ff., 922 ff., 5167 ff.) verworfene Institution — abweichend von der bayer. Prozeßordn., dem preuß. Entw. §§ 745—748 und dem nordd. Entw. §§ 117—121 — nicht aufgenommen, indem die Hoffnung begründet erscheint, daß die Nichtaufnahme des übereinstimmenden Beifalls der deutschen Rechtswissenschaft und der überwiegenden Mehrzahl der praktischen Juristen Deutschlands sich zu erfreuen haben wird.

## VI. Beiladung.

Der Entwurf übergeht gleich dem nordd. Entwurf die Beiladung. Die zwangsweise Zuziehung eines Dritten zur Theilnahme an einem anhängigen Rechtsstreite ist im Allgemeinen unzulässig. So auch Hannover § 42, sächs. Entw. § 311. Eine solche Beiladung, welche sich in der französischen Praxis entwickelt hat (intervention forcée. Bonnier, *Eléments de procédure civile* No. 723. Carré et Chauveau Adolphe I. c. III. pag. 208, 209 No. 1271), würde in dem größten Theile Deutschlands als ein anomales und mit den Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht vereinbares Institut erscheinen, für dessen Einführung ausreichende Gründe nicht vorliegen. Von den neueren Gesetzgebungsarbeiten hat nur der preuß. Entwurf §§ 749—754 die Beiladung für Fälle vorgeschlagen, in denen mehrere Personen, welche zu einer gemeinschaftlichen Klage berechtigt sind, nicht als Streitgenossen, sondern nur einer oder nur einige von ihnen klagend auftreten. Hier können die übrigen vom Beklagten durch eine gegen sie gerichtete negatorische Klage zur Streitgenossenschaft genöthigt werden. Das Anwendungsgebiet dieser Beiladung ist nicht groß und wird zum Theil und für den Beklagten mit besserem Erfolge durch die *exceptio plurium litisconsortium* gedeckt.

Auch eine allgemeine Verweisung auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Zulassung der Beiladung — wie z. B. hannov. Entw. § 65, Bayern Art. 73 — ist in Ermangelung näherer Regelung der prozessualen Stellung des Beigeladenen nicht nur für bedenklich, sondern auch für unzulässig erachtet. Der Entwurf kennt nur in einzelnen Fällen die Ladung eines Dritten zur Theilnahme am Rechtsstreite, z. B. Benennung des Auktors § 71, Ladung der Gläubiger Seitens des  
 | S. 96. Drittschuldners im Zwangsvollstreckungs-Verfahren | § 700, Ladung des Anwalts behufs Zurückgabe von Urkunden § 122. Im Uebrigen gestattet er die Beiladung nur in der Form der Streitverkündung, schließt also damit jede andere Form und jeden andern Fall als unstatthaft aus.

## Vierter Titel.

### Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

§§ 72—84. (R. B. §§ 72—84, G. §§ 74—86.)

Die

§§ 72, 73 (R. B. §§ 72, 73, G. §§ 74, 75)

entscheiden die wichtige Frage vom Anwaltszwange dahin, daß

1. vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz die Parteien sich in der Regel durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen müssen;

2. daß dagegen in den Ausnahmefällen des ersten Satzes und in den Rechtsstreitigkeiten vor den anderen Gerichten erster Instanz die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen können.

Während das Verfahren vor den Landgerichten vorbehaltlich der durch § 79 Abs. 2 gedachten Ausnahmen als „Anwaltsprozeß“ konstruirt ist, hat der Entwurf das Verfahren vor den Amtsgerichten und vor den Handelsgerichten derartig eingerichtet, daß die Parteien den Prozeß in Person oder durch Bevollmächtigte, welche nicht nothwendig Rechtsverständige sein müssen, führen können.

I. Mit den vorstehenden Bestimmungen entspricht der Entwurf im Allgemeinen dem französischen Rechte (Code de proc. art. 9, 85, 414, Code de commerce art. 627), der Prozeßordn. für Braunschweig §§ 4, 5, Oldenburg Art. 46 § 1, Hannover §§ 67, 68, Baden §§ 128, 994, Bayern Art. 78, 79 und den neuen deutschen Entwürfen, insbesondere dem hannov. Entw. §§ 92, 93, dem preuß. §§ 89, 90, 924, dem österr. von 1867 §§ 102 und 103, dem nordd. §§ 124, 125. Dagegen besteht kein gesetzlicher Anwaltszwang im gemeinen Civilprozeße und nach dem altpreussischen Prozeßrechte. Von den neuen Prozeßgesetzungen hat allein Württemberg Art. 111 gegen den Anwaltszwang entschieden. Desgleichen das Genfer Gesetz über die Advokaten, Procuratoren und Huissiers vom 20. Juni 1834 Art. 8 und der sächs. Entwurf §§ 331—334.

Der allgemeine und innere Grund für das Gebot der Vertretung durch Anwälte in dem Regelverfahren vor den Landgerichten und vor den höheren Gerichten besteht in der Art und Weise, wie dieses Verfahren konstruirt ist. Nach den praktischen Erfahrungen innerhalb der Rechtsgebiete mit gleichen Prozedurformen ist der Anwaltszwang für ein Prozeßverfahren, welches auf den Grundsätzen der Unmittelbarkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter und des Prozeßbetriebes — wenigstens in den wesentlichen Theilen — durch die Parteien beruht, ganz unentbehrlich. Die Verhütung unüberlegt und unrichtig begonnener und geführter Prozesse ist vom Standpunkte des Staatswohls, der Rechtspflege und der prozeßführenden Parteien gleich wünschenswerth. Die Thätigkeit der Gerichte soll nicht ohne wirklichen Bedürfnis und nicht ohne die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit, daß der erstrebte Zweck auch wirklich erreicht werde, in Anspruch genommen werden. Jeder wichtige Prozeß erfordert zur erfolgreichen Durchführung eine gründliche Vorbereitung, welche ohne Rechtskunde und ohne Rechtsersahrung nicht wohl bewirkt werden kann. Das vielfach laut gewordene Bedürfnis nach einer freieren Gestaltung des Dispositionsrechts der Parteien im Prozeße und die gerechtfertigten Wünsche auf Beseitigung des Bevormundungsprinzips machen es zur Nothwendigkeit, die vorbereitenden Stadien des Prozeßes, dessen eigentliche Instruktion aus den Händen des Gerichts in diejenigen der Parteien zu verlegen. Werden aber aus diesen Gründen früher richterliche Funktionen den Parteien überlassen, so ist eine Gewähr dafür erforderlich, daß der Prozeßbetrieb in der Hand von Personen ruht, welche eine ähnliche Garantie für die Sorgsamkeit und Zuverlässigkeit ihrer Geschäftsthätigkeit darbieten, wie die Richter. Nur in der Voraussetzung, daß die Vertretung der Parteien durch Personen erfolge, welche kraft ihrer Bildung, ihres Berufs, ihrer Standesehre und ihrer amtlichen Stellung zum Prozeßgerichte solche Garantien bieten, hat der Entwurf im Interesse der freieren Gestaltung des Verfahrens nach Möglichkeit von erschwerenden Förmlichkeiten absehen können. Es bedarf nur des Hinweises auf die präsumtive Vollmacht der Anwälte und die Größe der ihnen beigelegten Befugnisse — §§ 82, 75 —, auf die wechselseitige Mittheilung der Prozeßschriften und Urkunden §§ 174, 122, auf ihre Pflicht zum Halten vollständiger Akten § 128, auf ihre Befugniß, den Gang des Prozeßes zu betreiben und einzuhalten, §§ 184, 195, 220. Aus einer mangelhaften Wahrnehmung dieser Verrichtungen müßten für die Gerichte und die Parteien die bedenklichsten Uebelstände hervortreten. Außerdem ist es für die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte von wesentlicher Bedeutung, daß die verhandelnden Personen neben der erforderlichen Rechtsbildung auch die Fähigkeit besitzen, in freier Rede und Gegenrede den gesammten Inhalt des Rechtsstreits in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung dem Gerichte vorzutragen. Eine diesen Voraussetzungen entsprechende Führung des Rechtsstreits kann aber nur von rechtskundigen Personen erwartet werden, welche in dem Verhandeln vor Gericht ihren Beruf erwählt und darin durch

| S. 97.

praktische Übung Gewandtheit erlangt haben. In einem Verfahren, welches auf dem Prinzip der Unmittelbarkeit der Verhandlung beruht, würde überdies durch das Auftreten der Parteien ohne rechtskundigen Beistand die Gefahr entstehen, daß durch die Leidenschaftlichkeit und Rechtsunkunde der verhandelnden Parteien die Lage der Sache verdunkelt, die Erkenntniß des Rechts erschwert, der Ernst und die Würde der gerichtlichen Verhandlung verletzt werden könnte. Man würde gegen eine solche Partei, welche selbst vor Gericht auftritt und sich dadurch dem Gegner gegenüber in Nachtheil setzt, nicht einwenden können, daß sie sich diesen Schaden durch eigene Schuld zufüge und auf ihr Recht, sich im Prozesse vertreten zu lassen, müsse verzichten können. Denn die Partei, welche sich durch eigene Prozeßführung schadet, erleidet diesen Schaden, weil die Formen, in denen der Prozeß sich bewegt, ihr unbekannt und unverständlich sind, und diese Formen werden vom Gesetze aufgestellt nicht zu dem Zwecke, um die Partei zu beschädigen, sondern um die Findung des wahren Rechts zu sichern; die selbst auftretende Partei hat nicht den Willen, auf Rechte zu verzichten, und würde in Folge ihrer Rechtsunkenntniß Schaden erleiden.

1 S. 98. Von Wichtigkeit für die vorliegende Frage ist der nicht zu bestreitende Umstand, daß auch für die Rechtsgebiete ohne gesetzlichen Anwaltszwang thatsächlich und in soweit nicht die Gerichte selbst die Funktionen der Anwälte erfüllen, die Parteien nicht ohne Anwalt im Prozesse handeln. So dürfen die Parteien nach dem preußischen Prozeßrechte in den Terminen zum Gesetze aufgestellt nicht zu dem Zwecke, um die Parteien, dagegen ist dessen Mitwirkung für das vorbereitende schriftliche Verfahren mit größter Strenge vorgeschrieben, indem die Abfassung und mindestens Legalisation der Schriftsätze gefordert und in dritter Instanz — § 23 d. Verordnung vom 21. Juli 1846 — in der Regel nur Schriftsätze zugelassen werden, welche von den am Obergericht angestellten Anwälten unterzeichnet sind. Ebensovienig verkennen es die Motive der württembergischen Prozeßordnung (S. 113), daß auch fernerhin die Vertretung der Parteien durch öffentliche Rechtsanwälte in Streitigkeiten von einigem Belange die Regel bilden werde; gleichwie der entsprechende Bericht der Justizkommission der württembergischen Abgeordneten-Kammer — die Neue Justizgesetzgebung des Königreichs Württemberg Bd. II. Abth. 2 S. 133 — es als allgemeine Erfahrung konstatiert, welche sich namentlich auch bei den württembergischen Handelsgerichten erprobt habe, daß, auch wo der Anwaltszwang nicht bestehe, nur ausnahmsweise die Parteien ohne Anwälte auftreten. Außerdem aber sah sich die württembergische Prozeßordnung Art. 114 zu der Vorschrift genöthigt, daß das Gericht im einzelnen Falle unverständliche Schriftsätze der Partei mit der Anweisung zurückgeben solle, sich in dem Rechtsstreite fernerhin durch einen Rechtsanwalt vertreten zu lassen. Gleiches verordnet die württembergische Handelsgerichts-Ordnung vom 13. August 1865 § 58 und bringt auch der sächs. Entw. § 333 in Vorschlag.

Die Vorschriften des Entwurfs machen die Parteien nicht mundtot; sie dürfen jederzeit neben ihren Vertretern den Verhandlungen des Prozesses beiwohnen und die Vorträge der Anwälte beaufsichtigen, ergänzen und berichtigen (§§ 124, 79); das Gericht kann auch im Anwaltsprozesse zum Zwecke des Sühneversuchs das persönliche Erscheinen der Parteien vor Gericht anordnen und bei solcher Gelegenheit das Fragerecht gegen sie ausüben (§§ 258, 126). Im Ehescheidungs- und Entmündigungsprozesse sind noch besondere Vorschriften gegeben, um den notwendigen Kontakt zwischen dem Gerichte und den Parteien sicher zu stellen (§§ 548, 556, 575). Daneben sind die Bestimmungen über das Armenrecht in liberaler Weise geordnet (§§ 103 ff.), so daß durch die Festsetzung des Anwaltszwanges die Gefahr einer Beschränkung des Rechtswegs nicht zu besorgen ist. Nicht ohne Grund ist daher zu behaupten, daß der Entwurf nur in konsequenter Weise als gesetzliche Regel hinstellt, was bereits ohne den Zwang faktische Übung war und nach anderen Gesetzgebungen für den einzelnen Fall angeordnet werden durfte. Außerdem ist zur Widerlegung von Argumentationen aus dem Vorgange Württembergs hervorzuheben, daß aus sachlichen Gründen der Entwurf in der Uebertragung des Prozeßbetriebes an die Parteien erheblich weiter geht, als die württembergische Prozeßordnung, z. B. Art. 114, 176, 184, 226, 323, 334 ff. 372 u. s. w., welche die erhöhte Officialthätigkeit der Gerichte gerade deshalb festhielt, um den Anwaltszwang aususchließen zu können.

II. Als Vertreter im „Anwaltprozesse“ wird nur ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt gestattet.

Ueber den Grundsatz der Lokalisierung der Anwaltschaft will der § 72 nicht entscheiden, vielmehr wird über dieses Prinzip, über die Verpflichtung der Anwälte, die Vertretung der Prozessparteien zu übernehmen, und über die andern Verhältnisse der Rechtsanwaltschaft die Anwaltsordnung zu bestimmen haben.

Der Entwurf setzt voraus, daß schon die Klage im Anwaltsprozesse durch den von der klagenden Partei bestellten Anwalt erhoben wird (§§ 117 Nr. 5, 222). Die Instanzenleitenden Ladungen an den Gegner müssen im Anwaltsprozesse, um ordnungsmäßige zu sein, die Aufforderung enthalten, einen bei dem Prozessgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§§ 185, 290 Nr. 2). Die Bestellung des Anwalts ist dem Prozessgegner anzuzeigen und bleibt für denselben in Kraft, bis ihm die Bestellung eines andern Anwalts mitgetheilt ist. | S. 99.

Der im § 72 Abs. 1 angeordnete Anwaltszwang läßt die daselbst in Abs. 2 gestattete Ausnahme zu.

Der Anwaltszwang wird nicht erfordert für Prozedurakte, welche sich nicht als grundsätzliche Bestandtheile der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte darstellen. Dahin gehören zunächst alle diejenigen einzelnen Prozesshandlungen, welche vor dem Gerichtschreiber vorgenommen werden können, z. B. die Gesuche betreffend Ablehnung einer Gerichtsperson § 44, betreffend Festsetzung der zu erstattenden Kosten § 95, um Bewilligung des Armenrechts § 106, um Aussetzung des Verfahrens § 217, um Entbindung von einem Zeugnisse § 339, betreffend Ablehnung eines Gutachtens § 358, um Aufnahme von Beweisen von ewigen Gedächtniß § 430, betreffend die Anbringung von Beschwerden § 508, von Arresten und Gesuchen um einstweilige Verfügungen §§ 745, 759 u. s. w. Sodann das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, z. B. §§ 303 ff., 316, 317, 327 Abs. 2, 330, 354, 386, 423. Hier fehlen innere und äußere Gründe des Anwaltszwanges.

Die Bestimmung des § 72 Abs. 3, daß ein bei dem Prozessgerichte zugelassener Rechtsanwalt sich selbst vertreten kann, enthält keine Ausnahme vom Prinzip. Der Entwurf wollte es aber nach dem Vorgange von Bayern Art. 79 nicht unerwähnt lassen, daß der nach § 72 Abs. 1 befähigte Anwalt in eigenen Prozessen nicht der Vertretung durch einen andern Anwalt bedarf.

Die §§ 3, 21 und 23 der preussischen Verordnung vom 21. Juli 1846 dispensiren von dem Zwange der Legalisation die öffentlichen Behörden und die zum Richteramt befähigten Personen; Hannover § 67 vom Anwaltszwange die am Orte des Prozessgerichts wohnenden Parteien, welche ein juristisches Examen mit Erfolg bestanden haben; Baden §§ 132—134 zieht ähnliche Ausnahmen. Der Entwurf verwirft in Uebereinstimmung mit dem preussischen und norddeutschen Entwurf alle solche Ausnahmen, da dieselben sachliche Inkonvenienzen haben, die persönliche Qualifikation bei dieser Frage gar nicht in Betracht kommt und derartige Ausnahmen überdies als Exemtionen von einer allgemein geltenden Vorschrift aufgefaßt werden könnten, zu welchen um so weniger Grund vorliegt, als erfahrungsmäßig die gedachten Personen auch da, wo kein Anwaltszwang besteht, sich in der Regel der Anwälte zur Prozessführung bedienen.

III. Den Gegensatz zum Anwaltsprozesse bilden die Prozessarten, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. Bayern Art. 78 hat hierfür den Gattungsnamen „Parteiprozess.“ Es gehört hierher das in manchen Beziehungen einfacher und mit weniger Formen konstruirte Verfahren vor den Amts- und Handelsgerichten, welches auf dem Gedanken beruht, daß die Streitfache in der Regel ohne ein vorangehendes vorbereitendes schriftliches Verfahren im Verhandlungstermine von den Parteien dem Richter zur sofortigen Entscheidung mündlich vorgetragen werde. In den amts- und handelsgerichtlichen Prozeß fallen insbesondere alle geringfügigen Sachen, welche mit Nothwendigkeit ein beschleunigtes und wohlfeileres Verfahren erfordern. Nach dieser Gestaltung des Verfahrens ist für dasselbe die Vertretung der Parteien nicht nur keine sachliche Voraussetzung, sondern es würde sogar die grundsätzliche Trennung und Fernhaltung der Parteien vom Gerichte das Verfahren wesentlich erschweren. | S. 100.

Während über die Verantwortlichkeit des Anwaltszwanges für den Prozeß vor den Amtsgerichten allgemeines Einverständnis besteht, begegnet dagegen die Exemption des Verfahrens vor den Handelsgerichten von dem Anwaltszwange vielfachen Angriffen. Man erblickt hierin ein neues Privilegium für den handelsgerichtlichen Prozeß, welcher

bei der theilweisen Besetzung der Richterbank mit Laien in weit größerem Maße als der ordentliche Prozeß vor den Kollegialgerichten der Mitwirkung rechtskundiger Vertreter bedürfe. Da ferner im Verfahren vor den Handelsgerichten die Vertretung durch Bevollmächtigte nicht verboten werde, so sei auch nicht zu erwarten, daß als Folge des fehlenden Anwaltszwanges die Parteien in Person vor dem Gerichte verhandeln. Trotz des positiven Ausschlusses der Anwälte aus dem handelsgerichtlichen Verfahren habe sich in der Praxis der französischen Handelsgerichte eine Klasse für diese besonders bestimmter Advokaten, die *agrées*, gebildet, welche die Prozesse für die Parteien gewerbsmäßig betreiben und deren Unentbehrlichkeit das Wort von Regnard, *l'organisation judiciaire*. Paris 1855 p. 404 ff. so hoch anschlägt, daß er die Vertretung der Parteien durch die *agrées* obligatorisch erklärt wissen will. Auch bestätigte die Erfahrung in der preussischen Rheinprovinz (Vöhr, Centralorgan für das Handels- und Wechselrecht N. F. II. S. 520, 521), in Württemberg und in den Hansestädten, daß die Prozesse vor den Handelsgerichten fast durchweg durch Anwälte oder durch rechtskundige Personen geführt würden. Trotz dieser Bedenken hatten Frankreich und Belgien den Anwaltszwang ausgeschlossen; desgleichen die deutschen Handelsgerichtsordnungen, insbesondere württemb. Hand. Ger. Ord. v. 13. August 1865 Art. 50, obwohl hier die Regierung anfänglich den Anwaltszwang in Vorschlag gebracht hatte; Bayern Art. 78 für die Handelsgerichte erster Instanz und die Handelsgerichts-Ordnung für Hamburg v. 15. Dezember 1815 Art. 20 und für Bremen vom 16. Juni 1845 § 31. Der Ausschluß des Anwaltszwanges ist gleichmäßig vorgeschlagen im preuß. Entw. des Handelsgesetzbuchs von 1857 Art. 1003, im preuß. Entw. der Prozeßordnung § 924, im nordd. Entw. § 124. Da für die zu errichtenden Handelsgerichte eine gemischte Besetzung mit rechtsgelehrten und kaufmännischen Richtern in Aussicht steht, so verlieren die ungünstigen Erfahrungen des französischen Handelsgerichtsprozesses ohne Anwaltszwang an Gewicht. Das persönliche Erscheinen der Parteien vor dem Handelsgerichte hat erfahrungsmäßig zur Folge, daß weniger Prozesse kontradiktorisch werden; es ermöglicht der Ausschluß des Anwaltszwanges ferner die Aufrechterhaltung der kaufmännischen Sitte, die Handelsprozesse durch Geschäftsfreunde am Orte des Handelsgerichts führen zu lassen. Entscheidend für den Ausschluß des Anwaltszwanges vor den Handelsgerichten fällt in das Gewicht, daß nach dem Gerichtsverfassungsgesetz die Handelsgerichte auch in Sachen, deren Werth 100 Thlr. nicht übersteigt, zuständig sein sollen und es nicht möglich war, vor denselben Gerichten ein zweifaches Verfahren mit und ohne Anwaltszwang einzuführen.

Im Parteiprozesse kann nach § 73 von den Parteien jede Person, welche selbst prozeßfähig ist (§§ 50 ff.) zu Bevollmächtigten bestellt werden. Der Entwurf beseitigt die partikularrechtlich bestehenden Beschränkungen in der Auswahl der Prozeßbevollmächtigten, preuß. A. G. O. I. 3 § 25. Württemberg Art. 112, preuß. Entw. § 91, sächs. Entw. §§ 334, 339. Diese Bestimmungen sind kasuistisch und entbehren der prinzipiellen Begründung. Die im preuß. Entw. vorgeschlagene Organisation von Advokaten zweiter Klasse für amtsgerichtliche und handelsgerichtliche Sachen ist als sachlich zweckwidrig und für das Interesse der Rechtspflege bedenklich von dem Entwurf nicht adoptirt. Derselbe geht, wie die §§ 85 Abs. 2 und 137 zeigen, von der Voraussetzung aus, daß nur die Anwälte den Beruf haben, die Prozeßparteien gewerbsmäßig vor Gericht zu vertreten, und tritt dem Entstehen und verderblichen Treiben einer Winkeladvokatur durch § 137 energisch entgegen. Die im nordd. Entw. § 127 und anderwärts aufgenommene Bestimmung (vgl. Hannover § 104), daß nur Anwälte einen klagbaren Honoraranspruch haben, gehört nicht in das Gebiet der Prozeßordnung. Die durch den Entwurf ausgesprochene Freieignung der Prozeßvertretung im Parteiprozesse kehrt zu den Grundsätzen des gemeinen Civilprozesses zurück — Renaud a. a. O. § 67 u. Weßell Ed. III. § 12 —, ist geltendes Prozeßrecht nach Hannover §§ 68, 104, Baden §§ 128, 130, Bayern Art. 78 Abs. 2 und auch im österreich. Entw. § 102 und im nordd. Entw. § 126 vorgeschlagen. Aus dem § 51 des Entwurfs folgt ohne Weiteres, daß Frauen von der Prozeßvertretung nicht ausgeschlossen sind.

Die §§ 74—81 enthalten die nothwendigen näheren Bestimmungen in Betreff der Prozeßbevollmächtigten und beziehen sich, so weit nicht z. B. die §§ 77 Abs. 2 und 81 Abs. 1 besondere Ausnahmen machen, sowohl auf die in Anwaltsprozessen

als bevollmächtigte Vertreter der Parteien fungirenden Anwälte, als auf die in anderen Prozessen auftretenden Bevollmächtigten. Während über Recht und Pflicht zur Prüfung der Legitimation der Prozeßbevollmächtigten der § 82 bestimmt, enthält der

§ 74 (R. B. § 74, G. § 76.)

einige für ausreichend erachtete Vorschriften über die Form des Vollmachtsvertrags. Insofern das Gericht oder der Gegner den Nachweis der Vollmacht fordern dürfen und verlangen, soll der Bevollmächtigte die Bevollmächtigung durch eine „schriftliche“ Vollmacht nachweisen. Diesen Grundsatz spricht in gleicher Weise der preuß. Entw. § 92 aus, und es folgt aus dem Erfordernisse der Schriftlichkeit ohne Weiteres die im preuß. Entw. § 97 und sächs. Entw. § 344 hervorgehobene Nothwendigkeit, daß Analphabeten Prozeßvollmachten in der für diese Personen landesgesetzlich vorgeschriebenen Form ausstellen. Der allgemeine Ausdruck „schriftliche Vollmacht“ in Stelle von „schriftlich durch die Partei ausgestellte Vollmacht“ (nordd. Entw. § 129) ist gewählt, um mit dem einen Satze alle Arten der schriftlichen Vollmachtserteilung zu umfassen. Sonach bedarf es zunächst nicht der Bestimmung (nordd. Entw. § 130), daß die Prozeßvollmacht für alle Rechtsstreitigkeiten des Vollmachtgebers oder für eine bestimmte Gattung oder für einen einzelnen Rechtsstreit ausgestellt sein kann — (vgl. preuß. A. G. D. I. 3 § 32, Württemberg Art. 117, Bayern Art. 87 und hannov. Entw. § 96 — und es durfte hier ferner übergangen werden, daß die Vollmacht von der Partei auch mündlich zu Protokoll des Gerichts erklärt werden darf — vgl. Hannover § 71, Baden § 141, Württemberg Art. 119, Bayern Art. 88, hannov. Entw. § 98, preuß. Entw. § 98, nordd. Entw. § 132. Die Aufnahme der Vollmacht in das Audienzprotokoll (§ 140) ersetzt die schriftliche Form.

Die ganz ausnahmslos gehaltene Fassung des § 74 Abs. I erledigt auch den Zweifel, ob der einer armen Partei bei Bewilligung des Armenrechts beigeordnete Anwalt § 104 Nr. 3 verpflichtet ist, sich gegenüber dem Gerichte und dem Prozeßgegner durch eine schriftliche Vollmacht des Klienten zu legitimiren, übereinstimmend mit Hannover § 69 — Leonhardt, B. P. D. = A. 5 — Oldenburg Art. 65 § 1, preuß. Entwurf § 123 Nr. 2 und dem nordd. Entwurf § 129 in bejahender Richtung. Für den Geltungsbereich der preuß. A. G. D. bestimmt die Kab. - Ordre v. 29. Mai 1835 — bei von Köne, Ergänzungen Bd. III. pag. 112 — desgl. der sächs. Entw. § 288, Bayern Art. 39 und Württemberg Art. 168 Abs. 2, daß das Dekret des Gerichts die Stelle der Vollmacht vertrete. Der Entwurf mußte an einer schriftlichen Vollmacht für den Armenanwalt festhalten, da nicht anzunehmen ist, daß nach dem Willen der armen Partei der ihr beigeordnete Anwalt das Recht haben solle, auf ihren Anspruch zu verzichten (§ 75), und es ohne schriftliche Prozeßvollmacht ihr nicht möglich sein würde, die Vertretungsrechte des Anwalts nach Maßgabe des § 77 zu beschränken.

Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Vollmachten im Verhältnisse der Parteien unter einander schreiben neuere Gesetzgebungen allgemein vor, daß die Prozeßvollmachten öffentlich beglaubigt sein sollen. So Hannover § 70, Braunschweig § 7, Bayern Art. 85. Minder weit gehen Württemberg Art. 118, der hannov. Entw. § 97 und der sächs. Entw. § 344, welche die Beglaubigung der privatschriftlichen Vollmacht nur erfordern, wenn die Echtheit der Vollmacht beanstandet wird. Die gleiche Bedeutung hat der § 133 des nordd. Entw. Es dient aber zum Ausschlusse jedes Zweifels, wenn an letzterer Stelle und im § 74 Abs. 2 gesagt wird, daß die in einer Privaturkunde ausgestellte Vollmacht notariell oder gerichtlich beglaubigt werden muß, sobald es der Gegner verlangt, also aus welchem Grunde er wolle und ohne Anzeigepflicht des Grundes. Entsprechend dem Art. 87 der Wechselordnung ist zur Erleichterung des Verkehrs bestimmt, daß es bei der Beglaubigung weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls bedarf. Desgl. bestimmen Hannover § 70, preuß. Entw. § 97, nordd. Entw. § 133. Mit Rücksicht auf diese Erleichterung und mit Rücksicht darauf, daß grundsätzlich die öffentliche Form der Prozeßvollmachten nicht gefordert wird, versagt der Entwurf weitergehende erleichternde Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, nach denen Prozeßvollmachten von Parteien, welche in öffentlicher Eigenschaft einen Prozeß führen, schon aus diesem Grunde einer Beglaubigung nicht bedürfen sollen oder die

Beglaubigung auch von andern Beamten, z. B. des Staats, der Gemeinde, der Kirche, welche ein öffentliches Siegel führen, erteilt werden kann, z. B. Hannover § 70, hannov. Entw. § 97, preuß. Entw. § 97, nordd. Entw. § 131. Die Kosten der Beglaubigung trägt, vorbehaltlich der Erstattungspflicht aus § 85, der Vollmachtgeber, wie mit Rücksicht auf die preuß. A. G. D. I. 3 § 70 und die Bemerkung in den Motiven zum preuß. Entw. S. 30 ausdrücklich hervorgehoben wird.

Die fortdauernde Geltung der hier einschlägigen Bestimmungen Art. 17 der Wechselordnung und der Art. 42, 47, 58 des Handelsgesetzbuchs wird durch § 8 Abs. 1 des Einführungsgesetzes außer Frage gestellt.

Der Entwurf enthält sich weiterer Bestimmungen über den nothwendigen Inhalt von Vollmachturkunden, indem er die betreffenden Bestimmungen anderer Prozeßgesetze — preuß. A. G. D. I. 3. § 30, Hannover § 69, Württemberg Art. 117, Baden § 142, hannov. Entw. § 96, preuß. Entw. § 96 und nordd. Entw. § 131 — als selbstverständlich gleich der bayerischen Prozeßordnung übergeht.

| S. 103.

In sehr verschiedener Weise bestimmen die deutschen Prozeßgesetzgebungen über die Vertretungsbefugnisse eines durch gehörige Prozeßvollmacht ernannten Prozeßbevollmächtigten. Die einschlagenden Vorschriften enthalten preuß. A. G. D. I. 3 § 31, Braunschweig § 7, Oldenburg Art. 50, Hannover § 72, Baden § 144, Württemberg Art. 120, 121, Bayern Art. 90 ff., preuß. Entw. §§ 99—102, sächs. Entw. §§ 349 ff., nordd. Entw. §§ 134, 135. Trotz zahlreicher Abweichungen stimmen diese Gesetzgebungen darin überein, daß sie im Allgemeinen den Prozeßbevollmächtigten zur Vornahme aller Handlungen ermächtigen, welche der Verlauf des Rechtsstreits in der Regel mit sich bringt, und für weitergehende Befugnisse — insbesondere zur Vornahme von Handlungen, welche die Beseitigung des Prozesses bewirken — die Ertheilung von Spezialvollmachten verlangen. In letzterer Beziehung begegnen sich die Gesetzgebungen aber wieder in dem Bestreben, das Gebiet der Spezialvollmachten möglichst einzuschränken. Diese Tendenz beruht in der Erkenntniß, daß eine zu beschränkte Stellung der Prozeßbevollmächtigten mit der Rücksicht auf die Sicherheit und Schleunigkeit des Verfahrens kollidirt, auch in Folge der üblichen Einrückung der Spezialvollmachten in die Vollmachtsformulare im Erfolge meist bedeutungslos wird.

Aus diesen Erwägungen ist der Entwurf in Uebereinstimmung mit Hannover § 72 und mit dem hannov. Entw. § 99 einen geringen aber folgerichtigen Schritt weitergegangen und hat im

#### § 75 (R. B. § 75, G. § 77)

unter gänzlicher Aufhebung der sachlich obsoleten Forderung von Spezialvollmachten den allgemeinen Grundsatz aufgestellt, daß die Prozeßvollmacht zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen — einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden, einschließlich ferner der Substitution, der Bestellung eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz und der Empfangnahme der vom Gegner zu erstattenden Kosten — ermächtige, in gleicher Weise aber auch die Berechtigung gebe zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des vom Gegner geltend gemachten Anspruchs. Auch innere Gründe rechtfertigen diese erweiternde Vorschrift des Entwurfs. Die Wiederaufnahme des Verfahrens, obwohl sie in der Form der Klage geltend gemacht werden muß, steht doch mit dem rechtskräftig entschiedenen Prozesse in einem derartig nahen Zusammenhange, daß die Prozeßvollmacht unbedenklich auf die dadurch veranlaßten Prozeßhandlungen erstreckt werden kann. — Auch die in der Zwangsvollstreckung vorkommenden Prozeßhandlungen treten vielfach in dem Gewande einer Klage auf (§§ 600, 616, 634—38, 640 ff., 645), allein in Wirklichkeit stellen sie sich nur als Bestandtheile des seiner Realisirung entgegenstrebenden Hauptverfahrens dar. — Die Partei übergiebt ihre Rechtsache dem Bevollmächtigten, damit dieser den Prozeß nach bestem Ermessen zu Ende führe und das hierzu Nöthige vornehme. Hierzu gehören unter Umständen der Verzicht, das Anerkenntniß, der Vergleich. Die allgemeine Prozeßvollmacht kann nicht dahin verstanden werden, daß der Bevollmächtigte auch gegen seine im Laufe des Verfahrens gewonnene feste Ueberzeugung von

der Nichtdurchführbarkeit der ihm übertragenen Rechtsfache weiter prozessiren und durch die nutzlose Fortsetzung des Prozesses seine Anwaltschreie beschädigen und seiner Partei zwecklose Kosten verursachen solle. Die Enträumung dieser weiteren Befugnisse an den Prozeßbevollmächtigten liegt in der Konsequenz seiner Dispositionsrechte im Prozesse. Durch das Recht zur Ablegung von Geständnissen, zur Anerkennung von Urkunden, zur Zuschreibung und Zurückziehung von Eiden u. s. w. wird in ganz unmittelbarer Weise auf den materiellen Ausgang des Prozesses eingewirkt, und es ist eine Halbheit, den Bevollmächtigten ohne Spezialvollmacht hierzu zu autorisiren, dagegen ihn gleichzeitig zu hindern, die nothwendigen Konsequenzen der innerhalb seiner Vollmachtsgrenzen vorgenommenen Prozeßhandlungen für die Beendigung des Rechtsstreits ausdrücklich zu erklären. Es ist ferner ein innerer Widerspruch, wenn der Vertreter mit Wirksamkeit gegen seine Partei durch unterlassene Einlegung des Rechtsmittels die Rechtskraft eines Urtheils zu Gunsten des Gegners herbeiführen kann und ihm gleichzeitig der direkte Weg der Anerkennung oder des Verzichts versagt wird. Und was den Vergleich anlangt, so darf es als Intention der Partei angesehen werden, daß der Bevollmächtigte, dem die Erledigung des Rechtsstreits nach bestem Ermessen anvertraut ist, einen Vergleich schließen darf, wenn er sich überzeugt, daß dadurch ein die Interessen seines Mandanten schädigender Ausgang des Prozesses vermieden werden kann. Alle Besorgnisse gegen die so erweiterte Rechtsstellung des Prozeßbevollmächtigten werden dadurch gehoben, daß der § 77 der Partei gestattet, aus den Vertretungsbefugnissen in der Vollmacht die Befestigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht und Anerkennung auszuscheiden.

Wenn dagegen der Entwurf dem Prozeßbevollmächtigten als solchem nicht die Befugniß zugesetzt, mit Ausnahme der vom Gegner zu erstattenden Prozeßkosten Zahlungen für den Mandanten in Empfang zu nehmen, so widerspricht dies nicht dem Grundsatz des § 75, weil die Erfüllung der streitigen Verpflichtung eine außerhalb des Rechtsstreits liegende Handlung ist (vgl. die Motive der hannoverschen Prozeßordnung, Leonhardt S. 75 und hannov. Entw. § 99).

Der

### § 76 (R. B. § 76, G. § 78)

beruht auf dem durch § 102 des preuß. Entw. ausgedrückten richtigen Gedanken, daß unbeschadet des auch im § 75 anerkannten Rechts des Bevollmächtigten, seinen Klienten gegen den Prozeßgegner in den Rechtsstreiten der Vollstreckungsinstanz zu vertreten, die Prozeßvollmacht nicht ermächtigt zur Führung von neuen Prozessen, welche aus dem Prozesse hervorgehen, für welche die Vollmacht ertheilt war. Von dieser allgemeinen Regel zieht der § 76 die positive Ausnahme, daß die Vollmacht für den Hauptprozeß die Vollmacht für das eine Hauptintervention (§§ 61, 639), einen Arrest und eine einstweilige Verfügung (§§ 741 ff.) betreffende Verfahren umfaßt (vgl. nordd. Entw. §§ 99, 728, 738). Der enge Zusammenhang zwischen diesen Streitigkeiten und dem Hauptprozeße rechtfertigt die Annahme, daß der Wille des Machtgebers auf die Bevollmächtigung in diesem Umfange gerichtet war. Das Gleiche ist aber entgegen den §§ 728, 738 des nordd. Entw. nicht für zutreffend angenommen im umgekehrten Falle der Bevollmächtigung für das Verfahren, betreffend einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung in Beziehung auf den nachfolgenden Hauptprozeß. Geht Arrest und einstweilige Verfügungen dem Hauptprozeße vorher, so handelt es sich nothwendig um dringliche Maßregeln, welche an sich provisorischer Natur sind und meist nicht vor dem Gerichte des Hauptprozesses zu betreiben sein werden (§§ 731, 738, 752). Die Bestellung des Bevollmächtigten für diese schleunigen und vorübergehenden Prozeßhandlungen rechtfertigt deshalb nicht einen Rückschluß auf die Wahl jener Person zum Vertreter im Hauptprozeße.

Der Entwurf überläßt grundsätzlich die Beurtheilung der inneren Seite des Vollmachtsvertrags, das Rechtsverhältniß zwischen dem Machtgeber und dem Bevollmächtigten, dem materiellen Rechte. Der Mandant kann daher insoweit die Befugnisse seines Prozeßbevollmächtigten nach Gutdünken beschränken oder erweitern, und es ist nach den Regeln des Civilrechts zu entscheiden, inwiefern der Prozeßmandatar seiner Partei wegen auftragswidriger Prozeßführung haftbar wird. Anders liegt die Sache für das Rechtsverhältniß des Bevollmächtigten zum Prozeßgegner. Nach dem System

§. 104.

§. 105.

des Entwurfs würde hier jede Beschränkung der gesetzlich notwendigen Vertretungsrechte des Prozeßbevollmächtigten das Verfahren erschweren oder unmöglich machen und den Gegner gefährden. In sachlicher Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. § 103, dem hannov. Entw. § 100 und dem nordd. Entw. § 136 bestimmt daher der

§ 77. (R. V. § 77, G. § 79.)

daß eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirksamkeit hat, insoweit nicht diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzicht oder Anerkennung betrifft. Der Entwurf folgt hiermit der im Gebiete des Handelsrechts (vgl. Art. 42, 43, 116, 138, 231 u. a. des Handelsgesetzbuchs und § 23 des Reichsges. vom 4. Juli 1868 über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften) zur Anerkennung gebrachten Richtung und entspricht damit den Bedürfnissen des Prozesses und der Sicherheit des Verkehrs.

Von dem Grundsätze, daß sich die Prozeßvollmacht auf den ganzen Prozeß bezieht, ist in Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. § 103, dem hannov. Entw. § 100 und dem nordd. Entw. § 136 die eine Ausnahme gestattet, daß im Parteiprozesse die Vollmacht nur für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden kann.

Die Vorschrift des

§ 78 (R. V. § 78, G. § 80.)

daß mehrere Prozeßbevollmächtigte berechtigt sind, sowohl einzeln als gemeinschaftlich die Partei zu vertreten, erleichtert und sichert die rasche, energische Durchführung des Prozesses. Die Vorschrift ist aus dem hannov. Entw. § 102 und dem nordd. Entw. § 137 übernommen, entspricht Württemberg Art. 124 und wird auch im sächs. Entw. § 353 vorgeschlagen. Gleicherweise bestimmen der § 201 des preuß. A. L. R. Thl. I. Tit. 13 und die Art. 114, 167, 196 des Handelsgesetzbuchs. Die Bestimmung des § 78 Satz 2 entzieht in weiterer Fortentwicklung des in § 77 sanktionirten Grundsatzes der bei Bestellung mehrerer Bevollmächtigten in eine Vollmacht eingerückten Klausel: „samt und sonders“ gegenüber dem Prozeßgegner jede rechtliche Wirkung (vgl. §§ 150 Abs. 3, 165 Abs. 1). Daß neben dem § 78 die abweichenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs Art. 41, Abs. 3, Art. 86 Nr. 4, 100, 115 weiter gelten, erhellt aus § 9 des Einführungsgesetzes.

Der

§ 79 (R. V. § 79, G. § 81)

stellt außer Zweifel, daß eine volle Repräsentation der Partei durch den Prozeßbevollmächtigten stattfindet. So weit die Vollmacht in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 75—77 reicht, verpflichtet der Prozeßbevollmächtigte den Vollmachtgeber durch seine Handlungen und Unterlassungen. Rückichtlich der Prozeßhandlungen hat der § 79 ausdrücklich ausgesprochen, daß sie für die Partei verpflichtend sind wie die von ihr selbst vorgenommenen — nur hat er der Partei, welche neben ihrem Prozeßbevollmächtigten in dem Termine erschienen ist, in An[sch]luß an die L. 3. C. de errore adv. 2, 10 die Befugniß eingeräumt, Geständnisse und andere thatsächliche Erklärungen des Prozeßbevollmächtigten sofort nach Abgabe derselben in dem Termine zu widerrufen oder zu berichtigen. Bis zu welchem Zeitpunkte der Widerspruch rechtzeitig erfolgt, ist im einzelnen Falle Sache des richterlichen Ermessens. Hinsichtlich der Unterlassungen der Bevollmächtigten ergibt sich deren Verbindlichkeit für die Partei auf dem § 203 Abs. 2. Dem § 79 konform sind der hannov. Entw. § 103, der nordd. Entw. § 138 und Württemberg Art. 125.

Ueber die Beendigung des Vollmachtsvertrages giebt der Entwurf in den

§§ 80, 81 (R. V. § 80, 81, G. § 82, 83.)

Bestimmungen, wie solche das Bedürfniß des Verfahrens erfordert.

Der § 99 des Jüngsten Reichsabschieds bezeichnete als notwendigen Inhalt der Prozeßvollmachten die clausula heredum. Die Stellung der Vollmacht auf die Erben des Ausstellers erfolgt noch ausdrücklich nach dem Vollmachtsformulare der braunschweig. Prozeßordnung, und muß geschehen nach Baden § 142. Dagegen bestimmte als Ausnahme der civilrechtlichen Vorschrift des preuß. A. L. R. I. 13 § 186 schon der § 192 ibidem und der § 59 der A. G. D. I. 3, daß die Prozeßvoll-

macht durch den Tod des Machtgebers nicht aufgehoben werde. Desgl. machen Hannover § 73, Württemberg Art. 126, Oldenburg Art. 51 § 1, Bayern Art. 93 die clausula heredum entbehrlich, indem die Prozeßvollmacht der Regel nach auch für die Erben des Machtgebers gilt. Der Entwurf hält, entsprechend dem Art. 54 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs, diesen bewährten Grundsatz aufrecht und erweitert ihn, gleich dem preuß. Entw. § 107, dem hannov. Entw. § 104 und dem nordd. Entw. § 139, auf sonstige Veränderungen in Betreff der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung des Vollmachtgebers. Daß die Verheirathung der Machtgeberin, wie der preuß. Entw. § 107, Württemberg Art. 126 ausdrücklich hervorheben, die Gültigkeit der Prozeßvollmacht nicht alterirt, folgt ohne Weiteres aus dem § 51 Abs. 2, da die Verheirathung auf die Prozeßfähigkeit der Frau nicht einwirkt. Der § 210 ist eine Konsequenz des § 80, insofern er in den hervorgehobenen Fällen eine Unterbrechung des Verfahrens ausschließt, wenn eine Vertretung der Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand.

Ueber die Berechtigung zur Kündigung des Vollmachtsvertrags entscheidet das bürgerliche Recht. Der § 81 trifft nur Vorfrage, daß für den Fortgang des Prozesses und insbesondere für den Prozeßgegner keine Schwierigkeiten entstehen, wenn ein Prozeßbevollmächtigter in Folge seiner Kündigung oder des Widerrufs seitens des Machtgebers ausscheidet. Wiederum analog dem Handelsgesetzbuche Art. 46 schreibt daher § 81 vor, daß die Kündigung des Vollmachtsvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen aber erst durch die Anzeige von der Bestellung eines andern Anwalts rechtliche Wirksamkeit erlangt. Desgl. preuß. Entw. § 108, hannov. Entw. § 108, nordd. Entw. § 145, Bayern Art. 94, Württemberg Art. 127, Code de proc. Art. 75. Bis zu diesem Zeitpunkte geschehen also die Zustellungen an den früheren Bevollmächtigten mit Wirksamkeit (vgl. Hannover § 79).

Die Vorschrift des § 81 Abs. 1 wird dadurch ermöglicht, daß dem die Vollmacht kündigenden Anwalt die Verpflichtung auferlegt wird, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat. Es folgt diese Pflicht aus dem allgemeinen Rechtsfakte, daß das Mandat nicht | S. 107. intempestive gekündigt werden darf. Inwieweit der Anwalt durch eine Verfümmung dieser Verpflichtung der Partei verantwortlich wird, ist nach dem materiellen Rechte zu entscheiden.

Nach dem gemeinen Civilprozeße, nach preußischem Prozeßrechte und nach den Prozeßordn. von Oldenburg Art. 55, Baden § 136, Württemberg Art. 115 sowie nach dem sächs. Entw. § 341 gehört die Prüfung der Vollmachten allgemein zu den von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkten. Der Entwurf behält dies System für den Parteiprozeß bei; dagegen hat er die Officialprüfung der Vollmachten für den Anwaltsprozeß gänzlich aufgegeben.

Die Vorschrift des

### § 82 (R. B. § 82, C. § 84)

daß das Gericht den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen habe, insofern eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, entspricht — von der hannoverschen Prozeßordn. § 74 abgesehen — dem bestehenden Rechte und rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die offizielle Prüfung der Vollmacht in anderen als Anwaltsprozessen das allein zureichende und gleichzeitig kürzeste Mittel bildet, um mit Sicherheit zwecklose Verhandlungen mit einer in Wirklichkeit nicht legitimirten Person auszuschließen. Anders gestaltet sich das Verhältniß, insofern eine Vertretung durch Anwälte geboten ist. Die Anwälte sind nicht nur befähigt, ihre Vollmacht gegenseitig zu prüfen, sondern ihre Stellung gewährt auch die Garantie, daß sie diese Prüfung ordnungsmäßig vornehmen werden. Mit Rücksicht hierauf erscheint es — entgegen den Bestimmungen der Prozeßordn. für Oldenburg Art. 55 und für Baden § 136 — statthaft, in Anwaltsprozessen die Prüfung des Vollmachtspunkts von Amtswegen fallen zu lassen und dieselbe den Parteien zu überweisen. Die Folge ist, daß das Gericht mit der Prüfung des Vollmachtspunkts nur befaßt wird, wenn darüber Streit unter den Parteien entsteht, daß mithin das Gericht einen Anwalt, welcher für eine Partei auftritt, so lange als Prozeßbevollmächtigter derselben zu behandeln hat, als nicht von der Gegenpartei der Mangel der Vollmacht gerügt worden ist (hannov. Prot. IV. S. 1023—1045, 1128—1131). Indem der Entwurf die Officialprüfung des

Vollmachtspuncts in Anwaltsprozessen verwirft, stimmt er mit dem französischen Prozeßrechte, den Prozeßordn. für Hannover § 74 und Bayern Art. 89 sowie mit den Prozeßgesetzentwürfen (hannov. Entw. § 105, preuß. Entw. § 104, nordd. Entw. § 140). Die günstigen und zum Theil langen Erfahrungen jener Rechtsgebiete zeugen für die Dispositionen des Entwurfs, welcher übrigens in einzelnen Punkten mehrfach von den Bestimmungen der angezogenen Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe abweicht.

1. Die hannov. Prozeßordn., der hannov. Entw. und der nordd. Entw. halten an der Officialprüfung in Anwaltsprozessen fest, wenn die Gegenpartei keine Gelegenheit hatte, den Mangel der Vollmacht zu rügen. Praktisch bedeutend wird diese Vorschrift für das Versäumnißverfahren (vgl. nordd. Entw. § 434). Allein gerade dieses Verfahren fordert eine möglichst einfache Konstruktion und die Vermeidung solcher Vorschriften, welche die schnelle Herbeiführung des Versäumnißurtheils zu hemmen geeignet sind. Die Officialprüfung des Vollmachtspuncts würde aber vielfach zu Verzögerungen Anlaß geben, trotzdem sie durch die Natur des Versäumnißverfahrens nicht geboten wird.

2. Nach dem französischen Prozeßrechte und der bayerischen Prozeßordnung bedarf der für eine Partei auftretende Anwalt keines besonderen Nachweises der Vollmacht. Gegenüber dem Gerichte und der Gegenpartei ist er durch die Erklärung legitimirt, daß er bevollmächtigt sei (Verhandlungen des Gesetzgebungs-Ausschusses der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages 1863/1865, Beilageband III. Abth. I. S. 108—111, 119—125, 172—175 und der Kammer der Reichsräthe 1863/67, I. S. 215—218, hannov. Prot. XIII. S. 4947—4956). Dieses System ist nur unter der Voraussetzung durchführbar, daß für die Vornahme bestimmter Prozeßhandlungen Spezialvollmachten verlangt werden (Code de proc. Art. 352, bayerische Prozeßordn. Art. 92) und daß die Mißbilligungsklage — der désaveu nach französischem Rechte (Code de proc. Art. 352—362), die Nichtigkeitsklage wegen Mangels der Vollmacht nach der bayerischen Prozeßordn. Art. 95—99 gegeben wird. Daß die Beibehaltung von Spezialvollmachten unangemessen erscheint, ist bereits zu § 75 dargelegt. Was aber die Mißbilligungsklage betrifft, so ist dieselbe von der Partei, „für welche ohne Auftrag zur Prozeßführung oder ohne die erforderliche spezielle Ermächtigung Prozeßhandlungen vorgenommen wurden, auf Richtigerklärung dieser Handlungen, sowie der darauf hin ergangenen Entscheidungen“ zu erheben und „gegen denjenigen, der als Gewalthaber aufgetreten ist, und gegen die in der Hauptsache beteiligte Gegenpartei“ zu richten (bayer. Prozeßordn. Art. 95, 2). Im Laufe des Verfahrens in der Hauptsache erhoben, unterbricht sie auf Antrag des Nichtigkeitsklägers den Hauptprozeß (ibid. Art. 97); sie belastet den beklagten Gewalthaber mit dem Nachweise der Bevollmächtigung — eine Last, welche der Art. 95 der bayer. Prozeßordn. durch Aufstellung von Präsumtionen zu erleichtern sucht. Wird die Nichtigkeitsklage für begründet erklärt, so ist nicht nur die angefochtene Handlung sowie die etwa darauf hin ergangene Entscheidung zu vernichten, sondern der unbefugt als Gewalthaber Aufgetretene auch in alle Prozeßkosten und zum Erfasse des den Hauptparteien entstandenen Schadens zu verurtheilen (Art. 98 ibid.). Solche Vorschriften schützen in einseitiger Weise nur die Partei, für welche der Anwalt aufgetreten ist; die Prozeßstellung des Gegners ist ohne jede Sicherung.

Kann man auch den Anwälten vertrauen, daß sie nicht ohne ertheilte oder mit Bestimmtheit zu erwartende Vollmacht auftreten werden, so ist damit keine Garantie gegen irrhümliche Voraussetzungen der Anwälte gegeben. Die nachträgliche Genehmigung der Prozeßführung durch die Partei kann den Irrthum hinterher thatächlich bedeutungslos machen; allein die Gegenpartei ist schlechterdings berechtigt, von vorn herein zu wissen, ob der Prozeß zu einem endgültigen Resultate führen werde. Mit Recht weisen die Motive zum preuß. Entw. S. 29 darauf hin, daß es gegen die sonstigen Grundsätze des Civilrechts verstoße, die Gegenpartei zu zwingen, sich mit einer Person, die keine Vollmacht vorlege, als Bevollmächtigten lediglich aus dem Grunde einzulassen, weil dieselbe amtlich erkläre, bevollmächtigt zu sein, und in Folge dieser Erklärung regreßpflichtig sein würde. Zudem fehlt es nach den praktischen Erfahrungen an besonderen Vortheilen, welche aus der Annahme des französischen Systems zu erwarten wären. Der vorsichtige, geschäftserfahrene Anwalt wird, um sich gegen den désaveu und wegen seiner Honoraranprüche zu sichern, Sorge tragen, daß der Vollmachtspunct in Ordnung ist. Als einfachste Form bietet sich ihm die

schriftliche Vollmacht des Entwurfs, zumal er sich Spezialvollmachten würde ertheilen lassen müssen, deren Vorlegung er nach Bayern Art. 92 nicht überhoben ist. Im Resultate führen daher jene Gesetzgebungen zu einer dem § 82 Abs. 1 nahe kommenden faktischen Uebung und es empfiehlt sich daher letztere Vorschrift um so mehr, als dieselbe ohne jede Gefährdung der Parteien das Mittel zur Abschaffung der Spezialvollmachten und der Mißbilligungsklage gewährt. Bemerkenswerth ist, daß der belgische Entwurf vorschlägt, von den Anwälten die Ueberreichung einer schriftlichen Vollmacht (procuration authentique ou sous seing privé enregistrée) zu fordern, und daß der Rapport des Berichterstatters diesen Vorschlag unter Hinweisung auf die analogen Bestimmungen des Codice di procedura civile del regno d'Italia Art. 156, 158, 159 und auf den holländischen Entwurf I. 10 Art. 3—12 in folgender Weise motivirt:

„Die Nothwendigkeit einer schriftlichen und dem Audienzprotokolle beigelegten Vollmacht ist nicht zu bestreiten. Ohne diese Garantie hat der Prozeßgegner keine Sicherheit, eine vollstreckbare Entscheidung zu erhalten. Der verurtheilten Partei würde es möglich bleiben, das ihrem Advokaten ertheilte mündliche Mandat abzuleugnen. Daher wird schon jetzt schriftliche Vollmacht für das Verfahren vor den Handels- und Friedensgerichten gefordert.“

Der Entwurf enthält sich der näheren Bestimmungen, wann das Gericht die amtliche Prüfung der Vollmachten im Parteiprozesse zu bewirken hat und in welchem Stadium die Partei dem Gegner die Vollmacht vorlegen muß. Die betreffenden Bestimmungen des preuß. Entw. §§ 93, 94 und des nordd. Entw. § 140 Abs. 3 sind entbehrlich. Daß das Gericht im Parteiprozesse den Vollmachtspunkt in der mündlichen Verhandlung berücksichtigen solle, geben die §§ 126 Abs. 2 und 290 Nr. 1 zu erkennen. Der Gegner aber kann zu jeder Zeit den Mangel der Vollmacht rügen und den § 74 vorgeschriebenen Nachweis der Bevollmächtigung fordern.

Durch den

### § 83 (R. B. § 83, G. § 85)

wird es dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, ob es im einzelnen Falle Jemand, der für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht handelt, zur Prozeßführung einsteilen zulassen und ob es die Zulassung eines solchen Vertreters gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden gestatten will. Durch diese Vorschrift wird sowohl für die Fälle, in welchen eine Vollmacht noch nicht oder noch keine ordnungsmäßige Vollmacht vorgelegt werden kann, als auch für die Fälle Sorge getragen, in welchen eine Partei durch Abwesenheit oder durch andere Gründe an eigener Wahrnehmung ihrer Rechte behindert ist und daher dritte Personen ohne Auftrag die bedrohten Rechte der ersteren wahrnehmen.

Die Prozeßgesetze haben die Aufgabe, in solchen Fällen der verhinderten Partei Hülfe zu gewähren, ohne dadurch die Rechte des Prozeßgegners zu gefährden, verschieden gelöst. Die Vorschrift des Entwurfs ist in den wesentlichen Beziehungen übereinstimmend mit den §§ 141 ff. des nordd. Entwurfs. Das gemeinrechtliche System der Sicherung des Prozeßgegners durch Rationen — cautio iudicatum solvi und cautio de rato —, ein System, welches Württemberg Art. 116 noch festgehalten hat, ist aufgegeben, da es nach den Erfahrungen im Gebiete des preussischen Rechts (A. G. D. I. 3 § 26, aufgehoben durch Kab.-Ordre v. 17. Oktober 1833 Nr. 4) sich praktisch nicht bewährt hat.

Um im weitesten Umfange dem Bedürfnisse zu genügen, kann in Vertretung einer Partei nicht bloß eine Person handeln, welche eine vermuthete Vollmacht für sich hat, — so Hannover § 76, Oldenburg Art. 52 § 2, Baden § 138, sächs. Entw. § 338, hannov. Entw. § 106 — sondern Jeder, welcher überhaupt als Bevollmächtigter der Partei auftreten darf (§§ 72, 73). Der § 83 stellt ferner nicht die Bedingungen der Bescheinigung des ertheilten Auftrages oder der wahrscheinlichen Genehmigung (Hannover § 75, Oldenburg Art. 52 § 1, Baden § 139, hannov. Entwurf § 106) durch Vorlegung eines Schreibens oder auf die Hauptsache bezüglicher Urkunden der Partei. Denn die Geschäftsführung ohne Auftrag würde hierdurch ausgeschlossen werden, während gleichzeitig nicht anzunehmen ist, daß die öffentlichen Anwälte ohne Auftrag oder begründete Aussicht auf dessen Ertheilung sich in Prozesse einmischen

und für die im Parteiprozesse sonst auftretenden Bevollmächtigten einige Bescheinigung meist in deren Verhältniß zur vertretenen Partei gegeben sein wird. Die durch das Prozeßgericht erfolgende Zulassung des Vertreters ermächtigt den nicht legitimirten Vertreter zur wirksamen Vornahme aller Prozeßhandlungen, verpflichtet den Gegner zur Verhandlung des Rechtsstreits mit dem zugelassenen Vertreter und ermöglicht die vorläufige Verhandlung des Prozesses bis auf die Fällung des Endurtheils.

Zur Sicherung des Gegners schreibt aber der § 83 vor, daß das Endurtheil nicht vor Ablauf der für die Beibringung der Genehmigung von dem Gerichte zu bestimmenden Frist zu erlassen ist. Desgl. Hannover § 75, Baden § 138, hannov. Entw. § 106. Es gilt also für den fruchtlosen Ablauf der Frist die Annahme, daß die Genehmigung versagt sei (nordd. Entw. § 141) und es wird in diesem Falle die Partei als nicht erschienen behandelt. Sie unterliegt daher dem Versäumnisverfahren §§ 285 ff. Das Gericht kann ferner nach freiem Ermessen die Zulassung des Stellvertreters von einer Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden abhängig machen.

Gegenüber der vertretenen Partei ist die Prozeßführung des einseitigen Vertreters gültig, wenn die Partei auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Der erste Theil der Vorschrift bewirkt für das Gebiet des preuß. Rechts die durch das Verkehrsbedürfniß erforderte Modifikation, daß auch der mündliche Auftrag zur Prozeßführung ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes die Anfechtung desjenigen, was in Folge dieses Auftrags verhandelt ist, ausschließt. Der zweite Theil ist den grundsätzlichen Bestimmungen des Entwurfs über die Nichtigkeit des wider eine nicht gesetzlich vertretene Partei geführten Verfahrens (§ 518 Nr. 2) konform.

Das durch die Prozeßvertretung ohne Auftrag zwischen dem Vertreter und der vertretenen Partei entstehende Rechtsverhältniß liegt außerhalb des Bereichs der Prozeßordnung im materiellen Rechte. Der Entwurf überläßt demselben auch die Entscheidung der civilrechtlichen Frage, ob und inwieweit der unbeauftragte Prozeßvertreter bei ausbleibender Genehmigung der Prozeßführung dem Gegner für die Kosten und Schäden des Prozesses verantwortlich ist.

Der

#### § 84 (R. V. § 84, G. § 86)

begründet sich durch die Nothwendigkeit, den Prozeßparteien die möglichste Freiheit in der Rechtsverfolgung zu gewähren. Die Zuziehung von Beiständen im Anwaltsprozesse ist durch das Prinzip des § 72 Abs. 1 begrifflich ausgeschlossen. Im Parteiprozesse sind dagegen die Parteien befugt, vor Gericht mit jeder prozeßfähigen Partei (§ 73) als Beistand zu erscheinen. Desgleichen bestimmen Hannover § 104, Baden § 128, Württemberg Art. 129, Bayern Art. 78, preuß. Entw. § 89, nordd. Entwurf § 147. Die Befähigung zum Beistande wird der Qualifikation zum Bevollmächtigten parallel behandelt.

| S. 111.

Hinsichtlich der Zulassung der Beistände gilt die allgemeine Regel des § 137 und in Betreff der Wirksamkeit der von dem Beistande ohne Widerspruch der Partei abgegebenen Erklärungen die analoge Vorschrift des § 79.

### Fünfter Titel.

### Prozeßkosten.

#### §§ 85—97. (R. V. §§ 85—97, G. §§ 87—100.)

Der Entwurf giebt nur die Vorschriften über die wechselseitigen Rechtsverhältnisse der Parteien in Betreff der Prozeßkosten. Die Rechte des Justiziskus und der von den Parteien im Prozesse in Anspruch genommenen Beamten bezüglich der Sporeln und Gebühren stehen hier außer Frage und sind besonderer gesetzlicher Regelung vorbehalten. Der beschränkte Inhalt rechtfertigt die systematische Stellung des Titels im allgemeinen Theile des Entwurfs und in dem Abschnitte von den Parteien. Die gleiche Behandlung der Materie befolgen die Prozeßgesetze von

Hannover §§ 44 ff., Baden §§ 169 ff., Württemberg Art. 133 ff., Bayern Art. 106 ff., sowie der hannov. Entw. §§ 66 ff., der sächs. Entw. §§ 256 ff. und der nordd. Entw. §§ 149 ff. Aber auch in dieser Beschränkung enthält der Titel nicht alle Vorschriften des Entwurfs über die Prozeßkosten, vielmehr sind zahlreiche Spezialbestimmungen des Zusammenhangs wegen und zur Vermeidung von Wiederholungen an den betreffenden Stellen des besonderen Theils gegeben. Kostenrechtliche Vorschriften enthalten namentlich die §§ 208 Abs. 3, 241 Abs. 2, 246 Abs. 2, 299 für den Fall der Säumnis, die §§ 234 Abs. 3, 456 Abs. 3, 505, 506 für die Fälle der Zurücknahme von Klagen und Rechtsmitteln, die §§ 585, 591 für das Mahnverfahren, § 539 Abs. 2 für den Urkunden- und Wechselprozeß, die §§ 333, 334, 353 für Zeugen, § 365 für Sachverständige, die §§ 646, 657, 668 für die Zwangsvollstreckung. Die §§ 566, 574 regeln die Fälle des Ehe- und Entmündigungsverfahrens, in denen der Staatsanwalt als Partei auftritt und unterliegt.

Uebereinstimmend mit den genannten Gesetzgebungen und dem Code de proc. art. 130 geht der Entwurf von dem Grundsatz aus, daß das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Verantwortlichkeit für die Prozeßkosten nach sich ziehe. Das Prinzip der Strafe als Rechtsgrund ist allgemein aufgegeben; die Begründung aus der allgemeinen Pflicht zum Ersatz widerrechtlich verursachten Schadens spricht unter den neuen Prozeßgesetzen nur Baden § 169 aus. Vermieden ist die ungerechte Schonung des unterliegenden Theils auf Kosten des Siegers, zu welcher vielfach der preuß. Prozeß (z. B. A. G. D. I. 23, §§ 2, 4) durch unzutreffende Anwendung der Bestimmungen über die Verschuldung gelangt war.

In Anwendung des allgemeinen Prinzips bestimmt der

#### § 85 (R. B. § 85, G. § 87.)

daß die unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, d. i. wie der preuß. Entw. § 1348 hervorhebt, nicht nur die ihr erwachsenden Kosten zu tragen, sondern insbesondere die dem Gegner erwachsenden Kosten zu erstatten hat. Ausnahmen von dieser allgemeinen Regel enthalten die später zu rechtfertigenden §§ 87—89 und 90 Abs. 2.

Im einzelnen Falle wird die Erstattungspflicht objektiv durch § 85 beschränkt auf die Erstattung der gegnerischen Kosten, soweit dieselben nach dem freien Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung notwendig waren (vgl. hannov. Entw. § 67, Württemberg Art. 134, nordd. Entw. § 149, Bayern Art. 106). §. 112.

Gegenstand der Erstattungspflicht sind die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei ohne Rücksicht darauf, ob dieselben an das Gericht oder an einen andern Zahlungsempfänger gezahlt sind; im Sinne des preussischen Prozesses die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten.

Außerhalb des Prozeßkostensatzes liegen Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatfache des Obfieges im Rechtsstreite, sondern noch durch weitere Umstände begründet werden. Solche Forderungen sind in besonderem Prozesse zu verfolgen. Württemberg Art. 150 spricht den nicht zweifelhaften Satz noch besonders aus. Bayern Art. 119 verpflichtet dagegen das Prozeß- bezw. Vollstreckungsgericht zur sofortigen Entscheidung über dergleichen Schadensansprüche und begründet für die etwaige Nachliquidation einen besonderen Gerichtsstand des Zusammenhangs.

Das Gericht entscheidet über die liquidirten Kosten nach freiem Ermessen. Das Gericht hat solchergestalt frei zu würdigen über den Ersatz der Kosten einer vom Beklagten geschehenen Streitverkündung (vgl. preuß. Entw. § 1352), ob für Streitgenossen genügende Veranlassung vorlag, mehrere Anwälte zu bestellen (vgl. preuß. Entw. § 112), ob die Partei Grund hatte, neben dem Prozeßbevollmächtigten im Termine persönlich zu erscheinen — Bayern Art. 106, Württemberg Art. 149 —, über die Kosten für Beistände, ob die Kosten der Beweisaufnahme, z. B. des Zeugenbeweises insgesamt nöthig waren (vgl. preuß. A. G. D. I. 23, § 23, Nr. 3, preuß. Entw. § 481), ob Kosten für Handlungen der Zwangsvollstreckung zweckmäßig verwendet sind, z. B. im Falle des § 689 u. f. w.

Das freie arbitrium des Gerichts wird durch den Abs. 2 des § 85 beschränkt

in Betreff der Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei. Diese Kosten bilden im Sinne des § 85 Abf. 1 einen regelmäßigen Gegenstand der Erstattungspflicht. Die Festsetzung, daß auch im Parteiprozesse die Anwaltskosten von Rechtswegen als zweckentsprechende Kosten der Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung gelten, ist schon bestehendes Recht nach Württemberg Art. 147 und Bayern Art. 106. Das preuß. Anwaltskostengesetz vom 12. Mai 1851 berechtigt im Bagatellprozesse zur Liquidation der Anwaltskosten (§ 8) soweit die Führung des Prozesses durch die Partei gleichfalls außergerichtliche Kosten verursacht haben würde oder wenn die Partei durch Krankheit, Abwesenheit oder Amt an der persönlichen Wahrnehmung des Termins behindert war (vgl. preuß. Ges. v. 2. März 1870 §§ 2, 3). Dagegen tritt nach § 85 auch in Betreff der Anwaltskosten das Ermessen des Gerichts ein für die Erstattung der Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts. Wenn die Partei ohne Nothwendigkeit des Wechsels successive sich mehrerer Anwälte bedient hat, so braucht der Gegner die Kosten nur bis zur Höhe der Vertretung durch einen Rechtsanwalt zu erstatten.

Dem Grundsätze des § 85 ist es entsprechend, daß im Falle des theilweisen Unterliegens beider Parteien nach

### § 86 (R. V. § 86, G. § 88)

die Kosten gegen einander aufzuheben oder verhältnißmäßig zu theilen sind, denn eine genauere Scheidung der Kosten, je nachdem dieselben durch das Unterliegen des einen oder des andern Theils veranlaßt sind, ist nicht ausführbar.

[S. 113.]

| Das Aufheben der Kosten gegen einander bezeichnen die preuß. A. G. D. I. 23 §§ 3, 4 als Kompensation; Hannover § 47 und sächs. Entw. § 273, preuß. Entw. § 1339 als Vergleichung. Die nur uneigentlich als Kompensation zu bezeichnende Maßregel besteht darin, daß jeder Theil die von ihm aufgewendeten Kosten oder noch aufzuwendenden Kosten ohne Ersatzanspruch selbst trägt (vgl. Bayern Art. 109).

Die verhältnißmäßige Theilung der Kosten unter die Parteien kann in sehr verschiedener Weise geschehen. Es kann das Gericht der einen Partei eine bestimmte Summe — pars quanta — der Kosten auferlegen und die andere Partei mit dem Reste belasten; das Gericht kann aber auch die Kosten nach bestimmten Antheilen — pars quota — vertheilen, und zwar kann die letztere Theilung die gesammten Prozeßkosten umfassen oder sich auf einen Theil derselben beschränken. In dem ersteren Falle werden die gesammten, beiden Theilen erwachsenden Prozeßkosten als ein Ganzes behandelt, und von der Gesammtsumme wird jedem Theile eine bestimmte Quote zur Last gelegt. In dem letzteren Falle wird der einen Partei ein aliquoter Theil der Prozeßkosten des Gegners zur Erstattung auferlegt, während im Uebrigen die Kosten beider Theile verglichen werden.

Die weiteren, in einzelnen Rechten anerkannten Fälle der Kostenkompensation, z. B. Code de proc. Art. 132, bei Prozessen unter Verwandten, die Fälle der preuß. A. G. D. I. 23 §§ 3, 6, von denen in Baden § 172 und Hannover § 47 Nr. 1 b noch der Fall beibehalten, daß der Entscheidungsgrund des ungünstigen Urtheils der Partei nicht bekannt sein mußte oder konnte, widersprechen dem im Eingange des Titels erörterten Prinzip und sind zum großen Theil ebenso willkürlich als ungerecht.

Trotz der dem Kläger zur Last fallenden Zuvielforderung kann das Gericht dem Beklagten die Erstattung der gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn diese Zuvielforderung

- 1) eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder darauf beruht, daß
- 2) der Betrag der Forderung von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittelung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhing.

Beide Ausnahmen bestimmen gleichmäßig der preuß. Entw. § 1340, hannov. Entw. § 69, nordd. Entw. § 150, Hannover § 47, sächs. Entw. § 274, Bayern Art. 109, Württemberg Art. 137. Die erste Abweichung vom Prinzip beruht auf der Geringfügigkeit der Mehrforderung, deren Berücksichtigung im Kostenpunkte sonst unverhältnißmäßige Weiterungen herbeiführen würde, während bei der zweiten Ausnahme es der Partei kaum möglich war, die Mehrforderung zu vermeiden.

Eine mehr scheinbare Ausnahme von dem Prinzip des § 85 bestimmt der

§ 87 (R. B. § 87, G. § 89)

Derfelbe enthält einen allgemeinen Grundsatz und findet Anwendung auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten, in denen der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hatte. Ein materieller Streit der Parteien und ein eigentliches Unterliegen des Beklagten findet hier nicht statt, wenn derselbe den eingeklagten dinglichen oder persönlichen Anspruch sofort anerkennt oder, ohne sich auf den Rechtsstreit einzulassen, das Versäumnisurtheil wider sich ergehen läßt. Der Grundsatz des § 87 ist bereits durch die preuß. | Allg. G. Ordn. I. 28 § 4 für | S. 114. die sog. Mandatskündigungsklage vorgeschrieben; er wird insbesondere für die im § 223 gestatteten Feststellungsklagen praktisch werden, und ist unter Verallgemeinerung seiner Geltung aus dem preuß. Entw. § 224 und dem nordd. Entw. § 195 übernommen. Darüber, ob im einzelnen Falle der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben hat oder nicht, ist vom Gerichte nach den betreffenden Behauptungen des Klägers in der Klageschrift, beziehentlich im Termine zur mündlichen Verhandlung zu entscheiden.

Die

§§ 88, 89, 90 Abs. 2 (R. B. §§ 88, 89, 90, G. §§ 90, 91, 92)

umfassen die Fälle der Kostenseparation, deren allgemeines Prinzip Württemberg Art. 142 zutreffend dahin bestimmt, daß auch die in der Hauptsache obsiegende Partei diejenigen Kosten tragen muß, welche durch ihre Versäumnisse oder durch zwecklose Handlungen oder durch Verzögerung der Sache ihrerseits ihr selbst oder dem Gegner erwachsen. In diesen Fällen und im § 87 hat die obsiegende Partei gegen das allgemeine Prinzip des § 85 nicht nur ihrerseits keinen Anspruch auf Ersatz der Kosten, sondern auch die Pflicht zur Erstattung der Kosten des in der Hauptsache unterliegenden Gegners.

Der § 88 enthält eine zwingende Vorschrift und wird anwendbar, wenn eine Partei einen Termin oder eine Frist versäumt oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung, die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt. Diese Vorschrift ist gleich den §§ 241, 246 nothwendig als wirksames Mittel gegen die Verschleppung der Prozesse und entspricht dem preuß. Entw. § 1344 Nr. 3, dem hannov. Entw. §§ 194, 193, dem nordd. Entw. §§ 151, 152.

Zum Theil auf gleichen Gründen beruht die nur fakultative Vorschrift des § 89, welche mit dem preuß. Entw. § 1344 Nr. 1, nordd. Entw. § 154 übereinstimmt. Da die gerichtlichen Urtheile über die Ansprüche der Parteien und nicht über die Angriffs- und Vertheidigungsmittel entscheiden, da ferner die Parteien in der Wahl ihrer Rechtsverfolgung frei sein müssen und es nicht ohne Weiteres widerrechtlich ist, wenn erhebliche Klagegründe oder Einreden mit unerheblichen kumulirt werden, so ist der Hannover § 47 und Württemberg Art. 134 ausgedrückte Satz unbedenklich, daß die Verwerfung einzelner Angriffs- und Vertheidigungsmittel einer Partei für sich allein die Ausscheidung der hierdurch veranlaßten Kosten zu Lasten der obsiegenden Partei noch nicht rechtfertigt. Die Entscheidung wird das Gericht vielmehr aus dem konkreten Falle entnehmen müssen.

Der

§ 90 Abs. 1 (R. B. § 90, G. § 92)

bestimmt in Konsequenz des allgemeinen Prinzips (§ 85), daß die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels der Partei zur Last fallen, welche dasselbe eingelegt hat. Das erfolglos angewendete Rechtsmittel wird sachgemäß gleich einer abgewiesenen Klage behandelt. Inwieweit besteht auch Uebereinstimmung in den Prozeßgesetzen (vgl. insbesondere preuß. A. G. D. I. 23. § 6, preuß. Entw. § 1341, nordd. Entw. § 155, Hannover § 46 Abs. 2).

Hat dagegen ein eingelegtes Rechtsmittel Erfolg und wird in der Rechtsmittelinstanz die angegriffene Sachentscheidung abgeändert, so fällt damit auch die Kostenentscheidung des reformirten Urtheils. Die gesammten Kosten des Rechtsstreits in

§ 115. allen Instanzen stellen eine einheitliche Aufwendung dar, welche die Geltendmachung des erstrittenen Rechts erforderte, und sind daher nach Maßgabe der in der Sache zuletzt ergehenden Entscheidung dem allgemeinen Prinzip des § 85 gemäß dem Unterliegenden aufzuerlegen. Diese Konsequenz spricht der Entwurf nicht gleich dem preuß. Entw. § 1342 und Württemberg Art. 139 ausdrücklich aus. Dieselbe ergibt sich als beabsichtigte Folgerung von selbst aus dem an die Spitze des Titels gestellten allgemeinen Grundsatz. Wird in Folge des eingelegten Rechtsmittels nur eine theilweise Milderung des erstinstanzlichen Urtheils erzielt, so tritt der § 86 in Anwendung. Das Vorstehende gilt für alle Rechtsmittel des Entwurfs und es sind keine abweichenden Vorschriften für die höheren Rechtsmittel wie im preuß. Entw. § 1343 gegeben worden. Die Sonderbestimmung im § 299 für den Fall des Einspruchs rechtfertigt sich zur Ausgleichung der durch das System des Entwurfs geforderten leichteren Zugänglichkeit dieser nicht als Rechtsmittel konstruirten Aushülfe und zur Sicherung des Gegners der säumigen Partei wider Vermehrung seiner Prozeßkosten in Folge der fremden Verschämung. Die frühere gemeinrechtliche und noch von der preuß. Allg. Ger. Ordn. I. 23 § 6, der preuß. Verordn. v. 14. Dezember 1833 § 17, Koburger Prozeßgesetz v. 1. November 1858 § 100 und Meininger Prozeßgesetz v. 16. Juli 1862 Art. 66 festgehaltene Theorie, im Falle der veränderten Sachentscheidung in höherer Instanz die Prozeßkosten zu vergleichen, sei es für die mehreren Rechtzüge oder für die Kosten der höheren Instanz unter Verurtheilung des Gegners in die Kosten der Vorinstanzen, verstößt gegen das allgemeine Prinzip. Dagegen erkennt der § 90 Abs. 2 in Uebereinstimmung mit Hannover § 47, Württemberg Art. 718, preuß. Entw. § 1344, hannov. Entw. § 590, nordd. Entw. § 797 ein Verschulden der obliegenden Partei für die Fälle an, in denen der Berufungskläger in Folge eines neuen Vorbringens ganz oder theilweise obliegt, welches er nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war. Das Gericht soll ihm daher die Kosten der Berufungsinstanz ganz oder theilweise auferlegen dürfen.

Der

#### § 91 (R. V. § 91, G. § 93)

enthält die schon in der preuß. A. G. D. I. 23 § 21 ausgedrückte Interpretationsregel, daß die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs, wenn nicht die Parteien ein Anderes verabredet haben, als gegeneinander aufgehoben anzusehen sind, und wendet den Satz auf die Kosten durch Vergleich erledigter Prozesse an, insoweit über diese Kosten nicht bereits rechtskräftig erkannt war. Für selbstverständlich kann man mit den Motiven zum preuß. Entw. S. 327 diese Bestimmung keineswegs erachten. Die auch dem hannov. Entw. § 224, sächs. Entw. § 193 Abs. 1, nordd. Entw. § 378 Abs. 1, Württemberg Art. 141 bekannte Vorschrift ist erfahrungsmäßig von Werth, da sie das Zustandekommen von Vergleichen erleichtert, welche bei sachlicher Einigung der Parteien häufig nur die nothwendige Verhandlung des Kostenpunkts zum Scheitern bringt.

Ueber die Anfechtung der Entscheidung des Kostenpunkts bestimmen die Prozeßgesetze sehr verschieden. Nach dem Code de proc. ist die Berufung nur durch das allgemeine Erforderniß der Berufungssumme beschränkt; im Gebiete des altländischen Prozesses schließt Art. 1 Nr. 3 der preuß. Deklaration vom 6. April 1839 die Appellation aus, gestattet aber den Rekurs, wenn es sich um eine Entscheidung erster Instanz handelt, dagegen kein Rechtsmittel, wenn in zweiter Instanz erkannt ist. Konform dem preuß. Entw. § 617 Abs. 4 und dem nordd. Entw. § 156 schließt der

#### § 92 (R. V. § 92, G. § 94)

§ 116. die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt aus, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird. Zwar ist es für eine Partei gleich drückend, ob sie einen Betrag als Kosten- oder Hauptschuld zu zahlen hat. Es erscheint aber aus allgemeinen Gründen mißlich, Rechtsmittel (auch nur in Form der Beschwerde) wegen unrichtiger Entscheidung des Kostenpunkts allein zuzulassen. Die Erfahrungen im Gebiete des preuß. Rechts haben dargelegt, wie schwierig in der Praxis die Beurtheilung der Entscheidung im Kostenpunkte von der-

jenigen über die Hauptsache zu trennen ist. Wird diese Scheidung nicht vorgenommen und erörtert behufs Prüfung der nur über den Kostenpunkt geführten Beschwerde das höhere Gericht die Richtigkeit der in der Hauptsache ergangenen Entscheidung, so wird das principale gelegentlich eines accessorium zur Entscheidung gebracht, und doch ohne materielle Einwirkung auf die Hauptsache. Es sind aber Urtheile zu vermeiden, durch welche Vorentscheidungen, welche nicht beseitigt werden können, für sachlich unrichtig erklärt werden. Soll dagegen bei streng durchgeführter Trennung der Sach- und Kostenentscheidung der höhere Richter die letztere nach Maßgabe der ihn der Hauptsache nach verbindenden Entscheidung prüfen, so würde sich das Rechtsmittel gegen die Absicht als eine Art Nichtigkeitsbeschwerde gestalten. Für ein solches Rechtsmittel liegt ein Bedürfnis um so weniger vor, als die Gesetze über die Entscheidung des Kostenpunkts einfach sind, dem richterlichen Ermessen einen weiten Spielraum gestatten und bei richtiger Entscheidung in der Hauptsache Fehlgriffe in der Anwendung der kostenrechtlichen Bestimmungen nicht oft vorkommen werden.

Daß dagegen bei Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache mit dieser auch die Kostenentscheidung der Nachprüfung des höheren Gerichts anheimfällt, ist selbstverständlich und schon zu § 90 erwähnt. Unzweifelhaft folgt aus der allgemeinen Fassung des § 92, daß, sobald von einer Partei in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, der andern Partei frei steht, sich jenem Rechtsmittel nach Maßgabe der §§ 461, 494 lediglich wegen des Kostenpunkts anzuschließen, ohne daß es ihrerseits einer Anschließung in der Hauptsache bedarf.

Streitgenossen haften nach dem

### § 93 (R. V. § 93, G. § 95)

welcher Württemberg Art. 136, dem hannov. Entw. § 68 und dem nordd. Entw. § 157 entspricht, für die Kostenersatzung nach Kopftheilen. Ausnahmsweise wird bestimmt, daß

- 1) bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung der Streitgenossen als Maßstab genommen werden kann.

Die quotenmäßige Haftung der Streitgenossen ist die prinzipiale Vertheilungsnorm nach Bayern Art. 108 Abs. 1 und dem sächs. Entw. § 267. Dieselbe empfiehlt sich nicht als Regel, weil die verschiedene Betheiligung der Streitgenossen oft nicht eine aliquote ist, sondern auf ungleichartigen Rechten beruht; z. B. bei einer gegen den Eigentümer und den Nießbraucher einer Sache gemeinsam angestellten dinglichen Klage. Die Ermittlung der individuellen Betheiligung der Streitgenossen verzögert nothwendig und zu Ungunsten des Gegners die Entscheidung des Prozesses und trägt in denselben oft unnöthigerweise einen neuen Streit hinein, welcher schwieriger sein kann, als der Hauptstreit.

- 2) daß für die Kosten des von einem Streitgenossen geltend gemachten | S. 117. Angriff- und Vertheidigungsmittels die übrigen Streitgenossen nicht haften.

Diesen Vorbehalt ziehen auch die preuß. A. G. O. I. 23, § 29, der preuß. Entw. § 1350, Baden § 105.

- 3) daß die Streitgenossen für die Kosten solidarisch haften, insoweit eine Verpflichtung hierzu nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts (z. B. im Falle des preuß. A. L. R. I. 5 § 426) besteht.

Die Solidarhaft der Litiskonsorten schreibt die preuß. A. G. O. I. 23 § 29 subsidiarisch vor, während Baden § 106 und der preuß. Entw. § 1350 sie als allgemeine Regel aufstellen und Bayern Art. 108 als Strafe für Streitmuthwillen androht. Die Motive zum preuß. Entw. entscheiden für die regelmäßige Solidarhaft der Streitgenossen, weil sie deren kontraktähnlichem Verhältnisse entsprechen, sich häufig nicht ausschließen lassen, vermögende Streitgenossen abhalten müsse, sich unbegründeten Prozessen anzuschließen, und weil dem auf das Ganze in Anspruch genommenen Streitgenossen der Regreß in der Regel leichter sein werde, als dem Gegner die getheilte Verfolgung seiner Rechte gegen die mehreren Streitgenossen. Soweit jene Gründe die Solidarhaft sachlich rechtfertigen, erkennt der § 93 Abs. 4 dieselbe an. In weiterer Zulassung verstößt sie gegen die Gerechtigkeit.

Der § 93 gilt nur für die Fälle der Streitgenossenschaft (§ 56) und kommt

auch hier nicht zur Anwendung bei den nur von einem Streitgenossen veranlaßten Kosten im Zwangsvollstreckungsverfahren (vgl. preuß. Entw. §§ 114 Abs. 2, 1360).

Die Prozeßkosten können dadurch vermehrt werden, daß ein Dritter am Prozesse sich als Nebenintervenient betheiligt. Für diese Fälle schreibt der

#### § 94 (R. B. § 94, G. § 96)

vor, daß auf die durch eine Nebenintervention veranlaßten Kosten die Bestimmungen der §§ 85—91 Anwendung finden. Der Nebenintervenient kann daher von dem unterliegenden Gegner Kostenersatz verlangen und muß seinerseits dem obliegenden Gegner diese Kosten erstatten. Um in dieser Beziehung dem Gegner einen Titel für die Zwangsvollstreckung zu geben, muß sich das Endurtheil — wie Württemberg Art. 144 Abs. 1 und der sächs. Entw. § 325 ausdrücklich hervorheben — über den Kostenpunkt der Nebenintervention auslassen. Die durch § 1351 des preuß. Entw., § 158 des nordd. Entw. und Art. 144 der württemb. Prozeßordn. festgesetzte Haftung der unterliegenden Hauptpartei für die dem Gegner durch die Nebenintervention verursachten Kosten wird damit gerechtfertigt, daß sie verabsäumt habe, nach § 67 auf Zurückweisung der Nebenintervention anzutragen. Dieser Grund reicht aber für die Strenge jener Vorschrift nicht aus. Die Nebenintervention ist nach den §§ 62, 67 schon dann zuzulassen, wenn der Intervenient sein Interesse nur glaubhaft macht. Die Prüfung des Gerichts bei Erlassung des Zwischenurtheils über den Widerspruch gegen die Nebenintervention ist nur summarischer Natur; im Zweifel wird das Gericht geneigter sein, die Intervention zuzulassen, als sie zurückzuweisen. Der Entwurf lehrt daher zum Schutze des Intervenienten gegen unverschuldete Kosten zu der an sich richtigeren Theorie des gemeinen Civilprozesses — Weßell, Ed. III. § 7, Renaud, Civilprozeß S. 698 — zurück, wie solche im preuß. Prozesse N. G. D. I. 23 § 18 und im sächs. Entwurf § 325 ebenfalls festgehalten ist. Da in den | Fällen des § 66 der Nebenintervenient wirklicher Streitgenosse der Hauptpartei ist, so gelangt insoweit der § 93 zur Anwendung.

| S. 118.

In Betreff der Kosten der gerichtlichen Streitverkündung erschienen besondere Bestimmungen nicht erforderlich. Der verurtheilte Gegner muß dieselben ersetzen, soweit nach dem allgemeinen Grundsatz des § 85 die Streitverkündung zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung oder Rechtsverfolgung nothwendig war. Außerdem charakterisirt der § 70 den beitretenden Litisdennunziaten als Nebenintervenienten und folgt hieraus die Anwendbarkeit des § 94. Besonderer kostenrechtlicher Bestimmungen bedurfte es ebensowenig für die Nomination, weil der § 71 dieselbe als Art der Streitverkündung behandelt.

Die

#### §§ 95—97 (R. B. §§ 95—97, G. §§ 98—100)

regeln das Verfahren Behufs gerichtlicher Festsetzung der dem Gegner zu erstattenden Kosten. Die gerichtliche Festsetzung des zu erstattenden Quantums ist erforderlich, da das Endurtheil nur über die Verpflichtung zum Kostenersatze Bestimmung getroffen hat. Der § 26 der preuß. N. G. D. I. 23 schreibt als allgemeine Regel, der Art. 543 des Code de proc. für den summarischen Prozeß, Bayern Art. 115 für den Parteiprozeß, der hannov. Entw. § 73 für einfache Prozesse, insbesondere Versäumnisurtheile und Einzelrichtersachen vor, daß die Liquidation der zu ersetzenden Kosten so zeitig erfolge, daß deren Festsetzung bei Verkündung des Endurtheils oder in dem vollständig abgefaßten Urtheile erfolgen kann. Württemberg Art. 153 giebt eine ähnliche Vorschrift unter Androhung einer Ordnungsstrafe und der Mehrkosten des nachträglichen Festsetzungsverfahrens. Desgl. Hannover § 51 für amtsgerichtliche, Kontumazial- und andere einfache Sachen. Dies Verfahren führt aber erhebliche Bedenken mit sich. Die rechtzeitige Aufstellung der Kostenspezifikation ist in der Regel mit Schwierigkeiten verbunden, sie kann die Entscheidung des Prozesses aufhalten und belastet die mündliche Verhandlung mit überflüssigem Material. Es tritt hinzu, daß in diesem Stadium des Prozesses überhaupt noch nicht feststeht, ob es der Kostenfestsetzung bedürfen wird. Für den Fall der Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung haben das Gericht und die Parteien vergebliche Arbeit gemacht. Aus diesen Gründen ist in der preußischen Praxis die Vorschrift des § 26 cit. völlig

obsolet und durch das im § 28 a. a. O. als Ausnahme vorgeschriebene Verfahren verdrängt worden, daß die Kosten erst nach der Erlassung des Urtheils liquidirt und festgestellt werden.

Als sichere Grundlage für das Festsetzungsverfahren bestimmt übereinstimmend mit § 1354 des preuß. Entw. und § 161 des nordd. Entw. der § 95 Abs. 1, daß der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels geltend gemacht werden kann. Für die Regel ist diese Vorschrift um so weniger bedenklich, als betreffend die Kosten der Zwangsvollstreckung (§ 646) und der im Mahnverfahren erhobenen Ansprüche (§ 585) anderweite Vorschriften ertheilt sind.

Nach der preußischen Praxis gehört das Festsetzungsverfahren, abweichend von den meisten Prozeßrechten — auch dem preuß. Entw. § 1354 — aus Gründen der Zweckmäßigkeit zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts erster Instanz.

Diesem Gerichte stehen die Parteien und die Vertreter in der Regel am nächsten. Das Kostenfestsetzungsverfahren soll in jedem Prozesse nur einmal erfolgen und geschieht am einfachsten durch das Gericht der ersten Instanz, im Falle die Kosten mehrerer Instanzen getheilt sind. Die gerichtlichen Prozeßakten der höheren Instanzen enthalten für die Kostenfestsetzung wenig Dienliches; die Manualakten der Vertreter, welche die Belege für die Kostenforderungen enthalten, gehen an die Vertreter erster Instanz zurück. Es stände endlich mit der geringfügigen und einfachen Natur des Kostenfestsetzungsgeschäfts nicht im Einklange, wenn sich ein Gericht höherer Instanz und das höchste Gericht — im Falle der Beschwerde und Remonstration sogar mehrfach — mit demselben zu befassen hätte. Vorstehende Erwägungen behalten auch nach dem Verfahren des Entwurfs zum Theil ihren Werth, und es hat sich daher der Entwurf, dem nordd. Entw. § 162 folgend, dem preußischen Beispiele angeschlossen.

Dem einfachsten Gegenstände entsprechend, schreiben die §§ 95 Abs. 2 und 96 ein thunlichst einfaches und rasches Verfahren vor. Das Gesuch unterliegt daher nicht dem Anwaltszwange, sondern kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden. Beizufügen sind die Kostenberechnung und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege. Von der Kostenberechnung ist eine Abschrift für den Gegner mitzuthemen (vgl. auch Hannover § 52, hannov. Entw. § 74, nordd. Entw. § 185). Die Abschrift der Kostenrechnung ist dem Gegner zur Ausübung des Beschwerderechts, und, da unter Umständen der Festsetzungsbeschuß erst nach mündlicher Verhandlung ergeht, zur Vorbereitung nothwendig.

Der Festsetzungsbeschuß kann — desgl. preuß. Entw. § 1354, Baden § 177, hannov. Entw. § 75, Württemberg Art. 152, nordd. Entw. § 163 Abs. 1 — ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden. Zur Berücksichtigung eines Ansazes genügt dessen Glaubhaftmachung. Gegen den Festsetzungsbeschuß — auf dessen Verfündung oder Zustellung der § 284 Anwendung leidet — steht beiden Parteien die sofortige Beschwerde zu (vgl. hannov. Entw. § 75, preuß. Entw. § 1355, nordd. Entw. §§ 815, 822).

Aus dem Festsetzungsbeschlusse kann nach § 651 Nr. 2 die Zwangsvollstreckung nachgesucht werden, jedoch bedarf der Festsetzungsbeschuß nach § 652 vorab der Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§ 612). Die Zulassung schriftlicher Verhandlung im Festsetzungsverfahren rechtfertigt sich aus der Nothwendigkeit, den auf die Hauptentscheidung nicht mehr einwirkenden Gegenstand einfach, rasch und wohlfeil zu erledigen. Stellen sich im einzelnen Falle Schwierigkeiten heraus, so kann das Gericht mündliche Verhandlung anordnen.

Der § 97 entspricht dem preuß. Entwurf § 1357, hannov. Entw. § 73, nordd. Entw. § 164 und Bayern Art. 113. Er bezieht sich auf die Fälle, in denen die beiden Theilen erwachsenden Kosten nach Quoten vertheilt sind. Die Partei soll hier vor Anbringung des Festsetzungsgebuchs den Prozeßgegner zur Einreichung der Gegenliquidation auffordern. Als Präjudiz ist ausgesprochen, daß nach fruchtlosem Ablaufe der hierzu bestimmten Frist die Entscheidung auf das Festsetzungsgebuch ohne Rücksicht auf die Prozeßkosten des Gegners erfolgt und diesem die durch spätere Nachliquidation seiner Kosten entstehenden Mehrkosten zur Last fallen.

Viele Prozeßrechte — namentlich Code de proc. Art. 132, Braunschweig § 109, Württemberg Art. 146, Bayern Art. 110, hannov. Entw. § 71, sächs. Entw. § 272, nordd. Entw. § 160 — haben die Vorschrift, daß gesetzliche Vertreter, Anwälte,

andere Prozeßbevollmächtigte, Gerichtsvollzieher u. s. w. zur Tragung der durch ihre Schuld veranlaßten Prozeßkosten sogar von Amtswegen persönlich verurtheilt werden können. Der § 6 der preuß. A. G. D. I. 23 [und Hannover § 48 dehnen diese Vorschrift sogar auf Richter aus. Der Entwurf übergeht diese Bestimmung, darin dem preuß. Entw. beitreten. Für eine solche Vorschrift liegt ein praktisches Bedürfnis nicht vor. Für den Rechtsstreit, in welchem das Versehen erfolgte, ist die Ersatzpflicht eine ganz fremde Angelegenheit, deren Mitentscheidung durch ein Urtheil den Prozeß verwirren und verweiläufigen muß, da sie nicht ohne Gehör der Beteiligten erfolgen kann. Die Vorschrift verschiebt in Betreff der Anwälte und Gerichtsvollzieher deren Stellung zum Prozeßgerichte. Ob eintretende Verschuldung eines gerichtlichen Beamten ein Recht auf Niedererschlagung der durch ein Versehen derselben entstandenen Kosten zu Gunsten der beschädigten Partei begründet, gehört in das Bereich des gerichtlichen Gebührengesetzes (vgl. § 3 des preuß. Gerichtskostengesetzes vom 10. Mai 1851).

### Schlußer Titel.

### Sicherheitsleistung.

§§ 98—102. (R. B. §§ 98—102, G. §§ 101—105.)

Der

§ 98 (R. B. § 98, G. § 101)

stellt generell die Mittel fest, durch welche eine prozessualische Sicherheit — prozessuale Kaution — geleistet werden kann. Prozessuale Kauttionen kennt der Entwurf, außer der in den §§ 99—102 behandelten Kaution für die Prozeßkosten in den Fällen des § 83, in der Zwangsvollstreckung §§ 600, 602, 604, 609, 637, 639, bei dem Arrest und den einstweiligen Verfügungen §§ 748, 763. In ähnlicher Weise enthalten allgemeine Normen über die prozessualischen Kauttionen die preuß. A. G. D. Thl. I. Titel 21, Hannover §§ 56—60, Baden §§ 187, 188, Württemberg Art. 155, Bayern Art. 125—130, hannov. Entw. § 76, nordd. Entw. § 165.

Uebereinstimmend mit Württemberg Art. 155, Bayern Art. 123, dem preuß. Entw. § 139 und dem nordd. Entw. § 165 gestattet der § 98 als Kautionsmittel — insoweit nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder das Gesetzbuch (wie in den Fällen der §§ 746, 752) eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt — nur die Hinterlegung in baarem Gelde oder solchen Werthpapieren, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren. Für die Kautionsfähigkeit der Werthpapiere ist es nicht entscheidend, ob dieselben im Sinne der Art. 376, 357 des Handelsgesetzbuchs einen Markt- oder Börsenpreis haben. Der Entwurf beseitigt diese und andere Beschränkungen der Partikulargesetzgebungen (z. B. Bayern Art. 123, preuß. Depos. Ord. v. 15. September 1783 § 41 und Ergänzungen hierzu bei von Rönne Bd. III. S. 913 ff.), weil es im Interesse der Kaventen erforderlich ist, die Mittel der Sicherheitsleistung nur soweit zu beschränken, als es die notwendige Rücksicht auf die Einfachheit des Verfahrens fordert. Von diesem legislativ gerechtfertigten Standpunkte aus fehlt es an zureichenden Gründen, gute Sicherheit gewährende Papiere bloß deshalb auszuschließen, weil sie, wie z. B. Hypothekenbriefe keinen Börsen- oder Marktpreis haben.

Andererseits zwingt die Rücksicht auf die Einfachheit des zur Regelung des Kautionspunkts erforderlichen Verfahrens den Entwurf (abgesehen von den im Eingange des § 98 bezeichneten beiden Ausnahmen) von der Bestellung der Kaution durch Unterpfand oder Bürgen, welche die preuß. A. G. D., Hannover | § 56, Oldenburg Art. 79, Baden § 184 und das meining. Prozeßgesetz v. 16. Juli 1862 Art. 60 noch zulassen, Umgang zu nehmen. Die Bestellung der Kaution durch derartige Mittel führt zu Verzögerungen im Prozesse, indem häufig neben und nach dem Streite über die Pflicht zur Sicherheitsleistung noch ein fernerer Streit über die Hinlänglichkeit der angebotenen Kautionsmittel entsteht.

In wesentlicher Uebereinstimmung mit den angezogenen Prozeßgesetzen regelt

der Entwurf in den §§ 99—102 speziell die cautio pro expensis. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten legt der

### § 99 (R. B. § 99, G. § 102)

ohne Rücksicht auf die in- oder ausländische Staatsangehörigkeit des Beklagten den Ausländern auf, welche als Kläger auftreten.

Die im gemeinen und im preuß. Prozesse vorgeschriebene Kautionspflicht inländischer Kläger ist bei dem weiten Umfange der gezogenen Ausnahmen — vergl. A. G. D. I. 21 §§ 1, 2 — praktisch ohne Bedeutung und innerlich nicht zu rechtfertigen, weil gegen jeden inländischen Kläger die Rechtshilfe gegeben wird.

Der Art. 166 des Code de proc., Hannover § 54, Oldenburg Art. 81 § 1, Baden § 178 und Württemberg Art. 156 heben übereinstimmend hervor, daß diese Kautionspflicht auch dem Ausländer obliegt, welcher dem Prozesse auf Seiten des Klägers als Nebenintervenient beitrifft. Bei Berathung des hannov. Entw. § 78, welcher diesen Fall gleich dem § 99 nicht besonders hervorhebt, ging man — Protokolle S. 938 — von derselben Voraussetzung aus, welche darin ihren Grund hat, daß der Nebenintervenient (§ 94) dem Beklagten für die durch die Nebenintervention verursachten Kosten haftet, im Falle des § 66 sogar als Streitgenosse gegenübersteht.

Zur Begründung der Kautionsforderung reicht für den Beklagten die That- sache hin, daß der Kläger Ausländer ist. Der Kläger kann die Kautionspflicht ablehnen, wenn er einen der im § 99 aufgeführten fünf Befreiungsgründe — welchen die Zulassung zum Armenrechte § 104 Nr. 2 als sechster hinzutritt — für sich geltend machen kann.

Der Grund Nr. 1 begreift die Fälle der Reziprozität. Die durch § 166 Nr. 1 des nordd. Entw. für die Befreiung des Ausländers gestellte fernere Bedingung, daß zugleich die Annahme vorliegen müsse, daß in dem Staate des Klägers die den Kostenpunkt betreffende Entscheidung des Prozeßgerichts werde vollstreckt werden, ist nicht aufgenommen. Diese Bedingung liegt außerhalb der Erfordernisse der Rezi- prozität und widerspricht der grundsätzlichen Auffassung des Entwurfs von der Stellung zum Auslande.

Die Exemption des Urkunden- und Wechselprozesses, sowie der Klagen aus Ansprüchen, welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind — Nr. 2 und 5 — rechtfertigen sich durch die beschleunigte Form des für diese Prozesse vorgeschriebenen besonderen Verfahrens. §§ 531 ff. 655 Abf. 2. Entsprechend Bayern Art. 120 Nr. 3 redet der Entwurf im Falle der Nr. 5 des § 99 und ebenso §§ 692 ff. von Ansprüchen statt von „Forderungen“, um jeden Zweifel über die Anwendbarkeit der Bestimmungen auf dingliche Ansprüche aus- zuschließen.

Die Ausnahme der Widerklagen — Nr. 3 — und der in Folge einer öffent- lichen Aufforderung (§ 762) angestellten Klagen — Nr. 4 — ist gerecht | fertigt, weil | S. 122. die Erhebung dieser Klagen durch einen vorangegangenen Angriff des Beklagten ver- anlaßt ist.

Das Verlangen der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten ist vom Beklagten nach Maßgabe der §§ 238 Nr. 4, 446 als prozeßhindernde Einrede von seiner Ein- lassung zur Hauptsache geltend zu machen und befreit den Beklagten von der Ein- lassung auf die Klage. In Konsequenz des § 238 Abf. 2 und in Uebereinstimmung mit § 9 preuß. A. G. D. I. 21, Baden § 183, Bayern Art. 121 und dem nordd. Entw. § 167, preuß. Entw. § 138 bestimmt der

### § 100 (R. B. § 100, G. § 103),

daß der Beklagte — auch nach der Einlassung auf die Klage — Sicherheitsleistung fordern kann, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt, insofern nicht in diesen Fällen ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist. Der Kläger wird also

nicht frei von der Kautionspflicht, wenn gegen die an sich unstreitige Klageforderung ein Kompensationsanspruch vorgebracht ist.

Die Höhe der vom Kläger zu leistenden Sicherheit wird nach

#### § 101 (R. V. § 101, G. § 104)

vom Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt. Gleich Hannover § 55, Oldenburg Art. 82 § 2, Württemberg Art. 157, dem hannov. Entw. § 79 und dem nordd. Entw. § 178 bestimmt der Absatz 2, daß bei Bestimmung der Höhe derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen ist, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird. Die Baden § 180, Bayern Art. 120 und preuß. Entw. § 135 angeordnete generelle Beschränkung auf die Kosten der ersten Instanz ist nicht praktisch, weil sie für die höheren Instanzen die regelmäßige Wiederholung des Kautionsverfahrens nach sich zieht. Wird in Folge einer zu niedrigen Veranschlagung der Prozeßkosten durch das Gericht oder in Folge von Aenderungen im Werthe der geleisteten Sicherheit dieselbe unzureichend, so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht (wie im Falle des § 100) ein zur Deckung ausreichender Theil des Klageanspruchs unbestritten ist. Bei Bestimmung der Höhe der Kautionsleistung bleiben die dem Beklagten aus einer Widerklage erwachsenden Prozeßkosten außer Berücksichtigung.

Wenn im Laufe des Rechtsstreits umgekehrt die Voraussetzung, durch welche die Verpflichtung des Klägers zur Sicherheitsleistung begründet war, fortfällt, so kann der Kläger die Aufhebung der Sicherheitsleistung beantragen. Der § 285 des sächs. Entw. hebt diesen Satz ausdrücklich hervor.

Zur Bestellung der Sicherheit bestimmt das Gericht bei Anordnung der Sicherheitsleistung gemäß

#### § 102 (R. V. § 102, G. § 105)

eine Frist. Wenn der Kläger binnen dieser Frist die angeordnete Sicherheit nicht oder nicht gehörig leistet, so ist auf Antrag des Beklagten die Klage für zurückgenommen (§ 234) zu erklären. Nach Hannover § 55 und nach der preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 § 5 erfolgt in gleichem Sinne die Abweisung der Klage in der angebrachten Art. Stärker ist der Rechtsnachtheil, welchen der Kläger in gleichem Falle in der Rechtsmittelinstantz erleidet. Hier wird im Falle der Säumniß des Klägers das Rechtsmittel verworfen und das angegriffene Urtheil rechtskräftig. Nach der preuß. A. G. D. I. 21 § 13 und nach dem preuß. Entw. § 140 soll hierdurch nur die Fortsetzung der Appellation suspendirt, beziehentlich die Einlassungspflicht des Beklagten auf die Berufung aufgeschoben werden. Diese Lösung ist aber nicht konsequent der Behandlung der Einrede in erster Instanz. Der Prozeß darf nicht in der Schwebe bleiben und muß auf den im § 102 erforderlichen Antrag des zur Betreibung des Rechtsstreits berechtigten Beklagten zu Ende geführt werden.

Ueber die Behandlung der Einrede der fehlenden Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten in den höheren Instanzen bestimmen die §§ 469, 505.

### Siebenter Titel.

### Armenrecht.

#### §§ 103—114. (R. V. §§ 103—114, G. §§ 106—118.)

Die Befreiung armer Prozeßparteien von den Kosten folgt aus der Nothwendigkeit gleichen Rechtsschutzes für Arm und Reich.

Bis in die neuere Zeit wurde in Frankreich für unentgeltliche Rechtshülfe der Armen nur gewohnheitsmäßig durch die Anwaltskammern gesorgt; gesetzlich ist das Armenrecht — l'assistance judiciaire — erst durch ein Gesetz vom 22. Januar 1851 geregelt (Bulletin des lois, Serie X Th. 7 Nr. 346 S. 93, Regnard, de l'organisation judiciaire. Paris 1855 S. 248 ff.). Dagegen wurde in Deutschland das Armenrecht aus dem römischen und kanonischen Rechte reichsgesetzlich fortentwickelt und ist altes

und allgemein geltendes Prozeßrecht (preuß. A. G. D. I. 23 §§ 30 ff., mecklenburgische Verordn. v. 13. Septbr. 1845, Hannover §§ 61 ff., Braunschweig §§ 141 ff., Oldenburg Art. 57 ff., Baden §§ 160 ff., Württemberg Art. 163 ff., Bayern Art. 133 ff., preuß. Entw. §§ 115 ff., sächs. Entw. §§ 286 ff., hannov. Entw. §§ 82 ff., nordd. Entw. §§ 170 ff.).

Der

§ 103 (R. B. § 103, G. § 106)

des Entwurfs giebt demjenigen einen Anspruch auf Bewilligung des Armenrechts, welcher außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bezahlen. Diese Formulirung des objektiven Erfordernisses der Armuth ist mit geringen Modifikationen den allegirten Gesetzgebungen gemeinsam und bezieht sich nur auf physische Personen. Inwieweit ein Recht der juristischen Personen auf Gebührenfreiheit anzuerkennen, wird in der Prozeßordnung nicht bestimmt. Das erwähnte französische Gesetz behandelt als Arme nach Art. 1 und 10 nur die Personen, welche geringe oder gar keine Abgaben zahlen und wegen ihrer Armuth gänzlich außer Stande sind, ihre Rechte vor Gericht zu verfolgen. Dieser beschränkte Umfang des Armenrechts gilt auch in Frankreich als ungenügend.

Ausländer haben nur insoweit auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist (vgl. Baden § 161, Württemberg Art. 173, hannov. Entw. § 83, nordd. Entw. § 171). Die staatliche Fürsorge hat sich darauf zu beschränken, daß den Deutschen im Falle ihrer Armuth die Möglichkeit der Rechtsverfolgung und Rechtsvertheidigung vor den deutschen Gerichten gewährt werde. Ausländern ist dieser Rechtsschutz bei deutschen Gerichten nur insoweit zu bewilligen, als in dem fremden Staate, dem sie angehören, den Deutschen die gleiche Wohlthat zu Theil wird. §. 124.

Zum Schutze gegen den Mißbrauch des Armenrechts durch frivole Prozeßführung ist in zahlreichen Prozeßgesetzen — insbesondere auch für Rheinpreußen durch die Kab.-Ordre v. 25. Mai 1831 — eine sachliche Vorprüfung der von der armen Partei beabsichtigten Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung vorgeschrieben. Diese summarische Prüfung erfolgt auf Grund des einseitigen Vorbringens der das Armenrecht beherrschenden Partei und soll zunächst feststellen, ob nicht der von der armen Partei geltend gemachte Anspruch ungerecht oder aussichtslos ist (vgl. Braunschweig § 143, Oldenburg Art. 60, § 1, hannov. Entw. § 82, sächs. Entw. § 286, Bayern Art. 137, Hannover § 62, nordd. Entw. § 170, preuß. Entw. § 115, französisches Ges. v. 22. Januar 1851). Die Zulassung eines solchen Präventivmittels hat aber erhebliche Bedenken gegen sich. Die summarische Vorprüfung kann überall, da sie ohne die Garantien des prozessualischen Verfahrens geschieht, nur ein unsicheres Resultat ergeben; sie ist, wenn man die Vornahme der Prüfung dem Prozeßgerichte belassen will, in hohem Grade geeignet, die Unbefangenheit desselben für den Rechtsstreit zu gefährden, wie sie auch der grundsätzlichen Abschaffung der sachlichen Klageprüfung zuwiderläuft. Die letzteren Erwägungen haben in den meisten Gesetzgebungen dahin geführt, die sachliche Vorprüfung dem Prozeßgerichte abzunehmen und anderen Behörden zu übertragen. So haben Braunschweig § 141 für alle Prozesse und Hannover § 62, Oldenburg Art. 58 und hannov. Entw. § 86 für die nicht vor den — gleichzeitig als Organe der Justizverwaltung anzusehenden — Amtsgerichten anhängigen Prozesse die Bewilligung des Armenrechts zur Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft verwiesen. Diese Aushülfe widerspricht aber der prinzipiellen Festschaltung der Staatsanwaltschaft vom Civilprozesse und es ist daher auch der Versuch Bayerns Art. 137, 138 nicht zu billigen, wenn es unter Komplikation des Verfahrens die Vorprüfung des Anspruchs dem Staatsanwälte und die Feststellung der Armuth dem Gerichte überträgt. Das französische Gesetz — welchem der preuß. Entwurf §§ 121 ff. nachgebildet ist — läßt über Bewilligung des Armenrechts von einer besonderen, aus Mitgliedern der Gerichte, der Advokatur, der Verwaltungs- und Finanzbehörden bei jedem einzelnen Kollegialgerichte zu bildenden Behörde — bureau d'assistance — entscheiden. Die Einsetzung besonderer Behörden für eine an sich untergeordnete Thätigkeit ist um so mehr zu vermeiden, als diese Thätigkeit, wenn gleich nicht zur eigentlichen Rechtsprechung gehörend, doch mit der Rechtspflege im

nächsten Zusammenhange steht und daher den Gerichten nicht entzogen werden darf. Der Entwurf hat aus Rücksicht auf diese materiellen und formellen Nachteile, — welche auch bei Beschränkung der Vorprüfung auf Armenrechtsgesuche klagender Prozeßparteien bestehen bleiben — in Uebereinstimmung mit dem altpreussischen, badischen und württembergischen Prozeßrechte von einer sachlichen Vorprüfung abgesehen und hat daher ohne Bedenken die Entscheidung über die Bewilligung des Armenrechts dem Prozeßgerichte belassen können. Die §§ 105, 106, 108 und 112 bieten ausreichenden Schutz gegen mißbräuchliche Anwendung des Armenrechts.

#### § 104. (R. B. § 104, G. § 107.)

Um jeden Zweifel auszuschließen, daß zu den einstweilen gestundeten Gebühren der Nr. 1 genannten Beamten auch die Kosten der Gerichtsvollzieher gehören, ist | S. 125. derselben — in Uebereinstimmung mit Hannover § 61, Nr. 3, Bayern | Art. 134, Nr. 1, hannov. Entw. § 84, Nr. 1 und preuß. Entw. § 124 — in Nr. 3 ausdrücklich neben den Anwälten gedacht.

Da nur im Anwaltsprozesse der Zugang zum Gerichte die Vermittelung eines Anwalts voraussetzt, so ist der Partei nur für diesen Prozeß ein Recht auf Beordnung eines Anwalts zugesprochen. — Die Regelung des auf die Beordnung der Armenanwälte sich beziehenden Verfahrens und der Verpflichtung der Rechtsanwälte, als Armenanwälte zu fungiren, war der Anwaltsordnung zu überlassen.

Die Prozeßordnungen von Hannover § 61 Nr. 4, Braunschweig § 145 und Baden § 162 verordnen, daß dem vermögenden Gegner der armen Partei, die Lübecker Prozeßordn. v. 28. April 1862 § 33, daß dem von einer zum Armenrechte zugelassenen Partei Beklagten die Gerichts- und Stempelposten vorläufig gestundet werden. Der Entwurf hält im Einklange mit den anderen deutschen Legislationen die Einwirkung des Armenrechts der einen Partei auf die Kostenpflicht des Gegners weder für prinzipiell richtig noch für ein Gebot der Rechtsgleichheit der Parteien. Gemäß dem allgemeinen Grundsätze des § 72, Abs. 2 nimmt der

#### § 106 (R. B. § 106, G. § 109)

das Gesuch um Ertheilung des Armenrechts vom Anwaltszwange aus. Dem Gesuche ist als Grundlage für die Entscheidung des Gerichts über die im § 103 definirte Armuth das diese nachweisende Zeugniß der obrigkeitlichen oder vormundschaflichen Behörde beizufügen (vgl. Hannover § 62, hannov. Entw. § 82, Baden § 160, nordd. Entw. § 174, Württemberg Art. 163). Die Bezeichnung der zur Ausstellung der Armuthzeugnisse berechtigten Behörden fällt der Verwaltung zu.

Das im Abs. 1 bezeichnete Prozeßgericht ist nicht nothwendig das Prozeßgericht erster Instanz — § 95, Abs. 2, 635 cc. — sondern das Gericht, bei welchem zur Zeit des Gesuchs der Prozeß anhängig ist.

Der

#### § 107 (R. B. § 107, G. § 110)

drückt aus, daß die Bewilligung des Armenrechts nur für den einzelnen Rechtsstreit erfolgt, dann aber für den ganzen Rechtsstreit einschließlich der Zwangsvollstreckung. Die Beschränkung der Wirkung des Armenrechts auf die betreffende Instanz in anderen Gesetzgebungen ist eine Folge der als Vorbedingung der Bewilligung vorgeschriebenen Prüfung der Nothwendigkeit des Rechtsmittels und fällt daher mit der Beseitigung jener Bedingung hinweg. Es wird dadurch eine Reihe kasuistischer Bestimmungen über die Neubewilligung des Armenrechts für die höheren Instanzen, je nachdem die arme Partei oder der Prozeßgegner das Rechtsmittel eingelegt haben, entbehrlich und die für den Prozeßbetrieb störende wiederholte Entscheidung über das Armenrecht abgeschnitten. Die höheren Gerichte sind gleich dem Instanzgerichte, welches im konkreten Falle das Armenrecht bewilligt hat, durch

#### § 108 (R. B. § 108, G. § 112)

berechtigt, das Armenrecht zu jeder Zeit zurückzunehmen, wenn sich ergibt, daß die Voraussetzung der Bewilligung überhaupt nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.

## § 111. (R. B. § 111, G. § 115.)

Zur Sicherung der den Armen bestellten Gerichtsvollzieher und Anwälte sind dieselben ohne Cession zur unmittelbaren Einziehung der Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner mit der im Abs. 2 ausgedrückten notwendigen Beschränkung für berechtigt erklärt. Gleiches bestimmen Hannover § 64 Abs. 2, Braunschweig § 147, Württemberg Art. 170, preuß. Entw. § 132, hannov. Entw. § 90, nordd. Entw. § 180 und Bayern Art. 144.

Die nothwendige Ergänzung des § 104 bildet die mittelst

## § 112 (R. B. § 112, G. § 116)

ausgedrückte Pflicht der zum Armenrechte zugelassenen Partei, die gestundeten Beträge nachzuzahlen, sobald sie im Sinne des § 104 nicht mehr arm ist.

Daß der

## § 114 (R. B. § 114, G. § 118)

gegen den Beschluß auf Bewilligung des Armenrechts kein Rechtsmittel giebt, ist sachlich begründet, weil nach Inhalt der §§ 105, 111 der Gegner ein Interesse zur Erhebung einer solchen Beschwerde nicht hat. Dagegen ist es (vgl. Hannover § 63, Württemberg Art. 165, preuß. Entw. §§ 127, 128, hannov. Entw. § 88, nordd. Entw. § 815 Nr. 10) für geboten erachtet, gegen die Beschlüsse, welche das Armenrecht verjagen, entziehen oder die Nachzahlung der Kosten anordnen, die Beschwerde zu gestatten.

### Dritter Abschnitt. Verfahren.

Die Vorschriften des dritten Abschnitts beschäftigen sich mit der mündlichen Verhandlung, mit den Zustellungen, mit den Ladungen, Fristen und Terminen, mit den Folgen der Versäumung und mit der Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Die Bestimmungen über die Oeffentlichkeit der Sitzungen, die Sitzungspolizei, die Gerichtssprache und die Verhandlung mit tauben, stummen und taubstummen, sowie mit der Gerichtssprache nicht mächtigen Personen sind wegen ihrer Gemeinsamkeit mit dem Strafverfahren ausgeschieden und dem Gerichtsverfassungsgesetze überwiesen (vgl. Gerichtsverfassungsgesetz §§ 139—157).

Der Entwurf hat eine Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Verhandlung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten — von den Ehe- und Entmündigungssachen abgesehen — nicht vorgeschrieben.

In den deutschen Gebieten, in welchen französisches Recht gilt, wird der Wirksamkeit der Staatsanwaltschaft in der Civilrechtspflege ein hoher Werth beigelegt und die Staatsanwaltschaft als ein nothwendiger Factor auch für diesen Zweig der Rechtspflege betrachtet. Nicht so günstig lauten die Urtheile in denjenigen deutschen Gebieten, in denen dieselbe nach dem Muster des französischen Rechts während der letzten Decennien unter Beilegung größerer oder geringerer Funktionen in den Civilprozeß eingeschoben worden ist; in keinem dieser Gebiete — weder in der Provinz Hannover, noch in Bayern, noch in Braunschweig — ist es der Staatsanwaltschaft gelungen, eine bedeutsame, erprießliche Thätigkeit im Civilprozeßverfahren zu entwickeln.

Von den neueren Entwürfen räumen der preußische (vgl. §§ 276, 673, 674, 854, 855, 866, 878, 882—885, 887—889, 121) und der hannoversche (§§ 2, 26, 32, 41, 47, 92, 93, 129, 156, 173) Entwurf der Staatsanwaltschaft nur einen beschränkten Wirkungskreis ein — der erstere hält indessen die in den einzelnen Rechtsgebieten bereits bestehenden Befugnisse aufrecht, während der letztere zu Gunsten der Landesgesetze einen weitreichenden Vorbehalt macht. Der nordd. Entwurf geht über seine

beiden Vorgänger hinaus: er beseitigt die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in denselben Grenzen, wie der Entwurf.

Die Einführung der Staatsanwaltschaft in den Civilprozeß nach französischem Vorbilde hat in Deutschland den entschiedensten Widerspruch erfahren. Die Resolution des dritten deutschen Juristentages:

- „1) Es ist nicht zweckmäßig, der Staatsanwaltschaft das Recht oder die Verpflichtung zu geben, in Civilprozeßen — sei es in allen oder einzelnen derselben oder bei bestimmten Inzidentverhandlungen — ihre Ansicht über die verhandelte Sache und die abzugebende Entscheidung zu entwickeln;  
2) ebenso ist eine Wichtigkeitsbeschwerde im Interesse des Gesetzes nicht zu empfehlen“;

hat in allen Kreisen des deutschen Juristenstandes ungetheilten Beifall gefunden.

Der Schwerpunkt der Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im Civilprozeßverfahren nach französischem Rechte liegt in der Ausübung der sub 1 und 2 gedachten Funktionen; das Auftreten der Staatsanwaltschaft als partie principale ist nebenfächlicher Natur, im Prinzip auch von dem fünften deutschen Juristentage als zulässig anerkannt.

Bei dieser Sachlage war für eine auf ganz Deutschland berechnete Civilprozeßordnung die Entscheidung ohne Weiteres gegeben. Von einer Mitwirkung der Staatsanwaltschaft war Umgang zu nehmen, dieselbe konnte weder als partie jointe zugelassen, noch mit der Befugniß zur Einlegung der Revision im Interesse des Gesetzes ausgestattet werden, nur in Ehe- und Entmündigungssachen durfte der Entwurf auf die Theilnahme derselben recurriren. Hiernach erscheint es nicht geboten, die Gründe, welche für und gegen die Einführung der Staatsanwaltschaft nach französischem Muster geltend gemacht werden, einer erneuten Prüfung zu unterziehen und von Neuem den Nachweis zu führen, daß eine ausgedehntere Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Civilprozeßverfahren, als sie der Entwurf gestattet, mindestens überflüssig ist, um dem Deutschen Reiche eine geordnete, allen Anforderungen entsprechende Rechtspflege zu erhalten (vgl. Mot. zu den Entwürfen für Preußen S. 59, 60, für Württemberg S. 113, für Bayern S. 565 ff. und für Sachsen S. 477 ff. *Blanc, kritische Vierteljahrsschrift* IV. S. 270 ff., *österreich. Denkschrift* S. 52 ff., *hannov. Prot.* I. 152—168, 176—192, XIV. 5035—5052. *Verhandl. der Kammer der bayerischen Abgeordneten* 1863/1865 *Beilagen*-Bd. III. *Abth.* 1 S. 200—233, *Abth.* 4 S. 28—35, 312—318, sowie der Kammer der bayerischen Reichsräthe 1863/1867 I. S. 296—319, IV. S. 23 bis 25. *Verhandlungen des deutschen Juristentages* — des dritten Bd. II. S. 449 ff., 95 ff. und des fünften Bd. II. S. 217 ff., 73 ff. *Keller, die Staatsanwaltschaft in Deutschland* S. 219 ff.).

Daß der Entwurf von der Verhandlungsmaxime ausgeht, ergibt sich aus der Structur des Verfahrens und aus zahlreichen Einzelbestimmungen. Andererseits hat der Entwurf Sorge getragen, insbesondere durch ein ausgedehntes und scharf durchgeführtes richterliches Prozeßleitungsamt für die mündliche Verhandlung in der

| S. 128. Gerichtsitzung, daß die Verhandlungsmaxime eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Begrenzung erhält und einer Ausartung derselben, wie sie auf dem Gebiete des gemeinen Prozeßrechts hervorgetreten ist, vorgebeugt wird. Eine Bestimmung, wie sie der hannov. Entw. § 115 (vergl. auch die Entwürfe für Hessen Art. 174 und Oesterreich § 113) an die Spitze der allgemeinen Vorschriften über das Verfahren stellt: „die Gerichte handeln nur auf Antrag der Parteien, sofern sich nicht aus den Vorschriften dieses Gesetzes ein Anderes ergibt“, ist in Uebereinstimmung mit dem preußischen und norddeutschen Entwurf vermieden, weil sie selbst im Falle spezialisirender Zusätze nach dem Vorbilde der württemb. Prozeßordn. Art. 175:

„Hiernach sind die Gerichte nicht befugt, über die Anträge der Parteien hinauszugehen, Einreden, Gegeneinreden, Beweismittel, welche eine Partei nicht geltend gemacht hat, zu ergänzen und thatsächliche Verhältnisse, welche aus den Verhandlungen des Rechtsstreits nicht hervorgehen, bei der Entscheidung zu berücksichtigen“, nur eine doktrinaire Bedeutung beanspruchen kann. (*Mot.* 3. *preuß. Entw.* S. 56, 57, *hannov. Prot.* S. 354, 4471, 4993, 5899, 6636, 6640, *nordd. Prot.* I. S. 265).

## Erster Titel.

## Mündliche Verhandlung.

§§ 115—145. (R. V. §§ 115—145, G. §§ 119—151.)

Die Ausführungen der allgemeinen Begründung (§§ 3 und 4) über das Wesen der Mündlichkeit, über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung, über den Charakter und den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze bilden die Grundlage der

§§ 115—122. (R. V. §§ 115—122, G. §§ 119—126.)

Eine besondere Begründung bedürfen daher nur einzelne in diesen Paragraphen getroffene Bestimmungen.

§ 115. (R. V. § 115, G. § 119.)

Dem Vorgange des hannov. Entw. §§ 131, 132, der württemb. Prozeßordn. Art. 196, 197, der Entwürfe für Sachsen §§ 374, 375, Oesterreich §§ 139, 144 und Hessen Art. 193 folgend, hat der nordd. Entw. §§ 303, 304 zwei der wichtigsten Konsequenzen des Grundsatzes der Mündlichkeit ausdrücklich ausgesprochen. Der § 303 bestimmt:

„die mündliche Verhandlung bildet die ausschließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung“;

während der § 304 vorschreibt:

„Alle Prozeßhandlungen, welche eine Partei während einer mündlichen Verhandlung bis zum Schlusse derselben vornimmt, sind als ein Ganzes anzusehen; alles bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte gilt als rechtzeitig vorgebracht.“

Weshalb der Entwurf diese Bestimmungen nicht aufgenommen hat, ist in der allgemeinen Begründung §§ 4, 6 dargelegt.

§ 116. (R. V. § 116, G. § 120.)

Die Verpflichtung, die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten, besteht nur für Anwaltsprozesse (§ 72). In anderen Prozessen, in denen eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, darf diese Verpflichtung den Parteien nicht auferlegt werden, denn einer rechtsunkundigen Partei kann die Anfertigung von Schriftsätzen, für welche bestimmte Formvorschriften gesetzlich festgestellt sind, nicht angefohlen werden. Für diese Prozesse, in denen ein in mehrfacher Hinsicht abweichendes Verfahren (§§ 437 ff.) vorgeschrieben ist, läßt sich ferner ein Bedürfnis zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht in gleichem Maße, wie für Anwaltsprozesse, anerkennen; jedenfalls ist eine solche Vorbereitung in den zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten wegen der größeren Einfachheit und Geringfügigkeit des Streitgegenstandes entbehrlich und schon mit Rücksicht auf den Kostenpunkt kaum durchführbar. Der Entwurf hat jedoch im § 116 Abs. 2 die gegenseitige Mittheilung vorbereitender Schriftsätze in anderen als Anwaltsprozessen für zulässig erklärt; die Zustellung vorbereitender Schriftsätze in dem Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amtsgerichten zu verbieten (vgl. z. B. nordd. Entw. § 664, Bayern Art. 505), kann weder für nothwendig noch für angemessen erachtet werden, da auch in den zur Zuständigkeit dieser Gerichte gehörigen Prozessen von Parteien, welche selbst rechtskundig sind oder sich von einem rechtskundigen Bevollmächtigten vertreten lassen, ein vorbereitender Schriftsatz gefertigt — auch ohne diese Voraussetzung zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt (§ 443) — und mittelst Zustellung des Schriftsatzes an den Gegner derselbe Vortheil für die mündliche Verhandlung gewonnen werden kann, welcher den obligatorischen Schriftenwechsel in Anwaltsprozessen rechtfertigt.

## § 117. (R. B. § 117, G. § 121.)

Dem Zwecke der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung entsprechen die instruktionellen Vorschriften, welche in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem hannov. Entw. § 120 und dem nordd. Entw. §§ 184 ff. im § 117 gegeben sind. Werden diese Vorschriften befolgt und werden ferner die Schriftsätze so zeitig zugestellt, wie es der Entwurf vorschreibt, so können die Parteien, zum Angriffe und zur Verteidigung gerüstet, in die mündliche Verhandlung eintreten. Dadurch wird ein geordneter und rascher Verlauf derselben gesichert und, da eine Abschrift der vorbereitenden Schriftsätze auf der Gerichtsschreiberei des Prozeßgerichts vor dem Verhandlungstermine niedergelegt werden muß (§ 120), eine sachgemäße Leitung des Verfahrens ermöglicht.

Die Schriftsätze sollen nur eine Skizze des mündlichen Vortrags enthalten, wie bereits in der allgemeinen Begründung § 3 i. f. bemerkt worden ist. Die Bedeutung derselben, wie sie von dem Gesetzgeber gedacht ist, würde völlig verkannt werden, wenn in dieselben Alles, was in tatsächlicher Beziehung vorgebracht werden kann, ohne Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Thatsachen aufgenommen und der Sachverhalt nicht in gedrängter Kürze, sondern in ausführlicher Breite dargestellt würde, oder wenn dieselben mit Rechtsrörterungen belastet würden.

Die dem hannov. Entw. § 121 und der württemb. Prozeßordn. § 182 nachgebildete Bestimmung des nordd. Entw. § 190:

„Auf das im Laufe des Rechtsstreits Vorgebrachte kann in einem späteren vorbereitenden Schriftsatz Bezug genommen werden,“

ist als selbstverständlich weggelassen. Denn der Vorbereitung durch einen Schriftsatz bedarf es nur soweit, als die bevorstehende mündliche Verhandlung noch nicht vorbereitet ist. Letzteres ist der Fall, wenn bereits ein früher mitgetheilter Schriftsatz enthält, was den Gegenstand der mündlichen Verhandlung bilden soll. Es genügt daher die Bezugnahme auf die Contenta des früheren Schriftsatzes in dem späteren. Mit dem preuß. Entw. § 320 die Reproduktion zu fordern, wo eine Bezugnahme ausreicht, hieße, einem zwecklosen Formalismus huldigen.

Während die Vorschrift der Nr. 4 eine Konsequenz des von dem Entwurf adoptirten Systems der Beweisverbindung ist, stehen die

## §§ 118, 121, 122 (R. B. §§ 118, 121, 122, G. §§ 122, 125, 126)

in nahem Zusammenhange mit der Vorschrift des Entwurfs über die Antretung des Urkundenbeweises (§ 372). Die Partei kann sich auf die Vertheidigung gegen eine in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Urkunde nur vorbereiten, wenn sie vor dem Verhandlungstermine Kenntniß von dem Inhalte der Urkunde erhält — und kann sich über die Echtheit einer Privaturkunde sofort nach erfolgter Vorlegung nur erklären, wenn sie vor dem Verhandlungstermine die Einsicht der Urkunde fordern darf (vgl. Motive zum preuß. Entw. S. 72, 73). In beiden Beziehungen treffen die §§ 118, 121 Vorsoorge. Die Voraussetzung für die Verpflichtung zur Mittheilung einer Abschrift und zur Gestattung der Einsicht ist, daß die Urkunde sich in den Händen der Partei befindet und daß die Partei in dem vorbereitenden Schriftsatz auf die Urkunde Bezug genommen hat. Die Vorschrift des § 121 ist dem Code de proc. art. 188 (vgl. Hannover § 134, Württemberg Art. 185, hannov. Entw. § 124, preuß. Entw. §§ 325, 326, nordd. Entw. § 193) nachgebildet und hat sich für die Beschleunigung des Verfahrens förderlich erwiesen (hannov. Prot. IX. S. 3190). Eben deshalb ist sie auch nicht, wie es z. B. von dem preuß. Entwurf (§§ 325, 580) gesehen ist, auf Anwaltsprozesse beschränkt worden (hannov. Prot. I. S. 279—286).

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden zur Einsicht von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung zu bewirken. Um diese direkte Mittheilung zu fördern, da dieselbe aus äußern und innern Gründen der Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei vorzuziehen ist, hat der § 122 — in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 186, Bayern Art. 174, hannov. Entw. § 125, preuß. Entw. §§ 328, 329, nordd. Entw. § 194 — für den Fall der Verzögerung der Rückgabe strenge Bestimmungen getroffen. Das Verfahren gegen den säumigen Rechtsanwalt wird, analog den Fällen der §§ 67, 340, als Zwischenstreit mit einem Dritten behandelt. Gegen das Urtheil — Zwischenurtheil genannt, weil es einen

Zwischenstreit entscheidet — findet in Gemäßheit der in der allgemeinen Begründung § 11 entwickelten Grundsätze nur die Beschwerde und zwar als sofortige und ohne eine die Vollstreckung aufschiebende Wirkung statt.

Die im

### § 119 (R. B. § 119, G. § 123)

normirten Minimalfristen können nach § 197 abgekürzt werden und haben nur für diejenigen Schriftsätze Bedeutung, für deren Zustellung in dem Entwurf nicht besondere Fristen festgesetzt sind, was in Betreff der wichtigeren vorbereitenden Schriftsätze geschehen ist (vgl. §§ 226, 235, 460, 463, 493, 495, 524).

Aus der Natur der vorbereitenden Schriftsätze folgt, daß die Unterlassung der Zustellung eines vorbereitenden Schriftsatzes an den Gegner Rechtsnachtheile in der Sache selbst nicht zur Folge haben kann (§ 116 Abs. 1). Dasselbe gilt, wenn der vorbereitende Schriftsatz nicht zeitig zugestellt wird oder wenn sonstige die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung betreffende Bestimmungen (vgl. §§ 118, 120, 121) nicht beachtet werden. Indessen hat die Partei, welche den Vorschriften der §§ 116—121 zuwiderhandelt und dadurch bewirkt, daß die Verhandlung der Sache in dem bevorstehenden Termine nicht vollständig durchgeführt werden kann, die durch ihr Verschulden veranlaßten Kosten des verzögerten Prozesses, insbesondere die Kosten der Terminsverlegung (§ 80) zu tragen. Unnötig erschien es, die dem hannov. Entw. §§ 126, 134 und der würtemb. Proz.-Ordn. Art. 187, 198 nachgebildete Bestimmung des nordd. Entw. § 306:

„Die mündliche Verhandlung kann auf Antrag verlangt werden, wenn eine Partei erklärt, außer Stande zu sein, die Sache vollständig zu verhandeln, insbesondere wenn der Gegner die rechtzeitige Mittheilung oder Niederlegung eines Schriftsatzes oder einer Urkunde unterlassen hat oder wenn durch ein neues Vorbringen weitere Erhebungen erforderlich werden.“

in den Entwurf aufzunehmen; es reichen in dieser Beziehung die generellen Vorschriften der §§ 198, 199 aus, da selbstverständlich die Unterlassung der rechtzeitigen Mittheilung eines Schriftsatzes u. s. w. geeignet sein kann, den für den Antrag auf Verlegung oder Vertagung eines Termins erforderlichen „erheblichen Grund“ (§ 195 Abs. 2) abzugeben.

Nachdem der Entwurf in den §§ 115—122 die Grundsätze über die Mündlichkeit des Verfahrens und über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung aufgestellt hat, wendet er sich in den

### §§ 123—138 (R. B. §§ 123—138, G. §§ 127—144)

zu der mündlichen Verhandlung selbst.

Die §§ 124, 125, 138 regeln das Verhalten der Parteien, die §§ 123, 126 ff. formuliren das dem Vorsitzenden und dem Gerichte eingeräumte Prozeßleistungsamt.

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache (§ 190 Abs. 1). Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung (§ 123 Abs. 1). Er erteilt das Wort (§ 123 Abs. 2). Die mündliche Verhandlung wird nach

### § 124 (R. B. § 124, G. § 128)

dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge (petita) stellen; in Anwaltsprozessen müssen die Anträge durch Verlesung derselben gestellt werden (§ 254). Nachdem das Gericht durch die Anträge im Allgemeinen von der Sachlage in Kenntniß gesetzt ist, folgen die Vorträge der Parteien. Diese Vorträge sind in freier Rede zu halten, sie haben das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen. Ein Ablesen der Schriftsätze ist nicht zu gestatten: durch das Ablesen würde die mündliche Verhandlung ihre wesentliche Bedeutung verlieren und zu einer leeren Form herabsinken. Unzulässig ist ferner eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung. Sie würde mit dem Grundsatz der Mündlichkeit in direktem Widerspruch stehen und müßte zur Folge haben, daß das Verfahren ein schriftliches, der Prozeß nicht unmittelbar vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern geführt

würde. Ist gleich die Unzulässigkeit eines recessus scriptus loco oralis eine nothwendige Konsequenz des Grundsatzes der Mündlichkeit, so erschien es doch geboten, diese Konsequenz im Abs. 3 ausdrücklich hervorzuheben, um jeden Zweifel über die Bedeutung der Mündlichkeit zu beseitigen.

Der Abs. 4 ist bereits S. 98 (hier S. 186) besprochen.

#### § 125. (R. B. § 125, G. § 129.)

Ueber die von der einen Partei behaupteten Thatsachen hat sich die andere Partei zu erklären. Ob ein allgemeines Ableugnen für ausreichend zu halten ist, muß in einzelnen Falle der Würdigung des Gerichts überlassen bleiben (vgl. nordd. Prot. I. 287. 288). Daß ein allgemeines Zugeständniß der speziellen Erklärung über die einzelnen Thatsachen überhebt, bedurfte keines besonderen Ausspruchs (vgl. hannov. Entw. § 129 Abs. 2, nordd. Entw. § 310 Abs. 2), Thatsachen, welche nicht eigene Handlungen der Partei oder nicht Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmungen gewesen sind, kann sie mit Nichtwissen beantworten, so daß dieselben in diesem Falle als bestritten angesehen werden müssen. Wird dagegen über Thatsachen eine ausdrückliche Erklärung nicht abgegeben, so sind sie als bestritten zu betrachten, wenn die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht, dagegen als zugestanden anzusehen, wenn die Absicht, sie bestreiten zu wollen, sich aus den übrigen Erklärungen der Partei nicht entnehmen läßt. Nach dem Grundsatz, daß eine Verhandlung, mag sie sich auch über mehrere Termine erstrecken, als ein Ganzes gilt, tritt das Präjudiz des Zugeständnisses erst mit dem Schlusse der Verhandlung ein: so lange ein neuer Termin oder eine Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 136) die Möglichkeit einer Erklärung gewährt, können die bisher nicht bestrittenen Thatsachen noch bestritten werden. Die Schwierigkeiten der Aufgabe, im Falle lebendiger mündlicher Vorträge dem Gegner Satz für Satz zu folgen und sich in dem Gegenvortrage auf jede einzelne von dem Gegner behauptete Thatsache bejahend, verneinend oder modifizierend zu erklären, ist für Bayern Art. 164, Württemberg Art. 193, den sächs. Entw. § 371, den preuß. Entw. § 295 und den nordd. Entw. § 310 der Anlaß gewesen, im Anschlusse an das französische Recht hinsichtlich der Verhängung des Präjudizes dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu gewähren und dementsprechend zu bestimmen, daß die nicht ausdrücklich bestrittenen Thatsachen für zugestanden erachtet werden können. Dieselbe Bestimmung hatte der hannoversche Entwurf erster Lesung § 139 Abs. 4 in Vorschlag gebracht, der Entwurf zweiter Lesung § 129 Abs. 4 schloß sich dagegen dem von der hannoverschen Prozeßordnung § 201 angenommenen Präjudize der affirmativen Litiscontestatio in der dem gegenwärtigen Entwurf zu Grunde liegenden Fassung an. Maßgebend war die Erwägung, daß es bedenklich sei, dem Ermessen des Gerichts die Realisirung eines so eingreifenden Präjudizes zu überlassen, und daß durch das dem Gerichte — vgl. § 126 — eingeräumte Fragerecht jede Gefahr, es möchte das angedrohte Präjudiz Härten für die Parteien im Gefolge haben, entfernt sei (vgl. hannov. Prot. I. S. 89—93, XIV. S. 5009—5014, XVI. S. 5990, 5991). Für den Entwurf kam außerdem in Betracht, daß die höheren preußischen Gerichte die Beibehaltung des Präjudizes der affirmativen Litiscontestatio beinahe mit Einhelligkeit befürwortet haben.

Wie über Thatsachen, so haben sich die Parteien auch über die Echtheit von Privaturkunden (§ 391) und über zugeschobene Eide (§ 404) zu erklären. Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt, der Eid als verweigert anzusehen.

§ 133. Die Mündlichkeit des Verfahrens kann ihre Vorzüge in vollem Umfange nur in Verbindung mit einem ausgedehnten und scharf durchgeführten Prozeßleistungsamte entfalten.

Wie bereits in der allgemeinen Begründung § 4 bemerkt worden, sitzt der Vorsitzende, das Organ des Gerichts, den verhandelnden Parteien nicht ruhig und kalt, nur als Hörer gegenüber. Er leitet die Verhandlung, wirkt auf dieselbe fördernd ein und ist bei der Gestaltung des Rechtsstreits innerhalb der Grenzen der Verhandlungsmaxime mitthätig. Er hat demgemäß Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichen Falls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen (§ 123 Abs. 3). Als Mittel, um auf eine er-

erschöpfende Erörterung der Sache hinwirken zu können, räumt ihm — und dem Gerichte — der

§ 126 (R. B. § 126, G. § 130)

ein umfassendes Fragerecht ein — in wesentlicher Uebereinstimmung mit Hannover § 111, Baden § 276, Württemberg Art. 201, 212, Bayern Art. 154, hannov. Entw. § 137, österreich. Entw. § 134, hess. Entw. Art. 198, preuß. Entw. § 262, nordd. Entw. § 311). Recht und Pflicht sind Korrelate. Ueberzeugt sich der Vorsitzende oder das Gerichte, daß zur Ausübung des Fragerechts Veranlassung gegeben ist, so sind sie verpflichtet, die Frage zu stellen, wemgleich die Unterlassung den Parteien keinen Grund zur Beschwerde giebt.

Ein Präjudiz für die Nichtbeantwortung einer gestellten Frage hat der Entwurf — entgegen dem hannov. Entw. § 139 und dem nordd. Entw. § 311 — nicht aufgestellt, vielmehr in Uebereinstimmung mit Bayern Art. 156 dem Gerichte überlassen, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden (§ 249), welche Folgerungen aus der Nichtbeantwortung der gestellten Frage zu ziehen sind. Der Entwurf hat ferner Bedenken getragen, dem Gerichte, wie von Bayern Art. 155, Württemberg Art. 202, hannov. Entw. §§ 138, 139, österr. Entw. §§ 135 ff., hess. Entw. Art. 199 ff., preuß. Entw. §§ 263 ff., nordd. Entw. § 312 geschieht ist, die Befugniß beizulegen, das persönliche Erscheinen der Parteien zum Zwecke ihrer Befragung anzuordnen. Der Zwang, persönlich zu erscheinen, involvirt einen Eingriff in die persönliche Freiheit, in die Dispositionsrechte der Parteien, er würde daher nur gerechtfertigt sein, wenn er von erheblichem praktischen Nutzen wäre. Ein Bedürfniß, die Parteien selbst zu befragen, kann nur in seltenen Fällen hervortreten. Die freie Beweiswürdigung gewährt dem Gerichte ein Mittel, welches rascher und einfacher zum Ziele führt, als die mit der Durchführung des Erscheinungszwanges verbundene umständliche und zeitraubende Prozedur. Auch würde das Gerichte in Anwaltsprozessen einem tüchtigen, zuverlässigen Anwaltsstande gegenüber nur ungern zu der fraglichen Maßregel greifen, da dieselbe leicht den Schein erweckt, daß sie durch Mißtrauen gegen den die Partei vertretenden Anwalt hervorgerufen sei. Ueberdies bietet die Vorschrift des § 258 die Möglichkeit, die direkte Befragung der Parteien herbeizuführen. Die Ausnahme des § 556 war durch die Natur des Eheverfahrens geboten; die nähere Begründung derselben wird bei Besprechung des § 556 erfolgen.

Ueber den Bereich der §§ 123 und 126 geht der § 445 hinaus: die Erwägung, daß in dem amtsgerichtlichen und handelsgerichtlichen Verfahren vielfach Personen verhandeln, die der Rechte unkundig sind, mußte dahin führen, dem Vorsitzenden | §. 134. die Verpflichtung aufzulegen, nicht nur für eine erschöpfende Verhandlung der Sache, sondern auch dafür zu sorgen, daß die Parteien „sachdienliche“ Anträge stellen. Die Verhandlungsmarine wird durch diese Vorschrift nicht verlezt. Denn sie schließt nicht aus, daß das Gerichte dahin wirkt, daß dem Parteivorbringen die rechte Form gegeben, daß aus dem Parteivorbringen der rechte Schluß gezogen werde. Der in den nordd. Entw. § 667 aus dem preuß. Entw. § 579 übernommene Zusatz:

„dies liegt ihm (dem Richter) insbesondere ob, wenn die Unerfahrenheit einer Partei eine mangelhafte Wahrnehmung der Rechte derselben besorgen läßt,“

mußte dagegen ebenso wie die Bestimmung des hannov. Entw. § 454, welche den Richter verpflichtet, die Parteien über die im Unterlassungsfalle eintretenden Rechtsnachtheile zu belehren, als praktisch bedenklich erscheinen: keine dieser Bestimmungen konnte daher Aufnahme finden.

Das Fragerecht wird vielfach nicht ausreichend sein, das Sachverhältniß klar zu stellen. Es sind daher dem Gerichte in den

§§ 127—129 (R. B. §§ 127—129, G. §§ 133—135)

weitere Befugnisse beigelegt, welche in gleicher Weise, wie das Fragerecht, darauf abzielen, dem Gerichte die für seine Entscheidung nothwendige Grundlage zu verschaffen, Befugnisse, welche in wesentlicher Uebereinstimmung auch die neueren Prozeß-

gesetze und Prozeßgesetzentwürfe gewähren (vgl. Württemberg Art. 204, 205, Bayern Art. 396, 433, preuß. Entw. §§ 260, 266, 499, 507, hannov. Entw. §§ 140, 141, nordd. Entw. §§ 314, 315, nordd. Prot. I. S. 294 — 296).

Zim Anschlusse hieran treffen die

§§ 130, 131 (R. V. §§ 130, 131, G. §§ 136, 137)

durch das dem Gerichte eingeräumte Trennungsrecht Vorkehr, daß trotz massiger Anhäufung des Prozeßstoffes der mündlichen Verhandlung die Uebersicht und Ordnung bewahrt und daß die mündliche Verhandlung auf das für die Entscheidung nothwendige Maß beschränkt werde. Die Wichtigkeit des richterlichen Trennungsrechts für ein mündliches Verfahren ist bereits in der allgemeinen Begründung §§ 6, 7, 8 gewürdigt und durch Aufnahme analoger Vorschriften in die neueren, dem Mündlichkeitsprinzip huldigenden Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe (Hannover § 112, Württemberg Art. 207, Bayern Art. 157, hannov. Entw. § 143, preuß. Entw. § 268, 271, nordd. Entw. §§ 316, 317) allgemein anerkannt. Einer Rechtfertigung bedarf daher nur noch der dem nordd. Entw. § 316 entnommene zweite Absatz des § 130.

Um dem Mißbrauche entgegenzutreten, welcher zum Behufe der Prozeßverzögerung mit dem Kompensationsrechte getrieben werden kann, erteilte schon die L. ult. C. de compens. 4, 31 dem Richter die Befugniß, illiquide Kompensationseinreden ad separatam zu verweisen. Wie das gemeine Recht, so verlangt auch das preußische Recht (vergl. A. L. R. I. 16 §§ 359 ff.) Liquidität oder Liquidabilität der Gegenforderung, wenn die Kompensation im ordentlichen Prozesse berücksichtigt werden soll; ist die Gegenforderung illiquide, so ist die Verhandlung über dieselbe in separato fortzusetzen. Keine Anwendung finden diese Grundsätze nach der preuß. A. O. D. I. 19 § 5 auf eine aus einem zweiseitigen Geschäfte hergeleitete Kompensationseinrede; in einem solchen Falle soll der Richter über beide Ansprüche in einem und demselben Urtheil erkennen, wengleich die Forderung eher als die Gegenforderung durch die Instruktion ermittelt sein sollte. Während die vorstehenden Vorschriften des gemeinen und des preußischen Rechts prozessualer Natur sind, erhebt das französische Recht (Code civil. art. 1291) die Liquidität zu einer civilrechtlichen Voraussetzung für den Eintritt der Kompensation und begnügt sich nicht mit der Liquidabilität. Die französische Jurisprudenz ist indessen darüber hinausgegangen: sie hat nicht nur die Liquidirbarkeit während des Hauptprozesses für ausreichend erachtet, sondern auch bei zweiseitigen Kontrakten angefangen, von dem Erfordernisse der Liquidität völlig abzusehen, indem sie bei solchen Kontrakten nur dasjenige als Schuld betrachtet, was nach Abrechnung der Gegenforderung ex eadem causa als Saldo verbleibt (vgl. Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation Ed. II. S. 554—580).

Wirksam, als durch das bisherige, dehnbare und kontroverse Erforderniß der Liquidität (oder Liquidabilität) wird einer Verschleppung des Prozesses, wie sie vielfach gerade durch Geltendmachung weit aussehender Kompensationseinreden versucht wird, begegnet werden, wenn das Gericht nach freiem Ermessen die Verhandlung der Gegenforderung in einem getrennten Prozesse anordnen kann. Der Entwurf hat daher jenes Erforderniß aufgegeben und demselben die Trennungsbefugniß substituiert. Er hat aber, der von dem preußischen Rechte und von der französischen Jurisprudenz eingeschlagenen, auch von angesehenen Rechtslehren für das gemeine Recht vertheidigten Richtung folgend, das Trennungsrecht auf den Fall beschränkt, daß die Gegenforderung mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht. Denn beim Vorhandensein eines solchen Zusammenhanges kann eine zutreffende Entscheidung nur abgegeben werden, wenn ein und dasselbe Urtheil das Rechtsverhältniß seinem ganzen Umfange nach zusammenfaßt (nordd. Prot. IV. S. 1964, 1965, 2128).

Die in dem norddeutschen Entwurf enthaltene Beschränkung auf die „Einrede der Kompensation“ ist im § 130 Abs. 2 weggelassen; es ist gleichgültig, in welcher Form — durch Einrede oder durch Widerklage — die Gegenforderung geltend gemacht wird.

Der § 264 — welcher, dem nordd. Entw. § 421 entnommen, sich lediglich auf

den Fall der Geltendmachung der Gegenforderung durch Einrede bezieht, indem der § 263 sich bereits auf die Widerklage miterstreckt — ist eine unabweisliche Konsequenz des im § 130 Abs. 2 ausgesprochenen Grundsatzes: er bestimmt, daß die Trennung auch nach dem Schlusse der Verhandlung — durchs Theilurtheil — erfolgen kann.

Kommt es während der Verhandlung oder nach dem Schlusse derselben zur Trennung, so kann die Durchführung der Kompensation gefährdet werden, wenn das über die Klage erlassene verurtheilende Erkenntniß vollstreckt wird. Zur Beseitigung dieses Uebelstandes hatte der nordd. Entw. § 421 für die Fälle der §§ 130 und 264 vorgeschlagen, daß in dem über die Klage erlassenen Urtheile bestimmt werden könne, daß die Vollstreckung desselben nur gegen Sicherheitsleistung zulässig sei. Der Entwurf hat eine derartige Vorschrift nicht aufgenommen, weil er einerseits besorgte, daß dieselbe vielfach den Zweck der §§ 130 Abs. 2 und 264, der Prozeßverschleppung entgegenzutreten, illusorisch machen werde, andererseits aber zum Schutze gefährdeter Interessen des Beklagten die Bestimmungen über den Arrest für ausreichend erachtete.

Während der § 130 Abs. 1 dem Gerichte gestattet, subjektiv und objektiv kumulirte Klagen zu trennen, gewährt umgekehrt der

### § 132 (R. B. § 132, G. § 138)

dem Gerichte die Befugniß, bei ihm anhängige Prozesse derselben oder verschiedener | C. 136. Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, also eine objektive und subjektive Klagenkumulation von Amtswegen anzuordnen. Das Motiv, abweichend von Württemberg Art. 208 und von dem preuß. Entw. § 267, aber in Uebereinstimmung mit Bayern Art. 157, mit dem hannov. Entw. § 144 und dem nordd. Entw. § 318 die Verbindung auch bei Prozessen verschiedener Parteien zuzulassen, ist bereits bei Erörterung der §§ 56, 57 (S. 80, hier S. 172) angedeutet (vgl. auch nordd. Prot. I. S. 297, 298).

Der Trennung und Verbindung reihen die

### §§ 133, 134 (R. B. §§ 133, 134, G. §§ 139, 140)

die Aussetzung der Verhandlung von Amtswegen an. Sie stimmen im Wesentlichen mit den Vorschriften der neuen Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe überein (Württemberg Art. 6, 209, Bayern Art. 190, 191, hannov. Entw. §§ 145, 146, preuß. Entw. §§ 272, 274, nordd. Entw. §§ 319, 320, 393).

Die Anordnung einer Trennung, Verbindung oder Aussetzung ist prozeßleitender Natur, sie kann daher, wie

### § 135 (R. B. § 135, G. § 141)

ausdrücklich vorschreibt, von dem Gerichte, welches sie erlassen hat, wieder aufgehoben werden, auch unterliegt sie, insoweit sie die Aussetzung des Verfahrens zum Gegenstande hat, nach § 221 der Anfechtung durch das Rechtsmittel der Beschwerde.

Wenn die Sache nach Ansicht des Gerichts vollständig erörtert ist, schließt der Vorsitzende die Verhandlung (§ 123 Abs. 4). Ergiebt sich jedoch bei der Berathung der Entscheidung, daß in der einen oder anderen Beziehung die Erörterung nicht vollständig gewesen ist, so kann das Gericht nach

### § 136 (R. B. § 136, G. § 142)

die Wiedereröffnung der geschlossenen Verhandlung anordnen. Die Wiedereröffnung hat zur Folge, daß die geschlossene Verhandlung ihrem ganzen Umfange nach von Neuem eröffnet wird, so daß sich die wiedereröffnete Verhandlung auch auf andere Punkte erstrecken kann, als welche zur Wiedereröffnung den Anlaß gegeben haben (vgl. nordd. Prot. I. S. 305, 306).

Personen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, können nicht mündlich verhandeln. In Uebereinstimmung mit neueren Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen (Hannover § 106, Württemberg Art. 113, 200, Bayern Art. 80, hann. Entw. § 136, nordd. Entw. § 308) erklärt daher der

## § 137 (R. V. § 137, G. § 143)

das Gericht für befugt, solchen Personen den weiteren Vortrag zu untersagen. Die dem Gerichte ferner beilegte Befugniß, Prozeßbevollmächtigte und Beistände, welche geschäftsmäßig (im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs genommen, so daß der Nachweis der Honorirung nicht geführt zu werden braucht) das mündliche Verhandeln vor Gericht betreiben, zurückzuweisen, bezweckt, wie bereits früher hervorgehoben ist, dem Entstehen und verderblichen Treiben einer Winkeladvokatur entgegenzutreten.

Wird einer Partei, einem Bevollmächtigten oder einem Beistande der weitere | §. 137. | Vortrag untersagt, oder ein Bevollmächtigter oder ein Beistand zurückgewiesen, so ist die Verhandlung zu vertagen. Erscheinen diese Personen trotz der Untersagung oder Zurückweisung von Neuem und wird die Untersagung oder Zurückweisung von Neuem ausgesprochen, so ist die Partei, wenn die Anordnung gegen sie selbst oder gegen ihren Bevollmächtigten gerichtet ist, in Gemäßheit des § 138 als nicht erschienen anzusehen und demgemäß auf Antrag gegen sie ein Versäumnisurtheil zu erlassen. Eine Partei, welche die erste Untersagung oder Zurückweisung nicht respektirt, verdient keine weitere Schonung, als ihr der Einspruch gegen das Versäumnisurtheil bietet (vgl. nordd. Entw. § 329, nordd. Prot. I. S. 255, 291, 292).

Gegenüber den mehrfach laut gewordenen Befürchtungen war es angezeigt, in Abs. 4 ausdrücklich zu bemerken, daß gegen Rechtsanwältel die dem Gerichte durch Abs. 1—3 eingeräumten Befugnisse nicht Platz greifen.

Für den Fall, daß auf Grund der Vorschriften über die Sitzungspolizei (Gerichtsverfassungsgesetz §§ 143 ff.) eine bei der Verhandlung betheiligte Person (Partei, Zeuge, Sachverständiger u. s. w.) von dem Orte der Verhandlung entfernt wird, bedurfte es einer Bestimmung, um die Folge festzustellen, welche eine derartige Entfernung in Betreff der Verhandlung hat. Diese Bestimmung trifft der

## § 138 (R. V. § 138, G. § 144)

im Anschlusse an Bayern Art. 151, Württemberg Art. 219, hannov. Entw. § 153, hess. Entw. Art. 214, preuß. Entw. § 252, nordd. Entw. § 329 (vgl. nordd. Prot. I. S. 311).

Ist eine Partei wegen ungeeigneten Betragens entfernt, so ist, wenn nicht das Gericht die Verhandlung vertagt, die Folge verschieden, je nachdem die entfernte Partei bereits verhandelt hat oder nicht. In dem ersteren Falle ist sie nur mit demjenigen ausgeschlossen, was sie noch nicht vorgebracht hat, wogegen das von ihr Vorgebrachte zu berücksichtigen ist; das Urtheil ist kontradiktorisch. Findet eine Fortsetzung der Verhandlung statt, so kann die Partei das in dem früheren Verhandlungstermine noch nicht Vorgebrachte nachholen, so daß in diesem Falle ihre Entfernung Nachtheile in der Sache nur insofern zur Folge hat, als auf Grund des bereits stattgehabten Verhandlungstermins erlassene Zwischenurtheile ihrem Vorbringen Schranken setzen (vgl. hannov. Prot. XIV. S. 5054, 5055). In dem letzteren Falle ist die Partei als nicht erschienen zu betrachten (§ 288), mithin gegen sie auf Antrag ein Versäumnisurtheil zu erlassen. Wann aber anzunehmen ist, daß die Partei verhandelt habe, läßt sich als quaestio facti durch gesetzliche Bestimmungen nicht regeln (vgl. Motive zu §§ 285, 288, 290—292).

Die

## §§ 139—144 (R. V. §§ 139—144, G. §§ 145—150)

enthalten ausführliche Vorschriften über das Protokoll, welches von dem Gerichtsschreiber über „die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte“ aufzunehmen ist (Sitzungsprotokoll, vgl. §§ 269, 270, 444).

Der § 140 ist bereits in der allgemeinen Begründung § 5 gerechtfertigt; der § 140 Nr. 2 findet seine Ausführung in den §§ 259, 260, 450. Ebenso ist die Bedeutung des § 141 bereits in der allgemeinen Begründung § 12 dargelegt. Die übrigen in den §§ 139—144 gegebenen Vorschriften bedürfen keiner Motivirung: sie sind ebenso wie die Vorschrift des

## § 145 (R. V. § 145, G. § 151)

| §. 138. in sich verständlich, und durch den Zweck, welchen die Protokollirung verfolgt, | geboten.

Mit denselben stimmen auch die Anordnungen der neueren Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe überein, insoweit nicht durch die denselben zu Grunde liegenden Prinzipien Abweichungen bedingt sind.

Zur Terminologie des Entwurfs ist zu bemerken, daß derselbe unter einem „beauftragten Richter“ ein Mitglied des Gerichts selbst — einen *deputatus collegii* dagegen unter einem „ersuchten Richter“ ein anderes Gericht (Amtsgericht, vgl. Gerichtsverfassungsgesetz § 123) versteht.

## Zweiter Titel.

### Zustellungen.

§§ 146—183. (R. V. §§ 146—183, G. §§ 152—190.)

Die praktische Brauchbarkeit eines Prozeßverfahrens hängt nicht zum geringsten Theil davon ab, daß sich nach demselben der Beginn und die Fortführung des Rechtsstreits, ingleichen die Realisirung des Richterpruchs in einfacher, zweckmäßiger, jeder wünschenswerthen Beschleunigung zugänglicher Weise erreichen läßt. Die Art der Geschäftsvermittlung unter den Parteien, wie zwischen Gericht und Parteien — das Zustellungs-, Ladungs-, Infiuationsgeschäft — einerseits und der Modus der Vollstreckung des richterlichen Urtheils andererseits sind die wichtigen Prozesselemente, welche hier in Betracht kommen. Je nachdem die in beiden Richtungen erforderlichen Prozeßhandlungen grundsätzlich in die Hand und Leitung der Gerichte gelegt oder dem direkten Betreiben der Partei vermittelt eigener verantwortlicher Organe überlassen sind, wird technisch unterschieden zwischen Offizialbetrieb des Prozesses durch die Gerichte und unmittelbarem Prozeßbetrieb durch die Parteien (sog. Passivität der Gerichte).

Die Rechtsentwicklung in Deutschland ist nach beiden Seiten hin erfolgt.

In äußerster Schärfe ist, wie schon in der allgemeinen Begründung § 9 angedeutet worden, die Passivität der Gerichte im Gebiete des Code de procédure durchgeführt. Die Gerichte sind im Großen und Ganzen nur Spruchgerichte, welche in bestimmten Sitzungen den darin erschienenen Parteien nach Anhörung ihrer Vorträge und Anträge Recht sprechen; die Parteien stellen gewissermaßen an den Richter nur Fragen „und er antwortet; antwortet erschöpfend, wenn die Fragenden erschöpfend fragen; antwortet ausreichend, wenn mindestens einer der Fragenden erst um eine vorläufige Antwort bittet; kümmert sich um alles Weitere nicht und wiederholt seine Antworten, so oft man ihn darum begrüßt, thut nie mehr, nie weniger“ (Dernburg, Abhandlungen aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Prozeßrechts, S. 263, 264): jeder Spruch, auch der bloß präparatorische oder Beweisführung anordnende, löst daher die Verbindung des Gerichts mit dem anhängigen Rechtsstreite (desaisirt das Gericht), so daß die Parteien, um denselben forzuführen, die Sache erst wieder auf die Rolle und dem neu angegangenen Richter den Spruch des früheren in Ausfertigung bringen müssen. Dementsprechend wird schon der erste, den Prozeß einleitende schriftliche Akt (*exploit d'ajournement*), ohne nur beim Gerichte präsentirt zu werden, dem Beklagten auf Betreiben des Klägers durch einen *Huissier* zugestellt; die Anzeige der Anwaltsbestellung von Seiten des Beklagten, sowie der ganze weitere, der mündlichen Verhandlung vorausgehende Schriftenwechsel geht unmittelbar zwischen den beiderseitigen Anwälten vor sich; die Ladungen zur Verhandlung einer auf die Rolle gebrachten Sache an die Gegenpartei oder Dritte gelangen direkt unter Vermittelung des *Huissiers* von Partei zu Partei und auch die Urtheile, ja selbst die gerichtlichen Verfügungen werden nicht vom Gerichte zugestellt, bleiben vielmehr auf der Gerichtsschreiberei liegen, bis es der einen oder anderen Partei beliebt, sie in Ausfertigung daselbst zu erheben und dem Gegner durch einen *Huissier* zustellen zu lassen. | S. 139.

An diesen wendet sich die Partei auch wegen Vollstreckung des Urtheils. Die Mitwirkung des Gerichts tritt überall erst ein, sobald ein Streit entsteht und dasselbe deshalb angerufen wird.

Im Wesentlichen übereinstimmend ist der Geschäftsgang im Genfer Gesetzbuche,

im Gebiete der bayerischen Prozeßordnung und nach dem preußischen Entwurf geordnet.

Dagegen haben den Parteibetrieb nur in wesentlich modifizirter Gestalt übernommen: die hannoversche Prozeßordnung, der hannoversche, hessische (von 1867) österreichische und norddeutsche Entwurf, der letztere allerdings mit Abschwächungen (§§ 255, 265, 266), welche praktisch dem entgegengesetzten Grundsatz sehr nahe kommen dürften.

Die preußische Allgemeine und die Josephinische Gerichtsordnung, die Prozeßordnungen von Württemberg, Baden, Braunschweig, Oldenburg und Lübeck (von 1862), der sächsische Entwurf und das coburgische Gesetz (von 1858) geben hingegen das Zustellungs- wie das Vollstreckungsgeschäft in die Hand der Gerichte und der von ihnen zu beauftragenden Beamten. Ebenso gestaltet sich der Geschäftsgang der Regel nach im gemeinrechtlichen Prozeße.

Der Entwurf hat sich für einen modifizirten Parteibetrieb entschieden und erwartet davon einen durchaus förderlichen Einfluß ebensowohl auf die ganze Prozeßprozedur, als auf den Geschäftskreis und darnach auf das nöthige Maß an Arbeitskräften bei den Gerichten. Damit ist schon angedeutet, daß vorzugsweise Gründe der Zweckmäßigkeit ausschlaggebend gewesen sind, wie ja auch die Gegner des Parteibetriebes anerkennen, daß es sich hierbei wesentlich um eine Zweckmäßigkeitsfrage und den Werth der bisher in der einen oder anderen Richtung gemachten Erfahrungen, nicht um Konsequenzen der angenommenen Prozeßmaxime handelt. (Vgl. allgemeine Motive nach württemb. Entw. sub 3 und 4 S. 106 ff., Bericht der württemb. Justizkommission der Abgeordnetenversammlung S. 74 sub I., österr. Denkschrift S. 49 ff. — desgl. auch preuß. Ges. Revision Pens. IV. Th. II. S. 30/31., nordd. Prot. I. S. 321., Endemann, Civilist. Archiv Bd. 49 S. 40, 41.) Mit dem Verhandlungsprinzip, wie mit einer ausgedehnten Prozeßleitungsbefugniß des Gerichts innerhalb der mündlichen Verhandlung läßt sich jede der beiden Arten des Prozeßbetriebes sehr wohl vereinigen (allgem. Begründung § 9); auch die Unmittelbarkeit der Verhandlung des Rechtsstreits bedingt nicht die Unmittelbarkeit des Prozeßbetriebes, denn letztere wird durch ein schriftliches Verfahren nicht ausgeschlossen. Selbst der vielfach betonte Gedanke von der „Reinhaltung des Richteramts“ ist wesentlich ein Utilitätsgrund; an sich thut die Dekretur der Judikatur keinen Abbruch, aber die Fernhaltung, bezw. Einschränkung der ersteren nimmt nahezu die Bedeutung einer Prinzipienfrage an, wenn sich die Verhältnisse dergestalt verkehren, daß für eine große Anzahl von Richtern die Rechtspredung, wenn überhaupt noch einen Theil, so doch den allergeringsten ihrer Thätigkeit ausmacht.

Der Entwurf hat dem Gedanken des Parteibetriebes keinen prinzipiellen Ausdrück gegeben, weil ein allgemeiner Satz, wie er sich z. B. im nordd. Entw. | § 235 findet, kaum mehr als theoretische Bedeutung hat und in der Detailanwendung leicht zu Irrthümern führt. Der Gedanke selbst und der Umfang, in welchem er adoptirt ist, ergeben sich aus den einzelnen Vorschriften. In dieser Richtung mag auf die nachstehenden Modifikationen hingewiesen werden, welche der Grundsatz unmittelbaren Prozeßbetriebes durch die Parteien im Entwurfe erfahren hat:

a) hinsichtlich der Einleitung und Fortführung des Rechtsstreits bis zum Urtheile in der Instanz.

Die Einleitung des Rechtsstreits bezw. einer Instanz setzt nach dem Entwurfe regelmäßig die formelle Mitwirkung des Gerichts durch Anberaumung eines Verhandlungstermins voraus (§§ 184, 186, 225, 295 sub 3, 437, 439, 458 sub 3, 484, 491 sub 3, 505, 524, 546, 571). Ist der Rechtsstreit in die mündliche Verhandlung gelangt, so sorgt regelmäßig das Gericht für sofortige Anberaumung der nothwendig werdenden ferneren Termine, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung, sei es zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem anderen Gerichte (§§ 123 Abs. 3, 271, 304, 306, 307, 313, 316, 317, 318, 325, 437, 464, 496, 524). Der beschlossene Beweis wird von Amtswegen auch beim Ausbleiben beider Parteien aufgenommen (§§ 322, 323, 437, 464, 496, 524); die Ladung der Zeugen und Sachverständigen, die Herbeischaffung von Urkunden, welche sich in dem Besitze einer anderen Behörde befinden, erfolgen auf Betreiben des Gerichts (§§ 331, 354, 384, 437, 464, 496).

b) Hinsichtlich der Zustellungen.

- 1) Im Parteiprozesse kann die Partei den Auftrag zur Vornahme der Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ertheilen (§ 146, Abs. 2); die Inanspruchnahme des Gerichtsschreibers wird in Ermangelung einer gegentheiligen Erklärung der Partei präsumirt (§§ 148, 439).
  - 2) Zustellungen im Auslande, an Exterritoriale und mittelst öffentlicher Bekanntmachung hat die Partei — soweit nicht die Nr. 3 Platz greift — zu beantragen; die Ausführung der Zustellung geschieht alsdann von Amtswegen (§§ 175 ff. 179 ff.) und ohne Konkurrenz des Gerichtsvollziehers.
  - 3) Nicht verkündete Beschlüsse und nicht verkündete Verfügungen des Gerichts werden den Parteien, ohne daß es eines Antrags derselben bedarf, von Amtswegen zugestellt (§ 284).
- c) In der Zwangsvollstreckungsinstanz tritt eine Mitwirkung des Gerichts in erheblichem Umfange ein (vgl. §§ 633 ff., 636, 639, 645, 653, 654, 705 ff., 647 ff., 677 ff., 702 ff., 718 ff., 726 ff., 753 ff. u. A.).

Der unmittelbare Prozeßbetrieb durch die Parteien hat, wie schon hervorgehoben, das Bestehen von untergeordneten, nicht richterlichen Beamten — Gerichtsvollziehern — zur Voraussetzung, denen im Vergleiche mit der Stellung des deutschen Gerichtsdieners, als eines bloßen richterlichen Werkzeugs, eine selbstständigere Stellung eingeräumt werden muß und zwar in dem Sinne, daß sie nicht mehr nach Maßgabe der ihnen für den einzelnen Fall ertheilten Weisungen des Gerichts handeln, vielmehr die ihnen von den Parteiparteien ertheilten Aufträge selbstständig nach den Vorschriften des Gesetzes unter eigener Prüfung ihrer Zulässigkeit und eigener unmittelbarer Verantwortlichkeit gegen den Auftraggeber auszuführen haben.

[Der Wirkungskreis der Gerichtsvollzieher beschränkt sich nach dem Entwurf — | S. 141. also im Gebiete der bürgerlichen streitigen Rechtspflege — auf:

- die Vornahme von Zustellungen (§§ 146, 147),
- die Anfertigung von Ladungsurkunden (§§ 441, 444),
- die Zwangsvollstreckung, soweit sie nicht den Gerichten vorbehalten ist (§ 623).

Die Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Gerichtsvollzieher zu ordnen hat das Gerichtsverfassungsgesetz § 125 den Landesjustizverwaltungen überlassen — und sich im Uebrigen darauf beschränkt — § 126 — die Fälle zu bestimmen, in denen der Gerichtsvollzieher von der Ausübung seines Amtes kraft Gesetzes ausgeschlossen ist. Die Gründe für dieses Verfahren sind in den Motiven zu den §§ 125, 126 des Gerichtsverfassungsgesetzes so eingehend entwickelt, daß es genügt, auf dieselben zu verweisen.

Neben der Zustellung durch die Gerichtsvollzieher hat der Entwurf § 169 die Zustellung durch die Post adoptirt.

Die Zustellung durch die Post hat sich in allen Bundesstaaten, in welchen sie eingeführt worden ist — Preußen, Sachsen, Mecklenburg — vortrefflich bewährt. Sie steht keiner Form der Zustellung an Schnelligkeit, Sicherheit und Billigkeit nach. Das Vertrauen, welches sie sich erworben, hat dahin geführt, daß Verwaltungsbehörden und Private sich derselben in den wichtigsten Angelegenheiten bedienen (vgl. Postreglement vom 30. November 1871 §§ 23, 36). Mit dem System des Entwurfs ist sie vereinbar. Unter Zustellung versteht nämlich der Entwurf: Mittheilung einer Abschrift oder einer Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes unter Beurkundung der erfolgten Mittheilung (§§ 165, 166). Wird durch die Post zugestellt, so tritt an die Stelle des Gerichtsvollziehers der Postbote, insofern es sich um den Akt der Zustellung handelt. Der Postbote ist insofern Gerichtsvollzieher, denn wie der letztere behändigert er dem Adressaten oder einer Ersatzperson und beurkundet den Behändigungsakt. Alle zeitlich vor diesem Akte liegenden, mehr oder minder nothwendigen Handlungen (Parteiauftrag, Vermittelung desselben, Uebergabe der zuzustellenden Schriftstücke an den mit der Zustellung Beauftragten, Vorbereitung der Zustellungsurkunde, Beglaubigung der zuzustellenden Schriftstücke u. s. w.) kommen für die Gültigkeit und Wirksamkeit der Zustellung selbst nur als Voraus-

setzungen in Betracht. Sie können von den Zustellungsbeamten selbst oder von anderen Personen vorgenommen werden: die Bedeutung des Zustellungsakts wird dadurch nicht berührt, daß seine Handlungen dem Zustellungsbeamten selbst oder einer anderen Person obliegen.

§ 142. Für ein mündliches Verfahren ist in jeder Lage des Rechtsstreits und in jeder Instanz der Zustellungsakt von höchster prozessualer Bedeutung<sup>1)</sup>. Die Zustellung bildet die erste und eigentliche Grundlage, auf der sich das ganze Verfahren aufbaut, und bedarf schon deshalb einer strengen gesetzlichen Form. Daß legaliter, prompt und sicher zugestellt werde, daß namentlich kein Streit über das Ob und Wie der Zustellung entstehe, erscheint als eine besondere Aufgabe der prozessualischen Legislation. Wenn aus diesen an sich richtigen Sätzen gefolgert wird, die Lösung der Aufgabe könne nur auf der Basis direkt unter der Disziplin der Justizbehörde stehender Personen erreicht werden, welche den Prozeßakt der Zustellung nicht als ein ihnen nebenbei obliegendes Amt mechanisch ausübten, sondern Wesen und Form desselben kannten und vor allem die Zustellung persönlich ausrichteten und wenn auf Grund dessen Zustellungen durch die Post für ungenügend erklärt werden, so ist völlig übersehen, daß die Zustellung durch die Post, wenn sie korrekt geregelt wird, allen Anforderungen entspricht, welche an die Vornahme von Zustellungen gestellt werden müssen und daß nach den langjährigen Erfahrungen in Preußen, Sachsen und Mecklenburg der Postbote rüchichtlich der legalen, prompten und sicheren Ausführung von Zustellungen dieselben Garantien bietet wie der Huisfrier des rheinisch-französischen Rechts, der bayerische Gerichtsvollzieher oder hannoversche Gerichtsvoigt.

Die Vortheile, welche sich mit der Zustellung durch die Post verbinden, sind unverkennbar. Die Partei oder der mit der Vermittelung der Zustellung beauftragte Gerichtsschreiber werden der Mühe überhoben, einen für den Ort der Zustellung zuständigen Gerichtsvollzieher aufzufuchen. Die Partei kann durch jeden Gerichtsvollzieher die Post um Ausführung der Zustellung an jedem Ort des deutschen Reichs angehen und der Gerichtsschreiber vermag unmittelbar die Post zu ersuchen, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Die Zustellung selbst wird dadurch ungemein beschleunigt — und, was nicht hoch genug angeschlagen werden kann, in zahllosen Fällen weniger kostspielig, als wenn sie von einem Gerichtsvollzieher bewirkt werden müßte. In letzterer Beziehung kommen insbesondere diejenigen Zustellungen in Betracht, welche außerhalb des Wohnsitzes des zuständigen Gerichtsvollziehers zu erfolgen haben — und deren Zahl wird eine sehr erhebliche sein. Denn wie auch immerhin das Institut der Gerichtsvollzieher gestaltet werden mag, so darf doch soviel als zweifellos angenommen werden, daß regelmäßig den Gerichtsvollziehern der Wohnsitz nur an solchen Orten angewiesen werden wird, an welchen sich ein Gericht befindet. Würden sie auch in demjenigen Theile ihres Bezirks, welcher außerhalb ihres Wohnsitzes belegen ist, alle erforderlichen Zustellungen selbst vornehmen müssen, so würden ihnen neben ihren sonstigen Gebühren Reisekosten und Diäten zuzubilligen sein, Mehrkosten, welche vermieden werden, wenn die Zustellungen auf dem Lande durch den Landbriefboten ausgeführt werden können. Außerdem wird es in Folge der Einführung der Postzustellung möglich, das Institut der Zustellungsbevollmächtigten in angemessener Weise zu regeln und dadurch, wie die Erörterungen zu § 153 ergeben werden, den Parteien in umfassendem Maße die schwere Belästigung zu ersparen, welche mit der Verpflichtung zur Benennung von Zustellungsbevollmächtigten verbunden ist.

Von dem Versuche, für Zustellungen auch den Telegraphen nutzbar zu machen,

<sup>1)</sup> Diese Bedeutung ergeben: hinsichtlich der Ladungen die §§ 185 ff., des Beginns richterlicher Fristen § 191; vorbereitenden Schriftsätze §§ 119, 120, 444; der Wiedereinsetzung § 206; der Aufnahme des Verfahrens § 219; der Klage §§ 222, 225, 231, 234, 441; der Rechtshängigkeit §§ 222, 227, 441, 586; der Klagebeantwortung § 235; der Urtheile §§ 278, 457, 490, 620; des Berichtigungs- und Ergänzungs-Verfahrens §§ 281, 282; der richterlichen Beschlüsse und Verfügungen §§ 284 Abs. 3, 506, 516; des Einspruchs §§ 294, 295; des Beweises §§ 337, 342, 435; der Rechtsmittel §§ 456, 458, 463, 490, 491, 485, 524; in Ehefachen § 547; im Mahnverfahren § 586; im Arrestverfahren § 754; im scheidrichterlichen Verfahren §§ 806, 812 Abs. 2; in der Zwangsvollstreckung §§ 620, 678, 684, 691, 701, 755.

ist Abstand genommen, da ein überwiegendes Bedürfnis hierzu bisher nicht hervorgetreten ist.

Die neueren Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe haben, soweit sie den Prozeßbetrieb in die Hand der Parteien legen, die Zustellungen Gerichtsvollziehern überwiesen (vgl. die Prozeßordnungen von Hannover § 118 und Bayern | Art. 101 | S. 143. Entwurf hat die Ausführung der Zustellungen durch Gerichtsboten unter Leitung des Gerichtsschreibers desjenigen Gerichts vorgeschrieben, bei welchem die Sache anhängig gemacht werden soll oder anhängig ist (§ 256), daneben die Zustellung durch Gerichtsvollzieher (§ 257) und durch Notare (§ 262) gestattend. Für eine ganz Deutschland umfassende Gesetzgebung empfiehlt sich eine solche Vielheit von Vollzugsorganen nicht: einheitlich bestimmte Vollzugsorgane sind nothwendig, damit die Parteien wissen können, an wen sie sich zu wenden haben, wenn sie Zustellungen bewirken lassen wollen. Noch verwickelter wird das System des nordd. Entwurfs dadurch, daß die Zwangsvollstreckung selbstständigen Vollstreckungsbeamten (Gerichtsvollziehern), welche im Auftrage der Partei und dieser verantwortlich handeln, übertragen wird (§ 908). Durch dieses Verfahren werden grundsätzlich Funktionen, welche in die Hand desselben Organs zu legen sind, verschiedenen Organen zugewiesen und neben den unselbstständigen Zustellungsbeamten selbstständige Vollstreckungsbeamte geschaffen. Ganz abgesehen davon widerstrebt die Uebertragung der Leitung des Zustellungswesens an die Gerichtsschreiberei der beabsichtigten Entlastung der Gerichte von allen ihnen nicht nothwendig zu überweisenden Manipulationen.

Von den neueren Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen hat nur der nordd. Entwurf die Zustellung durch die Post adoptirt. Das abweichende Verhalten gegenüber einer so praktisch wichtigen Institution erklärt sich daraus, daß man durchweg bei Einführung des Gerichtsvollzieherinstituts den rheinisch-französischen Huissier zum Vorbild nahm und die Befürchtung hegte, daß die Entziehung einer erheblichen Quote der Zustellungen den Gerichtsvollziehern die bedeutendste Einnahmequelle und damit die Möglichkeit ausreichender Existenzmittel nehmen werde. Daneben machten sich die oben erwähnten und bereits widerlegten Bedenken gegen die Ausführbarkeit legaler, prompter und sicherer Zustellungen durch Postboten geltend.

Verschieden von der Zustellung durch die Post ist die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post (§§ 154, 164, 168). Die letztere Form enthält ein strenges Präjudiz für den Fall des Ungehorsams. Die Post soll als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der nachlässigen Partei gelten, so daß die Zustellung mit der Aufgabe des Schriftstücks zur Post bewirkt ist und demgemäß nichts darauf ankommt, ob und wann das Schriftstück an den Adressaten gelangt.

#### §§ 146, 169. (R. V. §§ 146, 169, G. §§ 152, 176.)

Insofern eine Zustellung an Parteien oder an dritte Personen auf Betreiben einer Partei oder auf Verfügung des Gerichts erforderlich ist, hat dieselbe durch einen Gerichtsvollzieher oder durch die Post zu erfolgen. Die Ausnahmen, welche in den §§ 174, 175 ff., 179 ff. gegeben sind, lassen sich auf Zweckmäßigkeitsrücksichten zurückführen. Im Anwaltsprozeße giebt die Rechtskunde, wie die öffentliche Stellung der Anwälte die nöthige Garantie für die Beobachtung des Gesetzes, auch wenn beide Theile direkt mit einander kommunizieren; die Kosten des Gerichtsvollzieherakts können erübrigt werden, indem die Zustellung von Anwalt zu Anwalt gegen einfaches schriftliches Empfangsbekentniß zugelassen wird. Bei Zustellungen, die im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müssen, werden der Partei Mühe, Zeit und Kosten erspart, wenn das Gericht die Zustellung von Amtswegen veranlaßt.

#### §§ 148, 172. (R. V. §§ 148, 172, G. §§ 154, 179.)

| S. 144.

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher von der Partei unmittelbar zu beauftragen; in allen Fällen aber, in denen eine Vertretung der Partei durch Anwälte nicht geboten ist, namentlich also im amts- und handelsgerichtlichen Verfahren, empfiehlt es sich, der Partei die Wahl zu lassen, ob sie den Gerichtsvollzieher direkt beauftragen oder durch Vermittelung des Gerichtsschreibers beauftragen lassen will. Den bestehenden

Verhältnissen entspricht es nicht, auch im Parteiprozesse die unmittelbare Beauftragung des Gerichtsvollziehers obligatorisch zu fordern, wie im Anschlusse an das rheinische Recht der preuß. Entw. und die bayer. Prozeßordnung gethan haben. Das Verfahren vor Einzelrichtern beruht auf der Annahme, daß die Parteien, von denen man als Regel nicht annehmen darf, daß sie rechts- und geschäftskundige Leute sind, den Rechtsstreit in Person und ohne vorgängige Rathserholung führen. Wie die Verhältnisse in weiten Gebieten des Deutschen Reiches gegenwärtig liegen, ist es dringend geboten, daß im Verfahren vor Einzelrichtern der innigere Kontakt zwischen Gericht und Partei erhalten und der letzteren die gewohnte Beihilfe des ersteren gewährt wird. Demgemäß soll im Parteiprozesse der Gerichtsschreiber den Gerichtsvollzieher jedesmal mit der erforderlichen Zustellung im fingirten Auftrage der Partei beauftragen, insofern nicht eine Partei ausdrücklich erklärt hat, den Gerichtsvollzieher unmittelbar anzuweisen zu wollen (§ 148). Eine Anwendung dieses Satzes enthält der § 439. (Vgl. Hannover §§ 118, 377, hannov. Entw. § 155, Abs. 3, heff. Entw. Art. 219.) Dem § 148 ist für die Zustellungen durch die Post der § 172 nachgebildet.

§§ 147, 149, 166 Ab f. 3. (R. V. §§ 147, 149, 166, G. §§ 153, 155, 173.)

Die bei jeder Zustellung beteiligten Personen sind:

- 1) derjenige, für welchen eine Zustellung gemacht wird — der betreibende Theil — (§ 167 Nr. 2);
- 2) derjenige, an welchen die Zustellung geschehen soll — der Requisite — (§ 167 Nr. 3).

Die §§ 147 und 149 handeln von der Thätigkeit des betreibenden Theils zur Erwirkung einer Zustellung. Ohne Auftrag wird der Gerichtsvollzieher niemals thätig. Ueberall aber genügt — analog dem § 625 — ein mündlicher Auftrag, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme einer Zustellung und in den zulässigen Fällen den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen. Beide bedürfen dem Requisite oder Dritten gegenüber keines Auftragsnachweises (Vollmacht). Diese dem hannov. Entwurf (§ 113), preuß. Entw. (§ 147), österr. Entw. (§ 160), nordd. Entw. (§ 260) entsprechenden Vorschriften entspringen dem Bedürfnisse, der Partei den Prozeßbetrieb möglichst zu erleichtern.

Zum Zwecke der Zustellung hat der betreibende Theil das betreffende Schriftstück in Urschrift (z. B. das Brouillon der Klage) und in einer Abschrift, oder wenn dasselbe mehreren Personen zuzustellen ist, in einer der Zahl dieser Personen entsprechenden Zahl von Abschriften zu übergeben. Die wichtigen materiellen und prozessualischen Wirkungen der Zustellung lassen es zweckmäßig erscheinen, daß nicht simple Abschriften, sondern Kopien, deren Uebereinstimmung mit dem Original beglaubigt ist, dem Requisite behändigt werden (Bayern Art. 203 Abs. 4, nordd. Entw. §§ 251, 255). In Anwaltsprozessen, wie in allen Fällen, in denen die

§ 145. Zustellung durch einen Rechtsanwalt betrieben wird, bleibt diesem die Beglaubigung überlassen, andernfalls erfolgt sie durch den die Zustellung ausführenden Gerichtsvollzieher.

Da dem Gerichtsvollzieher publica fides beivohnt, so rechtfertigt es sich, bis zum Beweise des Gegentheils anzunehmen, daß jede von ihm bewirkte Zustellung im Auftrage der interessirten Partei erfolgt sei.

§ 150. (R. V. § 150, G. § 157.)

Die Vorschriften der §§ 150—152 wiederholen im Wesentlichen das in Deutschland geltende Recht. An Stelle einer nicht prozeßfähigen Partei ist deren gesetzlichen Vertretern zuzustellen (§ 150 Abs. 1). Demnach wird die Zustellung, wenn sie für eine unter vormundschafter Gewalt oder eine minorene (§ 51 Abs. 2) unter väterlicher Gewalt stehende Person bestimmt ist, an deren Vormund oder Vater zu geschehen haben (vgl. preuß. A. G. D. I. 7, §§ 2, 3, 29 ff., Anhang §§ 57, 58, preuß. Verordn. vom 5. Mai 1838 § 4, Wezell, Ed. II. S. 847, Hannover § 121, Württemberg Art. 228, Baden § 230, Bayern Art. 193, Oldenburg Art. 87, preuß. Entw. §§ 148, 149, hannov. Entw. § 159, heff. Entw. Art. 226, nordd. Entw. § 236). Eine Anwendung des Satzes enthält der § 573 Abs. 1 mit Bezug auf den einem zu Entmündigten bestellten Kurator.

Was Behörden, Gemeinden, Korporationen, sowie Personenvereine, welche überhaupt parteifähig sind, anlangt, so gilt auch für sie die Regelvorschrift des Abf. 1 insoweit, als an deren gesetzliche Vertreter die Zustellung mit rechtlicher Wirkung erfolgen kann und diese zur Annahme von Zustellungen für die vertretene Partei berechtigt und verpflichtet sind. Das Gleiche gilt von solchen Personen, welche im einzelnen Falle, etwa kraft spezieller gesetzlicher oder statutarischer Vorschrift, zur Vertretung jener Personengesamtheiten, sei es im Prozesse im Allgemeinen oder für bestimmte Prozesse oder zur Empfangnahme der Zustellungen befugt sind (vgl. z. B. für Handelsgesellschaften die Art. 117, 144, 167, 172, 196, 235, 244 des Handelsgesetzbuchs, für Genossenschaften die §§ 17, 24, 29, 43, 49 des Genossenschaftsgesetzes vom 4. Juli 1868 u. A.). Obligatorisch aber (vgl. Bayern Art. 193, Württemberg Art. 228, preuß. Entw. § 149) ist die Zustellung an jene Personen nicht, vielmehr soll nach der an sich unbedenklichen und im Interesse des Verkehrs gegebenen Vorschrift des § 150 Abf. 2 die Zustellung an die Vorsteher in jedem Falle genügen, auch wenn diese, sei es generell, sei es ad hoc, nicht die gesetzlichen Vertreter sind (nordd. Entw. § 236, nordd. Prot. I. S. 350/351; vgl. auch preuß. Entw. § 148 sub 2, hannov. Entw. § 159, Hannover § 121, Württemberg Art. 228, Bayern Art. 193). Hat eine Partei mehrere (gleichberechtigte) gesetzliche Vertreter oder Vorsteher, so braucht aus Gründen der Zweckmäßigkeit die Zustellung nur an einen derselben zu erfolgen (preuß. A. G. D. I. 7, § 34, Bayern Art. 203, Württemberg Art. 229, hannov. Prot. S. 5069). Die Vorschrift findet ihre weitere Ergänzung im § 165 Abf. 1. — Besteht dagegen eine Partei aus mehreren Personen, ohne daß diese als Gesamtheit klagen oder verklagt werden (Streitgenossen — Nebenintervenienten), so muß einer jeden derselben zugestellt werden (preuß. A. G. D. I. 7, § 31, Württemberg Art. 229, Hannover § 121, Oldenburg Art. 87 § 2).

Eine Bestimmung über die Zulässigkeit der Infimuation im Sterbehaufe für mehrere Erben (preuß. A. G. D. I. 7, § 32) hat der Entwurf nicht übernommen, da sie bereits von preußischer Seite selbst als entbehrlich und bedenklich gekennzeichnet | S. 146. worden ist (vgl. Reinhardt preuß. Ges. Revis. Pens. IV. Th. III. Abf. 1 S. 93 ff., Motive zum preuß. Entw. S. 42).

Wegen der Zustellungen an den Landesherrn und die Mitglieder der landesherrlichen Familie ist im § 3 des Einführungsgesetzes Vorsorge getroffen.

### § 151. (R. B. § 151, G. § 158.)

In Betreff der Zustellungen an Militärpersonen ist — abweichend von der preuß. A. G. D. Anh. § 55 — ein Bedürfnis zu besonderen Vorschriften nur rücksichtlich der Militärs niederer Grade anerkannt worden, bei denen die Bewirkung von Zustellungen in Kasernements zu Unzuträglichkeiten führen kann (preuß. Entw. § 148, hess. Entw. Art. 226, nordd. Entw. § 237).

Für Unteroffiziere und gemeine Soldaten des Dienststandes erfolgt die Zustellung an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde, was dem bestehenden preussischen Rechte (A. G. D. Anh. § 54, — Kab.-Ordre vom 22. März 1827 —) mit der Modifikation entspricht, daß die Unterscheidung zwischen „Vorladungen“ und anderweitigen Zustellungen in Uebereinstimmung mit dem preuß. und nordd. Entwurf aufgegeben ist, weil der in Betracht kommende Utilitätsgrund generell bei jeder Zustellung zutrifft. Die Verpflichtung des vorgesetzten Chefs zur Weiterbeförderung der Zustellung war, weil aus dem internen Vorgesetztenverhältnisse folgend, ebensowenig besonders auszusprechen, als daß die Gültigkeit der Zustellung nicht von der wirklich gesehenen Weiterbeförderung an den eigentlichen Requisiten abhängt.

Daß die Zustellung an den Chef der vorgesetzten Behörde nöthigenfalls in seiner Wohnung zu bewirken ist, folgt aus der Bestimmung des § 162.

### § 152. (R. B. § 152, G. § 159.)

Dem gesetzlichen Vertreter einer Partei sind in ihrem Verhältnisse zu dem Vertretenen ähnlich: Generalbevollmächtigte und Prokuristen. Wie der Vormund sein Recht zur Prozeßführung aus der ihm nach dem Gesetze zustehenden Vermögensverwaltung herleitet, so brauchen der Generalmandatar d. i. der zur Verwaltung aller

Vermögensangelegenheiten vom dominus Berufene und der Prokurist (Art. 42 D. S. G. B.) zur Prozeßführung nicht besonders bevollmächtigt zu werden, sie haben vielmehr das Recht zur Prozeßführung generell, bezw. in den das Handelsgewerbe betreffenden Angelegenheiten kraft Gesetzes. Nach ihrer ganzen Stellung, in der sie die volle vermögens- resp. handelsrechtliche Persönlichkeit des dominus — gewissermaßen als sein alter ego — repräsentiren und nach dem ihnen durch Ertheilung des Generalmandats oder der Procura geschenkten eminenten Vertrauen ist ein vorgängiger Verkehr zwischen ihnen und ihrem Auftraggeber selbst bei wichtigen Geschäften nicht als nothwendig zu unterstellen und es daher wohl gerechtfertigt, sie zum Empfange aller Zustellungen, auch der Klage, ebenso für berechtigt und verpflichtet zu erachten, wie die Partei selbst. Der Entwurf legt deshalb — abweichend vom nordd. Entw. (vergl. Prot. I. S. 353 ff.) — in Uebereinstimmung mit dem hannov. (§ 160) und hess. (Art. 227) Entw. der Zustellung an jene Repräsentanten dieselbe Wirkung bei, wie einer an die Partei selbst erfolgten (vgl. hannov. Prot. S. 287 ff., 5085 ff., 5932). Die Zustellung an Letztere ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, auch wenn sie einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen hat (hannov. Prot. S. 355). Es würde aber den unabweisbaren Verkehrsbedürfnissen wenig entsprechen, wenn für eine viel leicht in sehr entfernten Gegenden wohnende Person, die für ihr im Inlande belegen Vermögen oder Handelsgewerbe einen Generalbevollmächtigten oder Prokuristen bestellt hat, Zustellungen gleichwohl nicht an die Letzteren, sondern an die entfernte Partei selbst erfolgen müßten.

| S. 147.

Die eigenthümliche Stellung des Prokuristen, wie sie ihm in Art. 42, 43 des Deutschen Handelsgesetzbuchs eingeräumt ist, theilt der Handlungsbevollmächtigte (vgl. bayer. Proz. Ordn. Art. 193 Abs. 2) aber keineswegs; derselbe ist zur Prozeßführung nur dann berechtigt, wenn ihm diese Befugniß besonders durch seine Vollmacht beigelegt ist (Art. 47 D. S. G. B.).

#### §§ 153, 154. (R. B. §§ 153, 154, G. §§ 160, 161.)

Das Institut der Zustellungsbevollmächtigten (Insinuationsmandatare) — bereits dem gemeinrechtlichen und dem altpreussischen Prozesse bekannt, in dem Geltungsgebiete dieser Prozeßrechte aber nicht zu der Bedeutung entwickelt, wie in dem Gebiete des französischen Rechts (domicile élu) — ist mit Einführung des mündlichen Verfahrens in die Mehrzahl der neueren deutschen Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe übernommen worden (vgl. hannov. Proz. Ordn. §§ 68, 123, hannov. Entw. §§ 157, 158, preuß. Entw. §§ 148, 152—154, hess. Entw. Art. 224, 225, österr. Entw. §§ 162—165; Bayern Art. 192, 851, 1025, 1098, 1099, 1150 Nr. 6, 1151 Nr. 5, 1155, 1160 Nr. 5, 1172, 1285, bayr. Einf. Ges. Art. 64, 65, Baden §§ 239, 242, Württemberg Art. 227 ff., 233, nordd. Entw. §§ 238, 240, 241), und in dem Umfange, in welchem es der § 153 adoptirt hat, ein Bedürfniß.

Mit den Zustellungen im Auslande sind, so einfach dieselben auch geregelt werden mögen, Weiterungen verknüpft, welche zu vielfachen, mit dem raschen energischen Gange einer mündlichen Prozedur unvereinbaren Verschleppungen des Verfahrens führen müssen. Es ist daher gerechtfertigt, wenn der § 153 Abs. 2 der nicht im deutschen Reiche wohnhaften Partei die Verpflichtung auflegt, einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen, falls sie nicht einen Prozeßbevollmächtigten bestellt, der am Ort des Prozeßgerichts oder in dem Amtsgerichtsbezirke wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat.

Anders verhält es sich mit den Zustellungen im Inlande, sobald neben der Zustellung durch Gerichtsvollzieher die Zustellung durch die Post zugelassen ist, denn die Post vermittelt den Verkehr zwischen den verschiedenen Orten des deutschen Reichs so schnell, daß es regelmäßig für die Einhaltung eines raschen energischen Ganges des Prozeßverfahrens ohne Interesse ist, ob an dem Orte des Prozeßgerichts, beziehungsweise in dem Amtsgerichtsbezirke, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, oder an einem anderen in Deutschland belegenen Orte zugestellt wird. Es ist daher statthaft, wenn die Zustellungen innerhalb des deutschen Reichs erfolgen können, im Anschluß an den nordd. Entw. § 240 der Partei, die weder an dem Orte des Prozeßgerichts, beziehungsweise in dem Amtsgerichtsbezirke, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, wohnt, noch in diesem Orte oder Bezirke durch einen

Prozeßbevollmächtigten vertreten ist, als Regel die Vertheuerung, Gefährdung und Erschwerung der Prozeßführung zu ersparen, welche mit der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verbunden sind, sie also zur Aufstellung eines solchen Bevollmächtigten nur zu verpflichten, wenn sich dieselbe ausnahmsweise als erforderlich ergeben sollte. Derartige Ausnahmefälle werden vorliegen, wenn z. B. die Zustellung durch die Post nicht ausführbar ist oder sich als zu zeitraubend erweist. Eine Spezialisirung mußte unterbleiben, es mußte vielmehr dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt werden, ob die konkrete Sachlage so gestaltet sei, daß sich die Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten vernothwendige. Der nordd. Entw. § 240 geht insofern weiter, als er die Anordnung, einen Zustellungsbevollmächtigten zu ernennen, auch von Amtswegen gestattet, allein zu einer so weit greifender Vorschrift fehlt es an einem ausreichenden Grunde. Der § 153 Abs. 1 fordert daher ausnahmslos einen Antrag der Gegenpartei. Dagegen ist der Entwurf dem norddeutschen Entwurfe darin beigetreten, daß er im Anschluß an denselben die Entscheidung über die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten für unanfechtbar erklärt (vgl. nordd. Prot. III. S. 1543, 1553).

Die Partei hat den gewählten Zustellungsbevollmächtigten bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder im nächsten Schriftsatz dem Gegner, bezüglich Gerichte namhaft zu machen. Darin liegt seine Beglaubigung; ein besonderer Vollmachtsnachweis kann nicht verlangt werden, — zumal die Zustellung an die Partei selbst unbenommen ist (vgl. Schmitt, bayer. Civil-Proz. I. S. 736). Die einmal erfolgte Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten gilt für alle Instanzen, einschließlich der Zwangsvollstreckung; die §§ 80, 81 werden dabei zur analogen Anwendung gelangen (vgl. Bayern Art. 192, Schmitt, a. a. D. S. 735).

An die Unterlassung der Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten — welcher die Fälle gleichzustellen sind, wenn die Bestellung ohne Ernennung einer anderen Person widerrufen wird oder die Zustellung an die benannte Person nicht vollzogen werden kann (Württemberg Art. 230) — knüpft der § 154 die Folge, daß die Post als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der nachlässigen Partei und das Schriftstück mit der Aufgabe zur Post durch den Gerichtsvollzieher als dem Requisiten zugestellt gelten soll, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt (vgl. auch § 632 Abs. 2). Voraussetzung ist, daß die Adresse, so wie sie gewählt wurde, mit Grund gewählt worden ist. Eine Partei, welche beispielsweise im Laufe des Prozesses ihren Wohnort ändert, ohne dies dem Gegner oder dem Gerichte anzuzeigen, wird sich gefallen lassen müssen, daß das zuzustellende Schriftstück noch ferner nach ihrem bisherigen Wohnorte adressirt wird; ist dagegen die Anzeige erfolgt, so haben der Gegner und das Gericht die ihnen mitgetheilte Adresse des Requisiten zu wählen, um auf diesem Wege gültig zuzustellen. Hat der Requisit einen Prozeßbevollmächtigten, der aber außerhalb des im § 153 gezogenen Kreises wohnt, so geschieht die Aufgabe der Sendung unter der Adresse des Prozeßbevollmächtigten (§ 155).

Unter dieser Voraussetzung ist die angenommene Folge durchaus unbedenklich und in gleicher Weise von den Proz. Ordn. v. Württemberg (Art. 227, 233), Baden (§ 242), Hannover (§ 128), dem Hess. (Art. 225), preuß. (§ 154) und nordd. Entw. (§ 241) statuiert. Der Requisit gelangt dabei noch sicherer in den Besitz der Zustellung, als wenn der Vorsitzende des Prozeßgerichts ihm einen möglicherweise widerwilligen, jedenfalls uninteressirten Zustellungsbevollmächtigten von Amtswegen bestellt (hannov. Entw. § 158, österr. Entw. § 164).

Die Vorschriften des französischen und badischen Rechts über das domicile élu haben hinsichtlich der Zustellungen im § 11 Nr. 5 des Einführungsgesetzes Berücksichtigung gefunden.

### §§ 155—157. (R. B. §§ 155—157, G. §§ 163—164.)

Während Zustellungen, welche den Rechtsstreit anhängig machen (Zustellung der Klage, Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers), nothwendig an die Partei selbst oder die mit ihr identischen Personen (§§ 150—152) zu geschehen haben, dürfen, nachdem der Rechtsstreit einmal anhängig geworden, alle weiteren Zustellungen nicht mehr in gleicher Weise erfolgen, wenn die Partei einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Der Grund für die obligatorisch vorgeschriebene Zustellung an den Letzteren anstatt

an die Partei liegt in der berechtigten Annahme, daß durch Ertheilung der Prozeßvollmacht die Partei sich des eigenen Prozeßbetriebes begeben hat. Konsequenterweise kann in solchen Fällen die ungerechtfertigte Zustellung an die Partei anstatt an den Prozeßbevollmächtigten nicht diejenigen Wirkungen (Beginn des Laufs der Nothfrist etc.) äußern, welche sonst mit der Zustellung eingetreten sein würden.

Es mag indessen in Frage gestellt werden, ob nicht rüchichtlich einzelner Zustellungen, — namentlich wo es sich um eine von der Partei gegen ihren Prozeßbevollmächtigten auszuübende Kontrolle über die Prozeßführung handelt (wie bei Urtheilen, insbesondere Versäumnisurtheilen, Rechtsmittel = Einlegungen etc.) oder wo Handlungen von der Partei selbst vorzunehmen sind (z. B. Eide), — ein Anderes zu bestimmen ist, entweder derart, daß solche Zustellungen lediglich an die Partei oder doch noch neben der an den Prozeßbevollmächtigten geschehenen, an jene erfolgen sollen. Während das gemeine Recht wie die neueren Legislationen den Grundsatz des § 155 ebenfalls als den regelmäßigen aufstellen (vgl. Wezell Ed. II. S. 848, preuß. A. G. D. I. 7. § 36, Hannover § 121, Württemberg Art. 227, Baden § 231, Bayern Art. 192, Oldenburg Art. 87, hannov. Entw. § 156, heff. Entw. Art. 223, preuß. Entw. § 151, österr. Entw. § 165, nordd. Entw. § 239), wird hinsichtlich einzelner, besonders wichtiger Zustellungen in sehr verschiedener Weise disponirt. So hat beispielsweise nach altpreußischem Prozeßrechte die Zustellung der Urtheile direkt an die Partei, an den Prozeßbevollmächtigten nur dann zu geschehen, wenn er Spezialvollmacht beibringt (Verordn. v. 5. Mai 1838 § 4 b.); nach bayerischem Rechte erfolgt die Zustellung der in den Art. 682, 683 der Proz. Ordn. bezeichneten Urtheile an die Partei und deren Anwalt (Art. 192); nach Württemberg Art. 227, die Zustellung von Versäumnisverfügungen, Endurtheilen, welche der Rechtskraft fähig sind und Theilurtheilen jedenfalls an die Partei selbst, an den Prozeßbevollmächtigten nur dann, wenn er bei der Verkündung nicht anwesend war, desgl. nach Hannover § 140; nach Baden § 231 die Zustellung von Urtheilen und Versäumnis-Erkenntnissen nur an die Partei; nach dem preuß. Entw. §§ 199 ff. in Anwaltsprozessen an den Anwalt und die Partei, in sonstigen Prozessen nur an letztere. In anderer Richtung müssen nach der Praxis im Gebiete des rheinischen und altpreußischen Rechts (Entsch. des Ob. Trib. Bd. 21 S. 472) Zustellungen, durch welche die persönliche Handlung einer Partei (besonders eine Eidesleistung) erfordert wird, an die Partei selbst bewirkt werden. Der Entwurf hat keine dieser Bestimmungen aufgenommen, vielmehr die Vorschrift des § 155 als eine ausnahmslos für alle Zustellungen — jeder Art, jedes Gegenstandes, jeder Instanz — geltende hingestellt. Er kennt, abgesehen vom Falle der §§ 204, 215, nirgends eine doppelte Zustellung. Der Bevollmächtigte hat im Prozesse so vielerlei zu thun, was, soll die Unterlassung nicht zum Schaden des Mandanten ausschlagen, eine vorgängige Kommunikation mit der Partei und die eigene Thätigkeit der letzteren zur Voraussetzung hat, daß nicht abzusehen ist, warum gerade in einzelnen Fällen eine besondere Sicherheitsmaßregel geboten sei. Wie das mündliche Verfahren überhaupt, so hat insbesondere der Prozeßbetrieb durch die Parteien einen durchaus thätigen und

| §. 150. pflichttreuen | Anwaltsstand — und gerade um diesen handelt es sich wesentlich bei der Prozeßbevollmächtigung — zur Voraussetzung. Ohne Verkennung realer Verhältnisse meinte der Entwurf von dem allseitigen Vorhandensein eines solchen ausgehen zu können. Gesichtspunkte, welche Mißtrauen in die Sorgfalt und Diligenz des Anwalts setzen, erschienen nicht als berechtigt. Es ist nur eine Folge dieser Auffassung, wenn der Entwurf voraussetzt, daß der Anwalt seine Partei über den jedesmaligen Stand des Prozesses auf dem Laufenden erhält und zu erhalten hat, nicht aber das Gericht, und daß es an einem legislativ berechtigten Motive fehlt, den mit der Wahrnehmung der wichtigsten materiellen Rechte Betrauten von dem Formale des Empfanges der Urtheile oder gewisser Verfügungen auszuschließen. Vom rein praktischen Standpunkte aus wird zudem — abgesehen von der Erparung an Kosten und Schreiberei — für das Interesse der Partei besser gesorgt durch die Insinuation an den Anwalt als an sie selbst; denn in den meisten Fällen wird sie sich wieder an ihren Sachwalt wenden müssen, weil sie außer Stande ist, die Angemessenheit oder Nothwendigkeit der weiteren Schritte, Einlegung eines Rechtsmittels etc. beurtheilen zu können.

Zür den Gesetzgeber wird aber vorzugsweise die Richtung von Wichtigkeit,

welche die thatsächliche Entwicklung in einem großen Theile Deutschlands bereits eingeschlagen hat. In Preußen ist die Spezialvollmacht der Berechtigung zum Urtheilsempfange, in Hannover der Verzicht der Partei (hannov. Proz. Ord. 141) eine stereotype Klausel der Vollmachten geworden; in Württemberg hat sich bei den Gerichten das Bedürfniß rege gemacht, die Behändigung an die Partei fallen zu lassen (vgl. amtliche Darstellung des Ergebnisses der erstatteten Berichte zc. Stuttgart 1871 S. 13, 14); im Geltungsbereiche der preuß. Verordn. v. 21. Juli 1849 (§ 41) für Neuorpommern und v. 24. Juni 1867 (§ 41) für die neuerworbenen Landestheile ist der Grundsatz des Entwurfs ohne Beschwerde schon jetzt bestehendes Recht.

In jedem Falle soll die Zustellung an denjenigen Prozeßbevollmächtigten bewirkt werden, der für die Instanz, in welcher die Zustellung nothwendig wird, bestellt ist. Dem entspricht auch die Vorschrift im § 157 (vgl. Oldenburg Art. 88, nordd. Entw. §§ 778, 842). Zu welcher Instanz Zustellungen gehören, könnte in einzelnen Fällen zu Zweifeln Veranlassung geben; diese Fälle haben daher im § 156 eine ausdrückliche Entscheidung gefunden, welche mit den beim Einspruche, bei Aufhebung der Urtheile durch ein höheres Gericht, bei der Wiederaufnahme des Verfahrens und in der Zwangsvollstreckungsinstanz angenommenen Grundsätzen des Entwurfs harmonirt. Von dem Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz handeln die §§ 635, 636. Kann es gleich bei der Mannigfaltigkeit der Fora in der Exekutionsinstanz, in welcher das kompetente Vollstreckungsgericht vielfach nicht am Sitze des Prozeßgerichts sein wird, bedenklich erscheinen, daß auch in solchen Fällen an den entfernten Prozeßbevollmächtigten zugestellt werden muß, so rechtfertigt sich die Vorschrift doch, wenn man die Lage des Exekutionsführers in Betracht zieht; für diesen wäre schlecht gesorgt, wenn sein Bevollmächtigter die Zwangsvollstreckung für ihn betreibt, die Zustellungen aber gleichwohl ihm selbst zugehen sollten.

Die in den

#### §§ 158—164 (R. B. §§ 158—164, G. §§ 165—171)

getroffenen Bestimmungen reproduziren im Wesentlichen das bisherige Recht.

Womöglich soll jede Zustellung dem Adressaten „zu eigenen Händen“ übergeben werden, natürlich zu angemessener Zeit und an passendem Orte. Zustellungen an Sonn- und Feiertagen (die es nach dem Rechte des Orts der Zustellung sind, vgl. nordd. Prot. I. S. 361), sofern es sich nicht um bloße Aufgabe einer Postsendung handelt, bedürfen daher besonderer richterlicher Erlaubniß, wenn für den Adressaten eine Pflicht zu deren Annahme begründet werden soll (vgl. preuß. A. G. D. I. 7. § 23, Proz. Ordn. von Hannover § 127, Oldenburg Art. 92 Nr. 1, Württemberg Art. 241, Bayern Art. 199, hannov. Entw. § 164, hess. Entw. § 234, nordd. Entw. § 248). Die betreffende Verfügung ist nach freiem Ermessen des Gerichts, selbstverständlich nur in Ausnahmefällen, zu ertheilen und dem Adressaten mitzuzustellen; die Mittheilung des Gesuchs ist ohne Interesse. Zustellungen zur Nachtzeit unter gesetzlicher Normirung der Tageszeit generell auszuschließen (preuß. Entw. § 156, hess. Entw. Art. 235, vgl. ähnlich Bayern Art. 199), erschien nicht angezeigt; die meisten Staaten haben materielle Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit (vgl. u. A. preuß. Gef. v. 12. Februar 1850, Gef. Samml. S. 45). Wo solche nicht bestehen, werden die nöthigen Anordnungen richtiger dem Reglement für die Gerichtsvollzieher überlassen bleiben.

Der Ort der Zustellung ist vom Domizil des Requiriten (bad. Proz. Ordn. § 228 und Komm. Ber. der II. Kammer dazu) und den sonstigen Momenten, welche etwa den Gerichtsstand für ihn an einem bestimmten Orte begründen möchten, durchaus unabhängig; jeder in Deutschland belegene Ort (Stadt, Dorf zc.), wo der Adressat, auch wenn er Ausländer ist, sich antreffen läßt, ist ein gesetzlicher Zustellungs-ort (nordd. Entw. § 242, preuß. Entw. § 187). Innerhalb desselben kann er jedoch verlangen, daß ihm in seiner Wohnung (die er unter Umständen auch im Gasthose haben wird) oder in seinem Geschäftslokale zugestellt werde. Stellt er dieses Verlangen nicht oder hat er an dem Zustellungsorte weder Wohnung noch Geschäftslokal, so kann ihm an jeder passenden Stelle, wo er angetroffen wird, zugestellt werden. Daß dazu Kirchen oder sonstige gottesdienstliche Gebäude nicht gehören, wird keiner besonderen Hervorhebung bedürfen (vgl. preuß. Entw. § 155, hess. Entw. Art. 230).

An Orten, wo der Adressat weder Wohnung noch Geschäftslokal hat, kann ihm nur persönlich zugestellt werden; von einer Zustellung an andere Personen als Surrogat der persönlichen Zustellung, von der sog. Ersatzzustellung, ist an solchen Orten keine Rede, auch wenn daselbst zufällig Familienangehörige des Adressaten bezw. andere der in den §§ 159—162 benannten Personen von dem Gerichtsvollzieher angetroffen würden (vgl. Mot. zum württemb. Entw. Art. 227—237).

Hat der Adressat an einem Orte Wohnung oder Geschäftslokal, so kommt es nicht darauf an, ob er daselbst angetroffen wird (oder sich antreffen läßt), es findet alsdann nach allen Gesetzgebungen Ersatzzustellung mit derselben Wirkung, als wäre dem Adressaten zu eigenen Händen insinuiert, statt. Der Entwurf regelt dieselbe in den §§ 159—163 und überläßt dabei dem vernünftigen Ermessen des Gerichtsvollziehers, ob im konkreten Falle von einer solchen Ersatzzustellung Gebrauch zu machen ist. Es kann in vicem adressati in der dort bestimmten Weise zugestellt werden; ob die betreffenden Personen thatsächlich annehmen bezw. weiter befördern, davon hängt die Wirksamkeit der Zustellung nicht ab, so wenig wie bei eigener Weigerung des Adressaten (§ 163) (vgl. preuß. Entw. §§ 163, 165, hess. Entw. Art. 232, Proj. Ordn. v. Württemberg Art. 243, Oldenburg Art. 89 Nr. 3, nordd. Entw. § 247); hat der Gerichtsvollzieher die Vorschriften der §§ 159—163 befolgt, so erwächst keinem Theile daraus ein Einwand gegen die Ersatzzustellung.

Im Einzelnen ist noch zu bemerken:

Der Grund, welcher die im § 159 Abs. 1 Bezeichneten zu geeigneten Ersatzpersonen macht, liegt in ihrer Familienangehörigkeit: sie brauchen also nicht im Hause zu wohnen, wie Württemberg Art. 239, hannov. Entw. § 162, hess. Entw. Art. 231 verlangen, wenn sie nur in der Wohnung anwesend sind (vgl. preuß. A. G. D. I. 7, § 20, preuß. Entw. § 159, Oldenburg Art. 89 Nr. 2, Bayern Art. 196, nordd. Entw. § 243, sächs. Entw. § 171). Das Gleiche gilt rücksichtlich der im Verhältnisse eines Beamten, Bediensteten oder Gewerbegehülfsen zum Adressaten stehenden Personen der §§ 161, 162. — Dagegen giebt in Betreff des Hauswirths oder Vermiethers (§ 159 Abs. 2) nur das Zusammenwohnen mit dem Adressaten die nöthige Garantie (preuß. Entw. § 159, hess. Entw. Art. 231, nordd. Entw. § 243).

In Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. § 160 hat der Entwurf (§ 160) die Anheftung des zuzustellenden Schriftstücks in origine an die Haus- oder Zimmerthür (vgl. preuß. A. G. D. I. 7, § 21, Oldenburg Art. 89 Nr. 4, hannov. Entw. § 162, sächs. Entw. § 172) als einen unsichern und bedenklichen Nothbehelf aufgegeben. Dagegen wird sich die Anheftung einer Anzeige an die Wohnungsthür in Verbindung mit der Niederlegung des Schriftstücks selbst bei einer Behörde und mit mündlicher Mittheilung an die Nachbarchaft empfehlen. Die größere Umständlichkeit fällt gegenüber der Wichtigkeit der Zustellungen nicht in's Gewicht (vgl. Hannover § 122, Württemberg Art. 239, Baden § 229, Bayern Art. 197, Code de proc. art. 4, 68, hess. Entw. Art. 231, nordd. Entw. § 244, Reinhardt, preuß. Ges. Ren. Penf. IV. Th. III. Abth. I. S. 88, 89). Auf das Geschäftslokal findet der § 160 keine Anwendung (vgl. § 162 Abs. 2).

In den Fällen des § 161 kann, wenn die dort geregelte Ersatzzustellung unausführbar ist, die Zustellung nach Vorschrift der §§ 159, 160 in der Wohnung des Adressaten bewirkt werden; in den Fällen des § 162 aber nur dann, wenn kein besonderes Geschäftslokal vorhanden ist.

Die

### §§ 166—168 (R. V. §§ 166—168, G. §§ 173—175)

betreffen den Zustellungsakt selbst, entsprechen im Wesentlichen dem geltenden rheinischen Rechte, den Vorschriften der Proj. Ordn. v. Bayern Art. 202 ff., Hannover §§ 129 ff., Oldenburg Art. 90, Baden §§ 233 ff., dem hannov. (§§ 165 ff.), preuß. (§§ 164 ff.), hess. (Art. 236 ff.) und nordd. Entw. (§§ 252, 263) und sind in sich verständlich.

Das Original der Zustellungsurkunde erhält der Auftraggeber zurück und zwar zur Vermeidung von Umwegen und Verzögerungen stets direkt vom Gerichtsvollzieher, sollte auch der Auftrag durch Vermittelung des Gerichtsschreibers ergangen sein (§ 166 Abs. 5). Unter die Requisite der Zustellungsurkunde ist in Uebereinstimmung mit den vorgedachten Gesetzesarbeiten die Unterschrift des Empfängers (preuß. A. G. D. I. 7, §§ 38, 39, Württemberg Art. 242) nicht aufgenommen, denn der Akt des Gerichts-

vollziehers ist eine Handlung publici juris, seine Registratur hat öffentlichen Glauben und bedarf keiner Befräftigung durch den Empfänger (vgl. § 173 Abs. 2).

Daß die Zustellungsurkunde eine öffentliche ist und als solche beweist (§§ 367 ff.), daß ferner mangelhafte Zustellungsurkunden rüchftlich ihrer Beweisraft vom Richter frei zu würdigen sind (§§ 249, 371), bedarf keines Ausspruchs (vgl. hannov. Prot. I. S. 276). | S. 153.

Die Partei, welche der mangelhaften Zustellung nachkommt, wird den Mangel rechtzeitig (§ 257) zu rügen haben (vgl. preuß. Entw. § 173).

Verschiedene Gesetzesarbeiten haben die besondere Vorschrift, daß, wenn die Urschrift und die Abschrift der Zustellungsurkunde abweichen, zu Gunsten des Requisitionen der Inhalt der Abschrift maßgebend sein soll (vgl. Bayern Art. 204, preuß. Entw. § 171, hannov. Entw. § 166, hess. Entw. Art. 237, öfter. Entw. § 175). Wird die zuzustellende Abschrift beglaubigt (§ 166 Abs. 3), so wird der Fall kein sehr praktischer genannt werden können; im Uebrigen ist er selbstverständlich in gleichem Sinne zu entscheiden, denn für den Requisitionen bildet die ihm zugestellte Abschrift eben das Original.

Die Aufnahme der Zustellungsurkunden in die Gerichtsakten ist nach den Erfahrungen, welche in Ländern gemacht sind, in denen ein ähnliches Zustellungsverfahren wie nach dem Entwurf gilt, entbehrlich, da sie nur eine Belastung der Gerichtsakten mit meist werthlosem Material herbeiführt. Die Aufbewahrung der Zustellungsurkunde kann füglich den Parteien selbst überlassen werden; ist aus irgend einem Grunde dem Gerichte der Nachweis der Zustellung zu liefern, so hat die betreffende Partei die in ihren Händen befindliche Zustellungsurkunde dem Gerichte vorzulegen.

Die

#### §§ 170—173 (R. B. §§ 170—173, G. §§ 177—180)

sind bestimmt, die praktische Durchführung der Zustellung durch die Post zu ermöglichen und zu sichern.

Nach § 170 kann die Partei die Post nicht unmittelbar um die Vornahme von Zustellungen ersuchen, sie hat sich vielmehr an einen Gerichtsvollzieher zu wenden, damit derselbe die Zustellung durch die Post vermittele. Diese Vermittlung ist geboten, weil die Wirksamkeit einer Zustellung voraussetzt, daß ein Schriftstück bestimmt und inhaltlich zugeestellt sei. Der Beweis, daß eine Zustellung erfolgt, kann daher nur geliefert werden, wenn sich durch das Zeugniß eines mit publica fides ausgestatteten Organs die Uebereinstimmung der zugestellten Abschrift mit dem Original konstatiren läßt. Nur auf Grund einer solchen Konstatirung ist z. B. der Kläger berechtigt, gegen den nicht erschienenen Beklagten die Erlassung eines Versäumnisurtheils zu verlangen. Der Postanstalt oder dem Postboten konnte eine soweit gehende Beurkundung nicht aufgebürdet werden. Die postalischen Einrichtungen setzen einem solchen Ansinnen unübersteigliche Hindernisse entgegen. Es war deshalb nothwendig, auf den Gerichtsvollzieher zurückzugreifen und ihn als Urkundsperson zwischen die Partei und die Post einzuschieben.

Um eine Zustellung durch die Post zu bewirken, kann die Partei jeden im deutschen Reiche angestellten Gerichtsvollzieher anhehen, denn nach § 170 ist jeder deutsche Gerichtsvollzieher befugt, die Herbeiführung einer Zustellung durch die Post zu vermitteln. Dadurch gewinnt die Handhabung dieses modus insinuationis gegenüber der Zustellung durch Gerichtsvollzieher an Brauchbarkeit. Denn soll durch einen Gerichtsvollzieher zugeestellt werden, so hat die Partei den Gerichtsvollzieher zu beauftragen, welcher für den Ort der Zustellung zuständig ist, während sie bei der Postzustellung in der Wahl des Gerichtsvollziehers unbeschränkt bleibt.

Der § 171 regelt den Akt der Zustellung in engem Anschlusse an die Vorschriften über die Zustellung durch Gerichtsvollzieher. | S. 154.

Der § 172 ist, wie bereits bemerkt, der Bestimmung des § 148 nachgebildet.

Die Partei hat die Wahl, ob sie die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher oder durch die Post ausführen lassen will; sie hat aber nach § 173 die Mehrkosten zu tragen, wenn sie die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher wählt, obgleich sie sich des minder kostspieligen modus insinuationis durch die Post bedienen konnte. Diese Vorschrift wird darauf hinwirken, daß sich die Zustellung durch die Post in ihrer vollen praktischen Bedeutung zu entfalten vermag.

## § 174. (R. V. § 174, G. § 181.)

Die Zweckmäßigkeit der Vorschrift, daß in Anwaltsprozessen die Zustellung ohne Vermittelung des Gerichtsvollziehers von Anwalt zu Anwalt fakultativ erfolgen kann, ist bereits erörtert. Sie ist dem genfer Prozeßgesetze, der hannov. (§ 133), bayer. (Art. 205), bad. (§ 236) Prozeßordnung, dem hannov. (§ 174), hess. (Art. 251), preuß. (§§ 174, 175), nordd. (§ 263) Entwurf, nicht aber dem Code de proc. bekannt. Die unmittelbare Behändigung setzt jedoch Einverständnis der beiden Anwälte voraus, indem ein schriftliches Empfangsbekennniß des Requisitionen zur Beurkundung der Zustellung beigebracht werden muß. Wird die Ausstellung desselben verweigert, so ist der betreibende Theil auf den Weg des Gerichtsvollzieherakts gebrängt.

## §§ 175—178. (R. V. §§ 175—177, G. §§ 180—185.)

Ueber die Zustellungen in und nach dem Auslande enthalten der preuß. (§§ 177 ff., 411 ff.) und nordd. Entw. (§§ 265 ff.) Anordnungen, welche den Grundsatz des Parteibetriebes auch für diese Fälle salveren wollen. Die betreffenden Zustellungen sollen nach Wahl der Partei mittelst richterlicher Requisition ausländischer Behörden (wobei nach dem preuß. Entw. §§ 178, 411 ff. sogar die Beförderung des Ersuchungsschreibens der Partei obliegt), oder durch fremde Notare, bezüglich Zustellungsbeamte oder durch die Post erfolgen. Eine Anzahl detaillirter Vorschriften über den Beweis der geschehenen Zustellung ist die nothwendige Folge. Wie es aber dem Interesse der Partei förderlicher ist, hier lediglich die Officialthätigkeit des Gerichts sorgen zu lassen, so entspricht dies auch deutscher Rechtsanschauung und deutscher Rechtsitte, welche um eines Prinzips willen nicht verletzt werden sollten, und hat sich (selbst in der strengen Regelvorschrift der §§ 124, 126 der hannov. Proz. Ord.) in der Provinz Hannover seit dem Jahre 1852 durchaus wohlthätig bewiesen.

Da dem Entwurf die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Civilprozeße — an welche zur Mitwirkung der Requisition nach dem Code de proc. Art. 69, nach Hannover §§ 124—126, Bayern Art. 193 Nr. 6 und dem hannov. Entw. § 170 die Zustellung geschieht — fremd ist, so wird nach den Vorschriften der §§ 175—178 eine Zustellung im Auslande d. h. an Personen, welche in Deutschland weder wohnen, noch sich aufhalten, und an Exterritoriale mittelst Ersuchungsschreibens des Gerichtsvorsitzenden bezw. Amtsrichters, welches die Gerichtsschreiberei an die ersuchte Behörde befördert, veranlaßt. Bei der einfachen Regel sind alle komplizirten Vorschriften vermeidlich gewesen.

Daß die kompetente Behörde dem Gerichte besser als der Partei bekannt und erreichbar ist, daß ferner durch jene die Zustellung sicherer und dem Rechte des Orts der Zustellung entsprechender geschehen kann, liegt auf der Hand. In den seltenen Fällen, in denen die Rechtshülfe verweigert und der Anstand nicht gehoben werden sollte, werden sich Partei und Gericht darüber schlüssig zu machen haben, ob öffentliche Zustellung einzutreten hat (§ 179 Abf. 2).

Das schriftliche Zeugniß der um die Zustellung ersuchten Behörden oder Beamten, daß dieselbe erfolgt sei, giebt denselben Beweis, wie die Beurkundung des Gerichtsvollziehers nach den §§ 166—168 (vgl. Bundesgesetz v. 8. Novbr. 1867 [B. G. Bl. S. 137 ff.] § 19 und Verf. des Deutschen Reichs Art. 80 Nr. 4; auch preuß. Entw. § 178, nordd. Entw. § 266, hess. Entw. Art. 240).

Nach der Vorschrift des nordd. Entw. § 271 sollte in den Fällen des § 177 das Ersuchen an den Auditeur gerichtet werden. Der Entwurf hat dem Auditeur die vorgesezte Kommandobehörde substituirt, weil sonst die Vorschrift in Betreff der Kriegsmarine nicht in allen Fällen ausführbar sein würde, da nur größeren Geschwadern, nicht aber einzelnen Kriegsschiffen ein Auditeur mitgegeben wird.

In welchen Fällen die Zustellung im Auslande unterbleiben kann, regeln die §§ 687, 690, 708.

## §§ 179—182. (R. V. §§ 179—182, G. §§ 186—189.)

Der Ersatz der besprochenen ordentlichen Insnuation durch eine öffentliche Zustellung mit der Fiktion wirklich erfolgter Behändigung ist für den Nothfall, wo keine der anderen Zustellungsformen zum Ziele führt oder führen kann, allen Gesetzgebungen bekannt (preuß. A. G. D. I. 7, §§ 12—17, 42 ff., Code de proc. Art. 69,

Bayern Art. 193 Nr. 6, 194 und 206, Hannover §§ 125, 126, Württemberg Art. 245 ff., Baden §§ 243 ff. 367, Oldenburg Art. 91, Braunschweig §§ 274—277, preuß. Entw. §§ 189 ff., hannov. Entw. §§ 171 ff., hess. Entw. Art. 243 ff., österr. Entw. §§ 179 ff., sächs. Entw. §§ 174 ff., nordd. Entw. §§ 273 ff.). Wann dieser Nothfall anzunehmen, bestimmt § 179 des Entwurfs in einer der Natur der Sache entsprechenden Weise und in wesentlicher Uebereinstimmung mit den allegirten Legislationen.

Unter den gegebenen Voraussetzungen ist die öffentliche Zustellung auch statthaft gegenüber Personen, deren Beitritt zu einem anhängigen Rechtsstreite veranlaßt werden soll (Streitverkündigung §§ 68 ff. 71; vgl. Württemberg Art. 251). Während der preuß. Entw. §§ 195—197 im Anschlusse an den Code de proc. Art. 69 auch hier den Betrieb der Zustellung (der öffentlichen Anschläge und Insertionen) der Partei zuweist und die Thätigkeit des Gerichts nur zu vorgängiger Ertheilung der Genehmigung in Anspruch nimmt, folgt der Entwurf, gleichwie bei den Zustellungen im Auslande, dem Grundsätze, daß dergleichen Verhältnisse angemessener der Official-Exekution durch die Gerichte zu unterstellen sind. Auf dem gleichen Standpunkte befinden sich (abgesehen von der preuß. A. G. O. und den Proz. Ordn. von Württemberg, Baden, Oldenburg) der hess. Entwurf Art. 243 und nordd. Entw. § 282; nicht minder die Proz. Ordn. von Hannover §§ 125, 126, Bayern Art. 194 und der hannov. Entw. § 171, nach denen die Besorgung der Ediktalien dem Staatsanwalte des Prozeßgerichts anheimfällt.

Die öffentliche Zustellung ist nach dem Entwurf von der Partei nachzuzuchen und nach vorgängiger causae cognitio mit oder ohne mündliche Anhörung des Petenten vom Prozeßgerichte zu bewilligen (gegen die Ablehnung des Gesuchs findet Beschwerde statt § 506), sodann durch den Gerichtschreiber von Amtswegen nach der Vorschrift der §§ 180 Abs. 2, 181, bezw. den vom Gerichte getroffenen besonderen Anordnungen (§ 181 Abs. 3) zu besorgen. Mit Rücksicht auf Baden § 243, auf den sächs. Entw. § 174 und österr. Entw. § 180 konnte in Frage kommen, ob im Falle der öffentlichen Ladung einer Partei für diese ein Kurator bestellt werden solle oder könne, welcher vorläufig die Rechte der abwesenden Partei im Prozesse wahrzunehmen oder doch den Aufenthalt derselben thunlichst zu ermitteln habe. Nach dem Vorgange der nordd. Kommission hat der Entwurf ein Bedürfnis hierfür nicht anerkannt, zumal durch die Prozeßordnung das geltende materielle Recht in Bezug auf die Anordnung einer cura absentis, sei es für das gesammte Vermögen oder einzelne Vermögensgegenstände des absees, in keiner Weise berührt wird (vgl. nordd. Prot. I. S. 373, 374).

Anlangend die Form der öffentlichen Zustellung, so erschien für alle Zustellungen, welche keine Ladung enthalten, mithin regelmäßig nur in Folge eines bereits anhängigen Prozesses ergehen — z. B. Versäumnisurtheile gegen eine öffentlich geladene Partei, vgl. preuß. Entw. § 196 — der Aushang an der Gerichtsstelle genügend (vgl. preuß. Motive S. 46, nordd. Entw. § 275), für alle öffentlichen Ladungen aber als ein wesentliches Erforderniß der Gültigkeit derselben neben der Insertion. In beiden Fällen soll zwar der Aushang regelmäßig bis zum Ablaufe der im § 182 bestimmten Fristen an der Gerichtstafel verbleiben, ohne daß indessen eine frühere Entfernung desselben der Gültigkeit der Zustellung Eintrag thun wird (vgl. § 771 und nordd. Prot. I. S. 372). Die Ladung selbst wird in einem Auszuge, welcher nach den Umständen in möglichst gedrängter Kürze zu fassen ist, inserirt. Dazu erschien die Schaffung eines für den ganzen Umfang des Deutschen Reichs geltenden, alle gerichtlichen Bekanntmachungen in Prozessen aufnehmenden Centralorgans (vgl. §§ 770, 787) wünschenswerth, um dadurch ein möglichst gleichmäßiges Verfahren und die möglichste Sicherheit zu gewähren, daß die Betheiligten von der ergangenen Aufforderung Kenntniß nehmen können.

Die Bestimmung der Fristen in § 182 entspricht den Vorschriften der Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 249, 250, dem preuß. Entw. §§ 193, 196 und nordd. Entw. §§ 278, 279, während andere Legislationen — Oldenburg Art. 91 § 3, Baden § 246, sächs. Entw. § 176 — die Zustellung mit dem Tage des Anschlags, bezüglich der ersten Einrückung für gesehen erklären. Die Bestimmungen des Entwurfs dürften auf größere Billigkeit Anspruch machen.

Uebrigens kommen die Vorschriften der §§ 179 ff. auch dann zur Anwendung,

wenn im Laufe desselben Processes eine zweite oder fernere öffentliche Ladung derselben Partei erforderlich wird.

In den Fällen der §§ 632, 687, 690, 708 braucht eine öffentliche Zustellung nicht zu geschehen.

### § 183. (R. B. § 183, G. § 190.)

Die Insinuation durch den Gerichtsvollzieher oder durch die Post giebt dem direkten, treibenden Einflusse der Partei auf die Raschheit der Zustellung soweit Raum, daß es dem betreibenden Theile bei einiger Diligenz stets möglich sein wird, Fristen zu wahren oder den Lauf der Verjährung oder einer Frist zu unterbrechen, sofern dies von einer Zustellung abhängig ist (vgl. §§ 205, 206, 231, 294, 457, 490, 516, 751 u. A.).

Anders verhält es sich in den Fällen der §§ 175—182, in denen die Partei zur Bewirkung einer Zustellung ihrerseits nichts weiter thun kann, als bei dem Gerichte ein begründetes Gesuch anzubringen, und die rechtzeitige Zustellung | von prompter C. 157. Rechtshilfe der Behörden und einer Anzahl zufälliger Umstände abhängig ist. Um für solche Fälle die Innehaltung von Fristen u. s. w. gegenüber dem Abwesenden überhaupt zu ermöglichen, ist die Bestimmung, daß die Wirkungen der Zustellung bereits mit dem Momente der Ueberreichung des Gesuchs eintreten sollen, unentbehrlich (vgl. hannov. Entw. § 172, preuß. Entw. § 193, nordd. Entw. § 280, preuß. Motive S. 46, hannov. Prot. S. 5083, 5084). Der Entwurf knüpft jedoch diese Folge, mit Rücksicht auf die sehr erheblichen materiellen Wirkungen, welche die bewirkte Zustellung für die Requisiten äußert (vgl. u. A. § 231 und Einführ. Ges. § 10 Abs. 3), an die Bedingung, daß die Zustellung demnächst auch wirklich ausgeführt wird, läßt also nur eine Rückwirkung auf den Moment der Gesuchsüberreichung eintreten. Der betreibende Theil wird dadurch nicht schlechter gestellt. In Fällen, wo dem Gegner thatsächlich nicht behändigt werden kann, z. B. weil sein Aufenthalt unbekannt ist, wird der Bedingung des § 183 durch öffentliche Zustellung genügt werden können, denn nach Ablauf der Fristen des § 182 steht die öffentliche Zustellung der thatsächlich erfolgten Behändigung in ihrer Wirkung durchaus gleich.

Dagegen mußte es bedenklich erscheinen, die Vorschrift, welche für die außerordentlichen, längere Zeit beanspruchenden Zustellungen der §§ 175 ff. als Ausnahme geboten ist, auf die im amts- und handelsgerichtlichen Prozesse regelmäßig zugelassene Anhebung des Gerichtsschreibers auszudehnen (nordd. Entw. § 213). Abgesehen von der prinzipiell nicht gerechtfertigten Begünstigung, welche damit die Vermittelung des Gerichtsschreibers gegenüber der unmittelbaren Beauftragung des Gerichtsvollziehers erfahren würde, kann es die Partei auch nicht entschuldigen, wenn sie bei der ihr gelassenen Wahl zwischen einem direkten Wege und einem Umwege in so dringenden Fällen, wie sie hier zu unterstellen sind, den verzögerlichen Weg einschlägt.

## Dritter Titel.

### Ladungen, Termine und Fristen.

§§ 184—200. (R. B. §§ 184—200, G. §§ 191—207)

Die

§§ 184—186 (R. B. §§ 184—186, G. §§ 191, 193)

enthalten die Ausführung der in der allgemeinen Begründung §§ 9, 10 hervorgehobenen Grundsätze:

- I. Die Ladungen zu den Terminen d. i. die Aufforderungen an den Gegner, an Streitgenossen und an sonstige bei dem Rechtsstreite betheiligte Personen (Intervenienten, Litisdenunziaten u. s. w.), in dem Termine zu erscheinen, erfolgen durch die Parteien unter Beobachtung der Bestimmungen

des vorigen Titels mit der vollen Wirkung der bisherigen gerichtlichen Ladung — § 184 Abs. 1. —

II. Die Termine werden durch den Vorsitzenden des Gerichts bestimmt — § 186 Abs. 2, § 123 Abs. 3. —

Beide Grundsätze unterliegen Modifikationen.

1. Von der allgemeinen Vorschrift der richterlichen Terminsbestimmung konnte bei Regelung des Verfahrens vor den Amts- und Handelsgerichten aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit abgewichen werden — §§ 441, 442, 443.

2. Will eine Partei über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln, so hat sie zu laden. Die Ladung ist bei dem Gerichtsschreiber einzureichen, jedoch nur „zum Zwecke der Terminsbestimmung“ (§§ 186 Abs. 1, 225). Eine sachliche Prüfung des Inhalts der Schriftsätze, in welche eine Ladung aufgenommen ist (§ 184 Abs. 2), zu dem Zwecke, formell oder materiell offenbar unbegründete Gesuche a limine zurückzuweisen, würde dem Mündlichkeitsprinzip widersprechen, da nach diesem lediglich das mündliche Vorbringen in der Gerichtssetzung entscheidend ist. Von diesem prinzipiellen Standpunkte aus erschien die Vorschrift des nordd. Entw. (§ 218), daß die von einer Partei nachgesuchte Bestimmung des Termins zu einer mündlichen Verhandlung nicht verweigert werden kann, selbstverständlich und darum entbehrlich (vgl. nordd. Prot. I. S. 349). Die Mitwirkung des Gerichts zur Einleitung des Rechtsstreits ist sonach, wie die allgemeine Begründung § 10 betont, eine nur formelle. Hiervon waren jedoch Ausnahmen bei dem Verfahren in Ehe-, Entmündigungs- und Aufgebotsachen nothwendig — §§ 546, 571, 769.

Der Gerichtsschreiber hat die Ladung dem Vorsitzenden (Amtsrichter) bezw. dem eruchten oder beauftragten Richter (§ 200) so zeitig vorzulegen, daß die Notirung des Termins auf derselben binnen 24 Stunden erfolgen und demnächst die Ladung von der betreibenden Partei wieder abgefordert werden kann — § 186 Abs. 2 — (vgl. Hannover § 143, hannov. Entw. § 176, nordd. Entw. § 217). Die kurze Frist ist vornehmlich mit Rücksicht auf die eine Ladung enthaltenden bestimmenden Schriftsätze (Klage, Rechtsmittelschriften u. s. w.) geboten, weil bei diesen der Zeitpunkt der Zustellung für die Partei von Bedeutung und die Verzögerung seines Eintritts nachtheilig ist. Aus dieser Rücksicht hat der hannov. Entw. (§ 177, vgl. hannov. Prot. IV. S. 1182) wie der hess. (Art. 254) und österr. Entw. (§ 188) die rechtlichen Wirkungen der Zustellung auch ohne vorgängige Anberaumung eines Termins eintreten lassen und der Gegenpartei die Befugniß erteilt, nachträglich die Terminsbestimmung zu extrahiren. In Uebereinstimmung mit der nordd. Kommission (Prot. I. S. 380—382, II. S. 532, III. S. 1276) ist jedoch der Satz wegen der damit verbundenen praktischen Unzuträglichkeiten nicht übernommen. Die Zustellung der Klage oder eines anderen Schriftsatzes (Einspruchs-, Rechtsmittelschrift zc.) ohne Ladung ist so wenig wie eine Ladung zu einem nicht bestimmten Termine von rechtlicher Bedeutung für den Gegner.

Bei Anberaumung des Termins hat der Vorsitzende die konkreten Umstände, die gesetzlichen Minimalfristen (vgl. §§ 119, 187, 226, 235, 437, 440, 443, 460, 463, 493, 495, 543, 589 zc.), sowie etwaige besondere Anträge der ladenden Partei (vgl. § 197) in Berücksichtigung zu ziehen.

3. Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen (Urtheilen, Beschlüssen, Verfügungen) bestimmt sind, ist eine Ladung nicht erforderlich — § 188 (vgl. nordd. Entw. § 215). Die Verkündung des Termins in der mündlichen Verhandlung ersetzt die Ladung — ohne Rücksicht darauf, ob bei der Verkündung die eine oder die andere Partei oder ob beide Parteien abwesend waren (§§ 273, 284 Abs. 2). Hiervon mußte aus nahe liegenden Gründen in den Fällen der §§ 290 Abs. 1, 292, 306 Abs. 1, 555 Abs. 2, 574 Abs. 2 abgewichen werden: trotz der Verkündung der Terminsbestimmung hat in diesen Fällen die erschienene Partei die nicht erschienene Gegenpartei zu dem neuen Termine zu laden.

4. Wird ein Termin von Amtswegen anberaumt oder verlegt, ein ausgefertigtes oder geschlossenes Verfahren von Amtswegen aufgenommen oder wieder eröffnet, ohne daß der Verhandlungstermin verkündet worden ist, so wird der letztere den Parteien mittelst Zustellung des betreffenden Beschlusses oder der betreffenden Verfügung von Amtswegen bekannt gemacht (§ 284 Abs. 3). In den Beschlü

oder in die Verfügung muß das Formale der Ladung, die Aufforderung zum Erscheinen in dem Termine aufgenommen werden: die Ladung erfolgt in diesen Fällen nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen (arg. § 188 und vgl. §§ 336 Abs. 2, 695 Abs. 2, nordd. Entw. § 357).

Unter der Voraussetzung, daß eine Verkündung der Terminbestimmung nicht stattgefunden hat, zählen hierher z. B. die Fälle der §§ 307, 316, 321, 323, 325, 133, 134, 136.

5. Die Ladung von Zeugen und Sachverständigen zur gerichtlichen Abhörung erfolgt nicht durch die Parteien, sondern von Amtswegen — §§ 331, 354.

Im Gegensatz zu dem unter II. vorangestellten Grundsatz richterlicher Terminbestimmung steht das Verfahren, welches im Gebiete des rheinisch-französischen Rechts beobachtet und von da lebhaft befürwortet wird.

In einem kaiserlichen Dekrete, betreffend die Polizei und Disziplin der Gerichte und Gerichte, vom 30. März 1808 finden sich detaillirte Vorschriften über das sog. Rollenwesen. Nach diesen trägt der Anwalt der fleißigeren Partei die zur Verhandlung in der Audienz reife Sache in eine auf der Gerichtsschreiberei befindliche Generalrolle ein und benachrichtigt hiervon den gegenseitigen Anwalt. Zu bestimmten Zeiten werden die in der Zwischenzeit auf die Generalrolle eingetragenen Sachen in öffentlicher Sitzung den einzelnen Civilkammern überwiesen und auf deren Spezialrollen übertragen. Die auf die Spezialrolle übertragenen Sachen bezw. ein größerer Theil werden afficirt und kommen nach der Reihe, welche sie auf der Rolle einnehmen, zur Verhandlung. So ist der Geschäftsgang des französischen Prozesses ganz im Allgemeinen aufgefaßt.

Ein derartiger Geschäftsgang gewährt unstreitig eigenthümliche Vortheile; es wird dadurch jeder einzelnen Sache die Zeitfolge für die Verhandlung gesichert, welche ihr nach allgemeinen Grundsätzen zukommt; es wird dadurch ferner erreicht, daß das Gericht nicht in die Lage kommt, wegen Mangels zu verhandelnder Sachen in seinen Geschäftsstunden unbeschäftigt zu sein. Diese Vortheile bliesen jedoch nicht überschätzt werden. Der erstere hat lediglich einem Mißbrauche oder der Befürchtung eines solchen gegenüber Sinn und Bedeutung, ein Gesichtspunkt, welcher für den Entwurf eben so sehr in den Hintergrund treten kann, als er für den französischen Gesetzgeber im Vordergrund lag. In die Stelle der Vorschrift der älteren Oefte, daß die Sachen nach der Rolle verhandelt werden sollten, war der Gebrauch getreten, durch Bittschriften (Placets) den Vorsitzenden um Anberaumung einer Audienz zu ersuchen. Dieser Gebrauch hatte durch Begünstigung der einen, durch Hintansetzung der anderen Partei zu den größten Mißbräuchen geführt, gegen welche vom Jahre 1790 an die Gesetzgebung sich richtete, indem sie die alte Sitte des Verhandeln nach der Rolle wieder einführte. Der zweite Vortheil hat große Bedeutung; allein es darf mit Grund angenommen werden, daß ein der Geschäfte kundiger Vorsitzender des Gerichts mit Leichtigkeit im Stande sein wird, durch angemessene Vertheilung der Sachen auf die einzelnen Terminstage und durch gewandte Leitung des Verfahrens (z. B. Aussetzung der Berathung über das Urtheil) ein erhebliches Mißverhältniß nach der einen oder anderen Seite hin zu vermeiden.

| S. 160.

Wie man hierüber auch denken möge, gegen den Geschäftsgang des französischen Prozeßrechts spricht mit erheblichem Gewichte der Umstand, daß derselbe zu großer Belästigung der Anwälte und der Parteien dient, indem die ersteren, nie sicher, wann die von ihnen vertretene Sache zur Verhandlung gelangen werde, wiederholt sich vorzubereiten und ihre Zeit auf den Gerichten zuzubringen haben, den letzteren aber im Falle der Entfernung aus gleichem Grunde die Möglichkeit, bei der Verhandlung ihrer Sache anwesend zu sein, fern gerückt wird.

Dem genfer Gesetzbuche ist das Rollenwesen des französischen Rechts fremd, nach jenem erfolgt die Vorladung auf einen bestimmten Tag, welcher freilich vom Vorsitzenden des Gerichts regelmäßig nicht bestimmt wird. Fremd blieb jenes Rollenwesen auch der Civilrechtspflege im ehemaligen Königreiche Westfalen; da das eigentliche Prozeßgesetz die fraglichen Bestimmungen nicht enthielt, so schloß man sich insoweit an das frühere Recht und erbat durch placet vom Vorsitzenden die Fixirung der Audienz. Es ist mehrfach bezeugt, daß dieses Verfahren besondere Uebelstände nicht herbeigeführt, vielmehr vortheilhaft gewirkt habe. (Leonhardt, B. P. D. Ed. IV. S. 119, 120.)

Von neueren Gesetzeswerken haben sich dem französischen System die bayerische Prozeßordnung (vgl. Schmitt a. a. D. S. 760 ff.) und im Wesentlichen auch der preußische Entwurf angeschlossen, während der hannoversche, hessische, österreichische, norddeutsche Entwurf, wie die Prozeßordnungen von Württemberg, Baden und Oldenburg die dem deutschen Prozeßrechte entsprechende Einleitungsform der hannoverschen Prozeßordnung für zweckmäßiger erkannt haben, wonach ein durch Erhebung der Klage anhängig gewordener Rechtsstreit auch für das zu dessen Entscheidung berufene Gericht in die Welt tritt und dessen, wenn auch nur formeller Einwirkung von vorn herein unterworfen wird.

Der Entwurf ist nach Abwägung aller Vortheile und Nachtheile des Rollenwesens der überwiegenden Mehrzahl deutscher Legislationen gefolgt; auch ihm erscheint die Terminsbestimmung durch den Richter in höherem Maße geeignet, einen ordnungsmäßigen Geschäftsbetrieb bei den Gerichten zu sichern, eine angemessenere Behandlung der einzelnen Streitfache nach Maßgabe der besonderen Verhältnisse derselben und bei pflichtmäßigem Verhalten der Anwälte selbst einen rascheren Fortgang und eine raschere Erledigung des Rechtsstreits zu fördern (vgl. hannov. Prot. I. S. 28—34, V. S. 1391 ff., 1498 ff., VI. S. 1850 ff., XV. S. 5401 ff., XVI. S. 6170 — nordd. Prot. I. S. 379 ff., II. S. 782, 817, 818).

### § 185. (R. B. § 185, G. § 192.)

Spezielle Erfordernisse der Ladung vorzuschreiben (nordd. Entw. §§ 184, 209), hat der Entwurf für entbehrlich erachtet, weil sie sich mit Rücksicht auf den Zweck der Ladung, den Gegenstand des Termins, zu welchem geladen wird, und die Person des Ladenden im einzelnen Falle von selbst ergeben; hervorgehoben ist als obligatorisch nur die Aufforderung zur Anwaltsbestellung in den hier gedachten Fällen. Bei der Neuheit des Anwaltszwanges in einer Anzahl deutscher Länder hat die Aufforderung zur Anwaltsbestellung in jeder Ladung, mit der ein Rechtsstreit oder eine neue Phase des Rechtsstreites eingeleitet wird, eine erhebliche praktische Wichtigkeit, so oft die Zustellung der Ladung an eine Partei, nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt.

### § 189. (R. B. § 189, G. § 196.)

In Betreff der Bestimmung des zweiten Absatzes genügt es auf die Motive zum Einführungsgeetze des Gerichtsverfassungsgesetzes § 5 zu verweisen.

### § 190. (R. B. § 190, G. § 197.)

§ 161.

Die Versäumung eines Termins tritt erst mit dem Schlusse der Verhandlung (§ 120 Abs. 4) ein. Zwar ist nicht zu verkennen, daß die Zulassung der Partei, welche beim Aufrufe der Sache fehlt und erst im Laufe des Termins auftritt, Störungen des Geschäftsbetriebs und resultatlose Verhandlungen herbeiführen kann, gleichwohl ist das strengere Prinzip, nach welchem die Versäumung bereits mit dem Beginne des Termins eintritt (vergl. preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 21, Präjudiz des Ober-Tribunals Nr. 626, Hannover § 147, Oldenburg Art. 94 § 4), weder mit den sonstigen Grundsätzen des Entwurfs über die totale Versäumung, deren Affikation und Deklaration (§§ 202, 285 ff.) vereinbar, noch an sich zu billigen, weil dasselbe Härten herbeizuführen geeignet ist und andererseits das ergehende Versäumnisurtheil regelmäßig mittelst Einspruchs wieder beseitigt werden kann, so daß unnöthige Aufwendungen von Zeit und Kosten veranlaßt werden würden (vgl. preuß. Entw. § 207 und Motive S. 48; hannov. Entw. § 180; nordd. Entw. § 220 und Prot. I. S. 384 ff.; hannov. Prot. I. S. 319, Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 258, Baden § 191).

### § 187. (R. B. § 187, G. § 194.)

Von den Fristen des Entwurfs sind hervorzuheben:

- 1) Einlassungsfristen, d. h. diejenigen Zeiträume, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift bezw. Berufungs-, Revisions- und Oberrevisions-

- schrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegen sollen: (§§ 226, 440, 460, 493, 543 Abs. 2);
- 2) Ladungsfristen, d. h. Fristen, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen sollen: (§§ 187, 437, 443, 589);
  - 3) Fristen, welche die Zustellung vorbereitender Schriftsätze regeln: für die Klagebeantwortung, Beantwortung der Berufungs- und Revisionschrift: (§§ 235, 463, 495); für sonstige vorbereitende Schriftsätze: (§§ 119, 231 Abs. 2);
  - 4) Nothfristen (Fatalien). Als solche bezeichnet der Entwurf die Fristen: zur Einlegung des Einspruchs (§ 294), der Berufung, der Revision (§§ 457, 490), der sofortigen Beschwerde (§ 516 Abs. 2), zur Erhebung der Restitutions- und Nullitätsklage (§ 525), der Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil (§ 780), und gegen einen Schiedspruch (§ 811).

5) Gesetzliche und richterliche Fristen.

Richterliche Fristen werden von dem Richter gegeben, die Dauer der Frist mag durch das Gesetz genau begrenzt oder ihre Bemessung dem richterlichen Arbitrium innerhalb gewisser Schranken überlassen sein; dahin gehören u. a. die Einlassungs-, Ladungs- und die zur Vorbereitung durch Schriftsätze bestimmten Fristen. Gesetzliche Fristen werden nicht durch Verfügung des Richters in Lauf gesetzt, sondern ihr Beginn knüpft sich kraft Gesetzes unmittelbar an ein bestimmtes prozessualisches Ereigniß (z. B. die Zustellung eines Parteischriftstücks; vgl. Motive zum württ. Entw. Art. 261, 262 S. 237 ff.). Dahin gehören sämtliche Nothfristen, die Fristen für den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 205), auf Berichtigung des Thatbestandes (§ 281), Ergänzung des Urtheils (§ 252), für Erhebung des | S. 162. Widerspruchs gegen einen Zahlungsbefehl | (§§ 585, 587) u. a. Der innere Unterschied beider tritt in den Vorschriften über die Zulässigkeit ihrer Erstreckung und Abkürzung (§§ 195, 197) in die Erscheinung.

Im Gegensatz zum französischen und bayerischen Rechte hat der Entwurf nach dem Vorgange der hannoverschen Prozeßordnung, des hannoverschen, hessischen und norddeutschen Entwurfs die gesetzlich fixirten Fristen mehrfach zu Gunsten richterlich zu bemessender beschränkt. Für das französische und bayerische Recht macht die außergerichtliche Instruktion der Sache die Anordnung fester Fristen nothwendig, während das gemeinrechtliche und legislativ allein zu rechtfertigende Prinzip, daß eine jede Sache in dem Maße und Umfange zu beschleunigen ist, als dieses die konkreten Verhältnisse gestatten, die Anordnung von Fristen erfordert, welche — in minimo zwar durch das Gesetz bestimmt — im Uebrigen aber durch das die einzelne Sache bezielende richterliche Arbitrium zu bemessen sind. Die gesetzlich fixirte Frist ist für Sachen der verschiedensten Bedeutung eine gleiche. Vom Gesetze nach demjenigen, was für die Sachen mittlerer Gattung für angemessen erachtet wird, festgestellt, reicht sie gerade für die Sachen nicht aus, welche ganz vorzugsweise wegen ihrer Weitläufigkeit und Verwickelung einer gründlichen Vorbereitung bedürfen. Vertagungen und andere praktische Unzuträglichkeiten sind die Folge, die, wengleich in anderer Richtung, auch dann hervortreten, wenn man allgemein die Erstreckung gesetzlich fixirter Fristen durch den Richter für zulässig erklären wollte.

Was insbesondere die Einlassungs- und Ladungsfristen anlangt, so haben für den Fall, daß die Gegenpartei im Auslande wohnt, verschiedene Legislationen bestimmte Zusatzfristen gesetzlich normirt. Eine generelle und feste Bestimmung von Zusatzfristen — die nothwendig komplizirt ausfallen muß (vgl. z. B. bayer. Proz. Ordn. Art. 209) empfiehlt sich indessen weniger, als die Anordnung, bei gewissen speziellen Fristen, bei denen ein Bedürfniß für die Verlängerung in Ausnahmefällen besteht, die Bestimmung dem Richter zu überlassen (hannov. Prot. S. 307 ff., 313, 5156 ff.), wie nach dem Vorgange der genfer und hannov. Prozeßordnung der Entwurf in den §§ 226, 294, 440, 450, 493 gethan hat. Rücksichtlich der Ladungsfrist liegt ein Bedürfniß nach Zusatzfristen aber überhaupt nicht vor, weil die Vorschriften der §§ 195, 198, 199 über Fristverlängerung und Terminsverlegung ausreichend sind.

## § 191. (R. B. § 191, G. § 198.)

Der Lauf einer richterlichen Frist beginnt, sofern nicht bei Feststellung derselben ein Anderes bestimmt ist, mit der Zustellung des Schriftstücks (Parteischriftsatzes oder richterlicher, nicht verkündeter Beschlüsse oder Verfügungen), in welchem die Frist festgesetzt ist, oder, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf (§ 284), mit der Verkündung der Frist (Württemb. Art. 259, hannov. Entw. § 181, preuß. Entw. § 208, nordd. Entw. § 221). Die letztgedachte Vorschrift empfiehlt sich, weil die Zustellung der Urtheile, der verkündeten Beschlüsse und Verfügungen in der Hand der Parteien liegt, der Richter daher bei seinen Fristbestimmungen keinen Anhalt für sein Ermessen finden würde, wenn die angeordnete Frist erst von der Zustellung seiner Entscheidung ab lief. Anders verhält es sich mit nicht verkündeten Beschlüssen und Verfügungen, da sie von Amtswegen insinuiert werden. — Die verkündete Frist läuft auch gegen die bei der Verkündung nicht anwesende Partei (§§ 284, 273). —

Ist der Beginn einer Frist — gesetzlicher oder richterlicher an eine Zustellung geknüpft (wie beispielsweise die Einspruchs-, Berufungs- und Revisionsfrist), so soll mit dieser der Fristenlauf nicht nur wider den Requisiten, sondern auch wider den betreibenden Theil, der die Zustellung hat bewirken lassen, beginnen. Die Bestimmung — bereits der Proz. Ordn. v. Bayern Art. 210, dem hannov. (§ 182), preuß. (§ 209), hess. (Art. 260), österr. (§ 192) und nordd. (§ 222) Entw. bekannt — vermeidet den Uebelstand, daß für jede Partei, je nach dem Zeitpunkte der an sie geschehenen Zustellung (Württemb. Art. 260) der Fristenbeginn und Lauf ein verschiedener ist und macht gleichzeitig mehrfache und gegenseitige Zustellungen, wie deren Kosten wegfallen.

Die

## §§ 192, 193 (R. B. §§ 192, 193, G. §§ 199, 200)

regeln die Berechnung der Fristen und sind den Art. 328, 329, 330 des deutschen Handelsgesetzbuchs, den Art. 32 und 92 der deutschen Wechselordnung und den Vorschriften der Proz. Ordn. v. Hannover (§ 146), Württemberg (Art. 261 ff.), des hannov. (§§ 183, 184), preuß. (§§ 212—215) und nordd. Entw. (§§ 223—225) im Wesentlichen entsprechend. Daß unter einer auf „acht“ oder „vierzehn Tage“ bestimmten Frist volle acht oder vierzehn Tage, ausschließlich des im § 192 gedachten Tages, zu verstehen sind (D. H. G. B. Art. 328 Nr. 1), sowie daß eine nach Tagen bestimmte Frist mit Ablauf des letzten Tages der Frist endigt, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung (preuß. Entw. §§ 213, 214, nordd. Entwurf §§ 224, 225).

Ebensowenig hat die hierher gehörige Vorschrift des hannoverschen Entwurfs (§ 185), wonach bei einer, mehreren Streitgenossen laufenden, verschiedenen Frist die zuletzt ablaufende für alle Streitgenossen maßgebend sein soll (vgl. Bayern Art. 210, österr. Entw. § 195), Aufnahme gefunden. Zu einer solchen generellen Abweichung von dem bei der Streitgenossenschaft geltenden Grundsatz (§ 58) liegt keine Veranlassung vor (vgl. hannov. Prot. S. 5147 ff. und Motive zum württemb. Entw. Art. 255, 256 S. 237), während für die Fälle nothwendiger Streitgenossenschaft der § 59 bereits die entsprechende Bestimmung enthält.

Der

## § 194 (R. B. § 194, G. § 201)

ordnet den Einfluß der Gerichtsferien auf Beginn und Lauf gesetzlicher und richterlicher Fristen. Abweichend von der badischen Proz.-Ordn. (§ 206) und dem hannov. Entw. (§ 186), dessen Vorschriften bereits zutreffend als eine thatsächliche Verkürzung der Feriälzeit für Richter und Parteien enthaltend bezeichnet sind (F. Meyersburg, Gutachten zc. S. 28), läßt der Entwurf den Lauf einer Frist weder in den Ferien beginnen noch die Frist mit den Ferien ablaufen, vielmehr beginnt der Lauf einer Frist, deren Anfang in die Ferien fällt, mit dem ersten Tage nach den Ferien und eine bereits im Laufe begriffene Frist wird durch den Eintritt der Gerichtsferien dergestalt gehemmt, daß der noch übrige Theil der Frist nach Schluß der Ferien seinen Fortlauf nimmt. Nur so wird den Ferien nach allen Seiten hin der wohlthätige Charakter gewahrt. Die Proz.-Ordn. von Hannover § 150, Württemberg

Art. 263, Oldenburg Art. 95 ff., der preuß. (§ 221) und nordd. Entw. (§ 226) disponiren in gleicher Weise. —

Eine Ausnahme besteht für Nothfristen und Fristen in Ferienfachen: beide Arten von Fristen beginnen und laufen in den Gerichtsferien. (Vgl. Präjudiz des preuß. Ober-Tribunals Nr. 1113, Hannover § 150, Oldenburg Art. 95 § 2, preuß. Entwurf § 222, nordd. Entw. § 226, österr. Entw. § 196).

Die Zeit der Gerichtsferien sowie die während der Ferien zu erledigenden | S. 164. | Sachen (Feriensachen) sind durch das Gerichtsverfassungsgesetz §§ 164—168 bestimmt.

### §§ 195, 196, 198. (R. V. §§ 195, 196, 198, G. §§ 202, 203, 205.)

Eine generelle Beschränkung der Parteivillfür in Betreff der Erweiterung oder Verkürzung von Prozeßfristen und der Aufhebung von Terminen wäre weder durch Rücksichten des Bedürfnisses noch der Zweckmäßigkeit motivirt. Im Grundsatz geben daher die §§ 195 und 198 der Vereinbarung der Parteien vollen Spielraum (vgl. auch § 220). Dabei ist es selbstverständlich, daß (abgesehen vom handels- und amtsgerichtlichen Verfahren) die Parteien, wenn sie die Aufhebung eines Termins vereinbaren, nicht den Tag bestimmen können, auf welchen der Termin zu verlegen, daß vielmehr nur die vertragsmäßige Verschiebung eines Termins vorbehaltlich der Festsetzung eines neuen durch das Gericht bezw. dessen Vorsitzenden gestattet ist (hannov. Prot. I. S. 329).

Der Vereinbarung der Parteien sind die Nothfristen entzogen. Es ist traditionell und von den meisten der neueren Gesetzgebungswerke (Württemberg Art. 264, Bayern Art. 212, Baden § 204, preuß. Entw. § 220, hannov. Entw. § 188, hess. Entw. Art. 266, nordd. Entw. § 228, österr. Entw. § 147, vgl. auch Wegell a. a. D. S. 665, Note 16, 17, S. 877 und Präj. des preuß. Ober-Tribunals Nr. 2034, 2084) anerkannt, daß dieselben als ein Gegenstand der öffentlichen Ordnung unabänderlich sein müssen. Die hannov. Prozeßordn. § 152 weicht hiervon ab, indem sie die Nothfristen konventioneller Erstreckung unterwirft (ebenso Oldenb. Art. 96) und giebt gegen mißbräuchliche Erstreckung besondere Vorschriften (Abs. 3), welche sich indessen in der Praxis nicht als zweckentsprechend erwiesen haben (vgl. hannov. Prot. S. 329 ff., 5158 ff.).

Den Nothfristen steht in dieser Richtung gleich die Frist zur Beantragung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Nothfristen (§ 205).

Durch die dem hannov. Entw. § 190 und dem nordd. Entw. § 231 sich anlehnenden Vorschriften des

### § 197 (R. V. § 197, G. § 204)

wird dem Verfahren eine solche Elastizität gegeben, daß der Entwurf von der Aufstellung eines beschleunigten (summarischen) Verfahrens für bestimmte Kategorien von Sachen absehen und sich selbst für die summarische Prozedur im Urkunden- und Wechselprozesse auf die Anordnung einer kürzeren Einlassungsfrist für den Wechselprozeß (§ 535 Abs. 2) beschränken konnte.

Zur Beseitigung von Zweifeln ist im Absatz 2 ausgesprochen, daß die Abkürzung der Einlassungs- und Ladungsfristen nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann. Gegenüber der Forderung nach beschleunigter Verhandlung und Entscheidung der Sache tritt die Forderung nach Vorbereitung der Verhandlung durch Schriftsatz zurück: die beantragte Abkürzung kann nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil die Vorbereitung durch Schriftsatz innerhalb des zwischen der Zustellung der Ladung und dem Termine liegenden Zeitraumes unmöglich ist. Selbstverständlich steht aber der Absatz 2 einer Vertagung der mündlichen Verhandlung nicht entgegen, wenn sich herausstellen sollte, daß die Einlassungs- oder Ladungsfrist so kurz bemessen war, daß dem Geladenen nicht die zur Vorbereitung der Defension nothwendige Zeit geblieben ist.

| **Viertes Titel.**| **§. 165.****Folgen der Versäumung. Wiedereinsetzung in den  
vorigen Stand.**

§§ 201—208. (R. B. §§ 201—208, G. §§ 208—216.) |

Die Erreichung des Prozeßzwecks erfordert, daß das Gesetz mit der Unterlassung parteilicher Prozeßhandlungen, wie mit der Nichtbeachtung der für prozeßuales Handeln gesetzten Zeitgrenzen Nachtheile verbindet. Sie werden als „Folgen der Versäumung“ (im weitesten Sinne des Wortes) bezeichnet. Versäumen kann die Partei in diesem Sinne sowohl obligatorische, als fakultative Prozeßhandlungen, sowohl eine selbstständige prozeßuale Einzelhandlung, als die Verhandlung und innerhalb der letzteren, die sie an sich vorgenommen hat, noch dadurch, daß sie unvollständig handelt. In allen diesen Richtungen stellen die neueren deutschen Gesetzgebungen als allgemeine Folge der Versäumung die Vermuthung auf, daß die Partei, welche eine Prozeßhandlung überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig vorgenommen, dieselbe auch nicht haben vornehmen wollen. Die Partei wird mit der versäumten Prozeßhandlung ausgeschlossen, — der Regel nach von selbst und kraft des Gesetzes, ausnahmsweise auf Antrag des Gegners.

So sehr auch dieser Ausschluß gegründet und durch das Bedürfniß geboten erscheint, so würde seine ausnahmslose und strenge Durchführung doch für eine große Reihe von Fällen den Erfolg des Rechtsstreits vom Zufalle abhängig machen und die Beschleunigung des Prozeßes auf Kosten des materiellen Rechts erreichen. Der Gesetzgeber hat deshalb zu allen Zeiten Mittel nöthig gehabt, um unbeschadet der Sicherheit des Prozeßganges Versäumungen für die Partei unschädlich zu machen.

Die Versuche zur Lösung dieser Aufgabe bewegen sich in zwei bemerkenswerthen Gegensätzen.

Das gemeinrechtliche System gestattet, die Folgen beinahe jeder Versäumung von Terminen, Fristen und Parteierklärungen als behoben anzusehen, wenn die Bedingungen der Restitution vorliegen. Dasselbe hat zu unerträglicher Verschleppung der Prozesse geführt und die Unmöglichkeit seiner Beibehaltung bewiesen. Ältere, wie neuere Partikulargesetze haben demnach mehr oder minder die Abhilfe auf Fälle beschränkt, in denen die Versäumung von so entscheidenden Folgen für den Ausgang des Prozeßes gewesen ist, daß zur Wahrung des Rechts Remedur nöthig erscheint. Daneben machte sich, vornehmlich in den Ländern des mündlichen Prozeßes, der natürliche Unterschied zwischen Frist- und Terminversäumnis geltend. Wo es sich um die Vornahme einseitiger schriftlicher Prozeßhandlungen binnen einer bestimmten Frist handelt, für deren Zureichen das Gesetz, bezw. von Fall zu Fall der Richter gesorgt hat oder durch Fristerftredung gesorgt werden kann, erscheint die Präklusion der Partei mit der versäumten Prozeßhandlung minder bedenklich, als in einem Verfahren, welches seinen Schwerpunkt in der Verhandlung vor dem erkennenden Richter hat und die Vornahme der entscheidendsten Prozeßhandlungen nicht in den bequemen Zeitraum von Tagen, Wochen oder Monaten verweist, sondern an die enge Grenze einer bestimmten Verhandlungsstunde bindet. Von diesem Gesichtspunkte aus haben die neueren Gesetzgebungen die Sanirung von Fristversäumnissen entweder gänzlich ausgeschlossen oder doch nur ausnahmsweise für die wichtigsten Fälle ermöglicht, dagegen wider Versäumung der Verhandlung allgemein Nachsicht gewährt. Wenn sie daneben unvollständiges Handeln innerhalb der Verhandlung nur beschränkt nachholen lassen, so findet diese Strenge in dem ausgedehnten Prozeßleitungsamte des Richters ihr milderes Correlat. | **§. 166.**

Der zweite der beregten Gegensätze betrifft das Mittel zur Abwendung von Versäumungsnachtheilen. Die frühere Zeit war milde beim Eintritte der Versäumung, strenge bei ihrer Wiederbeseitigung; gegenwärtig ist das Umgekehrte ein Axiom der Gesetzgebungspolitik.

Es ist bekannt, daß die gesammte ältere Prozeßgesetzgebung, beherrscht von der



Furcht, das materielle Recht durch Festhalten am Formalen gebeugt zu sehen, Fristen und Terminen grundsätzlich dilatorischen Charakter beimäß. Erforderte das römische Recht eine dreimalige Ladung der Partei, — welcher Vorgang der Hauptsache nach auch der Auffassung des älteren deutschen Rechts entsprach und, von der italienischen Praxis adoptirt, in das canonische Recht, von da in die deutschen Reichsgesetze und Partikularrechte der Einzelstaaten übergang — so wurde zu Anfang des 16. Jahrhunderts in der Praxis vieler (namentlich französischer) Gerichte erst der vierten Ladung peremptorische Wirkung beigelegt. Dieser lagen Auffassung gesetzlicher und richterlicher Befehle trat zuerst in Frankreich die Ordnung vom Jahre 1539 entgegen und seither machte sich auf dem gesammten Gebiete der Prozeßgesetzgebung mit stets wachsender Entschiedenheit die Tendenz geltend, die Kontumazialnachtheile bereits mit der ersten Versäumung als verwirkt anzusehen, wenn schon das gemeine Recht daran festgehalten hat, daß vor der Litiskonfestation erst der dritte an den Beflagten ergehende Befehl — Ladung oder *mandatum ad excipiendum* — in peremptorischer Form erlassen wird. Der allgemein in den neueren deutschen Gesetzgebungen vorfindliche Grundsatz des Ausschlusses der Partei mit der versäumten Prozeßhandlung stellt die peremptorische Natur der Fristen und Termine klar und damit im Prinzip fest, daß es zur Abwendung der Versäumnisfolgen nothwendig einer besonderen Thätigkeit des Säumigen bedarf. Was die Wiederbeseitigung bereits eingetretener Versäumungsnachtheile angeht, so stehen sich das gemeinrechtliche Restitutionsystem und das im französischen Rechte ausgebildete, in die überwiegende Mehrzahl neuer deutscher Gesetzeswerke übergegangene Institut des Einspruchs (Opposition) gegenüber; beide auf dasselbe Resultat — Wiedereröffnung der Verhandlung zum Zwecke der Nachholung des Versäumten in derselben Instanz — gerichtet; jenes eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, geknüpft an den Beweis, daß die Versäumung der Partei keine freiwillige oder doch eine genügend entschuldigte war, in ihrer Strenge eine Ergänzung der vor Eintritt der Versäumung obwaltenden Milde und angepaßt dem zumeist in Fristen sich bewegenden schriftlichen Prozesse, in der Praxis aber ohne Halt, Kraft und Energie zu einem der Grundübel des deutschen Prozesses geworden; der Einspruch dagegen ein ohne Rücksicht auf motivirende Gründe gestattetes, formloses Schuzmittel, welches die Beseitigung der Versäumung lediglich von dem Entschlusse der Partei abhängig macht, vorzugsweise geeignet für ein in Terminen sich bewegendes Verfahren und die Härten einer energischen Ungehorsamsprozedur *ex post* mildernd.

Bei der grundsätzlichen Verschiedenheit der Auffassung und der entscheidenden Wichtigkeit eines richtigen Kontumazialsystems für den Verlauf des Prozeßverfahrens wird den Grundrissen des Entwurfs zweckmäßig ein Ueberblick über die bestehende Legislation voranzuschicken sein.

§ 167.

Die preussische Allgemeine Gerichtsordnung schritt gegen die prozessualische Restitution energisch ein; indem sie den peremptorischen Charakter aller Termine und Fristen statuirte, wurde die Restitution unter der Voraussetzung beseitigter erheblicher Gründe nur gegen Kontumazial- und Präklusions-Erkenntnisse, sowie gegen die versäumte Rechtsmittelfrist beibehalten (A. G. O. I. 14. Abschn. 3. I. 50, § 167 I. 14, § 34). Die Restitution gegen Nothfristenversäumung ist nachmals völlig beseitigt (Verordn. vom 14. Dezbr. 1833 § 22, Declaration vom 6. April 1839 Art. 13, 14, Verordn. vom 21. Juli 1846 § 27), die Restitution wider Kontumazialurtheile und diesen gleichstehende Mandate aber des Erfordernisses der *justa causa* entkleidet, somit der Sache nach zum Einspruche gemacht und auf versäumte Eidesleistungstermine ausgedehnt worden (Verordn. vom 28. März 1840 § 1, vom 21. Juli 1846 § 31). Die Bestrebungen, diese Strenge nach Maßgabe der Verordnungen vom 21. Juli 1849 § 67 und 24. Juni 1867 § 74 zu mildern (Einführung der prätorischen Restitution allgemein gegen Fristen und Terminversäumnisse, jedoch unter strengen Bedingungen), haben im Allgemeinen keine günstige Beurtheilung gefunden.

Als einziges Mittel, um zur Aufhebung der Nachtheile einer Versäumung zu gelangen, giebt der Code de proc. Art. 149 ff. den Einspruch (*opposition*) contre tous les jugements rendus par défaut. Gegen Fristversäumnisse wird Abhülfe nicht gewährt. In beschränkter Weise trifft das genfer Gesetzbuch eine solche Abhülfe; gegen jugements rendus par défaut und ordonnances préparatoires rendues par défaut findet der ordentliche (Art. 129, 136, 141), gegen Versäumung der Einspruchsfrist

der außerordentliche Einspruch statt, welcher letztere als eine der Zeit, wie den Gründen nach beschränkte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aufzufassen ist (Art. 139). Diefem Vorgange schließen sich an die hannov. Proz. Ord. (§§ 157 ff.) und der preuß. Entw. (§§ 365 ff.). Während beide eine weitere Fristenrestitution als die im außerordentlichen Einspruche gegebene nicht kennen, ist der Kreis des ordentlichen Einspruchs über wirkliche Versäumniß-Definitivurtheile hinaus erweitert, zugleich ein restitutionsähnliches Nachholen innerhalb einer Verhandlung veräußerter Prozeßhandlungen unter Umständen gestattet (vgl. hannov. Proz. Ord. §§ 204, 242, Leonh. a. a. D. S. 132 Anm. 4, preuß. Entw. § 528 u. a.).

Den Uebergang zu den die Fristenrestitution in erweitertem Umfange gewährenden Gruppen bildet die badische Prozeßordnung. Versäumungserkenntnisse, gegen welche der Einspruch und nach Ablauf der Einspruchsfrist der außerordentliche Einspruch gewährt wird, ergehen darnach auch über veräußerte Berufungsfrist, über Annahme von Zugeständnissen und Anerkenntnissen bei Unterlassung des Bestreitens u. a. (bad. Proz. Ord. §§ 208—225, 331, 332, 1129). Die Zulässigkeit des Nachholens von Thatsachen und Beweisen in der Instanz aus objektiven Restitutionsgründen wird im Grundsätze ausgesprochen (§ 224). Der hannoversche, sächsische und norddeutsche Entwurf haben den ordentlichen Einspruch wider bestimmte Versäumnißverfügungen bezw. Versäumnißurtheile übernommen (hannov. Entw. §§ 196 ff., sächs. Entw. §§ 541, 547, nordd. Entw. §§ 430 ff.), sie gewähren gegen den Ablauf von Nothfristen eine strenge Restitution und in einzelnen Fällen auch Abhülfe nach Art der Restitution wider Versäumung von Parteivorbringen in der Verhandlung, der sächsische Entwurf in weiterem Umfange, als die beiden anderen und unter der besonderen technischen Bezeichnung „Wiedereinsetzung“ (vgl. sächs. Entw. §§ 541, 547, 524 ff., hannov. Entw. §§ 205, 246, 284, 285, 333, 586 u. a., nordd. Entw. §§ 289 ff., 416 u. a.).

Am weitesten gehen der hessische Entwurf und die Prozeßordnungen von Bayern und Württemberg. Die Folgen veräußerter Verhandlung können durch den ordentlichen Einspruch, die Folgen veräußerter gesetzlicher oder richterlicher Fristen allgemein durch eine strenge Restitution beseitigt, unvollständiges Handeln aus restitutionsähnlichen Gründen mehr oder minder sanirt werden (vgl. hess. Entw. Art. 413, 273 ff. 364 u. a., Württemberg Art. 272 ff. 283 ff. 291, Bayern Art. 216 ff. 309 ff. 522, 565, 184 u. a.).

Unbekannt ist der Einspruch den Prozeßordnungen von Oldenburg und Braunschweig, dem österreichischen und nassauischen Entwurf, die das Restitutionsystem in verschiedener Strenge und differirendem Umfange beibehalten haben. Eine durchaus abweichende Richtung endlich hat der belgische Entwurf genommen, indem er den Einspruch aufgegeben und als Ersatz desselben — analog der Vorschrift des § 306 — vorgeschlagen hat, erst der wiederholten Ladung (réassignation) des im ersten Verhandlungstermine nichterschiedenen Beklagten einen peremptorischen Charakter beizulegen.

Der Entwurf hat in seinem Kontumazialsystem diejenige Mitte eingeschlagen, welche er zweckmäßig in dem norddeutschen Entwurf in wesentlicher Uebereinstimmung mit dem hannoverschen vorgezeichnet fand, und welche unter dem Beifalle namentlich des Anwaltstandes (Meyersburg, Gutachten S. 28 ff., Gutachten des Anwaltsvereins S. 174 ff., Verhandl. d. 9. Juristentags S. 118 ff.) sich gleich weit von zu Härten führender Strenge, wie prozeßverschleppender Milde fernhält. Die Grundsätze lassen sich dahin zusammenfassen:

- 1) Alle Termine und Fristen haben peremptorische Natur, so daß — von Ausnahmen (§§ 306 ff. 555, 574) abgesehen — schon auf die erste Ladung hin ein Versäumnißurtheil ergehen kann;
- 2) die Nothwendigkeit der Androhung der Kontumazialfolgen ist beseitigt, was insbesondere gegenüber dem altpreussischen Rechte hervorzuheben ist.
- 3) Ungehorsamsbeschuldigung wird zum Eintritte der Rechtsnachtheile der Versäumung regelmäßig nicht erfordert, und wo sie durch spezielle Gesetzesvorschrift für nothwendig erklärt ist, wird die Nachholung des Versäumten bis zum Schlusse der Verhandlung über die Ungehorsamsbeschuldigung zugelassen;
- 4) abgesehen hiervon findet die Aufhebung der Folgen der Versäumung

durch Nachholen des Versäumten (*morae purgatio*) oder auf dem Wege eines selbsttändigen Rechtsbehelfs nur da statt, wo das Gesetz dieselbe speziell zuläßt. Die Restitution gegen Fristenablauf und unvollständiges Handeln innerhalb der Verhandlung ist im Grundsatz beseitigt.

Das Gesetz läßt die Aufhebung der Versäumungsfolgen zu:

- a) allgemein gegen Versäumung von Verhandlungsterminen und das darauf basirte Versäumnisurtheil, sei es in der Hauptsache oder über einen Zwischenstreit (§ 302 Abs. 2), mittelst Einspruchs;
- b) ausnahmsweise gegen unvollständiges Handeln im Termine aus restitutionssähnlichen Gründen und so lange noch nicht endlich erkannt ist, mittelst Nachholung;
- c) gegen Versäumung von Nothfristen im Wege einer strengen Restitution.

| §. 169.

| Die Grundsätze zu 1—3 sind genereller Natur und haben deshalb in den §§ 201 und 202 ihre systematische Stellung mit Grund in dem vorliegenden Titel gefunden (vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 215, Oldenburg Art. 98, 99, nordd. Entw. §§ 284 ff.). Ueber die zulässige Wiederaufhebung der Folgen der Versäumung enthält sich der Entwurf auch hier eines allgemeinen Satzes, wie er zu 4 aus den Einzelsvorschriften des Entwurfs heraus entwickelt und beispielsweise in der hannov. Proz. Ordn. § 156 ausgesprochen ist; das Versäumnisurtheil und der Einspruch werden zweckmäßiger im konkreten Anschlusse an das Verfahren (§§ 280 ff.) behandelt; dasselbe gilt von den Fällen der *morae purgatio* (vgl. §§ 44 Abs. 3, 238, 309, 322, 329, 354, 385, 469, 810 u. a.), dagegen findet die Wiedereinsetzung gegen Versäumung von Nothfristen (§§ 204 ff.) hier, im allgemeinen Theile des Verfahrens, ihre richtige Stellung und Rechtfertigung.

#### § 201. (R. B. § 201, G. § 208.)

Die rechtlichen Folgen der Versäumung einer Prozeßhandlung sind theils allgemeine, theils besondere.

Der § 201 behandelt nur die ersteren, und spricht in abstracto aus, welche Folgen es habe, wenn eine Partei eine befristete prozessuale Einzelhandlung oder einen Termin versäumt, beziehungsweise eine Prozeßhandlung während der mündlichen Verhandlung ganz oder partiell unterläßt. Versäumung und Verweigerung sind völlig gleichgestellt. Daß diese Folgen darin zu bestehen haben, daß die Partei (neben der Verpflichtung zum Ersatze der durch die Versäumung entstehenden Kosten §§ 88, 208, 299) mit derjenigen Prozeßhandlung ausgeschlossen wird oder werden kann, welche innerhalb der betreffenden Frist oder in dem Termine vorzunehmen war, ist bereits bestehendes Prozeßrecht in Deutschland (vgl. Proz. Ord. v. Württemberg Art. 270 ff., Kommiff. Ber. S. 93, Bayern Art. 215, Hannover § 155, Oldenburg Art. 98, Braunschweig § 120, Baden §§ 208, 331, hannov. Entw. §§ 133, 194, hess. Entw. Art. 271, nordd. Entw. § 284, sächs. Entw. § 537, österr. Entw. § 204).

Die besonderen Folgen der Versäumung sind im Gesetze besonders normirt; sie sind so verschieden, als der Inhalt und Zweck der vorzunehmenden Handlung selbst und bestehen bald in dem Präjudize der Annahme eines Zugeständnisses (§§ 125, 286) oder der Anerkennung einer Urkunde (§§ 383, 391) oder der Genehmigung (§ 79), bald in der Annahme eines Verzichts auf das Klagerecht (§ 285) oder der Verweigerung eines Eides (§§ 404, 412, 413) u. A.

#### § 202. (R. B. § 202, G. § 209.)

Weder die allgemeinen noch die besonderen Nachtheile der Versäumung bedürfen einer vorgängigen Androhung (vgl. Proz. Ordn. v. Hannover § 155, Bayern Art. 215, Württemberg Art. 270, 272, Oldenburg Art. 99, hannov. Entw. § 195, nordd. Entw. § 285, österr. Entw. § 205). Wie dieser Grundsatz einerseits als eine Folge des Prozeßbetriebes durch die Parteien nothwendig und als Konsequenz des peremptorischen Charakters aller Fristen und Termine gegeben erscheint, außerdem aber von praktischer Bedeutung wird, indem er die durch das Androhungssystem hervorgerufene eigene Klasse von Streitigkeiten über die richtige Androhung und Ausführung des

Präjudizes abschneidet, so läßt er sich auch als Ausfluß einer wohlverstandenen Verhandlungsmaxime rechtfertigen. Das Gericht ist berufen, um über die von ihm verhandelten Streitpunkte zu urtheilen; die Verhandlung und Entwicklung der Streitpunkte ist Sache der Parteien; das Gesetz, nicht das Gericht, schreibt ihnen das „Wie“ vor, sagt ihnen insbesondere, welche Nachtheile die Vernachlässigung seiner Gebote zur Folge habe. (Vgl. Leonhardt, B. P. D. Bd. IV. S. 126 ff., Motive zum württemb. Entw. Tit. XIV. S. 240 ff., württemb. Komm. Ber. S. 88 ff.). Hierin liegt zugleich die besondere Rechtfertigung für den weiteren Satz, daß die vom Gesetze gedrohten, einer Androhung nicht bedürftigen Nachtheile auch kraft des Gesetzes, ohne hierauf gerichtetes besonderes Verlangen und — abgesehen von dem Versäumnisurtheile — ohne eine den Nachtheil besonders aussprechende richterliche Verfügung ins Leben treten.

Neben beiden Regelfällen bestehen Ausnahmen in beschränktem Umfange. Die Androhung des Versäumnisnachtheils ist erforderlich im Zahlungsbefehle (§ 585) und bei öffentlichen Aufgeboten (§§ 769 Nr. 3, 786) — Ausnahmen, welche sich aus der Natur dieser besonderen Verfahrensarten rechtfertigen. Nicht hierher zu beziehen ist das den Zeugen und Sachverständigen zu stellende Präjudiz (§§ 331, 354). Erheblicher erscheint die Zahl der Fälle, wo ein auf Verwirklichung des Versäumnisnachtheils gerichteter Antrag (Ungehorsamsbeschuldigung) für erforderlich erklärt ist. Hierher gehört vor Allem in Beziehung auf die Versäumung von Terminen das große Gebiet des Versäumnisurtheils (§§ 285 ff., 302, 138, 209, 210, 212, 215 Abs. 2, 308, 413, 483, 505, 539, 555, 574 Abs. 2, 593, 714), was mit der vom Entwurf angenommenen Konstruktion des Versäumnisverfahrens und der Zulassung des Einspruchs im Zusammenhange steht.

Mit der Nothwendigkeit der Ungehorsamsbeschuldigung ist von selbst gegeben, daß bis zum Antrage die Möglichkeit offen bleiben muß, das Versäumte nachzuholen (vgl. die oben allegirten Gesetzeswerke). Der Entwurf gestattet die Nachholung aber auch noch bis zum Schlusse der Verhandlung über den gestellten Antrag (§§ 123, 587, 773), was sich im Hinblick auf die hier überwiegend in Betracht kommende Versäumung von Terminen schon aus § 190 Abs. 2 als nothwendig ergab und an sich einer Verweiläufung des Verfahrens und Vermehrung der Kosten vorbeugt.

Daß übrigens unter dem auf Verwirklichung des prozessualischen Nachtheils gerichteten Antrage, wo nicht ein Anderes erhellt, nur der in der mündlichen Verhandlung, nicht in schriftlichen Eingaben gestellte Antrag zu verstehen und entscheidend ist, bedurfte keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze (Württemb. Motive a. a. O. S. 242, hannov. Prot. XVI. S. 6240).

### § 203. (R. B. § 203, G. § 210.)

Eine Aufhebung der Folgen der Versäumung findet nur nach Maßgabe der Bestimmungen des Entwurfs statt. Zur Vermeidung etwaiger Zweifel ist deshalb im Abs. 1 bestimmt worden, daß eine solche Aufhebung ex persona, auf Grund der dem Minderjährigen und der ihnen gleichgestellten Personen (Fiskus, Gemeinden, Stiftungen etc.) zustehenden Rechte, nicht zulässig sei; hiernach finden die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Minderjährigkeit auf prozessualische Versäumnungen keine Anwendung. Die Aufhebung dieser Vorschriften für das Gebiet des Prozeßrechts ist durchaus unbedenklich, aus prozesspolitischen Rücksichten geboten und bereits mehrfach ohne Beschwerde durchgeführt (vgl. für Preußen Deklar. vom 6. April 1839 Art. 13, Entsch. des Ober-Tribunals Bd. 19 S. 488, Bd. 20 S. 548, nordd. Entw. § 287, hannov. Prot. XVI. S. 5985 | S. 171. ff., 5965, sächs. Motive S. 489, 602).

Der zweite Absatz folgt aus dem angenommenen Prinzip (§ 79), daß die Handlungen und Unterlassungen des Vertreters als Handlungen und Unterlassungen der Partei gelten und die prozessualischen Verbindlichkeiten Beider für alle Regelfälle solidarisch sind. Die Hervorhebung dieses Satzes erschien angemessen, weil nach einzelnen jetzt geltenden Prozeßrechten die Nachlässigkeit des Vertreters einen Restitutionsgrund bildet, welcher zu erheblichem Mißbrauche geführt hat und dessen Beseitigung geeignet ist, dem Prozeßverfahren die erforderliche Sicherheit und feste Ordnung zu gewähren (vgl. Proz. Ord. v. Hannover § 159, Württemberg

Art. 283 und Motive a. a. D. S. 248, 249, Bayern Art. 216, hannov. Entwurf § 205, heff. Entw. Art. 273, österr. Entw. § 206, nordd. Entw. § 288, hannov. Prot. S. 5985 ff., Leonh. a. a. D. S. 129, 130, Gutachten des Anwaltvereins (S. 176).

Der Entwurf unterscheidet zwischen „gesetzlichen Vertretern“ und „Vertretern“. Der Ausdruck „Vertreter“ umfaßt die gesetzlichen Vertreter und die Stellvertreter — Prozeßbevollmächtigten, negotiorum gestores §§ 72 ff. 83.

#### § 204. (R. B. § 204, G. § 211.)

Wie die Vorbemerkungen zu diesem Titel ergeben, hat die neuere Legislation allgemein — mit Ausnahme des Code de proc. und des altpreußischen Rechts — gegen die Verjährung der kurzen Nothfrist zur Erhebung des Einspruchs eine weitere Rechtshilfe im Wege des außerordentlichen, an strenge Voraussetzungen gebundenen Einspruchs gewährt, damit aber auf die Bahn der in integrum restitutio gegen Fristverjähmisse zurückgelenkt. So wenig auch an sich außerordentliche Remedien wünschenswerth erscheinen, weil sie die Rechtskraft der Urtheile und damit die Rechts- und Verkehrssicherheit gefährden; so beachtenswerth ferner die Erfahrungen im Gebiete des preußischen Rechts sind, welche nach dem Gutachten der meisten höheren Gerichte die Beseitigung der Restitution gegen Ablauf von Nothfristen befürworten, so können für eine ganz Deutschland umfassende Prozeßgesetzgebung jene Erwägungen doch nur zur möglichsten Einschränkung der Fristenrestitutio und zu einer Schärfung der Restitutionsgründe führen, während der völlige Mangel einer Rechtshilfe gegen die Verjährung, insbesondere der Nothfristen, als ungerechtfertigte Härte empfunden werden müßte, namentlich in denjenigen Ländern, in welchen bisher eine mildere Uebung im Schwange war. Zu übersehen ist dabei nicht, daß in Preußen die Abschaffung der Restitutio gegen Verjährung der Rechtsmittelfristen mit einer erheblichen Verlängerung derselben Hand in Hand ging, auch die Insinuation der Urtheile von Amtswegen und unter gerichtlicher Kontrolle geschieht. Nach dem Entwurf sind die Nothfristen verkürzt; Androhung der Rechtsnachtheile, Belehrung der Partei über die zuständigen Rechtsmittel hat nicht statt; die Zustellung der Urtheile liegt der Zeit nach in der Hand der Partei, nach dem Modus in der Hand selbstständiger, vom Gerichte unabhängiger Vollstreckungsbeamten; für eine Reihe von Fällen müßte sich der Entwurf, wie jede Prozeßgesetzgebung, mit Ersatzzustellungen begnügen, welche nicht an die Partei selbst, sondern mit gleicher Wirkung an Bedienstete, Familienangehörige u. dergleichen. Alle diese Momente haben dazu geführt, in Uebereinstimmung mit dem hannoverschen und norddeutschen Entwurf zwar die Fristenrestitutio als allgemeine aufzugeben, dagegen wider den Ablauf von Nothfristen die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand | zuzulassen. Ersteres enthält eine Abweichung von den preuß. Verordn. v. 21. Juli 1849 und 24. Juni 1867, den Prozeßordn. v. Bayern und Württemberg und dem heffischen Entwurf und findet seine Rechtfertigung einerseits in den Bedenken, zu welchen die ausgedehnte Fristenrestitutio im gemeinen Rechte Veranlassung gegeben, zum Andern in der beschränkten Zahl gesetzlicher, einseitig unerstreckbarer Fristen, welche nach Ausschcheidung der Nothfristen im Entwurf noch übrig bleiben, während den richterlichen Fristen eine leichte Erstreckbarkeit selbst auf einseitiges Ansuchen der Partei gewährt ist (§§ 195 ff.).

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird, da innere Gründe eine Bevorzugung der Einspruchsfrist nicht rechtfertigen, gegen den Ablauf jeder Nothfrist gewährt, dagegen — in Abweichung von dem gemeinen Rechte, dem hannoverschen und heffischen Entwurf und der württembergischen Prozeßordnung — dem Restitutionsgrunde nach auf Naturereignisse und andere unabwendbare Zufälle (vis major) eingeschränkt (vgl. preuß. A. G. D. I. 14 § 34, Verordn. v. 21. Juli 1849 § 67, und 24. Juni 1867 § 74, genfer Gesetzb. Art. 138, Proz. = Ord. v. Hannover § 159, Bayern Art. 216, Baden § 215, preuß. Entw. § 387, nordd. Entw. § 289). Während der Begriff des „Mangels an Verschulden“ leicht einer laien Interpretation ausgesetzt ist, hat das Erforderniß der vis major bereits auf dem Gebiete des Handelsrechts (D. H. G. B. Art. 395) Eingang und bestimmte Anwendung gefunden; durch die Befügung des Beispiels „Naturereignisse“ erhält die Rechtsprechung einen

ferneren festen Anhalt. Die sonach nur für ungewöhnliche Fälle Raum lassende Schranke wird in Verbindung mit der weiteren Bestimmung, daß durch das Gesuch um Wiedereinsetzung die Vollstreckung regelmäßig nicht gehemmt wird (§ 600), dem Mißbrauche und der Prozeßverschleppung vorbeugen, zu welchen mildere Restitutionsgründe erfahrungsmäßig Gelegenheit bieten, und der Rechtskraft die Sicherheit nicht entziehen. Gleichen Zwecken dient es, daß der Entwurf ferner die Wiedereinsetzung an eine kurze, von dem Tage der Hebung des Hindernisses an laufende Frist knüpft, deren Erfriedung der Vereinbarung der Parteien entzieht und die Restitution nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Nothfrist an gerechnet, gänzlich ausschließt (§ 205). Er befindet sich dabei in wesentlicher Uebereinstimmung mit Hannover § 159, Württemberg Art. 285, 286, Bayern 217, Oldenburg Art. 191, Braunschweig § 123; dem österr. Entw. § 209, hannov. Entw. § 207, preuß. Entw. §§ 387, 388, nordd. Entw. § 292.

Hierher gehört endlich, daß der Entwurf die Restitutionsfrist nicht als eine Nothfrist anerkennt, sonach in Abweichung von dem hannov. (§ 207), sächs. (§§ 531, 548) und nordd. Entw. (§ 292), den Prozeßordn. von Württemberg Art. 285 und Braunschweig § 124 eine Wiedereinsetzung gegen die versäumte Wiedereinsetzung nicht gestattet, *restitutio restitutionis non datur* (vgl. preuß. V. G. D. I. 14 § 35, Verordn. v. 28. März 1840 § 5). Das Gegentheil, für welches die Konsequenz in Anspruch genommen wird, würde die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung prinzipiell endlos machen und ein Bedürfnis nicht für sich haben (hannov. Prot. XVI. S. 6240; Gutachten des Anw. Vereins S. 176).

Als einen besonders zu berücksichtigenden Fall hat § 199 Abs. 2 den der Versäumung der Einspruchsfrist hervorgehoben und die Wiedereinsetzung zugelassen, wenn die Partei von der Zustellung des Versäumnisurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat (vgl. preuß. Entw. § 389, nordd. Entw. § 289, nordd. Prot. I S. 405). Die Vorschrift ist durch die Erwägung hervorgerufen, [daß nach dem § 173. angenommenen Zustellungssystem die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß die Partei weder die Zustellung der Klage noch die des Versäumnisurtheils rechtzeitig erfährt. Zugleich dient die Vorschrift zur Erledigung von Bedenken, welche in Betreff der Zustellung an Zustellungsbevollmächtigte und mittelst Aufgabe zur Post (§ 154) sich erheben lassen (vgl. preuß. Motive S. 86, Koch, preuß. Civilproz. Ed. II. § 144, Anm. 4).

#### §§ 206—208. (R. v. §§ 206—208, G. §§ 214—216.)

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand steht in Beziehung zu einem anhängigen oder anhängig gewesenem Prozesse; er tritt auf dieselbe Weise ins Leben und nimmt denselben Gang, wie die Prozeßhandlung, welche in der versäumten Nothfrist vorzunehmen war. Daraus folgt, daß er im Falle der versäumten Einlegung der sofortigen Beschwerde durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt wird und zwar mit rechtlicher Wirkung sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegerichte (§ 206 Abs. 2), was dem § 516 entspricht (nordd. Entw. § 293 Abs. 2); in allen anderen Fällen versäumter Nothfrist durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner (vgl. §§ 295, 458, 491, 514, 222, 780, 811; Württemb. Art. 287, hannov. Entw. § 208, nordd. Entw. § 293 Abs. 1). Für den Parteiprozeß vgl. § 443.

Ebenso folgerichtig entscheidet in allen Fällen dasjenige Gericht, welches über den Einspruch, das Rechtsmittel, die Restitutions- oder Nullitätsklage, die Anfechtungsklage gegen das Ausschlussurtheil oder gegen den Schiedsspruch, um deren Geltendmachung es sich handelt, zu entscheiden haben würde, wenn die Nothfrist nicht versäumt wäre (§ 207) (vgl. Württemb. Art. 284, Oldemb. Art. 198; heff. Entw. Art. 274, österr. Entw. § 208, hannov. Entw. § 206, hannov. Prot. S. 636 ff., nordd. Entw. § 291). Welches Gericht darnach das kompetente, ergeben die §§ 293 ff., 453, 486, 516, 523, 593, 779, 812.

In weiterer Konsequenz des vorangestellten Satzes wird über den Antrag auf Wiedereinsetzung gleicherweise verfahren, als wenn die versäumte Prozeßhandlung schon rechtzeitig vorgenommen worden, so daß mündliche Verhandlung nur im Falle der Versäumung der sofortigen Beschwerde entbehrlich ist (§§ 512—516); wird ferner

die Zulässigkeit des Restitutionsantrags nach denjenigen Vorschriften geprüft, welche in dieser Beziehung für die versäumte Prozeßhandlung gelten (vgl. §§ 296, 476, 505, 513, 528 u. a.); unterliegt endlich die getroffene Entscheidung nur dann und unter denselben Voraussetzungen der Anfechtung, soweit eine solche wider die Entscheidung über die nachgeholtte Prozeßhandlung selbst (vgl. u. A. § 507 Abs. 2) zugelassen ist (§ 208 Abs. 2). Die Gewährung von Rechtsmitteln ist mehrfach für bedenklich erachtet und z. B. in der württembergischen Prozeßordnung Art. 290 Abs. 3 beschränkt worden (vgl. hannov. Prot. S. 3694—3696). In der angenommenen Begrenzung erscheint indessen die gefürchtete Verzögerung und Verweiläufigung an sich nicht zu besorgen; außerdem aber würde in der gänzlichen Ausschließung der Anfechtung eine Härte sowohl gegen den Imploranten als besonders gegen den Imploranten zu finden sein, welchem Letzteren ein Mittel gegeben sein muß, unbegründete Restitutionsertheilungen zu verhüten (hannov. Prot. S. 3695, 3696). Dies gilt auch für den Fall, daß die Wiedereinsetzung in contumaciam gegen den in der Verhandlung ausgebliebenen bezw. nicht verhandelnden Imploranten für zulässig erklärt ist; wider das ergehende Versäumnisurtheil steht demselben der Einspruch ebenso zu, wie er ihm zustehen würde, wenn das Versäumnisurtheil von dem Gegner ohne das Mittelglied eines Restitutionsgefuchs erwirkt worden wäre. Ein Grund, seine Versäumung in jenem Falle anders zu behandeln (hannov. Entw. § 211, heff. Entw. Art. 279, nordd. Entw. § 295), als in diesem, ist nicht gegeben (Württemb. Motiv. a. a. D. S. 250, Württemb. Komm. Ber. S. 98). Anders verhält es sich mit dem Imploranten, von dem mit Grund verlangt werden kann, daß er auf die erste Versäumung, gegen welche er Wiedereinsetzung nachsucht, nicht die zweite folgen lasse; sollte auch diese zu saniren ihm freistehen (Württemb. Art. 290), so würde die Reihe der Einsprüche und Wiedereinsetzungen unter Umständen endlos werden. Im Anschlusse an die Vorschrift des § 300 hat der Entwurf dem Imploranten deshalb den Einspruch versagt (vgl. preuß. Verordnung v. 28. März 1840 § 5, Bayern Art. 566, hannov. Entw. § 211, nordd. Entw. § 295). Unter der Voraussetzung des § 454 steht ihm jedoch noch Berufung bezw. Revision offen.

Endlich vermag der Anspruch auf die prozessualische Restitution eben wegen seiner Beziehung zu einem vorangegangenen Verfahren auch niemals ein selbstständiges Verfahren zu begründen. Der Antrag auf Wiedereinsetzung muß deshalb die versäumte Prozeßhandlung nachholen oder auf die bereits erfolgte Nachholung Bezug nehmen (§ 206 Nr. 3) (vgl. preuß. A. G. D. I. 14, § 71, Verordn. v. 28. März 1840 § 2, v. 21. Juli 1849 § 68, v. 24. Juni 1867 § 75, Bayern Art. 217, Württemb. Art. 287, Oldenb. Art. 191, hannov. Entw. § 208, nordd. Entw. § 293). Das Verfahren über jenen ist mit dem Verfahren über diese regelmäßig zu verbinden (österr. Entw. § 212), wenn auch dem richterlichen Ermessen freigestellt bleiben muß, im einzelnen Falle das *judicium rescindens* von dem *rescissorium* zu trennen (§ 208 Abs. 1). Das Requisite der Glaubhaftmachung der die Wiedereinsetzung begründenden Thatfachen (§ 206 Nr. 2) entspricht dem geltenden Rechte und den neueren Prozeßgesetzenwürfen (vgl. nordd. Prot. I. S. 405, Württemb. Art. 287, Oldenb. Art. 197, hannov. Entw. § 208, nordd. Entw. § 290) und dient zur Vereinfachung des Verfahrens.

## Fünfter Titel.

### Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

§§ 209—221. (R. B. §§ 209—221, G. §§ 217—229.)

Der einmal anhängig gewordene Prozeß muß ohne Stillstand zu Ende geführt werden können. Hierfür sorgt der Entwurf durch die Bestimmungen über den Prozeßbetrieb, vermöge deren der ununterbrochene Fortgang des Verfahrens theils der Thätigkeit der einen oder anderen Partei, theils der Amtspflicht der Gerichte unterstellt ist. Wo aber letztere eintritt, dient sie immer nur dem muthmaßlichen, auf Beendigung des Prozesses gerichteten Willen der Parteien. Sind diese ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen, den Prozeß auf bestimmte oder unbestimmte

Zeit nicht fortzusetzen, so hört auch die Prozeßthätigkeit des Gerichts auf. Diesen freiwilligen Stillstand des Prozesses bezeichnet der Entwurf als: „Ruhe des Verfahrens“ (§ 221). Das Verfahren nimmt in einem solchen Falle dadurch seinen Fortgang, daß die eine oder die andere Partei den Gegner zur mündlichen Verhandlung ladet (§ 184). Eine Frist hierfür ist keinem Theile gesetzt.

Es können aber auch vom Willen der Parteien unabhängige Umstände eintreten, welche einen vollständigen Stillstand des Prozesses fordern. Dieser nothwendige, allen Rechten bekannte Stillstand tritt entweder kraft Gesetzes unmittelbar mit dem Momente des bezüglichen Ereignisses ein (Unterbrechung) oder er wird vom Gerichte angeordnet (Aussetzung). In beiden Fällen bedarf es einer Aufnahme des unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens — zu unterscheiden von der Wiederaufnahme durch Nichtigkeitsklage und durch Restitutionsklage (§§ 517 ff.). —

Eine Unterbrechung des Verfahrens tritt ein:

- 1) in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters einer Partei, sofern für sie der Prozeß nicht von einem Bevollmächtigten geführt wird — §§ 209, 211, 215;
- 2) im Falle der gerichtlichen Konkursöffnung, wenn der Prozeß nach den Vorschriften des Konkursrechts die Konkursmasse betrifft — § 210;
- 3) im Falle des Aufhörens der Thätigkeit des Gerichts in Folge eines Krieges oder sonstigen Ereignisses (justitium) — § 214;
- 4) in Anwaltsprozessen im Falle des Todes des Anwalts oder des Verlustes seiner Fähigkeit, die Vertretung der Partei fortzuführen — § 213.

Eine Aussetzung des Verfahrens kann auf Antrag angeordnet werden, wenn in den unter Nr. 1 erwähnten Fällen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war (§ 215); sie kann auch von Amtswegen angeordnet werden, wenn die Partei sich zu Kriegszeiten im Militärdienste befindet oder wenn sie sich in einem durch obrigkeitliche Anordnung, durch Krieg oder andere Zufälle vom Verkehre mit dem Prozeßgerichte abgeschnittenen Orte aufhält (§ 216). Die Fälle zulässiger Aussetzung des Verfahrens sind in diesem Titel jedoch nicht erschöpft; anderweite Fälle behandelt der Entwurf im Zusammenhange mit dem einschlagenden Verhältnisse, welches zur Aussetzung führt. So kann der Hauptprozeß auf Antrag im Falle einer Hauptintervention (§ 62), von Amtswegen im Falle der Präjudizialität eines andern Prozeß-, Straf- oder Verwaltungsverfahrens (§§ 133, 134) und in Chefachen zum Zwecke der Wiederausföhnung der Parteien (§ 557) ausgesetzt werden. Endlich sind durch § 12 des Einföhrungsgesetzes die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten (vgl. preuß. Ges. v. 8. April 1847 § 5, Ges. v. 13. Februar 1854 § 1) aufrecht erhalten.

Wie eingreifend die richterliche Anordnung der Aussetzung des Verfahrens ist, weil sie zu einer Versagung des rechtlichen Gehörs führen, zur Justizverweigerung werden kann, liegt auf der Hand. Es darf daher als selbstverständlich angenommen werden, daß das Gericht dazu nur in den gesetzlich bestimmten Fällen befugt ist, wie dies z. B. der preußische (§ 755) und norddeutsche Entwurf (§ 393) ausdrücklich aussprechen (nordd. Prot. I. S. 410). Auch der Entwurf deutet dies im § 221 an und trägt außerdem der Wichtigkeit des Gegenstandes durch Gewährung eines unbedingten Beschwerderechts Rechnung.

Während die Fälle der Aussetzung des Verfahrens mehr oder minder von der Zweckmäßigkeit beherrscht werden und deshalb richterlicher Kognition und Anordnung bedürfen, ist es die zwingende Natur der Thatfachen, welche die Fälle der Unterbrechung bestimmt. Diesen liegt der gemeinsame Gedanke zum Grunde, daß, wenn in einem Prozesse ein Ereigniß eintritt, durch welches eine Partei ihrem Gegner unvertheidigt gegenübersteht, der Rechtsstreit so lange einhalten muß, bis der Partei Gelegenheit geboten ist, für die Vertheidigung und Vertretung ihrer Rechte Sorge zu tragen (hannov. Prot. IV. S. 1222 ff.). Daraus erklärt sich § 215 Abs. 1 und die Beschränkung des § 213 auf Anwaltsprozesse. Völlig entsprechend jenem Gedanken ist die bloße Thatfache als das unterbrechende und den Zeitpunkt der Unterbrechung bestimmende Moment behandelt; die Kenntniß der Gegenpartei oder des Gerichts ist unerheblich. Ohne solche werden freilich Termine und andere

Prozeßhandlungen thatsächlich möglich bleiben, sie sind jedoch der unwertheidigten Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung (§ 218 Abs. 2).

### § 209. (R. V. § 209, G. § 217.)

Im Falle des Todes einer Partei erfolgt die Aufnahme des unterbrochenen Verfahrens durch die Erklärung der Rechtsnachfolger, daß sie das Verfahren fortsetzen wollen. Diese Erklärung ist in Gemäßheit des § 219 durch Zustellung eines Schriftsatzes abzugeben.

Wird die Aufnahme verzögert, so kann dieselbe erzwungen werden. Das Verfahren, welches in einem solchen Falle einzuschlagen ist, wird durch die Bestimmungen des § 209 Abs. 2—4 geregelt.

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so wird die Rechtsnachfolge als zugestanden angenommen und durch Versäumnisurtheil ausgesprochen, daß das Verfahren aufgenommen sei (vgl. Code de proc. art. 349, 350, Bayern § 495, Schmitt, a. a. O. S. 345, 346, preuß. Entw. §§ 768, 769, 773 Nr. 5, hannov. Entw. § 219, nordd. Entw. § 386). Die Erlassung des Versäumnisurtheils sowie die Anfechtung desselben durch Einspruch unterliegt den allgemeinen Vorschriften über das Versäumnisurtheil. Zweckmäßig unterbleibt eine Verhandlung zur Hauptsache bis zum Ablaufe der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt wird, bis zu dessen Erledigung (nordd. Prot. I. S. 426). Es ist daher in Uebereinstimmung mit dem norddeutschen Entwurf § 387 bis zu dem angegebenen Zeitpunkte die Vornahme der Verhandlung zur Hauptsache untersagt.

Welchen Einfluß der Tod des Schuldners auf den Beginn und den Fortgang der Zwangsvollstreckung hat, bestimmen die §§ 642 ff.

### § 211. (R. V. § 211, G. § 219.)

Der Wirkung des Todes einer Partei steht prozessualisch gleich der Verlust ihrer Prozeßfähigkeit, bezw. der Wegfall ihres gesetzlichen Vertreters, sofern Letzteres nicht etwa Folge der eingetretenen Handlungs- und Prozeßfähigkeit der Partei selbst ist (vgl. Bayern Art. 491, hannov. Entw. § 212 Nr. 3, preuß. Entw. § 758, nordd. Entw. § 379). Mit der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters oder eines neuen gesetzlichen Vertreters fällt indessen die sachliche Grundlage der Unterbrechung weg; es bedarf, um auch formell die Unterbrechung zu beenden, nur noch eines Aktes von der einen oder anderen Seite, welcher die Absicht der Fortsetzung des Prozesses zum Ausdruck bringt. Dafür genügt ohne förmliches Verfahren eine bloße Anzeige an den Gegner (vgl. hannov. Entw. § 217 Nr. 3, nordd. Entw. § 382 Nr. 2).

Die Dauer der Unterbrechung könnte noch abgekürzt werden, wenn nach § 177. Analogie des § 55 dem Gerichte die Befugniß zur Bestellung eines provisorischen Vertreters beigelegt würde. Man hat von einer solchen Vorschrift abgesehen, weil sie tief und ohne Noth in die Rechte der Partei eingreifen würde.

Auf gleicher Linie steht der Fall, wenn nach dem Tode einer Partei die vermögensrechtliche Persönlichkeit derselben in dem bestellten Nachlasskurator ihre Vertretung gefunden hat (§ 212).

### § 215. (R. V. § 215, G. § 223.)

Während in den Fällen der §§ 209, 211 die Partei dem Gegner unvertreten und unwertheidigt gegenüberstehen würde, falls keine Unterbrechung des Verfahrens eintrete, läßt sich dies nicht sagen, wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt war. Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers, noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit oder seiner gesetzlichen Vertretung aufgehoben (§ 80); der Bevollmächtigte bleibt zur Fortführung des Rechtsstreits berechtigt und verpflichtet. Gleichwohl bleibt die Veränderung, welche in der Person einer Partei durch Tod u. eintritt, ein folgenreiches Ereigniß, selbst wenn nicht Handlungen in Frage stehen, die nur persönlich von dem Vollmachtgeber ausgerichtet werden können. Wie einerseits die Vorschrift des § 80 nicht soweit gehen kann, den Bevollmächtigten ein für alle Mal zur Fortführung des Prozesses für verbunden zu erklären und ihm die Befugniß

zur Kündigung des Mandats zu entziehen, so muß dem Bevollmächtigten auch die Möglichkeit gewahrt bleiben, den Prozeß nicht eher fortzusetzen, als bis er eine neue Vollmacht und die nöthige Instruktion von den ihm zur Zeit vielleicht noch nicht einmal bekannten Rechtsnachfolgern seines Mandanten erhalten hat (hannov. Prot. IV. S. 1216 ff., nordd. Prot. I. S. 423). Ohne eine Unterbrechung ipso facto zu statuiren, hat der Entwurf deshalb die anzuordnende Aussetzung des Verfahrens auf den Antrag des Bevollmächtigten gestellt (nordd. Entw. § 380, sächs. Entw. § 564 i. f.). Das Gericht ist verpflichtet, denselben stattzugeben. Andere Legislationen (vgl. Proz. Ord. v. Hannover § 169, Bayern Art. 491, hannov. Entw. § 213, preuß. Entw. § 763 u. a.) lassen die Unterbrechung mit der obligatorischen Anzeige des Bevollmächtigten von dem Tode seines Mandanten eintreten; es ist jedoch nicht einzusehen, warum die Unterbrechung auch dann statthaben soll, wenn der Bevollmächtigte zur Fortführung gewillt und gehörig informiert ist. Die Rücksicht auf den Gegner, dem es allerdings nicht gleichgültig sein kann, ob er fernerweit mit ihm vielleicht gänzlich unbekanntem, seinem Anspruche möglicherweise gar nicht widersprechenden Personen streiten soll, erfordert nur soviel, daß, wie der Entwurf im Falle des Todes gethan, ihm unabhängig von der Einwilligung des Bevollmächtigten das gleiche Recht eingeräumt wird, die Aussetzung des Verfahrens zu verlangen (vgl. Württemberg Art. 296, nordd. Entw. § 380).

Die Dauer der angeordneten Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richten sich nach den Vorschriften der §§ 209, 211, 212. Daß die Ladung auch in diesem Falle den Nachfolgern selbst zugestellt werden soll, steht nicht im Widerspruche mit dem Grundsatz des § 80 und empfiehlt sich besonders dann, wenn es streitig ist, welche Personen die Erben einer verstorbenen Partei sind, wobei dem System des Entwurfs entsprechend lediglich dem Gegner überlassen bleibt, welche Personen er behufs der Reassumtion laden will (vgl. nordd. Prot. I. S. 423). Daneben soll im Falle des Todes auch noch die Ladung des Bevollmächtigten erfolgen, weil erfahrungsmäßig in den meisten Fällen derselbe Prozeßbevollmächtigte beibehalten wird (nordd. Entw. § 385). In Anwaltsprozessen muß die Ladung an die Partei dem Requisite des § 185 genügen.

### § 210. (R. B. § 210, G. § 218.)

§ 178.

Der Entwurf konnte über die Wirkungen der Konkursöffnung auf anhängige Prozesse des Gemeinschuldners ein Mehreres nicht vorschreiben, als daß das Verfahren dann unterbrochen wird, wenn es die Konkursmasse betrifft (vgl. preuß. Konk. Ordn. § 8, Proz. Ord. von Bayern Art. 1219, nordd. Entw. § 379 Nr. 4, preuß. Entw. §§ 757, 758). Die Interessen der Gläubigerschaft können nur auf diesem Wege gewahrt werden (nordd. Prot. I. S. 413, 429). In Betreff der Erzwingung der Wiederaufnahme findet die dem § 209 gleiche Behandlung in der Ähnlichkeit der Verhältnisse ihre Rechtfertigung (vgl. nordd. Entw. § 388 und preuß. Motive S. 193). Das Weitere ergeben die Bestimmungen der Konkursordnung.

Wird der Konkurs ganz aufgehoben, so kann selbstredend jeder Theil das Verfahren wieder aufnehmen.

### § 213. (R. B. § 213, G. § 221.)

Der Anwaltszwang bringt es mit sich, daß der Tod des Anwalts oder das gänzliche oder theilweise Ausscheiden desselben aus der Anwaltschaft die Partei momentan unvertheidigt und unvertreten macht. Zur Hebung dieses Hindernisses bedarf es aber keines formellen Reassumtionsakts. Die Partei braucht nur eine neue Wahl zu treffen und dem Gegner davon Anzeige machen zu lassen (vgl. Hannover § 171 Nr. 4, hannov. Entw. § 217 Nr. 2, preuß. Entw. § 774). Im Verzögerungs-falle kann sie von dem Gegner dazu aufgefordert werden. Mit Ablauf der gesetzten Frist nimmt die Unterbrechung des Verfahrens ipso jure ein Ende (vgl. preuß. Entw. § 775, nordd. Entw. § 390, nordd. Prot. I. S. 428). Das gleiche Resultat tritt ein, wenn die zur Verhandlung der Hauptsache in Person geladene Partei ausbleibt bezw. nicht durch einen Anwalt auftritt, ohne daß es, eben weil keine formelle Reassumtion erforderlich, eines besonderen Versäumnisurtheils über die Wiederaufnahme bedarf.

Das Veräumnisverfahren ergeht in solchem Falle zur Hauptsache nach allgemeinen Regeln.

Wenn im Parteiprozesse der Anwalt oder sonstige Prozeßbevollmächtigte einer Partei wegfällt, so befindet sie sich in gleicher Lage, wie wenn die Vertretung einer Partei aufhört, weil sie selbst prozeßfähig geworden. In beiden Fällen nimmt der Entwurf mit Recht eine Unterbrechung des Verfahrens nicht an (vgl. hannov. Prot. IV. S. 1223, 1224).

Die Vorschrift des

§ 216 (R. V. § 216, G. § 224)

ist insbesondere in Rücksicht auf die Wehrverhältnisse des Reichs, welche bei Ausbruch eines Krieges einen großen Theil der Civilbevölkerung unter die Waffen rufen, ein Bedürfnis (vgl. preuß. N. G. D. I. 20. §§ 9—12, preuß. Entw. § 760, nordd. Entw. § 392). Aus gleichem Grunde hatte der norddeutsche Entwurf eine fernere Bestimmung vorgeschlagen, wonach bei Ausbruch eines Krieges, falls der Reichstag nicht versammelt und deshalb der Erlaß eines Reichsgesetzes nicht möglich ist, durch Kaiserliche Verordnung mit Gesetzeskraft die Sistirung der Militärprozesse angeordnet werden kann. Die an sich wünschenswerthe und zweckentsprechende Vorschrift gehört indessen nicht dem Gebiete der Prozeßgesetzgebung, vielmehr dem Verfassungsrechte an und ist deshalb in den Entwurf nicht übergegangen.

§ 218. (R. V. § 218, G. § 226.)

In ihrem Erfolge stehen sich Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens | S. 179. durchaus gleich. Beide hemmen den Betrieb der Sache dergestalt, daß die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansehung der Hauptsache (im Gegensatz zu den die Wiederaufnahme bezielenden Schritten, mit denen sich nur die Ladung zur Verhandlung der Hauptsache verbinden kann) vorgenommenen Prozeßhandlungen der rechtlichen Wirkung entbehren (Proz. Ord. v. Bayern Art. 492, hannov. Entw. § 116, nordd. Entw. §§ 381, 394); beide lassen den Lauf einer jeden Frist, namentlich auch der Nothfristen, aufhören, so zwar, daß nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von Neuem zu laufen beginnt. Wie diese letztere Bestimmung zur Vereinfachung des Verfahrens und zur Abschneidung von Streitigkeiten über die Fristenberechnung dienen wird, so ist sie andererseits zum Schutze der Parteien nothwendig, denen mitunter nicht die nöthige Zeit bleiben würde, wenn nur der Rest der Frist gewährt würde (vgl. Proz. Ordn. v. Hannover § 151 und Leonhardt a. a. D. S. 124 Anm. 3, Bayern Art. 211, 492, Württemberg Art. 293, Baden 1121, preuß. Entw. §§ 756 Nr. 2, 762 und Mot. S. 193, hannov. Entw. § 216, sächs. Entw. § 563 und Mot. S. 605, nordd. Entw. §§ 381, 394).

Wenn die Entscheidung noch nicht erlassen, jedoch die mündliche Verhandlung bereits geschlossen ist, auf welche die Entscheidung ergehen kann, so ist eine weitere Parteithätigkeit nicht erforderlich. Ein diese hemmendes Ereignis bleibt deshalb einflußlos und hindert die allein noch rückständige Verkündung der Entscheidung nicht (vgl. §§ 273, 284). Die Bestimmung des § 218 Abs. 3 entspricht dem Code de Genève Art. 274, Hannover § 170, Württemberg Art. 293, Bayern Art. 491, dem preuß. Entw. §§ 761, 763 und hannov. Entw. § 215, während der Code de proc. Art. 342, 343 völlig prinzipwidrig (vgl. allg. Begründung § 3 mit Boitard et Colmet-Daage, Leçons de proc. civ. Ed. XI. 1872 I. p. 509 seq.) schon den Beginn des Plaidoyers für ausreichend erklärt, um die Unterbrechung auszuschießen.

§ 219. (R. V. § 219, G. § 227.)

Entsprechend dem Modus, in welchem der Prozeßbetrieb durch die Partei überhaupt vor sich geht, geschieht auch die Wiederaufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens, mag sie sich als förmliche Reassumptions-Erklärung oder als bloße Anzeige gestalten, sofern sie nicht in der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Zugleich wird in dieser Form ein fester Zeitpunkt für die Beendigung der Unterbrechung und Aussetzung ge-

wonnen, was rücksichtlich des damit zusammenfallenden Wiederbeginns der Faktionen durchaus unentbehrlich erscheint (vgl. Code de proc. art. 346, 347, Bayern Art. 494 Nr. 2, 535, preuß. (§§ 767, 771 Nr. 3), sächs. (§ 565), nordd. Entw. (§ 383) und nordd. Prot. S. 426, 1498). Für Nichtanwaltsprozesse vgl. § 443.

Nach

§ 220 (R. B. § 220, G. § 228)

ruht das Verfahren in Folge einer Vereinbarung der Parteien, sowie im Falle des Nichterscheinens beider Parteien in einem Termine zur mündlichen Verhandlung (vgl. preuß. Verordn. v. 21. Juli 1849 § 25. und 24. Juni 1867 § 25, Proz. Ordn. v. Hannover § 168, Württemberg Art. 292, Bayern Art. 241, Oldenburg Art. 114, Baden §§ 296, 298, Braunschweig § 116, hannov. Entw. § 212, hess. Entw. §§ 281, 282, sächs. Entw. § 562, nordd. Entw. §§ 395, 438). Diese Bestimmungen rechtfertigen sich durch die Erwägung, daß die Verhandlung über den Rechtsstreit von dem Willen der Parteien abhängig ist und die Gerichte nicht berufen sind, einen Rechtsstreit gegen den Willen der Parteien durch Abgabe eines Urtheils zur Erledigung zu bringen. Es würde offenbar unzulässig sein, wenn die Parteien zur Betreibung des Prozesses wegen eines Anspruchs, der ihrem freien Verfügungsrechte unterliegt, genöthigt werden sollten, während vielleicht die wichtigsten Interessen (Familienrücksichten u. a.) die Nichtbetreibung des Prozesses gebieten können. Die Willkür der Parteien kann indeß auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß äußern, da die Vorschriften, welche diese Fristen betreffen, im Interesse der öffentlichen Ordnung gegeben sind (vgl. Motive zu §§ 195 ff.).

Bei dem Ausbleiben beider Parteien in einem Termine tritt ein Ruhen des Prozesses nur dann ein, wenn dieser Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt war; in Terminen, welche zu anderen Zwecken stattfinden, wird das Verfahren, soweit es überhaupt möglich ist, unbedenklich und ohne in Widerspruch mit dem präsumtiven Willen der Parteien zu treten, fortgesetzt werden können, insbesondere ist deshalb die Verkündung der gerichtlichen Entscheidungen (§§ 273, 284), sowie die Beweisaufnahme (§ 322) von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Vereinbarung der Parteien, daß das Verfahren ruhen solle, hemmt aber auch diese Thätigkeiten des Gerichts.

Das dem französischen Rechte eigenthümliche, auf einem Mißverständnisse des römischen Rechts (L. 13 C. de judic. 3, 1. Buchfa, die Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß II. S. 52 ff. Wezell, Ed. II. S. 907, 908) beruhende Institut des Erlöschens des Verfahrens (Remotion der Instanz), welches in modificirter Gestalt in das genfer Gesetzbuch, die badensche Proz. Ordn., den preuß., hess., bayer., nordd. und hannov. Entw. erster Lesung übernommen war, ist in den Entwurf nicht übergegangen und gleicherweise dem gemeinen und preußischen Prozeßrechte, wie den Prozeßordnungen von Hannover, Bayern, Württemberg, den Entwürfen für Oesterreich und Sachsen fremd geblieben. Gegenüber der durch ein Bedürfniß nicht gebotenen Neuerung, welche für einen großen Theil Deutschlands in jener Einrichtung liegen würde, ist zu beachten, daß derselben das deutsche Rechtsbewußtsein von jeher Widerstand entgegengesetzt hat, daß sie die Dispositionsrechte der Parteien verletzt, beabsichtigten Prozeßverschleppungen wirksam nicht entgegentritt und darum ohne erhebliche geschäftliche Bedeutung ist (vgl. hannov. Prot. S. 1249 ff. 5188 ff., Württemberg Motive a. a. D. S. 261; Verhandl. der bayer. Abg. Kammer Beilagen-Bd. II, Abth. 2. S. 174, 175).

§ 221. (R. B. § 221, G. § 229.)

Für den Fall der Ablehnung eines Aussetzungsgesuchs war die sofortige, an eine kurze Nothfrist gebundene Beschwerde das geeignete Rechtsmittel, um für den Fortgang des Verfahrens und dessen Rechtsbeständigkeit eine der Rechtskraft ähnliche, unverrückbare Basis zu gewinnen.

| §. 181.

## I Zweites Buch.

### Verfahren in erster Instanz.

Das zweite Buch des Entwurfs stellt das Verfahren in erster Instanz dar; es besteht aus zwei Abschnitten, von denen der erste das Verfahren vor den Landgerichten, der zweite das Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amtsgerichten betrifft. Das erstinstanzliche Verfahren vor den Landgerichten ist ausführlich und erschöpfend behandelt, so daß die Vorschriften über das Verfahren vor den Handels- und Amtsgerichten nur die Abweichungen und Besonderheiten enthalten, welche für das Verfahren bei diesen Gerichten bestehen.

### Erster Abschnitt.

#### Verfahren vor den Landgerichten.

Die systematische Anordnung der Vorschriften des ersten Abschnitts beruht auf der Erwägung, daß

- 1) das Verfahren durch das Gebot der Verbindung der Beweise mit den Behauptungen beherrscht wird, daß
- 2) der Beweisbeschluß die Bedeutung einer prozefleitenden Verfügung hat, daß
- 3) die Beweisaufnahme einen Theil des Verfahrens bildet, daß folglich
- 4) das mit der Erhebung der Klage beginnende Verfahren erst durch das Endurtheil geschlossen wird.

Der erste Titel regelt das Verfahren bis zum Urtheil, der zweite Titel beschäftigt sich mit dem Urtheil, während der dritte Titel das Veräumnisverfahren, das Veräumnisurtheil und den Einspruch behandelt.

Die Vorschriften des ersten Titels gewähren ein klares und übersichtliches Bild über den Gang des Verfahrens von der Erhebung der Klage ab bis zum Urtheil, indem sie dem regelmäßigen Laufe des Verfahrens folgen und zugleich alle Besonderheiten und alle die Beweisaufnahme bezielenden Vorschriften umfassen. Um indeß die Uebersichtlichkeit nicht zu gefährden, sind verschiedene Vorschriften, welche an sich Bestandtheile des ersten Titels sind, in besonderen Titeln (4—12) zusammengestellt, so daß im ersten Titel an den entsprechenden Stellen (§§ 240, 247) auf diese Vorschriften verwiesen werden konnte.

### Erster Titel.

#### Verfahren bis zum Urtheil.

§§ 222—261. (R. V. §§ 222—261, G. §§ 230—271.)

#### I.

#### Die Klage.

§ 222. (R. V. § 222, G. § 230.)

Die Klageschrift hat theils einen bestimmenden, theils einen vorbereitenden Charakter (vgl. allgem. Begründung § 4 a. G.)

| §. 182. | Durch die Klageschrift soll die Grundlage für den Rechtsstreit bestimmt werden. Mit Rücksicht auf diesen Zweck sind im § 222 Nr. 1—3 die wesentlichen Bestand-

theile der Klageschrift festgestellt; außerdem muß dieselbe die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen (§ 185). Die Bezeichnung der Parteien (§ 222 Nr. 1) muß so bestimmt sein, daß über deren Identität kein Zweifel obwalten kann (nordd. Prot. II. S. 529). Den „Grund des erhobenen Anspruchs“ (§ 222 Nr. 2 § 583 Nr. 3) oder den „Klagegrund“ (§ 232) bilden diejenigen Thatfachen, welche nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts „an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entfallend und zugleich als durch den Beklagten verletzt erscheinen zu lassen“ — die rechtsbegründenden Thatfachen —. Der Entwurf sondert nicht die objektive Existenz des streitigen Rechts von seinen subjektiven Beziehungen — der legitimatio ad causam activa und passiva, — legt nicht, wie es die ältere gemeinrechtliche, auch in die preuß. A. G. O. I. 5 § 4 sub 6 I. 10 § 81 a. übergegangene, von der neueren preußischen Praxis in Veranlassung der Verord. v. 21. Juli 1846 § 5 aufgegebenen Theorie wollte, der legitimatio ad causam dieselbe praktische Bedeutung bei, wie der legitimatio ad processum, betrachtet vielmehr in Uebereinstimmung mit der neueren deutschen Prozeßwissenschaft und mit der französischen Doktrin, in welche die Irrthümer der älteren gemeinrechtlichen Theorie niemals Eingang gefunden haben, die Thatfachen, welche die legitimatio ad causam ergeben, als einen Theil des Klagegrundes (vgl. für das gemeine Recht Wezell, Ed. III. S. 142—156, für das preuß. Recht, Dernburg, Lehrb. des preuß. Privatrechts I. § 126 und Förster, Klage und Einrede § 13, für das französische Recht Code de proc. art. 61 Nr. 3).

Fehlt es in der Klageschrift an einem der wesentlichen Bestandtheile, so können die Wirkungen, welche der Entwurf an die Erhebung der Klage knüpft, nicht eintreten; ebensowenig kann gegen den nicht erschienenen Beklagten auf Antrag des Gegners ein Veräummisurtheil erlassen werden (§ 286 Abs. 2).

Als vorbereitender Schriftsatz soll die Klageschrift den Erfordernissen des § 117 sowie dem Requisite des § 222 Abs. 3 entsprechen. — Die Nothwendigkeit der Unterschrift durch den Anwalt des Klägers ergibt sich aus dem Begriffe des Anwaltsprozesses von selbst. Die Vorschrift des § 72 Abs. 1 ist so generell gehalten, daß sie die Vertretung der Partei durch einen Anwalt nicht nur in der mündlichen Verhandlung, sondern auch in dem prozessualischen Verkehre der Parteien außerhalb der mündlichen Verhandlung umfaßt. Trotz der nur instruktionellen Bestimmung des § 117 Nr. 5 erschien die essentielle Bedeutung der Unterschrift des Anwalts als so selbstverständlich, daß der Entwurf glaubte, von einer desfallsigen Vorschrift absehen zu können.

Die Bestimmungen des Entwurfs lehnen sich den Vorschriften der bayer. Proz. Ordn. Art. 225, des preuß. Entw. § 296 und des nordd. Entw. §§ 197, 403 an.

### § 223. (R. B. § 223, G. § 231.)

In vielen Fällen ist es ein dringendes, ja unabweisbares Bedürfnis, den Bestand eines Rechtsverhältnisses, bevor noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden, festzustellen, indem nur auf Grund einer solchen Feststellung die Betheiligten ihre Handlungsweise ohne Gefahr wesentlicher Verluste bestimmen können (vgl. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Ed. II. S. 315).

[Die neuere Theorie und Praxis (vergl. Entsch. des Reichs-Oberhandelsgerichts | S. 183. V. S. 288, 289) neigen dahin, diesem Bedürfnisse durch Gestattung von actiones praejudiciales — von Klagen auf Anerkennung, auf Feststellung von Rechtsverhältnissen — abzuhehlen, auch lassen neuere Gesetze (Baden § 256, Württemberg Art. 319, sächs. Civilgesetzbuch § 147, türheff. Ges. v. 28. Oktober 1863 § 33) und neuere Prozeßgesetzentwürfe (preuß. Entw. § 218, hess. Entw. Art. 333, nordd. Entw. § 195) derartige Klagen im weitesten Umfange zu.]

Die Voraussetzungen zu regeln, unter denen eine Klage erhoben werden kann, ist Sache des materiellen Rechts. Nicht die Civilprozeßordnung, sondern das Civilgesetzbuch würde daher der Ort sein, zu bestimmen, ob und inwieweit Klagen auf Feststellung zu gestatten seien; aus diesem Grunde ist die Aufnahme einer desfallsigen Vorschrift in den hannoverschen Entwurf (hannov. Prot. V. S. 1461—1467), sowie in die bayerische Prozeßordnung (Verhandl. des Gesetzgebungsausschusses der Kammer

des bayer. Landtags 1863/65, Beilagenbd. III. Abth. 1. S. 246) abgelehnt. Wenn dessen ungeachtet der Entwurf in § 223. den § 195 Abs. 1 des norddeutschen Entwurfs reproduziert, so war hierfür nicht allein die Rücksicht auf Beseitigung der in der Praxis herrschenden Unsicherheit und auf Herbeiführung der Rechtseinheit maßgebend, es waren daneben auch gewichtige prozessuale Erwägungen von entscheidendem Einflusse.

1. Der § 223 macht, indem er ganz generell eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses einräumt, die Provokation ex lege Diffamari und ex lege Si contendat überflüssig. Der Entwurf konnte daher in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte und im Anschluß an den preußischen und norddeutschen Entwurf von der Aufstellung eines besonderen, von Württemberg Art. 799—809, Bayern Art. 569—578, dem hannov. Entw. §§ 509—517 und sächs. Entw. §§ 845—856 in verschiedenem Umfange aufrecht erhaltenen, jedoch wegen der Kostspieligkeit und wegen der Verschleppung des Verfahrens dem praktischen Bedürfnisse wenig entsprechenden Provokationsprozesses Umgang nehmen und sich im neunten Buche (§§ 768—791) auf die Normirung des Aufgebotsverfahrens gegen unbefristete Gegner beschränken.

2. Wie die Erörterungen über den § 283 ergeben werden, war die Regelung der Lehre von dem Umfange der Rechtskraft der Urtheile (von der sogenannten Rechtskraft der Entscheidungsgründe) in der Civilprozeßordnung nothwendig. Diese Regelung ist aber, wie aus den beregten Erörterungen gleichfalls hervorgehen wird, nur erreichbar, wenn der Entwurf von der Zulässigkeit der Feststellungsklagen ausgehen darf.

Dasselbe praktische Bedürfnis, welches dahin drängt, Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Rechtsverhältnissen zu gewähren, fordert auch die Gestattung von Klagen auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit von Urkunden — ohne Rücksicht darauf, ob die betreffende Urkunde nur die Bedeutung eines Beweismittels hat oder ob sie zugleich als die Trägerin des Rechtsverhältnisses selbst erscheint, so daß die Geltendmachung des letzteren durch ihre Existenz bedingt ist. Das in der Mehrzahl der deutschen Bundesstaaten geltende, der bei Zeugen stattfindenden probatio in perpetuum rei memoriam nachgebildete Exemplifikationsverfahren trägt diesem Bedürfnisse nur in sehr unvollkommener Weise Rechnung. Weiter geht das französische Recht.

Der Code de proc. art. 193 ff. räumt eine Klage auf Feststellung der Echtheit einer Privaturkunde ein. Demselben folgen der preuß. Entw. § 224 und Bayern Art. 579—582, während der Entwurf im Anschluß an den norddeutschen Entwurf die Klage auf Feststellung der Echtheit auch für öffentliche Urkunden gestattet (nordd. Prot. II. S. 774).

Neben der *procédure en vérification des écritures* hat der Code de proc. art. 214—251 für die Feststellung der Fälschung einer Urkunde ein eigenes Verfahren — ein *faux incident civil*, *Incidentfälschungsklage* — ausgebildet, welches indessen einem präjudiziellen Strafverfahren — ein *faux principal* — zu weichen hat, wenn sich gegen eine noch lebende Person der Verdacht einer noch nicht verjährten, verbrecherischen Handlung herausstellt (Code d'instr. crim. art. 460). Ganz abgesehen davon, daß das Verfahren ein *faux incident civil* sehr verwickelt und schwerfällig ist, kann es nur zur Anwendung kommen, wenn es sich um Urkunden handelt, deren sich der Gegner im Laufe eines Prozesses bedient (Code de proc. art. 214). Für diesen Fall ist aber eine besondere Klage entbehrlich, denn es fehlt, wenn im Laufe eines Prozesses gegen eine Urkunde die Einrede der Fälschung geltend gemacht wird, an einem ausreichenden Grunde, die Verhandlung über diese Einrede aus dem Prozesse hinauszurufen und in einem besonderen Verfahren zu erledigen. Und ebensowenig läßt es sich rechtfertigen, die Feststellung der Fälschung im Civilprozeße zu verbieten, wenn eine bestimmte im Wege der Kriminalprozedur verfolgbare Person der Fälschung verdächtig ist; es genügt, daß dem Gerichte die Befugniß ertheilt wird (§ 134), in einem solchen Falle die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen zu können. Für den Entwurf konnte es hiernach nicht zweifelhaft sein, daß den Bestimmungen des französischen Rechts die Aufnahme zu versagen sei — umfoweniger, als die Einräumung einer Klage auf Feststellung der Unechtheit von Urkunden ein Mittel bot, welches den Anforderungen des praktischen Bedürfnisses in höherem Grade entspricht, als die Vorschriften des französischen Rechts.

Der Entwurf macht die Zulässigkeit der Feststellungsklage von der Voraussetzung abhängig, daß der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß die Feststellung alsbald erfolge. Die Beforgniß, daß das Klagerecht zu großer Belästigung gereichen könne, erscheint nicht gerechtfertigt, da die Voraussetzung eines rechtlichen Interesse auf Seiten des Klägers eine hinreichend scharf gezogene Grenze abgiebt, und da ferner, falls der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben hat und sich auf den Prozeß nicht einläßt, die Prozeßkosten nicht ihm, sondern dem Kläger zur Last fallen (§ 87). Zwischen dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen ist nicht unterschieden, weil das Bedürfniß nach einer Feststellungsklage für beide Arten von Rechtsverhältnissen in gleichem Maße besteht. Und daß der Besitz mit zu den § 223 beregten Rechtsverhältnissen zu zählen sei, daß mithin auch für den Besitz eine Präjudizialklage durch § 223 eingeräumt werde, ist als unzweifelhaft nicht zum Ausdruck gebracht (vgl. Bruns die Besitzklagen des römischen und heutigen Rechts S. 1—7). Ebenso ist die in den preuß. Entw. aufgenommene Bestimmung, daß die Klage auf Feststellung auch bei noch nicht fälligen oder bei bedingten Forderungen stattfinde, als selbstverständlich weggelassen.

Ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines rechtlichen Interesse gestatten die Prozeßordn. v. Baden, das kurhess. Gesetz und der hess. Entw. die Feststellungsklage auch dann, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt. Diese Ausdehnung des Klagerechts ist indes durch das Bedürfniß [nicht geboten und im | S. 185. Interesse einer geordneten Rechtspflege umfoweniger zu billigen, als das Klagerecht durch das Gesetz begründet wird und nicht durch die Willfür der Parteien bestimmt werden kann. — Die Mehrzahl der oben aufgeführten Gesetze und Entwürfe hebt hervor, daß die Feststellungsklage Platz greife „ohne vorausgegangene Rechtsverletzung“. Das sächsische Civilgesetzbuch und der norddeutsche Entwurf haben sich einer derartigen Formulirung enthalten. Dem Vorgange derselben hat sich der Entwurf angeschlossen. Denn wenn das Gesetz neben der Klage auf die dem Rechtsverhältnisse entsprechende Leistung eine Klage auf Feststellung einräumt, so erkennt es damit an, daß aus dem Rechtsverhältnisse neben dem Ansprüche auf Leistung ein weiterer selbstständig verfolgbarer Anspruch auf Feststellung erwächst. Wie der Anspruch auf Leistung, so kann auch der Anspruch auf Feststellung verletzt werden — und nur, wenn er verletzt ist, liegt Anlaß zur Erhebung einer Klage auf Feststellung vor. Die Ausnahme der fraglichen Worte in das Gesetz erscheint daher nicht gerechtfertigt. Wenn nun aber hiernach der Anspruch auf Feststellung als ein aus dem Rechtsverhältnisse selbst originirender Anspruch aufzufassen ist, so ergibt sich ohne Weiteres, daß für die Klage auf Feststellung dasjenige Gericht zuständig sein muß, vor welchem aus dem Rechtsverhältnisse selbst geklagt werden kann — und dieselbe Kompetenz ist für die Klage auf Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde begründet. Zum Ausdruck ist diese Konsequenz in dem § 29 gelangt; die Aufführung der einzelnen, in foro contractus zulässigen Klagen gebot auch, der Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags ausdrücklich zu gedenken. Ebenso versteht es sich von selbst, daß durch die Zulassung der Feststellungsklage eine Aenderung in der Beweislast rüchichtlich der Existenz oder Nichtexistenz des Rechtsverhältnisses, beziehungsweise der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde nicht herbeigeführt wird. Auch beantworten sich auf Grund einer richtigen Konstruktion der Feststellungsklage die Fragen, ob das auf die Feststellungsklage erlassene Urtheil einen vollstreckbaren Schuldtitel abgeben könne, ob dasselbe auf die Klageverjährung von Einfluß sei u. s. w., ohne alle Schwierigkeit.

#### § 224. (R. B. § 224, G. § 232.)

Die subjektive Klagenkumulation ist bereits in den §§ 56 ff. behandelt, der § 224 beschränkt sich daher auf die Regelung der objektiven Klagenhäufung. Diese Regelung ist in Anlehnung an das geltende Prozeßrecht (vgl. z. B. Hannover § 186, Baden § 285, Württemberg Art. 320, Bayern Art. 178) und an die neueren Entwürfe (vgl. preuß. Entw. § 225, hannov. Entw. § 232, nordd. Entw. § 198) erfolgt.

Das Prozeßgericht muß für jeden Anspruch der Gattung nach und für alle Ansprüche zusammen dem Werthe nach zuständig sein. Es können daher mehrere Ansprüche, welche nicht einzeln, aber in ihrer Gesamtheit die für die Zuständigkeit der Landgerichte bestimmte Werthsumme erreichen, wenn in einer Klage kumulirt,

vor dem Landgerichte geltend gemacht werden (§ 5); und selbstverständlich wird die Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage nicht dadurch ausgeschlossen, daß dem Werthe nach der eine Anspruch vor die Amtsgerichte, der andere vor die Landgerichte gehört, ein Satz, welchen der preussische Entwurf § 225 und der norddeutsche Entwurf § 198 ausdrücklich ausgesprochen haben.

Eine Kombination der subjektiven und der objektiven Klagenhäufung ist zulässig, | S. 186. sowohl in der Art, daß die kumulirten Klagen von sämmtlichen Streitgenossen, als daß dieselben nur von einzelnen Streitgenossen oder nur gegen einzelne Streitgenossen erhoben werden (hannov. Prot. V. S. 1468, 1469).

Das in § 130 dem Gerichte eingeräumte Trennungsrecht bietet ein genügendes Aushülfsmittel gegen Anzutraglichkeiten, welche die Kumulation verschiedenartiger Klagenansprüche mit sich führen kann.

Ein Besitzprozeß als besondere Prozeßart ist dem Entwurf unbekannt; die Kumulation der Besitzklagen mit den Klagen aus dem Rechte selbst würde daher an sich statthaft sein. Der Entwurf hat jedoch im § 224 Abs. 2, um das in weiten Rechtsgebieten Deutschlands geltende Recht (vgl. Code de proc. art. 25, Hannover § 505, Baden § 669, Württemberg Art. 321, Bayern Art. 585) bei Bestand zu belassen, in Uebereinstimmung mit dem hannov. Entw. § 232 und mit dem nordd. Entw. § 198 jede derartige Kumulation unterlagt.

Die Beschränkung, bezw. das Verbot der Klagenhäufung in den §§ 552, 562, 572 wird bei Erörterung des Verfahrens in Ehe- und Entmündigungssachen gerechtfertigt werden.

## II.

### Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung. Zustellung der Klage an den Beklagten.

§§ 225, 226. (R. B. §§ 225, 226, G. §§ 233, 234.)

Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen (§ 186 Abs. 1, § 225 Abs. 1); eine Abschrift derselben ist in Gemäßheit des § 120 auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Der Termin ist binnen vier und zwanzig Stunden von dem Vorsitzenden zu bestimmen (§ 186 Abs. 2). Die Bestimmung des Termins ist ein lediglich formeller Akt (allg. Begründung § 10); wie sich aus der Konstruktion des Verfahrens ergibt, ist — von dem Falle des § 571 abgesehen — eine sachliche Prüfung der Klageschrift vor Bestimmung des Termins ausgeschlossen (vgl. nordd. Prot. II. S. 533, Mot. zu §§ 179, 181).

Im Inlande erfolgt die Zustellung der Klage an den Beklagten durch einen Gerichtsvollzieher, der befugt — zuständig — ist, am Orte der Zustellung (§§ 158, 161, 162) zu fungiren oder durch die Post (§§ 169, 170); der Gerichtsvollzieher wird von dem Anwalt des Klägers unmittelbar beauftragt (§§ 146, 225 Abs. 2). Für die Zustellung im Auslande oder an deutsche Exterritoriale sind die Vorschriften der §§ 175—178 maßgebend, während im Falle der öffentlichen Zustellung die §§ 179 bis 182 Platz greifen.

Bei Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß derselbe soweit hinausgeschoben wird, daß die Einlassungsfrist gewahrt wird; nach § 290 Nr. 2 kann gegen den nicht erschienenen Beklagten ein Veräumnisurtheil nicht erlassen werden, wenn die Einlassungsfrist nicht gewahrt ist. Erfolgt die Zustellung im Inlande, so beträgt die Einlassungsfrist mindestens einen Monat (§ 226 Abs. 1); eine Abkürzung derselben ist statthaft (§ 197). Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Bestimmung des Termins die Einlassungsfrist festzusetzen (§ 226 Abs. 2); auch in diesem Falle hat die Einlassungsfrist mindestens einen Monat zu betragen, wenn nicht die Abkürzung derselben beantragt und dem Antrage stattgegeben ist. Der nordd. Entw. § 404 hatte in Anlehnung an die deutsche Wechselordn. Art. 78, 79, an das rheinpreuß. Gef. v. 11. Mai 1855 und an den preuß. Entw. § 298 auch für die Zustellung im Auslande je nach der

| S. 187. Ent| fernung des Orts der Zustellung absolute Minimalfristen fixirt (nordd. Prot. II.

§. 534—536). Wie bereits früher hervorgehoben, hat der Entwurf das Prinzip der Zusatzfristen nicht adoptirt, es vielmehr für zweckmäßiger erachtet, in den betreffenden Fällen dem Ermessen des Vorsitzenden oder des Gerichts die Abmessung der zur Ausführung der Zustellung u. s. w. erforderlichen Fristen zu überlassen, um die Möglichkeit zu gewähren, Fristen je nach dem Bedürfnisse des einzelnen Falles in angemessener Weise bestimmen zu können. Wird eine öffentliche Zustellung erforderlich, so greifen die Bestimmungen des § 182 ein.

### III.

#### Die Wirkungen der Erhebung der Klage.

§§ 227—233, 244. (R. V. §§ 227—233, 244, G. §§ 235—241, 254.)

Durch die Zustellung des die Klage enthaltenden Schriftsatzes wird die Klage erhoben (§ 222 Abs. 1), durch die Erhebung der Klage die Rechtshängigkeit der Streitfache begründet (§ 227 Abs. 1).

Die Rechtshängigkeit hat theils prozessuale, theils materiell-rechtliche Wirkungen. Nur die prozessualen Wirkungen regelt der Entwurf (§ 227 Nr. 1—3) in Uebereinstimmung mit dem bestehenden Prozeßrechte (vgl. z. B. Hannover § 190, Baden § 263, Württemberg Art. 58, 326, Bayern Art. 179) und den neueren Prozeßgesetzentwürfen (preuß. Entw. § 227, hannov. Entw. § 236, nordd. Entw. § 199) dahin:

- 1) wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitfache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit (§ 238 Nr. 3) erheben.

Die Einrede der Rechtshängigkeit hat denselben Umfang, wie die exceptio rei judicatae (vgl. § 283). Demnach fällt auch die Geltendmachung des rechtshängigen Anspruchs mittelst Einrede der Kompensation in einem anderen Prozesse unter die Vorschrift des § 227 Nr. 1. Da aber der Begriff der Rechtshängigkeit keineswegs fordert, der Partei die Befugniß zur Kompensation mit ihrem rechtshängigen Anspruchs zu entziehen (vgl. für das gemeine Recht L. 8 D., de compens. 16, 2), so ist auf Antrag die Entscheidung über die Kompensationseinrede bis zur rechtskräftigen Entscheidung in dem Vorprozeße auszusetzen (vgl. nordd. Prot. II. S. 537), falls nicht das Gericht Anlaß nimmt, in analoger Anwendung des § 130 Abs. 2 den rechtshängigen, compensando geltend gemachten Anspruch aus dem zweiten Prozesse herauszuweisen.

- 2) Die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände (Minderung des Werths des Streitgegenstandes, Wechsel des Wohnsitzes u. s. w.) nicht berührt.
- 3) Der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.

Der Begriff der Klageänderung bedurfte einer Feststellung durch das Gesetz. Diese Feststellung ist durch die §§ 232, 233 erfolgt.

In einem freigestalteten mündlichen Verfahren ist es unbedenklich, dem Kläger Aenderungen der Klage in weitem Umfange zu gestatten. Eine solche Befugniß vermindert die Zahl der Prozesse und schränkt die mit großen Uebelständen verbundenen, in der bisherigen Praxis zahlreichen Abweisungen der Klage in angebrachtem Maße ein. Der Entwurf hat daher im Anschlusse an neuere Prozeßgesetze und Entwürfe | S. 188. (hannov. § 203, Württemb. Art. 331, Bayern Art. 180, 181, preuß. Entw. § 232, hannov. Entw. § 257, nordd. Entw. § 204) die Berichtigung, Ergänzung und Aenderung der Klage soweit zugelassen, als es ohne Schädigung der Interessen des Beklagten geschehen konnte. Diesem Standpunkte entspricht es, daß die im § 232 Nr. 1—3 aufgeführten Berichtigungen, Ergänzungen und Aenderungen als Aenderungen der Klage nicht angesehen werden sollen, wenn durch dieselben der Klagegrund (§ 222) nicht geändert wird. Hieraus folgt, daß im Sinne des Entwurfs die Aenderung des Klagegrundes stets eine Klageänderung enthält, welche ohne Einwilligung des Beklagten unzulässig ist. Dem Standpunkte des Entwurfs entspricht es ferner, daß einer Aenderung des Klagegrundes nicht von Amteswegen, sondern

nur auf Antrag des Beklagten entgegengetreten werden soll. Will der Beklagte sich auf die ihrem Grunde nach geänderte Klage einlassen, so liegt in einem mündlichen Verfahren kein Grund vor, dem übereinstimmenden Willen beider Parteien die Anerkennung zu versagen. Die Ordnung des Verfahrens verlangt aber, daß der Beklagte als einwilligend betrachtet werden muß, wenn er, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat (§ 233). Daß übrigens in Betreff der Zulässigkeit der Klageänderung der Inhalt der Klageschrift maßgebend ist, rechtfertigt sich dadurch, daß diese Schrift die Grundlage für den Rechtsstreit bildet (vgl. § 222). Noch weiter ist in Zulassung der Klageänderung der preuß. Entw. § 232 Nr. 2 gegangen, indem er vorschlägt, auch die Aenderung des Klagegrundes mit oder ohne Aenderung des Klageantrages zu gestatten, falls dieselbe „den Beklagten nicht zu einer anderen Rechtsvertheidigung nöthigt,“ ein Vorschlag, welcher darauf hinausläuft, die Entscheidung über die Statthaftigkeit der Klageänderung dem Ermessen des Gerichts zu überweisen. So gewichtige theoretische Gründe auch hierfür sprechen mögen (vgl. Pland, die Lehre vom Beweisurtheil S. 347 ff., Krit. Vierteljahrsschrift IV. S. 239 ff.), so steht demselben doch praktisch das Bedenken entgegen, daß das Gericht nur in seltenen Fällen in der Lage sein wird, mit einiger Sicherheit beurtheilen zu können, ob die Aenderung des Klagegrundes eine Aenderung der Rechtsvertheidigung bedingt (vgl. hannov. Prot. XIV. S. 5353 ff. 5364 ff., nordd. Prot. II. S. 540).

Der Entwurf hat es nicht für erforderlich gehalten, mit den oben allegirten Prozeßgesetzen und Entwürfen die Befugniß des Beklagten zur Erhebung einer Widerklage als eine prozessuale Wirkung der Rechtshängigkeit zu bezeichnen, da eine derartige Vorschrift nur doktrinaire Bedeutung haben würde, indem aus den Bestimmungen des Entwurfs über die Zulässigkeit und den Zeitpunkt der Erhebung einer Widerklage (§§ 33, 241—244), sowie über die Verhandlung derselben in Verbindung mit der Klage (§ 130 Abs. 2) zur Genüge hervorgeht, daß die Erhebung der Widerklage die Rechtshängigkeit der Klage voraussetzt. Ebenso wenig hat der Entwurf es für nöthig erachtet, eine Vorschrift über die Prävention aufzunehmen, also ausdrücklich zu bestimmen, daß im Falle der Konkurrenz mehrerer gleich zuständigen Gerichte oder im Falle doppelseitiger Klagen durch die Rechtshängigkeit und während der Dauer derselben die Zuständigkeit anderer gleich zuständiger Gerichte ausgeschlossen werde (vgl. Württemb. Art. 58, Bayern Art. 179 Nr. 1, hannov. Entw. §§ 25, 236), da dieser Satz eine nothwendige Konsequenz des Begriffs der Rechtshängigkeit ist (nordd. Prot. I. S. 62, 63, II. S. 536, 561).

Die materiell-rechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit normirt das bürgerliche Recht. Der § 231 schreibt vor, daß nicht nur diese Wirkungen, sondern auch alle Wirkungen, welche durch das bürgerliche Recht an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung (Litiskonfestation) des Beklagten geknüpft werden, — unbeschadet der Vorschrift des § 183 — mit der Erhebung der Klage eintreten sollen. Diese Anordnung rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß durch Zustellung der Klageschrift der Beginn des Rechtsstreits in einer beide Parteien verpflichtenden Weise festgestellt wird; sie entspricht den Bedürfnissen der Praxis, den Ansichten der hervorragendsten Theoretiker (vgl. v. Savigny, System des heutigen röm. Rechts VI. S. 237 ff., Pland, Krit. Vierteljahrsschrift IV. S. 241, Wekell, Ed. III. S. 135), den neueren Gesetzgebungen (Hannover § 190, Bayern Art. 179, Württemberg Art. 328), sowie dem nordd. Entw. § 203 und bezieht im Interesse der Rechtseinheit die vielfach abweichenden Vorschriften der bestehenden Partikularrechte (vgl. nordd. Prot. II. S. 538, 539, 561, 562).

Widerklagen und Kompensationseinreden werden nach § 241, Präjudizial-Inzidentklagen und Widerklagen nach § 243 nicht durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern in der mündlichen Verhandlung erhoben. In Betreff derselben können daher die Rechtshängigkeit und deren Wirkungen erst mit dem Zeitpunkte eintreten, in welchem der betreffende Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird. Zur Vermeidung von Zweifeln hat diese Konsequenz der § 244 — im Anschlusse an den nordd. Entw. § 207 — ausdrücklich festgestellt.

Eine Ausnahme von der Vorschrift des § 231, daß die Vorschriften des

bürgerlichen Rechts über die Wirkungen der Rechtshängigkeit unberührt bleiben, enthält der

§ 228. (R. B. § 228, G. § 236.)

Das gemeinrechtliche Verbot der Veräußerung litigioser — in Streit befangener — Sachen und Klagen hat in dem preuß. A. L. R. und in dem französischen Rechte keine Aufnahme gefunden und ist in der württemb. Proz.-Ordn. Art. 327 beseitigt worden. In dem sächs. Civilgesetzbuche wird dasselbe, insofern es sich auf die Veräußerung der res litigiosae durch den besitzenden Beklagten bezieht, zwar mit Stillschweigen übergangen, allein nach den in den speziellen Motiven enthaltenen Erläuterungen nur deshalb, weil dessen nähere Regulirung der künftigen Prozeßgesetzgebung vorbehalten bleiben sollte; dagegen ist die Cession litigioser Forderungen nach der sächsischen Praxis von jeher als vollkommen zulässig angesehen (vgl. Schmidt, Vorlesungen über sächs. Privatrecht I. S. 177, 398).

Im Interesse der Rechtseinheit bedurfte es einer gemeinsamen Regelung der Wirkungen der Veräußerung litigioser Sachen und Klagen. Diese Regelung setzte die Beseitigung des gemeinrechtlichen Veräußerungsverbots voraus. Da dasselbe legislativ nicht gerechtfertigt ist, so hat der Entwurf kein Bedenken tragen können, das Verbot im Anschlusse an den nordd. Entw. § 200 aufzuheben (§ 228 Abs. 1).

Bei Feststellung der Wirkungen einer Veräußerung litigioser Sachen und Klagen mußte die Erwägung leitend sein, daß durch eine derartige Veräußerung zum Nachtheile des Gegners weder dessen Lage während des Prozesses verändert, noch das Ergebnis des Prozesses unwirksam gemacht werden darf; unbillig wäre es insbesondere im Falle der Veräußerung der litigiosen Sache durch den besitzenden Beklagten, den Kläger zu nöthigen, nach Beendigung des mit Aufwand von Zeit, Mühe und Kosten gegen den Beklagten durchgeführten Prozesses einen neuen Prozeß gegen einen Dritten anzufangen. Dieser Erwägung entsprechen die der preuß. Praxis und dem preuß. Rechte (A. G. D. I. 7. § 48, I. 24, § 9) nachgebildeten Vorschriften des § 228 Abs. 2, 3 (vgl. nordd. Prot. II. S. 562—566). | S. 190.

1. Die Veräußerung oder die Cession hat auf den Prozeß keinen Einfluß. Ohne Zustimmung des Gegners ist daher der Rechtsnachfolger nicht berechtigt, den Prozeß als Hauptpartei an Stelle seines Rechtsvorgängers zu übernehmen. Um die Durchführung dieser Bestimmung zu sichern, mußte der Entwurf auch die Erhebung einer Hauptintervention ohne Zustimmung des Gegners und, für den Fall des Eintritts des Rechtsnachfolgers in den Prozeß als Nebenintervenient, die Anwendbarkeit des § 66 ausschließen. Denn ohne dieses würde, da im Falle der Veräußerung litigioser Sachen und Klagen sowohl die Voraussetzungen des § 61 als auch diejenigen des § 66 gegeben sind, die Vorschrift, daß Veräußerung und Cession ohne Einfluß auf den Prozeß bleiben sollen, illusorisch gemacht werden.
2. Die Entscheidung in der Sache selbst — nicht auch die Entscheidung über den Kostenpunkt — ist gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar, eine Bestimmung, welche bei Prozessen über dingliche Rechte bereits in der gemeinrechtlichen Praxis Anerkennung gefunden hat (Regell, Ed. II. S. 541 Note 112), dagegen in der französischen Jurisprudenz kontrovers geblieben ist (vgl. Marcadé, Explication theoret. et prat. du Code Napoléon Ed. V. Vol. V. pag. 179—181. Schmitt, der bayer. Civilprozeß I. S. 696). Insofern es sich um die Vollstreckbarkeit des Urtheils gegen den Rechtsnachfolger handelt, läßt sich die Tragweite des § 228 Abs. 3 nur im Zusammenhange mit den §§ 615 bis 617, 620, 636, 653 A. 3 übersehen. Aus diesen Vorschriften ergibt sich, daß es in der Zwangsvollstreckung der Feststellung der Rechtsnachfolge mittelst einer Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel nur bedarf, wenn die Rechtsnachfolge weder bei dem Gerichte offenkundig ist noch durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden kann.

Zu wesentlicher Uebereinstimmung sind die Wirkungen der Veräußerung

pendente lite in den Prozeßordn. v. Württemberg Art. 237 und v. Bayern Art. 294, 493 geordnet. Wenn die württemb. Prozeßordn. den Rechtsnachfolger verpflichtet, den Prozeß aufzunehmen, so erzielt sie dadurch den Vortheil, daß das verurtheilende Erkenntniß sofort auf den Namen des Rechtsnachfolgers gestellt werden kann (vgl. Motive zum württemb. Entw. Art. 337); allein dieser Vortheil wird dadurch mehr als aufgewogen, daß ein Streit über die Verpflichtung zur Aufnahme des Prozesses den Prozeß selbst verwickeln und verweirklüßigen muß und sich als völlig nutzlos herausstellt, wenn ein verurtheilendes Erkenntniß nicht erfolgt. Aehnliche Gründe stehen auch der Bestimmung der bayer. Prozeßordn. Art. 493 entgegen, welche den Austritt des bisher Betheiligten gestattet, falls sich das Gericht überzeugt, daß an dem Verbleiben des Veräußerers im Prozesse der Gegner kein Interesse hat.

§ 229. (R. B. § 229, G. § 237.)

Rechte, welche für ein Grundstück in Anspruch genommen werden, oder Verpflichtungen, welche auf einem Grundstücke ruhen sollen, entnehmen ihre subjektiven | S. 191. Beziehungen aktiv oder passiv einem anderen Rechtsverhältnisse, dem | Eigentum (dominium directum utile) an dem berechtigten oder verpflichteten Grundstücke (vgl. Wezell, Ed. III. S. 44). Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines solchen Rechts oder einer solchen Verpflichtung ein Rechtsstreit anhängig und wechselt durante lite das die Aktiv- oder Passivlegitimation bedingende Rechtsverhältnis in Folge der Veräußerung des Grundstücks seinen Träger, so fordert das Bedürfniß des Rechtsverkehrs gebieterisch eine Vorschrift über Recht und Pflicht zur Succession des Rechtsnachfolgers in das Prozeßverhältnis, weil es in hohem Grade zweifelhaft ist, ob ohne eine solche Vorschrift der anhängige Rechtsstreit zu Ende geführt werden, beziehungsweise zu einem den Veräußerer bindenden Ergebnisse gelangen kann. Demgemäß bestimmt der § 229 im Anschlusse an den nordd. Entw. § 201, daß der Rechtsnachfolger berechtigt und auf Antrag des Gegners verpflichtet ist, den Prozeß in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen (vgl. auch Württemb. Art. 300, 327 Abs. 3) — eine Bestimmung, welche der schon im römischen Rechte (vgl. Wezell, Ed. III. S. 44 Note 8) zum Ausdruck gebrachten Anschauung, daß das Grundstück als das berechnigte oder verpflichtete Subjekt und der Besitzer (Eigenthümer, Vasall, Erbpächter u. s. w.) als dessen Vertreter anzusehen sei, congruirt (vgl. nordd. Prot. II. 570. 521).

§ 231. (R. B. § 231, G. § 239.)

Die Bestimmung des § 228 Abs. 3 bedarf aus Rücksicht auf Vorschriften, welche große Gebiete des bürgerlichen Rechts beherrschen und durchdringen, einer Einschränkung. Als solche Vorschriften bezeichnet der § 230 im Anschlusse an den nordd. Entw. § 202 (vgl. nordd. Prot. II. S. 563—566, 571, 775, 776):

- 1) Die Vorschriften über den Erwerb beweglicher Sachen — die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche auf dem Grundsätze: „Hand wahre Hand“ beruhen; vgl. Code civil art. 2279 (Zacharia-Anschütz, Handb. des franz. Civilrechts Ed. V. Bd. 1. § 215 a. Stabel, Institutionen des franz. Civilrechts S. 122 ff.). Deutsches Handelsgesetzbuch Art. 306, 307 (Goldschmidt, Handb. des Handelsrechts I. S. 802 ff. Anschütz und v. Wölbern-dorff, Kommentar z. A. D. Handelsgesetzbuch III. S. 145 ff.); preuß. A. L. R. I. 15. §§ 42 ff.; I. 2. § 138;
- 2) die Vorschriften über den Erwerb auf Grund des Grund- und Hypothekenbuchs;
- 3) die Vorschriften über den Erwerb in gutem Glauben, z. B. die Bestimmung des preuß. Rechts (A. L. R. I. 15. §§ 24—26, 44 Förster, Theorie und Praxis des preuß. Privatrechts III. § 180), daß der gutgläubige Erwerber einer Sache zur Herausgabe derselben nur gegen Ersatz des ausgelegten Kaufpreises verpflichtet ist.

Soweit es nach diesen Vorschriften für den rechtsgültigen, wirksamen Erwerb beweglicher oder unbeweglicher Sachen auf einen Mangel in dem Rechte des Auktors nicht ankommt, kann dem Erwerber auch der Umstand nicht entgegenstehen, daß der veräußerte Gegenstand oder der cedirte Anspruch im Streite befangen war. Gegen

den Kläger, welcher veräußert oder cedirt hat, gewährt dem Beklagten die Schlußbestimmung des § 231 den der juristischen Sachlage entsprechenden Schutz. Soweit ferner nach jenen Vorschriften die Herausgabe der Sache nur gegen Erfaß des Kaufpreises gefordert werden kann, wird dieses Beneficium dem gutgläubigen Erwerber nicht dadurch entzogen, daß sich die Sache im Streite befand (vgl. Entsch. des preuß. Obertribunals Bd. 30 S. 204).

Um Kollisionen mit den sub 2 und 3 aufgeführten Vorschriften zu vermeiden, ist der § 230 auch auf die Bestimmung des § 229 ausgedehnt (vgl. nordd. Prot. II. S. 571).

## IV.

## Zurücknahme der Klage.

§ 234. (R. V. § 234, G. § 243.)

Beruhet die Zurücknahme der Klage auf Uebereinkunft der Parteien, so bedarf es keiner besonderen prozessualen Vorschriften, da die mit Zustimmung des Beklagten erfolgte Zurücknahme den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Verträge unterliegt. Der § 234 regelt daher nur die einseitige Zurücknahme der Klage durch den Kläger — in Anlehnung an Württemberg Art. 304, Bayern Art. 496—498, an den hannov. Entw. § 220, preuß. Entw. §§ 228—231 und nordd. Entw. §§ 371—373 (vgl. nordd. Prot. I. S. 434—436). Die einseitige Zurücknahme der Klage ist dem Kläger nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache gestattet. Diese Verhandlung bildet den Gegenfaß zur Verhandlung über prozeßhindernde Einreden (§§ 238, 239); mithin kann der Kläger im Falle des Vorbringens solcher Einreden noch nach Erledigung derselben die Klage zurücknehmen. Der Prozeßurakt der Zurücknahme der Klage beseitigt alle Wirkungen, welche das Prozeßrecht und das bürgerliche Recht an die Rechtshängigkeit knüpfen, so daß kraft Gesetzes die Sache in die Lage zurückversetzt wird, in welcher sie sich vor Erhebung der Klage befand. Insbesondere gilt auch die durch Zustellung der Klageschrift bewirkte Unterbrechung der Verjährung als nicht eingetreten. Die Bestimmung, welche die Verpflichtung des Klägers zur Erstattung der Prozeßkosten auf Antrag des Beklagten durch Urtheil auszusprechen sei, ist wegen der Vorschrift des § 95 Abs. 1 nothwendig, während der § 234 Abs. 4 in Verbindung mit § 238 Nr. 5 geeignet erscheint, den Beklagten gegen Veragungen des Klägers zu schützen.

## V.

## Die Klagebeantwortung und der Wechsel weiterer vorbereitender Schriftsätze.

§§ 235, 236. (R. V. §§ 235, 236, G. §§ 244, 245.)

Innerhalb der im § 235 bezeichneten Frist hat der Beklagte dem Kläger mittelst vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung zustellen zu lassen. Eine Abschrift derselben ist in Gemäßheit des § 120 auf der Gerichtsschreiberei des Prozeßgerichts niederzuliegen.

Der Entwurf geht von der Annahme aus, daß regelmäßig zwei Schriftsätze — die Klageschrift und die Klagebeantwortung — genügen, um die mündliche Verhandlung ausreichend vorzubereiten. Diese Annahme stützt sich auf die umfassenden Erfahrungen, welche in dem deutschen und außerdeutschen Geltungsgebiete des mündlichen Verfahrens gemacht worden sind. Insbesondere haben diese Erfahrungen ergeben, daß die Beschränkung der Vorbereitung auf zwei Schriftsätze die Gründlichkeit der Rechtspflege nicht gefährdet und Vertagungen, welche eine rasche, energische Rechtspflege beeinträchtigen könnten, nicht veranlaßt.

Für den Fall, daß die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, trifft der § 235 im Anschlusse an den hannov. Entw. § 241 und den nordd. Entw. § 406 Vorkehr. Dieser Fall

ist gegeben, wenn eine Partei in der mündlichen Verhandlung in der Klageschrift oder in der Klagebeantwortung nicht bezeichnete tatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge vorbringen will, auf welche der Gegner voraussichtlich und ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann. Nach § 236 Abs. 1 hat die Partei ein derartiges Vorbringen vor der mündlichen Verhandlung mittelst ferneren vorbereitenden Schriftsatzes dem Gegner so zeitig mitzutheilen, daß derselbe die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag. Daß die Frist des § 119 eingehalten wird, ist nicht geboten: die Mittheilung ist rechtzeitig, wenn sie so zeitig erfolgt, daß vor der mündlichen Verhandlung die Vorbereitung auf das neue Vorbringen beschafft werden kann, mag auch zwischen der Zustellung der Mittheilung und dem Verhandlungstermine ein geringerer Zeitraum liegen, als die im § 119 vorgeschriebene Minimalfrist (vgl. hannov. Prot. XV. S. 5424—5426, XVII. 6385—6391, 6646, 6716, 6717, nordd. Prot. II. S. 545, 546).

Stellt sich in der mündlichen Verhandlung heraus, daß die gewechselten Schriftsätze zur Vorbereitung nicht ausreichen, und ergibt sich in Folge davon eine Vertagung der mündlichen Verhandlung als nothwendig, so ist im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens durch § 236 Abs. 2 dem Gerichte die Befugniß ertheilt, die Fristen zu bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze vor dem neuen Verhandlungstermine zuzustellen sind. Durch diese Vorschrift werden die Bestimmungen der hannov. Proz. Ord. §§ 207 ff. und des hannov. Entw. §§ 239 ff. über ein außergerichtliches schriftliches Vorverfahren entbehrlich.

Wird die Einlassungsfrist abgekürzt, so kürzt sich entsprechend die Frist, innerhalb welcher die Klagebeantwortung zuzustellen ist. Nach § 197 Abs. 2 kann die Einlassungsfrist in einem solchen Maße gekürzt werden, daß die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.

## VI.

### Die mündliche Verhandlung.

§§ 237, 259, 260. (R. B. §§ 237, 259, 260, G. §§ 246, 269, 270.)

Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den Vorschriften der §§ 123 ff. Ergänzt werden diese Vorschriften durch die Bestimmungen der §§ 159, 260, welche im Zusammenhange mit dem § 140 bereits in der allgemeinen Begründung §§ 4, 5 gerechtfertigt sind.

Das Verfahren bis zum Urtheil kann, wie in der allgemeinen Begründung § 7 dargelegt ist, in zwei Abschnitte zerfallen — in das Vorverfahren, welches die Verhandlung über prozesshindernde Einreden, und in das Hauptverfahren, welches die Verhandlung über die Hauptsache zum Gegenstande hat.

## VII.

### Die Verhandlung über prozesshindernde Einreden.

§§ 238, 239. (R. B. §§ 238, 239, G. §§ 247, 248.)

Der Gedanke einer Trennung der Verhandlung über die prozessualen Vorbedingungen für einen Rechtsstreit — über die Prozessvoraussetzungen — von der Verhandlung über die res in iudicium deducta — über die Hauptsache — ist so natürlich, daß es erklärlich erscheint, wenn sich derselbe im römischen, im romanischen, im ältern deutschen und selbst im Reichsammergerichtlichen Prozesse verwirklicht hat. Erst spätere Reichsgesetze, indem sie auf der einmal eingeschlagenen Bahn des Konzentrirens der Verhandlungen immer weiter fortschritten, erwiesen sich diesem Gedanken feindlich, die Partikulargesetzgebung folgte und hatte Anlaß zu folgen, so lange sie nicht die Schriftlichkeit des Verfahrens mit der Mündlichkeit vertauschte (vgl. Bülow die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen 1868).

Das mündliche Verfahren ist so elastisch, daß es den Gesetzgeber in keiner Weise berechtigt, den Grundsatz außer Acht zu lassen, daß es gegen Recht und

Billigkeit verstößt, den Beklagten zu zwingen, auf einen Rechtsstreit sich einzulassen und denselben durchzuführen, bevor feststeht, ob die Prozeßvoraussetzungen vorliegen (vgl. Reg. Mot. zur hannov. Proz. Ordn. bei Leonhardt a. a. D. S. 159).

Die Prozeßordnungen von Hannover §§ 196, 197, Württemberg Art. 344 bis 346 und Bayern Art. 184 ff., wie der hannov. Entw. §§ 243 ff. haben diesen Grundsatz rückhaltslos anerkannt. Im Anschluß an dieselben gewährt der Entwurf dem Beklagten das Recht, auf Grund der in § 238 Abs. 2 Nr. 1—6 aufgeführten Einwände — welche passend als „prozeßhindernde Einreden“ bezeichnet werden (vgl. Pland, krit. Viertelsjahresschrift XL. S. 175 ff. und Weßell, Ed. III. S. 136 ff.) — die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, entzieht demselben aber nicht die Befugniß, mit der prozeßhindernden Einrede gleichzeitig und eventuell die Verhandlung in der Hauptsache zu verbinden, wenn er dies seinen Interessen entsprechend hält. Für den ersten Fall ist durch § 239 unbedingt angeordnet, daß eine abgeforderte Verhandlung und Entscheidung über die prozeßhindernden Einreden eintreten muß, für den letzteren Fall ist diese Anordnung dem Ermessen des Gerichts überlassen. Einer Prozeßverschleppung ist in wirksamer Weise durch das Gebot des gleichzeitigen Vorbringens aller prozeßhindernden Einreden, sowie dadurch begegnet, daß dem Gerichte die Befugniß ertheilt ist, auf Antrag bei Abgabe des die Einreden verwerfenden Urtheils ungeachtet der dem Beklagten gegen dieses Erkenntniß zustehenden Rechtsmittel die Verhandlung zur Hauptsache anzuordnen. Eine Erweiterung dieser Befugniß des Gerichts dahin, daß auch vor Abgabe des Urtheils die Einlassung auf die Hauptsache angeordnet werden könne (vgl. Baden § 318, preuß. Entw. § 334, nordd. Entw. § 413), würde selbst unter Gestattung der Terminsverlegung die Rechte des Beklagten gefährden und um so weniger zu rechtfertigen sein, als das Gericht nur durch Urtheil aussprechen kann, daß eine prozeßhindernde Einrede unbegründet und folgeweise der Beklagte verpflichtet sei, zur Hauptsache zu verhandeln. Das Prinzip der Konzentration der Verhandlung über sämtliche Prozeßeinreden findet übrigens eine Beschränkung in der allgemeinen Befugniß des Gerichts (§ 131), eine abgeforderte Verhandlung über einzelne der mehreren vorgeschützten Einreden aus Zweckmäßigkeitsrücksichten zu verfügen. Den abweichenden Grundsätzen des Code de proc. art. 166 ff., welche von dem Gebote des gleichzeitigen Vorbringens einzelne Einreden ausnehmen und für diese eine bestimmte Reihenfolge vorschreiben, konnte der Entwurf sich nicht anschließen, da dieselben an erheblichen Widersprüchen und Dunkelheiten leiden und in bedenklicher Weise die Verschleppung des Verfahrens befördern.

Die Einwände, welche der § 238 Nr. 1—6 als „prozeßhindernde Einreden“ zusammenstellt, betreffen in'sgesammt Prozeßvoraussetzungen. Der Entwurf hat es vermieden, die Prozeßvoraussetzungen mit den dilatorischen sich auf den Anspruch selbst beziehenden Einreden zusammenzuwerfen. Wegen der Nr. 1 ist auf die §§ 39, 40, wegen Nr. 2 auf das Einführungsgesetz § 2, wegen Nr. 3 auf § 227 Nr. 1, wegen Nr. 4 auf §§ 100—102, wegen Nr. 5 auf § 234 Abs. 4 und wegen Nr. 6 auf die §§ 50—55, 82 zu verweisen. Die in andern Prozeßgesetzen und Entwürfen unter den prozeßhindernden Einreden aufgeführten Einwände der nicht ordnungsmäßigen Ladung (Württemberg Art. 344, Bayern Art. 186, preuß. Entw. § 333, hannov. Entw. § 243) und der noch laufenden Ueberlegungs- und Inventarisationsfrist (Code de proc. art. 174, preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 § 5, Bayern Art. 185, preuß. Entw. § 333) sind ausgeschieden, weil der erstere durch die umfassendere Vorschrift des § 257 gedeckt wird, während der letztere Einwand dem bürgerlichen Rechte angehört, den Anspruch selbst bezieht und nur einer Verwechselung der dilatorischen Einreden mit den prozeßhindernden Einreden seine Aufnahme unter die Prozeßvoraussetzungen verdankt. —

Aus der Natur der prozeßhindernden Einreden ergibt sich von selbst, daß sie vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorgebracht werden müssen — ohne Rücksicht darauf, ob auf Grund derselben die abgeforderte Verhandlung und Entscheidung beantragt wird oder nicht (vgl. Mot. zum württemb. Entw. Art. 354 bis 357, 359). Eine spätere Geltendmachung ist nur in den Fällen des § 238 Abs. 3 gestattet. Zu den prozeßhindernden Einreden, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann, gehören die im § 238 Nr. 1, 2, 6 aufgeführten — die Einrede Nr. 1 jedoch nur insoweit, als eine prorogatio fori ausgeschlossen ist (§ 40 Abs. 2).

## VIII.

## Die Verhandlung zur Hauptsache.

§§ 240—243, 245—248. (R. B. §§ 240—243, 245—248, G. §§ 250—253, 255—258.)

Der § 240 wird im Zusammenhange mit den Vorschriften über das vorbereitende Verfahren (§§ 303—309) besprochen werden.

Die §§ 241, 245, 246, 247, 248 enthalten — in Verbindung mit den §§ 313, 314 — die Ausführung der in der allgemeinen Begründung §§ 6—8 in Betreff der Eventualmaxime, der Beweisverbindung und des Beweisbeschlusses entwickelten und gerechtfertigten Grundsätze. Die besondere Begründung hat sich daher auf die Erörterung derjenigen Punkte zu beschränken, welche aus Rücksicht auf das der allgemeinen Begründung gesetzte Maß keiner oder keiner eingehenden Rechtfertigung unterzogen werden konnten.

## I.

Das Verfahren bis zur Anordnung eines Beweisbeschlusses.

§§ 241, 245, 246. (R. B. §§ 241, 245, 246, G. §§ 251, 255, 256.)

Wie sich die Verbindung des Beweises mit den Behauptungen gestaltet, was in Folge der Aufnahme der Beweisverbindung den Gegenstand der Verhandlung bis zum Erlasse eines Beweisbeschlusses bildet, ist bereits in der allgemeinen Begründung § 8 skizzirt worden. Darnach fällt der Verhandlung vor Erlaß des Beweisbeschlusses anheim:

§. 196.

- 1) die Behauptung der Thatsachen, auf welche die Parteien ihre Angriffs- und Vertheidigungsmittel gründen;
- 2) die Antretung des Beweises unter Bezeichnung der Beweismittel, deren sich die Parteien zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen wollen; — wie in Betreff der einzelnen Beweismittel die Beweisantretung zu erfolgen hat, bestimmen für den Augenschein der § 326, für den Zeugenbeweis der § 328, für den Beweis durch Sachverständige der § 355, für den Beweis durch Urkunden die §§ 372, 373, 380, 384, für den Beweis durch Eid der § 373;
- 3) das Vorbringen der Beweiseinreden;
- 4) die Erklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners, über die von demselben bezeichneten Beweismittel, sowie über die Beweiseinreden; — die Vorschriften in Betreff der Erklärung über thatsächliche Behauptungen, über Urkunden und über Eide sind in den §§ 125, 391, 404 enthalten;
- 5) die Stellung der Anträge durch Verlesung derselben aus einem Schriftsatz (§ 259).

In diese Partie des Verfahrens gehören:

- 6) die Verhandlung über die Zulässigkeit der Beweismittel (z. B. der Zuschiebung oder der Zurückschiebung von Eiden §§ 397, 401, 416—418);
- 7) das Editionsverfahren (§§ 376 ff.), wie das Rechtsverfahren in Betreff vorgelegter Urkunden, insbesondere auch das Verfahren durch Schriftvergleichung (§§ 392 ff.), so lange nicht Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen oder Eide abzunehmen sind.

Die Verhandlung geht in ihrem Verlaufe ungehemmt fort, bis es der Anordnung eines besonderen Beweisaufnahme-Verfahrens durch Beweisbeschuß bedarf (§ 313). In welchen Fällen ein solches Bedürfniß vorhanden ist, ergeben die Andeutungen der allg. Begründung § 8. Von selbst versteht sich, daß auch in diesen Fällen der Erlaß eines Beweisbeschlusses nicht erforderlich ist, wenn die Beweisaufnahme sofort, d. h. in demselben Verhandlungstermine, in welchem der Beweis angetreten wird, erfolgen kann und das Gericht die sofortige Beweisaufnahme für angemessen erachtet.

Während der Entwurf in den §§ 131, 241 für die Auslegung der Ausdrücke „Angriffs- und Vertheidigungsmittel“ Anhaltspunkte geben zu müssen glaubte, hat er eine Begriffsbestimmung des Ausdrucks „Beweiseinreden“ durch das Gesetz für entbehrlich erachtet. Der Grund, welcher die württemb. Prozeßordn. Art. 421, den hannov. Entw. § 285 und den nordd. Entw. § 475 bewogen hat, die Beweiseinreden als „selbstständige, thatsächliche, gegen die Zulässigkeit, die rechtliche Wirksamkeit oder die Glaubwürdigkeit eines Beweismittels gerichtete Einwendungen“ zu definiren — der Grund, die zutreffende Anwendung der Eventualmaxime auf die Beweiseinreden sicherzustellen —, konnte für den Entwurf bei seiner völlig abweichenden Auffassung der Eventualmaxime nicht in Betracht kommen.

Mit der Beweisverbindung des Entwurfs ist der Begriff des Gegenbeweises im gemeinrechtlichen Sinne unvereinbar. Dieser Begriff hat nur Bedeutung und Berechtigung in einem Verfahren, welches das Beweisinterlokut des gemeinen Rechts oder der hannov. Proz. Ordn. adoptirt hat: nur in einem solchen Verfahren kann | S. 197. einer Beweisführung formell eine Gegenbeweisführung entgegentreten, nur in einem solchen Verfahren ist eine Theorie der Gegenbeweisführung, wie sie sich im gemeinen Prozeßrecht entwickelt hat, möglich und angebracht. Werden mit der Aufstellung der Behauptungen die Beweise angetreten und werden die Beweise aufgenommen, ohne daß entschieden wird, wem die Beweislast obliegt, so läßt sich zwar die Richtung der Beweisführung — ob ein Beweismittel zum Nachweise oder zur Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung dienen soll — unterscheiden, allein darin liegt bekanntlich das Wesen des Gegensatzes zwischen Beweis und Gegenbeweis nicht. Nach dem System des Entwurfs wird der Beweis nicht aufserlegt, es kann sonach der Gegenbeweis nicht stillschweigend vorbehalten sein; für die Behauptung, wie für die Gegenbehauptung muß der Beweis von den Parteien von vornherein angetreten werden; den einen, wie den andern muß der Richter durch den Beweisbeschluß zugelassen haben, wenn er überhaupt zur Aufnahme kommen soll, und wenn auch schon bei Zulassung der Beweise der Richter sich klar zu machen haben wird, was aus dem Nachweise oder der Widerlegung einer thatsächlichen Behauptung für die Entscheidung folgt, so kommt doch die Beweispflicht der einen oder andern Partei als solche erst in Frage, wenn das Resultat des erhobenen Beweises gezogen wird und sich dabei herausstellt, daß nichts erwiesen sei; daraus folgt, daß eine Beweisführung der nicht beweispflichtigen Partei nicht ausgeschlossen ist, wenn auch die beweispflichtige Partei Beweis nicht angetreten hat; die Frage, ob und was bewiesen ist, tritt in den Vordergrund. Der Entwurf hat, um die Uebertragung bisheriger Anschauungen auf das von ihm gewollte, dem bestehenden preußischen Rechtszustande konforme Prozeßrecht zu verhüten, den Ausdruck „Gegenbeweis“ vermieden und sich statt dessen der Ausdrücke „Widerlegung thatsächlicher Behauptungen“ (§§ 117 Nr. 4, 245 Abs. 1, 314 Nr. 3) und „Beweis des Gegentheils“ (§§ 147 Abs. 2, 398, 411, 412) bedient; nur im § 13 Nr. 1 des Einführungs-gesetzes mußte von dem Ausdrucke „Gegenbeweis“ Gebrauch gemacht werden, weil es wünschenswerth erschien, bei Definition der praesumptio juris dem bisherigen Sprachgebrauche zu folgen.

Wie die Angriffs- und Vertheidigungsmittel, so können auch die Beweismittel und die Beweiseinreden bis zum Schlusse desjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden. Von den besondern Verhältnissen des einzelnen Falles wird es abhängen, wie die Verbindung der Beweise mit den Behauptungen am zweckmäßigsten erfolgt — ob im Laufe der Verhandlung oder am Schlusse derselben. Jeder gesetzliche Formalismus, welcher den natürlichen Gang des Prozesses beeinträchtigen und den Parteien oder dem Gerichte die Hände binden könnte, erscheint verwerflich; richtet man zwischen der Angabe der Behauptungen und der Beweise eine Schranke auf, so nimmt man der mündlichen Verhandlung die Beweglichkeit und Lebendigkeit, welche einen Hauptvorzug derselben bilden. In verwickelten Fällen mag es angemessen sein, daß der Beweis erst am Schlusse der Verhandlung angetreten werde und daß zu dem Behufe eine kurze Wiederholung der aufgestellten streitigen Thatsache stattfinde; in den die überwiegende Mehrzahl bildenden einfachen Fällen wird ein derartiges von Bayern Art. 324 generell vorgeschriebenes Verfahren zu überflüssigen Wiederholungen führen und der Prozedur einen forma-

listischen Anstrich verleihen (vgl. hannov. Prot. XIV. 5247, 5258, Mot. 3. württemb. Entw. Art. 422—434, nordd. Prot. II. 641, 642).

[S. 198.] Es ist eine vielbehandelte Frage, ob die Beweisverbindung sich auf die individuelle Bezeichnung der Beweismittel der Art nach zu beschränken habe, so daß die individuelle Bezeichnung dem Beweisverfahren vorbehalten bleibt. Der Entwurf hat sich in Uebereinstimmung mit dem preußischen Rechte (A. G. D. I. 5. § 5 Abs. 2), mit Württemberg Art. 411, dem preuß. Entw. §§ 307, 308, 313, 315 (Mot. S. 70—72), hannov. Entw. § 280 und nordd. Entw. § 466 für die erstere Alternative entschieden und damit in Gegensatz zum französischen und bayerischen Rechte (Prozeßordn. Art. 324) gestellt.

Es wird allgemein zugestanden, daß die Unterscheidung zwischen Angabe der Beweismittel der Art nach und Bezeichnung derselben der Individualität nach nur beim Zeugenbeweise praktische Bedeutung hat (Verhandl. der bayer. Kammer der Abg. 1863/1865, Beilagenbd. III. Abth. 2 S. 151). Die sofortige Produktion der Urkunden ist auch von Bayern Art. 329, 370 (vgl. Schmitt, der bayer. Civilprozeß II. S. 136 ff.) vorgeschrieben.

Die bayer. Proz.-Ordn. ist durch die Besorgniß veranlaßt worden, daß die mündliche Verhandlung durch das Detail der Beweisantretung und der auf die Glaubwürdigkeit der einzelnen Beweismittel bezüglichen Erinnerungen und Gegenerinnerungen in einer die Uebersichtlichkeit des Ganzen gefährdenden Weise nicht selten überlastet und verwirrt werden könne (Verhandl. der bayer. Kammer der Abg. 1863/1865, Beilagenbd. I. Abth. 2 S. 120). Mit vollem Rechte ist indessen darauf hingewiesen, daß der große Vorzug der Beweisverbindung darin bestehe, daß die Parteien genöthigt werden, auch die mittelbar erheblichen Thatsachen vorzutragen, daß dieser Vortheil aber aufgegeben werde, wenn man die Beweisverbindung auf die Angabe der Beweismittel der Art nach reduziere. Abgesehen hiervon hat die Bestimmung des bayerischen Rechts nur für ein Verfahren Bedeutung, welches, wie der französische Prozeß, durch Beschränkung des Zeugenbeweises den Urkundenbeweis in den Vordergrund drängt; für den französischen Prozeß kommt außerdem in Betracht, daß es bei den vielen Streitfragen über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises von Wichtigkeit erscheint, wenn im einzelnen Falle vor Antretung desselben über die Zulässigkeit entschieden werden kann (vgl. hannov. Prot. VI. 1843, 1846). Der Entwurf hat ebenso wie die bayer. Proz.-Ordn. die französisch-rechtliche Beschränkung des Zeugenbeweises verworfen. Streitigkeiten über die Zulässigkeit derselben fallen daher fort. Da überdies nach den Bestimmungen des Entwurfs die Einwendungen gegen die benannten Zeugen zu einer Verwickelung oder Verweiltäufigung der Verhandlung keinen Anlaß geben können, so fehlt es an einem Grunde, in Betreff des Zeugenbeweises eine Ausnahme von der konsequenten Durchführung der Beweisverbindung eintreten zu lassen. Sodann darf nicht unerwogen bleiben, daß der Entwurf, wenn er sich für die Bezeichnung der Beweismittel der Art nach entschieden hätte, genöthigt gewesen sein würde, auf den weiteren großen Vorzug der Beweisverbindung, auf die Erspargung besonderer Termine zur Individualisirung der Beweismittel und zur Verhandlung über dieselben, zu verzichten — ein Vorzug, der für ein Verfahren, in welchem sich im Laufe desselben Rechtsstreits und derselben Instanz Beweisantretungen und Beweisbeschlüsse mehrfach wiederholen können, nicht hoch genug angeschlagen werden kann.

## 2.

## Die Beweismittel.

## § 245. (R. B. § 245, G. § 255).

[S. 199.] Der Entwurf enthält sich einer Aufzählung aller Beweismittel, er hebt nur einige derselben hervor. Er nennt: Augenschein (§§ 326, 327), Zeugen (§§ 328, 353), Sachverständige (§§ 354—366), Urkunden (§§ 367—396) und Eid (§§ 397—421). Das außergerichtliche Geständniß ist wegen seines innigen Zusammenhanges mit dem Civilrechte nicht geregelt; aus der Nichterwähnung darf selbstverständlich nicht geschlossen werden, daß dem außergerichtlichen Geständnisse der Werth eines Beweismittels hat genommen werden sollen.

Daß sich eine Partei zum Beweise oder zur Widerlegung derselben tatsächlichen Behauptung gleichzeitig verschiedener Arten von Beweismitteln bedienen kann (vgl. Württemberg Art. 407, Bayern Art. 327, hannov. Entw. § 286), bedurfte seiner ausdrücklichen Hervorhebung. Dasselbe gilt von der Bestimmung der württemb. Prozeßordn. Art. 406, daß streitige Thatsachen unmittelbar oder mittelbar durch die Erweisung solcher Thatsachen bewiesen oder widerlegt werden können, aus welchen sich die Wahrheit, bezw. Unwahrheit der zu beweisenden Thatsachen mittelst Schlußfolgerungen ergibt, und von den Bestimmungen der bayer. Prozeßordn. Art. 326, daß eine Partei, wenn sie durch Schlüsse oder Vermuthungen Beweis führen will, ihr Beweis anbieten auch auf die Thatsachen, aus welchen der Schluß gezogen oder die Vermuthung abgeleitet werden soll, zu richten hat und daß ein solches Anerbieten nicht das gleichzeitige Angebot unmittelbarer Beweise ausschließt. Beide Bestimmungen konnten um so weniger Aufnahme finden, als sie geeignet erscheinen, Mißverständnisse hervorzurufen. Mit der Beweisverbindung des Entwurfs ist der Begriff des künstlichen Beweises — oder richtiger, der künstlichen Beweisführung im Sinne der gemeinrechtlichen Theorie unvereinbar. Denn sollen mit der Aufstellung der Thatsachen zugleich die Beweise angetreten werden, so müssen die Thatsachen so konkret vorgelegt werden, wie die Benutzung der Beweismittel es erfordert. Daraus folgt, daß sich die Parteien nicht darauf beschränken können, die unmittelbar erheblichen Thatsachen zu behaupten, daß sie vielmehr verpflichtet sind, auch die mittelbar erheblichen Thatsachen sofort in der Verhandlung vor Erlaß des Beweisbeschlusses vorzubringen. Dadurch wird der Richter in den Stand gesetzt, die von der Partei gezogenen Schlußfolgerungen prüfen und die angebotenen Beweise sofort verwerfen zu können, wenn er sich von der Richtigkeit der Schlußfolgerungen nicht zu überzeugen vermag. Dieser Vortheil, die Vermeidung nutzloser Beweisführungen, würde aufgegeben werden, wenn in dem Beweisbeschlusse nicht die mittelbar erhebliche Thatsache, sondern, der gemeinrechtlichen Theorie entsprechend, die unmittelbar erhebliche Thatsache zum Beweise gestellt und die Auflösung der letzteren in künstlichen Beweis nach Erlaß des Beweisbeschlusses gestattet würde (vgl. hannov. Prot. XV. S. 5575 bis 5581). Selbst die oben referirte Bestimmung der bayer. Prozeßordn. Art. 326 konnte, obgleich sie die Angabe der mittelbar erheblichen Thatsache vor Erlaß des Beweisbeschlusses fordert, zu dem Irrthum Anlaß geben, daß es auch genüge, wenn die Partei nur die unmittelbar erhebliche Thatsache vorbringe und der Richter nur diese in den Beweisbeschuß aufnehme.

Die Vorschriften des Entwurfs über die Beweismittel haben allgemeine Geltung für das ganze Gebiet des deutschen Reichs. Außer Kraft treten daher die Vorschriften der Landesgesetze, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse einzelne Arten von Beweismitteln ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen. Das Einführungs-gesetz § 11 Nr. 1 hat diese Konsequenz in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. § 465 ausdrücklich ausgesprochen. Betroffen werden von der Bestimmung des § 11 Nr. 1 cit. insbesondere die Vorschriften | des französischen Rechts, nach denen der Zeugenbeweis — von weitgreifenden Ausnahmen abgesehen — in allen Sachen, deren Gegenstand die Summe oder den Werth von 150 Frcs. übersteigt, und „contre et outre le contenu aux actes“, sowie „sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes“ ausgeschlossen ist (Code civ. Art. 1341—1348). | S. 200.

Die Frage, ob es sich empfehle, die französisch-rechtlichen Beschränkungen des Zeugenbeweises in das deutsche Prozeßrecht zu übernehmen, ist von der hannov. und von der nordd. Prozeßkommission (vgl. hannov. Prot. VII. S. 2251—2300, XV. S. 5703—5712, nordd. Prot. II. S. 688, 689, 759, 988, 989), von den Motiven zum preußischen und zum württembergischen Entwurf und im Anschlusse an die Ausführungen von Pland (Krit. Vierteljahrschr. IV. S. 259—265) und Hinschius (Verhandl. des fünften deutschen Juristentages I. S. 166 ff.), von dem fünften deutschen Juristentage verneint. (Verhandl. II. S. 232—247, 78, 80). Der bayer. Entw. Art. 370 bis 376 (Motive S. 585—588) hatte sich für die Rezeption entschieden; den Vorschlägen desselben hatte sich der Gesetzgebungsausschuß der Kammer der Reichsräthe angeschlossen; in Folge der abweichenden Beschlüsse des Gesetzgebungsausschusses der Kammer der Abgeordneten (vgl. Verhandl. 1863/65 Beilagenbd. II. Abth. 2, S. 146, 147, Beilagenbd. III. Abth. 2, S. 313, 317—319, Abth. 4, S. 95, 326—330) ist indessen nur die Ausschließung des Zeugenbeweises gegen den Inhalt vollbeweisender

Urkunden und über Verabredungen, welche bei oder vor der Errichtung solcher Urkunden stattgefunden haben sollen, in die bayer. Proz. Ordn. Art. 399 übergegangen. Daß auch der Entwurf die Frage verneint, wird einer ausführlichen Rechtfertigung nicht bedürfen.

Die Beschränkung des Zeugenbeweises drängt den Urkundenbeweis in den Vordergrund, führt zu einer Formalisirung der Beweismittel, vereinfacht dadurch das Verfahren und erleichtert die Durchführbarkeit der mündlichen Prozedur (vgl. die allg. Begründung § 8 Dernburg, Abhandl. S. 303, 311). Diese Erwägungen sind indessen nur äußerliche Opportunitätsgründe, denen ein entscheidendes Gewicht um so weniger beigelegt werden kann, als die Möglichkeit, den Zeugenbeweis trotz der mit dessen Aufnahme verknüpften Schwierigkeiten mit dem mündlichen Verfahren zu verbinden, durch die Erfahrungen in Hannover, Württemberg und Bayern, sowie in Frankreich und in den Ländern des französischen Rechts dargethan ist. Was aber den einzigen inneren Grund betrifft, welcher für das System des französischen Rechts angeführt werden kann — die Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises —, so wird dieser Grund nicht nur durch die Mündlichkeit des Verfahrens abgeschwächt, sondern steht auch dem Beweismittel des Eides, welches das französische Recht an die Stelle des Zeugenbeweises setzt, wenigstens in gleichem Maße entgegen und führt zu einer anderen, von dem französischen Rechte nicht gezogenen Konsequenz, nämlich zu der Ausschließung des Zeugenbeweises in allen Fällen, in welchen schriftliche Beurkundung möglich ist. Ganz abgesehen hiervon kommt gegen die Beschränkung des Zeugenbeweises in Betracht, daß sie mit den Rechtsgewohnheiten und Rechtsanschauungen der deutschen Bevölkerung diesseits des Rheins in schneidendem Widerspruch steht — in Baden, wo sie seit mehr als funfzig Jahren besteht, hat sie sich in dem Rechtsbewußtsein des Volkes nicht einzubürgern vermocht (vgl. hannov. Prot. VII. S. 2284) —; daß sie ferner verwerflich erscheint, weil sie dem Richter verbietet, von einer Erkenntnisquelle, die ihm zur Erforschung der materiellen Wahrheit offensteht, Gebrauch zu machen und weil sie, soweit sie reicht, den Indizienbeweis beseitigt (vgl. Code civ. art. 1353, Bayern Art. 322 Abs. 3, Creizenach, Verhandl. des fünften deutschen Juristentags II. S. 19 ff.); daß sie nicht ohne Aufstellung zahlreicher, sehr umfassender Ausnahmen (z. B. für alle Handelsfachen Code civ. art. 1341, deutsches Handelsgesetzbuch Art. 317) durchgeführt werden kann, Ausnahmen, welche nicht so scharf und so begrenzt hingestellt werden können, daß nicht vielfach Zweifel über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Zeugenbeweises im einzelnen Falle entstehen — Gesetzgebung und Praxis haben sich in Frankreich seit drei Jahrhunderten vergeblich bemüht, dieselben zu beseitigen — und damit neue Streitpunkte, neue Verwickelungen des Verfahrens gegeben sind.

Das Einführungsgesetz zur bayer. Proz. Ordn. Art. 66 hat die französisch-rechtlichen Beschränkungen des Zeugenbeweises für die Rheinpfalz aufrecht erhalten. In ähnlicher Weise sollte nach dem preuß. Entw. (Mot. S. 104) in Betreff der Rheinprovinz verfahren werden. Der Entwurf konnte für die Gebiete des franz. Rechts keinen Vorbehalt machen. Die Beibehaltung der Beschränkungen des Zeugenbeweises würde in diesen Gebieten eine völlig abweichende Gestaltung der Prozedur zur Folge haben, sie würde einem Verzicht auf die Rechtseinheit im Bereiche des Prozeßrechts gleichstehen. Die Vorschriften des Code civ. art. 1341 ff. würden daher beseitigt werden müssen, selbst wenn sich nachweisen lassen sollte, daß sie nicht prozeßrechtlicher, sondern civilrechtlicher Natur seien und daß ihre Beseitigung in das System des geltenden materiellen Rechts eingreift.

### 3.

#### Die Beweislast.

I. Die Lehre von der Beweislast (Beweispflicht) gehört in das materielle Recht. Die Grundsätze desselben werden durch den Entwurf nicht berührt.

Die württemb. Proz. Ordn. Art. 410 hat in Betreff der Regulirung der Beweislast eine generelle Bestimmung dahin aufgenommen:

Der Kläger hat diejenigen Thatfachen zu beweisen, welche nach den Gesetzen zur Entstehung des von ihm behaupteten Rechts im Allgemeinen

erforderlich sind; der Beklagte dagegen diejenigen Thatfachen (Einreden), durch welche im einzelnen Falle die Entstehung seines Rechts gehindert oder das schon entstandene Recht des Klägers beschränkt, wieder aufgehoben oder entkräftet worden sein soll. In gleicher Art hat jede Partei diejenigen Thatfachen zu beweisen, welche den wesentlichen Grund ihrer ferneren Angriffsmittel ausmachen.

Es hat auf die Beweislast keinen Einfluß, ob die Behauptung einer Partei, welche nach den Gesetzen zur Begründung ihres Anspruchs gehört, in bejahender oder verneinender Weise vorgebracht wird.

Eine ähnliche Bestimmung hatte der bayer. Entw. Art. 283 vorgeschlagen. Durch den Gesetzgebungsausschuß der bayer. Kammer der Abgeordneten (Prot. 1863/1865, Beilagenbd. III. Abth. 2. S. 324) ist dieselbe beseitigt und im Einklang mit den Motiven zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern I. S. 22, 23 durch die — selbstverständliche und daher entbehrliche — Vorschrift der Proz. Ord. Art. 319 ersetzt worden:

Welche Thatfachen zur Begründung eines Rechtsanspruchs und der dagegen erhobenen Rechtsvertheidigung gehören und welche Beweislast hiernach die Parteien trifft, ist nach den bürgerlichen Rechten zu beurtheilen.

[Eine Bestimmung, wie sie die Württemb. Prozeßordn. Art. 410 aufstellt, | S. 202. enthält nur ein formales Prinzip, ihren realen Werth empfängt sie erst durch die Beantwortung der Frage, welche Thatfachen in concreto zur Substanziierung des betreffenden Angriffs oder Gegenangriffs gehören. Die Frage, wer zu beweisen habe, löst sich daher in die Frage auf, was zu beweisen sei: die Beantwortung dieser Frage aber richtet sich nach der Beantwortung der Frage, was zu behaupten sei, eine Frage, deren Entscheidung davon abhängt, welche Thatfachen nach dem materiellen Rechte zu den Klage- (Replik-) Thatfachen oder zu den Einrede- (Duplik-) Thatfachen zu rechnen sind (vgl. Unger, System des allg. österr. Privatrechts II. S. 562 ff.). Zudem sind die in der württemb. Prozeßordn. sanktionirten Grundsätze von der deutschen und französischen Jurisprudenz so allgemein anerkannt, daß es überflüssig erscheinen muß, dieselben in der Prozeßordnung ausdrücklich auszusprechen.]

II. Der Beweisbeschluß enthält, da er nach den Ausführungen der allgemeinen Begründung § 7 i. f. nichts anderes ist, als eine Verfügung, welche die Aufnahme bestimmter angebotener Beweise zuläßt, keine Regelung der Beweislast (§ 314). Diese Regelung erfolgt durch das Urtheil, wenn es derselben bedarf. Ein solches Bedürfnis wird sich in sehr vielen Fällen praktisch gar nicht geltend machen. Führt nämlich die Verhandlung oder die Beweisaufnahme oder Beides zusammen zu dem Ergebnisse, daß die streitige Thatfache oder daß das Gegenheil derselben bewiesen ist, so ist eine Entscheidung über die Beweislast nicht erforderlich. Dasselbe gilt, wenn soviel bewiesen ist, daß das Gericht zur Auferlegung eines Eides gelangt, denn die Entscheidung darüber, wem ein richterlicher Eid aufzuerlegen sei, ist nach Vorschrift des § 419 von der Beantwortung der Frage, wer zu beweisen habe, unabhängig. Nothwendig wird dagegen die Regelung der Beweislast, wenn in Betreff der streitigen Thatfache nichts bewiesen ist, weil in diesem Falle die Sätze: *actore non probante reus absolvitur* und *reus excipiendo actor fit* Platz greifen. Ferner bedarf es einer solchen Regelung, wenn auf Leistung eines zugesprochenen Eides durch bedingtes Endurtheil zu erkennen ist, da nach § 399 eine nicht beweispflichtige Partei durch Eideszuschreibung die Beweislast nicht übernimmt (vgl. Mot. zu § 399).

Indem der Entwurf von der Normirung der Beweislast in dem Beweisbeschlusse, der Natur desselben als eines Relevanz- oder Zulassungsbefehides entsprechend, absieht, schließt er sich dem altpreussischen Prozeßrechte, dem französischen Rechte, dem preuß. Entw. § 396 und dem nordd. Entw. § 471 an. Die Prozeßordn. für Württemberg Art. 416, 419 und für Bayern Art. 328, 345 sowie der hannov. Entw. §§ 281, 309 stimmen zwar darin mit dem Entwurf überein, daß sie die Beweisverbindung vorschreiben und den Beweisbeschluß für nicht bindend erklären, sie weichen aber insofern ab, als sie die Regelung der Beweislast in dem Beweisbeschlusse anordnen. Mag auch eine dergartige Bestimmung zur Förderung einer gründlichen Prüfung von Seiten des Gerichts dienen können, so versteht sich doch von selbst, daß diese Erwägung einem tüchtigen, pflichtgetreuen Richterstande gegenüber jede

Bedeutung verliert. Im Uebrigen kann es nach dem Vorstehenden keinem Zweifel unterliegen, daß in praktischer Hinsicht der Entwurf den Vorzug verdient: er entlastet das Gericht, indem er demselben die vielfach schwierige Prüfung der Vertheilung der Beweislast in allen Fällen abnimmt, in denen diese Prüfung nicht aus Rücksicht auf die Definitiventscheidung geboten ist (vgl. Verhandl. des sechsten deutschen Juristentags I. S. 209 ff. II. S. 296 ff.).

| S. 203.

III. In einem durch den Grundsatz der Beweisverbindung beherrschten Verfahren sagt das Gesetz, nicht das Gericht den Parteien, was zu beweisen sei und wer zu beweisen habe, wie das Gesetz, nicht das Gericht die Parteien belehrt, was sie zur Begründung ihres Rechts zu behaupten haben (vgl. allgem. Begründung § 7 i. f.). Das Gericht hat daher nur zu prüfen, ob in Betreff der erheblichen streitigen Thatsachen Beweis angetreten sei, eine Prüfung, welche es, wenn die Antrretung des Beweises nur von einer Partei erfolgt ist, auch auf die Frage erstrecken kann, ob die beweispflichtige Partei den Beweis angetreten habe. Ueberzeugt es sich, daß in Betreff der erheblichen streitigen Thatsachen kein Beweis — oder daß kein Beweis von der beweispflichtigen Partei angetreten ist, so erläßt es das Urtheil.

Die konsequente Durchführung dieser Grundsätze hat erhebliche Bedenken gegen sich, indem sie zu großer Härte und zu schwerer Verletzung des materiellen Rechts führen kann. Denn mit der Aufnahme der Beweisverbindung ist die Gefahr gegeben, daß eine Partei durch Mißgriffe oder Versehen, durch eine unrichtige Ansicht über die Relevanz einer streitigen Thatsache oder über die Beweislast ihr begründetes Recht verlieren und daß dieser Verlust eintreten kann, obgleich sie in der Lage war, die Beweise liefern zu können, welche das von ihr unrichtig ausgelegte Gesetz verlangt. Insofern Berufung zulässig ist, kann die Partei in zweiter Instanz ihre Mißgriffe und Versehen rektifiziren. Diese Möglichkeit fällt fort, insofern das Rechtsmittel der Revision Platz greift.

Als Korrektiv gegen die Nachteile der Beweisverbindung hatte die hannov. Prozeßkommission nach sehr umfassenden Debatten (hannov. Prot. VI. S. 1948 bis 2018, VIII. S. 2658—2669) in erster Lesung die folgende Vorschrift (hannov. Entw. I. Lesung § 281 Abf. 2) in Vorschlag gebracht:

„Erachtet das Gericht eine streitige des Beweises bedürftige Thatsache für erheblich, welche von keiner der Parteien als solche bezeichnet ist, so hat es dieselben zur Angabe der diese Thatsache betreffenden Beweismittel zu veranlassen.“

In zweiter Lesung wurde diese Vorschrift gestrichen und durch die — auch von dem Entwurf § 126 übernommene — Bestimmung ersetzt, daß durch Befragung von Seiten des Vorsitzenden u. s. w. darauf hinzuwirken sei, daß die Beweismittel bezeichnet werden (hannov. Entw. II. Les. § 137 Prot. XIV. S. 5244—5266). Bei unvorsichtiger Leitung der Verhandlung kann die signalisirte, mit der Beweisverbindung gegebene Gefahr der Verletzung des materiellen Rechts durch die Prozeßdirektion des Vorsitzenden beseitigt werden, indem derselbe in Gemäßheit des § 126 durch Ausübung des Fragerechts die Parteien zur Bezeichnung der Beweismittel veranlaßt. Das Fragerecht schien indessen der Prozeßordn. für Württemberg Art. 415 (vgl. Motive zum württemb. Entw. Art. 425—429 und Bericht des württemb. Justizgesetzgebungs-Ausschusses zu den angezogenen Artikeln) und für Bayern Art. 328 (vgl. Verhandl. des Gesetzgebungs-Ausschusses der bayer. Kammer der Abgeordneten 1863/65, Beilagenbd. II. Abth. 2 S. 119, Beilagenbd. III. Abth. 2 S. 153—155, Schmitt, bayer. Civilprozeß II. S. 169, 170) keine ausreichende Garantie zu bieten; sie bestimmen daher in Anlehnung an den hannov. Entw. I. Lesung, daß die Parteien, wenn von dem Gerichte Thatsachen für erheblich erachtet werden, rücksichtlich welcher von der beweispflichtigen Partei ein Beweis nicht angetreten ist, zur Bezeichnung der Beweismittel aufzufordern sind, falls nicht bereits der Vorsitzende die beweispflichtige Partei in Ausübung des Fragerechts auf den Mangel der Beweis-

| S. 204.

antrretung aufmerksam gemacht hat. Der Entwurf ist diesem Vorgange nicht gefolgt. Gegenüber einer derartigen Bestimmung läßt sich die Besorgniß nicht abweisen, daß die Anwälte mit der Beweisantretung zurückhalten werden, bis sie von dem Vorsitzenden oder von dem Gerichte zur Bezeichnung der Beweismittel aufgefordert sind; die Bestimmung muß demnach dahin führen, daß faktisch das gemeinrechtliche Beweisinterlokut — und zwar in einer erheblich verschlechterten Gestalt — wiederher-

gestellt wird. Und ebenso gerechtfertigt ist der weitere Einwand, daß die Bestimmung Prozeßverschleppungen zur Folge haben muß. Denn in zahlreichen Fällen werden Vertagungen der Verhandlung erforderlich werden, wenn eine Partei erklärt, daß sie außer Stande sei, der Aufforderung zur Beweisantretung sofort nachzukommen. Dem sei indessen wie ihm wolle — die Bestimmung hat, wie bereits oben bemerkt, ein praktisches Interesse nur für die Berufungs-Instanz und gerade für diese Instanz wird das in § 126 eingeräumte Fragerecht genügende Abhilfe gewähren.

## 4.

## Das Verfahren nach Erledigung des Beweisbeschlusses.

§§ 247, 248. (R. B. §§ 247, 248, G. §§ 257, 258.)

Wie dem französischen Prozeßrechte, so erscheint auch dem Entwurf das Beweis-  
aufnahmeverfahren als ein Zwischenfall, als ein Inzidentpunkt, welcher den regel-  
mäßigen Verlauf des Prozesses hindert. Ist die Beweisaufnahme beendet, das  
Hinderniß für die Fortsetzung der Verhandlung gehoben, so kehrt die Sache zur  
Sitzung zurück, um auf Grund einer neuen, durch das Ergebnis der Beweisaufnahme  
vervollständigten Verhandlung zum Abschlusse zu gelangen. Ein Beweisaufnahme-  
verfahren kann im Laufe desselben Prozesses wiederholt vorkommen, so oft als  
sich ein Bedürfniß für die Anordnung desselben ergibt (vgl. allg. Begründung § 8,  
Zint, Ermittlung des Sachverhalts im französischen Civilprozeß I. S. 328 ff.).

Dieser Auffassung entsprechend schreibt der § 247 vor, daß die Parteien über  
das Ergebnis der Beweisaufnahme unter Darlegung des Streitverhältnisses  
zu verhandeln haben. Da diese Verhandlung nur eine Fortsetzung der früheren,  
durch den Eintritt des Beweisnahmeverfahrens abgebrochenen Verhandlung bildet,  
so ist für dieselbe, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgt, der  
Beweisaufnahmetermin bestimmt, so daß sie sich unmittelbar an die Beweisaufnahme  
anschließt (vgl. § 325 Abs. 1). Erfolgt dagegen die Beweisaufnahme vor einem  
beauftragten oder ersuchten Richter, so kann der Termin zur Fortsetzung der münd-  
lichen Verhandlung sofort in dem Beweisbeschlusse bestimmt werden; ist dies nicht  
geschehen, so wird der Termin nach Beendigung der Beweisaufnahme von Amts-  
wegen anberaumt und den Parteien bekannt gemacht (vgl. § 325 Abs. 2).

Ist der Beweis nicht vor dem Prozeßgerichte aufgenommen, so haben die  
Parteien das Ergebnis der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlungen  
vorzutragen. Daß dieser Vortrag den Parteien obliegt, entspricht dem Grund-  
satze der Mündlichkeit. Die Befürchtung, daß das Ergebnis der Beweisauf-  
nahme durch die Parteien abweichend von dem Inhalte der Beweisverhand-  
lungen oder unvollständig vorgetragen werden könne, vermag eine Ausnahme  
von diesem Grundsatz — sei es durch Ueberweisung des Vortrags an einen  
Berichterstatter, wie Hannov. § 236 und Württemb. Art. 441 vorschreiben, sei es durch  
Vorlesung der Beweisverhandlungen in der Sitzung, wie es mehrfach vorgeschlagen  
worden ist — nicht zu rechtfertigen. Der Vortrag durch einen Berichterstatter ver-  
fehlt seinen Zweck, weil er das Gericht und die Parteien, zumal bei verwickelten  
Sachen, ermüdet, die Aufmerksamkeit schwächt und wegen seiner Subjektivität die  
richtige Auffassung und Beurtheilung der Beweisverhandlungen gefährdet. Wegen  
dieser in Hannover gemachten Erfahrungen haben schon der hannov. Entw. § 304 und  
der nordd. Entw. § 491 den Vortrag des Berichterstatters durch den Parteivortrag  
ersetzt. Was aber die Vorlesung der Beweisverhandlungen betrifft, so kann dieselbe  
insbesondere bei verwickelten Sachen ohne systematische Gruppierung des Inhalts nicht  
für zweckentsprechend erachtet werden. Die von den Anwälten gegenseitig geübte  
Kontrolle ist am besten geeignet, die Korrektheit und Vollständigkeit des Vortrags zu  
garantiren. Nöthigenfalls ist es — wie der nordd. Entw. § 492 ausdrücklich hervor-  
gehoben hat — Sache des Vorsitzenden (vgl. § 123 Abs. 3), die Berichtigung und  
Vervollständigung des Vortrags, eventuell nach Wiedereröffnung der Verhandlung  
(vgl. § 136), zu veranlassen (vgl. nordd. Prot. II. S. 670—673).

Für den Fall, daß eine der Parteien in dem Verhandlungstermine des § 248  
nicht erscheint, bedurfte es keiner besonderen Bestimmung, wie solche Württemb.  
Art. 442, der hannov. Entw. § 305 und der nordd. Entw. § 492 getroffen haben, weil

in diesem Falle, abweichend von jenen Gesetzeswerken, die allgemeinen Vorschriften über das Verschäumnißurtheil Anwendung finden (vgl. § 287).

## 5.

## Die Widerklage und die Präjudizial-Inzidentklage.

§§ 241, 243. (R. V. §§ 241, 243, G. §§ 251, 253.)

Besondere Vorschriften für die prozessuale Geltendmachung der Widerklage (Baden §§ 266 ff., Württemberg Art. 332, preuß. Entw. § 234, nordd. Entw. § 206) sind für entbehrlich gehalten, indem die Bestimmungen des Entwurfs über die Geltendmachung der Widerklage in der mündlichen Verhandlung (§§ 241, 243, 244) mit genügender Deutlichkeit erkennen lassen, daß die besonderen Vorschriften über die Erhebung der Klage, die Klageschrift, die Einlassungs- und Klagebeantwortungsfrist auf die Widerklage keine Anwendung finden. Der Entwurf konnte sich, nachdem durch die §§ 33, 534, 552, 562, 572 der Umfang der Zulässigkeit der Erhebung einer Widerklage im Gerichtsstande der Klage festgestellt war, auf einzelne wenige Vorschriften über die Behandlung der Widerklage beschränken. Dahin gehören die Vorschriften des § 241 über die Bestimmung des Zeitpunkts, bis zu welchem die Erhebung einer Widerklage gestattet ist, des § 244 über den Eintritt der Rechtshängigkeit, des § 302 über das Verschäumnißurtheil, — aus den beiden letzten Vorschriften ergibt sich, inwieweit die für die Klage geltenden Bestimmungen auf die Widerklage entsprechende Anwendung finden — und der §§ 131, 263 über die Trennung der Verhandlung und Entscheidung der Widerklage vor der Verhandlung und Entscheidung der Klage.

Die Präjudizial-Inzidentklage ist ebenso wie die Präjudizial-Inzidentwiderklage in Betreff der prozessualen Geltendmachung, der Rechtshängigkeit und des Zeitpunktes, bis zu welchem ihre Erhebung gestattet ist, der Widerklage gleichgestellt (§§ 243, 244).

§ 206.

Von selbst versteht sich, daß auch für die Widerklage und die Klage des § 243 die Bestimmungen des Entwurfs über die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze gelten. Wie die übrigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel des Beklagten, so hat die Klagebeantwortung (§ 235) auch die Widerklage aufzunehmen — und auf die Vorbereitung der Präjudizial-Inzidentklage kommt die Vorschrift des § 236 Abs. 1 zur Anwendung.

Die Rechtfertigung der materiellen Bestimmungen des § 243 muß bis zur Motivierung des § 283 ausgeübt bleiben.

## 6.

## Präklusion des Beklagten mit nachträglichem Vorbringen.

§ 242. (R. V. § 242, G. § 252.)

Die Bedeutung und Tragweite des § 242 ist bereits in der allgemeinen Begründung entwickelt.

Ist eine Widerklage erhoben worden, so kommt der Kläger zugleich als Beklagter in Betracht. Insofern findet daher der § 242 auch auf ihn Anwendung.

In Betreff der Angriffsmittel des Beklagten würde nur die Zurückweisung einer Widerklage praktisches Interesse haben können. Der § 242 ist indessen auf eine Widerklage nicht ausgebehnt, weil insoweit bereits der § 130 Abs. 2 in anderer Art ausreichende Abhülfe gewährt.

Die Erlassung eines Beweisbeschlusses in Anlehnung an die §§ 329 und 385 als den Zeitpunkt hinzustellen, welcher für die Frage, ob ein Vertheidigungsmittel als ein nachträglich vorgebrachtes angesehen werden könne, maßgebend sei, verbot die Erwägung, daß der Beweisbeschluss im Systeme des Entwurfs ein viel zu unbedeutender, der Zeit nach viel zu schwankender Akt ist, als daß davon wichtige prozessuale Folgen abhängig gemacht werden dürfen. In den Fällen der §§ 329 und 385 liegen die Verhältnisse völlig anders. Der Gegenstand der Vorschrift gestattete in beiden Fällen einen festen Zeitpunkt zu setzen und denselben auf den Moment der Erlassung des Beweisbeschlusses zu fixiren.

Die sonstigen Voraussetzungen des § 242 stehen mit den Bestimmungen der §§ 329 und 385 in Einklang.

## IX.

## Die freie Würdigung des Beweises.

## § 249. (R. V. § 249, G. § 259.)

Seit in dem deutschen Strafverfahren der Grundsatz, daß die Thatfrage der freien Würdigung des Richters unterliege, praktische Geltung erlangt hat, ist in Doktrin, Praxis und Gesetzgebung [vgl. preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 § 39, preuß. Kontursordn. v. 8. Mai 1855 § 111, preuß. Gef. v. 9. Mai 1855 § 17 und v. 1. März 1869 § 21, hannov. Gef. v. 2. Juli 1864 § 8, Württemberg Art. 443, Bayern Art. 345, hannov. Entw. § 306, preuß. Entw. § 421 (Motive S. 92—95), nordd. Entw. § 455 und Prot. II. S. 679—682, 745, 746, Planck, Krit. Vierteljahrschr. IV. S. 248 ff., Votum des vierten deutschen Juristentages (Verhandl. II. S. 278, 284)] das Streben, auch in dem Civilprozeßverfahren den Richter bei Beurtheilung der Thatfrage von den gesetzlichen Fesseln zu befreien, mit einer solchen Entschiedenheit hervorgetreten, daß eine [für das deutsche Reich bestimmte Prozeßordnung, wenn sie sich nicht dem | S. 207. Vorwürfe des Rückschritts aussetzen will, genöthigt ist, sich der auf Beseitigung der gesetzlichen Beweisregeln gerichteten Bewegung anzuschließen. Der schwerwiegendste Einwand, welcher dem Grundsatz der freien richterlichen Würdigung des Beweises entgegensteht — der Einwand, daß im Civilprozeße das Streitverhältniß von den Parteien beherrscht wird und dem Richter die Mittel fehlen, welche der Strafprozeß zur Gewinnung einer begründeten Ueberzeugung bietet, wird in einem Verfahren, welches, wie dasjenige des Entwurfs, auf dem Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter beruht und dem richterlichen Prozeßleitungsamte in der mündlichen Verhandlung einen weiten Spielraum gewährt, beseitigt oder doch so wesentlich gemildert, daß es legislativ nicht gerechtfertigt sein würde, deswegen auf die großen Vortheile zu verzichten, welche, wie allgemein anerkannt wird, mit der freien richterlichen Beweiswürdigung verbunden sind. Der Entwurf konnte daher kein Bedenken tragen, die allseitig angebahnte Entwicklung zum Abschlusse zu bringen und im § 249 auszusprechen, daß das Gericht nach freier Ueberzeugung zu entscheiden habe, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.

Der Grundsatz, daß der Richter die Thatfrage frei zu würdigen habe, ist nicht auf das Ergebniß der Beweisführung beschränkt, sondern im Anschlusse an den nordd. Entw. § 455 (Prot. II. S. 745, 746) auf den gesammten Inhalt der Verhandlungen ausgedehnt worden. Diese Ausdehnung ist durch die Konsequenz und innere Gründe geboten. Soll die Entscheidung des Richters über die Wahrheit einer Thatsache auf seine Ueberzeugung gestützt werden, so ist es — insbesondere bei sogenanntem künstlichen Beweise — schlechterdings unmöglich, diejenigen Momente, welche sich aus den Erklärungen der Parteien ergeben, von den durch eine Beweisaufnahme erbrachten Momenten zu sondern und in ihrer Bedeutung hinter dieser zurücktreten zu lassen. Indem der Richter auch das Ergebniß der Sachverhandlung nach freier Ueberzeugung zu würdigen hat, ist ihm die Befugniß gegeben, eine bestrittene Thatsache auf Grund des Ergebnisses der gesammten Sachverhandlung mittelst Schlußfolgerung aus anderen unbefrührten Thatsachen und dem gesammten Sachverhalt — ohne Beweiserhebung — als wahr anzunehmen. Diese sehr freie Stellung kann dem deutschen Richter im Vertrauen auf dessen Bildung, Integrität und unabhängige Stellung unbedenklich gewährt werden. Um eine sorgfältige Abwägung der Gründe, welche für die Ueberzeugung des Richters leitend sind, zu sichern, ist angeordnet, daß in dem Urtheil diese Gründe anzugeben seien.

Der Grundsatz der freien richterlichen Würdigung bedarf für das Civilprozeßverfahren, wie von allen Gesetzgebungen und von der Doktrin anerkannt wird, einzelner Beschränkungen. Die vom Entwurf aufgestellten, den Richter bindenden gesetzlichen Beweisregeln beziehen sich namentlich auf den Beweis durch Urkunden und durch Eid. Urkunden werden regelmäßig in der Absicht errichtet, Rechtsverhältnisse sicherzustellen. Dieser Zweck kann mit Zuverlässigkeit nur erreicht werden, wenn

bei der Errichtung der Urkunde bekannt ist, welche Eigenschaften der Richter von derselben fordern werde, um sie als beweiskräftig anzusehen, wenn ferner die Sicherheit besteht, daß der Richter die bestimmten Erfordernissen entsprechende Urkunde auch wirklich als beweiskräftig betrachten werde (vgl. v. Sacken in den Verhandl. des vierten deutschen Juristentages I. S. 129). Durch die Rücksicht auf die Sicherheit des Verkehrs war es daher geboten, die in Betreff des Urkundenbeweises in den §§ 361—364 enthaltenen Bestimmungen aufzunehmen.

| S. 208.

| Bei Würdigung der Beweiskraft des Eides muß das richterliche Ermessen nach der Natur der Sache ausgeschlossen bleiben. Soll dem vor Gericht abgelegten Eide der Charakter einer ernstern, heiligen und den Streit über die zu beschwörende Thatsache entscheidenden Handlung gewahrt bleiben, so muß der Richter das Beschworene als wahr betrachten, so lange nicht der Partei, welche den Eid geleistet hat, eine Verletzung der Eidespflicht nachgewiesen ist. Dasselbe gilt von der Erlassung des Eides und von der Verweigerung der Eidesleistung: auch in diesen Fällen ist für das richterliche Ermessen kein Raum vorhanden (v. Sacken a. a. D. I. S. 130, 131). Es waren daher die Beweisregeln der §§ 405, 406, 415, 468 Abs. 2 nothwendig.

Weitere Beweisregeln geben die §§ 144, 147 Abs. 2, 174 Abs. 2, 178 Abs. 2, 270, 389, 390 Abs. 2, 392 Abs. 2 und der § 13 Nr. 2 des Einführungsgesetzes. Außerdem werden hierher die Bestimmungen zu rechnen sein, welche als Folge der Versäumnung einer Prozeßhandlung das Gericht verpflichten, Thatsachen als wahr anzunehmen (vgl. §§ 125 Abs. 3, 154 ff., 209 Abs. 4, 210 Abs. 2, 212, 213 Abs. 2, 286 Abs. 1, 306 Abs. 2, 379, 381 Abs. 3, 393 Abs. 3, 404 Abs. 2, 413, 483 Abs. 2).

Aus der Bestimmung des § 249 Abs. 2 folgt, daß die gesetzlichen Beweisregeln, insoweit sie nicht durch die Vorschriften des Entwurfs und des Einführungsgesetzes aufrecht erhalten sind, als solche außer Kraft treten. Zur Sicherung der richtigen Auslegung dieser Bestimmung hat der dem nordd. Entw. § 456 Abs. 2 entnommene § 11 Nr. 2 des Einführungsgesetzes die Aufhebung derjenigen Vorschriften, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache als mehr oder weniger wahrscheinlich angenommen werden soll, vorgeschrieben, welche Vorschrift insbesondere für den Geltungsbereich des preuß. N. L. R. von großer Bedeutung werden wird (vgl. Koch in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des preuß. Rechts XIII. S. 321 ff.).

Uebrigens darf bei Anwendung des § 249 nicht übersehen werden, daß mit der Verwerfung einer gesetzlichen Beweisregel die Regel selbst noch nicht beseitigt, sondern nur in ihrer rechtlichen Bedeutung verändert wird, indem die gesetzlichen Vorschriften den Charakter goldener Erfahrungssätze annehmen. „Die Regeln über Zulässigkeit und Werth des Beweises“, bemerkt Bland a. a. D. S. 251 zutreffend, „sollen aus dem Gesetzbuche verschwinden und der Rechtsschule wie dem Gerichtsgebrauche überlassen bleiben, damit sie die klassische Gestalt bewahren, die für ihren heilsamen Gebrauch unentbehrlich ist“.

## X.

## Die Ermittlung des Schadens.

## § 250. (R. B. § 250, G. § 260.)

Die Anforderungen, welche nach dem bisherigen Prozeßrechte in der Mehrzahl der deutschen Rechtsgebiete an den Beweis eines Schadens gestellt werden, machen Schadensprozesse zu den langwierigsten und verwickeltesten Rechtsstreitigkeiten und führen in zahlreichen Fällen zu dem Ergebnisse, daß Ansprüche auf Schadensersatz aus der Reihe der realisirbaren Ansprüche zu streichen sind (vgl. Zink a. a. D. I. S. 563 ff. Lehmann, der Nothstand des Schadenprozesses 1865). Diesen Uebelständen haben die Prozeßordnungen von Hannover § 238, Baden § 588, Württemberg Art. 444 und Bayern Art. 330, die sächsische Verordn. v. 13. März 1867 Nr. V. und der hannov.

| S. 209.

Entwurf § 307 dadurch abzuhefeln | gesucht, daß sie — mehr oder weniger unbefchränkt — die Entscheidung der Frage:

wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, dem Ermessen des Gerichts überweisen. Wie die praktischen Erfahrungen ergeben, reicht eine derartige Bestimmung nicht aus, um das Gericht in den Stand zu setzen,

in einer den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit entsprechenden Weise über Schadensansprüche zu erkennen. Die Frage nach der Höhe des Schadens ist von der Frage nach der Existenz desselben vielfach nicht zu trennen. Wird dem Gerichte nicht die Befugniß ertheilt, auch über die Frage:

ob ein Schaden entstanden sei,

nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, so kann die freiere Stellung, welche dem Gerichte rüchichtlich der Ermittlung der Höhe des Schadens eingeräumt ist, nur in seltenen Fällen zur Geltung gelangen. Der Entwurf hat daher in Uebereinstimmung mit dem französischen Rechte, dem deutschen Handelsgesetzbuche Art. 27, dem hamburgischen Einföhrungsgesetze zum Handelsgesetzbuche vom 22. Dezember 1865, § 32, den Reichsgesetzen v. 11. Juni 1870 § 19 und v. 7. Juni 1871 §§ 6, 7, dem nordd. Entw. § 457 und dem Votum des sechsten deutschen Juristentages (Verhandl. desselben II. S. 267) sowohl die Entscheidung der quaestio quanti als auch der quaestio an dem freien Ermessen des Gerichts überwiesen.

Wenn bestimmt wird, daß das Gericht nach freier Ueberzeugung über die Existenz und die Höhe eines Schadens oder eines zu erzielenden Interesse zu entscheiden habe, so fordert die Konsequenz,

1) dem Ermessen des Gerichts zu überlassen, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, und

2) die in dem geltenden Rechte enthaltenen Vorschriften über das juramentum in litem — über das Recht einer Partei, zur eidlichen Schätzung des Schadens oder des Interesse zugelassen zu werden — aufzuheben. Indem der Entwurf beide Konsequenzen zieht, hat er gleichzeitig zur Beseitigung von Zweifeln dem Gerichte für den Fall, daß es auf Grund der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht im Stande ist, sich eine Ueberzeugung über den Betrag des Schadens zu bilden, die Anordnung gestattet, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. Dieser Eid ist eine Spezies des richterlichen Eides (vgl. § 419) und ist nach den Grundsätzen zu beurtheilen, welche der Entwurf über den richterlichen Eid aufgestellt hat; derselbe ist dahin zu leisten, daß der Schaden — oder das Interesse — nach der Ueberzeugung des Schwörenden sich bis zu dem von ihm angegebenen Betrage belaufe. Bei Auserlegung des Schätzungseides hat das Gericht, wie der § 250 Abs. 1 im Anschlusse an den Code civ. art. 1369 vorschreibt, den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf. (Vgl. nordd. Prot. II. S. 682, 686, 1004—1050).

Die Entscheidung über die Frage, ob der Gegner zur Leistung des Schadensersatzes oder des Interesse verpflichtet sei, wird durch den § 250 nicht berührt. Die Thatfachen, auf welche diese Verpflichtung gegründet wird, sind wie die sonstigen bestrittenen Thatfachen zu beweisen. Dagegen unterliegt die Beurtheilung der Frage, ob der Kausalnerus vorhanden sei, dem freien Ermessen des Gerichts (vgl. nordd. Prot. II. S. 686).

Gegen die Vorschriften des § 250 ist eingewandt worden, daß sie zur Abhülfe des Nothstandes der Schadensprozesse nur geeignet seien, wenn für die Liquidationen | S. 210. eines erlittenen Schadens die Civiljury eingeföhrt werde (vgl. v. Bar, Recht und Beweis im Civilprozeße S. 216 ff.; Verhandl. des neunten deutschen Juristentages I. S. 328; Brunner, ebendaf. I. S. 355). Diesem Einwande kann ein durchschlagendes Gewicht nicht beigelegt werden. Der Gesetzgeber darf von der Erwartung ausgehen, daß der deutsche Richter mit Takt und Sachkenntniß von den ihm beigelegten weitreichenden Befugnissen den rechten Gebrauch machen wird; insbesondere fehlt es der Besorgniß, daß die Gerichte in Fällen, in denen von einer speziellen Sachkunde keine Rede sein kann, zu kostbaren Expertisen greifen, oder daß sie umgekehrt bei der Feststellung des Schadens in einer willkürlichen, das deutsche Rechtsbewußtsein verletzenden Weise verfahren werden, an allen tatsächlichen Anhaltspunkten. Es bedarf daher keineswegs der Rezeption des Instituts der Civiljury, um die zutreffende Anwendung des § 250 zu sichern.

Daß die Parteien, wenn es sich um die Erstattung eines Schadens oder Interesse handelt, über den Betrag desselben sich zu erklären haben und event. durch Ausübung des richterlichen Fragerechts zu einer solchen Erklärung zu veranlassen

sind, wird einer ausdrücklichen Hervorhebung, wie solche der nordd. Entw. § 457 enthält, nicht bedürfen.

Die in Statuten von Versicherungsgeellschaften u. s. w. enthaltenen Vorschriften über den Beweis des Schadens durch bestimmte Beweismittel sind für den Richter nicht maßgebend; denn die Vorschriften des Entwurfs über die freie Würdigung der Thatfrage sind Vorschriften des öffentlichen Rechts, deren Anwendung durch Verträge in einer den Richter bindenden Weise nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. nordd. Prot. II. S. 1050).

## XI.

### Das gerichtliche Geständniß. Die Notorietät. Die Ermittlung des fremden Rechts.

§§ 251—255. (R. B. §§ 251—255, G. §§ 261—265.)

Keines Beweises bedürfen die von einer Partei behaupteten Thatfachen, welche von dem Gegner gerichtlich zugestanden, oder welche bei dem Gerichte offenkundig sind.

Im Interesse der Rechtseinheit war es geboten, über das gerichtliche Geständniß Vorschriften aufzunehmen. Diese Vorschriften (§§ 251—253) schließen sich den Grundsätzen des gemeinen Rechts an, welche auch von der württemb. Prozeßordn. Art. 396—401 und von dem nordd. Entw. §§ 458—460 adoptirt worden sind.

Leitend war der Gedanke, daß das gerichtliche Geständniß „kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht ist“ (vgl. Weßell, Ed. III. S. 171. Bland, Krit. Vierteljahrschrift IV. S. 254). Dieser Auffassung entgegen spricht es, daß

- 1) der § 253 das gerichtliche Geständniß nur unter der Voraussetzung des Beweises der Unwahrheit und des Irrthums für widerruflich erklärt und daß
- 2) nach § 251 Abs. 2 zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses dessen Annahme nicht erforderlich ist.

§ 211.

Das gerichtliche Geständniß des gesetzlichen Vertreters muß in Gemäßheit der Bemerkungen S. 77 (hier S. 169), als ein von der Partei selbst abgelegtes Geständniß angesehen werden. Auf dasselbe kommen daher die Vorschriften des § 253 über den Widerruf zur Anwendung. Ein Gleiches gilt von den gerichtlichen Geständnissen der Prozeßbevollmächtigten und der Beistände; nur in Betreff des Widerrufs ist der Partei durch die Bestimmungen der §§ 79, 84 (vgl. S. 105 hier S. 191) ein weitergehendes Recht eingeräumt. Von selbst versteht sich — was Württemberg Art. 398 und der nordd. Entw. § 458 noch ausdrücklich aussprechen —, daß ein bindendes gerichtliches Geständniß auch in Abwesenheit des Gegners abgelegt werden kann.

Aus allgemeinen Prozeßgrundsätzen folgt, daß nur das im Laufe des Rechtsstreits bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters abgelegte Geständniß als ein gerichtliches betrachtet werden darf, daß mithin Geständnisse, welche in einem anderen Rechtsstreite oder in einem vorbereitenden Schriftsatz abgelegt sind, als außergerichtliche aufgefaßt werden müssen (vgl. Württemb. Art. 402, nordd. Entw. § 461).

Der Grundsatz des Code civil art. 1356: *L'aveu judiciaire ne peut être divisé contre celui qui l'a fait* ist in der französischen und rheinischen Praxis dahin entwickelt worden, daß die einem gerichtlichen Geständnisse beigefügten Zusätze, welche den Klagegrund oder die Einrede u. s. w. beschränken oder aufheben, nicht von dem Geständnisse getrennt werden können, selbst wenn sie sich auf spätere Thatfachen beziehen (z. B. die Behauptung der Zahlung ist untrennbar von dem Geständnisse des Darlehnsempfanges); nur solche Zusätze sollen getrennt werden, welche ein dem Grunde der Klage oder der Einrede u. s. w. fremdes, einen selbstständigen Klagegrund für den Gesehenden bildendes Rechtsverhältniß aufstellen (z. B. die Behauptung eines compensando geltend gemachten Anspruchs ist trennbar von dem Geständnisse der die Klage begründenden Thatfachen), vgl. Marcadé, Expos. theor. et prat. du

Code Napoléon Ed. V. tom V. pag. 214 sequ., Bonnier, Traité des preuves Ed. III. tom. I. pag. 454—460. Dieser Grundsatz ist durch überzeugende Argumente nicht gerechtfertigt (vgl. Bland, Krit. Vierteljahrschrift IV. S. 254—259, Mot. zum preuß. Entw. S. 94, Verhandl. des Gesetzgebungsausschusses der bayer. Kammer der Abgeordneten 1863—1865, Beilagenbd. II. Abth. 2. S. 167, 1864/1865 Beilagenbd. III. Abth. 1 S. 168 ff., Mot. z. württemb. Entw. Art. 407—416, Bericht der Justizkommission der württemb. Kammer der Abgeordneten zu Art. 410, nordd. Prot. II. S. 701, 703—706); er hängt mit der von dem Entwurf reprobirten Beschränkung des Zeugen- und Vermuthungsbeweises zusammen (vgl. Dernburg, Abhandl. S. 346 bis 349) und bedarf als nothwendiges Korrektiv die in den Entwurf nicht übernommene Souveränität der Gerichte (vgl. Bonnier, l. c. pag. 458—560). Er ist daher in Baden (§ 385) aufgehoben und von dem preuß. Entw., von den bayer. Kammern, von den gesetzgebenden Faktoren Württembergs und von der nordd. Kommission verworfen worden. Für den Entwurf konnte es hiernach keinem Zweifel unterliegen, daß der Untheilbarkeit des gerichtlichen Geständnisses im Sinne des französischen Rechts die Aufnahme zu versagen sei. Im Interesse der Rechtseinheit mußte der Entwurf aber weiter gehen und den Grundsatz selbst auch für diejenigen Rechtsgebiete beseitigen, in denen sich derselbe Anerkennung verschafft hat. Demgemäß bestimmt der § 252, daß die Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses dadurch nicht beeinträchtigt wird, daß demselben eine Behauptung beigefügt ist, welche ein selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel enthält, — und beschränkt sich im Uebrigen darauf, die Würdigung anderer zusätzlicher oder einschränkender Behauptungen nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles dem erkennenden Gerichte zu überweisen. Eine erschöpfende Behandlung der Lehre von dem sog. qualifizirten Geständnisse in einem Prozeßgesetze ist weder nothwendig noch in angemessener Weise ausführbar. Die weitere Entwicklung dieser Lehre kann um so unbedenklicher der Doktrin und Praxis überlassen werden, als die neuere deutsche Rechtswissenschaft mit Erfolg bestrebt ist, die zahlreichen Irrthümer auszumergen, welche sich in die Lehre eingeschlichen haben (vgl. Weßell, Ed. III. S. 172 ff.), und als sie zu Ergebnissen gelangt, die im Wesentlichen mit der Auslegung zusammentreffen, welche deutsche Bearbeiter des französischen Civilrechts (vgl. Zacharia-Anschütz, Handb. des franz. Civilrechts IV. § 767. Stabel, Institutionen des franz. Civilrechts S. 385, 386) dem Art. 1356 des Code civil geben.

In Betreff der Definition der Notorietät schließt sich der Entwurf im § 254 dem Vorgange des nordd. Entw. § 463 (vgl. auch Weßell, Ed. III. S. 185, 186) an; für notorisch erklärt er diejenigen Thatsachen, welche gerichtskundig sind. Uebereinstimmend ist Württemberg Art. 396, 403, während Bayern Art. 320 den Begriff der Notorietät weiter faßt (vgl. nordd. Prot. II. S. 708, 709).

Außer den gerichtlich zugestandenen und den gerichtskundigen Thatsachen bedürfen ferner keines Beweises Thatsachen, in Betreff welcher das bürgerliche Recht vorschreibt, daß sie als gewiß anzusehen sind, wenn bestimmte andere Thatsachen feststehen — praesumptiones juris et de jure und praesumptiones juris (vgl. Weßell Ed. III. S. 188 Note 1). Beide Arten von Präsumtionen bleiben in Gemäßheit des Einführungsgesetzes § 13 Nr. 1 aufrecht erhalten (vgl. auch Württemberg Art. 404, Bayern Art. 322, nordd. Entw. § 456). Im Falle einer praesumptio juris ist der Beweis des Gegentheils zulässig; da die der präsumirten Thatsache direkt entgegengesetzte Thatsache unter den Gesichtspunkt der Einrede fällt, so ist der Beweis derselben als Einredenbeweis aufzufassen (vgl. Weßell, Ed. III. S. 160, 161). Daraus ergibt sich ohne Weiteres, daß dieser Beweis durch Eideszuschreibung geführt werden kann. Zur Beseitigung von Zweifeln, welche einer abweichenden Auffassung des Beweises und der Fassung des § 398 entnommen werden könnten, hat der Entwurf in Anschluß an Bayern Art. 457 und an den nordd. Entw. § 611 die Zulässigkeit der Eideszuschreibung im Einführungsgesetze § 13 Nr. 1 ausdrücklich ausgesprochen.

Was endlich die Bestimmungen des § 255 betrifft, so sanktioniren dieselben in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 405, Bayern Art. 321 und dem nordd. Entw. § 464 die rationellen Grundsätze, welche die neuere deutsche Doktrin und Praxis entwickelt hat (vgl. nordd. Prot. II. S. 709, 808, Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts I. S. 139 ff. 179). Aus der Fassung des § 255 geht übrigens hervor, daß das Prozeßgericht die in dem eigenen Staate geltenden mehreren Rechte

S. 212.

— jedoch mit Ausschluß der Gewohnheitsrechte und statutarischen Rechte — zu kennen verpflichtet ist, und daß andererseits der Ausdruck „das in einem anderen Staate geltende Recht“ eine verschiedene Bedeutung gewinnt, je nachdem der Bezirk des Prozeßgerichts nicht über das Gebiet eines zum Deutschen Reiche gehörenden Bundesstaats hinausreicht, oder mehrere dieser Bundesstaaten oder das gesammte Reich umfaßt.

Kontroverß ist die Frage nach der Bedeutung eines strafgerichtlichen Urtheils für das Civilprozeßverfahren.

§. 213.

Die französische Doktrin und Praxis wird von der Ansicht beherrscht, daß | ein verurtheilendes strafgerichtliches Erkenntniß für den Civilprozeß den Thatbestand und die Thäterschaft endgültig festgestellt (Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Ed. III. tom. VI. pag. 504 sequ.; Bonnier, Traité des preuves, Ed. III. tom. II pag. 493 sequ.; Ortolan, Résumé des éléments de droit pénal pag. 317, 453 sequ.). Diese Ansicht hat seit Einführung des französischen Strafverfahrens in Deutschland auch in die deutsche Doktrin und Praxis, sowie in die neuere deutsche Gesetzgebung (vgl. Oldenburg Art. 154, Württemberg Art. 7, Bayern Art. 323, Strafprozeßordn. f. die 1866 mit der preuß. Monarchie vereinigten Landestheile v. 25. Juni 1867 § 10, sächs. Strafprozeßordn. v. 1. Oktober 1868 Art. 449) und in die Mehrzahl der neueren deutschen Prozeßgesetzentwürfe (vgl. preuß. Entw. § 273, sächs. Entw. §§ 43, 44, heß. Entw. Art. 11, nordd. Entw. § 462) Eingang gefunden. Andererseits ist sie energisch bekämpft worden; insbesondere haben sich gegen eine den Civilrichter bindende Wirkung des strafgerichtlichen Urtheils das preuß. Ober-Tribunal in einem Plenarbeschlusse v. 15. Dezember 1856 (Goldammer, Archiv des preuß. Strafrechts V. S. 370 ff.), die Justizkommission des preuß. Abgeordnetenhauses im Jahre 1856 (Goldammer a. a. O. V. S. 344), die hannov. Prozeßkommission (hannov. Prot. VI. 2063—2073, XV. S. 5641—5652) und der siebente deutsche Juristentag (Verhandl. desselben II. S. 165—183, 239—242) erklärt. Dem Entwurf erschien es als die zutreffendste Lösung, dem Civilrichter zu überlassen, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob die von dem Strafrichter festgestellten Thatsachen — Thatbestand und Thäterschaft — für wahr zu erachten seien. Eines Ausspruches im Gesetze bedurfte es nicht, da der § 249 Abs. 1. zur Anwendung gelangt, insofern nicht die Prozeßordnung oder das Einföhrungsgesetz eine Ausnahme aufstellen. Der Grundsatz, daß das strafgerichtliche verurtheilende Erkenntniß den Civilrichter binde, ist bald als Beweisregel, bald als praesumptio juris et de jure aufgefaßt. Da dieser Grundsatz nach der Absicht des Entwurfs für das Gebiet des Deutschen Reichs beseitigt sein soll, so versteht es sich von selbst, daß es unzulässig sein würde, denselben auf Grund des Einföhrungsgesetzes § 13 Nr. 1 in denjenigen Rechtsgebieten, in denen er die Form einer praesumptio juris et de jure angenommen hat, aufrechterhalten zu wollen.

Die Gründe, welche den Entwurf veranlaßt haben, von der Aufstellung einer Beweisregel abzusehen, sind in so überzeugender Weise von Blanck, in seinem, dem siebenten deutschen Juristentage erstatteten Gutachten (vgl. Verhandl. I. S. 3—44) entwickelt, daß es genügen wird, das Folgende hervorzuheben.

Der Civilrichter, welcher auf Grund der vor ihm stattgefundenen Verhandlung frei zu würdigen hat, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder nicht wahr zu erachten sei, wird, wenn die behauptete Thatsache bestritten, aber in einem früheren Strafverfahren als festgestellt angenommen ist, auf Grund dieses Verfahrens und ohne daß es einer weiteren Beweiserhebung bedarf, die Ueberzeugung von der Wahrheit jener Thatsache erlangen können. Und diese Ueberzeugung wird er regelmäßig auf Grund des Strafurtheils gewinnen, wenn nicht für die Unrichtigkeit des letzteren sehr gewichtige Gründe von den Parteien beigebracht werden. Nur ausnahmsweise wird im Civilverfahren eine nochmalige Beweisaufnahme über die vom Strafrichter bereits als erwiesen angenommene Thatsache erforderlich sein, und es darf die sichere Erwartung gehegt werden, daß widersprechende Entscheidungen der Civil- und Strafgerichte über dieselbe | Thatsache zu den äußersten Seltenheiten gehören werden. Sollen aber widersprechende Urtheile vorkommen, so werden sie durch das höhere Gebot, daß Wahrheit und Recht zur Geltung gelangen muß, gerechtfertigt werden. Bei richtiger Handhabung der Rechtspflege wird die Erfahrung lehren, daß die freie und selbstständige Stellung, welche den Civilgerichten und Strafgerichten gleichmäßig und gegeneinander eingeräumt wird, nicht die Besorgniß begründet, daß durch wider-

§. 214.

sprechende Urtheile über die Thatfrage das Ansehen der Justiz und die öffentlichen Interessen gefährdet werden.

## XII.

## Die Glaubhaftmachung tatsächlicher Behauptungen.

§ 256. (R. V. § 256, G. § 266.)

Im Anschlusse an das gemeine Prozeßrecht haben die neueren Prozeßgesetze (Hannover, Oldenburg, Baden, Württemberg, Bayern) und neuere Prozeßgesetzentwürfe (hannov. und nordd. Entw.) vielfach eine Bescheinigung für genügend erklärt. Der Entwurf ist diesen Vorgängern erfolgt; er fordert in zahlreichen Fällen, namentlich in Fällen, in denen durch die beantragte Entscheidung den Rechten des Gegners nicht definitiv präjudizirt wird, statt eines Beweises die Glaubhaftmachung der zur Begründung des Antrags dienenden tatsächlichen Behauptungen (vgl. §§ 44, 67, 96, 195, 206, 322, 339, 358, 378, 384, 387, 393, 431, 435, 436, 571, 600, 602, 603, 637, 639, 659, 660, 730, 740, 745, 760, 785, 792).

Um zu verhüten, daß der Rechtsstreit verzögert oder verweiläufigt werde, war es erforderlich, in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 409, dem hannov. Entw. §§ 445, 446 und dem nordd. Entw. § 334 die Glaubhaftmachung von der Voraussetzung abhängig zu machen, daß die Beweisaufnahme so fort erfolgen kann. Die Eideszuschreibung mußte daher von den Mitteln der Glaubhaftmachung ausgeschlossen werden — ganz abgesehen davon, daß durch dieselbe der Zweck, welcher dem Erfordernisse der Glaubhaftmachung zu Grunde liegt, regelmäßig nicht erreichbar ist. Im Uebrigen kann sich der Antragsteller aller Beweismittel bedienen. Es fehlt an einem ausreichenden Grunde, die Mittel der Glaubhaftmachung auf Urkunden zu beschränken. Kann die Entscheidung ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden, so werden Zeugen regelmäßig vorher vernommen sein müssen, so daß die Urkunde über die erfolgte Vernehmung dem schriftlichen Gesuche beizufügen ist. Wird dagegen über den Antrag mündlich verhandelt, so steht der Zulassung des Zeugenbeweises nichts entgegen, vorausgesetzt, daß die Beweisaufnahme in dem Verhandlungstermine erfolgen kann. Außerdem empfiehlt es sich, dem Gerichte auch im Falle der Glaubhaftmachung eine möglichst freie Stellung einzuräumen; der Entwurf ertheilt demselben aus dieser Erwägung — entgegen der Prozeßordnung v. Württemberg Art. 409 — die mit den allgemeinen Vorschriften über den richterlichen Eid (§ 419) im Einklang stehende Befugniß, den Antragsteller zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der betreffenden tatsächlichen Behauptung zuzulassen (vgl. nordd. Prot. II. S. 1051—1053). Ausnahmen waren in den Fällen der §§ 44, 358 geboten. Eine besondere Bestimmung trifft der § 339 Abs. 2.

Einer Beweisaufnahme bedarf es nicht, wenn die Behauptung schon nach den Umständen des Falles als glaubhaft anzunehmen ist. Der nordd. Entwurf § 334 (Prot. V. S. 2355) hat in Anlehnung an die Vorschriften des hannov. Entwurfs § 215. diese selbstverständliche Bestimmung ausdrücklich ausgesprochen. Ebenso hat der Entwurf es für entbehrlich und überdies für bedenklich erachtet, eine Definition des Begriffs der Glaubhaftmachung (vgl. Baden § 378, Württemberg Art. 409) aufzunehmen.

## XIII.

## Die Rüge der Verletzung verzichtbarer Prozedurvorschriften.

§ 257. (R. V. § 257, G. § 267.)

Ist eine das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffende Vorschrift verletzt, so ist aus Rücksicht auf die Sicherung eines geregelten Ganges des Verfahrens geboten, das Recht der Parteien zur Rüge einer derartigen Verletzung in dem Maße zu beschränken, wie es — in Anlehnung an den Code de proc. art. 173, preuß. Verordn. v. 14. Dezember 1833 § 6, Bayern Art. 218, 219,

preuß. Entw. § 292 und nordd. Entw. § 340 — durch § 257 (vgl. §§ 471, 497) geschehen ist.

Der Wissenschaft muß es überlassen bleiben, festzustellen, welche Vorschriften unter die Bestimmung des § 257 fallen. Soviel soll indessen bemerkt werden, daß unter „Prozeßhandlungen“ insbesondere diejenigen Akte zu verstehen sind, welche auf Betreiben einer Partei von nicht richterlichen Beamten (z. B. Gerichtsvollziehern) vorgenommen werden (z. B. Ladungen, Zustellungen) — actes de procédure, Code de proc. art. 173 — und daß auf die Befolgung aller diese Akte betreffenden Vorschriften von den Parteien wirksam verzichtet werden kann (vgl. Mot. z. preuß. Entw. S. 61, nordd. Prot. II. S. 316—319, IV. S. 1577, 1578, 1653, V. S. 2354).

#### XIV.

#### Der Sühneverfuch.

§ 258. (R. V. § 258, G. § 268.)

Die Vorschrift des französischen Rechts (Code de proc. art. 48—58), nach welcher der Kläger verpflichtet ist, vor Erhebung der Klage den Beklagten zum Zwecke des Sühneverfuchs vor den Friedensrichter laden zu lassen, ist von dem Code de Genève, der italienischen Prozeßordn. v. 1865 und dem belgischen Entwurf — von dem letztern in Betreff der vor die Kollegialgerichte gehörigen Prozesse — aufgegeben. Ueber die Verwerflichkeit dieser Vorschrift herrscht in Deutschland eine so vollkommene Uebereinstimmung der Ansichten, daß die Nichtaufnahme derselben in den Entwurf der Rechtfertigung nicht bedürfen wird. Ebenfowenig konnte es sich empfehlen, mit dem Code de Genève art. 5 und mit Baden § 290 für Prozesse zwischen Ehegatten und nahen Verwandten einen obligatorischen Sühneverfuch anzuordnen (vgl. hannov. Prot. IV. S. 1280—1284). Dagegen war die Erhebung der Ehescheidungsklage und der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens von einem vorgängigen Sühneverfuch abhängig zu machen (vgl. §§ 546 ff.). Die Proz. Ord. v. Hannover § 175, Württemberg Art. 308, Bayern Art. 222 und der hannov. Entw. § 221 räumen dem Kläger das Recht ein, den Beklagten zum Zwecke des Sühneverfuchs vor ein Vermittelungsamt (Einzelrichter, Gemeindevorstand u. s. w.) laden zu lassen. Die Vorschrift ist von sehr zweifelhaftem Werthe und die Durchsetzung derselben durch Androhung von Zwangsmaßregeln — selbst wenn sich der Zwang darauf beschränkt, der nicht erscheinenden Partei die Kosten zur Last zu legen — so wenig gerechtfertigt, daß der Entwurf sich für deren Aufnahme nicht zu entscheiden vermochte (vgl. nordd. Prot. I. S. 437).

Die dem Gerichte durch § 258 beigelegte Befugniß, in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte zu versuchen und zu diesem Zwecke das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen, entspricht der deutschrechtlichen Auffassung vom Richteramte und kann auch mit französisch-rechtlichen Anschauungen in keinem unlösbaren Widerspruche stehen, da der belgische Entwurf kein Bedenken getragen hat, dem Richter die gleiche Befugniß einzuräumen. Daß sich diese Institution bewährt hat, beweist der Umstand, daß sie von den neueren Prozeßgesetzen (vgl. Hannover §§ 176, 66, Baden §§ 289 ff., Württemberg Art. 309, Bayern Art. 221) beibehalten und von den neueren Prozeßgesetzentwürfen (preuß. Entw. § 275, hannov. Entw. § 222, nordd. Entw. § 376) in Vorschlag gebracht ist.

Daß ein beauftragter oder ersuchter Richter, auch ohne daß die Parteien an ihn zum Zwecke des Sühneverfuchs verwiesen sind, Vergleichsverhandlungen vornehmen kann (vgl. Württemberg Art. 309, Bayern Art. 221, hannov. Entw. § 222, nordd. Entw. § 376), bedurfte als selbstverständlich keiner ausdrücklichen Bestimmung im Gesetze.

Kommt ein Vergleich zu Stande, welcher den geltend gemachten Anspruch ganz oder theilweise erledigt, so ist derselbe durch Aufnahme in das Protokoll festzustellen (vgl. § 140 Nr. 1). Aus einem solchen Vergleich findet die Zwangsvollstreckung statt (§§ 651 Nr. 1, 652). Ueber die Kosten bestimmt der § 91.

## XV.

## Einsicht der Prozeßakten.

§ 261. (R. V. § 261, G. § 271.)

Die Bestimmungen des § 261 geben im Wesentlichen die Vorschrift des nordd. Entwurfs §§ 397—399 wieder. Analoge Anordnungen treffen die Prozeßordnungen v. Hannover §§ 181 ff., v. Württemberg Art. 313 ff., v. Bayern Art. 170 und der hannov. Entw. §§ 227 ff.

## Zweiter Titel.

## Urtheil.

§§ 262—284. (R. V. §§ 262—284, G. §§ 272—294.)

Die Gründe, welche dahin führen, in einem mündlichen Verfahren neben den den Rechtsstreit in seiner Totalität erledigenden Urtheilen Theilurtheile und Zwischenurtheile zu gestatten und diesen Urtheilen eine den Richter wie die Parteien bindende Kraft beizulegen, sind in der allgemeinen Begründung § 7 entwickelt. Die

§§ 262—265, 279. (R. V. §§ 262—265, 279, G. §§ 272—275, 289.)

bedürfen daher nur noch in einzelnen Beziehungen der näheren Motivirung.

Unter Endurtheilen sind diejenigen Urtheile zu verstehen, welche die Hauptsache und somit den Rechtsstreit selbst ganz oder theilweise in unbedingter oder — | S. 217. durch Eid — bedingter Weise endlich entscheiden. Eine Art derselben sind die Theilurtheile. Sie charakterisiren sich als Endurtheile über einen quantitativen Theil des Streitgegenstandes, der vor anderen Theilen des letzteren spruchreif geworden ist, und gewähren neben der Beschränkung und Vereinfachung des noch zu verhandelnden und zu entscheidenden Prozeßstoffes den Vortheil, daß der zur Endentscheidung reife Theil des Streitgegenstandes im Interesse der obliegenden Partei einer baldigen erefutivischen Erledigung zugeführt wird. Zur Sicherung dieses Vorthells ist die sofortige Anfechtung der Theilurtheile mittelst der gegen Endurtheile statthafter Rechtsmittel zugelassen (vgl. §§ 452, 485 und Motive zu §§ 452—454).

Die Vorschrift des § 264 ergänzt die Bestimmung des § 130 Abs. 2. Die Begründung ist bereits bei Besprechung des § 130 gegeben.

Zwischenurtheile können nur erlassen werden, wenn

- 1) ein einzelnes selbstständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel oder
- 2) ein Zwischenstreit zur Entscheidung reif ist.

Innerhalb dieser Schranken ist die Erlassung von Zwischenurtheilen dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt. Die Erlassung derselben durfte nicht, wie die Erlassung von Theilurtheilen in den Fällen des § 263, als Regel vorgeschrieben werden, da die Angemessenheit abgeforderter Entscheidung einzelner Streitpunkte nicht nach allgemeinen Gesichtspunkten, sondern nur nach der Lage des einzelnen Falls richtig beurtheilt werden kann. In allen Fällen kann das Zwischenurtheil nicht nur unbedingt (§ 265), sondern auch durch Eid bedingt (§ 408) ergehen.

Streitpunkte zwischen einer Partei und einem Dritten bilden nach den Bemerkungen der allgemeinen Begründung § 7 einen Zwischenstreit. Von dem Zwischenurtheil, welches über solche Streitpunkte erlassen wird, handeln die §§ 67, 122, 340. Derjenige Zwischenstreit, dessen Erledigung durch Zwischenurtheil in Gemäßheit des § 265 erfolgen kann, bewegt sich unter den Parteien selbst. Inwieweit unter diesen einzelne Verhandlungen als Zwischenstreit anzuerkennen sind, läßt sich durch das Gesetz nicht absolut fixiren. Die Verhandlungen über die Edition von Urkunden werden meist den Charakter eines Zwischenstreites an sich tragen; die Verhandlungen über die Zulässigkeit eines Beweismittels, über eine Beweiseinrede, über die Echtheit von Urkunden können sich ebenso wie das Verfahren, welches die Erklärung über

die Zuschiebung oder Zurückschiebung eines Eides oder die Abnahme von Parteien-eiden zum Gegenstande hat, zu einem Zwischenstreite gestalten. Unmittelbar praktisches Interesse hat übrigens die Gestaltung einer Streitigkeit unter den Parteien als Zwischenstreit nur für die Anordnung einer Eidesleistung durch Beweisbeschluß (§ 408 Abs. 1) und für das Versäumnisverfahren, für dieses auch nur insoweit, als ein Versäumniszwischenurtheil erlassen werden kann, in welcher Richtung auf die Erörterung des § 302 Abs. 2 zu verweisen ist.

Im Gegensatz zum Endurtheil läßt sich das Zwischenurtheil dahin charakterisiren: dasselbe bereitet das Endurtheil vor, es ist ein antizipirter Bestandtheil der Endentscheidung (§ 408 Abs. 2), und kann daher nur mit dieser selbst durch Rechtsmittel angefochten werden (vgl. §§ 453, 486 und die Motive zu §§ 452—454 mit den Motiven zum württemb. Entw. Art. 362—368, der württemb. Proz. Ordn. Prot. 384, den Motiven zum preuß. Entw. S. 75, 77 und dem preuß. Entw. § 348).

| S. 218.

In dieser Auffassung des Zwischenurtheils befindet sich der Entwurf in wesentlicher Uebereinstimmung mit der neueren Legislation; dagegen hat er in Ermangelung eines zwingenden Bedürfnisses es für bedenklich erachtet, nach dem Vorgange des preuß. Entw. § 351 (vgl. auch hannov. Proz. Ordn. § 397, hannov. Entw. § 250, heff. Entw. Art. 373, österr. Entw. § 252, Bayern Art. 190, 682) das Gericht zu ermächtigen, nach seinem Ermessen ein Zwischenurtheil als Präjudizialurtheil zu erlassen, so daß gegen dasselbe die ordentlichen Rechtsmittel sofort zu ergreifen und das Eingehen auf die ferneren Anträge der Parteien bis zu rechtskräftiger Entscheidung des bezüglichen Streitpunkts abzulehnen wäre. So zweckmäßig auch eine derartige Bestimmung in einzelnen Fällen sein mag, so steht ihr doch als genereller Maßregel entgegen, daß bei der Möglichkeit, jeden einzelnen zur Erlassung eines Zwischenurtheils geeigneten Streitpunkt als präjudizial zu betrachten, die Gefahr einer Zersplitterung des Prozesses in demselben Maße droht, wie wenn allgemein die sofortige Anfechtbarkeit der Zwischenurtheile durch Rechtsmittel zugelassen würde. Abgesehen davon möchte durch ein stückweises Vorschieben des Prozeßstoffs in die Rechtsmittelinstantz dem mit der Entscheidung des Rechtsmittels befaßten Gerichte die freie Hand in der Verhandlung der Sache genommen und eine Reihenfolge in der Entscheidung der Streitpunkte aufgenöthigt werden, welche es selbst vielleicht gar nicht für angemessen erachtet (vgl. hannov. Prot. XV. S. 5479—5490, XVI. S. 6121 bis 6135, württemb. Motive a. a. D. S. 124, 125; nordd. Prot. II. S. 578). Nur ausnahmsweise unterliegen nach dem Entwurf Zwischenurtheile der sofortigen Anfechtung — §§ 239, Abs. 2; 266, Abs. 2; 258 Abs. 3.

Durch

## § 266 (R. V. § 266, G. § 276)

ist dem Gerichte die Befugniß gewährt worden, bei Ansprüchen, welche sowohl ihrem Grunde, als ihrem Betrage nach streitig sind, die Vorfrage, ob der Anspruch begründet ist, zum Gegenstande eines besonderen, sofortigem Angriffe unterliegenden Urtheils zu machen. Wird der Anspruch für unbegründet erklärt, so ist das Urtheil ein wahres Endurtheil, andernfalls hat es die Natur des Zwischenurtheils mit der Besonderheit der sofortigen Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel. Die Gründe, welche gegen das Präjudizialurtheil sprechen, treffen hier nicht zu, weil die Frage nach dem Grunde des Anspruchs nach der Natur der Sache eine nothwendige Vorfrage für die Größe des Anspruchs bildet. Macht das Gericht von jener Befugniß Gebrauch, so unterbleibt der Regel nach die Liquidation des Anspruchs bis zu eingetretener Rechtskraft des Urtheils über den Grund des Anspruchs. In analoger Behandlung des Falls mit § 239 kann indessen jeder Theil — denn beide Parteien mögen dabei interessiert sein — die Fortsetzung der Verhandlung über den Betrag des Anspruchs verlangen und das Gericht, wenn es dieselbe für angemessen findet, dem Antrage stattgeben. Daß dies nur unter der Voraussetzung, daß der Anspruch für begründet erklärt worden, geschehen kann, ist mit Rücksicht auf die Vorschrift der preuß. U. G. G. I. 13 § 40 hervorzuheben, welche den Richter verpflichtet, auch im Falle der Abweisung einer Forderung zugleich event. über deren Betrag zu erkennen. Der Entwurf hat im Anschlusse an den preußischen Entwurf (vgl. preuß. Mot. S. 78) diese vielfach angefochtene Bestimmung beseitigt. — Im Uebrigen ist einleuchtend, daß durch die Vorschrift des § 266 das Verfahren in zweckmäßiger Weise vereinfacht wird und

weitläufige, kostspielige, vielfach unnütze Liquidationen vermieden werden können (Hannov. Prot. V. S. 1632). Eine Beschränkung auf Ansprüche, welche den Ersatz eines Schadens oder die Leistung des Interesse bezielen (Proz. Ordn. | von Hannover | S. 219. § 347, hannov. Entw. § 251, hess. Entw. Art. 374, österr. Entw. § 252), erschien nicht geboten. Denn wenn die Bestimmung des § 266 auch vorzugsweise für Ansprüche dieser Art praktische Bedeutung haben mag, so ist es gleichwohl zweckentsprechend und völlig unbedenklich, sie auf alle Ansprüche, deren Grund und Betrag streitig sein kann (z. B. bei Gesellschafts- und Erbschaftsklagen) zu erstrecken. (Württemberg, Art. 357, Mot. zum württemb. Entw. a. a. D. S. 127, nordd. Entw. § 423; vgl. auch preuß. A. G. D. I. 23, § 64).

Die

§§ 267, 268. (R. B. §§ 267, 268, G. §§ 277, 278.)

beruhen auf der Erwägung, daß die Erlangung eines der vollen Rechtskraft fähigen Urtheils (§ 601 Nr. 2) auch im Falle der Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs ein Recht des Gläubigers sei, und daß, wie beim Anerkenntnisse der Verpflichtete auf Antrag zu verurtheilen, so im Falle des Verzichts auf den geltend gemachten Anspruch der Berechtigte auf Antrag mit der Klage abzuweisen sei, um dem Gegner die exceptio rei judicatae und den Anspruch auf Kostenerstattung (§ 95) zu wahren. Wenngleich es zweifelhaft erscheinen mag, ob diese Bestimmungen nothwendig sind und ob nicht durch Feststellung des Anerkenntnisses, bezw. des Verzichts zum gerichtlichen Protokolle den Interessen beider Parteien genügt werden kann, so hat doch der Entwurf jene Vorschriften aufgenommen, weil sie — an sich zu einfachen praktischen Resultaten führend — im Wesentlichen der in einem großen Theile von Deutschland bestehenden Rechtsübung entsprechen und in diesen Gebieten auf ihre Aufrechterhaltung Werth gelegt wird. (Vgl. Württemberg Art. 305, 354 i. f. und Mot. zum württemb. Entw. Art. 302, S. 259, 260, Bayern Art. 268, sächs. Entw. §§ 568, 570).

Anerkenntniß und Verzicht müssen „bei der mündlichen Verhandlung“ abgegeben sein; außergerichtliche oder in Schriftsätzen niedergelegte Dispositionsakte bedürfen nach dem Prinzip der Mündlichkeit erst der Konstatirung vor dem erkennenden Richter und können andernfalls nur als Beweismittel in dem Rechtsstreite benutzt werden (vgl. württemb. Mot. a. a. D. S. 260). Bei theilweiser Anerkennung oder Verzichtleistung ergeht auf Antrag Theilurtheil; dabei ist für die Anwendung des § 263 Abs. 2 selbstverständlich kein Raum, sofern der Dispositionsakt an sich keinem Zweifel unterliegt.

§ 269. (R. B. § 269, G. § 279.)

Der aus der Verhandlungsmaxime abfließende Satz, daß nicht ultra petita erkannt werden darf, erleidet nur hinsichtlich der Prozeßkosten eine durch deren besondere Natur gerechtfertigte Ausnahme und bedurfte in seiner Geltung für Früchte, Zinsen und andere Nebenforderungen einer besonderen Hervorhebung mit Rücksicht auf die abweichenden Bestimmungen der preuß. A. G. D. I. 23 §§ 58–62. Bei den Vorschriften der §§ 232, 241, 243 kann von den Parteien füglich verlangt werden, daß sie mindestens in der mündlichen Verhandlung vor Abgabe des Urtheils ihre Gesuche in Betreff der omnis causa stellen. (Vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 262, Baden §§ 357, 358, Württemberg Art. 361, Hannover § 345, preuß. (§ 347), hannov. (§ 252), hess. (Art. 375) österr. (§ 253) nordd. Entw. (§ 424) hannov. Prot. S. 1625, 5473 ff.).

Der Entwurf läßt die Frage unentschieden, ob über sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel oder nur über diejenigen, welche zur Erreichung des | von den | S. 220. Parteien verfolgten Zwecks genügend sind, zu erkennen ist (Hannover § 344 und Leonh. B. B. D. IV. Aufl. S. 241 ff., Württemberg Art. 360, preuß. Entw. §§ 341, 342, 353, hess. Entw. Art. 376). Wenn auch der Richter in der Regel das Streitmaterial nur soweit seiner Beurtheilung unterziehen wird, als dies zur Begründung der Entscheidung nothwendig ist, so würde es doch nicht unbedenklich sein, in dieser Beziehung durch eine positive Vorschrift Schranken zu ziehen. Vielmehr muß es dem durch die Umstände des einzelnen Falls geleiteten Ermessen des Richters überlassen bleiben, ob im Urtheil das gesammte Streitmaterial oder nur ein für die Entscheidung

durchgreifender Theil desselben zu prüfen ist (vgl. hannov. Prot. V. S. 1622, nordd. Prot. II. S. 611).

§ 270. (R. B. § 270, G. § 280.)

Der Grundsatz, daß das Urtheil nur von denjenigen Richtern gefällt werden kann, welche der dem Urtheil zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben, — was gleicherweise für die auf mündliche Verhandlung ergehenden Beschlüsse gilt (§ 284) — folgt nothwendig aus dem Prinzip der unmittelbaren Verhandlung des Rechtsstreits vor den zu seiner Entscheidung berufenen Richtern (vgl. allgem. Begründung § 4, Proz. Ordn. v. Hannover § 86 Abs. 2, Württemberg Art. 362, Bayern Art. 270, preuß. (§ 240), hannov. (§ 253), heff. (Art. 378), österr. (§ 255), nordd. Entw. (§ 341)).

Der Wortlaut der Bestimmung macht ersichtlich, daß sie sich nur auf die Fassung des Urtheils, nicht auf dessen Verkündung bezieht. Die dem französischen Rechte (vgl. auch Proz. Ordn. v. Bayern Art. 277 Abs. 3) eigene Auffassung, wonach die Verhandlung, auf Grund deren die Abfassung des Urtheils erfolgt, und die Verkündung des letzteren wesentlich als ein Ganzes erscheinen, so daß diejenigen Richter, welche das Urtheil beschlossen haben, an dessen Verkündung Theil nehmen müssen (vgl. Boitard et Colmet-Daage, Leçons de procédure civile Ed. XI. tom. I. pag. 210, 211), entbehrt der inneren Begründung und führt zu praktischen Unzuträglichkeiten. Wenn auch erst die Verkündung das Urtheil für das Gericht unabänderlich macht und zur rechtlichen Existenz nach Außen hin bringt, so daß bis zu diesem Zeitpunkt jeder Richter von seinem Votum zurücktreten kann, so bleibt die Verkündung doch ein äußerliches Moment; das Urtheil kommt als solches mit der Abfassung zu Stande und besteht von da ab als ein rechthlicher Akt, dessen Rechtsbeständigkeit und Verfügbbarkeit durch das Ausscheiden eines betheiligten Richters nicht alterirt wird. Dafür aber, daß kein anderes, als das wirklich beschlossene Urtheil publizirt wird, muß unter allen Umständen die Autorität des publizirenden Gerichts als genügende Bürgschaft gelten (vgl. nordd. Prot. II. S. 588, 589). Vorschriften über die Berathung und Abstimmung der Richter haben, soweit sie erforderlich sind, in dem Gerichtsverfassungsgeetze §§ 158 ff. ihren geeigneten Platz gefunden.

Die

§§ 271—278 (R. B. §§ 271—278, G. §§ 281—288)

geben über die Verkündung und formelle Abfassung der Urtheile ausführliche und in sich verständliche Vorschriften. Es werden deshalb die nachfolgenden Bemerkungen zu deren Rechtfertigung genügen:

Der

§ 271 (R. B. § 271, G. § 281)

will, daß das Urtheil — ebenso der auf mündliche Verhandlung ergehende Gerichtsbeschluss (§ 384) — entweder sofort oder doch spätestens binnen der Frist einer Woche verkündigt werde; hierfür spricht nicht allein die Rücksicht auf Raschheit des Verfahrens, sondern auch der Umstand, daß eine Garantie für die Güte des Urtheils darin zu finden ist, daß die richterliche Berathschlagung der Verhandlung thunlichst schnell folgt. Der Entwurf legt Werth darauf, daß als Regel die sofortige Verkündung des Urtheils festgehalten werde. (Vgl. Reg. Motive zur hannov. Proz. Ordn. § 354 bei Leonh. a. a. D. S. 248; hannov. Prot. S. 1675; Verh. der bayer. Abgeord. Kammer 1863/1865 Beilagen-Bd. II. Abth. 2 S. 107 Nr. 1; preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 29 und Instruktion vom 24. Juli 1833 § 38, Verordn. v. 21. Juli 1846 § 12, v. 21. Juli 1849 § 28, v. 24. Juni 1867 § 29; Proz. Ordn. v. Hannover § 354, Württemberg Art. 369, Bayern Art. 269, Oldenburg Art. 120 § 1, Braunschweig § 103, Baden §§ 349, 361; Code de proc. art. 116; hannov. (§ 257), preuß. (§ 337), heff. (Art. 385), österr. (§ 258), sächs. (§ 220), nordd. Entw. § 426).

Der Gesichtspunkt, daß eine Verweiläufung und Verzögerung des Verfahrens möglichst vermieden werden muß und eine baldige Feststellung der Entscheidung in der vorgeschriebenen Form durch das Interesse der Parteien geboten erscheint, ist auch bei den Bestimmungen des

## § 272 (R. V. § 272, G. § 282)

leitend gewesen. Die Vorschrift, daß die Verkündung des Urtheils durch Vorlesung der Urtheilsformel erfolgen soll, nöthigt das Gericht, den dezißiven Theil des Urtheils vor der Verkündung schriftlich zu fixiren und schafft damit eine Garantie für die Uebereinstimmung des verkündigten Urtheils mit dem später in vollständiger Form redigirten und auf Antrag auszufertigenden Urtheile. Eine Ausnahme von dieser Vorschrift erschien rücksichtlich der Versäumnisurtheile geboten. Beim Ausbleiben des Klägers ist die Urtheilsformel — Abweisung mit der Klage und Verurtheilung in die Prozeßkosten — so einfach, daß eine Differenz zwischen dem verkündeten und dem schriftlich redigirten Ausspruche sich nicht erwarten läßt. Aehnlich verhält es sich in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, wenn das Versäumnisurtheil gegen den Beklagten erlassen wird, denn regelmäßig wird das Urtheil nur eine Reproduktion des Klagepetitums enthalten. Es hieße daher dem Gerichte die Zeit der Sitzung nutzlos schmälern, wenn man auch für Versäumnisurtheile die schriftliche Formulirung des Tenors festhalten wollte.

Der Eröffnung der Entscheidungsgründe in der öffentlichen Sitzung ist eine so erhebliche Bedeutung nicht beizulegen, daß ihre Verlesung oder auch nur ihre mündliche Mittheilung obligatorisch vorgeschrieben werden müßte (Proz. Ordn. von Bayern Art. 277, Baden § 368, Hannover § 354, hannov. Entw. § 257 u. V.). Es ist daher nicht nur die Verkündung der Entscheidungsgründe selbst, sondern auch der Umfang dieser Verkündung dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt. (Vgl. nordd. Entwurf § 346, hannov. Prot. V. S. 1674—1676, nordd. Prot. II. S. 587).

## § 273. (R. V. § 273, G. § 283.)

Die Regel, daß Alles, was auf Grund mündlicher Verhandlung angeordnet wird, mündlich eröffnet werden soll, ist bei einem auf Mündlichkeit gebauten Verfahren eine nothwendige und ausnahmslose. Urtheile und auf mündliche Verhandlung ergehende Beschlüsse des Gerichts (§ 284 Abs. 1) müssen demnach verkündet werden, um nach außen rechtliche Existenz zu erlangen. Die Verkündung geschieht jedoch wirksam auch in Abwesenheit einer oder beider Parteien, sofern nicht etwa ein Ruhen des Verfahrens ausdrücklich vereinbart und solches dem Gerichte angezeigt ist. Tugend eine Verkündung und wäre es auch nur die Verkündung eines späteren Verkündungstermins muß sich an jede mündliche Verhandlung anschließen; es kann deshalb von den Parteien und Anwälten verlangt werden, daß sie die Verkündung abwarten oder andernfalls sich nach dem verkündeten Resultate erkundigen. (Vgl. nordd. Entw. § 347, Motive z. württemb. Entw. Art. 222/3 S. 227, nordd. Prot. II. S. 603.)

Die Verkündung macht die Zustellung des Verkündeten entbehrlich. Für Urtheile spricht dies Abs. 2 des § 273, für Beschlüsse und Verfügungen § 284 aus. Der Satz ist hauptsächlich von praktischer Bedeutung für die Fortsetzung des Verfahrens in derselben Instanz, insbesondere für alle prozeßleitenden Anordnungen, Beweisbeschlüsse, Zwischenurtheile, während bezüglich der Endurtheile Abweichungen von jener Regelvorschrift für den Beginn des Laufs der Nothfristen (vgl. §§ 294, 457, 490, 516) und die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung (vgl. § 620) aus überwiegenden Gründen geboten erschienen. (Vgl. nordd. Entw. § 354 und Prot. II. S. 603.) In soweit aber die Zustellung einer verkündeten Entscheidung (Urtheils, Beschlusses oder Verfügung) erfolgen muß oder nach dem Willen einer Partei erfolgen soll, ist sie entsprechend dem System des Entwurfs nach

## § 278 (R. V. § 278, G. § 288)

von der Partei zu betreiben (§ 146). Aus diesem Grunde waren die im

## § 277 (R. V. § 277, G. §§ 286, 287)

getroffenen Anordnungen über das Urtheilsverzeichnis erforderlich, um den Parteien Gelegenheit zu geben, von den Urtheilen Einsicht zu nehmen und die Ertheilung von Ausfertigungen oder Abschriften derselben (§§ 261, 278 Abs. 2, 3) bei dem Gerichtsschreiber zu beantragen (vgl. Hannover § 358; hannov. § 261), preuß. § 360), hess. (Art. 390), österr. § 261), nordd. Entw. § 352).

## §§ 274, 275. (R. B. §§ 274, 275, G. §§ 284, 285.)

Den Inhalt des Urtheils (auch des Theil- und Zwischenurtheils) bestimmt § 274 in wesentlicher Uebereinstimmung mit den Proz. Ordn. v. Hannover § 356, Baden § 359, Württemberg Art. 370, dem hannov. (§ 258), preuß. (§§ 357, 358), hess. (Art. 386, 387), österr. (§ 259), sächs. (§§ 218, 223), nordd. Entw. § 348. Die Bestimmung des nordd. Entw. § 348 Abs. 3, daß die Urtheilsformel der Darstellung des Thatbestandes aus den Entscheidungsgründen vorangestellt oder nachgestellt werden könne, ist als selbstverständlich weggelassen. Für den Inhalt des bedingten Urtheils kommt außerdem § 409 in Betracht.

Die Abfassung des Urtheils ist seinem ganzen Inhalte nach Sache des Gerichts. Im § 5 der allgemeinen Begründung ist diese Vorschrift in Bezug auf den Thatbestand des Urtheils gegenüber dem von der bayerischen Prozeßordnung (Art. 285 ff.) angenommenen Qualitativsystem des französischen Rechts gerechtfertigt; nicht minder hat daselbst die Bestimmung des § 275 über die Beweiskraft des Thatbestandes ihre Begründung erhalten (vgl. Proz. Ordn. v. Hannover § 357 und Leonhardt B. P. D. Ed. IV. S. 91).

## § 276. (R. B. § 276, G. § 286.)

| S. 223.

Das bei den Akten verbleibende Original (Konzept) des Urtheils ist dem bestehenden deutschen und preussischen Gerichtsbrauche entsprechend von sämmtlichen Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben (preuß. U. G. D. I. 13 § 44, Bayern Art. 276, Hannover § 355, preuß. (§ 359), hannov. (§ 259), hess. (Art. 388), österr. (§ 260), nordd. Entw. § 351), damit sie sich überzeugen und durch ihre Unterschrift zu erkennen geben, daß das abgefaßte Urtheil mit dem Beschlusse übereinstimmt. Die Unterschrift des Gerichtsschreibers (Code de proc. Art. 138, preuß. Entw. § 359, hess. Entw. Art. 388) gehört, abgesehen vom Verfündungsvermerke, lediglich unter die Ausfertigungen (vgl. hannov. Prot. XV. S. 5496 ff. 5499).

## § 279. (R. B. § 279, G. § 289.)

Daß das Gericht an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen End- und Zwischenurtheilen enthalten ist, gebunden sein soll, wird in Uebereinstimmung mit § 279 von den neueren Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen anerkannt (vgl. z. B. Proz. Ordn. v. Hannover § 359, Württemberg Art. 384 ff., preuß. Entw. § 363, hannov. Entw. § 273, hess. Entw. Art. 402, österr. Entw. § 272, sächs. Entw. § 229, nordd. Entw. § 358). Daß umgekehrt Beschlüsse und Verfügungen prozeßleitender Natur für das Gericht keine bindende Kraft haben, ist von dem Entwurf — abweichend von neueren Gesetzeswerken (vgl. Bayern Art. 296, Württemberg 384/386, hannov. Entw. § 273, preuß. Entw. § 364, nordd. Entw. § 358) — als selbstverständlich weggelassen; für den Beweisbeschluss folgt es aus § 315. Von der Vorschrift des § 279 machen die §§ 280 und 281 Ausnahmen.

Der

## § 280. (R. B. § 280, G. § 290.)

bezweckt, die Berichtigung von Schreibfehlern, Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, in einfacher und rascher Weise zu ermöglichen (vgl. preuß. U. G. D. I. 14, § 1, Proz. Ord. v. Bayern Art. 282, Hannover § 360, Baden § 1094, Württemberg Art. 373, Oldenburg Art. 126, 129 ff., preuß. (§ 361), hannov. (§ 262), hess. (Art. 391), österr. (§ 262), sächs. (§ 230), nordd. Entw. § 427), während

## § 281 (R. B. § 281, G. § 291)

aus den in der allgemeinen Begründung §§ 4, 5 entwickelten Motiven die Berichtigung gestattet, wenn der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche enthält. Das Verfahren, wie es der § 281 vorschreibt, schließt sich im Wesentlichen den Bestimmungen der Prozeßordnungen für Hannover § 360 und

Württemberg Art. 374 sowie den Vorschriften des hannov. Entw. § 263 an. Der Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes ist unabhängig von dem Inhalte des Sitzungsprotokolls, was zur Vermeidung unrichtiger Anwendung des § 275 hervorzuheben ist. In dem Berichtigungsverfahren wird den Parteien gerade ein Mittel gewährt, auch wenn sie Konstatierungen zu Protokoll unterlassen haben, nachträglich den wahren Inhalt ihres Vorbringens in den Thatbestand des Urtheils hineinzu bringen. Die Erfahrung, daß die Parteien desselben nur äußerst selten bedürftig sind, weil der plastische Eindruck der unmittelbaren Verhandlung des Rechtsstreits die Herstellung eines vollständigen und richtigen Thatbestandes begünstigt, hat zu der im § 281 gegebenen Konstruktion des Verfahrens geführt und Beweisaufnahme, wie Zulassung | der Anfechtung des Berichtigungsbeschlusses als entbehrlich erscheinen lassen | S. 224. (vgl. Württemb. Art. 374, hannov. Entw. § 263, heffisch. Entw. § 392, österr. Entw. § 266).

Der

### § 282 (R. V. § 282, G. § 292)

behandelt die Ergänzung unvollständiger Urtheile in wesentlicher Uebereinstimmung mit den neuen Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen (Bayern Art. 283, Hannover § 361, Württemberg Art. 375, hannov. Entw. §§ 264 ff., nordd. Entw. §§ 428, 429).

Die Ergänzung eines Urtheils kann beantragt werden, wenn dasselbe mit der Prätension auftritt, den Rechtsstreit seinem ganzen Umfange nach zu entscheiden, trotzdem aber einen geltend gemachten Haupt- oder Nebenanspruch oder den Kostenpunkt bei der Endentscheidung übergangen hat. Das Urtheil ist in diesem Falle der Wirklichkeit nach nur ein Theilurtheil. Ein weiterer Fall für den Antrag auf Ergänzung ist gegeben, wenn ein Theilurtheil erlassen ist, welches prätendirt, einen größeren Theil des Rechtsstreits endlich zu entscheiden, als es in Wirklichkeit erledigt (vgl. nordd. Prot. II. S. 601, 602).

Für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Ergänzungsantrages ist der in dem Urtheil enthaltene ursprüngliche oder nachträglich berichtigte Thatbestand maßgebend. Wenn darnach der Antrag zulässig erscheint, so wird die mündliche Verhandlung über den Streitpunkt, dessen Entscheidung nachträglich verlangt wird, von Neuem und in vollem Umfange eröffnet. Da es sich hierbei um eine selbstständige und selbstständiger Anfechtung (vgl. nordd. Entw. § 429 und Bericht des Justizauschusses der württemb. Abgeordn. Kammer zu Art. 389 S. 123) unterliegende Entscheidung handelt, so brauchen an der Verhandlung über den Ergänzungsantrag auch nicht nothwendig dieselben Richter Theil nehmen, welche an der Fällung des der Ergänzung bedürftigen Urtheils mitgewirkt haben. Gleicherweise folgt aus dem Mangel eines Ausspruchs über einen Theil des Anspruchs, daß die Ergänzung des Urtheils nur auf dem Wege des § 282, nicht im Wege der Rechtsmittel verlangt werden kann (vgl. Motive zu § 478).

In engem Zusammenhange mit der Bestimmung des § 282 steht die dem nordd. Entw. § 428 Abs. 2 entnommene Vorschrift des Einführungsgesetzes § 11 Nr. 4. In einzelnen deutschen Rechtsgebieten — namentlich in den Gebieten des gemeinen und preuß. Rechts (vgl. Wehkel, Ed. II. S. 502 A. L. R. I. 11 §§ 845, 846, 848). — besteht der Rechtsatz, daß gewisse Nebenansprüche, insbesondere der Anspruch auf Zinsen, als aberkannt gelten, wenn das die Hauptsache entscheidende Urtheil über dieselben schweigt. Die norddeutsche Kommission, davon ausgehend, daß dieser Rechtsatz dem Prozeßrechte angehöre, beschloß die Aufhebung desselben. Der Entwurf mußte sich diesem Vorgange schon deswegen anschließen, um für die verschiedenen deutschen Rechtsgebiete eine übereinstimmende Handhabung des § 282 zu sichern.

Neben der in den §§ 280—282 geordneten Prozedur kennen die neueren Gesetzgebungsarbeiten theilweise noch ein besonderes Erläuterungsverfahren zur Berichtigung von Dunkelheiten oder Widersprüchen in dem die Entscheidung enthaltenden Theile des Urtheils (vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 283, Hannover §§ 362 ff., Württemberg Art. 375, Oldenburg Art. 127, hannov. Entw. § 264 Abs. 1, heff. Entw. Art. 393, österr. Entw. § 267 u. A.). Der Entwurf hat indessen in Uebereinstimmung mit dem norddeutschen Entwurf für eine | solche Prozedur kein Bedürfnis anerkennen | S. 225. können (vgl. nordd. Prot. II. S. 599). Ebensovienig liegt ein genügender Grund vor,

die Berichtigung (§ 280) oder Ergänzung (§ 282) kostenfrei geschehen zu lassen, wie z. B. der hannov. Entw. § 268 im Anschlusse an die hannov. Proz. Ordn. § 364 vorgeschlagen hatte.

§ 283. (R. B. § 283, G. § 293.)

Während der § 598 die formelle Rechtskraft der Urtheile regelt, behandelt der § 283, dem Vorgange der bayer. Proz. Ordn. Art. 294, 295 und des nordd. Entw. § 350 folgend, die materielle Rechtskraft insoweit, als er feststellt, in welchem Umfange dieselbe eine Eigenschaft der Urtheile ist.

Der Umfang der Rechtskraft ist im gemeinen und im preussischen Rechte bestritten und unterliegt auch nach französischem Rechte mannigfachen Zweifeln. Für das gemeine Recht ist unter Vorgang v. Savigny (System des heutigen römischen Rechts VI. S. 350—370, 429—443, 451, 452) die Formel aufgestellt:

Die in den Gründen enthaltenen Elemente des Urtheils erwachsen in Rechtskraft; Elemente aber sind diejenigen Bestandtheile der Gründe, welche Entscheidungen enthalten. Alles, was der Richter entscheidet, wird rechtskräftig, so daß nicht nur die Entscheidungen über die durch Klage oder durch Widerklage erhobenen Ansprüche, sondern auch diejenigen Entscheidungen die Rechtskraft erlangen, welche über die den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch bedingenden Rechte (Präjudizialpunkte, Legitimationspunkte z. B. über das Eigenthum des praedium dominans in dem Prozesse über die actio confessoria, über die Erbenqualität des Klägers in dem Prozesse über die vindicatio einer zur Erbschaftsmasse gehörigen Sache, über die Verwandtschaft des Klägers mit dem Beklagten in dem Prozesse über die Klage auf Alimentation, über das Kapital in dem Prozesse über die Klage auf Zinsen, über Einreden, Replikten und Duplikten) erfolgt sind.

Die Richtigkeit dieser, von angesehenen Juristen (vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 3. Aufl. I. S. 396) auf die Entscheidung über Thatfachen ausgedehnten Formel ist insbesondere von Weßell, Ed. II. S. 518—520, 532—539 und Unger, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts II. S. 615—649 bekämpft; Unger a. a. O. II. S. 639, 640 faßt das Ergebnis seiner Ausführungen dahin zusammen:

„die Rechtskraft des Urtheils reicht so weit als der Inhalt des Urtheils reicht; nach dem wahren vollen Inhalt des Urtheils bestimmt sich der mögliche Gegenstand und Umfang der Rechtskraft. Das Urtheil enthält einen selbstständigen und direkten Ausspruch nur über den konkreten Klageanspruch, also weder über die Klagethatsachen noch über die Präjudizialpunkte. Einen Ausspruch über Recht und Ansprüche des Beklagten kann das Urtheil enthalten, wenn und insofern in der Anerkennung des Klagerechts nothwendig zugleich eine Auerkennung der Ansprüche des Beklagten liegt; dagegen enthält das Urtheil an sich niemals einen selbstständigen Ausspruch über die positive Berechtigung des Beklagten.“

| §. 226. während Weßell a. a. O. S. 537 das Resultat seiner Darstellung dahin faßt:

„die exceptio rei iudicatae kann überhaupt nur gegen Klagrechte | begründet sein und durch das Urtheil über Klagrechte begründet werden. Auf die Wahrheit oder Unwahrheit einzelner Thatfachen oder Rechts Elemente ist der materielle Begriff der Rechtskraft nicht anwendbar.“

Zwischen diesen Gegensätzen bewegen sich die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis (vgl. insbesondere Erf. d. Bundesoberhandelsgerichts v. 31. März 1871, Seuffert Archiv XXV. No. 278); dagegen herrscht Einverständnis darüber, daß es für die materielle Rechtskraft gleichgültig ist, an welchem Orte, ob in der Urtheilsformel oder in den Entscheidungsgründen der der Rechtskraft fähige Ausspruch des Richters steht.

Auf die preussische Praxis hat einen maßgebenden Einfluß das Erkenntniß des Obertribunals vom 16. Oktober 1848 (Entsch. Bd. 17 S. 462) gewonnen, nach welchem die Rechtskraft nur der in dem Tenor des Urtheils enthaltenen Entscheidung — nur der Entscheidung über die Ansprüche, welche unmittelbar den Gegenstand des Rechtsstreits gebildet haben, sowie über die Präjudizialpunkte, welche abgefordert instruiert sind (vgl. Plenarentscheidung des Obertribunals vom 19. September 1845 und Erf.

desselben v. 5. Juli 1851 und v. 7. April 1856 bei Gruchot, Beitr. VII. S. 194, 195) — als dem letzten praktischen Resultate des Urtheils und nicht über dessen Bereich hinaus zukommt. So groß ist indessen die Autorität dieses Erkenntnisses nicht gewesen, daß sie Abweichungen und Schwankungen in der Rechtsprechung gehindert hätte. Von der Doktrin werden die Anschauungen des Obertribunals nicht getheilt; die neuesten Bearbeiter des preußischen Rechts (Förster, preuß. Privatrecht 2. Aufl. I. S. 261—265, Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts I. 267—272) haben sich nicht nur gegen die Beschränkung der Rechtskraft auf die im Tenor enthaltene Entscheidung erklärt, sondern auch für das preußische Recht die Rechtskraft in einem weiteren Umfang anerkannt.

Die französische Doktrin und Praxis machen in Uebereinstimmung mit der preußischen Praxis den Eintritt der Rechtskraft davon abhängig, daß der der Rechtskraft fähige Ausspruch in den Tenor (*dispositif du jugement*) aufgenommen ist, unterscheiden sich dagegen rücksichtlich des Umfangs, in welchem sie die Rechtskraft statuiren. Der Gegenstand und der Umfang der *conclusions motivées* bestimmen den Gegenstand und den Umfang des *dispositif*: was in dem *dispositif* des Urtheils „sur des *conclusions formelles prises par les parties*“ entschieden ist, wird als chose jugée betrachtet. „C'est ainsi que le jugement rendu sur une question d'état, proposée incidemment comme préjudicielle, soit à la demande, soit à la défense, a l'autorité de la chose jugée, tout aussi bien que si la question avait été proposée par voie d'action principale.“ (Audry et Rau, Cours de droit civil français d'après l'ouvrage allemand de C. S. Zachariae, Ed. III. tom IV. § 769 pag. 489, 490).

Da das rechtskräftige Urtheil eines deutschen Gerichts die *exceptio rei judicatae* für das gesammte Gebiet des Deutschen Reichs begründen soll, so mußte der Entwurf Sorge tragen, daß unter Beseitigung der in den verschiedenen zum Deutschen Reich gehörigen Territorien bestehenden Kontroversen, der Umfang der Rechtskraft nach gemeinsamen Grundsätzen beurtheilt werde. Fragen konnte sich nur, welche der verschiedenen Ansichten über den Umfang der Rechtskraft zu adoptiren sei. Die nach v. Savigny's Vorgange aufgestellte Formel verhütet, daß über dieselbe Rechtsfrage unter denselben Parteien in verschiedenen Prozessen widersprechend entschieden wird, welcher Vorzug nicht hoch genug angeschlagen werden kann, weil widersprechende Urtheile im Volke als ein schwerer Uebelstand empfunden werden müssen. Sie führt aber weit über die Aufgabe des einzelnen Prozesses und über die Absicht der Parteien hinaus, welche den Gegenstand ihres Streits im *Petitum* ausgedrückt und begrenzt haben und in diesem Prozesse nur über diesen Streitpunkt eine richterliche Entscheidung erwarten. (Unger a. a. D. II. S. 628.) Das Urtheil darf nicht weiter gehen, als die Absicht der Parteien gegangen ist, und darf nicht Folgen erzeugen, deren sich die Parteien im Laufe des Prozesses gar nicht bewußt geworden sind (Unger a. a. D. II. S. 628, Note 21 a, Wezel a. a. D. S. 519, 520). Die Rücksicht auf den Willen der Parteien, die Rücksicht auf das Richteramt fordern daher eine Beschränkung des Umfangs der Rechtskraft, ähnlich derjenigen Beschränkung, welche Unger und Wezel für das gemeine Recht, das Obertribunal für das preußische Recht vertheidigen, — und diese Rücksichten erscheinen als so überwiegend, daß sich der Entwurf von denselben leiten lassen mußte. Der § 283 Abs. 1 erklärt demgemäß in Anschlusse an den nordd. Entw. § 359 Abs. 1 Urtheile der Rechtskraft nur insoweit für fähig, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. Indem der Entwurf aber gleichzeitig im § 223 die Feststellungsklage sanktionirte, gewann er die Möglichkeit, die Bedenken zu beseitigen, welche von dem durch v. Savigny vertretenen Standpunkte aus gegen die Vorschrift des § 283 Abs. 1 erhoben werden können. Im Anschlusse an die durch Unger a. a. D. II. S. 629, 630 Note 22, S. 640 Note 38 angedeuteten Vorschläge und in Uebereinstimmung mit dem Geiste des römischen Rechts und der französischen Doktrin und Praxis gestattet er nach dem Vorbilde des nordd. Entw. § 196 jeder Partei durch die im § 243 geregelten Inzidentfeststellungsklagen — dem Kläger durch Erweiterung des Klageantrags, dem Beklagten durch Erhebung einer Widerklage — über ein im Laufe des Prozesses freitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theile abhängt, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken, gelangt also auf diesem Wege zu einem Ergebnisse, welches im Wesentlichen dem v. Savigny'schen Standpunkte entspricht, nur daß er nicht das Gesetz, sondern den Willen der Parteien

darüber bestimmen läßt, was mit einer über den Bereich des Prozesses hinausreichenden Rechtskraft entschieden werden soll.

Die dem nordd. Entw. § 359 Abs. 2 entnommene Vorschrift des § 283 Abs. 2 steht mit dem hinsichtlich der Rechtskraft maßgebenden Prinzip im Einklange. Wird die Einrede der Kompensation vorgeschützt, so muß es als Absicht der Parteien angenommen werden, daß das Bestehen oder Nichtbestehen der *compensando* geltend gemachten Gegenforderung pro concurrente summa unter ihnen festgestellt werden solle. Ueber die *summa concurrens* hinaus ist eine Feststellung der Absicht der Parteien nur entsprechend, wenn diese Feststellung ausdrücklich beantragt worden ist. Zu vergleichen sind nordd. Prot. II. 592, 593, 605—609, 789—795, 819.

Sollte die Rechtskraft von der Aufnahme der Entscheidung in die Urtheilsformel abhängig gemacht werden, so würde man einem übertriebenen Formalismus huldigen. Zur Beseitigung der preussischen und französischen Praxis bestimmt daher der § 283 Abs. 3, daß eine der Rechtskraft fähige Entscheidung auch an einer anderen Stelle des Urtheils, namentlich in den Entscheidungsgründen, ausgesprochen werden kann (nordd. Entw. § 359 Abs. 4).

§ 228.

Daß die Entscheidungsgründe nicht rechtskräftig werden, insoweit sie nicht in einer der Rechtskraft fähige Entscheidung enthalten, folgt mit Nothwendigkeit aus den Vorschriften des § 283 und bedurfte daher keiner ausdrücklichen Hervorhebung im Gesetze. Ebenförmig war es erforderlich, über die Bedeutung der Entscheidungsgründe für die Feststellung des Sinns und Umfangs der Entscheidung eine Bestimmung aufzunehmen. Dem ganz allgemein ist in allen Rechtsgebieten Deutschlands anerkannt, daß die Entscheidungsgründe das wichtigste Mittel zur Interpretation des Urtheils enthalten, daß auf die Entscheidungsgründe zurückgegangen werden muß, um die wahre Bedeutung der Entscheidung festzustellen (vgl. Bayern Art. 295, Württemberg Art. 383, nordd. Entwurf § 359 Abs. 2).

#### § 284. (R. V. § 284, G. § 294.)

Daß die nicht verkündeten Beschlüsse und Verfügungen von Amtswegen zuzustellen sind, findet in dem richterlichen Prozeßleitungsamte, wie dasselbe vom Entwurf anerkannt ist, seine genügende Rechtfertigung (nordd. Entw. § 357).

### Dritter Titel.

#### Versäumnis - Urtheil.

#### §§ 285—302. (R. V. §§ 285—302, G. §§ 295—312.)

Der Entwurf behandelt an dieser Stelle den schwerwiegendsten Fall prozessualen Ungehorsams der Parteien: die totale Versäumung der Verhandlung, als Voraussetzung und Grundlage des Versäumnisurtheils (§§ 285—292, 302) — und im natürlichen Anschlusse daran den ausschließlich zur Beseitigung von Versäumnisurtheilen gewährten, nicht devolutiven und aus diesem Grunde den Rechtsmitteln nicht angereicherten Rechtsbehelf des Einspruchs (§§ 293—301, 302). Die systematische Stellung des Titels, wie seine innere Anordnung beruht auf dem Gedanken, den Gegenstand möglichst einfach zu halten. Das Versäumnisurtheil ist nur eine Spezies des Urtheils überhaupt, auf welche die allgemeinen Grundsätze über Letzteres Anwendung finden; es brauchte deshalb nur dasjenige aufgenommen zu werden, was dem Versäumnisurtheile seinen Voraussetzungen, seinem Gegenstande und seiner inneren Natur nach eigenthümlich ist (vgl. hannov. Prot. XV. S. 5534—5536, Proz. Ordn. v. Bayern Art. 297 ff., Hannover §§ 367 ff., hannov. Entw. §§ 274 ff., preuß. Entwurf §§ 365 ff., heff. Entw. Art. 403 ff.).

Jedes Versäumnisurtheil setzt voraus, daß bei der vorausgegangenen mündlichen Verhandlung eine Partei nicht gehört ist, sei es, daß sie in dem Verhandlungstermine ausblieb oder, zwar erschienen, nicht verhandelte, sowie daß der Gegner den Erlaß

des Veräumnisurtheils in Antrag gebracht hat (vgl. nordd. Prot. I. S. 396 II. S. 612). Wie demnach einerseits das Veräumnisurtheil auf der alleinigen und ausschließlichen Grundlage totaler Veräumnung eines Verhandlungstermins seitens einer Partei beruht, so daß ein Urtheil, welches nur theilweise die Veräumnung einer Partei zu seiner Grundlage hat, z. B. den Mangel einer Erklärung über vom Gegner behauptete Thatfachen, produzierte Urkunden, zugeschobene Eide etc., kein Kontumazial-, sondern ein kontradiktorisches Urtheil ist, so ergeht ein richterlicher, die Veräumnung konstatirender Ausspruch nach dem Entwurf auch nur in Gestalt eines Veräumnungsurtheils, also auf Ausbleiben resp. Nichtverhandeln einer Prozeßpartei in einem zur mündlichen Verhandlung bestimmt gewesenen Termine, während die nachtheiligen Folgen verläßlicher Fristen oder des unvollständigen Handelns innerhalb der Verhandlung (der partiellen Veräumnung) ohne richterlichen Ausspruch in's Leben treten und lediglich Prozeßmaterial für das künftig ergehende Kontradiktorium zu schaffen geeignet sind. In beiden Richtungen weicht der Entwurf von der bestehenden Legislation ab; insbesondere erkennt er Urtheile, welche in der einen oder anderen Richtung Veräumnis-, im Uebrigen kontradiktorische Urtheile wären, nicht an und konnte solche nicht für haltbar erachten, weil es — abgesehen von der unnatürlichen Zersplitterung des Gesamt-Rechtsverhältnisses — zu den größten praktischen Schwierigkeiten führen müßte, dasselbe Urtheil theilweise in dem einen, theilweise in dem andern Sinne aufzufassen, gegen einen Theil desselben den Einspruch zuzulassen, gegen einen andern nicht. (Vgl. hanov. Prot. V. S. 1725—1730, XV. S. 5553.)

In welchem Stadium des Prozesses ein Urtheil auf totale Veräumnung der mündlichen Verhandlung noch ergehen kann, hängt von der allgemeinen Gestaltung des Verfahrens ab und ist mit dieser in den deutschen Gesetzwerken sehr verschieden geordnet. Wie in dieser Richtung das Veräumnisverfahren sich als der Prüfstein für die konsequente Durchführung des Mündlichkeitsprinzips erweist und dementsprechend in Verbindung mit der Aufgabe des Beneisurtheils und der Eventualmaxime von dem Entwurf anders als in dem französischen und bayerischen Prozesse, den preussischen Verordnungen, der hannoverschen Prozeßordnung, dem hannoverschen, preussischen und norddeutschen Entwurf geschehen, konstruirt werden mußte, ist in den §§ 6—8 der allgemeinen Begründung erschöpfend dargelegt und im § 287 des Entwurfs zum unzweideutigen Ausdruck gelangt.

Die charakteristischen Prinzipien, auf welchen das Verfahren auf totale Veräumnis, wie es im Entwurf geordnet worden, beruht, sind:

einerseits das Präjudiz des Verzichts auf den Anspruch, welches gegen den Kläger — und das Präjudiz der affirmativen Litiscontestation, welches wider den Beklagten als spezielle Folge seiner Veräumnung in dem Veräumnisurtheile realisirt wird;

zum Andern die formale und provisorische Natur des Veräumnisurtheils, wie sie in der Zulässigkeit des Einspruchs hervortritt.

I. Gegen den Kläger ist im § 285 die Kontumazialfolge dahin festgestellt, daß er mit der Klage abzuweisen sei; eine sachliche Prüfung der Letzteren findet nicht statt; vielmehr hat das Gericht auf Antrag des Beklagten anzunehmen, daß Kläger seinen Anspruch nicht aufrecht erhalten wolle und folglich die Klage abzuweisen. Durch das wider den Kläger ergehende Veräumnisurtheil wird mithin über den Klageantrag selbst erkannt. Insofern ist eine gleichmäßige Behandlung des Klägers und des Beklagten (§ 286) im Falle ihres Nichterscheins gerechtfertigt. Wenn andere neuere Gesetzgebungen (preuß. A. G. D. I. 20, § 19, Proz. Ordn. v. Hannover § 367, Baden § 328, Württemberg Art. 388, Bayern Art. 303, hannov. Entw. § 274, hess. Entw. Art. 403, österr. Entw. § 273, sächs. Entw. § 577, preuß. Entw. § 370, nordd. Entw. § 430) verordnen, daß beim Ausbleiben des Klägers der Beklagte von der Instanz zu entbinden oder die Klage für nicht angebracht zu erklären sei, so ist diese Kontumazialfolge, welche nach mehreren Gesetzen die Bedeutung der Zurücknahme der Klage hat, für den Kläger ungleich günstiger, als das gegen den Beklagten bei dessen Ausbleiben eintretende Präjudiz. Der Entwurf will die thunlichste Gleichstellung beider Parteien. Dem Verzicht auf die Vertheidigung entspricht auf der anderen Seite der angenommene Verzicht auf den Anspruch. Eine Gefährdung des Klägers ist bei der Leichtigkeit des Einspruchs nicht zu befürchten.

Die Fiktion behandelnder Klagebeantwortung auf Seiten des gänzlich säumigen

Beklagten gilt — gehörige Ladung und Mittheilung des mündlichen Vorbringens vorausgesetzt — ebenso unbedingt (§ 286); das Gericht darf auch dann keinen Beweis des klägerischen Vorbringens verlangen, wenn ihm selbst die betreffenden Thatfachen zweifelhaft scheinen und kein Beweis oder nur ein solcher angeboten ist, auf den außerdem zu interloquiren wäre. Weit mißlicher erscheint es, den Eintritt eines gesetzlichen Präjudizes von einem durch Beurtheilung der Glaubwürdigkeit der Klage-thatsachen zu bestimmenden Ermessen des Richters abhängen zu lassen, für welches in der Regel doch nur die vorausgegangene kontradiktorische Verhandlung und Beweisführung eine dem Civilprozeß entsprechende Grundlage bieten könnte (Motive zum württ. Entw. Art. 399 S. 140). Im Gegensatz zu einer solchen, erfahrungsmäßig (vgl. preuß. Motive S. 81 ff.) nicht sehr werthvollen Bestimmung, wie sie sich im Code de proc. art. 150 und preuß. Entw. §§ 367, 371 findet, entspricht der Grundsatz des Entwurfs dem bisherigen preussischen Rechte und der Mehrzahl der neueren Gesetzeswerke (Bayern Art. 297, 301, Württemberg Art. 389, Baden § 326, Hannover § 368, Braunschweig §§ 72, 113, hannov. Entw. § 275, hess. Entw. Art. 404, österr. Entw. § 274, sächs. Entw. § 577, nordd. Entw. § 431, 432, Verhandl. der bayern. Abgeordn. Kammer a. a. D. S. 115, württemb. Commiss. Ber. zu Art. 399 S. 127).

II. Als Rechtsbehelf gegen die nachtheiligen Folgen gänzlicher Versäumung der Verhandlung gewährt der Entwurf der säumig gewesenen Partei den Einspruch. Abgesehen von den speziellen Fällen der §§ 208 Abs. 2 und 300 wider alle Versäumnißurtheile (§§ 285, 286, 287, 302, 138, 209, 210, 212, 215, 308, 412, 483, 505, 539, 555, 574, 593, 714) zulässig, ist der Einspruch von Angabe und Nachweis einer Verhinderungsursache unabhängig und versetzt den Prozeß in diejenige Lage zurück, in der er sich vor Eintritt der Versäumung befand (§§ 293, 295, 297). Bei Genährung einer so leichten und umfangreichen Abhilfe haben demnach die strengen Folgen der totalen Versäumung und das Versäumungsurtheil selbst im Grunde nur eine provisorische Bedeutung; sie wirken als sachlicher Zwang zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits vor dem erkennenden Gerichte; erst wenn Einspruch nicht erhoben wird, nehmen sie einen absoluten Charakter an. Wenn sich hiergegen theoretische Bedenken mannigfacher Art erheben lassen (vgl. hannov. Prot. XVI. S. 5949 ff., 6219 ff., Bemerk. zum österr. Refer. Entw. S. 41 ff., württemb. Kom. Ber. zu Art. 267—288 S. 90 ff. und die dort Citirten), so fällt zunächst ins Gewicht, daß erfahrungsmäßig ein großer Theil der Kontumazialurtheile durch Richterhebung des Einspruchs zur definitiven Wirksamkeit gelangt<sup>1)</sup>, daß es frivol streitenden Parteien, sofern sie nicht die Rücksicht auf die sie treffenden Kosten in Schranken hält, an fingirten Verhinderungsgründen niemals fehlt und daß es demnach zweckmäßiger erscheint, gegen jede erste Versäumung der Verhandlung ein für alle Mal *ex lege* Nachsicht zu gewähren, als die Gewährung derselben in jedem einzelnen Falle von der richterlichen Entscheidung über das Vorhandensein einer nach unendlichen Gradunterschieden bestimmbar verschuldung abhängig zu machen, welche, vielfach mit Verwickelungen und Schwierigkeiten verknüpft, die Gefahr der Prozeßverschleppung näher bringt, als die unbedingte Wiederherstellung im Wege des Einspruchs. Bereits in den einleitenden Bemerkungen zum vierten Titel des dritten Abschnitts des ersten Buchs sind in Verbindung mit der Darstellung des bestehenden Rechtszustandes in dieser Lehre die weiteren Gesichtspunkte berührt, welche die überwiegende Mehrzahl der neueren Legislationen bestimmt haben, die gemeinrechtliche Restitution aufzugeben und in größerer oder geringerer Ausdehnung dem Einspruchssystem des französischen Rechts Eingang zu schaffen.

Wenn behauptet wird, daß in Frankreich und Belgien der Einspruch (*opposition*) sich als ein mit bedenklichen Nachtheilen verknüpftes Prozeßinstitut erwiesen habe, so stehen dieser Behauptung jedenfalls die günstigen Erfahrungen, welche in anderen Ländern gemacht sind, entgegen. Wie die Verfasser der bürgerlichen Prozeßordnung für den Kanton Genf die einschlagenden Bestimmungen des Code de proc. als solche bezeichnen konnten, „deren Weisheit sich durch Anwendung in vorzüglichem Maße

<sup>1)</sup> In der Provinz Hannover wurden in dem dreijährigen Zeitraume von 1868—1870 bei den Ober- und Amtsgerichten insgesammt 19,836 Versäumnißurtheile erlassen, wovon nur 2005 — d. h. noch nicht 11 Prozent durch Einspruch angegriffen worden sind.

bemährt habe“ (vgl. die Einleitung zu den Motiven Bellot's pag. 6. Loi sur la procéd. civ. Paris 1837), wie die Erfahrungen in Hannover (vgl. Leonhardt, Civilprozeßverfahren § 25), in den Rheinländern (vgl. Mot. zum preuß. Entw. S. 85) und der Rheinpfalz (vgl. Mot. zum bayer. Entw. S. 599) dem Einspruche entschieden günstige gewesen sind, so ist in neuester Zeit der gleiche Erfolg der Zweckmäßigkeit für Württemberg konstatiert worden (vgl. die amtliche Darstellung über die erstatteten Berichte und Gutachten 1870 S. 33, 34).

Das Einspruchs-system ist ferner praktisch zweckmäßiger als das Prinzip einer zweimaligen Ladung, sei es, daß das auf die zweite Ladung ergehende Urtheil als ein kontradiktorisches oder als ein im Wege motivirter Restitution aufzuhebendes behandelt wird; denn die zweite Ladung bewirkt in vielen Fällen eine unnöthige Verzögerung des Prozesses und verletzt den Grundsatz gleicher Rücksichtnahme auf die Interessen beider Parteien, indem sie den vielen Fällen keine Beachtung schenkt, in denen der Verklagte sich gar nicht vertheidigen will. Der Entwurf hat dem neuesten belgischen Entwurf, in welchem — wie früher erwähnt — das Prinzip der zweimaligen Ladung, unter Beseitigung der Opposition, angenommen ist, sich um so weniger anschließen können, als der Gang der Gesetzgebung im Großherzogthum Baden lehrt, daß ein solcher legislativer Versuch bei einem mündlichen Verfahren dauernde Anerkennung nicht finden wird. In Baden wurde durch die Prozeßordnung von 1851 der Grundsatz einer zweimaligen Ladung eingeführt, nach deren Versäumung das Kontumazialurtheil zu erlassen war, welches nur beim Nachweise gesetzlicher Hinderungsursachen wieder aufgehoben werden konnte. Die Ergebnisse dieses Verfahrens waren indessen nicht günstig (vgl. v. Freidorf, Erläut. z. bad. Proz. Ordn. S. 525); als daher bei Einführung der Prozeßordnung von 1864 die Frage nach der Wahl eines geeigneten Kontumazialsystems abermals herantrat, entschloß man sich zur Rückkehr zu dem bereits seit 1831 in Geltung gewesenem System des Einspruchs (vgl. Mot. zum bad. Entw. S. 17 und Kommiss. Ber. der II. Kammer zum Tit. VII. der Proz. Ordn.).

In den Fällen der §§ 306, 555 des Entwurfs ist die zweimalige Ladung durch die besondere Natur der betreffenden Prozedur als Ausnahme gerechtfertigt.

Den Uebelständen, zu denen der Einspruch im Falle einer wiederholten Aufhebung von Versäumnißurtheilen in demselben Prozesse Anlaß geben kann, glaubt der Entwurf in wirksamer Weise durch die auf den Kostenpunkt sich beziehende Vorschrift des § 299, durch den Ausschluß des Einspruchs in den Fällen des § 300 und durch die Bestimmung des § 601 Nr. 4 über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Versäumnißurtheile zu begegnen.

Wider den unbenutzten Ablauf der Einspruchsfrist — welche Versäumung der Genfer Code und eine Anzahl deutscher Gesetzeswerke durch den außerordentlichen Einspruch saniren lassen — steht nach dem Entwurf die an strenge Voraussetzungen geknüpfte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Tit. 4, Abschn. 3 Buch I.) offen.

Wegen des Verhältnisses des Einspruchs zur Berufung und Revision ist auf die §§ 454, 505 zu verweisen.

§§ 285, 288, 290—292. (R. v. §§ 285, 288, 290—292, G. §§ 295, 298, 300—302.)

Ein Versäumnißurtheil kann nur dann ergehen, wenn der versäumte Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt war. Dies ist im Zweifel immer der Fall, selbst wenn der nächste Zweck des Termins die Aufnahme eines zugelassenen Beweises betraf (vgl. §§ 287, 322, 325).

Dem Nichterscheinen einer Partei in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine steht das Nichtverhandeln (§ 288) — nicht aber das unvollständige Verhandeln (§ 289) — gleich. Ob eine Partei in totum nicht verhandelt hat, ist quaestio facti (vgl. hannov. Prot. V. S. 1695, 1701 ff. 1733, 1736 ff., Württemberg Art. 391, hannov. Entw. § 277, österr. Entw. § 277).

Zufolge des Präjudizes der affirmativen Litiscontestation ist in dem Versäumnißfalle des Beklagten (§ 287) zu präsumiren, er habe durch sein Ausbleiben zu erkennen geben wollen, daß er auf die Vertheidigung gegen die zur Begründung der Klage aufgestellten Thatsachen verzichte. Diese Thatsachen sind daher als zugestanden anzu-

nehmen und der Beklagte geht zudem aller Einreden und Gegenanträge, die er in der Verhandlung hätte vorbringen können, verlustig.

Die gedachte Folge tritt jedoch — wie billigerweise im Einklang mit der Mehrzahl der deutschen Gesetzgebungen vom Entwurf (§ 292 Nr. 3) festgehalten worden ist — nur ein, wenn und soweit das mündliche Vorbringen des Klägers, es bestehe in Anträgen oder motivirenden Thatsachen, dem Beklagten mittelst Schriftsatzes (Vadungsurkunde § 443) rechtzeitig, d. i. unter Einhaltung der für solche Mittheilungen im Gesetze statuirten Fristen (§§ 119, 187, 197, 226, 235, 236, 294, 440, 460, 493, 543 u. a.), mitgetheilt war. Dies gilt einerseits nur für erhebliche, zur Fundirung des klägerischen Verlangens gehörige Thatsachen (vgl. hannov. Prot. V. S. 1716, württemb. Kommiss. Ber. zu Art. 403 des Entw. S. 128), andererseits aber auch für den Parteiprozess, obwohl in letzterem die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze nicht obligatorisch ist. Unter der Voraussetzung rechtzeitiger Mittheilung wird ferner jede Partei in der mündlichen Verhandlung von den ihr nach den §§ 232, 242 zustehenden Befugnissen mit Effekt wider den säumigen Gegner Gebrauch machen können. Die Zulässigkeit eigentlicher Klagenänderung ist dagegen nach § 233 von der wirklichen Einlassung des Beklagten abhängig; das bloß passive Verhalten des Beklagten kann einer solchen nicht gleichgeachtet werden (vgl. hannov. Prot. XV. S. 5540 ff., nordd. Prot. II. S. 615, 632, 641).

I S. 233.

[Nicht gerechtfertigt und deutscher Rechtsanschauung zumiderlaufend wäre es, wenn die mehrfach (vgl. z. B. Endemann, Civilist. Archiv Bd. 49 S. 173) vertheidigte strengere Kontumazialfolge wider den säumigen Beklagten realisiert und davon ausgegangen würde, daß er nicht bloß auf seine Vertheidigung verzichte, sondern den Anspruch des Gegners pure, also ganz abgesehen davon, ob derselbe in facta et jure begründet ist, anerkenne (Württemb. Kommiss. Ber. zu Art. 399 S. 127). Der zweite Absatz des § 286 bestimmt daher mit gutem Grunde, daß nur, soweit das klägerische mitgetheilte Vorbringen den Klageantrag rechtfertigt, der säumige Beklagte zu verurtheilen, soweit dies nicht der Fall, die Klage (je nach Umständen definitiv, für jetzt, in angebrachter Art etc.) abzuweisen ist. Unter demselben Gesichtspunkte steht die Vorschrift (§ 290 Nr. 1), daß der Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils durch Gerichtsbeschluß zurückzuweisen ist, sofern die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes (z. B. § 54) erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag (vgl. nordd. Prot. II. S. 616), sowie, daß unter Umständen das Gericht von Amtswegen die Verhandlung über jenen Antrag zu vertagen befugt sein soll (§ 292) [vgl. Bayern Art. 300, preuß. Entw. § 375, hess. Entw. Art. 409].

Während im letztgedachten Falle die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils noch aussteht, wird in den Fällen des § 290 der Partei das Versäumnisurtheil abgeprochen, also die Erlangung eines wichtigen Präjudizes verweigert und dem Gegner Gelegenheit geboten, die begangene Versäumnis zu saniren. Liegt hierin Grund genug, der verletzten Partei ein Beschwerderecht zu bewilligen, so kann auch darüber kein Zweifel sein, daß die sofortige Beschwerde das geeignete Mittel ist, um für die Fortsetzung der Verhandlung zur Hauptsache eine unumstößliche Grundlage zu gewinnen (§ 291). Gegen den Beschluß des Gerichts im Falle des § 292 findet kein Rechtsmittel statt. (Vgl. Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 394 und Kommiss. Ber. S. 128, 129, Hannover § 369, hannov. Entw. § 600 Nr. 11, nordd. Prot. II. S. 628).

Besteht eine der Parteien aus mehreren Streitgenossen, so ergeben die §§ 58, 59 (vgl. S. 80 ff.), inwieweit im Falle der Versäumung einzelner Streitgenossen ein Versäumnisverfahren eintreten kann.

### § 289. (R. B. § 289, G. § 299.)

Im Gegensatz zur totalen steht die partielle Versäumung der Verhandlung, das unvollständige Handeln innerhalb eines Verhandlungstermins, mögen dabei obligatorische oder fakultative Prozeßhandlungen in Frage sein (vgl. nordd. Prot. II. S. 626). Der Entwurf gewährt prinzipiell gegen derartige Versäumnungen keine Abhülfe; die Partei wird mit der betreffenden Prozeßhandlung ipsa omissione ausgeschlossen, sofern ihr nicht in einem neuen Verhandlungstermine Gelegenheit zur

Nachholung geboten wird oder das Gesetz nicht die Purgation der Säumnis ausdrücklich nachläßt (vgl. §§ 44 Abs. 3, 288, 309, 322, 329, 354, 385, 469, 810 u. a.). Im Hinblick auf das ausgebreitete Prozeßleitungsamt, insbesondere auf das Fragerecht des Richters kann dieser Grundsatz keine beachtliche Gefährdung berechtigter Parteiinteressen zur Folge haben. Die praktische Unmöglichkeit, ein und demselben Urtheile den Charakter eines kontradiktorischen und eines auf Versäumnis ergangenen Urtheils beizulegen, auf welche bereits oben hingewiesen ist, führt nothwendig zu der in Rede stehenden Vor|schrift. Wollte man gegen versäumte Erklärung über Thatfachen, | Urkunden und Eideszuschreibungen innerhalb einer im Uebrigen von der Partei gepflogenen Verhandlung Einspruch oder Restitution zulassen, so wäre einer Verwirrung des Verfahrens und endloser Verzögerung der Prozesse nicht weiter vorzubeugen (nordd. Prot. II. S. 626, 627). Das unvollständige Handeln bedarf keiner besonderen richterlichen Konstatirung; seine stillschweigend eintretenden Folgen bilden Elemente des in der Sache selbst ergehenden kontradiktorischen Urtheils, sind mit Bezug auf die wichtigsten Prozeßhandlungen, auf die es innerhalb einer Verhandlung ankommen kann, vom Gesetze speziell normirt (vgl. §§ 125, 379, 391, 404, 412, 416) und unterliegen, wo dies nicht der Fall, der freien Beurtheilung des Richters bei Abgabe seines kontradiktorischen Spruchs (§ 249). | C. 234.

### § 293. (R. B. § 293, G. § 303.)

Das System der unbedingten Zulässigkeit des Einspruchs gegen das Versäumnisurtheil bildet das nothwendige Korrelat zu den strengen Kontumazialfolgen der §§ 285, 286.

Der Einspruch gegen ein Versäumnisurtheil steht derjenigen Partei zu, auf deren Versäumung dasselbe beruht. Der im Falle des § 286 Abs. 2 ganz oder theilweise abgewiesene Kläger findet sich einem kontradiktorischen Urtheile gegenüber, welches nur im Wege der Rechtsmittel zu beseitigen ist.

### §§ 294—296. (R. B. §§ 294—296, G. §§ 304—306.)

Die Rücksicht auf thunlichste Vereinfachung und möglichst gleiche Normirung der gesetzlichen Fristen hat dazu geführt, die Einspruchsfrist für Anwalts- und Parteiprozesse einheitlich auf zwei Wochen festzusetzen (vgl. Proz. Ordn. v. Baden § 214, Württemberg Art. 275, nordd. Entw. § 441, hannov. Entw. § 197, hess. Entw. Art. 414). In Fällen, wo eine Zustellung im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen muß, liegt jedoch häufig das Bedürfnis für eine längere Einspruchsfrist, schon wegen der erschwerten Kommunikation mit dem Prozeßgegner, vor. Das Gericht hat daher in diesen Fällen die Einspruchsfrist in Versäumnisurtheile oder nachträglich durch besonderen Beschluß zu bestimmen (§ 294 Abs. 2), (vgl. Proz. Ordn. v. Hannover § 158, Württemberg Art. 275, hannov. Entw. § 197, hess. Entw. Art. 414; hannov. Prot. S. 306 ff., 1159, 6226). Die Einspruchsfrist ist eine Nothfrist (§§ 194, 195, 221), deren Lauf mit der Zustellung des Versäumnisurtheils auf Betreiben der gehorsamen Partei beginnt. Diese Vorschriften stehen mit den Bestimmungen über die Fristen zur Einlegung der Berufung, Revision und sofortigen Beschwerde (§§ 457, 460, 490, 493, 516) im Einklang.

Der Einspruch wird durch Zustellung eines Schriftsatzes erhoben und gehört vor dasjenige Gericht, welches das Versäumnisurtheil erlassen hat (allg. Begründung § 11). Die zugleich bestimmende und vorbereitende Natur dieses Schriftsatzes ergibt als wesentliche Erfordernisse desselben die im § 295 Nr. 1—3 aufgeführten Requisite, in deren Ermangelung der Einspruch von Amtswegen (vgl. nordd. Prot. I. S. 402), jedoch nur, wie aus den allgemeinen Prozeßgrundsätzen folgt, nach vorgängiger mündlicher Parteiverhandlung durch kontradiktorisches Urtheil als unzulässig zu verwerfen ist (§ 296), wogegen die Nachholung des Versäumten, wie jede Vorbereitung einer mündlichen Verhandlung, insoweit fakultativ ist, als deren Unterlassung sachliche Nachtheile nicht im Gefolge hat. (Vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 311, 312, Württemberg Art. 276, | Baden § 216, hannov. Entw. § 199, preuß. Entw. §§ 379, | C. 235. 382, nordd. Entw. § 442, Verhandl. der bayer. Abgeordn. Kamm. a. a. D. S. 117

sub 2; württemb. Kommiss. Ber. zu Art. 273 S. 96; hannov. Prot. S. 1174, 1176 ff., 1180 ff., 6227, nordd. Prot. I. S. 400).

§ 297. (R. B. § 297, G. § 307.)

Nur der für begründet erkannte und demnach zugelassene Einspruch hat die Wirkung, daß der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in der er sich vor Eintritt der Versäumnis befand, die Sachlage also materiell so anzusehen ist, als ob kein Versäumnisurtheil in der Mitte läge (hannov. Prot. S. 1192, 6237, preuß. Motive S. 85, Württemb. Art. 279, Hannover § 263, hannov. Entw. § 202, hess. Entw. Art. 416, 417, preuß. Entw. § 380, nordd. Entw. § 445 und nordd. Prot. I. S. 401). Es treten hiernach auch alle diejenigen Urtheile — Zwischenurtheile, Urtheile über prozeßhindernde Einreden oder den Grund eines seinem Betrage nach noch streitigen Anspruchs (vgl. zu § 302) — wieder in Kraft, welche folgeweise durch das zur Hauptsache ergangene Versäumnisurtheil in Wegfall gekommen waren (nordd. Prot. II. S. 622, 623, 625).

Ueber die Wirkung des Einspruchs in Bezug auf die Vollstreckung des Versäumnisurtheils sind die §§ 598, 601 Nr. 1, 602—607 zu vergleichen.

§ 300. (R. B. § 300, G. § 310.)

Soll der Einspruch nicht ein bequemes Mittel zur Verschleppung der Prozesse werden, so ist seine wiederholte Zulassung zu beschränken. Diesen Zweck verfolgt der § 300; aus demselben ergibt sich, inwieweit ein wiederholter Einspruch im Laufe derselben Instanz unzulässig und inwieweit er zulässig ist.

1. Wenn die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, in dem zur mündlichen Verhandlung bestimmten Termine (vgl. § 295 Nr. 3) oder in derjenigen Sitzung, auf welche die mündliche Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache — wenn auch über den Einspruch — verhandelt, so wird der Einspruch durch Versäumnisurtheil verworfen. Gegen dieses Urtheil steht der Partei ein weiterer Einspruch nicht zu.

2. Wenn dagegen die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, in den sub 1 bezeichneten Terminen erscheint und in denselben zur Hauptsache verhandelt, hierauf aber im Laufe derselben Instanz einen weiteren zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmten Termin versäumt, so hat sie gegen das zweite wider sie erlassene Versäumnisurtheil den Einspruch. Es bedarf kaum der Bemerkung, daß dieser Fall zum dritten, vierten Male und öfter eintreten kann, so daß in derselben Instanz gegen dieselbe Partei ein drittes, viertes und ferneres dem Einspruche unterliegendes Versäumnisurtheil möglich ist. Ein ausreichendes Korrektiv gegen den Mißbrauch, welcher mit der wiederholten Gestattung des Einspruchs getrieben werden kann, gewährt die vorläufige Vollstreckbarkeit jedes zweiten oder ferneren in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenen Versäumnisurtheils (§ 601, Nr. 4, Allg. Begründung § 6 Nr. II).

Zu ähnlichen Resultaten gelangen die französische Doktrin und Praxis bei Auslegung des Code de proc. art. 165. (Boitard et Colmet-Daage, Leçons Ed. XI. Tom I. pag. 315 No. 339) und die Vorschläge des preuß. Entwurfs. §§ 385, 386 (vgl. auch Code de Genève art. 149, Bayern Art. 315, nordd. Entw. § 448).

§ 301. (R. B. § 301, G. § 311.)

Die hier in Bezug genommenen Vorschriften finden sich in den §§ 455, 456.

| § 236.

| § 302. (R. B. § 302, G. § 312.)

Die §§ 285—301 normiren den Regelfall: die Versäumnung der zur Verhandlung über die Klage bestimmten Termine. Das Versäumnisurtheil ist ein Endurtheil. Es entscheidet endlich den Rechtsstreit oder den noch nicht erledigten Theil desselben, wenn bereits vorher ein Theilurtheil erlassen war.

Ist eine Widerklage erhoben, so umfaßt die Verhandlung Klage und Widerklage.

Im Falle der Veräumung eines Verhandlungstermins müssen sich daher Veräumnißverfahren und Veräumnißurtheil auf beide erstrecken, eine Konsequenz, welche in folgerichtiger Entwicklung des den §§ 285 ff. zu Grunde liegenden Gedankens der § 302 Abs. 1 ausspricht.

Ist ein Anspruch seinem Grunde nach bereits festgestellt (§ 266), so beschränkt sich die fernere Verhandlung formell auf die Liquidation, in Wirklichkeit bildet aber der Gegenstand der Verhandlung noch immer die ganze Sache. Denn das Urtheil ist nur ein Zwischenurtheil, mithin der Anspruch des Klägers, wie er denselben in seinem Sachgesuche verfolgt, quantitativ auch noch nicht theilweise erledigt. Es erscheint daher konsequent, wenn der § 302 Abs. 1 vorschreibt, daß die §§ 285 ff. auf die Verhandlung über die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs zur Anwendung kommen sollen.

Eine weitere Anwendung des Grundgedankens der §§ 285 ff. bietet der § 539 Abs. 3 in Verbindung mit dem § 238 Abs. 3.

In allen diesen Fällen handelt es sich um Veräumnißendurtheile. Veräumnißurtheilurtheile sind mit den Vorschriften der §§ 285 ff. vereinbar, dagegen sind Veräumnißzwischenurtheile durch dieselben ausgeschlossen. Ausnahmsweise hat indessen der Entwurf im § 302 Abs. 2 dieselben zugelassen. Die Voraussetzung ist, daß ein Termin veräumt wird, der lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit unter den Parteien bestimmt war. Ist diese Voraussetzung gegeben, so reichen das Veräumnißverfahren und das Veräumnißzwischenurtheil nicht weiter, als der Zwischenstreit; das Veräumnißzwischenurtheil entscheidet den Zwischenstreit unter jüngemäßer Anwendung der §§ 285 und 286; dasselbe ist, wie ein Veräumnißendurtheil, dem Einspruche unterworfen. Zur Sicherung des richtigen Verständnisses der Vorschrift des § 302 Abs. 2 wird es dienen, wenn Folgendes hervorgehoben wird:

- 1) Ist der Termin zur Verhandlung eines Zwischenstreits und zur Verhandlung der Hauptsache bestimmt, so ergeht, wenn derselbe veräumt wird, ein Veräumnißurtheil zur Hauptsache — ein Veräumnißendurtheil.
- 2) Erscheint der Gegner des Antragstellers im Zwischenstreite in dem zur Verhandlung des letzteren und zur Verhandlung der Hauptsache bestimmten Termine, verhandelt zur Hauptsache, aber nicht über den Zwischenstreit, so liegt, wie im Falle des § 289 ein unvollständiges Verhandeln vor. Veräumnißverfahren und Veräumnißzwischenurtheil greifen nicht Platz; den Gegner des Antragstellers treffen die Folgen unvollständigen Verhandeln; das Urtheil, welches erlassen wird, ist kontradiktorisch.

In engem Zusammenhange mit dem § 302 Abs. 2 steht der § 413. Die Abnahme eines Parteieides ist Aufnahme eines Beweises. Ein Termin, soweit er die Leistung eines solchen Eides zum Gegenstande hat, unterscheidet sich in nichts von einem sonstigen Beweisaufnahmetermine; die Folgen der Veräumung desselben würden daher nur nach Maßgabe der Vorschrift des § 322 Abs. 2 | beseitigt werden können. | S. 237. Bei der Bedeutung des Parteieides für die Entscheidung des Rechtsstreits oder eines Streitpunkts empfiehlt es sich aber, die Aufhebung der Folgen der Veräumung eines zur Eidesleistung anberaumten Termins in demselben Umfange zu gestatten, wie in dem Falle der Veräumung eines Verhandlungstermins. Zu dem Behufe betrachtet der Entwurf das Verfahren, welches die Leistung eines Parteieides betrifft, in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen als einen Zwischenstreit und bestimmt, über die Vorschrift des § 302 Abs. 2 hinausgreifend und ohne Rücksicht darauf, ob die Leistung des Eides in einem bedingten Urtheil oder in einem Beweisbeschlusse angeordnet war, im § 413: erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung anberaumten Termine nicht, so kann ein Veräumnißzwischenurtheil auch dann erfolgen, wenn der Termin nicht lediglich zur Leistung des Eides bestimmt war, — und muß erfolgen, um die Folgen der Veräumung — daß der Eid als verweigert anzusehen sei — eintreten zu lassen. Ist das Veräumnißzwischenurtheil ergangen, so kann, wenn gegen dasselbe der Einspruch statthaft ist, erst nach Ablauf der Einspruchsfrist oder erst nach Erledigung des eingelegten Einspruchs weiter verhandelt und die aus der Verweigerung des Eides sich ergebende Folge durch Urtheil realisiert werden (vgl. Württemberg Art. 601). Dadurch wird dem Gerichte die vielfach schwierige und zeitraubende Arbeit erspart, ein Urtheil abzufassen, welches zusammenfällt, wenn im Verfolg der Einlegung eines zulässigen Einspruchs der

Eid nachträglich geleistet wird, und überdies die Erlassung eines Urtheils vermieden, welches sich aus einem Verschämnisurtheile — (aus dem Ausspruche, daß der Eid als verweigert anzusehen sei) — und aus einem kontradiktorischen Urtheile — (aus dem Ausspruche, welcher die Folgen der Verweigerung des Eides realisiert) — zusammensetzt.

#### Vierter Titel.

### Vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen.

§§ 303—309. (R. B. §§ 303—309, G. §§ 313—319.)

Ein schriftliches Verfahren als außerordentliche Prozedurform kennen die Prozeßgesetze Frankreichs, der Niederlande, des Kantons Genf, die Prozeßordnungen von Hannover, Württemberg und Baden, endlich der hannoversche Entwurf. Neben dem schriftlichen Verfahren besteht außerdem im Code de procédure civile ein auf dem Prinzip der Schriftlichkeit beruhendes Rechnungsverfahren. Nur diese letztere Art schriftlicher Prozedur haben, zum Theil unter Ausdehnung auf ähnliche Prozesse, bei welchen eine große Zahl von selbstständigen Streitpunkten sich herausstellt, der preußische, österreichische, bayerische, sächsische und norddeutsche Entwurf übernommen; die bayerische Prozeßordnung aber hat auch dieses aufgegeben und sich unter dem Marginalen: „Vollzug der Urtheile auf Rechnungsstellung“ in den Art. 887 ff. auf wenige, der ordentlichen Prozedur nahe stehende Vorschriften über die Rechnungsstellung beschränkt. Die preußischen Verordnungen erklären den erkennenden Richter in jeder Lage des Prozesses (nach erfolgter Klagebeantwortung) für befugt, in Rechnungs-, Bau- und ähnlichen Sachen eine nähere Erörterung vor einem Kommissar des Gerichts anzuordnen, wonächst die Sache zur mündlichen Schlußverhandlung und Entscheidung in die Audienz zurückkehrt.

§. 238.

Der Entwurf vertraut, daß die Elastizität des ordentlichen Verfahrens in Verbindung mit einer weisen Ausübung des richterlichen Prozeßleitungsamts eine gedeihliche Erledigung auch verwickelter und umfangreicher Rechtsstreitigkeiten ermöglichen wird; gleichwohl muß er in Berücksichtigung der realen Verhältnisse in dem Rechtszustande Deutschlands mit der überwiegenden Mehrzahl seiner Gesetzgebungen anerkennen, daß ausnahmsweise Prozesse an den Richter herantreten können, bei denen die oben angedeuteten Hilfsmittel des gewöhnlichen Verfahrens nicht ausreichen, um die erforderliche Ordnung des Prozesses, die klare Feststellung der Streitpunkte und den das richtige Urtheil bedingenden Ueberblick des Richters über das gesammte Prozeßmaterial zu gewinnen und festzuhalten. Im Anschlusse an den preußischen und norddeutschen Entwurf hat er sich indessen darauf beschränkt, ein von den allgemeinen Prinzipien abweichendes Verfahren, in welchem die Schriftlichkeit als die Basis der mündlichen Verhandlung erscheint, nur für solche Rechtsstreitigkeiten, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, zu gestatten. Auf Grund der Erfahrungen, welche namentlich im Gebiete des Code de proc. (vgl. preuß. Motive S. 202, hannov. Prot. IX. S. 3106), in Hannover (vgl. Leonhardt, Civilprozeßverfahren §§ 16, 17, 22, Reform I. S. 185 ff, hannov. Prot. IX. S. 3102 ff.) und neuerdings in Württemberg, wo ein Fall der Durchführung des schriftlichen Ausnahmeverfahrens überhaupt nicht vorgekommen (vgl. amtliche Darstellung zc. S. 27), gemacht sind, ist angenommen, daß ein dringendes Bedürfnis für die Zulassung eines schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung in ausgedehnterem Umfange nicht obwalte (vgl. preuß. Motive S. 201, 202, nordd. Prot. III. S. 1171, 1189); auch der französische und der belgische Entwurf haben die instruction par écrit aufgegeben. Die allgemeinere Zulassung einer solchen Prozedur unter Voraussetzungen, welche nur relativ und unbestimmt sein könnten, birgt die Gefahr in sich, daß der schriftliche Prozeß in den Ländern, in denen er gegenwärtig besteht, als Regel

beibehalten, und Parteien wie Gerichte induzirt werden möchten, die alten gewohnten Geleise nicht zu verlassen.

Die Vorschriften dieses Titels beruhen auf folgenden Gedanken:

I. In Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen handelt es sich neben einem verwickelten Material von Thatfachen und Beweisen vielfach um eine große Zahl von einzelnen Streitpunkten, welche in der mündlichen Verhandlung schwer zu übersehen und ohne unverhältnißmäßige Verzögerung des Prozesses auch nicht getrennt vor einem Kollegium zu verhandeln sind. Namentlich ist dies der Fall, wenn über die Richtigkeit einer aus vielen einzelnen Posten bestehenden Rechnung oder eines umfangreichen Inventars gestritten wird, bei Auseinandersetzungen zwischen Pächter und Verpächter, Eigentümer und Nießbraucher, Trennung des Lehns vom Allod, bei Nachlaßregulirungen u. a.

In besonders verwickelten Fällen dieser Art erscheint es ebenso einfach als natürlich, von den Vortheilen schriftlicher Instruktion des Prozesses Gebrauch zu machen (Regier. Mot. zur hannov. Proz. Ordn. bei Leonhardt, IV. Aufl. S. 316). Demnach kann das Prozeßgericht auf Antrag oder von Amtswegen die Fortsetzung der Verhandlung einem Richterkommissar übertragen (§ 303), welcher das gesammte thatsächliche Material schriftlich und endgültig zu fixiren hat, so daß der nach der thatsächlichen Seite, in Angriff wie in Vertheidigung, völlig abgeschlossene Rechtsstreit lediglich zur Verhandlung über den | Rechtspunkt und zur Entscheidung | S. 239. (durch Endurtheil, Theilurtheil, Zwischenurtheil oder Beweisbeschluß) vor das erkennende Gericht zurückkehrt (§§ 305, 309). Der prinzipielle Gegensatz zum gewöhnlichen Verfahren ist damit gegeben; in diesem bildet die mündliche Verhandlung die Grundlage für die richterliche Entscheidung, in dem Ausnahmeverfahren erfolgt sie auf Grund der Akten (§ 308); dort dienen die Schriftsätze lediglich zur Vorbereitung der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem zu seiner Entscheidung berufenen Richter, hier ist der Schwerpunkt des Prozesses in die schriftlich zu fixirende Verhandlung vor dem Gerichtskommissar verlegt, die sonach in einem ganz anderen Sinne die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte vorbereitet; dort herrscht der Mündlichkeit entsprechend bei jeder mündlichen Verhandlung die freieste Bewegung im Vorbringen neuer Angriffs- und Vertheidigungsmittel, neuer Thatfachen und Beweise, hier die dem schriftlichen Prozesse eigenthümliche Eventualmaxime; die Verhandlung vor dem Kommissar ist mit bindendem und präkludirendem Charakter bekleidet.

II. Das kommissarische Verfahren kann, wie die Vorschrift des § 240 ergibt, nur in einem Verhandlungstermine und erst nach vorgängiger Erledigung etwaiger prozeßhindernder Einreden, übrigens aber bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung zur Hauptsache angeordnet werden (vgl. Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 781, nordd. Entw. § 742, hannov. Entw. § 547, österr. Entw. § 579). Die Verhandlung über prozeßhindernde Einreden dem Prozeßgerichte abzunehmen, dafür wird niemals ein Bedürfniß obwalten, da es sich hierbei entweder um reine Rechtsfragen oder durchaus einfache thatsächliche Verhältnisse handelt (hannov. Prot. XVI. S. 6053, 6054, Baden § 344). Zudem bietet die erste vor dem Prozeßgerichte nothwendig stattfindende Verhandlung ihren Nutzen bezüglich der Beendigung des Prozesses durch Anerkenntniß, Verzicht, Vergleich; hinsichtlich der Berichtigung des Legitimationspunkts, der Aufstellung eines gemeinsamen Vertreters für mehrere Streitgenossen, der Erhebung und Erledigung von Inzidentpunkten aller Art, der Erklärung von Seiten eines Litisdenuziaten &c.

III. Ueber unbestrittene und zur Endentscheidung reife Ansprüche (liquide Saldos — vgl. nordd. Prot. III. S. 1194) kann das Prozeßgericht sowohl bei Anordnung des vorbereitenden Verfahrens als im späteren Verlaufe des Rechtsstreits (§ 308) durch Theilurtheil erkennen (vgl. nordd. Entw. § 748).

IV. Das Verfahren vor dem Richterkommissar richtet sich nach den Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten (§ 305 Abs. 2), so daß insbesondere Anwaltszwang in demselben nicht gilt (§ 72). Das persönliche Erscheinen der Partei neben ihrem Bevollmächtigten ist auch hier nur fakultativ. Man hat geglaubt, die Wirksamkeit dieser Prozedur erhöhen zu können, wenn die Partei zwangsweise zum eigenen Auftreten angehalten würde (nordd. Entw. § 744 i. f.). Abgesehen von den allgemeinen, den Erscheinungszwang widerrathenden Gesichtspunkten ist zu beachten, daß es dem Richteramte nicht entspricht und dem Anwalt am besten gelingt, die

Bartei zum Aufgeben zweifelhafter oder unbedeutender Ansprüche bezw. Moniten zu bewegen, — ein Moment, welches in den hier unterstellten Fällen von erheblich praktischer Bedeutung ist. Es mag in dieser Richtung auf Erfahrungen in Preußen hingewiesen werden. Das auf den Ausschluß der Vertretung durch Anwälte gebaute Verfahren bei Gemeinheitstheilungen, Auseinandersetzungen zc. (preuß. Verordn. v. | S. 240. 20. Juni 1867 | §§ 74 ff.) hat sich nicht bewährt; die Assistenzen der Anwälte hat sich in der Praxis nicht nur nicht abschneiden lassen, sondern als vortheilhaft für die Sache beinahe zur Regel gestaltet.

V. Das hier geordnete Verfahren vor dem beauftragten Richter findet nur in den bei Kollegialgerichten (Landgerichten und Handelsgerichten) anhängigen Sachen Anwendung, mithin nicht in amtsgerichtlichen Sachen (§ 449). Mit Rücksicht auf die beschränkte Kompetenz der Amtsgerichte, welche mit sehr verwickelten Rechnungsprozessen u. s. w. nicht befaßt werden können, sind hinsichtlich des amtsgerichtlichen Verfahrens besondere Ausnahmestimmungen für entbehrlich gehalten. Der Amtsrichter, welcher als Einzelrichter fungirt, wird auch in Rechtsstreitigkeiten über eine größere Zahl von Ansprüchen stets in der mündlichen Verhandlung diejenigen Funktionen ausüben können, welche in landgerichtlichen und handelsgerichtlichen Sachen zweckmäßig einem Mitgliede des Gerichts überlassen werden, weil sie für eine kollegiale Behandlung ungeeignet sind. (Vgl. preuß. Entw. Buch VI. Tit. I. und Motive S. 202, nordd. Entw. § 749, Motive zum württemb. Entw. Tit. 38 S. 61).

VI. Es konnte in Frage kommen, ob gegen den das Ausnahmeverfahren anordnenden Beschluß des Gerichts das Recht der sofortigen Beschwerde eingeräumt werden sollte. Bei der unter V. erwähnten Beschränkung ist indessen eine mißbräuchlich häufige Anwendung dieses Titels nicht zu besorgen, auch würde über die Beschwerde fast in allen Fällen kaum anders, als durch Eingehen in die Materie der Sache entschieden werden können. In Uebereinstimmung mit andern Legislationen (z. B. Proz. Ordn. von Württemberg Art. 783, Hannover § 463 und hannov. Entw. § 549) hat daher der Entwurf von einer solchen Vorschrift Umgang genommen (vgl. Württemberg. Kommiss. Ber. zu Tit. 38 S. 227, 228).

§§ 305, 308 Abs. 1, 309. (R. B. §§ 305, 308, 309, G. §§ 315, 318, 319.)

Der preußische (§§ 785, 788, 789) und norddeutsche Entwurf (§§ 744, 746) gehen davon aus, daß es sich in dem Verfahren vor dem Kommissar zunächst nur darum handle, eine Sichtung der von der einen Seite aufgestellten Posten („Ansprüche“) und der von der andern dagegen erhobenen Monita („Erinnerungen“) eintreten zu lassen, das Streitige und Unstreitige zu Protokoll festzustellen und in Ansehung des Befristeten das Sachverhältniß nebst den Anträgen der Parteien zu fixiren. Sie dehnen mithin die kommissarische Enquête nicht auf das gesammte thatsächliche Streitmaterial aus. Soweit ein „Anspruch“ oder eine „Erinnerung“ vor dem Kommissar geltend gemacht worden ist, wenn auch nur generell, sind sie für die demnächstige mündliche Verhandlung vor dem Prozeßgerichte gewahrt. In dieser können die Parteien jede anderweite Substantiirung derselben noch vorbringen, zu diesem Zwecke Hülfsthatsachen, neu entstandene Einreden, Beweismittel zc. geltend machen — nur neue Forderungen, sowie andererseits neue Monita und Gegenforderungen dürfen nicht aufgestellt werden (vgl. preuß. Mot. S. 200, nordd. Prot. III. S. 1192).

Abweichend hiervon ist der Entwurf der Meinung, daß der Zweck der kommissarischen Verhandlung, für die Entscheidung des Prozeßgerichts eine feste und übersichtliche Grundlage zu schaffen und damit weit aussehende Streitigkeiten in der mündlichen Schlußverhandlung zu erübrigen, nur dadurch voll erreicht werden kann, daß Alles, was zu Angriff und Vertheidigung dient, zu deren Substantiirung an Thatsachen und Beweismitteln aufgestellt wird, überhaupt als Unterlage für die künftige Entscheidung berücksichtigt werden soll, vor dem Kommissar | bei Vermeidung der Präklusion vorzubringen und nur aus gewissen objektiven, restitutionähnlichen Gründen eine beschränkte Nachholung vor dem Prozeßgerichte zuzulassen ist. Damit hat der Entwurf das Prinzip des schriftlichen Verfahrens mit mündlicher Schlußverhandlung adoptirt (vgl. hannov. Prot. S. 3100 ff. 6026 ff. 6033, Reg. Mot. zur hannov. Proz. Ordn. bei Leonhardt S. 116). In den §§ 305, 309 hat diese grundsätzliche Anschauung unzweideutigen Ausdruck erhalten. Wenn hierin eine Gefahr für die Partei erblickt werden kann,

so ist derselben durch ein mildes Versäumnißverfahren (§§ 306, 308 Abs. 2), sowie durch die Vorschrift (§ 305) vorgebeugt, daß der Kommissar das Verfahren von Amtswegen bis zur Spruchreife fortzusetzen hat, wobei ihm die Befugnisse des die Verhandlung leitenden Einzelrichters zustehen (vgl. § 445 und hannov. Prot. IX. S. 3114, 3115, nordd. Prot. III. S. 1194). Nach dem Gesagten bleibt für die mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte — vom Restitutionsfalle abgesehen — nur noch die Verhandlung des Rechtspunkts, sei es mit Rücksicht auf einen abzugebenden Beschluß oder ein zu fällendes Urtheil, übrig (vgl. hannov. Proz. Ordn. § 473); die Thatfrage ist unabänderlich in dem Vorverfahren fixirt. Das Ergebnis desselben haben die Parteien zwar ebenfalls in der mündlichen Verhandlung vorzutragen (§ 308 Abs. 1), jedoch lediglich um es zur sicheren Kunde des Gerichts zu bringen, nicht in einer die Entscheidung bestimmenden Weise (vgl. nordd. Entw. § 745, Leonhardt B. P. D. IV. Aufl. S. 322 Anm. 1). Der Entwurf hat hier, wie im Falle des § 248, den Weg der Berichterstattung durch ein Mitglied des Prozeßgerichts (hannov. Proz. Ordn. § 473, hannov. Entw. § 562, preuß. Entw. § 788, Württemberg Art. 794) für minder zweckmäßig erachtet (vgl. hannov. Prot. IX. S. 3139 ff., nordd. Prot. III. S. 1194). Daraus ergibt sich von selbst, daß bei Abweichungen des Vortrages von dem Inhalte des Protokolls bezw. Unvollständigheiten des Vortrags der Vorsitzende die Berichtigung oder Vervollständigung nöthigenfalls nach Wiedereröffnung der Verhandlung zu veranlassen haben wird (vgl. nordd. Entw. § 745).

### §§ 306, 308. (R. V. §§ 306, 308, G. §§ 316, 318.)

Wenn beide Theile im Termine vor dem beauftragten Richter ausbleiben, so ruht das Verfahren (§ 220), da die kommissarische Erörterung materiell als Fortsetzung der Hauptverhandlung angesehen werden muß (vgl. nordd. Prot. III. S. 1193). Dasselbe Ergebnis hat das Ausbleiben beider Theile im Termine zur mündlichen Verhandlung.

Der Fall des Ungehorsams einer Partei kann sich verschieden gestalten:

Beim Ausbleiben einer Partei in dem Verfahren vor dem beauftragten Richter bedarf es einer Modifikation der allgemeinen auf das Versäumnißverfahren sich beziehenden Vorschriften. Es ist einleuchtend, daß der beauftragte Richter zum Erlasse des Versäumnißurtheils, welches sowohl von thatsächlichen als rechtlichen Würdigungen abhängt, nicht für befugt erklärt werden kann. Nicht minder bedenklich muß es aber erscheinen, den Erlaß des Versäumnißurtheils sofort dem Prozeßgerichte zu überweisen (nordd. Entw. § 747). Gegen das Versäumnißurtheil müßte der Einspruch offen gehalten werden, womit ein Mehreres nicht erreicht würde, als daß die Verhandlung vor dem beauftragten Richter fortzusetzen wäre; die thatsächliche Fortführung der Sache aber könnte die Partei durch wiederholtes Ausbleiben verhindern (vgl. preuß. Mot. S. 200, 201). Um die hieraus sich ergebenden Schwierigkeiten zu beseitigen, hat der Entwurf nach dem Vorgange des preussischen Entwurfs (§§ 791, 792) zu | S. 242. dem System der zweimaligen Ladung gegriffen. Der beauftragte Richter hat mit der erschienenen Partei allein zu verhandeln und sodann einen neuen Termin zu bestimmen, zu welchem der säumige Theil unter Mittheilung des aufgenommenen Protokolls zu laden ist; wird auch der neue Termin von der säumigen Partei nicht wahrgenommen, so ist sie in Ansehung der in dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen mit ihrem Bestreiten, sowie mit allen eigenen Anführungen präkludirt. Das vorbereitende Verfahren hat damit sein Ende erreicht. Dies gilt jedoch nur, soweit es sich um eine zweimalige, denselben Punkt betreffende Versäumung vor dem Kommissar handelt, da nur insoweit dem Säumigen genügende Gelegenheit zur Wahrnehmung seiner Rechte gewährt war. Werden demnach in dem zweiten Termine Seitens der erschienenen Partei neue Ansprüche oder neue Thatfachen u. vorgebracht, so ist bezüglich dieser das vorbereitende Verfahren fortzusetzen. Damit ist nach allgemeinen Grundsätzen dem säumigen Theile Gelegenheit geboten, eigene selbstständige Anführungen und Ansprüche noch nachzuholen.

Was die präkludirte Partei übrigens bereits früher ad protocollum erklärt

hatte, wird durch ihre spätere zweimalige Säumnis nicht berührt und bleibt ihr für die mündliche Verhandlung vor dem Prozeßrichter gewahrt.

Bei dieser Regelung des Verfahrens hält der Entwurf, soweit thunlich, die Kongruenz mit den Vorschriften der §§ 290 Nr. 3, 300 aufrecht und kann die gehäuften Anomalien entbehren, zu welchen sich der preuß. Entwurf (§§ 793, 794) entschlossen hat.

Bleibt nach durchgeführtem Verfahren vor dem beauftragten Richter (§§ 305, 306) eine Partei in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte aus, so ergeht hinsichtlich derjenigen Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, Theilurtheil. Dabei ist es gleichgültig, ob Kläger oder Beklagter ausgeblieben, denn insoweit kann unbedenklich auf Grund der schriftlichen Basis kontradiktorisch erkannt werden.

In Ansehung der bestrittenen Ansprüche aber rechtfertigt es sich, an den allgemeinen Grundsätzen über die totale Veräumung der mündlichen Verhandlung festzuhalten und in Gemäßheit der §§ 285—287, 302 auf Antrag ein dem Einspruche unterliegendes Veräumnisurtheil zu erlassen. Die Erhebung des Einspruchs bewirkt die Erneuerung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte, berührt somit das Resultat des kommissarischen Verfahrens in keiner Weise. Bei der Leichtigkeit des Einspruchs verlegt das hier geordnete Verfahren die Rechte der ausgebliebenen Partei, welche sie durch Verhandlung zu Protokoll des Kommissars erlangt hatte, nicht, wahrt dagegen die Interessen der gehorsamen Partei besser, als wenn in allen Fällen nach Lage der Akten kontradiktorische Entscheidung (vgl. preuß. Entw. § 795 und Mot. S. 201) ergehen müßte.

Daß übrigens auch hier überal das Nichtverhandeln einer Partei dem Ausbleiben derselben gleichsteht (§ 288), bedurfte keiner Hervorhebung im Gesetze.

## Fünfter Titel.

### Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

§§ 310—325. (R. B. §§ 310—325, G. §§ 320—335.)

Der Entwurf behandelt abweichend von den meisten der neueren Prozeßgesetze | S. 243. und Entwürfe die materiellen, den Beweis bezielenden Vorschriften im unmittelbaren Anschlusse an den Gang des Verfahrens in der ersten Instanz (§§ 245—256); der vorliegende Titel regelt demnach als Einleitung zur Lehre von den speziellen Beweismitteln vorzugsweise die formelle Prozedur bei Anordnung und Aufnahme des Beweises. Wie die ganze Auffassung der Beweisinstanz als einer integrirenden, durch keine Cäsur von der Instanz der Behauptungen getrennten Phase der Verhandlung des Rechtsstreits oder mit den bezeichnenden Worten Zink's: als eines knorrigten Aktes an dem sonst geraden und einheitlichen Stamme der Rechtsverfolgung — aus welcher Auffassung sich die Natur des Beweisbeschlusses als eines bloßen abänderlichen Relevanzbescheides folgerichtig herleitet — vorzugsweise mit dem bestehenden preußischen Rechtszustande harmonirt, so entsprechen auch die hier getroffenen Bestimmungen vielfach, insonderheit was den Beweisbeschluß und seine Erledigung angeht, bewährten Vorschriften des altpreußischen Rechts. In sich verständlich, werden die Vorschriften dieses Titels nur in wenigen Punkten einer besonderen Erörterung bedürfen.

§ 311. (R. B. § 311, G. § 321.)

Daß die Beweisaufnahme regelmäßig vor dem Prozeßgerichte erfolgen muß, ist eine Konsequenz des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Verhandlung und der freien Beweiswürdigung. Abweichungen hiervon sind nur in den dringendsten Fällen, welche bei den einzelnen Beweismitteln besonders angegeben sind (§§ 327, 330, 357, 423), gestattet; zugleich hat das Prozeßgericht die freieste Befugnis, zu einer Wiederholung der Beweisaufnahme, so weit solche, wie beim Eide, nicht selbstredend ausgeschlossen ist, zu schreiten (§§ 129, 350). Ueber den legislativen Werth der Vorschrift

des § 311 besteht in Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis kaum eine Meinungsverschiedenheit (vgl. preuß. N. G. D. I. 10 §§ 172 ff., 216 ff., Code de Genève art. 153, 156, 181 ff., 221 ff., 233 ff., Proz. Ordn. v. Hannover § 224, Württemberg Art. 423, Bayern Art. 334, 402, Baden §§ 1023, 1024, Oldenburg Art. 144, hannov. Entw. § 287, heff. Entw. Art. 428, österr. Entw. § 291, sächs. Entw. § 608, nordd. Entw. § 477, preuß. Motive S. 88, 89, Regier. Motive zur hannov. Proz. Ord. § 223 bei Leonh. IV. Aufl. S. 177, nordd. Prot. S. 653 ff., hannov. Prot. S. 2021 ff., 5604 ff., v. Bar, Recht und Beweis S. 75 ff., Gutachten des Juristentags Verh. V. 2. S. 242, 247, des Anwaltvereins S. 13 ff., S. 51 ff., S. 65 ff., Verhandl. dess. ex a. 1871 S. 10 ff.). Abweichende Grundsätze der französischen und westphälischen Prozeßordnung finden in der vorherrschenden Abneigung gegen den Zeugenbeweis ihre Erklärung.

Insoweit der Entwurf ausnahmsweise gestattet, daß die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte selbst, sondern vor einem Mitgliede desselben oder vor einem anderen Gerichte stattfinde, hat das Prozeßgericht im einzelnen Falle zu ermitteln, ob die eine oder andere Art der Beweisaufnahme anzuordnen sei; die hierüber vom Prozeßgerichte erlassene Verfügung kann von den Parteien nicht angefochten werden, weil sie vom diskretionären Ermessen des Gerichts abhängig ist (vgl. Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 423, Hannover § 224, Oldenburg Art. 144, hannov. Entw. § 287, heff. Entw. Art. 428, nordd. Entw. § 477). Das Gerichtsverfassungsgesetz bestimmt in § 128, daß die Beweisaufnahme, wenn sie nicht vor dem Prozeßgerichte selbst oder einem Mitgliede desselben erfolgen kann, auf Ersuchen des Prozeßgerichts innerhalb des Deutschen Reichs von den Amtsgerichten zu erledigen ist.

### §§ 311, 319. (R. B. §§ 311, 319, G. §§ 321, 329.)

§ 244.

Es ist durch die Rücksicht auf den Prozeßgegner geboten, daß durch Beweisanträtungen, deren Erledigung ungewiß oder doch von ungewisser Dauer ist, die Beendigung des Rechtsstreits nicht nach dem Belieben des Beweisführers in das Unbegrenzte hinaus verzögert werden darf. In dieser Beziehung wollen die allegirten Vorschriften Fürsorge treffen, ohne der Lage des einzelnen Falls durch absolute Bestimmungen (vgl. z. B. Baden § 442) Zwang anzuthun (preuß. N. G. D. I. 10 §§ 226 a und b, Württemberg Art. 426 und Motive zu Art. 439 des Entw. S. 165 ff., hannov. Entw. § 290, heff. Entw. Art. 431, preuß. Entw. §§ 454, 495, nordd. Entw. §§ 469, 487, hannov. Prot. S. 2311 ff., 5606, nordd. Prot. II. S. 668).

Es handelt sich dabei insbesondere von abwesenden, sehr entfernten, nicht oder schwer zu ermittelnden Zeugen, von Urkunden, welche nicht aufzufinden oder von den Besitzern nicht oder nur schwer, z. B. nur auf dem Wege eines besondern Editionsprozesses (§ 383) und dgl. zu erlangen sind. Die Bestimmung der Frist hängt, gemäß den Umständen des Falles, vom richterlichen Ermessen ab; sie kann unter den allgemeinen Voraussetzungen erstreckt werden (§§ 195 ff.), hat an sich aber peremptorische Natur, so daß ihre Versäumung kraft Gesetzes von selbst und ohne daß der Eintritt der Präklusion von einem richterlichen Ausspruche abhängig ist, den Ausschluß der Partei mit der betreffenden Beweisführung zur Folge hat (§§ 201, 202). Unbedenklich aber und dem Grundsatze des Entwurfs entsprechend ist es, die nachträgliche Benutzung des Beweismittels noch zu gestatten, sofern dadurch das Verfahren keine Verzögerung erleidet, z. B. im Verhandlungstermine vor dem Prozeßgerichte der Zeuge gestellt, die Urkunde produziert wird.

### § 312. (R. B. § 312, G. § 322.)

Die Befugniß der Parteien, bei der Beweisaufnahme gegenwärtig zu sein, wird schon aus allgemeinen Vorschriften (§§ 73, 124 Abs. 4, 248) gefolgert werden können. Es war jedoch diese Befugniß, welche behufs Ermittlung der Wahrheit von großer praktischer Wichtigkeit ist, ausdrücklich hervorzuheben, weil vielfach (nach gemeinem und preußischem Rechte) die Gegenwart der Parteien bei der Vernehmung von Zeugen nicht gestattet ist. In Uebereinstimmung mit dem Entwurf bestimmen u. A. die Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 424, Hannover §§ 203, 229, Baden § 455, der preuß. (§ 409), hannov. (§ 288), heff. (Art. 429), österr. (292), nordd. Entw. (§ 478). Erfolgt die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, so findet in Anwalts-

prozessen nach Maßgabe des § 72 Abs. 2 der Anwaltszwang keine Anwendung (vergl. nordd. Prot. II. S. 654 ff.).

Die Bestimmung des

§ 313 (R. V. § 313, G. § 323)

ist bereits in den Motiven zu den §§ 241, 245, 246 erörtert.

§§ 314, 315. (R. V. §§ 314, 315, G. §§ 324, 325.)

Hinsichtlich der Natur, Bedeutung und Form des Beweisbeschlusses ist auf die Ausführungen in den §§ 7 und 8 der allgemeinen Begründung zu verweisen.

Was den Umfang anlangt, in welchem erforderlichenfalls Beweis anzuordnen ist, so enthält sich der Entwurf jeder Bestimmung, indem er davon ausgeht, daß bei Erlaß des Beweisbeschlusses sich das Gericht in Relation zu dem künftig zu erlassenden Urtheile setzt, demnach allein das richterliche Ermessen darüber entscheiden kann, ob sich im konkreten Falle die Ausdehnung der Beweisaufnahme auf den ganzen Umfang der Streitpunkte bezw. der zu einem Streitpunkte gehörenden Thatfachen oder die Beschränkung der Erhebung des Beweises auf einen präjudiziellen Theil empfiehlt. (Vgl. preuß. A. G. D. I. 10. § 62 ff., 81b, preuß. Entw. § 395, nordd. Entw. §§ 467, 468, hannov. Prot. VI. S. 1953, XV. 5271—5304, nordd. Prot. V. S. 2362, 2363, II. 643 ff., 647 ff.)

Die Vorschrift des § 315, welche sich den Bestimmungen der Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 418, des hannov. Entw. § 283, preuß. Entw. § 419, nordd. Entw. § 473 (vgl. auch preuß. A. G. D. I. 10. § 57) anschließt, rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Erledigung des Beweisbeschlusses, als einer richterlichen, prozeßleitenden Verfügung, nicht durch Abänderungsanträge gestört und verzögert werden darf (vgl. hannov. Prot. VII. S. 2032 ff., XV. 5591—5599, nordd. Prot. II. S. 645). Keine der Parteien soll mit der Behauptung den Beweisbeschuß anfechten dürfen, es habe auf Grund der dem letzteren vorangegangenen Verhandlungen kein oder ein anderer Beweis angeordnet werden müssen. Wenn dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß die Partei auf Grund neuer Momente eine Ausdehnung des Beweisbeschlusses in Antrag bringen kann, die sich dann als ein neuer Beweisbeschuß qualifiziren würde, so wird sie unter Umständen auch mit dem Verlangen zu hören sein, daß zur Erspargung von Zeit und Kosten mit der weiteren Beweisaufnahme eingehalten werde, wie dies in den häufigen Fällen geschehen mag, wo durch Erhebung eines Theils des in größerem Umfange angeordneten Beweises die Endentscheidung schon gegeben, z. B. eines von mehreren streitigen Klagefundamenten, eine von mehreren durchgreifenden Einwendungen erwiesen und damit jeder weitere Beweis erübrigt ist.

Für das Gericht folgt die Befugniß, den Beweisbeschuß überhaupt nicht oder nicht vollständig auszuführen, ohne Weiteres aus der Natur des letzteren als eines prozeßleitenden, jederzeit abänderlichen Dekrets.

Die

§§ 316—325, (R. V. §§ 316—325, G. §§ 326—335)

von denen die §§ 316—324 Vorschriften über die Beweisaufnahme durch einen beauftragten bezw. ersuchten Richter und im Auslande enthalten, lassen deutlich erkennen, daß die Erledigung des Beweisbeschlusses der Officialthätigkeit des Gerichts anheimfällt (vgl. auch §§ 331, 354, nordd. Entw. § 476 und Prot. II. S. 805). Die hierin liegenden Abweichungen von dem Prinzip des Betreibungsrechts der Parteien, welches das französische Recht und in modifizirter Art auch der preußische Entwurf hier festhalten, werden Billigung verdienen, weil durch sie das Beweisaufnahmeverfahren beschleunigt und den Parteien unnöthige Weiterungen und Belästigungen erspart werden.

Es gilt dies namentlich von der Vorschrift, daß die Ersuchungsschreiben an andere Behörden um Aufnahme von Beweisen von Vorsitzenden des Prozeßgerichts zu erlassen sind (§§ 317, 318), von den Vorschriften über Anberaumung der Termine (§§ 321, 323, 325 Abs. 2) und von der Bestimmung des § 322 über die Zulässigkeit der Beweisaufnahme in Abwesenheit der Parteien. (Vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 340, Württemberg Art. 436, Hannover § 240, Baden § 333, Oldenburg Art. 146

§ 1, hannov. Entw. § 299, preuß. Entw. § 407, hess. Entw. Art. 441, österr. Entw. § 303, nordd. Entw. § 484.) Soweit das Ausbleiben der Partei im Falle des § 322 die Beweisaufnahme verhindert, z. B. wenn dieselbe von einer dem Beweisführer obliegenden Handlung abhängig ist, trifft die Partei die allgemeine Folge der Versäumung einer Prozeßhandlung (§§ 201, 202, vgl. Bayern Art. 340, hannov. Prot. VII. S. 2114, nordd. Prot. II. S. 665). Die Purgation der mora ist unter den im zweiten Absätze hervorgehobenen Voraussetzungen noch zulässig, jedoch, wie dies in der Natur der Sache liegt, nur bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche eine endliche Entscheidung (Zwischen-, Theil-, Endurtheil) ergeht.

Besondere Bestimmungen waren für die im Auslande zu bewirkende Beweisaufnahme erforderlich. Der § 318 stellt die Regel auf, daß eine solche Beweisaufnahme durch den im Auslande residirenden Reichskonsul (Reichsgesetz, betreffend die Organisation der Reichskonsulate etc., vom 8. November 1867 §§ 20, 22) zu erfolgen habe, und daß, wenn dies nicht möglich, die zuständige ausländische Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen sei (vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 335). Unter der zuständigen Behörde ist diejenige zu verstehen, welche nach der Gerichtsverfassung des fremden Staats Ersuchungsschreiben dieser Art entweder selbst zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat. — Findet das Prozeßgericht, daß einer unmittelbaren Requisition der zuständigen ausländischen Behörde Bedenken entgegenstehen, z. B. wenn es zweifelhaft oder ungewiß ist, ob und wo eine solche Behörde vorhanden, und wie dieselbe zu bezeichnen ist, so kann nach § 319 dem Beweisführer die Erledigung der Beweisaufnahme überlassen werden (vgl. Proz. Ordn. v. Württemb. Art. 426, Baden § 441, hannov. Entw. § 290, hess. Entw. Art. 431, österr. Entw. § 294, nordd. Entw. § 487); in solchen Fällen, in denen es sich meistens um eine Beweisaufnahme in sehr entfernten und unkultivirten Ländern handeln wird, erscheint es unbedenklich und, um die Partei vor völligem Verluste des Beweismittels zu schützen, gerechtfertigt, daß ihr gestattet werde, selbst den Versuch zu machen, etwa durch Vermittelung von kaufmännischen Geschäftsfreunden oder auf sonst zugänglichen Wegen, die Beweisaufnahme zu erwirken (vgl. hannov. Prot. VII. S. 2302 ff., 2308, 2311). Das im § 319 gestattete Verfahren wird auch dann in Anwendung kommen können, wenn nach den ausländischen Gesetzen bei den dortigen Behörden (z. B. in Holland) die Beweisaufnahme von dem Beweisführer selbst betrieben werden muß (vgl. hannov. Prot. VII. S. 2245, preuß. J.-M.-Bl. pro 1866 S. 182 und Voigt, Archiv für Handelsrecht Bd. 4 Hefte 4 S. 492).

Die Vorschrift des § 324 ist allgemeinen Rechtsgrundsätzen und dem Art. 85 der deutschen Wechselordnung entsprechend (vgl. Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 435, Bayern Art. 335, Hannover § 231, Oldenburg Art. 144 § 1, hannov. Entw. § 298, hess. Entw. Art. 440, nordd. Entw. § 489, württemb. Kommiff. Ber. zu Art. 448 S. 147).

### Fehler Titel.

## Beweis durch Augenschein.

§§ 326, 327. (R. B. §§ 326, 327, G. §§ 336, 337.)

Neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 140 Nr. 4, 245, 311 ff. bedarf es über den Beweis durch Augenschein nur weniger Bestimmungen, welche nach § 129 Abs. 2 auch für den von Amtswegen angeordneten Augenschein gelten. Die durch den ersten Absätze des § 327 ausgesprochene Befugniß des Gerichts, bei Einnahme des Augenscheins Sachverständige zuzuziehen (vgl. preuß. | A. G. D. I. 10. § 383, Baden | S. 247. § 512, Württemberg Art. 459, Bayern Art. 398, preuß. Entw. § 507, hannov. Entw. § 323, nordd. Entw. § 495), steht mit der allgemeinen Vorschrift des § 129 in Verbindung, daß das Gericht jeder Zeit von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anordnen kann. Durch die fakultative Fassung des Abs. 2 ist ausgedrückt (vgl. § 189 und Bayern Art. 397), daß der Augenscheinbeweis auch durch das ganze Prozeßgericht erhoben werden kann. In Betreff der Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen gelten die Bestimmungen der §§ 356, 357.

Die Frage, ob der Besitzer der Sache die Einnahme des Augenscheins zu gestatten habe, wird ungeachtet der von Wach Krit. Vierteljahrschrift XV. S. 346, 347 hervor-gehobenen Bedenken einer besonderen Regelung nicht bedürfen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Parteien verpflichtet sind, den ihrer Verfügungsgewalt unterliegenden Streitgegenstand dem Richter zum Zwecke der Augenscheinseinnahme vorzuweisen (vgl. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 262, 263); befindet sich aber die in Augenschein zu nehmende Sache in dem Besitze eines Dritten, so wird dieser von den Parteien eventuell im Wege der Klage zur Gestattung der Augenscheinseinnahme anzuhalten sein, sofern ein hierauf gerichteter Anspruch begründet ist.

## Siebenter Titel. Zeugensbeweis.

§§ 328—353. (R. V. §§ 328—353, G. §§ 338—366.)

Die Zulässigkeit des Zeugensbeweises unterliegt keinen Beschränkungen. Die Gründe gegen die Aufnahme der Grundsätze des französischen Rechts (Code civ. art. 1341 ff.) sind bereits auseinandergesetzt (vgl. Mot. zu § 245). Ebenfowenig giebt der Entwurf dem Gerichte die Befugniß, rüchichtlich der Zahl der zu vernehmenden Zeugen eine Moderation eintreten zu lassen; auch beschränkt er die Parteien nicht auf eine bestimmte Zahl von Zeugen, welche sie über eine streitige Thatsache vernehmen lassen dürfen. Bestimmungen, wie solche der Code de proc. art. 281, die preuß. U. G. D. I. 23. § 23 Nr. 4, Braunschweig § 84 haben und der preuß. Entw. § 481 vorschlägt, sind willkürlich und werden durch das allgemeine Prinzip des § 85 Abs. 1 ersetzt, nach welchem die Pflicht zur Erstattung der Kosten deren zweckmäßige Verwendung bedingt.

Die Bestimmung des

§ 328 (R. V. § 328, G. § 338)

beseitigt die noch von Baden §§ 434—436 anerkannten Artikel und Fragestücke des gemeinrechtlichen Prozesses und entspricht den Vorschriften der preuß. U. G. D. I. 10. § 169, des Code de proc. art. 252, preuß. Entw. § 307, hannov. Entw. § 326, nordd. Entw. § 497. In welchem Maße der Beweisführer das Beweissthema zu spezialisiren hat, läßt sich allgemein nicht bestimmen; Anhaltspunkte bieten die Motive zu § 245. Ohne praktischen Werth ist die — übrigens selbstverständliche — Vorschrift des nordd. Entw. § 497, daß die Thatsachen so bestimmt zu bezeichnen seien, daß die Vernehmung der Zeugen sachgemäß bewirkt werden könne und der Gegner in den Stand gesetzt werde, seine Rechte wahrzunehmen.

§ 329. (R. V. § 329, G. § 339.)

§ 248.

[Wie bereits in der allgemeinen Begründung § 5 angedeutet worden, fehlt es an einem ausreichenden Grunde rüchichtlich der Beweismittel in ähnlicher Weise, wie in Betreff der Vertheidigungsmittel des Beklagten durch § 242 geschehen ist, dem Gerichte generell die Befugniß einer Präklusion einzuräumen. Eine Prozeßverschleppung durch nachträgliches Vorbringen von Beweismitteln ist nur zu besorgen, wenn beschränkt die Benennung neuer Zeugen oder die Antretung des Beweises durch Urkunden gestattet ist, welche sich nicht in den Händen des Beweisführers oder seines Gegners befinden. Der Restriktion der Bestimmung in § 246 Abs. 1 bedarf es daher nur in dem Umfange, in welchem sie von den §§ 329 und 385 vorgeschrieben ist.

Die thatsächlichen Voraussetzungen, von denen der § 329 das Recht zur Zurückweisung nachträglich angebotenen Zeugensbeweises abhängig macht, sind folgende:

1) die Präklusion erstreckt sich nur auf neue Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen benannt werden. Unanwendbar ist sie auf den Zeugensbeweis, welcher nach Erlassung eines Beweisbeschlusses zum Beweise nachträglich aufgestellter neuer Angriffs- und

Verteidigungsmittel angetreten wird. Für den Begriff der Neuheit des Zeugen ist es entscheidend, ob derselbe für den betreffenden Beweissatz schon früher benannt war, während es außer Betracht bleibt, ob der Zeuge über andere streitige Thatsachen im Prozesse schon vorgeschlagen und vernommen ist oder nicht. Die Präklusion erfordert

2) einen hierauf gerichteten Antrag des Prozeßgegners und

3) daß durch die Vernehmung der neuen Zeugen die Erlebigung des Rechtsstreits verzögert werden würde. Die Vorschrift des § 329 bleibt also außer Anwendung, wenn der Beweisführer im Verhandlungstermine die neuen Zeugen zur Vernehmung gestellt oder wenn aus anderen Gründen in jenem Termine das Urtheil nicht erlassen, sondern weitere Beweisaufnahme beschlossen werden müßte, welche in gleichem Maße wie die fragliche Zeugenvernehmung das Verfahren verzögert. Es muß endlich

4) das Gericht die Ueberzeugung gewonnen haben, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt habe.

Die durch den § 310 als Regel vorgeschriebene Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte ist nach dem angenommenen Prinzip der freien Beweisprüfung von vorzugsweiser Bedeutung für den Zeugenbeweis. Die Vernehmung der Zeugen vor dem erkennenden Gerichte ist im Gebiete des französischen Rechts für den summarischen und handelsgerichtlichen Prozeß vorgeschrieben (Code de proc. art. 407, 432). Die Verweisung des Zeugenverhörs vor einen Richterkommissar im ordentlichen Prozesse (art. 252 Nr. 2 ib.) wird in den französischen Reformschriften als ein ernster Fehler des Verfahrens hervorgehoben (Regnard, de l'organisation judiciaire. Paris 1855 pag. 368 seq. Raymond Bordeaux, philosophie de la procéd. civile pag. 542. Lavielle, Etudes sur la procédure civile ch. IV. No. 51—58 u. a.). Die Beseitigung dieser Vorschrift ist sowohl von dem belgischen, als auch von dem französischen Entwurf in Vorschlag gebracht. Im englischen Civilprozeße ist die Unmittelbarkeit des Zeugenbeweises althergebrachte Regel und erst durch stat. 1 und 2 Will. IV. Kap. 22 im Jahre 1830 für Ausnahmefälle das Recht zu kommissarischer Vernehmung gewährt. | S. 249.  
In Uebereinstimmung hiermit schreiben die neueren deutschen Prozeßgesetze die unmittelbare Zeugenvernehmung als Regel vor (vgl. Braunschweig §§ 104 ff., Hannover § 272, Württemberg Art. 468, Bayern Art. 403—405, hannov. Entw. § 329 und nordd. Entw. § 499). Unter möglichster Einschränkung der Ausnahmefälle giebt der

### § 330 (R. V. § 330, G. § 340)

diesem Grundsätze Ausdruck. Mit Rücksicht insbesondere auf die Vorschrift des § 141 über den Fortfall der protokollarischen Feststellung der Zeugenaussagen in den der Berufung nicht unterliegenden Sachen darf von der Praxis der Gerichte erwartet werden, daß die vom Entwurf vorausgesetzte unmittelbare Zeugenvernehmung vor dem Prozeßgerichte nur in solchen Fällen unterbleiben wird, in welchen das Vorhandensein einer der Nr. 1—4 nachgelassenen Ausnahmen klar vorliegt. Die Bedenken des preuß. Entw. gegen eine obligatorische Vernehmung der Zeugen in der Sitzung des Prozeßgerichts — Motive S. 89 — sind durch den § 141 erledigt. Die einzelnen Ausnahmefälle sind überall zur pflichtmäßigen Beurtheilung des Prozeßgerichts gestellt. Es findet nach § 310 Abs. 2 gegen den betreffenden Beschluß keine Anfechtung statt. Für den Fall der Nr. 1 ist nicht ausgeschlossen, daß sich zur Vernehmung der Zeugen das ganze Gericht an Ort und Stelle verfüge (§ 189). Die Nr. 2 vermeidet es, als erhebliche Schwierigkeit der unmittelbaren Beweisaufnahme, wie der hannov. und nordd. Entw., den Umstand hervorzuheben, daß sie sehr zeitraubend sein würde. Gleich dem Code de proc. art. 255, 1035 normirt die Nr. 4 nicht, welche Entfernung für eine große zu erachten sei. Bestimmungen, wie sie Hannover § 272 giebt — Entfernung von drei Meilen oder Wohnort des Zeugen außerhalb des Gerichtsbezirks — bleiben willkürlich. Die Entscheidung ist nach den Besonderheiten des konkreten Falles zu treffen.

Wegen der Bestimmung des zweiten Absatzes kann auf die Motive zum Einführungsgesetze des Gerichtsverfassungsgesetzes § 5 verwiesen werden.

Die Ladung der Zeugen vor den Richter zum Zwecke der Vernehmung erfolgt nach

## § 331 (R. B. § 331, G. § 342)

entsprechend dem vom Entwurf angenommenen Grundsatze des Offizialbetriebs des Prozesses in dem Stadium der Beweisaufnahme, durch das Gericht.

Der zweite Absatz des § 331 stellt den Inhalt der Ladung fest. Entgegen dem gemeinen Rechte, aber konform der preuß. A. G. D. I. 10, § 171, Code de proc. art. 260, Württemberg Art. 471, Bayern Art. 409, preuß. Entw. § 469, hannov. Entw. § 330, nordd. Entw. § 500, schreibt der § 331 als nothwendigen Inhalt einer ordnungsmäßigen Ladung vor, daß darin dem Zeugen die Thatfachen, über welche seine Vernehmung erfolgen soll, mitgetheilt werden. Diese Vorschrift ist nothwendig, um dem Zeugen die Mittel zur Vorbereitung für das abzulegende Zeugniß durch Schärfung seiner Erinnerung und Einsicht etwaiger Notizen zu gewähren und der sonst oft unvermeidlichen Vereitelung der Beweistermine vorzubeugen. Die Gefahr eines falschen Zeugnisses wird durch die Mittheilung der Beweisthema nicht geschaffen.

Die Rechtfertigung der Bestimmung des

## § 332 (R. B. § 332, G. § 343)

in Betreff der zum aktiven Heere gehörigen Personen des Soldatenstandes liegt in dem eigenthümlichen Charakter des militärischen Dienstverhältnisses. | Da die dienstliche Abkömmlichkeit dieser Militärpersonen nur durch die militärischen Vorgesetzten beurtheilt und herbeigeführt werden kann, so ist deren Vermittelung unentbehrlich, um im allseitigen Interesse Kollisionen zwischen den verschiedenen Verpflichtungen jener als Zeugen zu ladenden Militärpersonen auszuschließen. Vgl. auch Strafprozeßordnung § 47 Abs. 2.

Durch die Befolgung der Ladung erfüllt der Zeuge eine staatsbürgerliche Pflicht (preuß. A. G. D. I. 10, § 184), zu deren Leistung er durch das Gericht aufgefordert wird. Es ist daher folgerichtig, daß die dem Zeugen nach Maßgabe des § 353 für Zeitverräumniß und Auslagen gebührende Entschädigung aus der zur Bestreitung der Gerichtskosten bestimmten Staatskasse gewährt werde (vgl. Oldenburg Art. 167, preuß. A. G. D. I. 10, § 187, nordd. Entw. § 508), auch nicht ausgeschlossen, daß dem Zeugen auf die durch die Vorladung entstehenden Kosten geeigneten Falls eine Vorauszahlung geleistet wird (vgl. Gerichtsverfassungsgesetz § 136). Es sichert den Zeugen in geringerem Maße, wenn ihm andere Gesetze — Hannover § 271, Baden §§ 445 ff., Württemberg Art. 499, Bayern Art. 343, Code de proc. art. 271, 277 — nur einen leicht vollstreckbaren Entschädigungsanspruch gegen den Beweisführer einräumen. Zur Sicherung der Staatskasse wegen dieser Auslagen kann nach

## § 333 (R. B. § 333, G. § 344)

das Gericht die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer vorab einen Vorchuß zur Deckung der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt. Die Einforderung des Vorschusses ist nicht obligatorisch vorgeschrieben, weil sonst das Verfahren bei zweifellos vermögenden Prozeßparteien ohne Noth Aufenthalt erleiden würde. Hierin weicht der Entwurf vom nordd. Entw. § 509 ab und steht der Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 427 nahe. Der Abs. 2 des § 333 entspricht dem § 311.

## §§ 334, 335. (R. B. §§ 334, 335, G. §§ 345, 346.)

Der öffentlichen Natur der Zeugnißpflicht ist es gemäß, daß der § 334 den trotz ordnungsmäßiger Ladung ausbleibenden Zeugen ohne Antrag der Partei von Amts wegen zur Tragung der durch das Ausbleiben erwachsenden Kosten, sowie zu Ordnungsstrafen verurtheilen läßt (vgl. Reichsstrafgesetzbuch v. 31. Mai 1871 § 138, Abs. 3, preuß. Entw. § 492 Abs. 4). Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe verdoppelt und zur Erzwingung des Zeugnisses die Vorführung des Zeugen angeordnet werden. Die durch Abs. 3 gegen diese Beschlüsse gestattete Beschwerde hat nach § 511 aufschiebende Wirkung. Die Bestimmungen wider ungehorsame Zeugen, wie solche die preuß. A. G. D. I. 10, §§ 183 ff., der Code de proc. art. 263, 264, Oldenburg Art. 158 § 2, Hannover §§ 258, 259, Baden § 474, Württemberg Art. 472, der nordd. Entw. § 504 enthalten, stimmen mit dem Prinzip des § 334 überein,

wogegen der preuß. Entw. § 490 und der hannov. Entw. § 331 einen vom Beweisführer gestellten Strafantrag verlangen. Motivirt wird die Forderung des Antrags durch das vorwiegende Interesse des Beweisführers bei Ablegung des Zeugnisses und durch die Analogie der Antragsdelikte. Diese Gründe sind aber nicht durchschlagend. Der Zeugenvorschlag durch die Partei ist nur die Veranlassung zur Ladung des Zeugen. Der zwingende Grund zur Zeugnißpflicht ruht allein im öffentlichen Rechte und erfordert daher für den Fall der Verletzung ein absolutes Strafgesetz, dessen Durchführung dem Belieben der Prozeßpartei um so weniger unterstellt werden kann, als es für diese nicht ohne Bedenken sein würde, durch Stellung des Strafantrags sich in eine Gegnerschaft zum Zeugen zu bringen. In weiterer Konsequenz und übereinstimmend mit dem Code de proc. art. 265, Württemberg Art. 474, Bayern Art. 428 ist daher die Bestrafung des ungehorsamen Zeugen nach § 335 nur dann zu unterlassen bzw. wiederaufzuheben, wenn der Zeuge sein Ausbleiben genügend entschuldigt. Die im nordd. Entw. § 504 als Strafausschließungsgrund aufgeführten Momente, daß der Beweisführer auf die Vernehmung des Zeugen verzichtet hat oder daß die Vernehmung aus anderen Gründen nicht erforderlich ist, sind Umstände, welche auf die durch den Ungehorsam des Zeugen verwirkte Strafe ohne Einfluß sind. §. 251.

Die Bestimmung der preuß. N. O. D. I. 10, § 179 und der Prozeßordn. v. Württemberg Art. 464 und v. Hannover § 251 über die allgemeine Pflicht zum Zeugnisse übergeht der Entwurf als selbstverständlich, ebenso die Vorschrift des nordd. Entw. § 498 und des hannov. Entw. § 328, daß Personen, welche zur Wahrnehmung zu beweisender Thatsachen oder zur Mittheilung solcher Wahrnehmungen körperlich oder geistig unfähig sind, nicht die Fähigkeit zum Zeugnisse haben und ein Antrag auf Vernehmung derartiger Personen zurückzuweisen ist.

Die Vorschrift des § 334 Abs. 4 — deren Motivirung zugleich für die entsprechenden Bestimmungen der §§ 343, 361 gilt — ist eine Konsequenz aus der in § 332 enthaltenen Bestimmung über die Ladung der Personen des Soldatenstandes in der Verbindung mit dem Bestehen des besonderen Gerichtsstandes in Strafsachen für alle dem aktiven Heere angehörige Militärpersonen. Das letztere Motiv macht sich namentlich wegen der nach oder neben den Geldstrafen angedrohten Haft geltend, insofern es nicht gerechtfertigt sein würde, bei dem vorliegenden Anlaß das in der bisherigen Militärgesetzgebung anerkannte Prinzip zu durchbrechen, daß Militärpersonen während ihres aktiven Dienstverhältnisses nur von den militärischen Instanzen mit Freiheitsstrafe belegt werden können. Vgl. auch Strafprozeßordnung §§ 48 Abs. 4, 61 Abs. 6, 69 Abs. 4.

Der Entwurf verwirft die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen klassischen und verdächtigen Zeugen, sowie die französisch-rechtliche Distinktion zwischen untüchtigen und auf Antrag des Prozeßgegners verwerflichen Zeugen, indem er mit dem hannov. und nordd. Entw. davon ausgeht, daß solche Beschränkungen bei richtiger Regelung der Zeugnißpflicht einerseits entbehrlich und andererseits mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht vereinbar sind, auch dem Richter eine wichtige Quelle zur Erforschung der materiellen Wahrheit entziehen würden (Blanc, Krit. Vierteljahrsschrift IV. S. 252). Der Entwurf kehrt damit im Wesentlichen auf den Standpunkt des römischen Rechts zur Zeit der klassischen Jurisprudenz zurück (L. 3 D. de testibus 22, 5). Das französische Recht, dem noch der preuß. Entw. §§ 464, 465 und der bayer. Entw. Art. 401 ff. die Kategorie der auf Antrag verwerflichen Zeugen entnommen hatten, ist nicht nur von hervorragenden französischen Prozeßualisten (Boncenne et Bourbeau, Theorie de la procédure civile IV. pag. 416, 417; Bonnier, Traité des preuves Ed. III. tom I. pag. 356—359) als verfehlt angefochten, sondern auch von dem Code de Genève art. 188—188 (Bellot in der Ed. II. der Loi sur la procédure civile du Canton de Genève pag. 188—190), von dem Codice di procedura civile del regno d'Italia art. 236, 237, 247, von dem französischen Entwurf Art. 229, 231 und von dem belgischen Entwurf als irrationell aufgegeben. Sie beschränken die Ausschließungsgründe auf die nächsten Anverwandten der Partei und beseitigen sämtliche Verwerfungsgründe (reproches). §. 252.

Dagegen ertheilt der Entwurf eingehende Bestimmungen über die Verweigerung des Zeugnisses. Die

## §§ 336—338 (R. V. §§ 336—338, G. §§ 348—350)

behandeln zunächst das Recht zur Verweigerung. Die Verweigerungsgründe des § 336 beruhen auf einem persönlichen Verhältnisse zwischen dem Zeugen und einer Partei, welches im Falle der Nr. 1—3 allgemein und im Falle der Nr. 4, 5 in Beziehung auf den Gegenstand des Zeugnisses speziell besteht, während die Verweigerungsgründe des § 337 durch die mögliche Rückwirkung der Aussage des Zeugen auf seine und seiner Angehörigen Verhältnisse motiviert werden. Der § 338 schränkt aus besonderen Gründen die in den vorhergehenden Bestimmungen nachgelassenen Ausnahmen von der Zeugnisspflicht wieder ein.

Die Nr. 1—3 des § 336 enthalten die meisten Fälle der verwerflichen Zeugen der älteren Prozeßgesetze und rechtfertigen sich durch die Besorgniß, daß die Zeugnispflicht der nächsten Angehörigen das Familienband lockern und zu falschem Zeugnisse Anlaß geben kann. Die Nr. 2, 3 entsprechen dem § 41 Nr. 2, 3. Unter Nr. 1 ist an dieser Stelle der Verlobte einer Partei trotz der zu § 41 erörterten Bedenken berücksichtigt, weil Verlobten bei dem zwischen ihnen bestehenden nahen Verhältnisse das Recht der Zeugnisablehnung nicht füglich entzogen werden kann und eine mißbräuchliche Berufung auf ein bestehendes Verlöbniß nur in seltenen Fällen vorkommen wird.

Die Nr. 4 des § 336 schützt das Beichtiegel und die geistliche Amtsverschwiegenheit, die Nr. 5 bezieht sich auf die vermögts Amts- oder aus andern Gründen gesetzlich zur Verschwiegenheit verpflichteten Personen und steht namentlich mit dem § 300 des Reichs-Strafgesetzbuchs — Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Vertheidiger, Ärzte, Wundärzte, Hebeammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen — und mit dem Art. 69 Nr. 5 des deutschen Handelsgesetzbuchs — Mäkler — im Einklang. Daß Beamte, auch wenn sie nicht mehr in Diensten sind, ihr Zeugniß in Betreff derjenigen Thatsachen, auf welche sich die Verpflichtung zur Amtsverschwiegenheit bezieht, zu verweigern haben, ist nicht speziell hervorgehoben (vgl. Reichsbeamten-gesetz § 12 Abs. 2). Die Fassung der Nr. 5 ist so generell, daß sie die Zeit während des Dienstes und die Zeit nach Beendigung desselben ergreift.

Die in Nr. 4, 5 des § 336 bezeichneten Zeugen erklären der preuß. Entw. § 463, Württemberg Art. 467, Bayern Art. 400, die Zeugen der Nr. 4 Hannover § 252, Baden § 481, hannov. Entw. § 328 überhaupt für unzulässig. Eine derartige allgemeine Vorschrift erscheint entbehrlich, weil das Strafgesetz und die Bestimmung des § 336 Abs. 3 (vgl. auch Strafprozeßordnung § 44) gegen Indiskretionen der zum Zeugnisse vorgeschlagenen Personen genügend sichern.

Die Vorschriften des § 337 dienen zur Verhütung von Meineiden in Fällen, wo die Gefahr eines solchen besonders nahe liegt, sowie durch die Rücksichtnahme auf die Interessen der Angehörigen des Zeugen zur Sicherstellung des Familienfriedens. Die Nr. 1 setzt übereinstimmend mit dem hannov. Entw. § 335, Württemberg Art. 475 und nordd. Entw. § 513 voraus, daß der Zeuge in Folge der Beantwortung der Frage einen „unmittelbaren“ vermögensrechtlichen Schaden erleiden könne (vgl. auch preuß. Entw. § 464 und Hannover § 253). Die in Nr. 2 enthaltene Bestimmung, daß die Beantwortung von Fragen verweigert werden kann, falls dadurch die Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung gegen den Zeugen oder seine nächsten Angehörigen herbeigeführt würde, ist eine Konsequenz des im Strafverfahren geltenden Grundsatzes, daß der Beschuldigte zur Aussage nicht gezwungen werden darf und auch ein Zwang zur Ablegung eines Zeugnisses gegen nahe Angehörige, welche sich in Untersuchung befinden, unzulässig ist (vgl. auch Strafprozeßordnung § 45). Die fernere, in Nr. 2 enthaltene Bestimmung, daß Niemand zu seiner eigenen oder seiner nächsten Verwandten Schande auszusagen brauche, wird gleichfalls durch die oben angedeuteten Rücksichten gerechtfertigt und ist deutscher Rechtsübung entsprechend (preuß. V. G. D. I. 10. § 180 Nr. 5, Proz. Ordn. v. Bayern Art. 401, Württemberg Art. 475, Hannover § 251, Baden § 483; wegen des gemeinen Rechts vgl. Wezsell, Ed. III. S. 216).

Der § 338 stimmt mit dem hannov. Entw. § 336 und dem nordd. Entw. § 514, auch Württemb. Art. 476 sachlich überein. Die Nr. 4 steht mit dem § 402 im Zusammenhange.

Die

§§ 339—343 (R. V. §§ 339—343, G. §§ 351—355)

regeln das Verfahren im Falle der Zeugnißverweigerung. Die geringe Zahl und die positive Feststellung der Befreiungsgründe vom Zeugniße lassen es in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 477 statthaft erscheinen, den Zeugen von der Verpflichtung zum Erscheinen in dem Vernehmungstermine zu entbinden, wenn er die Verweigerung des Zeugnisses vor diesem Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt hat. Die entgegengesetzte Bestimmung des preuß. Entw. § 482, hannov. Entw. § 334, nordd. Entw. § 511 enthält eine schwere, nicht nothwendige Belästigung für den Zeugen.

Der Fortgang des Verfahrens wird durch die Schlußbestimmung des § 339, welche dem Gerichtsschreiber die Verpflichtung auferlegt, die Parteien von dem Eingange einer vor dem Vernehmungstermine erklärten Zeugnißverweigerung zu benachrichtigen, erheblich gefördert. Erkennt der Beweisführer den Weigerungsgrund des Zeugen an, so ist durch den Verzicht der Partei auf das Zeugniß der Zwischenfall erledigt. Andernfalls entsteht über die Rechtmäßigkeit der Weigerung zwischen der Partei und dem Zeugen ein Zwischenstreit. Damit der Verlauf desselben sich einfach und rasch gestaltet, bestimmt der Entwurf §§ 341, 342 — vielfach dem preuß. Entw. §§ 483 ff., sowie dem nordd. Entw. § 515 entsprechend — einzelne einer weiteren Rechtfertigung nicht bedürftige Besonderheiten für das Verfahren.

Der § 343 setzt die Strafen und die Zwangsmittel gegen den renitenten Zeugen fest. Nach dem Vorgange der preuß. A. G. D. I. 10. § 203 i. f., hannov. §§ 260, 261, Oldenb. Art. 159, Baden § 475, Bayern Art. 432 erschien es nothwendig, durch die Fassung des Gesetzes keinen Zweifel darüber zu lassen, daß der § 343 alle Fälle der Zeugnißverweigerung trifft, nicht nur die Fälle der §§ 336, 337, in denen das Zeugniß überhaupt oder in Ansehung einzelner Fragen, sondern auch diejenigen, in denen die Ableistung des Zeugeneides verweigert wird. Die Bestimmungen des § 343 Abs. 1 und 3 | entsprechen dem § 334 Abs. 1 und 3 und gilt auch für erstere | C. 254. das zur Begründung der letzteren Gesagte. Abweichend von dem allgemeinen Prinzip bestimmt dagegen der Abs. 2 mit Rücksicht auf die Schwere der Zwangsmäßregel, daß die Verfügung der Zwangshaft von dem Antrage der Partei abhängig ist. Da auf diese Haft die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 728 ff.) Anwendung finden, so ist der Antrag der Partei auch wegen ihrer Verbindlichkeit zur Vorschußleistung der Haftkosten (§ 737) erforderlich. Die höchste Dauer der Zwangshaft beträgt nach § 740 sechs Monate; doch findet sie eine frühere Begrenzung durch die Beendigung des Processes in der betreffenden Instanz, weil hiermit der die Nothwendigkeit des Zeugnisses veranlassende Grund wegfällt. Die Haft des Zeugen als Zwangsmittel fällt ferner selbstverständlich fort, sobald nachträglich der Zeuge das Zeugniß ablegt oder auf seine Vernehmung verzichtet wird (nordd. Entw. § 518).

Die Frage, ob und in welchem Umfange ein Zeuge, welcher das Zeugniß verweigert hat, dem Beweisführer zum Schadensersatz verpflichtet sei, überläßt der Entwurf, gleich dem nordd. Entw. § 519, dem Civilrechte. Abweichend bestimmen die preuß. A. G. D. I. 10. § 186, Hannover § 262, Oldenburg Art. 159 § 3, Baden § 475, Württemberg Art. 480, preuß. Entw. § 493, hannov. Entw. § 338, daß zur Begründung des Schadensanspruchs angenommen werden solle, der Zeuge habe die auf sein Zeugniß gestellten Thatsachen bekundet. Diese Bestimmung erscheint verwerflich, weil sie dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung entgegen eine positive Beweisregel aufstellt, welche nicht einmal durchführbar ist, wenn der fragliche Zeuge von beiden Parteien zum Beweise derselben streitigen Thatsache vorgeschlagen war. Sie ist überdies nach den Erfahrungen des preußischen Rechts ohne praktische Bedeutung.

Wegen § 343 Abs. 4 genügt es auf die Bemerkungen zu den §§ 334, 335 zu verweisen.

§ 344. (R. V. § 344, G. §§ 356, 357.)

In der Theorie und Praxis sind die Ansichten darüber, ob der promissorische oder der assertorische Zeugeneid den Vorzug verdiene, noch fortdauernd getheilt. Die

nielsach erörterten Gründe für die eine und für die andere Ansicht — vgl. Motive zum preuß. Entw. S. 107—109, hannov. Prot. S. 2291, 5695 ff., nordd. Prot. II. S. 736—741; Osterloh, Gutachten über den nordd. Entw. 1870 S. 101 ff. — bedürfen nicht der wiederholten Ausführung. Es wird die Feststellung genügen, daß die Beeidigung der Zeugen nach erfolgter Vernehmung in praktischer Uebung ist im Geltungsbereiche des preußischen Rechts (A. G. D. I. 10. § 202, Verordn. v. 28. Juni 1844 § 1, v. 21. Juli 1849 § 35, v. 24. Juni 1867 § 35), in Braunschweig (Proz. Ordn. § 79) und im Königreiche Sachsen (Ges. v. 30. Dezember 1861 § 18). In den übrigen Gebieten des Deutschen Reichs erfolgt die Beeidigung der Zeugen vor der Vernehmung; diese Art der Beeidigung ist vom römischen und kanonischen Rechte, sowie von der älteren deutschen Reichsgesetzgebung (Kammergerichts-Ordnung v. 1577 Tit. 77) vorgeschrieben, entspricht dem Code de proc. art. 262, sowie dem englisch-amerikanischen Rechte, und ist in den meisten neueren deutschen Gesetzgebungen beibehalten (vgl. Hannover § 265, Baden § 450, Württemberg Art. 483, Bayern Art. 417 u. a.). Der Entwurf entscheidet sich übereinstimmend mit dem preuß. | S. 255. (§ 471), hannov. (§ 341), österr. (§ 344), nordd. (§ 521), franz. belg. Entw. für die promissorische Form des Zeugeneides.

Der promissorische Zeugeneid hat, wie die reichen Erfahrungen in weiten Rechtsgebieten ergeben, zu keinerlei Uebelständen geführt. Daß umgekehrt der assertorische Eid in Preußen praktische Vortheile entwickelt habe, welche seine allgemeine Einführung wünschenswerth machen, hat sich bei der Revision der A. G. D. (Pensum IV. Th. 3. Abth. 1. S. 207 ff.) nicht nachweisen lassen. Dem Entwurf fehlte es daher an einem ausreichenden Grunde, mit der alther überlieferten Form des Zeugeneides zu brechen. Die Anwesenheit der Parteien bei der Zeugenvernehmung — §§ 312, 349 — und die selbstverständliche Befugniß des Gerichts, sich vor der Beeidigung, trotzdem die Generalvernehmung (§ 347) erst nachher erfolgt, vorweg über die Identität und Eidesfähigkeit des Zeugen zu vergewissern (vgl. Württemberg Art. 482, preuß. Entw. § 470, hannov. Entw. § 340, nordd. Entw. § 520), schließt die Befugniß aus, daß eidesunfähige oder unrichtige Personen zur Ableitung des Zeugeneides veranlaßt werden.

Der Entwurf hat die Norm des Zeugeneides in der sachgemäßen, kurzen und einfachen Fassung des nordd. Entw. § 521 übernommen. Der Inhalt des Eides ist auch dem weniger gebildeten Zeugen leicht verständlich; während die z. B. in der preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 § 1 und Bayern Art. 417 gebrauchte Redewendung „weber . . . . noch . . . .“ oft Schwierigkeiten hervorgerufen hat. Den von der angezogenen preuß. Verordn. vorgeschriebenen Vorbehalt in der Eidesnorm für den Fall theilweiser Zeugnißweigerung übergehen die neuen Prozeßgesetze als selbstverständlich.

Auf das Verfahren bei Abnahme des Zeugeneides finden die §§ 422—428 Anwendung. Für Beamte ist in Stelle des körperlichen Eides die durch die preuß. A. G. D. I. 10. § 203 gestattete Versicherung der Richtigkeit der Aussage auf einen geleisteten Dienst eid nicht beibehalten (vgl. nordd. Prot. II. S. 738).

Ueber die Einrichtung des Zeugenverhörs werden in den

#### §§ 345—349 (R. v. §§ 345—349, G. §§ 358—362)

einige positive Vorschriften gegeben, welche dem preuß. Entw. §§ 472—475, hannov. Entw. §§ 343—346, und nordd. Entw. §§ 525—530 entsprechen. Daß die Zeugen einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen sind, bedarf keiner Rechtfertigung und ist allgemein geltendes Prozeßrecht (preuß. A. G. D. I. 10. § 206, Code de proc. art. 262, Hannov. § 266, Oldenburg Art. 160 § 1, Baden § 455, Württemberg Art. 488, Bayern Art. 417). Den neueren Prozeßgesetzen entspricht die durch § 346 Abs. 2 gestattete Gegenüberstellung sich widersprechender Zeugen, welche dem gemeinrechtlichen Prozesse in Folge der Vernehmung auf Grund schriftlicher Artikel unbekannt war, im mündlichen Verfahren aber zur Erforschung der materiellen Wahrheit werthvolle Dienste leistet. Mit Unrecht wird die Konfrontation als ein Ausfluß der Untersuchungsmaxime bezeichnet. Nach der Verhandlungsmaxime ist der Richter nicht berechtigt, von Amtswegen Beweismittel zu erheben: in der sachgemäßen Benutzung der produzierten Beweismittel ist er nicht beschränkt.

Die Vernehmung beginnt nach § 347 mit den persönlichen und etwa nothwendigen allgemeinen Fragen. Die Generalfragen über die Umstände, welche die Glaubwürdigkeit des Zeugen in der vorliegenden Sache und insbesondere seine Beziehungen zu den Parteien betreffen, sollen entgegen dem preussischen Prozeßrechte (A. G. D. I. 10. § 190), Code de proc. art. 262, Hannover § 226, Oldenb. Art. 161 § 1 Anl. III., Baden § 456, preuß. Entw. § 472, hannov. Entw. § 343 nicht mehr einen regelmäßigen Bestandtheil des Verhörs bilden, sondern — entsprechend Bayern Art. 419 und dem nordd. Entw. § 526 — nur erforderlichen Falles dem Zeugen vorgelegt werden. Der Zeugeneid erstreckt sich selbstverständlich auch auf die Beantwortung dieser Fragen und, um jede zulässige Vereinfachung des Verfahrens zu begünstigen, ist die in der preuß. Kab.-Ordnung vom 5. Oktober 1846 — J. M. Bl. S. 183 — bestimmte jedesmalige Hinweisung auf diese Tragweite des Zeugeneides als entbehrlich übergangen (nordd. Prot. II. S. 742). Der § 348 regelt die Vernehmung zur Hauptsache. Der Zeuge soll seine Aussage zusammenhängend abgeben; der Natur des mündlichen Verfahrens entsprechend hat der Zeuge, wie dies der Code de proc. art. 271, Baden § 462 und Württemberg Art. 489 ausdrücklich hervorheben, ohne Benutzung eines schriftlichen Entwurfs mündlich auszusagen. Zur Aufklärung und Vervollständigung des Zeugnisses dient das in Uebereinstimmung mit § 126 geregelte Fragerecht des Gerichts und der Parteien, welches letztere durch Vermittelung des Vorsitzenden mit dessen Erlaubniß aber auch unmittelbar ausgeübt werden darf. In letzterer Beziehung weicht der Entwurf (§ 349 Abs. 3) mit dem preuß. Entw. § 473 und dem nordd. Entw. § 528 von dem hannov. Entw. § 344 ab. Die Vernehmung der Zeugen im Anschlusse an das englisch-nordamerikanische Recht gänzlich den Parteien zu übertragen, ist kein Bedürfniß und widerspricht der im Gebiete des Civilprozesses nicht aufzugebenden Leitung der Verhandlung durch das Gericht.

Als angemessene Beschränkung des Prinzips der freien Beweiswürdigung setzt der Entwurf als Regel voraus, daß die Zeugen eidlich vernommen werden. Die Erwägung, daß das Verfahren im Civilprozesse vorwiegend durch die Rechte der Privatparteien bestimmt und ihnen eine formelle Garantie für die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen geschuldet wird, verbietet es, die Beeidigung der Zeugen ausschließlich dem Ermessen des Gerichts zu überlassen. Andererseits erschien es im Interesse der Verminderung der Eide und in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und preussischen Rechte (A. G. D. I. 10. § 203 Nr. 3), Hannover § 265, Baden § 452, Württemb. Art. 483, preuß. Entw. § 471, hann. Entw. 341, nordd. Entw. § 521 dem Dispositionsrechte der Parteien gemäß, die Beeidigung der Zeugen, wenn beide Parteien auf dieselbe verzichten, zu unterlassen.

Die unbeeidigte Vernehmung von Zeugen gestattet der Entwurf in den Fällen des § 345 und überweist im Interesse der Ermittlung materieller Wahrheit die Würdigung des Werths unbeeidigter Zeugenaussagen gleich dem gesammten Beweismaterial der freien Würdigung des Richters. Nach Nr. 1 des § 345 können eidesunfähige Personen unbeeidigt als Zeugen vernommen werden. Der Entwurf bestimmt — abweichend vom gemeinen, preussischen und französischen Rechte, aber in Uebereinstimmung mit Hannover §§ 252, 283, Baden § 575, Württemberg Art. 485, Bayern Art. 418 —, daß die Eidesmündigkeit mit dem vollendeten 16. Lebensjahre eintrete (vgl. auch Strafprozessordnung § 46). Das Alter von 18 Jahren, mit welchem nach den §§ 56, 57 des deutschen Strafgesetzbuchs die volle strafrechtliche Verantwortlichkeit eintritt, ist nicht gewählt worden, weil erfahrungsmäßig die überwiegende Mehrzahl der Personen, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, fähig ist, die Bedeutung des Eides zu erkennen. Gleich dem frühen Lebensalter schließt von der Beeidigung mangelndes Verständniß der Bedeutung des Eides wegen Unreife oder Schwäche des Verstandes aus.

Die Nr. 2 des § 345 entspricht dem § 161 des deutschen Strafgesetzbuchs.

Die Fälle, in denen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen angeordnet werden darf, bestimmen die Prozeßgesetze und Entwürfe (vgl. preuß. A. G. D. I. 10. §§ 210—212, Hannover § 270, Oldenburg Art. 265, 266, Württemberg Art. 494, Bayern Art. 423, preuß. Entw. § 476, hannov. Entw. § 347, nordd. Entw. § 531) in eingehender Kasuistik. Der Entwurf giebt im

## § 350 (R. V. § 350, G. § 363)

diese Spezialisirung vollständig auf und bestimmt demgemäß, daß das Prozeßgericht nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen kann. Diese kann auch im Interesse des Gerichts erforderlich werden, wenn in dessen Bezeugung ein Wechsel stattgehabt hat oder sonst durch Zeitablauf die Aussage nicht mehr genügend im Gedächtnisse der Richter steht. Der Abs. 2 des § 350 entscheidet einen Spezialfall nach dem allgemeinen Prinzip des § 515.

Mit den Grundsätzen des Entwurfs über den Wegfall der Oventualmaxime ist die Lehre von der sog. Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nicht verträglich. Interlokut, Beweisantretung und Beweisfristen des alten Prozesses sind aufgegeben. Die Aufnahme der Beweise geschieht auf Vorschlag des Beweisführers; es unterliegt daher, so lange der Beweis noch nicht erhoben ist, dessen freier Disposition, auf den angebotenen Beweis zu verzichten, da aber der Gegner nicht gehindert ist, sich seinerseits der aufgegebenen Beweismittel zu bedienen, so vereinfacht und beschleunigt es das Verfahren, wenn der

## § 351 (R. V. § 351, G. § 364)

bestimmt, daß der Gegner, wenn der Verzicht auf den vorgeschlagenen Zeugen im Vernehmungstermine erfolgt, die Vernehmung des erschienenen Zeugen oder, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, die Fortsetzung derselben verlangen kann, und es macht in dieser Beziehung keinen Unterschied, ob der Vernehmungstermin vor dem Prozeßgerichte oder von einem beauftragten oder ersuchten Richter anberaunt war.

Der Grundsatz des § 351 ist im § 388 auf den Beweis durch Urkunden zur Anwendung gebracht.

## § 353. (R. V. § 353, G. § 366.)

Die Worte „nach Maßgabe der Gebührenordnungen“ sind eingeschaltet, weil in einzelnen deutschen Staaten gewisse Staatsbeamte schon in ihrer Besoldung das Aequivalent für ihr Zeugniß erhalten (vgl. Strafprozeßordnung § 62).

## Achter Titel.

## Beweis durch Sachverständige.

## §§ 354—366. (R. V. §§ 354—366, G. §§ 367—379.)

Zur Beurtheilung streitiger Parteibehauptungen können besondere Kenntnisse erforderlich sein, deren Besitz nur durch eine auf dieselbe gerichtete spezielle wissenschaftliche Thätigkeit, durch technische oder gewerbsmäßige Übung erlangt werden kann, und welche daher dem Richter regelmäßig nicht beizubringen. In solchen Fällen ist der Richter thatsächlich genöthigt, sich des Beiraths solcher Personen zu bedienen, welche jene Kenntnisse besitzen. Die Sachverständigen sind Gehülfen des Richters; indem sie demselben ein auf besondere Sachkenntnisse gestütztes Gutachten über feststehende oder als feststehend angenommene Thatsachen erstatten, und — auch wenn sie bei Einnahme des Augenscheins als wahrnehmende oder darstellende Sachverständige fungirten — ein zur Vorbereitung der richterlichen Entscheidung dienendes Urtheil abgeben. Dieses Prinzip ist in Verbindung mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung für die Vorschriften des Entwurfs über den Sachverständigenbeweis maßgebend gewesen. Die Anregung zur Aufnahme von Sachverständigenbeweis kann ohne Antrag der Parteien von dem Gerichte ausgehen (§§ 3, 129, 250); dieselbe kann auch durch Beweisantritt der Parteien gegeben werden (§ 355). Die Stellung des Gerichts gegenüber solchem Beweiserbieten regelt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Einen positiven Zwang zur Beziehung von Gutachten spricht der Entwurf im § 571 für den Entmündigungsprozeß aus. Die Aufnahme der im preuß. (§ 501),

| S. 258.

hannov. (§ 351) und nordd. Entw. § 538 (vgl. auch Württemberg Art. 500, Bayern Art. 433) enthaltenen Vorschrift, daß das Gericht die Vernehmung von Sachverständigen ablehnen dürfe, im Falle es sich selbst die erforderliche Sachkunde beimeße, erschien theils entbehrlich theils bedenklich. Dem widersprechen auch keinesweges die Spezialvorschriften der §§ 394, 451. Denn für den Beweis durch Schriftvergleichung hat der Richter sachverständige Qualität, und der § 451 beruht darauf, daß das Gericht zum Theil mit sachkundigen Personen aus dem Handelsstande besetzt ist (vgl. hannov. Entw. § 369, preuß. Entw. § 930, nordd. Entw. § 671).

Nachdem der

#### § 354. (R. B. § 354, G. § 367.)

übereinstimmend mit Oldenburg Art. 171, Bayern Art. 443, dem preuß. (§ 498) und nordd. Entw. § 536 dem Gedanken Ausdruck gegeben, daß die Vorschriften für den Zeugenbeweis im Allgemeinen auch für den Sachverständigenbeweis passen und anwendbar sind, stellen die folgenden Paragraphen die einzelnen Abweichungen von jenen Bestimmungen fest. Daß die Vorschriften des Titels auch für den von Amts wegen erhobenen Gutachterbeweis gelten, ist durch § 129 Abs. 2 festgesetzt. Den vorausgeschickten prinzipiellen Erörterungen entspricht die Vorschrift des

#### § 355. (R. B. § 355, G. § 368)

daß die Antretung des Sachverständigenbeweises Seitens der Parteien auf die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte beschränkt ist, während nach

#### § 356. (R. B. § 356, G. § 369)

die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl durch das Prozeßgericht erfolgt (preuß. Entw. § 501, nordd. Entw. § 539). Das Gericht kann einen oder mehrere Sachverständige ernennen. Das erstattete Gutachten unterliegt der freien Würdigung des Gerichts und zwar auch dann, wenn die mehreren Gutachten mit einander übereinstimmen (Code de proc. art. 323, preuß. Entw. § 508, hannov. Entw. § 367, | nordd. Entw. § 556). Das | E. 259. Ermessen des Gerichts entscheidet, ob das Gutachten mündlich oder schriftlich — § 363 —, ob es von mehreren Sachverständigen gemeinsam — unter Hervorhebung der etwaigen abweichenden Ansichten — oder getrennt zu erstatten ist (vgl. preuß. Entw. § 506), ob das schriftliche Gutachten mündlich erläutert werden soll (§ 363 Abs. 2) und ob bei ungenügendem Ergebnisse eine wiederholte Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige zu erfolgen habe (§ 364). Die Rechte der Parteien finden ausreichenden Schutz in der durch § 356 Abs. 2 gewährten Befugniß, dem Gerichte die zur Abhörung als Sachverständige geeigneten Personen zu bezeichnen, und in dem Rechte, die ernannten Sachverständigen abzulehnen (§ 358) und das erstattete Gutachten anzufechten (§§ 248, 364).

Wenn dem § 356 entgegen das preuß. Recht — N. G. D. I. 9. Anh. § 64 — der Code de proc. art. 203, 204, Hannover § 275, Baden § 490, Bayern Art. 434, Württemberg Art. 502, der hannov. (§ 353) und österr. Entw. § 357 in vielfachen Abweichungen untereinander den Parteien bei Ernennung der Sachverständigen bezüglich der Zahl und der Personen weitergehende Befugnisse einräumen, so widerspricht dies nicht nur dem grundsätzlichen Standpunkte des Entwurfs, sondern es wird durch solche Vorschriften das Verfahren auch erheblich verweiläufigt und vertheuert.

Die im

#### § 358. (R. B. § 358, G. § 371)

ertheilten Vorschriften über die Ablehnung des ernannten Sachverständigen entsprechen den §§ 42–46. Daß entgegen dem § 41 Nr. 5 die frühere Vernehmung als Zeuge die Vernehmung als Sachverständiger nicht ausschließt — nordd. Entw. § 541 — bedarf keiner Motivirung (nordd. Prot. II. S. 756). Die Bestimmung

der Frist zur Ablehnung im zweiten Absatze entspricht den §§ 356 Absatz 1 und 363.

Die Proz. Ordn. v. Hannover § 274 und Württemberg Art. 506, der sächs. (§ 410) und hess. Entw. Art. 554 stellen als besonderen Ablehnungsgrund die mangelnde Sachkunde auf, insofern nicht der Sachverständige zur Ausübung der in Rede stehenden Wissenschaft oder Kunst vom Staate angestellt oder ermächtigt ist. Der Entwurf erachtet in Uebereinstimmung mit den neuen Gesetzgebungsarbeiten (vgl. hannov. Prot. VII. S. 2326 ff.) eine solche Bestimmung für praktisch unmöglich und wegen der durch § 358 Abs. 3 gebotenen sofortigen Glaubhaftmachung für unausführbar.

Die Verpflichtung, der Ernennung zum Sachverständigen Folge zu leisten, regelt der

#### § 359 (R. V. § 359, G. § 372)

gleich dem nordd. Entw. § 547. Die Beschränkung derselben auf diejenigen Personen, welche zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt sind (Baden § 489, Württemberg Art. 509, Bayern Art. 436), muß im einzelnen Falle zu großen Weiterungen und Anzutraglichkeiten führen (nordd. Prot. II. S. 757) und erscheint um so weniger gerechtfertigt, als es einerseits nicht unbillig ist, daß auch derjenige, welcher die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniß Voraussetzung der Begutachtung ist, unter dem Schutze der staatlichen Ordnung ausübt oder zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist, dem Staate seine Dienste nicht versagen darf, wenn ihm diese nothwendig sind, und [S. 260.] als andererseits die dem Gerichte durch § 360 Abs. 1 beigelegte weitgehende Befugniß, einen Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens zu entbinden, Härten, welche sich aus einer strikten Durchführung der Vorschrift des § 359 ergeben könnten, beseitigen wird.

#### § 360. (R. V. § 360, G. § 373.)

Nach dem nordd. Entw. § 548 Abs. 2 kann ein Einspruch gegen die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen von der vorgesetzten Behörde nur dann erhoben werden, wenn dem Beamten wegen der Pflichten des Amtes die zur Erstattung des Gutachtens erforderliche Zeit mangelt. Es sind aber auch andere Rücksichten denkbar, aus welchen die Heranziehung eines öffentlichen Beamten zur Erstattung von Gutachten in Prozessen als dienstlich unerwünscht erscheinen kann. Erfahrungsmäßig sind die Fälle nicht selten, in denen der Beamte durch das öffentliche Auftreten als Sachverständiger in eine Stellung gedrängt, Angriffen und Urtheilen — sowohl von Seiten der zunächst beteiligten als auch aus weiteren Kreisen — und selbst Konflikten zwischen der staatsbürgerlichen Pflicht und den amtlichen Obliegenheiten ausgesetzt wird, durch welche das dienstliche Interesse Schädigungen erleidet. Es erschien deshalb eine Erweiterung der Fassung in dem durch § 354 Abs. 2 angenommenen Umfang geboten. Eine gleiche Bestimmung hat die Strafprozessordnung § 68 Abs. 2 aufgenommen.

Die Strafbestimmungen des

#### § 361 (R. V. § 361, G. § 374)

wider ungehorsame und renitente Gutachter weichen von den Vorschriften über das Verfahren gegen unfolgsame Zeugen (§§ 334, 343) insofern ab, als gegen Sachverständige weder für den Fall des Unvermögens die Strafe der Haft, noch bei wiederholtem Ausbleiben oder bei wiederholter Weigerung die zwangsweise Vorführung und die Zwangshaft zulässig ist. Der Entwurf nimmt gleich dem nordd. Entw. § 549 (Prot. III. S. 1115) an, daß die Anwendung solcher Zwangsmittel wider Sachverständige behufs Erzwingung einer geistigen Arbeit unangemessen sei. Die Strafbestimmung im § 138 Abs. 1 des deutsch. Strafgesetzbuchs vom 15. Mai 1871 droht zwar eine Freiheitsstrafe an. Dieselbe richtet sich aber ausschließlich gegen die durch das Vorbringen einer falschen Entschuldigung begangene Verletzung der öffentlichen Ordnung.

Die Bestimmung des § 361 Abs. 3 ist bereits in den Bemerkungen zu den §§ 334, 335 gerechtfertigt.

Der Eid der Sachverständigen ist gleich dem Zeugeneide aus den zu § 344 angeführten Gründen nach

### § 362 (R. B. § 362, G. § 375)

ein promissorischer. Sogar nach preussischem Rechte — A. G. D. I. 10 § 152 — leisten die Sachverständigen bei der Schriftvergleichung den Eid vor der Vernehmung. Die Eidesnorm ist auch hier kurz und verständlich. Die Festsetzung einer verschiedenen Eidesnorm für Schätzungen und andere Gutachten (preuss. Verordn. vom 28. Juni 1844 § 2 und Braunschweig §§ 80, 81) ist kein Bedürfnis. Daß die Berufung auf den geleisteten Eid genügt, wenn der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt worden, ist allgemein geltendes Recht.

! Für den Fall des beiderseitigen Verzichts auf den Eid gilt das zu § 344 | S. 261. Gesagte. (Vgl. Mot. zum württemb. Entw. Tit. XXVI. S. 182 ff.).

Der Code de proc. art. 317 sequ. kennt nur die schriftliche Form des Gutachtens, während der Entwurf in Uebereinstimmung mit den deutschen Prozeßgesetzen diese und die mündliche Form nach

### § 363 (R. B. § 363, G. § § 376)

zum Ermessen des Gerichts stellt. Die Proz. Ordn. v. Hannover § 277, Baden § 500, Württemberg Art. 518 und Bayern Art. 445 erklären es als ein nothwendiges Requisit des schriftlichen Gutachtens, daß es eine Angabe der Gründe enthalte. Unzweifelhaft kann das Gericht nach § 363 Abs. 2 die Angabe der Gründe verlangen (vgl. Oldenburg Art. 170 § 3). Auch wird die Beifügung von Gründen in der Regel gesehen müssen; dennoch erschien die Aufnahme einer so positiven Bestimmung bedenklich, da in einzelnen Fällen, z. B. bei der Abschätzung beweglicher Sachen, nach der Natur der Dinge eine Begründung des Gutachtens nicht nothwendig, unter Umständen kaum ausführbar sein würde (Motiv z. preuss. Entw. S. 114).

Dem

### § 365 (R. B. § 365, G. § 378)

liegt die Erwägung zu Grunde, daß dem Gutachter weitere Entschädigungsansprüche zuzutheilen müssen, als dem Zeugen. Er bedarf einer Vergütung für die Mühwaltung; auch kann ihm die Erstattung des Gutachtens Auslagen verursachen, welche nicht unter die Kategorie der Versäumnis-, Reise- und Zehrungskosten fallen (vgl. Württemberg Art. 524, österr. Entw. § 374). Die Worte „nach Maßgabe der Gebührenordnungen“ sind (ebenso wie in § 353) aufgenommen, weil in einzelnen Bundesstaaten gewisse Sachverständige schon in ihrer Besoldung das Aequivalent für ihre Gutachten erhalten (vgl. Strafprozeßordnung § 75).

Durch den

### § 366 (R. B. § 366, G. § 379)

wird außer Zweifel gestellt, daß die sachverständigen Zeugen, d. h. die Zeugen, welche vergangene Thatfachen oder Zustände bekunden sollen, deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde voraussetzt, wahre Zeugen sind, daß mithin auf die zum Beweise solcher bestrittenen Thatfachen und Zustände stattfindende Vernehmung jener Personen die Vorschriften über den Zeugenbeweis Anwendung finden. Die Hervorhebung des inneren Unterschiedes, welcher zwischen den Sachverständigen, die als Gehülfen des Richters stets aus Thatfachen Schlüsse ziehen, und den sachverständigen Zeugen, die eigene Wahrnehmungen bekunden, unleugbar besteht, ist zur Beseitigung vielfacher Streitigkeiten für angemessen erachtet (Württemberg Art. 500, hannov. Entw. § 351, nordd. Entw. § 559, österr. Entw. § 375; Weßell, Ed. II. S. 474, 475).

Neunter Titel.  
Beweis durch Urkunden.

§§ 367—396. (R. V. §§ 367—396, G. §§ 380—409.)

Die Bestimmungen des Entwurfs über den Urkundenbeweis beziehen sich nur auf die schriftlichen Urkunden. Abweichend von anderen Gesetzen (preuß. U. G. D. I. 10 § 164, Code civ. art. 1333, Württemberg Art. 568, | Bayern Art. 394) geschieht nicht schriftlicher Urkunden, wie Denkmäler, Kerbhölzer und ähnlicher Beweismittel, keine Erwähnung. Die Würdigung solcher Beweismittel bleibt nach dem Grundsatz des § 249 Gegenstand des freien richterlichen Ermessens (hannov. Prot. VII. S. 2619). Auf den Beweis durch schriftliche Urkunden findet dagegen das Prinzip der freien Beweismwürdigung nur unter gewissen Beschränkungen Anwendung, welche die §§ 367—370 zusammenstellen.

§§ 367, 368. (R. V. §§ 367, 368, G. §§ 380, 381.)

I. Der Entwurf unterscheidet zwischen öffentlichen und Privaturkunden; der im § 367 festgestellte Begriff der ersteren entspricht der Wissenschaft und den bestehenden Gesetzen (preuß. U. G. D. I. 10 § 123 und preuß. Notar. Ordn. v. 11. Juli 1845 § 40, Code civ. art. 1317, Hannover § 328, Württemberg Art. 525, Bayern Art. 353, vgl. auch preuß. Entw. § 427, hannov. Entw. § 370, nordd. Entw. § 560).

II. In den §§ 367, 368 wird die formelle Beweiskraft derjenigen öffentlichen und Privaturkunden bestimmt, welche „Erklärungen“ enthalten.

Jede Urkunde, welche eine Erklärung enthält, beweist, daß die letztere abgegeben ist. Diese Beweiskraft haben nach §§ 367, 368 sowohl öffentliche als Privaturkunden und zwar ohne Rücksicht auf den Inhalt der Erklärung. Eine Unterscheidung zwischen Willenserklärungen (rechtliche Dispositionen und andere Willenserklärungen von juristischem Belange, Wezell Ed. III. S. 222, 223) und sonstigen Erklärungen (Geständnisse nachtheiliger Thatsachen und Zeugnisse, Wezell, Ed. III. S. 223, 229, 230) ist in Betreff der formellen Beweiskraft nicht gerechtfertigt. Die §§ 367, 368 reden daher schlechweg von „Erklärungen“. Nur der Umfang der materiellen Beweiskraft ist ein verschiedener, je nachdem die Erklärung ein Geständniß nachtheiliger Thatsachen oder ein Zeugniß ist, oder eine Willenserklärung enthält.

1) In dem letzteren Falle ist die Urkunde Träger einer rechtlichen Disposition. Die Echtheit der Urkunde vorausgesetzt, kann das durch dieselbe ausgedrückte Rechtsgeschäft nicht mehr geaugnet werden, vielmehr hat die dispositive Urkunde in Betreff des Rechtsgeschäfts, nicht bloß gegen den Aussteller und diejenigen, welche dessen Erklärungen anerkennen müssen (preuß. U. G. D. I. 10 § 158c, Code de civ. art. 1322), sondern gegen Jedermann beweisende Kraft. Der Entwurf hat — abweichend von Württemb. Art. 529, Bayern Art. 355, dem preuß. Entw. § 431, dem hannov. Entw. § 371 und dem nordd. Entw. § 562 — Anstand genommen, diesem rationellen und von der neueren gemeinrechtlichen Doktrin mit großer Schärfe entwickelten Satze durch eine besondere Vorschrift im Gesetze Ausdruck zu geben. Es ist angenommen worden, daß der Satz auch ohne gesetzliche Feststellung zur Anwendung gelangen wird. Die Formulirung des Grundsatzes im Gesetze würde bedenklich sein, wenn in dem Gesetzbuche nicht gleichzeitig die Frage nach der Anfechtung der rechtlichen Disposition selbst und nach der Wirkung der letzteren auf die Rechte Dritter geregelt wird. Schweigt der Entwurf über diesen Gegenstand, so ist zu besorgen, daß die Bedeutung und die Tragweite des fraglichen Satzes den größten Mißverständnissen ausgesetzt sein würden. Auf jene Frage selbst konnte aber der Entwurf nicht eingehen, da sie in den Bereich des bürgerlichen Rechts fällt, sich mithin zur Zeit einer gemeinsamen Regelung entzieht.

2. Nach wiederholten und eingehenden Diskussionen gelangte die hannov. Kommission (§§ 371 Abs. 1, 372) zu dem Beschlusse, daß Urkunden, welche

Ein Geständniß enthalten und dem Beweisführer oder einem Rechtsvorgänger desselben | S. 263.  
 ausgestellt worden sind, gegen den Aussteller und diejenigen Personen, welche dessen  
 Handlungen anzuerkennen verbunden sind, vollen Beweis liefern sollten (hannov. Prot.  
 VII. 2401 ff., XV. 5721 ff., XVI. 6362 ff. 6615). In der norddeutschen Kommission  
 erneuerten sich die Beratungen und führten dahin, daß nicht nur die Vorschrift des  
 hannov. Entw. durch den § 563 adoptirt, sondern auch dem schriftlich fixirten außer-  
 gerichtlichen Geständnisse einer Thatsache, indem der § 564 dasselbe rücksichtlich des  
 Widerrufs dem gerichtlichen Geständnisse gleichstellte, ein dispositiver Charakter, eine  
 obligirende Wirkung beigelegt wurde. Die Aufnahme dieser Bestimmungen erschien  
 die materielle Beweiskraft außergerichtlicher Geständnisse aufzustellen. Er mußte sich  
 daher auch besonderer Vorschriften über die schriftlich fixirten außergerichtlichen Ge-  
 ständnisse enthalten, da es an einem ausreichenden inneren Grunde fehlt, Geständnisse  
 verschieden zu behandeln, je nachdem sie durch Urkunden oder durch Zeugen bewiesen  
 werden. Sodann greifen die Bestimmungen des § 564 in die schwierige und kontro-  
 versive Lehre von der Anerkennung und dem Anerkennungsvertrage ein (vgl. auch Wach,  
 Krit. Vierteljahrsschrift XIV. S. 369). So wünschenswerth es auch sein mag, diese  
 Materie einheitlich zu regeln (vgl. Verhandl. des achten deutschen Juristentages I.  
 S. 283 ff., II. S. 94 ff. 321 und des neunten deutschen Juristentages II. S. 426 ff.,  
 III. S. 64 ff. 343, 344), so kann es doch jedenfalls nicht die Aufgabe der Civil-  
 prozeßordnung sein, eine solche Regelung vorzunehmen. Unter allen Umständen würde  
 die Regelung des Gegenstandes seinem ganzen Umfange nach erfolgen müssen; das  
 Herausgreifen einzelner Fragen, wie es im § 564 des nordd. Entw. geschehen, ist  
 nicht gerathen, weil wegen der Schwierigkeit die für einzelne Fragen getroffenen  
 Lösungen in das System der verschiedenen Civilrechte hineinzupassen, mit Nothwendig-  
 keit eine ergiebige Quelle von Mißverständnissen und Kontroversen eröffnen würde.  
 Uebrigens konnte der Entwurf die Vorschrift des § 563 des nordd. Entw. um so  
 unbedenklicher fallen lassen, als darauf zu rechnen ist, daß die in jener Vorschrift  
 liegende rationelle Beweisregel in der Theorie und Praxis auch ohne gesetzliche  
 Fixirung Anerkennung finden werde.

3. Daß öffentliche Urkunden die Angaben über Ort und Zeit der Ausstellung  
 beweisen, ist unbedenklich, denn das Zeugniß der instrumentirenden Behörde oder  
 Urkundsperson liefert nach § 370 den Beweis, daß die Urkunde an dem bezeichneten  
 Orte und zu der angegebenen Zeit errichtet ist. Darüber, ob man dieselbe Beweiskraft  
 den betreffenden Angaben einer Privaturkunde beilegen darf, besteht in der  
 Praxis und in der Gesetzgebung Streit und Verschiedenheit. Gegen den Aussteller  
 und dessen Rechtsnachfolger werden zwar die fraglichen Anführungen der Privat-  
 urkunde der Regel nach beweisend sein; Dritten gegenüber haben die Angaben nicht  
 ohne Weiteres Anspruch auf Glaubwürdigkeit. Das Vordatiren von Urkunden ist  
 erfahrungsmäßig ein bequemes, gefährliches und häufig angewendetes Mittel, um die  
 Rechte Dritter, namentlich der Gläubiger eines in schwierige Vermögensverhältnisse  
 gekommenen Schuldners zu kränken. Die bestehenden Prozeßgesetze und Gesetzgebungs-  
 arbeiten werden daher im Allgemeinen von der Tendenz geleitet, den Angaben der  
 Privaturkunde über Zeit und Ort der Errichtung eine geringere Beweiskraft beizu-  
 messen, als dem sonstigen Inhalte.

Württemberg Art. 529, sowie der preuß. Entw. § 431 schließen die | positive | S. 264.  
 Beweiskraft der Privaturkunde hinsichtlich des Datums aus. Der hannov. Entw.  
 § 371 stellt die Angabe über die Zeit der Ausstellung unter die allgemeine Regel der  
 freien Beweismwürdigung. Nach dem nordd. Entw. § 562 werden Ort und Zeit der  
 Ausstellung durch die Urkunde nur gegen den Aussteller und dessen Universalsuccessoren  
 bewiesen; Bayern Art. 358 fügt noch hinzu: „gegen besondere Rechtsnachfolger, jedoch  
 nur soweit, als diese die ihrem Vorfahrer zugestandenem Rechte gegen Dritte geltend  
 machen.“ Im Uebrigen verordnet Bayern a. a. D. gleich dem Code civil art. 1328  
 zur Feststellung eines sicheren Datums der Privaturkunde gegen Dritte ein besonderes  
 Verfahren durch Vorlegung und Einregistrirung derselben bei öffentlichen Behörden  
 (vgl. auch rheinpreuß. Ges. v. 23. April 1824). Die Aufnahme dieses Verfahrens  
 konnte nicht vorgeschlagen werden, weil es als allgemeine Regel kein Bedürfniß ist,  
 den Rechtsverkehr vertheuert und zudem auf einer Fiktion beruht, welche über den  
 beabsichtigten Zweck hinausgeht, da das Datum der Privaturkunde nicht immer bestritten

wird und seine Richtigkeit durch alle zulässigen Beweismittel bewiesen bzw. widerlegt werden kann (vgl. Bland, Krit. Vierteljahrsschrift IV. S. 268, hannov. Prot. VII. 2441—46, nordd. Prot. II. 934). Nach eingehender Erwägung der verschiedenen legislativen Versuche erschien es am gerathensten, für die Beweiswürdigung dieses Theiles der Privaturkunden keine Vorschrift zu geben.

4. Ueber die materielle Beweiskraft von Privaturkunden für den Aussteller bedurfte es eben so wenig einer Norm wie für den umgekehrten Fall, daß eine Privaturkunde gegen den Aussteller benutzt werden soll. Auch rücksichtlich der Handelsbücher reicht — wie bei Erörterung des Einführungsgesetzes § 10 Nr. 2 dargelegt ist — die allgemeine Bestimmung des § 249 aus.

III. Bei der Aufnahme öffentlicher Urkunden erwächst durch die nothwendige Mitwirkung der Urkundsperson zur Herstellung der Urkunde — nordd. Prot. II. S. 767, 769 — eine bei Privaturkunden meist nicht vorliegende Gefahr unrichtiger Beurkundung der von den Parteien abgegebenen Erklärungen durch die Urkundsperson. Es fallen hierher die möglichen Irrthümer zwischen Instrumentsperson und Parteien durch mangelhaftes Verstehen, falsches Hören, unzureichende Verdolmetschung, ungebrauchliches Dialekt, ferner Fälschungen durch die Urkundsperson. Aus diesem Grunde war es nöthig, dem § 367 im Abs. 2 die Bestimmung hinzuzufügen, daß der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts zulässig ist. Dieser Zusatz löst zugleich die Zweifel und Kontroversen, welche in der Theorie, in der Praxis und in der Gesetzgebung über die Zulässigkeit des Beweises gegen den Inhalt einer öffentlichen Urkunde obwalten. Die nordd. Kommission ging von derselben Anschauung aus; sie war aber rücksichtlich des Umfangs der aufzunehmenden Bestimmung sehr getheilter Ansicht (nordd. Prot. II. S. 764 ff.). Die Majorität erklärte den Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts nur insoweit für zulässig, als behauptet werde:

- 1) daß die Förmlichkeiten, deren Beobachtung in der Urkunde bezeugt worden, nicht beobachtet seien;
- 2) daß die beurkundete Verhandlung von der Behörde oder der Urkundsperson absichtlich oder in Folge eines Irrthums unrichtig aufgenommen, daß insbesondere — §§ 271, 272 des deutschen Strafgesetzbuchs — eine beurkundete Erklärung von einer anderen als der in der Urkunde bezeichneten Person abgegeben sei.

§. 265.

Demgemäß ist der § 561 des nordd. Entw. gefaßt. Der Entwurf konnte sich der Vorschrift dieses Paragraphen nicht anschließen. Mit der Beschränkung des Beweises der Unrichtigkeit des Inhalts ist unabweislich die Gefahr verbunden, daß aus Rücksicht auf die Form das materielle Recht geschädigt werden kann. Eine solche Gefährdung darf der Gesetzgeber nur ignoriren, wenn gewichtige Gründe, wenn insbesondere Rücksichten auf die Sicherheit des Verkehrs durchgreifende, die Beachtung individueller Momente ausschließende Maßnahmen fordern. Daß derartige Gründe im vorliegenden Falle gegeben sind, läßt sich nicht behaupten. Die unbeschränkte Zulassung des fraglichen Beweises hat in den weiten Rechtsgebieten, in welchen sie bisher Rechtens war — und zu diesen Rechtsgebieten darf auch das Gebiet des alt-preussischen Prozeßrechts nach der Auslegung gezählt werden, welche die Bestimmungen der preuß. A. G. D. I. 10. § 126 durch das Obertribunal erfahren haben (Erf. v. 10. März 1856, 7. Mai 1857, 12. Mai 1861, Strieth. Archiv Bd. 20 S. 261, Bd. 24 S. 280, Bd. 41 S. 164); vgl. auch Koch, Proz. Ordn. Ed. VI. S. 245 — zu keinen Unzuträglichkeiten geführt. Ueberdies ist die den öffentlichen Urkunden beizunehmende Beweiskraft von einer solchen Stärke, daß der Angriff gegen die Richtigkeit des Inhalts nur in den seltensten Fällen mit einiger Aussicht auf Prozeßverschleppung benutzt werden kann. Auch ist erwogen, daß für Ansprüche aus öffentlichen Urkunden durch den Urkundenprozeß und durch die Vorschrift des § 651 Nr. 4 Verfahrensarten gestattet sind, welche jede Besorgniß einer Prozeßverschleppung ausschließen. Um die Praxis nicht irre zu leiten, erschien es auch nicht angemessen — wie zunächst beabsichtigt war — die Formulirung des nordd. Entw. in exemplifkativer Richtung beizubehalten. Der Entwurf bestimmt daher im § 367 Abs. 2 ganz generell, daß der Beweis der Unrichtigkeit des Inhalts einer öffentlichen Urkunde zulässig sei, so daß dieser Beweis z. B. nicht nur den Irrthum des instrumentirenden Beamten oder der Urkundsperson, sondern auch den Irrthum der Erklärenden selbst zum Gegenstande haben kann.

Die Fassung des § 367 drückt durch die bestimmte Angabe der Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde endlich ohne Weiteres aus, daß auch die Formgehörigkeit einer vorgelegten öffentlichen Urkunde bestritten und daß nachgewiesen werden kann, daß sie eine öffentliche Urkunde nicht sei. Manche Gesetze — Code civ. art. 1318, Württemberg Art. 528, Bayern Art. 353, preuß. Entw. § 430 — enthalten für solche Fälle die Bestimmung, daß wenn eine Urkunde wegen eines wesentlichen Mangels nicht als öffentliche gelten könne, dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß sie als Privaturkunde gelte. Der Entwurf hat diese Bestimmung übereinstimmend mit dem hannov. und nordd. Entwurf für entbehrlich gehalten.

Als Voraussetzung für die Beweisfähigkeit einer Privaturkunde mit der Wirkung des § 368 ist, wie von fast allen Prozeßgesetzen, daran festgehalten, daß die Urkunde von dem Aussteller unterschrieben sein muß (vgl. preuß. N. G. O. I. 10. § 136, Code civ. art. 1320, 1322, Hannover § 329, Bayern Art. 357). Der Namensunterschrift war nach dem Vorgange des Art. 94 der deutschen Wechselordnung das gerichtlich oder notariell beglaubigte Handzeichen gleichzustellen. Es entspricht dem wirklichen Hergange und den meisten positiven Gesetzen, daß die Perfektion der Urkunde an deren unterschriftliche Vollziehung gebunden wird. Zur Erleichterung des Rechtsverkehrs schließt das Erforderniß der Unterschrift von vorn herein eine Menge bedenklicher Skripturen, wie z. B. Notizen, Traktate, Bemerkte in Hausbüchern u. s. w., von der positiven Beweisregel aus und überläßt es nach dem allgemeinen Prinzip des § 249 der freien Würdigung des Gerichts, welcher Werth im einzelnen Falle dergleichen Schriften beizumessen ist. S. 266.

Der

### § 369 (R. B. § 369, G. § 382)

betrifft öffentliche Urkunden, ausgestellt von einer Behörde, welche eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthalten. Die in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 525, hannov. Entw. § 370, nordd. Entw. § 568 erteilte Beweisregel, daß solche Urkunden vollen Beweis für ihren Inhalt liefern, rechtfertigt sich dadurch, daß die Urkunde selbst in authentischer Form die amtliche Anordnung, Verfügung, Entscheidung darstellt.

Der

### § 370 (R. B. § 370, G. § 383)

regelt die Beweisraft öffentlicher Urkunden, welche einen anderen als den in den §§ 367, 369 bezeichneten Inhalt haben. Ist von einer Behörde oder von einer Person, welche berufen ist, Thatsachen unter der Autorität des öffentlichen Glaubens zu bezeugen, ein solches Zeugniß in einer öffentlichen Urkunde ausgestellt, so wird die Richtigkeit der bezeugten Thatsache durch diese Urkunde vollständig bewiesen. Solche Urkunden sind beispielsweise nach dem Entwurf die Zustellungsurkunden § 167, die Protokolle der Gerichtsvollzieher über Vollstreckungshandlungen § 631, Wechselprotokolle, Wechselordnung Art. 87 ff., Berichte der Postboten, Reichs-Postgef. v. 28. Oktober 1871 § 47. Nichtsdestoweniger steht der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsache frei, insofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken, z. B. die landesgesetzlich vorgeschriebene publica fides des Grund- und Hypothekenbuchs. In der Regel und nach der Natur des Zeugnisses wird diese Beweisraft sich auf Thatsachen beschränken, welche von der Behörde oder Urkundsperson selbst wahrgenommen sind, weil nur diese Thatsachen von dem amtlichen Glauben gedeckt worden. Der Abs. 3 des § 370 hält außerdem die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, durch welche ausnahmsweise die Beweisraft des amtlichen Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig gemacht und dieser die amtlichen Ermittlungen gleichgestellt werden. Hierher gehören die Zeugnisse der Geistlichen und Civilstandsbeamten über den Personenstand (vgl. preuß. Ges. über die Beurkundung des Personenstandes und die Form der Eheschließung v. 9. März 1874 § 11, Bundesgesetz über die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes Bundesangehöriger im Auslande v. 4. Mai 1870 [B. G. Bl. S. 599]). Nach dem badischen Gesetze v. 21. Dezember 1869 §§ 21 Abs. 2, 36, 37, 40 Abs. 3, 47 (vgl. auch Formular zur Vollzugsverordnung v. 5. Januar 1870) bestehen die Akte über Geburten und Sterbefälle in Ausfertigungen der von Seiten der gesetz-

21\*

lich dazu verpflichteten Personen gemachten Anzeigen. Die weitere Geltung dieses Gesetzes ist durch § 13 Nr. 2 des Einführungsgesetzes ausgesprochen.

Inwieweit äußere Mängel einer Urkunde, welche bei Errichtung derselben — preuß. Notar. Ordn. v. 11. Juli 1845 § 12 — oder erst später entstanden sein können, die Beweiskraft der Urkunde aufheben oder mindern, verweist der

§ 371 (R. B. § 371, G. § 384),

§ 267. zur freien Beweismürdigung des Gerichts (preuß. N. G. D. I. 10. §§ 118, 119, Hannover § 329, Württemberg Art. 531, Bayern Art. 368, preuß. Entwurf § 432, hannov. Entw. § 372, nordd. Entw. § 572).

Die Antretung des Urkundenbeweises gestaltet sich verschieden, je nachdem sich die Urkunde in den Händen:

- a) des Beweisführers § 372,
- b) des Gegners § 373,
- c) eines Dritten § 380,
- d) einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten § 384

befindet.

Insofern sich zunächst die Urkunde in den Händen der beweisführenden Partei befindet oder — § 384 Abs. 2 — von ihr ohne Mitwirkung des Gerichts beschafft werden kann, erfolgt in Konsequenz des von dem Entwurf angenommenen Grundsatzes der Beweisverbindung die Beweisantretung nach

§ 372 (R. B. § 372, G. § 385)

durch die Vorlegung der Urkunde in der mündlichen Verhandlung (Hannover § 305, Baden § 398, Württemberg Art. 353, Bayern Art. 171 ff., preuß. Entw. § 422, hannov. Entw. § 376, nordd. Entw. § 573).

Bezüglich der nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners befindlichen Urkunden bestimmt

§ 373 (R. B. § 373, G. § 386),

daß die Beweisantretung durch den Antrag erfolgt, dem Gegner die Vorlegung — Edition — der Urkunde aufgeben.

Die Verpflichtung des Gegners zur Vorlegung von Urkunden ist im Interesse der Rechtseinheit durch die §§ 374, 375 geregelt.

Der

§ 374 (R. B. § 374, G. § 387)

beschränkt diese Verpflichtung auf solche Urkunden, deren Herausgabe oder Vorlegung von dem Beweisführer nach dem bürgerlichen Rechte verlangt werden kann und auf die dem Gegner und dem Beweisführer gemeinschaftlichen Urkunden. Der Begriff der Gemeinschaftlichkeit ist zur Beseitigung von Zweifeln durch § 375 festgestellt und umfaßt (vgl. preuß. N. G. D. I. 10. § 92a) auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen einem der Beteiligten und dem gemeinsamen Vermittler gepflogenen schriftlichen Verhandlungen. In Konsequenz des § 121 angenommenen Grundsatzes bestimmt gleich dem nordd. Entw. § 576 (nordd. Prot. II. S. 970) und Bayern Art. 386 der

§ 375 (R. B. § 375, G. § 388),

daß auch die bloße Bezugnahme des Gegners auf eine in seinen Händen befindliche Urkunde — selbst wenn diese nur in einem vorbereitenden Schriftsatzes geschehen ist — den Gegner zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet.

Durch den

§ 381 (R. B. § 384, G. § 394)

ist die Verbindlichkeit eines Dritten zur Vorlegung von Urkunden in demselben Umfange, wie diejenige des Prozeßgegners festgestellt.

Die Bestimmungen des Entwurfs über die Editionsspflicht stimmen im Wesentlichen mit dem gemeinen Rechte und den neueren Gesetzgebungsarbeiten (Baden §§ 401, 697, Württemberg Art. 537, 542, Bayern Art. 386, preuß. Entw. § 440, hannov. Entw. §§ 380, 384, nordd. Entw. §§ 575, 590) überein. Der preuß. Prozeß — A. G. D. I. 10. §§ 91, 94, 101 — Hannover §§ 311, 319, der hannov. Entw. erster Lesung § 387, der sächs. Entw. §§ 436, 437 normiren die Editions- und Zeugnißpflicht in weiterem Umfange, indem sie die Zeugnißpflicht zu Grunde legen und nur einzelne Ausnahmen für Privataufzeichnungen u. s. w. festsetzen. Die Analogie der Editions- und Zeugnißpflicht ist innerlich nicht begründet (vgl. Koch, preuß. Civ. Proz. Ed. II. S. 437 ff.). Der Zeuge ist durch die eidliche Angabe, daß er zur Sache nichts auszusagen wisse, vor weiteren Zumuthungen geschützt, während eine allgemeine Editions- und Zeugnißpflicht würde, mühsame Nachforschungen anzustellen und den Inhalt von Urkunden, auch wenn sie für den Rechtsstreit Erhebliches nicht enthalten, vorzulegen. Das Streben nach materieller Wahrheit darf nicht dahin führen, daß in das freie Verfügungsrecht des Inhabers von Urkunden eingegriffen wird — und ein solcher ungerechtfertigter Eingriff würde vorliegen, wenn die Vorlegung von Urkunden erzwungen werden könnte, auf deren Einsicht nur der Inhaber, nicht auch der Gegner ein Recht hat. Nach dem Entwurf besteht die Editions- und Zeugnißpflicht nur als privatrechtliche Verpflichtung, während die Zeugnißpflicht eine allgemeine staatsbürgerliche Pflicht ist (vgl. hannov. Prot. VII. S. 2485 ff., 2519 ff., XV. S. 5763 ff., XVI. S. 6459 ff. nordd. Prot. II. S. 942 ff., Verhandl. der Kammer der Abg. des bayer. Landtages 1863/65, Beilagenb. III. Abth. 2. S. 207).

Die

### §§ 376—379 (R. V. §§ 376—379, G. §§ 389—392)

handeln von dem Editionsverfahren gegen den Prozeßgegner, welches vor dem Prozeßgerichte stattfindet und möglichst einfach gestaltet ist. Der § 376 bezeichnet die Erfordernisse des Antrags auf Vorlegung. Die Vorschrift ist, was mit Rücksicht auf die im § 4 der allgemeinen Begründung festgestellte Sprachweise des Entwurfs zu bemerken bleibt, nicht bloß instruktiv, sondern imperativer Natur und hat nur um deshalb die mildere Fassung erhalten müssen, weil der Antrag mittelst Schriftsatzes nicht gestellt, sondern nur vorbereitet werden soll, mithin berücksichtigt werden muß, wenn in der mündlichen Verhandlung den Erfordernissen des § 376 entsprochen wird. Der Entwurf verlangt gleich dem nordd. Entw. § 579 nicht einen besonderen Antrag auf Abnahme des Editionseides. Dieser Antrag wird vielmehr als in dem Editionsgefuche liegend angesehen.

Die im § 378 festgestellte Norm des Editionseides unterscheidet sich nach manchen Richtungen von den bestehenden Prozeßrechten. Mit dem preussischen Prozesse — A. G. D. I. 10. § 94 — und dem gemeinen Rechte fordern Baden § 700, Braunschweig § 286, Bayern Art. 390, der preuß. Entw. § 442 und für die Regel der nordd. Entw. § 579 den Wahrheitseid über die Thatsache des Nichtbesitzes der Urkunde. Diese Norm ist aber von ungerechtfertigter Strenge, wenn eine Urkunde sich im Gewahrsam einer Person befindet, ohne daß eine eigene Handlung oder unmittelbare Wahrnehmung derselben konkurriert, außerdem würden Personen, welche eine große Zahl von Urkunden besitzen, insbesondere die bei öffentlichen Behörden angestellten Registraturbeamten den Eid, daß sie eine bestimmte Urkunde nicht in ihrem Gewahrsam haben, in vielen Fällen nur mit Gewissensdruck, oft auch gar nicht leisten können. Aus solchen Erwägungen bestimmen Hannover § 313, Oldenburg Art. 184 § 1, Württemberg Art. 538, preuß. Entw. § 443, hannov. Entw. § 381 und der nordd. Entw. § 597 ausnahmsweise (nordd. Prot. II. S. 949—951) die Ableistung des Editionseides in der Norm des Ignoranzseides. Diese Norm giebt aber Anlaß zu Reservationen und es ist daher richtiger erschienen, den Editionseid in der Form des Ueberzeugungseides schwören zu lassen. Während der § 410 Abs. 2 den Ueberzeugungseid über eigene Handlungen und Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen nur unter Umständen gestattet, soll der Editionseid in allen Fällen als Ueberzeugungseid geleistet werden.

In der Norm des Editionseides hat der Entwurf den durch die Praxis und die neueren Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe hineingetragenen Bestandtheil: „daß der Editions- und Zeugnißpflichtige auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde,“ beibehalten.

Diese Erweiterung des Eides dient unbestreitbar zur Erleichterung der Zwecke des Eiditionsverfahrens — hannov. Prot. VII. S. 2491, XV. S. 5771 —; sie steht mit der Fassung des § 716 in Einklang.

Der Absatz 3 des § 378 ist preußisches Recht (A. G. D. I. 10 § 97). Desgleichen hat für die Formulirung des in § 379 bestimmten Präjudizes — welches in wesentlicher Uebereinstimmung mit Art. 37 des deutschen Handelsgesetzbuchs und mit den neueren Prozeßgesetzen (Hannover § 314, Braunschweig § 287, Baden § 707, Württemberg Art. 559, Bayern Art. 390, 389, hannov. Entw. § 382, preuß. Entw. § 442, nordd. Entw. § 587) festgestellt ist — der § 100 der preuß. A. G. D. I. 10 zum Vorbilde gebietet. Zur Ausschließung möglicher Zweifel ist durch die Fassung: „welche durch die Urkunde unmittelbar bewiesen werden sollen“ (§ 379) ausgedrückt, daß sich das Kontumazialpräjudiz nur auf die Thatfachen bezieht, welche nach dem Eiditionsantrage — § 637 Nr. 2 — durch die Urkunde bewiesen werden sollen (nordd. Prot. II. S. 952, III. S. 1123).

Das in den

### §§ 380—383 (R. B. §§ 380—383, G. §§ 393—396)

geregelt Eiditionsverfahren gegen Dritte gehört nach den Bestimmungen des Entwurfs nicht zur Zuständigkeit des Prozeßgerichts. Es läßt sich allerdings nicht verkennen, daß, wenn nach dem Vorgange des preuß. und franz. Rechts, der hannov. (§§ 320 ff.) und württemb. (Art. 542 ff.) Prozeßordnung die Entscheidung über Eiditionsanträge dem Gerichte des Hauptprozesses übertragen wird, eine Beschleunigung und Verminderung der Prozesse herbeigeführt werden kann. Allein dieser Rücksicht ist nicht eine so überwiegende Bedeutung beizulegen, daß dadurch eine Abweichung von dem Grundsatz, daß der Beklagte vor seinem ordentlichen Richter zu belangen ist, gerechtfertigt werden könnte. Es ist selbstverständlich, daß Ausländer stets bei ihrem ordentlichen Richter auf Herausgabe der in ihrem Besitze befindlichen Urkunden belangt werden müssen (A. G. D. I. 10 § 107, Württemberg Art. 542) und es liegt kein genügender Grund vor, die Inländer hinsichtlich solcher Ansprüche ungünstiger zu behandeln. Auch ist ferner nicht unberücksichtigt gelassen, daß mit Rücksicht auf die Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte durch das Gebot der Verhandlung des Eiditionsstreits im Gerichtsstande des Hauptprozesses Verwickelungen und Schwierigkeiten entstehen können, falls der Hauptprozeß vor einem Amtsgerichte anhängig ist. Der Entwurf hat deshalb bestimmt, daß dritte Besitzer von Urkunden zu deren Herausgabe im Wege der Klage bei dem nach allgemeinen Grundsätzen zuständigen Gerichte belangt werden müssen; diese Bestimmung entspricht dem gemeinen Rechte und den Prozeßordnungen v. Baden (§§ 696, 401) und Bayern (Art. 388), und wird auch im österr. Entw. § 414 und im nordd. Entw. §§ 588 ff. vorgeschlagen.

Nach der Auffassung des Entwurfs charakterisirt sich der Eiditionsantrag, wenn die Urkunde sich in den Händen eines Dritten befindet, als ein Antrag auf Sistirung des Hauptprozesses bis zur Erledigung der gegen den Dritten zu erhebenden Eiditionsklage (§§ 380, 381). Einer Verschleppung des Hauptprozesses, welche durch dessen zeitweilige Sistirung und insbesondere durch eine Verzögerung der Prozeßführung gegen den Dritten herbeigeführt werden kann, sucht der Entwurf durch die Vorschriften des § 383 vorzubeugen. Auch verlangt der § 382 zur Begründung des Eiditionsantrags gegen Dritte die Glaubhaftmachung, daß sich die Urkunde in deren Händen befinde.

### § 384. (R. B. § 384, G. § 397.)

Ist nach Maßgabe des § 381 eine Verpflichtung zur Eidition begründet, so hat das Gericht, wenn dem an die Behörde oder an den Beamten ergangenen Ersuchen nicht gewillfahrt wird, dem Eiditionsfucher zu überlassen, die Vorlegung im Wege der Klage zu erzwingen; das Verfahren richtet sich alsdann nach den Bestimmungen der §§ 382, 383. Kann dagegen auf Grund des § 381 die Vorlegung der Urkunde nicht verlangt werden, so ist die Befugniß der Behörde und des Beamten, die vom Prozeßgerichte nachgesuchte Mittheilung der Urkunde zu verweigern, sowie die Frage, ob und auf welchem Wege bei unbegründetem Widerspruche die Mittheilung erzwungen werden kann, nach den für die Behörde und den Beamten maßgebenden Gesetzen zu beurtheilen (nordd. Prot. II. S. 961, 964, 965).

## Zur Rechtfertigung des

## § 385 (R. V. § 385, G. § 398)

kann auf das zu § 329 Bemerkte Bezug genommen werden. Mit dem verspäteten Zeugenbeweise ist der Urkundenbeweis nur insofern in Parallele gestellt, als sich die nachträglich in Bezug genommenen Urkunden in den Händen eines Dritten oder einer Behörde (öffentlichen Beamten) befinden. Eine ähnliche Beschränkung der Edition von Urkunden im Besitze des Gegners erscheint nicht genügend gerechtfertigt, da das Editionsverfahren wider den Gegner die Erledigung des Prozesses nicht erheblich verzögern kann.

## Die Bestimmung des

## § 386 (R. V. § 386, G. § 399)

über die Vorlegung einer Urkunde vor einem beauftragten oder ersuchten Richter befriedigt ein in der Praxis nicht selten hervortretendes Bedürfnis (preuß. U. G. D. I. 10 § 109, Hannover § 308, Württemberg Art. 547; deutsches Handelsgesetz. Art. 39) und entspricht dem allgemeinen Grundsatz des § 310.

## § 387. (R. V. § 387, G. § 400.)

Das französische Recht verpflichtet den Beweisführer generell, auf Verlangen des Gegners die Urkunde in Urschrift vorzulegen. Eine so allgemein lautende Vorschrift kann indessen zu Chitanen gemißbraucht werden und führt zu weit, wenn der Beweisführer thatsächlich an der Vorlegung der Urschrift gehindert ist. Es erschien daher angemessen, die Entscheidung der Frage, ob es der Vorlegung der Urschrift bedürfe, dem Ermessen des Gerichts anheimzustellen. Der § 387 bestimmt demgemäß, in Uebereinstimmung mit Württemberg Art. 548, Bayern Art. 367, hannov. Entw. § 393, nordd. Entw. § 596, [daß das Gericht, auf Antrag oder von Amts wegen | S. 271. anordnen könne, daß der Beweisführer die Urschrift vorzulegen, oder die Thatfachen anzugeben und glaubhaft zu machen habe, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern. Für den Fall, daß die Anordnung erfolglos bleibt, proponirte der hannov. Entw. § 394 als Präjudiz den Verlust des Beweismittels für die Instanz, ein Präjudiz von einer durch die Verhältnisse nicht gebotenen Strenge. Es genügt, daß der Urkunde die gesetzliche Beweiskraft entzogen und der Entscheidung des Gerichts nach dessen freier Ueberzeugung überlassen wird, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.

Ist die vorgelegte Urkunde in einer fremden Sprache abgefaßt, so kann das Gericht nach der allgemeinen Vorschrift des § 127 Abs. 3 die Beibringung einer Uebersetzung anordnen (vgl. Baden § 399, Württemberg Art. 548, Bayern Art. 161, hannov. Entw. § 393, nordd. Entw. § 597).

Besondere Vorschriften über eine theilweise Vorlegung der Urkunden für den Fall, daß der Inhalt nur zum Theile relevant ist (z. B. preuß. U. G. D. I. 10, §§ 99, 103, Hannover § 395, Württemberg Art. 549, 550), sind im Interesse der Vermeidung kasuistischer Bestimmungen nicht aufgenommen.

Die

## §§ 389—394 (R. V. §§ 389—394, G. §§ 402—407)

regeln den Echtheitsbeweis der Urkunden.

Die Bestimmungen der auf die öffentlichen Urkunden bezüglichen §§ 389, 390 treffen sachlich mit den Vorschriften der geltenden Prozeßgesetze und der neueren Entwürfe zusammen (preuß. U. G. D. I. 10, §§ 126, 131, Hannover §§ 327, 328, Baden §§ 416—420, Württemberg Art. 556, 557, Bayern Art. 372, preuß. Entw. §§ 434, 435, hannov. Entw. § 400, nordd. Entw. §§ 601, 602, sächs. Entw. §§ 418, 419).

Inländische öffentliche Urkunden, welche sich nach Form und Inhalt als echt darstellen, bedürfen, weil sie die Merkmale der Echtheit an sich tragen, nicht der Anerkennung seitens des Prozeßgegners; sie haben die Vermuthung der Echtheit für sich. Die dem nordd. Entw. § 601 Abs. 2 entnommene Bestimmung des § 389 Abs. 2, daß das Gericht, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amts wegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer

Erklärung veranlassen kann, ist geeignet, Bedenken gegen die Echtheit einer öffentlichen Urkunde in der einfachsten und zutreffendsten Weise zur Erledigung zu bringen.

Bei ausländischen öffentlichen Urkunden läßt sich eine Vermuthung der Echtheit in gleicher Weise wie bei inländischen nicht aufstellen, weil die äußeren Merkmale der Echtheit und die hierauf sich beziehenden Einrichtungen des Auslandes dem inländischen Richter nicht immer bekannt sein werden. Ein stets ausreichendes Mittel zur Feststellung der Echtheit ist, falls der Richter einen besonderen Beweis für erforderlich hält, die diplomatische Beglaubigung, welche durch einen Gesandten oder Konsul des Deutschen Reichs erfolgt, wodurch zugleich die Zuständigkeit der ausländischen Behörde oder Urkundsperson zur Gewißheit gebracht wird (vgl. Reichsges. v. 8. November 1867 § 14).

Ueber die Echtheit der im Original vorzulegenden Privaturkunde hat sich der Gegner nach § 391 gleichwie über Thatfachen (§ 125) zu erklären. Die Folge der unterbliebenen Erklärung bestimmt der § 391 Abs. 3 im Anschlusse an den § 125

| S. 272.

Abf. 3. Die bestrittene Echtheit einer Privat-urkunde ist zu beweisen; auf diesen Beweis finden die allgemeinen Vorschriften Anwendung. Der im gemeinen und preußischen Rechte, auch nach Hannover §§ 337 ff. geltende Diffessionseid — ein „Bruchstück der altdeutschen Reinigungseide“ (vgl. Orloff, Abhandl. und Rechtsfälle I. S. 1 ff.) — paßt nicht in das Beweisystem des Entwurfs. Da der Diffessionseid überdies nicht den Vortheil bietet, das Beweisverfahren zu vereinfachen, so ist er vom Entwurf in Uebereinstimmung mit dem franz. Rechte — Code civ. art. 1323 — dem österr. Rechte und den meisten neueren Gesetzgebungsarbeiten beseitigt (vgl. Oldenburg Art. 188, Baden § 424, Württemberg Art. 561, Bayern Art. 371, preuß. Entw. § 438 und Mot. S. 100, hannov. Prot. S. 2565 bis 2569, nordd. Prot. II. S. 981, Orloff a. a. D. S. 92—94).

Wenn sich unter der vorgelegten Privaturkunde eine Namensunterschrift befindet, so ist nach § 391 Abs. 2 die Erklärung auf diese Unterschrift zu richten. Ist die Echtheit der Unterschrift durch Anerkenntniß des Ausstellers oder durch Beweis festgestellt, so wird nach § 392 Abs. 2 die über der Unterschrift stehende Schrift als echt vermuthet (preuß. A. G. D. I. 10, § 136, Hannover. § 329, Württemb. Art. 558, 560, Baden §§ 413—415, preuß. Entw. § 436, hannov. Entw. §§ 401, 402, nordd. Entw. §§ 604, 605). Diese Vorschriften vereinfachen das Verfahren und sind zur Sicherung des Verkehrs erforderlich. Mit dem hannov. Entw. und der württemb. Proz. Ordn. diese Bestimmungen auf die unter der Urkunde befindlichen Handzeichen auszu dehnen, ist bedenklich, weil dieselben in der Regel der individuellen Erkennbarkeit entbehren. Dagegen ist die Vermuthung des § 392 Abs. 2 auf die mit einem notariell oder gerichtlich beglaubigten Handzeichen versehenen Privaturkunden erstreckt, da der § 368 derartige Handzeichen der Unterschrift gleichstellt.

Daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des Nachweises eines Mißbrauchs der Unterschrift — z. B. preuß. A. L. R. I. 13, § 113 — unberührt bleiben, ist als selbstverständlich angesehen.

Die Echtheit oder Unechtheit öffentlicher und Privaturkunden kann durch alle zulässigen Beweismittel erwiesen, insbesondere kann der Beweis der Echtheit oder Unechtheit nach § 393 Abs. 1 auch durch Schriftvergleichung geführt werden.

Der praktische Werth der Schriftvergleichung ist freilich vielfach bestritten. Es fehlt aber an einem durchschlagenden Grunde, dieses von allen Prozeßordnungen anerkannte Institut zu beseitigen. Eingehender Vorschriften über das Verfahren bedarf es nicht. Der Entwurf giebt in den §§ 393, 394 nur Bestimmungen über die Beschaffung der Vergleichungschriften und über das Ergebnis der Beweisaufnahme.

Die Vergleichungsstücke kann der Beweisführer vorlegen oder auf dem Wege des § 384 — vgl. preuß. Entw. § 460, Mot. S. 103 — beschaffen. Er kann aber auch deren Vorlegung gegen den Prozeßgegner und gegen Dritte beantragen. Der Editionsantrag wider den Gegner hält das Verfahren nicht erheblich auf, weil derselbe entweder die zur Vergleichung geforderte Urkunde vorlegen wird oder den Editionsseid des § 378 ableistet. Für den Fall der Verweigerung der Vorlegung, bezw. des Eides mußte — vgl. Württemb. Art. 563, hannov. Entw. § 405, auch

| S. 273.

Baden § 427, preuß. Entw. § 461 — das Präjudiz dahin festgestellt werden, daß der Echtheitsbeweis als geführt gilt. Das Editionsverfahren gegen Dritte zur Be-

Schaffung der Vergleichsstücke kann zwar den Prozeß verzögern; es erschien aber ungerath, dasselbe gänzlich auszuschließen.

Der § 394 — vgl. preuß. A. G. D. I. 10, § 155, Hannov. § 335, Baden § 428, Württemb. Art. 564, Bayern Art. 377, preuß. Entw. § 457, hannov. Entw. § 403 — bestimmt ein Doppeltes; zunächst aus den im Eingange der Motive zum achten Titel dieses Buchs hervorgehobenen Gründen, daß das Gericht nicht verpflichtet ist, Sachverständige zur Schriftvergleichung zuzuziehen (sächsl. Entw. § 692); sodann, daß das Gericht das Ergebnis der Schriftvergleichung frei würdigt. Das Gericht kann daher auf Grund der Schriftvergleichung die Echtheit für erwiesen annehmen, ohne verpflichtet zu sein, wie es das gemeine Recht, Hannov. § 335 a. E. und Bayern Art. 382 vorschreiben, noch auf einen Ergänzungs Eid zu erkennen.

Der Code de proc. art. 200 und die bayer. Proz. Ordn. Art. 379 lassen zur Benutzung bei der Schriftvergleichung nur bestimmte Arten von Schriftstücken zu. Diese Beschränkung entbehrt der Begründung (vgl. Planck, Krit. Vierteljahresschrift IV. S. 569, 270) und ist daher von dem franz. Entw. aufgegeben (vgl. nordd. Prot. II. S. 982, 983).

Die preuß. A. G. D. I. 10, § 151, Code de proc. art. 206, Hannov. § 335, Baden § 427, Bayern Art. 380 und der preuß. Entw. § 461 gestatten, daß der Aussteller der Urkunde angehalten werden kann, zum Zwecke der Herstellung eines Vergleichungsstückes eigenhändig etwas zu schreiben. In Uebereinstimmung mit dem hannov. Entw. (vgl. hannov. Prot. XV. S. 5761) und dem nordd. Entw. (vgl. nordd. Prot. II. S. 984) hat sich der Entwurf gegen die Aufnahme einer derartigen Prozedur erklärt, da dieselbe nicht nur anomal ist, sondern auch erfahrungsmäßig kein Ergebnis von praktischem Werthe liefert.

### § 396. (R. B. § 396, G. § 409.)

Ähnliche Bestimmungen, wie sie der § 396 enthält, haben das preuß. Recht (A. L. R. I. 5, § 170, A. G. D. I. 10, § 120), die neueren deutschen Prozeßgesetze und Entwürfe. Die Quelle aller dieser Bestimmungen ist das gemeine Recht (vgl. Briegleb: Vermischte Abhandl. I. S. 96 ff.). So weit wie die Ansichten der gemeinrechtlichen Doktrin, gehen auch die Vorschriften der deutschen Gesetzgebungsarbeiten auseinander.

1. Die Proz. Ordn. v. Hannover § 309, Baden § 410, Bayern Art. 393, Württemberg Art. 555, der preuß. Entw. § 433 und der hannov. Entw. § 399 stellen dem dolus die culpa gleich. Diese Gleichstellung erscheint nicht gerechtfertigt, da es sich um eine — der Vorschrift des Reichsstrafgesetzbuchs § 274 Nr. 1 parallel laufende — prozessuale Strafbestimmung handelt. Der Entwurf hat daher im Anschlusse an den nordd. Entw. § 600 die Vorschrift des § 396 auf den Fall der dolösen Beseitigung und Unbrauchbarmachung von Urkunden beschränkt (vgl. nordd. Prot. II. S. 971—973).

2. Die Proz. Ordn. v. Baden § 410, Hannover § 309 und der hannov. Entw. § 399 verlangen außer dem Beweise des dolus oder der culpa noch den Eid des Beweisführers, daß die von ihm über Beschaffenheit und Inhalt der Urkunde gemachten Angaben auf Wahrheit beruhen, um der Gefahr entgegenzutreten, daß der Beweisführer unahmre, wegen der Beseitigung oder Unbrauchbarmachung der Urkunde nicht mehr kontrollirbare Angaben mache (hannov. Prot. XV. 5752). Diese Vorschrift | S. 274. entspricht nicht dem von dem Entwurf angenommenen Grundsätze der freien Beweiswürdigung. Der Entwurf hat daher in Uebereinstimmung mit der Proz. Ordn. v. Bayern und Württemberg, sowie mit dem preuß. und nordd. Entw. dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, ob die eidliche Erhärtung der von dem Gegner über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde aufgestellten Behauptungen zu fordern sei oder nicht (vgl. § 419).

In Frage konnte kommen, ob nicht aus Rücksicht auf den Inhalt des Editionseides (§ 378) dasselbe Präjudiz wie im Falle des § 379 festzusetzen, — oder die Vorschrift des § 396 aufzugeben sei. Beides mußte indessen bedenklich erscheinen, da sich die Fälle der §§ 379 und 396 nicht vollständig decken (vgl. nordd. Prot. II. S. 972).

## Zehnter Titel.

## Beweis durch Eid.

§§ 397—421. (R. V. §§ 397—421, G. §§ 410—439.)

Die gesetzlichen Vorschriften über den Beweis durch Eid und die praktische Anwendung derselben gehören zu den Punkten des deutschen Prozeßrechts, deren Reform mit großer Uebereinstimmung verlangt wird. Die in dieser Materie bestehenden Mißstände, welche als „Nothstand des Eidesrechts“ bezeichnet sind, haben mehrfach zu dem radikalen Vorschlage geführt, den Beweis durch Eid in der überlieferten Form gänzlich zu beseitigen und durch die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien zu ersetzen.

Der Vorschlag knüpft an die Rechtsentwicklung in England an.

Dem englischen Rechte ist der Parteieid unbekannt. Einen Ersatz hat die neuere englische Gesetzgebung dadurch geschaffen, daß sie die eidliche Vernehmung der Parteien als Zeugen gestattet. Durch die County Court Act 9 et 10, Vict. c. 95 für das Verfahren vor den County Courts eingeführt, hat sich die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien so vorzüglich bewährt, daß sie durch Stat. 14 et 15 Vict. c. 99 auf das Verfahren vor den höheren Gerichtshöfen (von Klagen wegen Ehebruchs und Bruchs des Verlöbnißes abgesehen) ausgedehnt worden ist (Best, Law of Evidence Ed. IV., 1866, pag. 236 sequ.). Auch in das nordamerikanische Prozeßrecht, z. B. in das Prozeßrecht des Staates New-York, hat sie Eingang gefunden und ist durch das österr. Gesetz vom 27. April 1873 über das Verfahren in geringfügigen Rechts-sachen §§ 53 ff. für den Bereich des Bagatellverfahrens in das österr. Prozeßrecht aufgenommen.

Die Einführung dieser Prozeßinstitution in das deutsche Prozeßrecht ist ebenso lebhaft befürwortet (Glaser, gesammelte kleinere Schriften über Strafrecht, Civil- und Strafprozeß, Wien, 1868, II. S. 449 ff.; v. Bar, Recht und Beweis im Civilprozeß S. 149—161 und Gutachten in den Verhandl. d. achten deutschen Juristentages I. S. 12 ff.), als bekämpft worden (Mot. zur bayer. Civilprozeßordn. S. 589; Schmitt, in den Verhandl. des achten deutschen Juristentages I. S. 39 ff.; Osterloh, Gutachten über den nordd. Entw. S. 117 ff.; Wach, Krit. Vierteljahrsschrift XIV. S. 365 ff.). Gegen die Einführung haben sich der achte deutsche Juristentag (Verhandl. desselben II. S. 254—317, 326—329) und die norddeutsche Prozeßkommission (Prot. II. S. 996, 997) ausgesprochen.

§ 275.

Verteidigt wird der Vorschlag, die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien in das deutsche Prozeßrecht aufzunehmen, als eine Konsequenz des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, als ein Mittel zur Erforschung materieller Wahrheit, als ein Ersatz für die Beseitigung des Ignoranz- und Glaubenseides, als eine geeignete Maßregel, die Nachtheile und die Schwierigkeiten zu heben, welche durch die richterliche Formulirung der Eide, durch die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides bei Streitgenossen, bei gesetzlichen Vertretern oder bei Personen, die wegen Meineids bestraft sind, und durch den Wegfall des Schwurpflichtigen vor Leistung des Eides entstehen können. So gewichtig auch diese Argumente sind, so läßt sich doch andererseits nicht verkennen, daß die Institution mit der deutschen Rechtsanschauung unvereinbar ist, daß sie zu einer dem Wesen des deutschen Civilprozesses widersprechenden Inquisition führen muß, daß sie den Richter in die Lage bringt, auf die Persönlichkeit und das Benehmen der Partei mehr Gewicht zu legen, als gerecht sein würde, daß sie endlich unlösbare Verwickelungen zur Folge hat, wenn beide Parteien zeugeneidlich vernommen werden, so daß Eid gegen Eid steht. Der Entwurf hat daher Anstand nehmen müssen, den Parteieid aufzuheben und demselben die zeugeneidliche Vernehmung der Parteien zu substituiren — um so mehr, als einerseits mit Sicherheit erwartet werden darf, daß in Folge der Mündlichkeit des Verfahrens und der freien Beweiswürdigung eine Minderung der Eidesleistungen in erheblichem Maße eintreten wird, es andererseits aber möglich ist, den Gebrechen des Beweises durch Eid ohne Bruch mit der deutschen Rechtsentwicklung abzuheben, also in organischer Anlehnung

an das bestehende Recht alle nothwendigen Reformen auf dem Gebiete des Beweises durch Eid zu vollziehen.

Eine partielle Einführung der zeugeneidlichen Vernehmung hat die Prozeßordnung von Bayern versucht. Die Vorschriften derselben (vgl. insbesondere Art. 455, 456) lassen sich dahin zusammenfassen: der Schwurpflichtige muß gleich einem Zeugen eine zusammenhängende Erzählung des Sachverhalts geben, etwaige Lücken seiner Erzählung auf Veranlassung des Vorsitzenden ergänzen und, nachdem auf Grund seiner Erzählung der Eidesatz definitiv festgesetzt worden ist, schwören, daß er nichts Weiteres als das Angeführte gethan oder wahrgenommen habe, bezw. daß er nichts Weiteres wisse oder eines Weiteren sich nicht erinnere u. s. w. Diesen Vorschriften steht nicht nur die Mehrzahl der Einwände, welche die Institution selbst betreffen, sondern auch das Bedenken entgegen, daß sie mit der als Regel festzuhaltenden Auf-erlegung des Eides durch Endurtheil unvereinbar sind.

Die §§ 397—418 handeln von dem zugeschobenen Eide, während sich die §§ 419—421 mit dem richterlichen Eide beschäftigen.

Der heutigen Rechtsanschauung entsprechend, faßt der Entwurf den zugeschobenen Eid (Schiedseid, serment décisoire, Code civ. art. 1357; Haupteid, Baden § 521) als Beweismittel auf. Diese Auffassung ist indessen nicht mit voller Konsequenz durchgeführt, da es sich aus Zweckmäßigkeitsgründen empfahl, bei der Regelung einzelner Bestimmungen dem römisch-rechtlichen Gesichtspunkte von der Vergleichsnatur des Eides Einfluß zu gestatten.

Aus dem Charakter des Eides als eines Beweismittels folgt der in der neueren Theorie und Praxis, sowie von den neueren Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen anerkannte Grundsatz, daß der Eid nicht über Rechtsverhältnisse, sondern nur über Thatfachen zugeschoben werden kann.

Der

| S. 276.

### § 397 (R. B. § 397, G. § 410)

zieht diese Konsequenz. Gleichgültig ist, ob die Thatfachen äußere oder innere (z. B. bona oder mala fides, vgl. Württemberg Art. 573, Bayern Art. 458) sind — oder wie Württemberg Art. 573 cit. es ausdrückt:

„über bloßes Glauben oder Nichtglauben findet, sofern nicht gerade dieses die zu erweisende Thatfache ausmacht, die Eideszuschreibung nicht statt.“

Gleichgültig ist ferner, ob die Thatfachen für die Entscheidung unmittelbar oder nur mittelbar erheblich sind (nordd. Prot. II. S. 1004, 1005). Dagegen müssen die Thatfachen in Gemäßheit der weiteren Bestimmung des § 397:

..... über Thatfachen ..... welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen, oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind,“

facta propria des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder seiner Vertreter gewesen sein. Durch diese Beschränkung bezweckt der Entwurf, die Nebelstände zu beseitigen, welche im Geltungsgebiete des gemeinen und preußischen Prozeßrechts durch eine zu weit ausgedehnte Zulassung der Eidesdelation hervorgerufen sind, und in diesen Gebieten zu den lebhaftesten Klagen Veranlassung gegeben haben. Die schrankenlose Gestattung der Eideszuschreibung über facta aliena macht es unvermeidlich, daß täglich Eide über Thatfachen geschworen werden, welche dem Schwörenden völlig unbekannt sind und für deren Richtigkeit durch die Eidesleistung nicht das Mindeste bewiesen wird, daß Personen, deren Gewissen ein zartes ist, in die größte Bedrängniß gerathen, und Personen mit weitem Gewissen zu leichtsinnigen Eidesleistungen verleitet werden (Mot. z. preuß. Entw. S. 115, v. Bar, Schmitt und Becker in den Verhandl. des achten deutschen Juristentages I. S. 47 ff. 62 ff., II. S. 255). So wünschenswerth es hiernach auch sein würde, im Anschlusse an das Votum des achten deutschen Juristentages (Verhandl. desselben II. S. 317, 329), die Eideszuschreibung über facta aliena gänzlich zu beseitigen, so erscheint doch ein solches Vorgehen den Anforderungen des Verkehrs gegenüber nicht durchführbar. Selbst die nordd. Kommission sah sich trotz ihrer energischen Opposition gegen die Eideszuschreibung über facta aliena genöthigt, zum Beweise der Echtheit einer Privaturkunde die Eideszuschreibung darüber zu gestatten, daß die Urkunde von dem Rechtsvorgänger oder

Vertreter des Gegners ausgestellt sei (§ 610 nordd. Prot. II. 997—999, 1001, 1010, 1011, 1013, 1014). Dieser eine Fall deckt aber die unabweisbaren Bedürfnisse des Rechtslebens nicht. Um dieselben vollständig zu befriedigen, war es notwendig, die Eideszuschreibung über facta aliena in dem Umfange zuzulassen, wie es durch § 397 geschehen ist. Denn häufig wird es der Partei unmöglich sein, sich über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger und Vertreter ihres Gegners andere Beweismittel zu verschaffen. In diesen Fällen — oder wenn die vorhanden gewesenen Beweismittel ohne Schuld der Partei verloren gegangen sind, würde die letztere bei Ausschluß der Eidesdelation zur wirksamen Verfolgung begründeter Rechtsansprüche außer Stande sein. Der Ausschluß der Eidesdelation würde mithin die beweispflichtige Partei in eine unverhältnißmäßig ungünstige Lage bringen und dem Gegner Vortheile zuwenden, auf welche er im Vergleich zu Personen, die ohne Vertreter gehandelt haben, oder die nicht als Rechtsnachfolger auftreten, keinen Anspruch hat.

§ 277. Ganz abgesehen davon ist der Gegner regelmäßig in der Lage und außerdem auch verpflichtet, über die betreffenden Thatsachen nähere Erkundigung einzuziehen, um sich über ihre Wahrheit eine Ueberzeugung zu verschaffen (vgl. Mot. 3. preuß. Entw. S. 116). Diese Momente rechtfertigen es, wenn gleich der Delat nicht direkt die Thatsache selbst, sondern nur die in Betreff derselben von ihm erlangte Ueberzeugung beschwören kann (§ 410), seinen Eid in der Wirkung einem Eide de veritate gleichzustellen und gegen ihn denselben Zwang wie bei einer Eideszuschreibung über eigene Handlungen und Wahrnehmungen eintreten zu lassen (§ 404). Auch das französische Recht (Code civ. art. 1359) läßt die Eideszuschreibung nur über ein fait personnel des Gegners zu, gestattet aber — trotz des geringen Umfanges, welchen der Eidesbeweis im französischen Prozesse wegen des Prinzips der Souveränität der Gerichte und wegen des Ueberwiegens des Urkundenbeweises einnimmt (Regnard, de l'Organisation judiciaire pag. 355) — ausnahmsweise in den Fällen des Code civ. art. 2275 und des Code de commerce art. 189 die Eideszuschreibung über Handlungen des Rechtsvorgängers. Diese Auffassung ist unter Verallgemeinerung der Ausnahmen in den preuß. Entw. § 510 und in die Prozeßordn. für Baden § 530 und für Bayern Art. 454 übergegangen. Dagegen halten (in Uebereinstimmung mit Zimmermann, der Glaubenseid S. 418 ff.) der hannov. Entw. § 408 (vgl. Prot. VIII. S. 2795 bis 2811, XV. S. 5786—5792) und Württemberg Art. 571 (Mot. zu den Art. 575 bis 577 des württemb. Entw.) an der gemeinrechtlichen Grundlage fest.

Die Bedeutung der Ausdrücke „Rechtsvorgänger“ und „Vertreter“ im § 397 ist nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurtheilen; unter „Vertreter“ ist derjenige zu verstehen, für dessen Handlung die Partei haftet.

Der

### § 398 (R. B. § 398, G. § 411)

enthält den von allen Gesetzgebungen anerkannten Grundsatz, daß eine Eideszuschreibung über Thatsachen unzulässig ist, in Betreff deren bereits rechtliche Gewißheit vorliegt. Mag die unter Eidesbeweis gestellte Thatsache von dem Gerichte für erwiesen oder für widerlegt erachtet werden — Württemberg Art. 574 Nr. 1 —, für den anhängigen Prozeß ist diese Thatsache nicht mehr streitig und daher nicht mehr fähig, als Gegenstand einer ferneren Beweisaufnahme zu dienen.

Erwogen ist die Frage, ob mit Bayern Art. 457 Nr. 1 und mit dem preuß. Entw. § 511 Nr. 1 die Eideszuschreibung über eine strafbare Handlung des Gegners ausgeschlossen werden solle. Für die Ausschließung des Eides sprechen die dem Delaten drohende Verurteilung zum Meineide und die Analogie der Befreiung des Reinigungseides im Strafverfahren. Dem Entwurf erschienen diese Gründe indessen nicht ausreichend; in Uebereinstimmung mit dem gemeinen und preußischen Prozeßrechte, sowie mit den übrigen neueren Gesetzgebungsarbeiten hat er für die Zulassung des Eides entschieden. Im Falle einer strafbaren Handlung ist der Eid vielfach das einzige Beweismittel für den civilrechtlichen Anspruch. Die Kollision zwischen Gewissen und Interesse kann für den Schwurpflichtigen auch in anderen Fällen durch den drohenden Verlust des Streitobjekts in gleicher Stärke entstehen, und jedes Bedenken muß schwinden, wenn in Betracht gezogen wird, daß dem Gerichte durch die ihm eingeräumte Befugniß zur Aussetzung der Verhandlung bis zur

Erledigung des Strafverfahrens (§ 134) die Möglichkeit eröffnet ist, für den Fall der Verurtheilung des Beklagten im Strafprozeß den Eid in Wegfall zu bringen, | S. 278.  
für den Fall der Freisprechung aber dem Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Schwurpflichtigen die Basis zu entziehen (vgl. nordd. Prot. II. S. 1025).

In Konsequenz mit der für das gemeine Prozeßrecht von dem Reichs-Oberhandelsgerichte (Entscheid. III. S. 323 ff.) vertheidigten Anschauung, mit der preuß. A. G. D. I. 10. § 284 und mit neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen (vgl. Württemberg Art. 570, Motive zu Art. 573 des württemb. Entw., nordd. Prot. II. 1026, 1027) hat der Entwurf in Betreff der Eideszuschreibung die wegen Meineides verurtheilten Personen anderen eidesfähigen Delaten gleichgestellt. Es tritt hier die Eigenschaft des Schiedseides als eines Vergleichsmittels in den Vordergrund: der Deferent, nicht das Gesetz, hat zu entscheiden, ob dem wegen Meineides Verurtheilten das Vertrauen zu schenken sei, daß er nicht von Neuem einen Meineid leisten werde.

Die Vorschrift Württemberg Art. 575:

„Die Gerichte sind befugt, Eidesanträge über Thatumstände, welche nicht nur auf keine Weise beschneitigt sind, sondern auch als ganz unwahrscheinlich sich darstellen, nach sorgfältiger Erwägung aller Umstände als muthwillig zu verwerfen“

ist ebenso wie die analoge Bestimmung des hannov. Entw. § 430:

„Ist der Eid über eine Thatfache zugeschoben worden, über welche eine Beweisführung durch andere Beweismittel stattgehabt hat und stellt sich diese Thatfache nach dem Ergebnisse der Beweisführung als ganz unwahrscheinlich dar, so kann das Gericht in sorgfältiger Erwägung aller Umstände die Eideszuschreibung auch dann verwerfen, wenn der Eid bereits angenommen oder zurückgeschoben ist“

in den Entwurf nicht aufgenommen. Beide Vorschriften sind bei freier Beweiswürdigung überflüssig und im Allgemeinen wenig geeignet, den angestrebten Zweck, frivole Eideszuschreibungen auszuschließen, in angemessener Weise zu erreichen (vgl. hannov. Prot. VIII. S. 2966 ff., XV. 5812—5825, nordd. Prot. II. S. 1026).

### § 399. (R. B. § 399, G. § 412).

Nach dem Entwurf kann jede Partei über jede streitige und erhebliche, den Vorschriften der §§ 397, 398 entsprechende Thatfache den Eid zuschieben. Wird nun aber bezüglich einer Thatfache Beweis von beiden Theilen durch Eideszuschreibung angetreten, so fragt es sich, welche dieser beiden Eideszuschreibungen zu berücksichtigen ist. Der Entwurf beantwortet diese Frage dahin, daß die Beweispflicht maßgebend ist, daß mithin nur die Eideszuschreibung der beweispflichtigen Partei Berücksichtigung finden soll. Es ergeben sich indessen noch weitere Fragen, deren Entscheidung wegen ihrer praktischen Wichtigkeit wünschenswerth erscheint:

- 1) kann eine Partei den Eid unter der Bedingung zuschieben, daß ihr die Beweislast obliege?
- 2) ist die Absicht, die Eideszuschreibung von dieser Bedingung abhängig machen zu wollen, zu vermuthen?

Beide Fragen bejaht der Entwurf, indem er bestimmt:

Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschreibung nicht die Beweispflicht.

Uebereinstimmend ist die Frage sub. 1 von dem preuß. Entw. § 512 und von dem nordd. Entw. § 613 beantwortet.

### § 400. (R. B. § 404a, G. § 418.)

Der nordd. Entw. hatte im § 612 bestimmt:

„Der Partei, welche den ihr obliegenden Beweis einer Thatfache durch andere Beweismittel als durch Eideszuschreibung angetreten hat, kann von dem Gegner der Eid über die Unwahrheit dieser Thatfache zugeschoben werden. In diesem Falle findet die beantragte anderweite Beweisaufnahme nicht statt.“

und im Anschlusse hieran im § 613 Abs. 1 und § 621 Abs. 4 vorgeschrieben:

„Die Zuschreibung des Eides neben der Bezeichnung anderer Beweismittel oder für den Fall, daß die Aufnahme eines anderen Beweises kein oder kein genügendes Ergebnis haben sollte, ist unzulässig.“

„Die Gewissensvertretung findet nicht statt.“

Diese Bestimmungen waren von einer eminent praktischen Bedeutung. Indem sie nicht nur die eventuelle Eidesdelation und die Gewissensvertretung beseitigten, sondern auch dem Gegner des Beweisführers die Befugniß ertheilten, durch Zuschreibung des Eides die Aufnahme der geltend gemachten anderen Beweismittel abzuschneiden, eröffneten sie jeder Partei die Möglichkeit, soweit eine Eideszuschreibung als zulässig anerkannt war, den Ausgang des Prozesses von der Leistung eines oder mehrerer Eide abhängig zu machen, mithin den Prozeß in einem solchen Maße zu vereinfachen, daß Prozeßverschleppungen ausgeschlossen erschiene und boten dadurch ein zwar drastisches, aber ungemein wirksames Korrektiv gegen die Nachteile, welche man von der Beseitigung der Eventualmaxime befürchtet (nordd. Prot. II. S. 1002, 1003, 1028, 1034, 1035, 1050, 1051, III. S. 1126, 1127).

Ungeachtet dieser großen Vorzüge hat der Entwurf Bedenken getragen, sich dem Vorgange des nordd. Entw. anzuschließen. Er hat

1) die — in Deutschland bisher nur durch das sächsische Prozeßrecht und durch Braunschweig § 88 ausgeschlossene — Kumulation des Eides mit anderen Beweismitteln, die eventuelle Eidesdelation, wieder hergestellt, — im Anschlusse an das gemeine und preuß. Prozeßrecht, an Hannov. § 293, Oldenb. Art. 178 § 1, Baden §§ 390, 531, Württemb. Art. 199, 579, Bayern Art. 327, den hannov. Entw. § 434, preuß. Entw. § 512, österr. Entw. § 450, sowie in Uebereinstimmung mit dem Votum des achten deutschen Juristentages (Verhandl. desselben II. S. 317, 329).

Das Verbot der Verbindung des Eidesantrags mit anderen Beweismitteln gefährdet in bedenklicher Weise die Rechte der beweispflichtigen Partei, wenn die von ihr in gutem Glauben vorgeschlagenen Beweismittel, z. B. Zeugen wegen des falschen oder unbestimmten Inhalts ihrer Aussagen, nicht zu dem erwarteten Ergebnisse führen. Der Partei, welche neben andern Beweismitteln den Eid deferirt, kann man nicht, wie in der nordd. Prozeßkommission geschehen, ein gedankenloses Handeln vorwerfen, da sie nicht in der Lage ist, das Ergebnis der prinzipialen Beweisaufnahme mit Sicherheit vorauszusehen. Erfahrungsmäßig veranlaßt ferner das Verbot der Kumulation in höherem Grade, als die Gestattung derselben die Häufung des Eidesbeweises. Denn es liegt nahe, daß bei der Unzulässigkeit der Kumulation die beweispflichtige Partei von anderen ihr zu Gebote stehenden Beweismitteln nur dann Gebrauch machen wird, wenn sie dieselben für unbedingt und vollständig beweisend hält, daß sie dagegen

| S. 280.

falls sie in dieser Hinsicht irgend welche Zweifel hegt, in den meisten Fällen sofort das Beweismittel der Eideszuschreibung wählen wird. So erklärt sich die von Osterloh, Gutachten über den nordd. Entw., Leipzig 1870 S. 125, bezeugte Thatsache, daß im Königreich Sachsen fast alle Prozesse ihre Erledigung in einem oder mehreren Eiden finden. Die wohlmeinende Absicht des Gesetzes, durch Verbot des eventuellen Eides die Zahl der Eide zu mindern, hat den entgegengesetzten Erfolg gehabt, und es bringt der sächs. Entw. § 480 wiederum die Gestattung des eventuellen Eides in Vorschlag.

Entscheidet sich der Gesetzgeber für die Beibehaltung der eventuellen Eidesdelation, so ist er genöthigt, den zugeschobenen Eid ganz allein als subsidiäres Beweismittel anzuerkennen, also generell auszusprechen, daß der zugeschobene Eid beim Zusammentreffen mit anderen Beweismitteln, mögen diese anderen Beweismittel von dem Deferenten oder von dem Delaten geltend gemacht sein, in die zweite Linie zu treten habe. Diese Konsequenz fordert die Rücksicht auf Verminderung der Eide und auf die Rechtsgleichheit der Parteien; wie der Deferent, so muß auch der Delat das Recht haben, trotz der erfolgten Eideszuschreibung alle ihm zu Gebote stehenden Beweismittel dem Gerichte vorzulegen. Dem entsprechend hat der Entwurf

2) gestattet, daß bezüglich einer Thatsache, deren Beweis von der einen Partei durch Eideszuschreibung angetreten ist, auch von der anderen Partei Beweis durch andere Beweismittel angetreten werden kann, und hat hieran die weitere Vorschrift geknüpft, daß der Eid, wenn die andere Partei von dieser Befugniß Gebrauch macht, nur für den Fall als zugeschoben gilt, daß die Anretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.

Vermieden ist der Ausdruck „Gewissensvertretung.“ Der dem gemeinrechtlichen

Institute der Gewissensvertretung zu Grunde liegende Gedanke ist angenommen. Nur der Gedanke selbst durfte im Gesetze zum Ausdruck gelangen, die Gewissensvertretung als besonderes Institut konnte keine Aufnahme finden, da sie als solches bei dem von dem Entwurf angenommenen System nicht nur überflüssig, sondern auch irreführend ist, wie bereits bei den Debatten in der hannov. Kommission (Prot. VIII. S. 2904—2920) überzeugend nachgewiesen worden ist. Insbesondere ist zu besorgen, daß im Falle der Charakterisirung der Befugniß des Delaten zur Geltendmachung der ihm zu Gebote stehenden Beweismittel als Gewissensvertretung, Doktrin und Praxis geneigt sein werden, an die Gewissensvertretung, wie sie sich in dem gemeinen und preußischen Prozeßrechte entwickelt hat, anzuknüpfen und die zahllosen Kontroversen zu vereinen, welche die Gewissensvertretung zu einem der bedenklichsten Prozeßinstitute machten. Es war nicht gerechtfertigt, daß sich der preuß. Entw. § 513 (Motive S. 117) durch derartige Besorgnisse verleiten ließ, mit der Gewissensvertretung als selbstständigem Institute den derselben zu Grunde liegenden Gedanken selbst aufzugeben. Uebersehen war, daß die korrekte Fassung des Gedankens, wie sie der Entwurf hat, die Möglichkeit ausschließt, daß alle jene Kontroversen in einem den Grundlagen nach völlig verschiedenen Prozeßverfahren fortleben können.

Die Vorschrift des § 400 steht mit den Bestimmungen des hannov. Entw. § 434 und der württemb. Proz. Ordn. Art. 579 im Einklang.

Uebereinstimmend mit dem Code civil art. 1362, Baden § 539, Bayern Art. 459 und mit dem nordd. Entw. § 614 wendet der Abs. 1 des

#### § 401 (R. B. § 401, G. § 413)

§ 281.

das allgemeine Prinzip des § 397 auf die Zurückziehung des Eides an. Daneben bestimmt der Abs. 2 — gleich Hannov. § 297, Braunschw. § 88, Oldenb. Art. 179 § 1, Württemb. Art. 481, hannov. Entw. § 435, nordd. Entw. § 614 — die Unzulässigkeit der Relation des Eides, wenn nur der Delat den Wahrheitseid leisten kann.

Der

#### § 402 (R. B. § 402, G. § 414)

entscheidet die Frage über die Zulässigkeit der Zuschreibung und Zurückziehung des Eides an Rechtsvorgänger (Autor, Sedent) und Vertreter einer Partei, eine Frage, welche rüchichtlich des Sedenten im preuß. Prozesse durch die A. G. D. I. 10. § 279, I. 17. § 26 nicht klar entschieden und daher bestritten ist (vgl. v. Rönne, Ergänzungen Ed. V. Bd. III. S. 266), in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der neueren deutschen Prozeßgesetze und Prozeßgesetzentwürfe (Oldenb. Art. 177, Württemb. Art. 570, Bayern Art. 449, preuß. Entw. § 513, hannov. Entw. § 411, nordd. Entw. § 615, öfter. Entw. § 430) verneinend, was ohne Bedenken ist, weil der Entwurf in § 338 Nr. 4 die Rechtsvorgänger und Vertreter einer Partei zur Zeugenaussage über ihre Handlungen bezüglich des streitigen Rechtsverhältnisses verpflichtet. Der § 402 schließt ferner — im Widerspruch mit Baden §§ 527, 528, 123, aber konform den Grundfäßen der §§ 64, 65 — die Nebenintervenienten und die in Folge der Streitverkündung dem Prozesse beigetretenen Dritten von dem Eidesbeweise aus, insofern nicht der Dritte als Streitgenosse der Hauptpartei gilt (§ 66). Ueber die Zuschreibung und Zurückziehung von Eiden an den gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei bestimmt der § 417.

#### §§ 403—406. (R. B. §§ 403—416, G. § 416—423.)

Nach § 403 erfordert die Eideszuschreibung nur die Erklärung, daß dem Gegner über die bestimmt zu bezeichnende Thatsache der Eid zugeschoben werde (hannov. Entw. § 432, nordd. Entw. § 620). Die Individualisirung der unter Eidesbeweis gestellten Thatsachen wird der Deferent am einfachsten durch Aufstellung einer Eidesnorm bewirken können. Zuweit geht es, wenn der preuß. Entw. § 307, Hannov. § 392 und Baden §§ 533, 536 dem Beweisführer zur Pflicht machen, eine Eidesnorm vorzulegen, die badische Proz. Ordn. sogar unter Androhung des Verlustes des Beweismittels.

Nach dem System des Entwurfs ist es ohne ausdrückliche Vorschrift selbst-

verständlich — nordd. Prot. II. S. 1028 —, daß die Erklärung des Delaten auch in einem späteren Verhandlungstermine bis zum Schlusse der Sache (§ 123 Abs. 4) nachgeholt werden kann.

Der § 404 Abs. 3 bestimmt zur Lösung von Zweifeln, welche insbesondere in der preußischen Praxis bestehen (v. Köne a. a. D. Bd. III. S. 268), als Zeitpunkt der Erklärung über Eide, welche eventuell zugeschoben oder als eventuell zugeschoben anzusehen sind (§ 400), den Termin, in welchem über das Ergebnis der anderen Beweise verhandelt wird. Der Entwurf folgt hierbei der Prozeßordn. v. Württemberg Art. 579 und dem hannov. Entw. § 434. Im Gegenfaze zur preußischen Praxis verlangte der preuß. Entw. § 512, daß sich der Delat auf eine bedingte Eideszuschreibung wie auf eine unbedingte sofort zu erklären habe. Daß eine derartige Vorschrift zur

§ 282. Beschleunigung des Verfahrens beiträgt, läßt sich bezweifeln; unzweifelhaft ist da gegen die Erklärung nutzlos, wenn die prinzipiale Beweisaufnahme vollen Beweis oder Beweis bis zur Auferlegung eines richterlichen Eides ergibt, abgesehen davon, daß dieselbe in zahlreichen Fällen sachgemäß nur abgegeben werden kann, wenn das Ergebnis der anderen Beweise vorliegt.

Der § 405 befreit die von der preuß. A. G. D. I. 10. § 296 und Württemberg Art. 580 verlangte Erklärung des Deferenen über die Annahme des zurückgeschobenen Eides. Aus der Rechtsgleichheit der Parteien (Württemberg. Not. zu Art. 584—587) kann man die Nothwendigkeit einer derartigen Erklärung nicht folgern, da bereits in der Delation mit Nothwendigkeit die Erklärung des Deferenen enthalten ist, den zurückgeschobenen Eid leisten zu wollen. Die Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zurückziehung (§ 401) werden dem Deferenen nicht abgeschnitten; in Ermangelung derselben ist die Erklärung des Deferenen über Annahme des Eides eine inhaltsleere Formalität und Weiltäufigkeit.

Der im § 406 Abs. 2 ausgesprochene, mit der preuß. A. G. D. I. 10. § 301, Bayern Art. 459 und dem preuß. Entw. §§ 516, 517 übereinstimmende — Grundsatz der Unzulässigkeit und Wirkungslosigkeit des Widerrufs der Zuschreibung nach erfolgter Erklärung des Delaten, sowie des Widerrufs der Annahme und der Zurückziehung ist durch die Vergleichsnatur des zugeschobenen Eides und dadurch motiviert, daß einer Prozeßverzögerung und gegenseitiger Schikane thunlichst vorgebeugt werden muß. Die Ausnahmen, welche der Abs. 1 gestattet, sind gerechtfertigt, weil die Zuschreibung oder Zurückziehung voraussichtlich nicht erfolgt sein würde, wenn bereits zur Zeit derselben der Schwurpflichtige wegen wissenschaftlicher Verletzung der Eidespflicht verurtheilt oder dessen Verurtheilung dem Gegner bekannt gewesen wäre. Die Verurtheilung wegen wissenschaftlicher Verletzung der Eidespflicht macht die Eideszuschreibung, wie schon zu § 398 erörtert ist, an sich nicht unzulässig; dagegen berechtigt eine solche Verurtheilung den Gegner, die Delation oder Relation zu widerrufen. Der Ausdruck „wissenschaftliche Verletzung der Eidespflicht“ hat in Ermangelung eines besseren sowohl hier, wie an anderen Stellen des Entwurfs, §§ 411, 415, 421, 519 Nr. 1—3, gewählt werden müssen; der Ausdruck „Meineid“ würde mit Rücksicht auf die Bestimmungen des deutschen Strafgesetzbuchs (§§ 153—163) zu Zweifeln Veranlassung geben können, da nach Maßgabe dieser Vorschriften der Ausdruck „Meineid“ in einem weiteren und in einem engeren Sinne verstanden werden kann, je nachdem er die Fälle des wissenschaftlich falschen Eides und der wissenschaftlich falschen Versicherung an Eidesstatt (§§ 153—158), des falschen Eides (§ 160) und des aus Fahrlässigkeit falsch geleisteten Eides (§ 163) sämmtlich oder nur einzelne derselben umfaßt.

### §§ 407—409. (R. V. §§ 407—409, G. §§ 425—427.)

Die Entscheidung der Frage, ob die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß oder durch Endurtheil anzuordnen ist, wird theils durch die Konstruktion des Verfahrens, theils durch Gründe der Zweckmäßigkeit bedingt. Sie ist daher in den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Entwürfen nicht übereinstimmend erfolgt (vgl. Württemberg Art. 592, 593, Bayern Art. 460, 463, preuß. Entw. §§ 396, 530, hannov. Entw. § 415, nordd. Entw. § 624).

§ 283. Aus Rücksicht auf die Behandlung des Eides als eines subsidiären Beweismittels und auf die im Interesse der Heilighaltung des Eides gebotene Vermeidung nutzloser, widersprechender Eide hat der § 407 die Regel aufgestellt, daß auf Leistung

des Eides durch bedingtes Endurtheil zu erkennen ist, und im Anschlusse hieran vorgeschrieben, daß die Eidesleistung erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils erfolgt. Ausnahmen bestimmt der § 408. Derselbe ertheilt dem Gerichte die Befugniß, nach seinem Ermessen die Leistung des Eides statt durch bedingtes Endurtheil durch Beweisbeschluß anzuordnen (§ 314 Nr. 4):

- 1) wenn die Parteien über die rechtliche Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden sind,
- 2) wenn der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits dient,
- 3) wenn die Entscheidung über einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel von einem Eide abhängt.

Um der Bestimmung des § 131 die volle praktische Bedeutung zu sichern, war es erforderlich, im Falle Nr. 3 auch die Anordnung der Leistung des Eides durch bedingtes Zwischenurtheil zu gestatten. Denn andernfalls müßte vielfach die zur Theilung und Vereinfachung des Stoffes der mündlichen Verhandlung vorweg erfolgte Instruktion und Beweisaufnahme über einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel ohne Nutzen bleiben. Der Natur des Zwischenurtheils als eines Elements des Endurtheils und dem Grundsatz des § 407 Abs. 2 entspricht es, daß die Leistung des durch bedingtes Zwischenurtheil auferlegten Eides erst erfolgt, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreits noch ankomme.

Eine weitere Ausnahme von der Bestimmung des § 407 enthält der § 534 Abs. 4: nach demselben kann im Urkunden- und Wechselprozesse die Leistung eines Eides nur durch Beweisbeschluß angeordnet werden.

Der § 409 Abs. 1 ist allgemein geltendes Prozeßrecht (Preuß. A. G. D. I. 10 § 377, I. 22. § 4, Code de proc. art. 120, Braunschweig § 91, Oldenburg Art. 173 § 2, Württemberg Art. 592). Wie der preuß. Entw. § 543 ausdrücklich hervorhebt, kann insbesondere die Entscheidung des Kostenpunkts dem späteren Urtheile vorbehalten werden (nordd. Prot. II. S. 1009).

Das Endurtheil, welches den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen ausspricht, ist nach § 601 Nr. 3 auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Die Vorschriften des

#### § 410 (R. B. § 406 b, G. § 424)

über die Form, in welcher der zugeschobene Eid normirt wird, steht in Zusammenhang mit dem Verhältnisse des Schwurpflichtigen zu der Thatsache, welche durch den Eid bewiesen werden soll (§ 397).

Daß über eigene Thatsachen und Wahrnehmungen der Schwurpflichtige den Wahrheitseid abzuleisten habe, ist allgemein geltendes Prozeßrecht und wird in § 410 Abs. 1 als Regel aufgestellt, insofern der Schwurpflichtige die betreffende Handlung selbst behauptet oder für sich geltend gemacht hat. Ist die fragliche Behauptung von dem Gegner des Schwurpflichtigen aufgestellt, so hat nach § 410 Abs. 2 — übereinstimmend mit Württemberg Art. 572, Bayern Art. 456 und preuß. Entw. § 520 — das Gericht auf Antrag des Schwurpflichtigen die Befugniß, die Eidesleistung in der Form des Ueberzeugungseides für genügend zu erklären, wenn nach den Umständen des Falles dem Schwurpflichtigen nicht zugemuthet werden kann, die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsache zu beschwören. Gehört z. B. die zum Eide gestellte Handlung oder Wahrnehmung des Delaten einer entfernten Zeit an, oder betrifft sie eine Thatsache, deren Erheblichkeit nicht voraussehen war, so mag die Partei zwar von der Unrichtigkeit der Behauptung des Gegners überzeugt sein, gleichwohl aber Bedenken tragen, die Unrichtigkeit der Thatsache, welche ihrem Gedächtnisse entschwunden und für sie gleichsam zu einer fremden geworden ist, zu beschwören. Die Vorschrift des § 410 Abs. 2 wird dazu beitragen, die Gewissenhaftigkeit zu fördern, und gegen Schitane Schutz verleihen (preuß. Mot. S. 119). §. 284

Wie der Eid zu formuliren sei, wenn er über fremde Handlungen und Wahrnehmungen geleistet werden muß — ob als Ignoranz- oder als Glaubenseid, in positiver oder in negativer Form — ist sehr bestritten (Schneider in Tauchnitz's Zeitschr. für Rechtspflege und Verwaltung f. d. Königreich Sachsen N. F. Bd. 23 S. 193 ff., Zimmermann, Glaubenseid S. 444 ff., Weßell, Ed. III. S. 264 ff.) und in den

neueren Prozeßgesetzen und Prozeßgesetzentwürfen sehr verschieden geregelt. Der Entwurf hat im Anschlusse an den preuß. Entw. § 520 und nordd. Entw. §§ 616, 635 den Eid dahin gefaßt, daß der Schwurpflichtige zu schwören hat: daß er nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei. Für die Verpflichtung zur Leistung des Eides in positiver oder negativer Fassung sind dieselben Momente bestimmend, welche für die Leistung des Eides über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache maßgebend sind. Die gewählte Form des Ueberzeugungseides nimmt auf die Gewissenhaftigkeit des Schwurpflichtigen die gebührende Rücksicht und dürfte geeignet sein, die leichtsinnige Leistung von Eiden nach Möglichkeit zu verhüten.

Durch die Aufnahme der Erkundigungspflicht in die Formel des Eides wird derselbe insoweit zu einem Wahrheitseide erhoben, als es sich um die Versicherung der angestellten Nachforschungen handelt (vgl. Bayern Art. 456). Der Richter kann sich durch Ausübung des Fragerechts vor der Abnahme des Eides (§§ 126, 424) darüber Auskunft geben lassen, daß der Schwurpflichtige derartige Erkundigungen wirklich angestellt hat.

Der Entwurf gewährt dem Schwurpflichtigen durch den dem preuß. Rechte — A. G. D. I. 10 §§ 309 ff. —, Württemberg Art. 594, Bayern Art. 461, preuß. Entw. § 423, hannov. Entw. § 416, nordd. Entw. § 627 nachgebildeten

#### § 414 (R. B. § 414, G. § 431)

ein Korrektiv gegen unzutreffende Normirung des Eides. Der preuß. Entw. bezeichnet die Grenze der zulässigen Eidesänderungen zutreffend dahin, daß die Aenderung den Gegner in eine günstigere Lage versetzen müsse. Es kam zur Erwägung, ob man über den § 414 hinaus dem Schwurpflichtigen gestatten könne, bei der Eidesabnahme der Eidesnorm Zusätze oder Einschränkungen zu geben und demnächst vom Prozeßgerichte entscheiden zu lassen, ob der Eid bejahend oder verneinend abgeleistet sei. Eine solche Erweiterung der Rechte des Schwurpflichtigen würde indeß dahin führen, daß der Schwurpflichtige Eide über Thatsachen leistet, welche überall nicht Gegenstand des Eides sind, auch würden die Aenderungen in anderer als der in § 414 zugelassenen Richtung stets Gegenerklärungen der andern Partei und in Folge deren eine neue Verhandlung und vielfach eine neue Entscheidung der Sache nöthig machen.

§ 285. | Die in den

#### § 411, 412 (R. B. §§ 411, 412, G. §§ 428, 429).

gegebenen Bestimmungen über die Wirkungen der Ableistung, der Erlassung und der Verweigerung des Eides enthalten gesetzliche Beweisregeln — § 249 Abs. 2 —, welche die freie Beweismüdigung ausschließen, der Vergleichsnatur der Eideszuschreibung entsprechen und in den erheblichen Punkten mit den Vorschriften der neueren Gesetzgebungsarbeiten (preuß. A. G. D. I. 13. § 10 Nr. 8, Code civ. art. 1361, 1363, Hannover §§ 289, 290, Baden §§ 558—560, Württemberg Art. 599 ff., Bayern Art. 465, preuß. Entw. §§ 524—526, hannov. Entw. §§ 423, 424, nordd. Entw. §§ 617, 618, 626) übereinstimmen.

Der Absatz 2 des § 411 ist eine Konsequenz des § 519 Nr. 1 (nordd. Prot. II 1029, 1030).

Der

#### § 413 (R. B. § 413, G. § 430)

ist bereits bei Erörterung des § 302 Abs. 2 gerechtfertigt.

Der

#### § 415 (R. B. § 415, G. § 433)

schreibt in Uebereinstimmung mit Hannover Art. 291, Oldenburg Art. 176 §§ 1, 3, Baden § 563, Württemberg Art. 603, Bayern Art. 482., hannov. Entw. § 426, preuß. Entw. §§ 515—517, nordd. Entw. § 628 vor, daß in den Absatz 1 und 2 aufgeführten Fällen der Eid weder als verweigert, noch als geleistet gilt, vielmehr beide Parteien in Ansehung der betreffenden Beweisführung die ihnen vor Zuschreibung des Eides zustehenden Rechte ausüben sollen. Durch diese Vorschrift wird

der ungerechtfertigte und übrigens kontroverse Satz des gemeinen Prozeßrechts: „mortem loco jurisjurandi esse, quia nemo moriens immemor salutis aeternae censetur“ (Weßell, Ed. III. S. 259), welcher noch die preuß. A. G. D. I. 10, §§ 378 und 379 und die Prozeßordn. von Braunschweig §§ 87, 88 beherrscht, gänzlich beseitigt. Die in den angezogenen Gesetzen — insbesondere Hannover § 291, Württemberg Art. 603, Bayern Art. 482, hannov. Entw. § 426, — ferner erteilte Entscheidung, daß der Eid als geleistet angesehen werden soll, wenn der Schwurpflichtige durch Arglist oder grobes Verschulden des Gegners an der Eidesleistung verhindert ist, — welchen Satz Oldenburg Art. 176 § 2 auf absichtliche Verzögerungen und Baden § 562 speziell auf die Verzögerung der Sache durch Rechtsmittel des Gegners ausdehnt — erachtet der Entwurf, hierin dem preußischen Rechte, dem preuß. und nordd. Entw. bestimmend, für ungerechtfertigt. Die Voraussetzungen eintreten können und dem schwer nachweisbar sein.

Im Falle einer Streitgenossenschaft bedarf es einer besonderen Vorschrift nur rücksichtlich der Eide über Thatfachen, welche für ein allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß von Einfluß sind (vgl. § 59).

Der

#### § 416 (R. B. § 416, G. § 434),

welcher sich den Bestimmungen des nordd. Entw. §§ 629, 630 anlehnt (vgl. nordd. Prot. II. S. 1036—1041, III. S. 1131, 1132), hebt die Schwierigkeiten, welche entstehen müssen, wenn der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder mehreren derselben, oder wenn der von einem Theile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert wird oder von ihnen als verweigert anzusehen ist, dadurch, daß er der gesetzlichen Beweisregel des § 412 Abs. 2 die freie richterliche Würdigung der Bedeutung der Eidesweigerung substituirt. S. 286.

Der Entwurf geht davon aus, daß alle prozeßfähigen Parteien eidesfähig sind, und schreibt daher keinen Termin der Eidesmündigkeit für Parteieide vor. Auch giebt er keine Vorschrift über Eidesunfähigkeit wegen Verstandesschwäche oder fehlender Verstandesreife. Eine derartige Bestimmung ist entbehrlich.

Der

#### § 417 (R. B. § 417, G. § 435)

handelt von der Zuschreibung und Zurückziehung des Eides an nicht prozeßfähige Parteien, also an alle Parteien, welche im Prozesse durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) nach Maßgabe der §§ 50 ff. vertreten werden, und bezieht sich insbesondere auch auf Gemeinden und Korporationen, sowie auf Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine, Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können (§ 18). Der gesetzliche Vertreter gilt in Betreff der Zuschreibung und Zurückziehung des Eides als Partei; die Bestimmungen der §§ 397 ff. über die Zulässigkeit der Eideszuschreibung und Zurückziehung finden auf den Vertreter Anwendung, indem unter dem Schwurpflichtigen der Vertreter, nicht die von ihm vertretene Partei zu verstehen ist. Ausnahmsweise ist indessen gestattet, daß einem Minderjährigen und einem Verschwender der Eid über eine eigene Handlung oder Wahrnehmung zugesprochen und zurückgehoben werde, sofern auf Antrag des Prozeßgegners das Gericht dieses Verfahren billigt. Es wird dem verständigen Ermessen des Gerichts überlassen bleiben können, ob mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Falles die Eidesleistung durch den Minderjährigen und Verschwender für unbedenklich zu erachten ist (vgl. Hannover § 283, Württemberg Art. 585, Bayern Art. 451, preuß. Entw. § 531, hannov. Entw. § 409, nordd. Entw. § 632).<sup>1)</sup>

<sup>1)</sup> Anm. des Herausgebers. In dem Abdrucke der Motive (Nr. 6 der Drucksachen) lautete dieser Satz dahin:

Es wird dem verständigen Ermessen des Gerichts überlassen bleiben können, ob mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse des Falles die Eidesleistung durch den Minderjährigen und Verschwender für unbedenklich und zugleich für angemessener zu erachten ist, als die Eidesleistung durch den gesetzlichen Vertreter, z. B. wenn der Minderjährige den Wahrheits-

## § 419 (R. B. § 419, G. § 437).

Nach gemeinem Prozeßrechte dient der richterliche Eid zur Ergänzung oder zur Beseitigung der Ergebnisse eines unvollständigen Beweises; die Auferlegung des richterlichen Eides setzt voraus, daß eine Beweisführung erfolgt ist. Diese Auffassung, welche auch den neueren deutschen Prozeßgesetzen und Entwürfen — mit Ausnahme des nordd. Entw. § 633 — zu Grunde liegt, ist durch die Annahme des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung unhaltbar geworden. Denn, konsequent durchgeführt, fordert dieser Grundsatz, daß dem Richter die Befugniß erteilt werde, ohne vorgängige Beweisaufnahme, schon auf Grund der vor ihm stattgehabten Verhandlungen einen Eid aufzuerlegen, fordert ferner, daß, wenn das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreicht, die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, dem freien richterlichen Ermessen überlassen werde, zu bestimmen, welcher Partei und über welche streitige Thatsache der Eid

§ 287. aufzu-erlegen sei. Dementsprechend ist die Vorschrift des nordd. Entw. § 633 formulirt. Der Entwurf hat sich dieser Vorschrift in § 419 angeschlossen.

Der richterliche Eid ist seinem Zwecke nach derjenigen Partei aufzuerlegen, durch deren eidliche Versicherung der Richter die ihm noch fehlende Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der bestrittenen Thatsache zu gewinnen vermag. Darauf, ob diese Partei die beweispflichtige ist oder nicht, kann es nicht ankommen. Eine Beschränkung des richterlichen Eides aus Rücksicht auf die Beweispflicht — der Ausschluß desselben, wenn er nicht der beweispflichtigen Partei auferlegt werden kann, würde von dem Standpunkte des Entwurfs aus nicht zu rechtfertigen sein.

Hat ein Beweisaufnahmeverfahren stattgefunden, so ist der Richter bei Auferlegung eines richterlichen Eides nicht an diejenige Thatsache gebunden, welche in dem Beweisbeschlusse enthalten ist; er kann die eidliche Erhärtung einer für den Beweissatz nur mittelbar erheblichen Thatsache verlangen, wenn eben die Feststellung dieser Thatsache ihm die Möglichkeit gewährt, sich die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit der unmittelbar erheblichen Thatsache zu verschaffen (vgl. nordd. Prot. II. S. 1030).

Für den richterlichen Eid besteht die Beschränkung des § 397 nicht. Dem Richter steht es frei, wenn er das Glauben, das Nichtwissen oder das Nichtglauben einer Partei für die Erlangung der Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache für erheblich erachtet, von dieser Partei einen Eid in der Form des Ueberzeugungseides zu fordern. Die Gründe für die Beschränkung der Ignoranz- und Glaubenseide treffen nur die Eideszuschreibung (vgl. nordd. Prot. II. S. 1031).

Dem richterlichen Eide gegenüber tritt die Eidesdelation zurück. Mag der zugeschobene Eid angenommen oder zurückgeschoben sein — in keinem dieser Fälle ist der Richter gehindert, von der ihm durch den § 419 erteilten Befugniß Gebrauch zu machen.

## §§ 420, 421 (R. B. §§ 420, 421, G. §§ 438, 439).

Die Bestimmung des § 420, daß der Richter den Nothleid einem oder einigen oder allen Streitgenossen auferlegen kann, um den aus dem Eide eines oder mehrerer Streitgenossen resultirenden Beweisgrund auch für die übrigen zu benutzen, ist eine Folge der erörterten Auffassung des richterlichen Eides. Dasselbe gilt von der Vorschrift des § 421 Abs. 3, daß der richterliche Eid durch bedingtes Urtheil (Endurtheil oder Zwischenurtheil) aufzuerlegen ist. Vor Abschluß der Verhandlung ist kein Raum für den richterlichen Eid, als das letzte Mittel, die Wahrheit herauszubringen.

eid, dessen Vormund aber nur den Ueberzeugungseid über eine Handlung des ersteren zu schwören hat (vgl. Hannover § 283, Württemberg Art. 585, Bayern Art. 451, preuß. Entw. § 531, hannov. Entw. § 409, nordd. Entw. § 632).

Durch eine zu den Nummern 4, 5 und 6 der Drucksachen ausgegebene „Berichtigung von Druckfehlern“ ist dem Satze die oben abgedruckte Fassung gegeben.

## Ffster Titel.

## Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

§§ 422—428 (R. B. §§ 422—428, G. §§ 440—446).

Zur Vermeidung von Wiederholungen stellt nach dem Vorgange des preuß. Entw. §§ 550 ff. und des nordd. Entw. §§ 637 ff. der elfte Titel die Vorschriften über das Verfahren bei Abnahme der im Civilprozeffe vorkommenden Eide zusammen. Die Vorschriften gelten sowohl für die Eide, welche die Parteien als zugeschohenen oder zurückgeschohenen Eid, als richterlichen Eid, Editionseid, Offenbarungseid (§§ 660, 716, 726 ff.), als Mittel zur Glaubhaftmachung (§ 256), als auch für diejenigen Eide, welche dritte Personen, Zeugen und Sachverständige, zu leisten haben. | S. 288.

Der

§ 422 (R. B. § 422, G. § 440)

beseitigt die Ableistung von Eiden durch einen Bevollmächtigten, welche partikularrechtlich gestattet wird (preuß. A. G. D. I. 10 § 314, Hannover § 284). Die Eidesleistung verträgt ihrer Natur nach nicht die Zulassung der Repräsentation.

Die Vorschrift des § 422 entspricht den neueren Gesetzgebungsarbeiten — Code de proc. art. 121, Braunschweig § 90, Baden § 564, Bayern Art. 473, preuß. Entw. § 550, hannov. Entw. § 417, nordd. Entw. § 637 —; auch enthält der § 417 Abs. 1 keine Ausnahme vom dem Prinzip des § 422, weil, wie bereits früher hervorgehoben ist, der gesetzliche Vertreter vom Entwurf als der Schwurpflichtige betrachtet wird.

Die durch

§ 423 (R. B. § 423, G. § 441)

ertheilte Vorschrift über die Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter entspricht den §§ 310, 330 Nr. 3, 4. Der § 20 des Reichskonsulats-Ges. v. 8. Nov. 1867 ermöglicht Eidesleistung im Auslande vor den Reichskonsulaten.

Die Bestimmung des Abs. 2 ist bereits in den Motiven zum Einföhrungsgesetze des Gerichtsverfassungsgesetzes § 5 gerechtfertigt.

Die in einzelnen Rechtsgebieten — vgl. z. B. preuß. A. G. D. I. 10 §§ 368 ff., hannov. Ges. v. 25. April 1850 (Leonhardt B. B. D. Ed. IV. S. 645) — vorgeschriebene gleichmäßige Belehrung des Schwurpflichtigen vor der Eidesleistung über die Bedeutung des Eides hat sich als unzweckmäßig erwiesen. Gemäß den Bedürfnissen des einzelnen Falles soll nach

§ 424 (R. B. § 424, G. § 442)

der Richter den Schwurpflichtigen in einer dem Bildungsstande und der ganzen Persönlichkeit desselben angemessenen Weise auf die Bedeutung des Eides aufmerksam machen (Württemberg Art. 596, Bayern Art. 475, hannov. Entw. § 419, preuß. Entw. § 551, nordd. Entw. § 639).

Die im

§ 425 (R. B. § 425, G. § 443)

festgestellte Eidesformel, welche mit der für Preußen (Ges. v. 3. Mai 1852 Art. 73), sowie in Bayern Art. 473 bestimmten Form wörtlich übereinstimmt, war auch in dem preuß. Entw. § 553 und dem nordd. Entw. § 640 vorgeschlagen und eignet sich für die Mitglieder aller Religionsparteien, welchen der Monotheismus als die Grundlage des Glaubens gilt. Die gleiche Eidesformel schreibt daher das preuß. Ges. v. 15. März 1869 für die Eide der Juden vor. Eine konfessionelle Eidesformel ist kein Bedürfnis, auch macht die allgemeine Bekräftigungsformel des § 425 —

Württemberg Art. 598 — die auch vom nordd. Entw. (Prot. II. S. 1016) für unzweckmäßig erachtete Hinzufügung weiterer konfessioneller Bekräftigungsformeln entbehrlich.

Der dritte Absatz des

§ 426 (R. B. § 426, G. § 444)

ist bereits in den Motiven zum Einführungsgeetze des Gerichtsverfassungsgesetzes § 5 gerechtfertigt.

| S. 289.

| Die dem § 155 Nr. 1 des deutschen Strafgesetzbuchs konforme Vorschrift des

§ 428 (R. B. § 428, G. § 446)

ist notwendig, um die Mitglieder von Religionsparteien, welche den Eid für unerlaubt halten, vor den Folgen der Eidesweigerung zu schützen (vgl. Hannov. § 265, Baden § 574, Württemb. Art. 598, 484, Bayern Art. 473, hannov. Entw. § 421, preuß. Entw. § 558, nordd. Entw. § 645). Die betreffenden Bestimmungen der Partikularrechte bleiben in Kraft — für Preußen die Verordnung v. 11. März 1827 über die Eidesleistung der Mennoniten und die Kab.-Ordre v. 19. Novbr. 1836, Jahrb. Bd. 49 S. 175 über diejenige der Philipponen.

Einzelne Proz. Ordn., z. B. Oldenburg Art. 149 und Baden §§ 572, 451 gestatten, daß in Rechtsstreitigkeiten über geringfügige Objekte an die Stelle des Eides eine Versicherung an Eidesstatt (Handgelübde) trete. Der Einführung eines solchen Surrogats der Eidesleistung stehen aber erhebliche Bedenken entgegen. Sie könnte zu der Auffassung verleiten, daß die minder feierliche Form trotz der an dieselbe geknüpften gleichen prozessualischen und strafrechtlichen Folgen weniger zur Wahrhaftigkeit verpflichte, als der unter den ordentlichen Formen geleistete solemne Eid. Der Mißbrauch des Eides zur Bethuerung der Unwahrheit würde durch die Zulassung eines Eidesurrogates eher befördert, als verringert werden. Aus diesen Gründen hat auch die Württemb. Proz. Ordn. das bisher dort in Geltung gewesene und noch im Art. 603 des Regierungsentwurfs beibehaltene Institut des Handgelübdes beseitigt (Kommiss. Ber. der Abgeordn. Kammer in „Neue Justizgesetzgebung von Württemb.“ Bd. II. Abth. 2 S. 340).

## Zwölfter Titel.

### Sicherung des Beweises.

§§ 429—436. (R. B. §§ 429—436, G. §§ 447—455.)

In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Prozeßrechte, dem preuß. Rechte (A. G. D. I. 33), den neueren deutschen Prozeßgesetzen (Braunsch. §§ 288 bis 298, Hannov. §§ 244—250, Oldenb. Art. 153, Baden §§ 516—520, Württemb. Art. 445—457, Bayern Art. 347—352), und den deutschen Prozeßgesetzentwürfen (preuß. Entw. §§ 826—836, sächs. Entw. §§ 496—500, hannov. Entw. 311—321, österr. Entw. §§ 312—322, nordd. Entw. §§ 648—659) gestattet der Entwurf, daß die Aufnahme eines Beweises zu dessen Sicherung vor oder nach Beginn eines Rechtsstreits erfolgen kann, falls der Verlust oder die Erschwerung der Benutzung eines Beweismittels besorgt wird. Die französischen Rechtsbücher erwähnen dieses Institut nicht. Die rheinische Jurisprudenz folgert hieraus dessen Unstatthaftigkeit, zumal die Ordonnanz von 1667 die enquête d'examen à futur ausdrücklich beseitigt hatte. In Frankreich wird aus der Nichtaufnahme dieser Bestimmung in den Code de proc. umgekehrt dessen Zulässigkeit hergeleitet (Bonnier, traité des preuves tom I. § 254 Ed. III. p. 324 sqq.). Gegenüber diesem Rechtszustande war die Aufrechterhaltung des Instituts des Beweises zum ewigen Gedächtnisse — unbedenklich.

Ein Bedürfnis für den Beweis zum ewigen Gedächtnisse besteht nur für den Augenschein, für den Zeugenbeweis und für den Beweis durch Sachverständige.

| S. 290.

| Für die Urkunden ist durch die Vorschrift des § 223 ausreichend gesorgt. Auf den

Beweis durch Eid ist der Beweis zum ewigen Gedächtnisse, wie es keiner Darlegung bedarf, unanwendbar.

Das Verfahren ist im Anschlusse an die allgemeinen Vorschriften geordnet (§ 434). Die Besonderheiten des Verfahrens erklären sich aus der Anomalie, daß es unabhängig von einem Rechtsstreite stattfinden kann.

Zur Vermeidung von Mißbräuchen schreibt der Entwurf in Uebereinstimmung mit den neueren Gesetzgebungen und Entwürfen vor (§ 431 Nr. 5), daß der Beweisführer den Grund des Verlustes oder der Erschwerung der Benutzung des Beweismittels glaubhaft zu machen habe. Aus derselben Rücksicht gestattet der § 436 die Beweisaufnahme ohne Bezeichnung eines Gegners nur dann, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß er zu dieser Bezeichnung ohne sein Verschulden außer Stande sei; unter dieser Voraussetzung erscheint die Zulassung der Beweisaufnahme gerechtfertigt und angemessen, insbesondere zur Feststellung des objektiven Thatbestandes von einem zur Zeit noch nicht bekannten Thäter angerichteten Schadens (vgl. preuß. Ges. v. 11. März 1850 §§ 4, 5). Die Beweisaufnahme ohne Nennung des Gegners ist überdies nach dem Entwurf keine Abnormität, da solche auch anderweitig, z. B. im Aufgebotsverfahren (§ 774 Abs. 2) vorkommen kann. Diese präparatorischen Beweisaufnahmen bilden einen Theil des bevorstehenden Hauptprozesses, und es erscheint daher nicht zutreffend, wenn sie die Motive des preuß. Entw. S. 207 und Becker, Anmerk. zu Art. 153 der oldenb. Prozeßordn. in das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit verweisen. Aehnlich dem § 436 bestimmen Hannover § 250, Württemberg Art. 450 und die Vorschläge des sächs. Entw. §§ 496, 499, des österr. Entw. § 312, auch des hannov. Entw. erster Lesung § 408 und des preuß. Entw. § 832. Der nordd. Entw. § 659 beschränkt die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse auf Augenschein und Sachverständige. Das Verbot des Zeugenbeweises ist sachlich bedenklich und durch den Grund der Schmälerung des Rechts zur Zeugnisweigerung nicht ausreichend motivirt.

Aus dem § 506 folgt, daß dem Beweisführer gegen die das Gesuch zurückweisende Entscheidung (§ 432 Abs. 1) das Rechtsmittel der Beschwerde zusteht.

Die Beweiskraft der aufgenommenen Verhandlungen ist nicht, wie das kanonische Recht vorgeschrieben hat (vgl. auch Braunschweig § 290), an eine bestimmte Zeitfrist gebunden. Die Interessen und Rechte des Beweisführers und seines Gegners in Betreff der Benutzung jener Verhandlungen im Rechtsstreite sind durch die §§ 435, 436 Abs. 2 und durch die allgemeinen Vorschriften des Beweisverfahrens genügend geschützt.

## Zweiter Abschnitt.

### Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amtsgerichten.

§§ 437—451 (R. V. §§ 437—451, G. §§ 456—470).

Auf das Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amtsgerichten finden nach

| § 437 (R. V. § 437, G. § 456)

| G. 291.

die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, soweit nicht

1) aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs (vgl. §§ 73, 77, 82, 84, 116, 146, 174, 185, 192, 213),

2) aus den besonderen Bestimmungen der §§ 438—451 und

3) aus der Verfassung der Amtsgerichte (vergl. §§ 45, 141, 143, 449),

sich Abweichungen ergeben.

Die sub 2 beregten Abweichungen lassen sich im Allgemeinen darauf zurück-

führen, daß in dem Verfahren vor den Handels- und Amtsgerichten eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist (§§ 72, 73), daß ferner eine Verpflichtung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze nicht besteht (§ 116), daß endlich in diesem Verfahren Zustellungen unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts erfolgen können (§§ 146, 172).

In Uebereinstimmung mit Bayern Art. 499—538 und mit dem nordd. Entw. §§ 660—661 faßt der Entwurf das Verfahren vor den Handelsgerichten und vor den Amtsgerichten zusammen. Eine Trennung beider Verfahren — wie sie von dem preuß., sächs., hannov. und österr. Entw. vorgeschlagen wird — ist nicht gerechtfertigt. Denn vor die Handelsgerichte gehören auch diejenigen Handelsfachen, deren Werth die Kompetenzsumme der Amtsgerichte nicht übersteigt; sodann hat der Entwurf Bedenken tragen müssen, nach dem Vorgange der Handelsgerichtsordnungen für Bremen und Hamburg und des hannoverschen Entwurfs für die Handelsgerichte ein zwiefaches Verfahren — ein Verfahren mit Anwaltszwang und mit Wechsel vorbereitender Schriftsätze und ein Verfahren ohne Anwaltszwang und ohne Wechsel vorbereitender Schriftsätze — zu gestatten; endlich ist der Unterschied, welcher zwischen den Handelsgerichten und den Amtsgerichten besteht — daß die ersteren als Kollegialgerichte verfaßt sind, während die letzteren als Einzelrichter verhandeln und entscheiden — ohne Einfluß auf die Gestaltung des Verfahrens geblieben.

Die

### §§ 438—442 (R. B. §§ 438—442, G. §§ 457—461)

ermöglichen den Parteien, auf verschiedene Weise das Verfahren einzuleiten; sie bestimmen insbesondere vier verschiedene, zur Wahl der Parteien stehende Formen der Anbringung der Klage:

- 1) schriftliche Einreichung der durch oder für den Kläger angefertigten Klage bei dem Prozeßgerichte;
- 2) Erklärung der Klage zum Protokolle des Gerichtsschreibers;
- 3) Aufnahme der Klage in die Ladungsurkunde eines Gerichtsvollziehers;
- 4) mündlicher Vortrag der Klage bei gleichzeitigem Erscheinen der Parteien an einem ordentlichen Gerichtstage ohne vorhergehende Ladung und Terminbestimmung.

Die Erhebung der Klage mit der Wirkung der Rechtshängigkeit — §§ 222 Abs. 1, 227 Abs. 1 — erfolgt in dem letzten Falle durch den mündlichen Vortrag der Klage, in den drei ersten Fällen durch die Zustellung der Klageschrift, des Klageprotokolls, der Ladungsurkunde. §§ 442 Abs. 2, 441 Abs. 1.

Die protokollarische Klageanstellung ist mehrfach bemängelt worden, weil sie | S. 292. | das Verhältniß des Gerichts zu den Parteien verschiebe. Der preuß. Entw. § 573 übergeht diese Klageform. Die nordd. Prozeßkommission hat (Prot. II. S. 1059) die Aufnahme der Klage durch den Richter ausgeschlossen und nur die Erklärung der Klage zum Protokolle des Gerichtsschreibers gestattet (nordd. Entw. § 187). Der Entwurf folgt diesem Vorgange. Durch die Fernhaltung des Richters von der Anfertigung der Klage — nach Hannover § 380, Braunschweig §§ 153, 159, Baden § 512, Württemberg Art. 622, hannov. Entw. § 449 darf der Richter in größerem oder geringerem Maße bei diesem Akte mitwirken — erledigen sich alle Bedenken und wird andererseits im Interesse des Prozeßpublikums diejenige Klageform erhalten, welche erfahrungsmäßig für den Bereich des Bagatellprozesses die bequemste, häufigste und billigste ist.

Die Aufnahme der Klage in die Ladungsurkunde des Gerichtsvollziehers — § 411 Abs. 2, 3 — ist die regelmäßige Form der Klageerhebung des Code de proc. art. 415 und des bayer. Prozesses für amts- und handelsgerichtliche Sachen (Art. 501). Dieselbe wird im preuß. Entw. § 573 fakultativ gestattet und im hannov. Entw. § 465, im österr. Entw. §§ 512, 513 zur Wahl der Parteien für Klagen im handelsgerichtlichen Prozesse gestellt.

Den Gerichtsvollziehern, wie im französischen und bayerischen Prozesse geschehen, die alleinige Befugniß zur Aufnahme der Klagen zu übertragen, ist durch innere Gründe nicht gerechtfertigt. Die Anfertigung der Klage ist vielfach eine so schwierige und so wichtige Aufgabe, daß die Rechtsanwälte nicht davon ausgeschlossen werden durften. Andererseits ist in vielen Fällen die Aufstellung der Klage so einfach, daß

es auf eine unzulässige Bevormundung und Belästigung des Publikums hinauslaufen würde, wenn man dasselbe zwingen wollte, sich stets der Hülfe eines Gerichtsvollziehers zu bedienen.

In den Fällen des § 438 erfolgt die Zustellung der Klage nach der allgemeinen Regel (§§ 181, 225, 146 Abs. 2), nachdem zunächst von Seiten des Gerichts der Verhandlungstermin bestimmt ist. Die im § 439 bestimmten Einlassungsfristen können nach Vorschrift des § 197 gleich den Fristen des § 226 verkürzt werden (§ 441 Abs. 2, Code de proc. art. 417, Bayern Art. 502). Die Feststellung einer kürzeren Einlassungsfrist für den Fall, daß die Zustellung im Bezirke des Prozeßgerichts erfolgt, entspricht dem preuß. Entw. § 574 sowie den Vorschriften der Proz. Ordn. v. Braunsch. § 152 und Bayern Art. 502 und dem österr. Entw. § 474.

Die Erhebung der Klage durch Ladungsurkunde erfolgt ohne vorgängige Terminbestimmung durch Ladung in eine bestimmte Sitzung des Gerichts. Es wird vorausgesetzt (nordd. Prot. III. S. 1060), daß die Handels- und Amtsgerichte im Voraus regelmäßige Sitzungen zur Verhandlung von Civilprozessen für einen größeren Zeitraum festsetzen und verkünden (Braunsch. § 149, Bayern Art. 499). Durch den Schlußsatz des § 441 wird in Uebereinstimmung mit dem hannov. Entw. § 465 dem Vorher ein ausreichendes Mittel gewährt, die in der Sitzung vorkommenden Sachen vorher zu übersehen, die Reihenfolge der Verhandlungen zweckmäßig zu bestimmen und sich auf die einschlagenden Rechtsfragen vorzubereiten. Einer vorgängigen Terminbestimmung bedarf es nur in dem Ausnahmefalle, wenn der Gerichtsvollzieher unter Abkürzung der Einlassungsfrist auf einen anderen, als den ordentlichen Gerichtstag laden soll.

Die Form der mündlichen Klageanbringung (§ 442) ist in die meisten neueren Gesetzgebungsarbeiten aufgenommen (Code de proc. art. 9, Hannover | § 379, Olden- | S. 293. burg Art. 205, Baden § 316, Bayern Art. 504, preuß. Entw. § 591, hannov. Entw. § 452, sächs. Entw. § 716, nordd. Entw. § 663).

Die Vorschriften der §§ 438, 439 und 441 übertragen die

#### §§ 443, 444 (R. B. §§ 443, 444, G. §§ 462, 463)

auf alle im Laufe des Verfahrens vorkommenden Ladungen, sowie auf die Mittheilungen von Anträgen und Erklärungen, welche nach allgemeinen Vorschriften (§§ 236, 290 Nr. 3) der Gegenpartei vor der mündlichen Verhandlung anzuzeigen sind. Die Ladungsfristen für den Parteiprozeß regelt der § 187. Die im § 444 bezeichneten Mittheilungen können ganz formlos und ohne Mitwirkung der Gerichtsvollzieher von Partei zu Partei erfolgen (vgl. nordd. Entw. § 665).

Der

#### § 445 (R. B. § 445, G. § 464)

ist bereits im Zusammenhange mit dem § 126 erörtert worden.

Um einerseits eine verzögerliche Prozeßführung fernzuhalten, andererseits aber rechtsunkundige Parteien vor Nachtheilen zu bewahren, schreibt in Uebereinstimmung mit dem Code de proc. art. 424, 425, Baden §§ 317, 318, hannov. Entw. §§ 456, 469, sächs. Entw. § 719, österr. Entw. § 483 der

#### § 446 (R. B. § 446, G. § 465)

vor, daß der § 238 nur insoweit Anwendung findet, als er die Geltendmachung der Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache verordnet und daß die dem Beklagten im § 239 erteilte Befugniß wegfällt.

Die theilweise Beibehaltung des § 238 ist — entgegen Württemberg Art. 367 — nothwendig, weil die Einrede der Unzuständigkeit nach § 39 zur Vermeidung der Rechtsfolge der Prorogation vor der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache geltend zu machen ist. Zum Ermessen des Gerichts steht es, eine abgeordnete Verhandlung über prozeßhindernde Einreden zu verfügen (vgl. preuß. Entw. § 585) und der Beklagte ist nicht gehindert, eine solche Verfügung zu beantragen; eine Gefährdung des Beklagten kann daher in der Vorschrift des § 446 Abs. 2 nicht gefunden werden.

Die Rechtsvertheidigung und die Rechtsverfolgung in einem anhängigen Pro-

zesse dürfen, soweit thunlich, durch Rücksichten auf die sachliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts nicht beschränkt werden. Wird daher im amtsgerichtlichen Prozesse durch Erhebung einer Widerklage, durch Erweiterung des Klageantrags oder durch eine Präjudizial-Inzidentklage (§ 243) der Rechtsstreit auf Gegenstände oder Rechtsverhältnisse ausgedehnt, welche zur Zuständigkeit der Landgerichte gehören, so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, nach

§ 447 (R. B. § 447, G. § 467)

durch Urtheil seine Unzuständigkeit auszusprechen und gleichzeitig den Rechtsstreit vor das Landgericht zu verweisen. Nach Eintritt der Rechtskraft gilt der Prozeß als anhängig beim Landgerichte; es bedarf daher, entgegen dem preuß. Entw. § 62, keiner neuen Einleitung des Prozesses, vielmehr wird derselbe in kürzester Weise auf das zuständige Gericht übergeleitet. Durch diese Vorschrift — vgl. Württemb. Art. 22, Bayern Art. 511, hannov. Entw. § 7, nordd. Entw. § 20, sächs. Entw. § 250 | S. 294. — wird bewirkt, daß in einem Verfahren über den ge| samten Rechtsstreit in der ihm gewordenen Ausdehnung entschieden werden kann.

Eine abweichende Bestimmung ist für das handelsgerichtliche Verfahren und handelsgerichtliche Sachen in dem durch

§ 448 (R. B. —, G. —)

bestimmten Umfange erforderlich.

1. Betrifft die Präjudizial-Inzidentklage ein Rechtsverhältniß, welches nicht zur Zuständigkeit der Handelsgerichte gehört, so ist sie, wenn der Gegner vor erfolgter Einlassung widerspricht, zurückzuweisen (§ 448 Abs. 1). Ohne Rücksicht auf den Widerspruch oder den rechtzeitigen Widerspruch des Gegners kann das Handelsgericht von Amtswegen die Zurückweisung aussprechen, eine Befugniß, welche demselben in Konsequenz der Vorschrift des § 38 Abs. 2 eingeräumt werden mußte (§ 448 Abs. 2).

2. Wird in einem bei dem Amtsgerichte anhängigen Prozesse durch Widerklage ein Anspruch erhoben oder durch Erhebung einer Präjudizial-Inzidentklage die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welche ein Handelsgericht zuständig ist, so hat das Amtsgericht Widerklage und Präjudizial-Inzidentklage zurückzuweisen, falls der Gegner vor erfolgter Einlassung die Zurückweisung verlangt (§ 448 Abs. 3).

Die Vorschriften Nr. 1 und 2 enthalten eine Ausnahme von der Bestimmung des § 243, die Vorschrift der Nr. 2 überdies eine Ausnahme von der Bestimmung des § 33. Während die Vorschrift der Nr. 1 durch die Ausnahmestellung der Handelsgerichte, durch die beschränkte Kompetenz derselben, geboten wird, war die Vorschrift Nr. 2 zum Schutze gegen willkürliche Elidierung der zur rechtskräftigen Entscheidung des handelsrechtlichen Punktes geeigneteren und kollegialisch formirten Handelsgerichte nothwendig.

Der

§ 449 (R. B. § 449, G. § 469)

ist, soweit er die Anwendung der Vorschriften der §§ 305—309 ausschließt, bereits in den Vorbemerkungen zu den §§ 305 ff. sub V. gerechtfertigt. Die weitere Bestimmung, betreffend die Nichtanwendbarkeit der Vorschrift des § 259, ist eine Konsequenz der §§ 72, 73, 116.

Wie die Erfahrungen im Geltungsbereiche der hannoverschen Prozeßordnung ergeben haben (vgl. hannov. Prot. VIII. S. 3009 ff.), ist die Beschränkung der Protokollirung in dem durch

§ 450 (R. B. § 450, G. § 470)

Abs. 1 vorgeschriebenen Umfange nothwendig, wenn das Verfahren vor Zersplitterung, die mündliche Verhandlung vor Theilung bewahrt, wenn mit einem Worte die durch das mündliche Verfahren erheischte Konzentration der Verhandlung auch im handels- und amtsgerichtlichen Prozesse erreicht werden soll. Denselben Zweck, wie der § 450, verfolgen der hannov. Entw. § 455 (hannov. Prot. VIII. S. 3048—3060, 3067 bis 3084, XVI. S. 6000—6007) und der nordd. Entw. § 668 (nordd. Prot. III. S. 1063,

1064, 1065, 1069), während der preuß. Entw. § 282 (vgl. Motive S. 60) nur darauf hinzuwirken sucht, daß nicht zuviel protokolliert werde.

Das Gericht kann die Protokollirung von Anträgen und Erklärungen der Parteien unterlassen. In diesem Falle hat es dieselben, insoweit es erforderlich ist, in den Thatbestand aufzunehmen. Eine Ausnahme enthält der § 450 Abs. 2: Geständnisse, sowie die Annahme und Zurückschiebung zugeschobener Eide, sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen. Diese Ausnahme steht mit der dispositiven Natur des Geständnisses und des zugeschobenen Eides, sowie mit der Wirksamkeit dieser Erklärungen für die höheren Instanzen (§ 474 Abs. 1) in Verbindung. | E. 295.

Der § 450 ist die Ausführung des § 140 Abs. 2 für das handels- und amtsgerichtliche Verfahren. Die übrigen im § 140 vorgesehenen Feststellungen müssen auch in diesem Verfahren erfolgen, insbesondere müssen im amtsgerichtlichen Verfahren die Feststellungen auf Grund des § 140 Nr. 3 stattfinden.

Die Vorschrift des

### § 451 (R. B. —, G. —)

entspricht dem Charakter der Handelsgerichte und dem Zwecke der Bestellung von Handelsrichtern; sie dient zur Vereinfachung des Verfahrens, ist schon jetzt bei vielen deutschen Handelsgerichten in praktischer Geltung (z. B. H. G. O. v. Bremen §§ 53, 54, Proz.-Ordn. v. Braunschweig §§ 41, 42, Baden § 1025, Württemberg Art. 522, Bayern Art. 513) und wird von den neueren Prozeßgesetzentwürfen übereinstimmend in Vorschlag gebracht (preuß. Entw. § 930, hann. Entw. § 369, sächs. Entw. § 733, österr. Entw. § 373, nordd. Entw. § 671).

## Drittes Buch.

### Rechtsmittel.

#### Erster Abschnitt.

#### Berufung.

### §§ 452—484. (R. B. §§ 452—484, G. §§ 472—506.)

Der Entwurf hat unterlassen, der Rechtsmittellehre in der Art des preuß. Entw. §§ 592—614, des sächs. Entw. §§ 979—982 und der Proz. Ordn. v. Württemb. Art. 641—647 eine Zusammenstellung der den Rechtsmitteln gemeinsamen Vorschriften voranzuschicken. Den Rücksichten auf Uebersichtlichkeit und Oekonomie des Gesetzbuchs schien es entsprechender, wie für das erstinstanzliche Verfahren den landgerichtlichen Prozeß, so für das Verfahren in den höheren Instanzen den Prozeßgang in der Berufungsinstanz zusammenhängend und eingehend zu normiren und bei der Regelung des Rechtsmittels der Revision auf die Vorschriften der Berufung zurückzuverweisen (§ 505).

Die Berufung findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile statt (§ 452).

Die Landgerichte sind die Berufungsgerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten Rechtsstreitigkeiten (Gerichtsverfassungsgezet § 51).

Für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Berufung gegen die Endurtheile der Landgerichte und der Handelsgerichte sind die Oberlandesgerichte zuständig (Gerichtsverfassungsgezet § 95 Nr. 1).

Des Vorschlags, gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile der Landgerichte und gegen die Endurtheile der Handelsgerichte statt der Berufung ein auf die rechtliche Beurtheilung beschränktes Rechtsmittel, die Revision, zu gewähren, ist bereits in der allgemeinen Begründung § 12 gedacht. Es würde zu weit führen, die Gründe zu entwickeln, welche für und gegen diesen Vorschlag geltend gemacht sind. Es muß

genügen, auf die Ausführungen der Motive zu dem Justizministerialentwurf von 1871 | S. 296. S. 238 ff. und zu dem Entwurfe der Reichscivilprozeßkommission von 1872 S. 42 ff., 403 ff., sowie auf die reiche Literatur zu verweisen, welche durch diese Ausführungen hervorgerufen ist (vgl. die Ueberschrift bei v. Bar in Behrend, Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung VI. S. 200 ff. Pland, in preussischen Jahrbüchern Bd. 31 (1873) S. 174 ff. Menger, die Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen. Wien 1873 S. 116 ff.).

Ueber die Zulässigkeit der Berufung bestimmen die

§§ 452—454. (R. B. §§ 452—454, G. §§ 472—474).

Aus der Vorschrift des § 452, daß die Berufung gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile stattdes, folgt

1. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels gegen alle Endurtheile erster Instanz ohne Rücksicht auf den Gegenstand des Rechtsstreits oder der Beschwerde. Hieron gilt nur die bei § 92 erörterte Ausnahme, daß die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig ist, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.

In § 13 der allgemeinen Begründung sind die prinzipiellen Gründe dargelegt, aus denen der Entwurf die irrationelle und willkürliche Beschränkung der Rechtsmittel durch das Erforderniß einer Beschwerdesumme verwirft und beseitigt. Der Entwurf kehrt dadurch zu dem nach dem kanonischen Rechte — cap. 11 X. de appell. 2. 28 — festgehaltenen Grundsätze des röm. Rechts (l. 20 Cod. tit. 7. 62) „et in majoribus et in minoribus causis appellandi facultas est“ zurück, welcher Satz noch durch die neuere Prozeßgesetzgebung in Braunschweig, Oldenburg und Mecklenburg aufrecht erhalten ist, wie auch die unbeschränkte Appellation von dem sächs. Entw. und von dem österr. Entw. § 647 — hier als altes österr. Recht, vgl. Bemerkungen zum Referentenentwurf 1866 S. 87 — vorgeschlagen wird. In den Rechtsgebieten mit beschränkter Appellation ist deren Ausschließung selbst für die sog. Bagatellsachen nicht ohne Ausnahmen durchgeführt (preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 40, Deklarat. v. 6. April 1839 Art. 15, Verordn. v. 21. Juli 1849 § 47, Verordn. v. 24. Juni 1867 § 49, Hannover §§ 393 430, Baden §§ 1103—1105, Württemberg Art. 653, 654, Bayern Art. 685, 693, preuß. Entw. §§ 617, 618, nordd. Entw. § 770). Es scheiden zunächst die Streitsachen aus, deren Gegenstand in Gelde nicht abzuschätzen ist; weitere Ausnahmen beziehen sich auf nicht vermögensrechtliche und solche Prozesse, deren Gegenstand das öffentliche Recht berührt (vgl. preuß. Ges. v. 24. Mai 1861, betr. Erweiterung des Rechtsweges §§ 4, 13, Hannover § 430). Aber auch soweit die Appellation ausgeschlossen ist, erklären die meisten Prozeßgesetze die Entscheidung der ersten Instanz nicht für unanfechtbar. Der preuß. Prozeß giebt gegen die Entscheidungen des Bagatellrichters das zuletzt im Gesetze v. 20. März 1854 §§ 5—12 geordnete Rechtsmittel des Rekurses. Dieses Rechtsmittel gilt schon nach dem bestehenden preuß. Prozeßrechte als durchaus unbefriedigend; auf ein mündliches Prozeßverfahren ist es unübertragbar, weil es auf dem Aktensystem beruht. Der preuß. Entw. — Motive, S. 146 — beseitigt daher den Rekurs und beschränkt die Ausschließung der Berufung auf diejenigen Rechtsstreitigkeiten, deren Gegenstand 20 Thlr. und weniger beträgt (§ 617). Die Motive des preuß. Entw. erwarten von dieser Vorschrift eine Stärkung für die Autorität und das Ansehen der Einzelrichter. Diese Voraussetzung ist sachlich nicht gerechtfertigt und wird von anderen Gesetzgebungen nicht getheilt, welche viel- | S. 297. mehr in Stelle der Berufung ein beschränkteres Rechtsmittel (vgl. Hannover §§ 432, 433, Baden §§ 1106 ff., Württemberg Art. 734, nordd. Entw. §§ 854, 855) gewähren. Zudem der Entwurf diesen prinzipiell falschen, komplizirten und bunten Zustand des Prozeßrechts völlig beseitigt, vermeidet er zugleich die zahlreichen und willkürlichen Bestimmungen, sowie die Schwierigkeiten, welche sich an das Erforderniß der Beschwerdesumme anknüpfen, und welche dadurch nur vermindert, nicht aber gänzlich erledigt sind, daß entgegen dem gemeinen und preuß. Rechte, sowie den Prozeßordn. v. Baden § 1105, Württemberg Art. 653 und Bayern Art. 685, andere Gesetzgebungen, ins- besondere der französische Prozeß, Hannover § 393, das Genfer Gesetzbuch Art. 303, der preuß. Entw. § 617, hannov. Entw. § 567, nordd. Entw. § 770, die Berufungssumme nicht nach dem Gegenstande der Beschwerde, sondern einfach nach dem Objekte

des Rechtsstreits berechnen. Daß in Folge der Abschaffung der Berufungssumme von dem Rechtsmittel im Bereiche der bisher der Berufung entzogenen Sachen ein übermäßiger Gebrauch gemacht werden wird, ist nicht zu besorgen. Die Vorschrift des Anwaltszwanges, die Rücksicht auf den Kostenpunkt und insbesondere der Umfang, in welchem die vorläufige Vollstreckbarkeit zugelassen ist (§§ 601 ff.), beugen dem vor.

Gegenüber der Möglichkeit, den Stoff des Rechtsstreits durch besondere Urtheile stückweise zu erledigen giebt der § 452 ferner

2. eine Entscheidung für die Frage, inwiefern diese einzelnen Urtheile der Anfechtung durch Rechtsmittel zu unterwerfen sind. Die Anfechtung soll nur gegen Endurtheile, d. i. diejenigen Urtheile, durch welche ganz oder theilweise über den Klageantrag als solchen entschieden und somit der Rechtsstreit selbst erledigt wird (§§ 262—264), zu richten sein. Würde die Anfechtung der Theilurtheile durch Rechtsmittel bis zur Anfechtung des letzten Urtheils der Instanz aufgeschoben, so würde die eine Hauptwirkung der Theilurtheile, jede aus dem Streite über Nebenpunkte hervorgehende Verzögerung einer vollstreckbaren Entscheidung auszuschließen, verloren gehen, und überdies ein genügender Anhalt zur Bestimmung der Rechtsmittelfrist für den Fall, daß der Ueberrest des Streitgegenstandes auf andere Weise als durch Endurtheil erledigt wird, ohne künstliche Bestimmungen (hannov. Entw. § 571, oldenburgische Prov. Ordn. Art. 242 § 4) nicht vorhanden sein. Es läßt sich zwar nicht verkennen, daß eine so durchgreifende Theilung des Rechtsstreits zu widersprechenden Entscheidungen über die verschiedenen Theile des Streitgegenstandes führen kann. Diese Erwägung hat auch theils zum Aufschieben der Berufung durch Vorbehalt derselben (Prov. D. v. Hannover § 346 und Oldenb. Art. 239 § 2, Art. 240 § 1, hannov. Entw. § 569), theils zur Beschränkung der Theilurtheile auf den Fall geführt, daß die mehreren Theile des Streitgegenstandes mehrere Forderungen betreffen (Bayern Art. 266, Baden § 352) oder nicht konnex sind (Württemberg Art. 354). Jene Bedenken bestehen aber auch abgesehen von dem Institute des Theilurtheils, in Folge der Berechtigung des Klägers, von vornherein den Streitgegenstand in mehrere Prozesse zu vertheilen. Der Vortheil der zu erlangenden Rechtskraft muß daher den Ausschlag für die sofortige Anwendbarkeit der Rechtsmittel geben, zumal sich der Kläger diesen Vortheil nach § 234 Abs. 1 nicht einmal durch Zurücknahme des noch nicht spruchreifen Theils des Klageantrags ohne Einwilligung des Beklagten oder ohne Aufgabe des Anspruchs verschaffen kann. Die Ausschließung der sofortigen Anfechtung würde zu besonderen Härten führen, wo der Kläger durch gesetzliche Bestimmungen (z. B. Code civil art. 1346) oder durch richterliche Anordnung (§ 132) zu einer Kumulation mehrerer Ansprüche veranlaßt ist. Zu beachten bleibt dabei, daß der Erlaß des Theilurtheils für die im § 263 bezeichneten Fälle zwar als Regel | §. 298. hingestellt, Abweichungen von dieser Regel aber dem Ermessen des Gerichts überlassen sind (vgl. nordd. Prot. I. S. 576—578).

Außer dem Theilurtheil stehen hinsichtlich der Zulässigkeit der Rechtsmittel dem Endurtheile gleich die bedingten Endurtheile — §§ 407 Absatz 1, 421 Abs. 3 —, durch welche auf einen zugeschobenen oder richterlichen Eid erkannt wird, sowie dasjenige Endurtheil, welches den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen ausspricht (§ 409 Abs. 2) und nach § 601 Nr. 3 ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist. Hierin liegt eine erhebliche Abweichung vom preuß. Recht, welches (vgl. Verordn. v. 14. Dezember 1833 § 7) gegen Purifikationsbescheide nur die Nichtigkeitsbeschwerde giebt. Die allgemeine Zulassung der Berufung ist gerechtfertigt, weil nach § 409 Abs. 1 in der Purifikatoria häufig Streitpunkte sachlich zu entscheiden sein werden, und es unthunlich wäre, nach Art der preuß. Praxis ein verschiedenes Rechtsmittel zu gestatten, je nachdem das Läuterungsurtheil einen bloßen Protokollarbescheid enthält oder mehr (Entsch. des Ober-Tribunals Bd. 16 S. 490, Bd. 37 S. 369, Striechhorst Archiv Bd. 41 S. 120 Nr. 26, Bd. 54 S. 344 Nr. 71). Entsprechend dem preuß. Rechte (A. G. D. I. 10 §§ 60 ff., I. 13 § 43, Verordn. v. 21 Juli 1846 § 5), dem preußischen Entw. § 591 Nr. 3, 4, dem nordd. Entw. § 768 Nr. 3 sind den Endurtheilen durch den Entwurf ausdrücklich gleichgestellt die Urtheile über prozeßhindernde Einreden (§ 239 Abs. 2) und das Urtheil über den Grund eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs (§ 266 Abs. 2). Die Anfechtbarkeit wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Gericht auf Antrag in den beiden letzteren Fällen anordnet, daß zur Hauptsache,

bezw. über den Betrag des Anspruchs in erster Instanz weiter verhandelt werde. Endlich ist das Urtheil, welches unter Vorbehalt der Rechte im Urkunden- und Wechselprozesse ergeht, in Betreff der Berufung nach § 538 Abs. 3 als Endurtheil anzusehen.

3. Ausgeschlossen von der unmittelbaren Aufsechtung sind durch den § 452 alle sonstigen Entscheidungen des Gerichts, welche nach der Terminologie des Entwurfs Beschlüsse, Verfügungen und Urtheile sein können (§ 140 Nr. 5). Zu diesen Urtheilen gehören insbesondere die Zwischenurtheile (§ 265). Dieselben sind nach ihrem Zwecke, die weitere Verhandlung der Sache zu vereinfachen, für den Richter, welcher sie erlassen hat, bindend. Indem sie Streitpunkte entscheiden, welche sich nicht als Theile des Streitgegenstandes darstellen, sind sie nur Vorbereitungen für das Endurtheil (vgl. S. 277 ff., hier S. 332 ff.) und werden nach dem für die Berufung angenommenen Prinzip der Konzentration zusammen mit dem Endurtheile angefochten (hannov. Entw. § 570, nordd. Entw. § 769). Es ist dies die „vorbehaltene Berufung“ der Proz. Ordn. v. Hannover § 394. Die in dieser Prozeßordnung und im hannov. Entw. angenommene terminologische Unterscheidung zwischen sofortiger (selbstständiger) und vorbehaltener Berufung hat als solche nur theoretische Bedeutung und ist im Interesse der Einfachheit und Korrektheit besser zu vermeiden (vgl. Neues Magazin für hannov. Recht 1868, Bd. VIII. S. 89 ff.). Die Zwischenurtheile bedürfen, wenn Berufung gegen das Endurtheil eingelegt ist, auch formell nicht der besonderen Aufsechtung, welche sich nur gegen die über den Streitgegenstand verfügende Entscheidung zu richten hat.

Daß diejenigen Vorentscheidungen, welche dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegen, von der Aufsechtung mit der Berufung ausgeschlossen sind, ist ein Hauptzweck der Zulassung der Beschwerde.

| S. 299.

Insoweit die Prozeßordnung einzelne Entscheidungen jeder Aufsechtung entzieht — vgl. die §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2, 114, 137 Abs. 3, 153 Abs. 1, 196 Abs. 3, 280 Abs. 3, 310 Abs. 2, 358 Abs. 2, 432 Abs. 2, 584 Abs. 3, 600 Abs. 3, 608 Abs. 2, 779 Abs. 1 — gilt dieser Ausschluß selbstverständlich auch für die Berufung (Hannover § 454).

4. Die Aufsechtung eines Versäumnisurtheils versagt der § 454 Abs. 1 derjenigen Partei, gegen welche es erlassen ist (§ 293). Das Urtheil, durch welches im Falle des § 286 Abs. 2 auf Abweisung der Klage erkannt wird, kann vom Kläger mit der Berufung angefochten werden. Der Ausschluß der Berufung gegen Versäumnisurtheile beruht auf der unbeschränkten Zulassung des Einspruchs. Der Entwurf folgt dem Vorgange des genfer Gesetzbuchs Art. 306 und dem nordd. Entw. § 771. Die Zulassung der Berufung gegen Kontumazialurtheile läßt sich (nordd. Prot. III. S. 1514) darauf zurückführen, daß der Einspruch nach seiner historischen Entwicklung überall von dem Nachweise bestimmter Restitutionsgründe abhängig war und daher den Säumigen nicht vollständig schützte. Die Gesetzgebungen, welche neben unbeschränkter Zulassung des Einspruchs auch die Berufung zulassen (Code de proc. art. 443, Bayern Art. 694, preuß. Entw. § 643), stellen damit der säumigen Partei zwei verschiedene Rechtsmittel zur beliebigen Auswahl und eröffnen die Möglichkeit, unter Durchbrechung des im öffentlichen Interesse geordneten Instanzenzuges das Gericht erster Instanz zu übergeben, was der Entwurf grundsätzlich ausschließt (§ 479). Aus diesem Grunde erscheint auch die Gestattung einer auf Aufsechtung der Folgen, welche aus den für zugestanden angenommenen Thatfachen gezogen sind, gerichteten Berufung nicht zulässig. In letzterer Weise hat die gemeinrechtliche Praxis — Renaud, Civilprozeß S. 426, Weßell, Ed. II. S. 650. — den römischrechtlichen Satz: *contumax non appellat*, abgeschwächt und in dieser Begrenzung kann auch nach der preuß. Verordn. v. 21. Juli 1849 § 47 Abs. 2, Verordnung v. 24. Juni 1867 § 49 Abs. 2, Hannover § 166, Oldenburg Art. 115, Baden Art. 1109, österr. Entw. § 668 gegen Versäumnisurtheile Berufung eingelegt werden. Durch den Ausschluß der tatsächlichen Erörterungen wird aber der Charakter des Rechtsmittels nach dem bezeichnenden Ausdruck der preuß. Motive S. 158 denaturirt und dasselbe der Revision genähert. Auch der Versuch, die Zulässigkeit des neuen Vorbringens allgemein auf den Fall des Nachweises einer unerfühlbaren Versäumnis zu beschränken — Württemberg Art. 652, 717, hannov. Entw. §§ 582, 589, sächs. Entw. § 998 — muß erhebliche Verwickelungen des Verfahrens zur Folge haben.

In Uebereinstimmung mit dem ersten Absätze des § 454 gestattet dagegen der Abs. 2 die Berufung gegen dasjenige Versäumnisurtheil, welches dem Einspruche nicht unterliegt, insoweit das Rechtsmittel darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe. Hier fehlen die für den Ausschluß der Berufung zu § 454 Abs. 1 geltend gemachten Gründe.

Die Berufung gegen ein bereits erlassenes Urtheil kann selbstverständlich durch Vertrag unter den Parteien ausgeschlossen werden. Vorschriften hierüber gehören nicht in die Prozeßordnung. Dagegen bestimmt der

#### § 455 (R. B. § 455, G. § 475),

daß ein Verzicht auf die Berufung auch ohne Annahme seitens des Gegners wirksam ist; es beruht dieser dem nordd. Entw. § 772 konforme Satz auf Begünstigung der Rechtskraft der Urtheile. Jedoch ist auch dabei nur an einen solchen Verzicht zu denken, welcher gegenüber dem Gerichte oder dem Gegner erklärt wird (Württemberg Art. 306, 307). Dem ausdrücklichen Verzicht werden aus derselben Ursache durch § 455 Abs. 2. konkludente Handlungen, aus welchen die Absicht hervorgeht, das Urtheil nicht anfechten zu wollen, gleichgestellt. Zur Vermeidung einer schädlichen Kasuistik unterläßt es aber der Entwurf, eine in anderen Gesetzgebungsarbeiten — Bayern Art. 695, preuß. Entw. § 600, Baden § 375 — versuchte Spezialisirung zu geben, welche Handlungen als konkludente gelten, bezw. nicht gelten sollen.

Dem Verzicht vor Erlassung des Urtheils die gleiche Wirkung beizulegen, fehlt es an Veranlassung, ebensowenig aber ist mit dem nordd. Entw. § 772 eine Verzichtleistung auf das Rechtsmittel vor dem Urtheile völlig auszuschließen oder auch nur zu beschränken. Die Gültigkeit eines hierauf gerichteten Vertrags — welchen das französische Recht (Code de proc. art. 7. für das Verfahren vor den Friedensgerichten, Code de commerce art. 639 Nr. 2 für das handelsgerichtliche Verfahren) erwähnt und welcher für das Verfahren vor ordentlichen Gerichten und vor Schiedsgerichten als zulässig gilt (arg. art. 1010 Code de proc.) — ist lediglich nach dem Civilrechte zu beurtheilen. Ein solcher Vertrag ist einem Kompromiß analog.

Die durch den

#### § 456 (R. B. § 456, G. § 476)

ausgesprochene Beschränkung der Zurücknahme der Berufung beruht auf der dem Berufungsbeklagten gestatteten Anschlußberufung (§ 462 Absatz 1). Die Zurücknahme ist in ihrer Wirkung dem Verzicht gleichgestellt, so daß das Rechtsmittel auch innerhalb der Nothfrist nicht wieder aufgenommen werden kann. Es ist kein Bedürfniß, ein den Gegner wie die Gerichte belästigendes Schwanzen zuzulassen. Die Vorschriften über die formelle Behandlung der Zurücknahme entsprechen den gleichen Vorschriften des § 234.

Die Berufungsfrist wird durch den

#### § 457 (R. B. § 457, G. § 477)

normirt. Daß dieselbe als Nothfrist behandelt wird, ist allen Prozeßrechten gemeinsam. Es folgt daraus für die Berufungsfrist die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften (§§ 194 Abs. 2, 195 Abs. 1 204 ff. 218).

Die Dauer der Berufungsfrist wird von den bestehenden Prozeßordnungen und Prozeßgesetzentwürfen auf das Verschiedenste bemessen. Für die im ordentlichen Verfahren zu handelnden Prozesse bezeichnen einerseits das gemeinrechtliche decendium (Nov. 23 c. 1., c. 8 in VI. de appell. 2 15), welches noch Braunschweig §§ 221 333, Oldenburg Art. 247 § 1 und der sächs. Entw. § 984 festhalten, andererseits die dreimonatliche Rechtsmittelfrist der französischen Rechtsbücher (Code de proc. art. 443, Code de commerce art. 645), welche übrigens für Frankreich durch das Gesetz v. 3. Mai 1862, Bulletin des lois pag. 721 ff., auf zwei Monate ermäßigt ist, die äußersten Grenzen der Fatalien. Zwischen denselben bewegt sich die vierzehntägige Frist der badischen Prozeßordn. § 1119, die vom nordd. Entw. § 774 vorgeschlagene Berufungsfrist von 3 Wochen, die verschiedenartigen Fristen der hannov. Prozeßordn. § 401 von 2 Monaten bis zu 14 Tagen und die preußisch-

rechtliche Frist von 6 Wochen (Verordn. v. 14. Dezember 1833 § 14, Verordnung vom 21. Juli 1849 § 43, Verordn. v. 24. Juni 1867 § 45).

| S. 301.

Der Entwurf hat sich übereinstimmend mit Württemberg Art. 679, dem | hannov. Entw. § 571 und dem österr. Entw. § 649 für die Frist von einem Monat entschieden. Bei der wechselnden Zahl der Tage eines Monats hat zwar die Frist nach § 193 nicht immer die gleiche Dauer; dieselbe empfiehlt sich aber durch die leichtere Berechnung in höherem Maße als die fast gleiche Frist von 30 Tagen, welche Bayern Art. 697 festgesetzt hat und der preuß. Entw. § 620 vorschlägt.

Für die Bestimmung der gewählten Frist kam zunächst in Betracht, daß eine zu lange Frist die Rechtskraft des anzufechtenden Urtheils gegen das Interesse der obliegenden Partei zu sehr aufhält (§ 598), während eine zu kurz bemessene Frist der unterliegenden Partei nicht die nöthige Zeit zur Ueberlegung und Vorbereitung läßt. Dabei ist berücksichtigt, daß der nothwendige Verkehr mit dem in der Regel an einem anderen Orte, als die Partei und deren Anwalt erster Instanz wohnenden Anwalt, welcher für die Betreibung der Berufung anzunehmen ist, eine gewisse Zeit erfordert, und daß die zur Wahrung der Frist erforderliche Zustellung der Berufungsschrift (§ 458 Abs. 1) nicht eine Frist gestattet, deren Kürze die Zustellung gefährden könnte. Auch ist erwogen, daß nach dem in Aussicht genommenen Verfahren die Frist zur Einlegung des Rechtsmittels theilweise gleichzeitig zur Rechtfertigung desselben dient (§ 459) und daher eine besondere Rechtfertigungsfrist als entbehrlich fallen gelassen ist. Nach den bestehenden Verkehrsverhältnissen und mit Rücksicht auf die vom Entwurf grundsätzlich angenommene Rechtsstellung der gesetzlichen Vertreter wird die einmonatliche Rechtsmittelfrist auch für diese genügen (preuß. Deklarat. v. 6. April 1839 Art. 13); und ebensowenig wird es fernerhin der Festsetzung kürzerer Fristen (preuß. Verordn. vom 21. Juli 1846 § 27, Code de proc. art. 392, 669, 730, 762, Oldenburg Art. 247 § 2, sächs. Entw. § 1007., österr. Entw. §. 649.) für einzelne Arten von Rechtsmittelrechten bedürfen, deren Gegenstand eine Beschleunigung erfordert, weil die Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urtheils (§§. 601 ff.) dem Bedürfnisse genügen werden. Daß das Interesse einer Partei eine möglichst rasche Entscheidung wünschenswerth macht, damit ihr hierdurch eine Sicherheit für weitere Handlungen gegeben werde, kommt unter zu mannigfaltigen Umständen vor, als daß sich mit Rücksicht hierauf eine Regel aufstellen ließe (vgl. nordd. Prot. III. S. 1535). Der Rechtsmittelläger ist überdies nicht genöthigt, zur Einlegung den Ablauf des Fatale abzuwarten (§. 465.). Indem die Frist von einem Monat allen diesen Rücksichten entspricht, konnte sie der Entwurf außer den Fällen des Einspruchs (§ 294 Abs. 1), des Antrags auf Wiedereinsetzung (§ 205 Abs. 1) und der sofortigen Beschwerde (§ 516 Abs. 3) zur wesentlichen Vereinfachung des Verfahrens als Nothfrist für die Revision (§ 490 Abs. 1), für die Klagen auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 525 Abs. 1), sowie für die Anfechtungsklage gegen das Ausschlußurtheil (§ 780 Abs. 2) und für die Klage auf Aufhebung eines Schiedspruches (§ 810 Abs. 2) festsetzen.

| S. 302.

Der Lauf der Frist beginnt erst mit der Zustellung des Urtheils. Der Absatz 2. des §. 457. fügt deklarierend hinzu, daß die Berufung gleichzeitig mit der Zustellung des Urtheils eingelegt werden kann, durch welche Verbindung der Berufungskläger die Mühen und Kosten eines zweiten Zustellungsaktes spart (Motive zum preuß. Entw. S. 142, nordd. Prot. III. S. 1500). Diese Vorschriften entsprechen dem preuß. Rechte (Verordn. v. 5. Mai 1838 §§ 5, 6), dem franz. Prozesse (Code de proc. art. 443., Code de commerce art. 645), Hannover §. 401, Württemberg Art. 679, Bayern Art. 697, dem preuß. Entw. § 596, | hann. Entw. § 571, österr. Entw. § 649. Für den Beginn der Frist ist es nach dem Entwurf nicht von Einfluß, ob die Verkündung des Urtheils in Gegenwart oder in Unwesenheit einer oder beider Parteien oder ihrer Vertreter erfolgt ist; während nach der Vorschrift Hannover §. 378 (für den amtsgerichtlichen Prozeß), Oldenburg Art. 94 § 1, Baden §§ 364, 365 die Verkündung die Stelle der Behändigung vertreten soll, insoweit die betreffende Partei bei der Publikation des Urtheils gegenwärtig war, und der nordd. Entw. § 775 die Zustellung des Urtheils für den Beginn der Nothfrist allgemein fordert, sobald auch nur eine der Parteien in dem Termine zur mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil erlassen ist, nicht erschienen war. Nach dem gemeinrechtlichen Prozesse, nach Braunschweig § 221, nach dem Vorschlage des sächs. Entw. § 984 und

der Entwürfe für Holland und Belgien sowie in den Fällen der Art. 356, 392 des Code de proc. läuft die Berufungsfrist von der Verkündung des Urtheils ab.

Wenn die Verkündung diese Wirkung haben soll, so müßte dieselbe in einer Vollständigkeit geschehen, welche äußerst zeitraubend und ohne vorherige schriftliche Abfassung des vollständigen Urtheils kaum ausführbar sein würde. Die Vorschrift würde mit dem in § 272 Abs. 1 fakultativ zugelassenen Publikationsmodus durch Vorlesung der Urtheilsformel unvereinbar sein. Aber auch bei vollständiger Mittheilung der Entscheidungsgründe werden die Parteien durch die einmalige Anhörung derselben nicht in die Lage gebracht, den Erfolg der einzulegenden Rechtsmittel mit Sicherheit zu prüfen. Hierzu bedürfen die Parteien der Einsicht des vollständigen Urtheils, deren Möglichkeit erst durch die Zustellung festgestellt wird. Der mit der Zustellung verbundene Aufwand an Arbeit und Kosten ist hiergegen nicht von ausreichender Bedeutung.

Der belgische Entwurf ist zu dem Vorschlage:

Le délai pour interjeter appel courra du jour du prononcé du jugement durch die praktischen Inkonvenienzen veranlaßt worden, welche mit dem durch den Code de proc. art. 443 adoptirten System der signification du jugement verbunden sind. Nach diesem System setzt die Zustellung des Urtheils den Lauf der Frist nur derjenigen Partei gegenüber in Bewegung, welcher zugestellt ist. Es bedarf daher gegenseitiger Zustellungen, um für beide Parteien die Frist in Lauf zu setzen; dadurch wird es aber unmöglich, daß die Rechtsmittelfrist für beide Parteien gleichzeitig beginnen und gleichzeitig ablaufen kann, welcher Umstand die einheitliche Verhandlung in der Berufungsinstanz erschwert, wenn nicht ausschließt, falls von beiden Parteien die Berufung eingelegt ist. Allen diesen Inkonvenienzen entgeht der Entwurf dadurch, daß

1. nach Maßgabe des § 191 Abs. 2 auch für die zustellende Partei die Frist von der Zustellung an läuft — eine Bestimmung, welche auch der franz. Entw. für die Appellationsfrist adoptirt hat — und daß

2. nach der Vorschrift des § 457 die Einlegung der Berufung vor Zustellung des Urtheils wirkungslos ist. Der Entwurf erreicht in dieser Weise die Einheit der Frist für beide Parteien, sowie die einheitliche Verhandlung in der Berufungsinstanz, ohne deshalb die Vortheile der Berechnung der Frist von der Zustellung des Urtheils an aufgeben zu müssen (vgl. hannov. Prot. X. S. 3597).

Der Lauf der Berufungsfrist wird durch Anträge auf Erläuterung und Berichtigung des Urtheils bezw. des Thatbestandes (§§ 280, 281) nicht berührt. | Anschließend | S. 303.  
an die preuß. Praxis (Erl. des Obertribunals v. 26. Novbr. 1861, Entsch. Bd. 47 S. 337) bestimmte der preuß. Entw. § 598 zwar entgegengesetzt, jedoch nur insoweit der Antrag vor Ablauf der Nothfrist gestellt sei. Diese beschränkte Bestimmung ist aber in der nordd. Prozeßkommission (Prot. III. S. 1495) auf das Lebhafteste angegriffen worden. Jede Partei kann bei Anträgen auf Erlaß einer Deklaration von Schreib- und Rechnungsfehlern und ähnlichen offenbaren Unrichtigkeiten (§ 280 Abs. 1) davon ausgehen, daß ihrem Antrage stattgegeben werde, und nach Maßgabe des hiernach sich ergebenden Inhalts des Urtheils ihren Entschluß bezüglich des Rechtsmittels fassen. Die Berichtigung des Thatbestandes (§ 281) hat eine Aenderung des übrigen Inhalts des Urtheils (§ 274 Nr. 4, 5) nicht zur Folge, und kann daher auf diese Frage keinen Einfluß üben.

§§ 458, 460, 463, 464. (R. B. §§ 458, 460, 463, 464, G. §§ 479, 481, 484, 485.)

Die Formen der Berufung und der weiteren Verhandlung über dieselbe können nur denjenigen der Klage und der Verhandlung in erster Instanz entsprechen. Dies ist auch der Gedanke der neuen Gesetzgebungsarbeiten (preuß. Entw. §§ 622—624, hannov. Entw. §§ 573, 574, 578, 579, nordd. Entw. §§ 776—779, 784, 785). Daß nach § 458 Abs. 1 die Berufung nicht bei Gericht, sondern gemäß § 157 durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner eingelegt wird, ist eine Konsequenz aus den für das Einleitungsverfahren angenommenen allgemeinen Grundsätzen des Entwurfs.

Als Inhalt der Berufungsschrift ist, neben der Ladung des Berufungsbeklagten zur mündlichen Verhandlung, nur die an sich unentbehrliche Erklärung, daß Berufung

ingelegt werde, und die für Bezeichnung des Rechtsstreits wie für die Beurtheilung der Rechtskraft der Urtheile erster Instanz nothwendige Bezeichnung des angefochtenen Urtheils vorgeschrieben. Daß zu der Erklärung, es werde Berufung eingelegt, nicht der Gebrauch solenner Worte erforderlich ist, kann bei der Tendenz des Entwurfs, das Verfahren von entbehrlichen Formen freizuhalten, als selbstverständlich angenommen werden; es genügt, daß die Absicht, Berufung einzulegen, ausgedrückt wird (vgl. preuß. Deklaration v. 6. April 1839 Art. 16, Württemb. Art. 645, preuß. Entw. § 622, sächs. Entw. § 979). Einen vierten nothwendigen Bestandtheil der Berufungsschrift ergiebt der § 185 des Entwurfs: die Aufforderung an den Gegner zur Bestellung eines bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalts.

Alles Andere, was in die Berufungsschrift aufzunehmen ist, hat nur vorbereitende Natur. Dies gilt nicht nur von den in der Berufungsinstanz vorzubringenden Thatfachen und Beweismitteln, sondern namentlich auch von den zu stellenden Anträgen, was nicht bloß der der mündlichen Verhandlung beigelegten Bedeutung entspricht, sondern zugleich von Wichtigkeit für die Bemessung der Berufungsfrist ist. Da derselben die Zeit bis zur mündlichen Verhandlung für die Ueberlegung der Partei, welche Thatfachen und Beweismittel sie anbringen will, hinzutritt, so kann die Frist im wesentlichen Interesse des Gegners so kurz, wie im § 457 geschehen, bestimmt werden. Dieselbe nur vorbereitende Natur hat selbstverständlich die Beantwortung der Berufung.

§§ 461, 462. (R. V. §§ 461, 462, G. §§ 482, 483.)

Die Berufung bringt, da die Berufungsschrift auch rücksichtlich der Anträge nur vorbereitend ist, den ganzen Rechtsstreit in die Berufungsinstanz. Demgemäß kann der Berufungsbeplagte sich der Berufung seinerseits anschließen, und zwar ohne das gemeinrechtliche Erforderniß der Konnexität der Anschlußbeschwerden mit denen des Berufungsklägers (Württemb. Art. 693, hannov. Entw. § 576) und auch rücksichtlich der Entscheidung des Kostenpunkts, für welche allein die Berufung ausgeschlossen wäre (§ 92). Der Berufungskläger kann dies Recht durch Beschränkung seiner Anträge auf einen Theil des Streitgegenstandes nicht beeinträchtigen, da auch er an Erweiterung derselben nicht gehindert ist. Durch die Zulassung des Anschlusses wird das Recht des Berufungsbeplagten, bei vollständigerer Aufklärung der Sachlage auch für sich eine derselben entsprechende Entscheidung zu verlangen, gewahrt (preuß. A. G. D. I. 14. § 12), und manche Berufung, welche nur unter der Voraussetzung eingelegt wurde, daß der Gegner Berufung einlegen werde, kann unterbleiben. Ein Verzicht auf die Berufung wird der Regel nach nur als unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit abgegeben (Proz. Ordn. v. Hannover § 402, Bayern Art. 702 und Württemberg Art. 693, Code de proc. art. 443 i f) anzusehen sein. Ist deshalb trotz des Verzichts die Anschließung zulässig (§ 461 Abs. 1), so ist doch der vertragsmäßige Ausschluß der Anschlußberufung nicht unmöglich, wenn der Vertrag oder der Verzicht ausdrücklich hierauf gerichtet war (preuß. Entw. § 632).

Die Anschließung wird durch die Beantwortung der Berufung oder durch einen anderen Schriftsatz vorbereitet (Bayern Art. 715, hannov. § 403, Oldenb. Art. 258 § 2, Württemberg Art. 694, Baden Art. 1132) und erfolgt erst durch die Stellung der bezüglichen Anträge in der mündlichen Verhandlung. Der Beginn der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeplagten ist daher der Zeitpunkt, von welchem an der Berufungskläger die Anschließung durch Zurücknahme der Berufung nicht mehr verhindern kann (§ 456), während die frühere Zurücknahme die Anschließung unmöglich macht. Ebenso muß die Anschließung durch Wegfall der Berufung selbst ihre Wirkung verlieren, wenn die Berufung als unzulässig verworfen werden muß. Nur in dem Falle, daß der Anschluß innerhalb der Berufungsfrist erfolgt ist, hat die sonst bloß vorbereitende Erklärung die erhöhte Bedeutung der eigenen Berufung. In diesem Falle ist die Anschließung von dem Bestehen der Berufung unabhängig (vgl. hannov. § 577) und nordd. Entw. § 783). Der preuß. Entw. § 633 hat dies Moment nicht ausreichend gewürdigt. Sofern diese Unabhängigkeit beansprucht wird, ist aber auch die Zulässigkeit der Berufung selbstständig zu prüfen, nur die besondere Ladung zur mündlichen Verhandlung ist entbehrlich.

In allen Fällen bleibt die Anschließung unzulässig zur Anfechtung eines

Verfäumnisurtheils. Die Gründe für Ausschließung der Berufung gegen dasselbe sind auch hier maßgebend.

Konform dem preuß. Entw. § 637, 643 und dem nordd. Entw. §§ 786, 812 trifft der

§ 465 (R. B. § 465, G. § 486)

Vorsorge für zwei Fälle, in denen sich die vom Berufungskläger gemäß §§ 186, 225 Abs. 1, 458 Nr. 3 erwirkte Bestimmung des Termins zur Verhandlung über die eingelegte Berufung in der Folge als ungeeignet herausstellt. Zunächst wird das Recht des Berufungsbeklagten gewahrt, die Aussetzung der mündlichen Verhandlung bis zum Ablaufe der Berufungsfrist zu fordern, damit ihm die Zeit bleibt, sich auf die Vertheidigung gegen die Berufung und auf die eigene Anschlußberufung vorzubereiten, und damit er die Einheit der Verhandlung über beide erhalten kann. Auf Antrag des Berufungsbeklagten ist daher der Verhandlungstermin bis zum Ablaufe der Nothfrist zu vertagen, falls er — was nach dem gerichtlichen Geschäftsgange allerdings nicht häufig vorkommen wird — auf eine frühere Zeit anberaumt war. Der zweite Fall ist von größerer prinzipieller und praktischer Wichtigkeit. Derselbe betrifft das Zusammentreffen von Einspruch und Berufung gegen dasselbe Urtheil und wird im Sinne des Entwurfs auch von Württemb. Art. 706, Bayern Art. 722 und dem hannov. Entw. § 582, sowie von der preuß. A. G. D. I. 14. § 78 entschieden. Die Verhandlung über die Berufung wird auf Antrag oder auch von Amts wegen bis zur Erledigung des vom Gegner des Berufungsklägers eingelegten Einspruchs vertagt. Hierdurch wird eine gleichzeitige Verhandlung über dieselben Streitpunkte in zwei Instanzen vermieden und es wird angemessenerweise die Verhandlung über die Berufung völlig abgeschnitten, wenn das angefochtene Urtheil bereits durch Einspruch in Wegfall kommt.

Die

§§ 466—472 (R. B. §§ 466—472, G. §§ 487—493)

verwirklichen den in der allgemeinen Begründung § 12 erörterten Charakter der Berufung als eines novum iudicium. Der Rechtsstreit wird von dem Berufungsgerichte in den durch die Anträge der Parteien bestimmten Grenzen von Neuem verhandelt (§§ 466, 477). Die Klage und die bei der mündlichen Verhandlung gestellten Anträge geben die Grenzen für die Verhandlung des Rechtsstreits. Würde eine Aenderung der Klage gestattet, so würde gegen das öffentliche Interesse der Ordnung des Verfahrens ein Rechtsstreit verhandelt werden, welcher nicht in erster Instanz verhandelt ist. Der Klageantrag, über welchen das Urtheil ergangen ist, bildet, da es sich um Aufsechtung dieses Urtheils handelt, unter allen Umständen die äußerste Grenze der zulässigen Anträge.

Die neue Verhandlung umfaßt nach Vorschrift des § 467 eine vollständige Erörterung und Würdigung des Rechtsstreits in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung. Die Natur des auf Aufsechtung eines Urtheils gerichteten Rechtsmittels bringt es mit sich, daß das angefochtene Urtheil die Grundlage der Verhandlung bildet. Der Rechtsstreit soll nicht derart von Neuem verhandelt werden, als wäre das Urtheil, die in demselben enthaltene Feststellung des Sachverhältnisses und die Beweisverhandlungen nicht vorhanden. Es bleibt immer die Richtigkeit des Urtheils zu prüfen, und diese Prüfung muß sich an das dem Gerichte vorliegende Urtheil anschließen. Durch den § 484 Abs. 1 ist daher Vorsorge getroffen, daß zur Prozeßleitung dem Berufungsgerichte die Prozeßakten erster Instanz bei der mündlichen Verhandlung vorliegen. Das unter Benutzung dieser Akten auszubehende richterliche Fragerecht (§§ 126, 467 Abs. 2) gewährt dem Rechte und der Pflicht des Gerichts, für vollständige Erörterung der Sache zu sorgen, die erforderliche Grundlage und es können auf diese Weise alle Zweifel, ob die eine oder die andere Partei Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, welche nach Inhalt des Urtheils vorgebracht sind, aufrecht erhalten oder fallen lassen will, ihre Erledigung finden.

Der

§ 469 (R. B. § 469, G. § 490)

ist dem hannov. Entw. § 586 entnommen. Die Bestimmung des ersten Absatzes ist eine Konsequenz des § 238 Abs. 2, während die Vorschrift des zweiten Absatzes,

welche sich auch in anderen Prozeßentwürfen (preuß. Entw. § 630, sächs. Entwurf | S. 306. § 996, österr. Entw. § 669, nordd. Entw. § 798) findet, auf der Erwägung beruht, daß es an einem ausreichenden Grunde fehlt, die in § 239 eingeräumte Befugniß dem Beklagten in zweiter Instanz zu gewähren.

Das im ersten Absätze des

§ 470 (R. V. § 470, G. § 491)

ausgedrückte Prinzip unbeschränkter Zulassung neuer Anführungen in der Berufungsinstanz ist bereits zu den §§ 454, 459, 463, 466 erwähnt. Im Ganzen entspricht dasselbe den bestehenden Prozeßrechten (preuß. N. G. D. I. 14. §§ 19 ff., Code de proc. art. 465, Hannover § 418, Baden § 1138, Württemberg Art. 707 (717), Bayern Art. 707). Auch gilt der Grundsatz insbesondere für den Berufungsbeklagten, welcher dieserhalb nicht zur Anschließberufung genöthigt ist (nordd. Prot. III. S. 1505). Der Satz des § 470 Abs. 1 wirkt wie in erster Instanz nach Maßgabe der §§ 241, 246, 329, 385 bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht. Der § 90 Abs. 2 ergänzt das Kostenpräjudiz der §§ 241, 246. Die Zurückhaltung des neuen Vorbringens in der ersten Instanz giebt eine genügende Unterlage für die Anwendung der Kostenseparation. Ein Verbot der Antretung eines neuen Zeugenbeweises über Thatfachen, bezüglich deren in erster Instanz eine Zeugenvernehmung stattgefunden hat — Bayern Art. 707 Abs. 4 — widerstreitet allgemeinen Grundsätzen des Entwurfs. Entgegen dem preuß. Entw. § 631, aber konform dem hannov. Entw. § 580 und dem nordd. Entw. § 789 (Prot. III. S. 1513, 1527, IV. S. 1639), steht mit hin den Parteien das neue Vorbringen und die Veränderung bezw. Erweiterung der Berufungsanträge bis zum Schlusse der Verhandlung frei.

Den Gegenfaz zum neuen Vorbringen (§ 470 Abs. 1) bilden neue Ansprüche (nouvelles demandes, Code de proc. art. 464); diese letzteren schließt der § 470 Abs. 2 aus den zu §§ 466 ff. erörterten Erwägungen grundsätzlich aus, weil der Streitgegenstand der Berufung durch die erste Instanz fixirt ist und das Rechtsmittel sich gegen die in dieser Instanz erlassene Entscheidung richtet. Als neue Ansprüche betrachtet der Entwurf nicht die im § 232 Nr. 2, 3 bezeichneten Aenderungen. Der Entwurf modifizirt den Grundsatz in Betreff der Kompensationsforderungen, jedoch übereinstimmend mit Hannover § 417 Nr. 1, Württemberg Art. 709, Bayern Art. 706, hannov. Entw. § 585 und sächs. Entw. § 999 nur unter der Bedingung der Inzidentrestitution, um das Verfahren gegen Verschleppungen durch simulirte oder schuldbar zurückgehaltene Kompensationsforderungen sicher zu stellen. Die Erhebung einer Widerklage ist in der Berufungsinstanz nicht zulässig (Leonhardt die bürgerl. P. D. § 417 Note, nordd. Prot. III. S. 1517).

Der

§ 471 (R. V. § 471, G. § 492)

schützt den § 466 gegen die irrtümliche Folgerung, als könne die Partei die Verletzung einer das Verfahren erster Instanz betreffenden Vorschrift in der Berufungsinstanz rügen, auch wenn sie das Rügerecht nach § 257 in erster Instanz verloren hat. Dagegen schreibt der

§ 472 (R. V. § 472, G. § 493)

gerade als Konsequenz aus § 466 positiv vor, daß die in erster Instanz unterbliebenen oder verweigerten Erklärungen über Thatfachen, Urkunden und Eidesaufhebungen — | S. 307. §§ 125 Abs. 3, 391 Abs. 3, 404 Abs. 2 — in der Berufungsinstanz sollen nachgeholt werden können (Motive zum preuß. Entw. S. 152, | nordd. Prot. III. S. 1524). Mit Rücksicht darauf, daß es sich hierbei nur um fingirte Geständnisse handelt, erscheint es zur Sicherung des materiellen Rechts nothwendig, den Parteien die Heilung jener Nachtheile zu gestatten. Inwieweit in zweiter Instanz auf die demnächstige freie Beweisprüfung die frühere Kontumaz einwirkt, unterliegt, soweit nicht positive Beweisregeln dazwischen treten, dem richterlichen Ermessen (§ 249). Des vom nordd. Entw. § 790 dieserhalb ausdrücklich ausgesprochenen Vorbehalts bedarf es nicht.

Der § 467 Abs. 1 läßt erkennen, daß die Beweisverhandlungen der ersten Instanz auch im Berufungsverfahren gelten. Der theoretisch unbedenkliche Satz hat aber Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung. Insbesondere stellt die erneute Würdigung der in erster Instanz vernommenen Zeugen diejenige Seite der neuen that-

fächlichen Erörterung in der Berufungsinstanz dar, welche die am wenigsten wünschenswerthe ist und im geringsten Maße einen besseren Erfolg verspricht; zumal, wenn die Zeugen — was die Regel sein soll — vor dem Prozeßgerichte vernommen sind. Eine regelmäßige Wiederholung des Zeugenverhörs durch das Berufungsgericht ist nicht ausführbar; erscheint dieselbe aber im einzelnen Falle nach dem Ermessen des Gerichts zu dessen gehöriger Information erforderlich, so giebt ihm die von aller Spezialisirung freigehaltene und nach § 464 anwendbare Vorschrift des § 350 Abs. 1 die Befugniß, die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anzuordnen. In gleicher Weise ist der Berufungsrichter zur Anordnung neuen bezw. zu wiederholenden Sachverständigenbeweises berechtigt (§§ 356, 364, 129 Abs. 1).

Die

§§ 473, 474 (R. B. §§ 473, 474, C. §§ 494, 495)

bezeichnen weitere Momente aus der Verhandlung der ersten Instanz, welche für die Berufungsinstanz fortwirken.

Hierher gehört zunächst das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständniß (§§ 251—253). Der Entwurf behandelt es unter dem Gesichtspunkte der Disposition der Partei über den Streitgegenstand. Dies schließt aber nicht aus, daß sich die Partei im Falle des § 252, Abs. 2 darüber beschweren kann, daß das Gericht erster Instanz in ihrem Vorbringen mit Unrecht ein Geständniß gefunden habe; auch darf die Partei zur Führung der ihr nach § 253 beim Widerrufe des Geständnisses obliegenden Beweise der Unwahrheit und des Irrthums neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen.

Der dem § 793 des nordd. Entw. gleichlautende § 474 — vergl. preuß. Entw. §§ 526, 625, hannov. Entw. § 588 — bestimmt als Folge der Vergleichsnatur des Eides die fortdauernde Wirksamkeit der Zuschiebung, der Annahme und Zurückschiebung des Eides, sowie der zu jenen Erklärungen hinzugetretenen Thatsachen der Leistung, der Verweigerung der Leistung und der Erlassung des Eides. Dies bezieht sich auf die unmittelmäßigen Folgen dieser letzteren Handlungen, welche in dem Erwiegen der beschworenen Thatsache bezw. in der Annahme des Geständnisses des Gegentheils bestehen (§§ 411 Abs. 1, 412 Abs. 2). Hiervon verschieden ist die Frage, ob das Gericht aus diesen Folgen die weiteren Folgen für die Entscheidung des Rechtsstreits richtig gezogen hat und diese Feststellung, sowie die Entscheidung eines unter den Parteien über die Eideszuschiebung, deren Zulässigkeit oder über die Norm des Eides bestehenden Streites unterliegt der erneuten Prüfung des Berufungsgerichts (hann. Prot. X. S. 3664—3666, nordd. Prot. IV. S. 1641).

Nach französischem Rechte (Code de proc. art. 443, 450) hemmt nicht die Appellabilität, sondern die Appellation die Vollstreckbarkeit der Urtheile. Nach deutschem Rechte verhindert die Zulässigkeit von Rechtsmitteln bis zum Ablaufe der betreffenden Nothfrist den Eintritt der Rechtskraft. Der Entwurf handelt über die Suspensivwirkung der Rechtsmittel und über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile im achten Buche (§§ 598, 601—609). Mit dem Institute der vorläufigen Vollstreckbarkeit steht der

§ 475 (R. B. § 475, C. § 496)

in Verbindung. Das Recht der Parteien, die Anträge auf Abänderung des angefochtenen Urtheils erst bei der mündlichen Verhandlung zu stellen, erfordert eine Vorschrift, welche in diesem Stadium des Prozesses die Feststellung des unangefochtenen Urtheils des Urtheils ermöglicht. Das fernere Recht der Parteien, die Anträge im Verlaufe der Sache noch zu erweitern, sowie das Recht des Berufungsbeklagten, sich erst später der Berufung durch Anträge auf Abänderung des Urtheils anzuschließen, entziehen jener feststellenden Entscheidung des Gerichts den ihr nach anderen Gesetzgebungsarbeiten (Bayern Art. 720, 721, preuß. Entw. § 636) beimohnenden Charakter eines Fixirungsbeschlusses der Berufungsbeschwerden; es kann daher der nicht angegriffene Theil des Urtheils nicht für rechtskräftig, sondern nur für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (nordd. Entw. § 796, Prot. III. S. 1527). Die Vollstreckbarkeitsklärung reicht aber aus, denn es liegt in derselben ein genügender Antrieb für die Parteien, die zu stellenden Anträge sofort anzubringen.

Zur Aufrechterhaltung des im öffentlichen Interesse festgesetzten Instanzenzuges wird nach

## § 476 (R. V. § 476, G. § 497)

die formelle Zulässigkeit der Berufung von Amtswegen geprüft. GleichermäÙe bestimmen der gemeinrechtliche und preußische ProzeÙ, sowie die neueren Gesetzgebungen (Baden § 1137, Württemberg Art. 644, 697, 719, Bayern Art. 725, preuß. Entw. § 601, hannov. Entw. § 591, nordd. Entw. § 799). Da mit der Berufung das ProzeÙgericht erster Instanz gar nicht befaÙt ist, so kann diese Prüfung nicht diesem Gerichte und zwar weder definitiv (Braunschweig § 135, Oldenburg Art. 249 § 1, sächs. Entw. § 933), noch mit interimistischer Wirkung (Baden § 1111, Württemberg Art. 644), sondern nur dem Berufungsgerichte zustehen. Die Prüfung erfolgt hier wie in den gleichen Fällen der §§ 296, 513, 528 Abs. 1 immer erst nach mündlicher Verhandlung, da kein Grund vorliegt, — wie Oldenburg Art. 256, Braunschweig § 226, österr. Entw. § 654 Abs. 1 — diese wichtige Frage, bei welcher der Gegner auch wegen des Anschließungsrechts interessirt ist, der mündlichen Verhandlung zu entziehen, und überdies eine frühere Prüfung die Gefahr in sich schließt, durch Verfassung der Terminsbestimmung und Verhinderung der zur Erhaltung des Rechtsmittels nöthigen Zustellung an den Gegner das Rechtsmittel unwiederbringlich zu entziehen. Das Gericht kann die Vorfrage zunächst allein zur Verhandlung bringen, sie auch nach Befinden durch Zwischenurtheil erledigen. Daneben ist die Berechtigung des Beklagten, die Einlassung vorläufig auf diese Frage zu beschränken, entbehrlich. Der schon bei § 466 ff. erwähnte

## § 477 (R. V. §§ 477, G. § 498)

§ 309. giebt die Schranke für den Devolutiveffekt der Berufung. Ueber denselben bestimmt in sachlicher Uebereinstimmung mit Hannover §§ 422 ff. 344, Oldenburg Art. 261 § 1, Württemberg Art. 722, Bayern Art. 731, preuß. Entw. § 638, hann. Entw. § 592, sächs. Entw. § 1000, österr. Entw. § 673, nordd. Entw. § 803 der

## § 478 (R. V. § 478, G. § 499)

daÙ alle einen zu- oder aberkannten Anspruch betreffenden Streitpunkte den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung des Berufungsgerichts bilden, selbst wenn über diese Streitpunkte in erster Instanz nicht verhandelt und entschieden ist. Die Vorschrift unterscheidet gleich § 470, zwischen Streitpunkt und Anspruch. In ersterer Beziehung unterliegt ausnahmslos der gesammte ProzeÙstoff, soweit in GemäÙheit der Anträge vor dem Berufungsgerichte eine Verhandlung erforderlich war und stattgefunden hat, der Entscheidung des zweiten Richters, auch wenn die einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmittel in erster Instanz nicht gewürdigt oder überhaupt erst in der Berufungsinstanz vorgebracht sind. Diese Grundsätze ergeben sich aus der Natur des angegriffenen Urtheils, welches als Endurtheil nicht über Streitpunkte, sondern über den in *judicium* deduzirten Anspruch (§ 283) entschied und aus dem Charakter des Rechtsmittels, welches als erneuter Rechtsstreit das ganze Streitmaterial innerhalb der durch die Anträge gesteckten Grenzen umfaÙt. Die Bestimmungen der Proz.-Ordn. v. Braunschw. § 132 und Oldenb. Art. 263, welche obligatorisch bezw. fakultativ neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel zur Entscheidung in die erste Instanz zurückweisen lassen, widersprechen dem folgerichtigen Gedanken des Entwurfs. Andererseits umfaÙt die Ausdehnung des Rechtsmittels nicht diejenigen quantitativen Theile des Streitgegenstandes, über welche das angefochtene Urtheil gar nicht ergangen ist. Die benachtheiligte Partei hat dieserhalb nach § 282 ein Ergänzungsurtheil in erster Instanz zu beantragen. Die entgegengesetzte, von Württemberg Art. 380 adoptirte Vorschrift des hannov. Entw. § 269 hat bereits die nordd. Kommission abgelehnt (nordd. Prot. II. S. 601, 602). Dem Vorgange derselben folgend, hat der Entwurf die schon in der hannov. Kommission beanstandete Vorschrift als unzweckmäÙig und prinzipwidrig verworfen.

Das Berufungsgericht hat gleich der von ihm angeordneten Beweisaufnahme auch ein von ihm erlassenes bedingtes Endurtheil selbst zu erledigen (§§ 409, 421 Abs. 1, vgl. hannov. Entw. § 592, nordd. Entw. § 801).

Ist das angefochtene Urtheil ein bedingtes und wird die Berufung zurückgewiesen, so liegt nach Württemb. Art. 724 dem Berufungsgerichte gleichfalls die Pflicht ob, das Urtheil zu erledigen. Umgekehrt sollte nach dem nordd. Entw. § 804 konform dem preuß. Rechte (Verordn. v. 28. März 1840 § 6) zu diesem Zwecke die

Sache an das Gericht der ersten Instanz zurückverwiesen werden. Der preuß. Entw. § 640 überweist das Läuterungsurtheil dem Gerichte des zweiten bezw. des ersten Rechtszuges, je nachdem im zweiten Rechtszuge abändernd erkannt ist oder nicht. Ohne Aufstellung solchen positiven Maßstabes überläßt es der Entwurf der Würdigung des Berufungsgerichts, ob es im einzelnen Falle die Erledigung des bedingten Endurtheils erster Instanz selbst bewirken, oder dem Unterrichter überlassen will. Die Purifikation des Urtheils durch das Berufungsgericht vereinfacht das Verfahren, indem es einen nochmaligen Uebergang der Sache an ein anderes Gericht und an etwa vorhandene andere Vertreter der Parteien abschneidet. Zugleich wird hierdurch die Zulässigkeit eines Rechtsmittels gegen das Läuterungsurtheil ausgeschlossen. Andererseits kann es nach § 409 Abs. 2, 414 vorkommen, daß im Läuterungsverfahren sich Schwierigkeiten erheben, wobei der Sinn und die Bedeutung des Eides, die rechtlichen Folgen der Leistung oder Nichtleistung, insbesondere die vorbehaltenen Entscheidung der Sache oder des Kostenpunkts in Frage kommen können. In solchen Fällen bleibt die Mitwirkung des Gerichts erster Instanz angemessen. | S. 310.

Der sächs. Entw. § 981 verpflichtet und die Vorschriften der Prozeßordn. v. Oldemb. Art. 262 § 1, Württemb. Art. 723 und Bayern Art. 728 berechtigen das Berufungsgericht zur Beseitigung ungesetzlicher oder unnöthiger Eidsauflagen aus dem angefochtenen Urtheile (vgl. hannov. Entw. § 593). Der Entwurf hat übereinstimmend mit dem preuß. und nordd. Entw. wider die Aufnahme einer solchen Vorschrift entschieden, welche dem Grundsatz des § 479 entgegen eine reformatio in pejus zur Folge haben würde und durch die Absicht, auf Verminderung der gerichtlichen Eide zu wirken, nicht ausreichend begründet wird. Ein Bedürfniß für diese Bestimmung liegt um so weniger vor, als es dem Schwurpflichtigen bis zum Schlusse des Berufungsverfahrens freisteht, durch Anschließung die Beseitigung des ungesetlichen oder unnöthigen Eides zu beantragen. Wird aber dem Gerichte diese Prüfung von Amtswegen auferlegt, so erhält es hiermit ohne Noth eine schwierige und peinliche Arbeit, welche übrigens nicht bewirkt werden könnte, ohne eine Verhandlung der Parteien über diesen Punkt zu veranlassen.

In den fünf Fällen des

#### § 479 (R. B. § 479, G. § 500.)

kann die vollständige Devolution des Rechtsstreits an das Berufungsgericht nicht eintreten (Oldenburg Art. 261 § 2, Baden § 1145, Württemberg Art. 725, Bayern Art. 732, hannov. Entw. § 595, preuß. Entw. § 642, nordd. Entw. § 805). In diesen Fällen muß die Sache, insofern eine fernere Verhandlung derselben noch nöthig ist, an das Gericht der ersten Instanz zurückverwiesen werden. Die Vorschrift der bayer. Proz.-Ordn. Art. 735, daß das Berufungsgericht, welches das Urtheil des Gerichts erster Instanz wegen dessen Inkompetenz aufhebt, sofort auf Abweisung erkennen solle, ist selbstverständlich, während die abweichende Vorschrift des preuß. Entw. § 639 den Grundsätzen des Entwurfs über die Einhaltung des Instanzenzuges widerspricht. Ein Urtheil des Berufungsgerichts über die Zulässigkeit des vom ersten Richter als unzulässig — § 296 — verworfenen Einspruchs (§ 479 Nr. 1), sowie ein Urtheil über prozeßhindernde Einreden (§§ 479 Nr. 2, 239) ohne Unterschied, ob das Berufungsgericht die den Einwand verwerfende Entscheidung des ersten Richters bestätigt oder den in erster Instanz für begründet angenommenen Einwand unter Abänderung des angefochtenen Urtheils verwirft (nordd. Prot. III. S. 1530), hat sich mit der Sache selbst noch nicht befaßt. Das über den Grund eines Anspruchs vorab erlassene Urtheil (§§ 479 Nr. 3, 266 Abs. 1) hat den Betrag des Anspruchs als Gegenstand des Streits vorläufig ausgeschieden. Die Berufung gegen ein Versäumnisurtheil (§§ 479 Nr. 5, 454) kann nur dessen Zulässigkeit betreffen. In allen diesen Fällen würde, wenn das Urtheil des Berufungsgerichts sich auf andere Streitpunkte als die in erster Instanz entschiedenen erstreckte, der Gegenstand des Rechtsstreites in zweiter Instanz ein anderer sein als in erster Instanz. Nur die prozeßhindernden Einreden (§ 479 Abs. 2, hannov. Entw. § 595, nordd. Entw. § 805, Hannover § 425) bilden im Sinne der vorliegenden Frage alle zusammen einen Streitpunkt, indem sie sich gleichmäßig auf die Pflicht des Beklagten zur Einlassung auf die Hauptsache beziehen. Das im Urkunden- oder Wechselprozeß unter Vorbehalt der Rechte

| S. 311. ergangene Urtheil (§§ 479 Nr. 4, 538) läßt die Entscheidung im ordentlichen Verfahren offen; nach § 539 ist der Rechtsstreit noch in erster Instanz anhängig.

Nach

§ 480 (R. V. § 480, G. § 501)

steht es zum Ermessen des Berufungsgerichts, wenn das Verfahren erster Instanz an einem „wesentlichen Mangel“ leidet, unter Aufhebung des Urtheils und des Verfahrens, soweit letzteres durch den Mangel betroffen wird, die Sache in die erste Instanz zurückzuverweisen.

Der § 480 setzt nicht voraus, daß der Mangel des Verfahrens von den Parteien als Aufhebungsgrund geltend gemacht ist. Innerhalb der durch die Berufungsanträge begrenzten Devolution des Rechtsstreits kann das Berufungsgericht wesentliche Mängel des Verfahrens von Amtswegen konstatiren und berücksichtigen (Württemberg Art. 726, Bayern Art. 733, preuß. Entw. § 641, nordd. Entw. § 806).

Der § 480 enthält sich jeder Spezialisirung, welche Mängel des Verfahrens als wesentlich anzusehen sind. Der § 489 enthält Beispiele. Nach § 471 bleiben die in Gemäßheit des § 257 geheilten Mängel außer Betracht. Die Aufhebung des Urtheils darf nur unter Beachtung des § 477 geschehen (nordd. Prot. III. S. 1531, 1532).

§§ 481, 482. (R. V. §§ 481, 482, G. §§ 502, 503.)

Die Motive, welche dahin geführt haben, den § 242 in der Berufungsinstanz modifizirt zur Anwendung zu bringen, sind bereits in der allgemeinen Begründung dargelegt.

Was als nachträglich vorgebracht anzusehen ist, entscheidet sich nach dem Zeitpunkte des Vorbringens in der Berufungsinstanz.

Auch für die Berufungsinstanz ist lediglich die Rolle der Partei in erster Instanz maßgebend: auch in dieser Instanz trifft die Bestimmung des § 242 nur den Beklagten oder Widerbeklagten, so daß es gleichgültig ist, ob er in der Berufungsinstanz als Berufungskläger oder als Berufungsbeklagter auftritt.

Die Vorschriften der §§ 481 und 482 sind den Bestimmungen der §§ 538, 539 nachgebildet. Sie unterscheiden sich von denselben hauptsächlich in folgenden Punkten:

1) Das weitere Verfahren beschränkt sich auf die vorbehaltenen Bertheidigungsmittel. Von selbst versteht sich übrigens, daß sich der Kläger zur Abwehr neuer Bertheidigungsmittel bedienen kann, insoweit dieselben in der Berufungsinstanz zulässig sind. Macht er von dieser Befugniß Gebrauch, so ist der Beklagte nicht gehindert, zur Glidrung der klägerischen Bertheidigungsmittel neue nicht vorbehaltene Defensionen vorzubringen.

2) In Betreff der Entscheidung über die Kosten mußte auf die allgemeinen und speziellen Vorschriften, über Tragung und Erstattung der Prozeßkosten verwiesen werden, um die Anwendbarkeit der §§ 90 Abs. 2 und 241 Abs. 2 zu sichern.

Daß der Rechtsstreit in Betreff der vorbehaltenen Bertheidigungsmittel in der Berufungsinstanz anhängig bleibt, rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Verhandlung und Entscheidung auch in dieser Instanz hätte erfolgen müssen, wenn das Vorbringen zeitig stattgehabt hätte.

Ausnahmen waren in doppelter Richtung erforderlich.

| S. 312. a) Im Urkunden- und Wechselprozesse muß der § 242 auch in der Berufungsinstanz unbeschränkt zur Anwendung kommen. Durch den Vorbehalt der Ausführung seiner Rechte im Urtheil (§ 538) ist der Beklagte gegen jede materielle Benachtheiligung geschützt. Es trifft daher für die Berufungsinstanz im Urkunden- und Wechselprozesse das Motiv nicht zu, welches nach der allgemeinen Begründung § 5 die Aufnahme der §§ 481, 482 in den Entwurf veranlaßt hat. Ganz abgesehen davon müßte es eine unleidliche Verwirrung des Verfahrens zur Folge haben, wenn in demselben Rechtsstreite beide Vorbehalte — der Vorbehalt des § 481 und der Vorbehalt des § 438 — Platz greifen könnten. Demgemäß hat der § 540 bestimmt,

daß die Vorschriften der §§ 481 und 482 im Urkundenprozesse keine Anwendung finden sollen.

b) Im Verfahren in Ehefachen muß der § 442 für die Berufungsinstanz beseitigt werden. Der Grund ist derselbe, welcher zu dem Verbote einer vorläufigen Vollstreckbarkeit der Urtheile in Ehefachen — vgl. § 597 Abs. 2 — geführt. Dementsprechend ist der § 242 durch § 558 in der Berufungsinstanz in Ehefachen für unanwendbar erklärt.

Auf das Verfahren in der Berufungsinstanz finden gemäß Abs. 1 des

### § 483 (R. B. § 483, G. § 504)

die Vorschriften über das Versäumnißverfahren in erster Instanz (§§ 285—300) entsprechende Anwendung. Die in der Berufungsinstanz ergehenden Versäumnißurtheile unterliegen daher gleich denen der ersten Instanz dem Einspruche. Der § 290 Nr. 3 erleidet die Modifikation, daß es zur Begründung der Versäumnißanträge nur der Mittheilung der neu vorzubringenden Thatfachen und Beweismittel bedarf, da die bereits in erster Instanz angebrachten Anführungen dem Gegner bekannt sind und aus dem Thatbestande des angefochtenen Urtheils hervorgehen.

Aus dem Vorangeschickten ergibt sich ohne Weiteres, daß die Versäumung der mündlichen Verhandlung durch den Berufungskläger zur Folge hat, daß auf Antrag des Berufungsbeklagten, das Versäumnißurtheil auf Zurückweisung der Berufung, entsprechend der nach § 285 in erster Instanz erfolgenden Abweisung der Klage, ergeht (vgl. § 102, Hannover § 428, Württemberg Art. 728, Braunschweig § 228, Bayern Art. 724, preuß. Entw. § 644, hannov. Entw. § 598, sächs. Entw. § 1004, österr. Entw. § 678, nordd. Entw. § 807).

Die Behandlung der Versäumniß des Berufungsbeklagten ist schwieriger und erfordert mehrfache Vorschriften, welche der Abs. 2 enthält. Dieselben beruhen auf dem allgemeinen Gedanken (§ 467), daß die Grundlage des Verfahrens in der Berufungsinstanz das angefochtene Urtheil bildet. Es kann daher das mündliche Vorbringen des Berufungsklägers, dessen vorbereitende Mittheilung immer vorausgesetzt wird, gegen den Berufungsbeklagten, welcher in Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint, nicht wie in erster Instanz schlechthin, sondern — wenn der Berufungskläger das Versäumnißurtheil beantragt — nur insoweit als zugestanden gelten als das in dem angefochtenen Urtheil als dessen Grundlage festgestellte Sachverhältniß nicht entgegensteht (preuß. Entw. § 644, Württemberg Art. 730 und Motive zum württemb. Entw. Art. 735, Bayern Art. 726).

Der Entwurf hat endlich eine Bestimmung für nothwendig gehalten in Betreff der in erster Instanz nicht erhobenen Beweismittel für die streitig gebliebenen Thatfachen. Denn wollte man hinsichtlich dieser Beweismittel nur den Verlust der Einreden gegen dieselben als Folge der Versäumung festsetzen, so würde über die streitigen Thatfachen die Aufnahme des Beweises unvermeidlich werden. Eine solche Ermittlung über die Richtigkeit der dem Versäumnißurtheile zu Grunde zu legenden Thatfachen würde mit den angenommenen Grundsätzen des Versäumnißverfahrens nicht in Einklang stehen. Die Annahme, daß die zulässigerweise beantragte Beweisaufnahme das in Aussicht gestellte Ergebnis gehabt, daß also z. B. ein Zeuge dasjenige wirklich bekundet habe, was unter sein Zeugniß gestellt wurde, entbindet von der Nothwendigkeit der Beweisaufnahme und läßt zugleich die Bedeutung des Urtheils als des Angriffsgegenstandes für das Rechtsmittel unberührt. Die Beschränkung dieses Präjudizes auf eine zulässigerweise beantragte Beweisaufnahme entspricht der auch bei Erlass des Versäumnißurtheils eintretenden Pflicht des Richters, die Begründung der gestellten Anträge durch die vorgebrachten Thatfachen zu prüfen. Das angenommene Ergebnis der Beweisaufnahme, das heißt, das für dieselbe in Aussicht gestellte Beweismaterial, ist demnach für sich allein oder zusammen mit dem bereits vorhandenen anderen Material zu würdigen und danach das Urtheil zu erlassen.

Ueber das Versäumnißverfahren bezüglich der Anschlußberufung bedarf es keiner abweichenden Vorschriften. Der § 481 ist auch hierauf anwendbar.

Die durch

§. 313.

§ 484 (R. V. § 484, G. § 506)

gebotene Einforderung der bei dem Gerichte erster Instanz in Akten gesammelten, auf den Rechtsstreit bezüglichen Schriftstücke überhebt die Parteien zur Erleichterung der Verhandlung mannigfacher Vorlegung der in ihren Händen befindlichen Schriftstücke, welche nur noch in Bezug genommen zu werden brauchen. Die Schwierigkeiten, welche bei der Berufung gegen Theil- und Präjudizialurtheile während der Fortdauer der Verhandlung in erster Instanz entstehen können, lassen sich durch rein geschäftliche Anordnungen leicht überwinden. Die im ersten Absätze normirte Frist von 24 Stunden entspricht der analogen Frist des Code de proc. art. 395. Der Abs. 2, betreffend die Zurücksendung der Akten an die Gerichtsschreiberei der ersten Instanz unter Beifügung einer beglaubigten Abschrift des in der Berufungsinstanz erlassenen Urtheils (vgl. Hannover § 429, Oldenburg Art. 265, § 1, Baden § 1148, Württemberg Art. 731, Bayern Art. 737), hat für den Entwurf nicht bloß reglementare Bedeutung, da die Kenntniß des Berufungsurtheils für das Gericht bezw. den Gerichtsschreiber erster Instanz in mehrfacher Hinsicht nothwendig ist (vgl. z. B. die §§ 34, 95, 599).

## Zweiter Abschnitt.

### Revision.

§§ 485—505. (R. V. §§ 485—505, G. §§ 507—529.)

Gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurtheile findet, soweit durch dieselben die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert oder die Berufung als unzulässig verworfen ist, nach dem Entwurfe das Rechtsmittel der Revision statt (§ 485).

Für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision ist nach Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes § 106 Nr. 1 das Reichsgericht zuständig. Inwieweit die Verhandlung und Entscheidung der zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörenden Revisionen einem obersten Landesgerichte zuge[wiesen werden kann, ergiebt das Einführungs-gesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze § 7.

Die Revision des Entwurfs ist eine neue Rechtsbildung und in ihrer allgemeinen Tendenz durch den § 14 der allgemeinen Begründung gekennzeichnet als ein wie die Berufung freigestaltetes, jedoch auf die rechtliche Würdigung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel.

Die Richtigkeit dieser Charakteristik ergeben die nachstehenden Grundzüge.

Das Rechtsmittel hat suspensive Wirkung (§ 598) und devolvirt den gesammten Rechtsstreit einschließlich der dem Endurtheile vorausgegangenen Entscheidungen an ein vorgeordnetes Gericht, das Revisionsgericht (§ 486).

Frist und Form der Einlegung des Rechtsmittels entsprechen (§§ 490, 491) denjenigen der Berufung. Für die Thätigkeit des Revisionsgerichts sind die von den Parteien in der mündlichen Verhandlung gestellten Revisions- und Anschlussanträge bestimmend (§§ 498, 269, 494); für die dem Gerichte obliegende freie Prüfung aller in die angegriffenen Theile des Rechtsstreits einschlagenden Rechtsfragen ist die Rüge durch die Partei weder Vorbedingung noch Schranke (§§ 491, 498). Das Verfahren über die Revision ist das Regelverfahren der ersten Instanz (§ 496). Ueber die vorbereitenden Schriftsätze bestimmen die §§ 492—496. Die einzelnen Positionen des § 492 erläutern die verschiedenen Richtungen, nach welchen das Urtheil mit dem Rechtsmittel angegriffen werden kann.

Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines Gesetzes, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, beruht. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine „Rechtsnorm“ nicht oder nicht richtig angewendet ist (§§ 487, 488).

Der Begriff und das Vorhandensein einer Gesetzesverletzung ist vollkommen unabhängig von dem Entstehungsgrunde der verletzten Rechtsnorm (§§ 488, 255, Einführungs-gesetz § 9), nicht minder davon, ob dieselbe dem Gebiete des materiellen oder formellen Rechts — aus welchem letzteren der § 489 nur in deklarativer Weise einige absolute Mängel des Verfahrens hervorhebt — angehört und ohne Rücksicht darauf, ob der Richter erster Instanz gefehlt hat:

- a) bei Feststellung des Sachverhältnisses § 492 Nr. 3,
- b) bei Anwendung des Rechts auf das ohne Gesetzesverletzung festgestellte Sachverhältniß — in der Subsumtion — §§ 492 Nr. 1, 504 Abs. 2 oder
- c) gegen eine Vorschrift über das Verfahren §§ 489, 497, 257, 492 Nr. 2.

Wird die Revision begründet gefunden, so hebt das Revisionsgericht das angefochtene Urtheil auf (§ 503 Abs. 1). Das Revisionsgericht ist prinzipiell nicht gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden; vielmehr ist es hierzu verpflichtet, wenn die Aufhebung nur wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 504 Abs. 2 Nr. 1). Leidet das Verfahren an Mängeln, so unterliegt es gleichfalls der Aufhebung und es folgt hieraus die Nothwendigkeit, die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Hiervon entbindet der Entwurf nur in den Fällen der Unzuständigkeit des Gerichts und der Unzulässigkeit des Rechtsweges (§ 504 Abs. 2 Nr. 2). Daß in allen übrigen Fällen — insbesondere im Falle der Gesetzesverletzung bei Feststellung des Sachverhältnisses — der Rechtsstreit in die Berufungsinstanz zurückverwiesen werden muß, folgt aus der durch die allgemeine Natur des Rechtsmittels begründeten Vorschrift des § 500, wonach für die Entscheidung des Revisionsgerichts vorbehaltlich der dort geregelten Ausnahmen die in erster Instanz gerichtlich festgestellten Thatsachen maßgebend sind. Das Berufungsgericht ist an die rechtliche Beurtheilung, welche der Aufhebung zu Grunde gelegt ist, gebunden (§ 507 Abs. 1).

Bei dieser selbstständigen Konstruktion des Rechtsmittels dient dessen Vergleichung mit anderen, in dem geltenden Prozeßrechte geordneten oder von Entwürfen vorgeschlagenen Rechtsmitteln nicht zur Klarstellung der Sachlage. Trotz mancher Uebereinstimmung und Ähnlichkeit der Revision mit verwandten Rechtsmitteln bleiben stets erhebliche Abweichungen bestehen. Diese treten bei der Parallele leicht zurück und es giebt die Vergleichung daher Anlaß zu unerwünschtem Mißverständnis. Eine Bezugnahme auf die deutschen Prozeßgesetze und Entwürfe ist deshalb bei der Begründung dieses Abschnittes in der Regel nur erfolgt, wenn sie erforderlich oder angemessen erschien, um bestehende Gegenätze scharf zu markiren.

Will man überhaupt durch Vergleichung argumentiren, so bezeichnet man die Revision am richtigsten nicht als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, sondern als beschränkte Berufung.

#### § 485. (R. B. § 485, G. §§ 507, 509.)

1. Daß das Erforderniß der Difformität in den Vorentscheidungen ein wirksames Mittel ist, das Revisionsgericht vor einer Ueberbürdung mit Geschäften zu bewahren, ergeben die Ermittlungen der königl. preuß. Justizverwaltung. Nach denselben waren von den in den Geschäftsjahren 1868/69 verhandelten Nichtigkeitsbeschwerden mehr als 50 pCt. gegen *duae conformes* gerichtet.

Die Besorgniß, daß der Ausschluß der Revision gegen *duae conformes* die Gerichte erster und zweiter Instanz veranlassen werde, sich von der Judikatur des Revisionsgerichts zu emanzipiren und den mit dem Rechtsmittel dritter Instanz angestrebten Zweck einheitlicher Rechtspflege zu vereiteln — eine Besorgniß, welche insbesondere rücksichtlich des Reichsrechts geäußert worden ist (vgl. Becker und Bähr in den Verhandl. des zehnten deutschen Juristentags I. S. 57, 109, 110) — hat eine überwiegend theoretische Natur und wird durch die Erfahrungen in denjenigen Rechtsgebieten, in denen der Zutritt zu dem höchsten Gerichte durch das Erforderniß der Difformität der Vorentscheidungen beschränkt oder durch das Erforderniß einer Beschwerdesumme in der Mehrzahl aller Prozesse ausgeschlossen ist, nicht bestätigt. Kann nur jede Rechtsfrage zur Entscheidung des Revisionsgerichts gelangen, so ist die Zulässigkeit der Revision in jedem einzelnen Falle kein unabweisbares

Bedürfniß, denn das Gewicht der Präjudikate des Revisionsgerichts ist derart, daß sich kein Gericht dem Einflusse derselben zu entziehen vermag — auch in denjenigen Sachen nicht, in denen es möglich wäre, die Judikatur des Revisionsgerichts auszuschließen.

Der Einwand, daß das Erforderniß der Difformität der Urtheile erster und zweiter Instanz zu zahlreichen Kontroversen Anlaß geben werde, (vgl. John in Behrend Zeitschrift für die deutsche Gesetzgebung VII. S. 206 ff.) entbehrt den Bestimmungen des Entwurfs gegenüber einer ausreichenden Begründung. Der Entwurf macht die Zulässigkeit der Revision davon abhängig, daß in zweiter Instanz die der Rechtskraft fähige Entscheidung des Urtheils erster Instanz abgeändert

| S. 316. | ist. Was unter einer der Rechtskraft fähigen Entscheidung eines Urtheils zu verstehen sei, ergibt der § 283. Indem der § 485 die Vorschriften dieses Paragraphen seiner Disposition zu Grunde legt, wird für das Erforderniß der Difformität ein scharf begrenztes Kriterium gewonnen. Dem Entwürfe gegenüber greift auch der weitere Einwand nicht durch, daß das fragliche Erforderniß nicht den Erfolg haben könne, das Revisionsgericht in erheblichem Maße von Geschäften zu entlasten (vgl. John a. a. D. VII. S. 221 ff.). Wichtig ist allerdings, daß das Revisionsgericht in jedem einzelnen Falle die Vorfrage zu prüfen haben wird, ob eine Difformität der Urtheile vorhanden sei. Wenn aber der Begriff des unklaren und schwankenden Charakters entkleidet wird, der ihm nach dem bisherigen Rechte anklebte, wenn also die Vorfrage, ob das Urtheil konform oder difform sei, ohne Schwierigkeit entschieden werden kann, so darf mit Sicherheit erwartet werden, daß jene Prüfung keine zeitraubende sein und daß nur in seltenen Fällen von dem Rechtsmittel der Revision gegen Urtheile Gebrauch gemacht werden wird, die nicht difform sind.

2. Die Zulassung der Revision in dem Falle, daß die Berufung als unzulässig verworfen ist, war durch die Erwägung geboten, daß eine Konformität der Vorentscheidungen nicht als vorhanden angenommen werden kann, wenn das Berufungsgericht bestätigt, weil es die Berufung für unstatthaft erachtet — also in Folge seiner Ansicht über die Unstatthaftigkeit des Rechtsmittels gehindert ist, die Sache selbst seiner Prüfung und Entscheidung zu unterziehen.

Ueber den Sinn der Worte „als unzulässig verwerfen“ geben die Bestimmungen der §§ 476—505 Aufschluß.

3. Die Ausnahme, welche der § 485 Abs. 2 von dem Erfordernisse der Difformität der Endurtheile erster und zweiter Instanz macht, betrifft die Rechtsstreitigkeiten aus denjenigen Ansprüchen, welche in dem Gerichtsverfassungsgeetze § 50 Abs. 2 und 3 zusammengestellt sind, lehnt sich an bestehendes Recht an (vgl. Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 § 152) und rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß die Interessen des Reichs und der einzelnen Bundesstaaten eine einheitliche Rechtsprechung in den fraglichen Rechtsstreitigkeiten mit gebieterischer Nothwendigkeit fordern.

§§ 487, 488, 501, 502. (R. B. §§ 487, 488, 501, 502, G. §§ 511, 512, 525, 526.)

I. Die Thätigkeit des Revisionsgerichts soll grundsätzlich auf erneute rechtliche Würdigung der Sache beschränkt sein, in dieser Beschränkung aber die ganze Sache frei umfassen. Sie kann darnach zu einer Aenderung des angefochtenen Urtheils nur führen, wenn der Richter zweiter Instanz sich der unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm oder der Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm — in der Sprache des Entwurfs einer Verletzung des Gesetzes schuldig gemacht hat. Durch Aufstellung dieser Voraussetzung ist nichts weiter als die rein thatsächliche Würdigung des Vorbringens der Parteien und der erbrachten Beweise von der Thätigkeit des Revisionsrichters ausgeschlossen. Diese Würdigung ist dem Richter zweiter Instanz ausschließlich überlassen, demgemäß das von diesem festgestellte Resultat der Würdigung für die Revisionsinstanz maßgebend. Insoweit jedoch dieses Resultat durch die unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm oder durch die Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm gewonnen ist, unterliegt es der Aufhebung durch die Revision — und die darauf gegründete Entscheidung der Aufhebung durch das Revisionsgericht.

Der Erfolg des Rechtsmittels bleibt davon abhängig, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes beruht, d. h. daß ohne die

| S. 317. | begangene Gesetzverletzung die Entscheidung nicht so hätte ergehen können, wie sie

ergangen ist. Nicht eine aus den Entscheidungsgründen sich ergebende, sondern nur eine durch die Entscheidung begangene Verletzung des Gesetzes kann den Erfolg der Revision begründen. Die Nichtanwendung einer zutreffenden Rechtsnorm ist im allerweitesten Sinne eine Gesetzesverletzung. Es ist nicht erforderlich, daß die Norm in den Entscheidungsgründen als nicht zutreffend bezeichnet ist; sie ist verletzt, wenn sie auf das festgestellte Sachverhältniß hätte angewandt werden müssen. Die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung einer Rechtsnorm auf das festgestellte Sachverhältniß sind andererseits zur Begründung der Revision nicht geeignet, wenn andere thatsächliche oder rechtliche Gründe aus dem festgestellten Sachverhältnisse zu derselben Entscheidung geführt haben würden. Ebenso ist die Verletzung einer Rechtsnorm bei Feststellung des Sachverhältnisses für die Begründung der Revision unerheblich, wenn das zu berichtigende Sachverhältniß bei Anwendung der zutreffenden Rechtsnorm zu einer anderen als der erlassenen Entscheidung nicht geführt haben würde. Hiernach kann nur eine Würdigung der ganzen Sache, wie sie von den Parteien vorgetragen ist, zur Aufhebung des angefochtenen Urtheils führen (§ 502).

Die Freiheit und Unbeschränktheit der Würdigung zum Zwecke der Aufhebung eines auf Verletzung des Gesetzes beruhenden Urtheils wird durch die Vorschriften über das Verfahren gesichert. Entsprechend den bei der Berufung eingehaltenen Grundsätzen, auf deren Darlegung hier verwiesen werden kann, ist für die wirksame Einlegung der Revision eine Begründung derselben in dem zuzustellenden Schriftsatz nicht erforderlich. Die zur Begründung des zu stellenden Antrags auf Aufhebung des Urtheils beizufügende Rüge der stattgehabten Gesetzesverletzung ist ebenso wie die Anzeige des zu stellenden Antrags nur vorbereitender Natur (§ 492); sie kann ohne Nachtheil für den Erfolg des Rechtsmittels unterbleiben und bei der mündlichen Verhandlung geändert oder ergänzt werden. In der Natur der Sache liegt es, daß die Partei, um den Erfolg des Rechtsmittels zu sichern, den Punkt, an welchem das Urtheil angreifbar ist, aufsuchen und bei der mündlichen Verhandlung hervorheben wird. Sie kann dies ohne jede Schranke ausführen und eine vollständige Erörterung der Sache, für welche auch das Gericht zu sorgen hat, wird dahin führen, daß keine Gesetzesverletzung, welche dem Urtheil zu Grunde liegt, unerörtert bleibt. Es genügt aber der Vortrag des Sachverhältnisses mit dem darauf gestützten Antrage, um jede wirklich vorliegende Gesetzesverletzung zur Entscheidung des Richters zu bringen; eine bestimmte Formulirung der angeblich verletzten Rechtsnormen ist nicht erforderlich. Deshalb ist es nur thatsächlich richtig, zu sagen, daß die Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung des Urtheils begründet, von der Partei gerügt wird. Rechtlich ist die Aufhebung des Urtheils von einer ausdrücklichen Rüge eben so unabhängig, wie es die Zurückweisung der Revision von einer besseren Begründung des angefochtenen Urtheils durch den Revisionsbeklagten ist, immer vorausgesetzt den Vortrag des Sachverhältnisses durch die Parteien.

Eine Einschränkung dieser Grundsätze liegt nicht darin, daß Verletzungen von Vorschriften des Verfahrens der ausdrücklichen Rüge bedürfen, wenn das Revisionsgericht faktisch in die Lage gesetzt werden soll, dieselben zu berücksichtigen. Dies hat vielmehr seinen Grund in der vorgesehenen Heilung solcher Verletzungen (§ 497) und außerdem darin, daß manche Verletzungen dieser Art durch Thatsachen begründet werden müssen, welche nur zum Nachweise der Verletzung Bedeutung haben und ohne die Rüge der Verletzung nicht verständlich sind.

Der Ausdruck „Rechtsnorm“ (§ 488) ist gewählt, um einerseits die Annahme auszuschließen, daß die Revision, wie die Nichtigkeitsbeschwerde des preuß. Rechts, auf die Verletzung von Rechtsgrundsätzen habe beschränkt sein sollen, und andererseits klar zu stellen, daß es für die Revision gleichgültig ist, ob die verletzte Norm in einem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist oder ob sie sich aus dem Sinne und Zusammenhange desselben ergibt. Gleichgültig ist ferner für die Revision die Quelle, der Entstehungsgrund der verletzten Rechtsnorm. Zur Verhütung restriktiver Auslegung des Wortes „Gesetz“ bestimmt der § 9 des Einführungsgesetzes, daß im Sinne der Civilprozeßordnung jede Rechtsnorm als Gesetz gelte, also auch das Gewohnheitsrecht (vgl. nach § 255). Bei demselben ist nur die thatsächliche Ermittlung häufig komplizirter, als bei dem geschriebenen Rechte, obwohl es Gewohnheitsrechte giebt, deren allgemein bekannte Existenz gar nicht mehr in Frage gezogen wird. Ueberall aber handelt es sich nicht um die thatsächliche Würdigung des Rechtsstreits,

§. 318.

sondern um die Erkenntniß des abstrakten Rechts, und nur jene ist dem Revisionsrichter entzogen. Von diesen Gesichtspunkten aus kann man auch nicht einen Unterschied machen, ob bei der Rüge der Verletzung eines Gewohnheitsrechts der Angriff gegen thatsächliche Feststellungen oder gegen juristische Würdigungen, welche beide zur Feststellung des bestehenden Rechts dienen sollen, sich richtet. (Mot. zum preuß. Entw. S. 164.) Die im § 451 erwähnten Handelsgewohnheiten, für welche die bayer. Proz. Ordn. (Art. 794) besondere Bestimmungen giebt, können keine andere Bedeutung in Anspruch nehmen, insoweit sie Handelsgewohnheitsrechtsätze sind, (vgl. Laband, Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XVII. S. 466 ff. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Band VI. S. 368 ff.) Für den Revisionsrichter kann daher nur noch die Frage entstehen, welche Stellung er zu der Ermittlung eines ihm unbekanntem Gewohnheitsrechts einzunehmen hat. Diese Frage ist bereits in dem § 255 entschieden. Bietet eine Partei neue Erkenntnißmittel für das anzuwendende Recht an, so sind dies nicht neue Beweismittel für den Rechtsstreit; der Richter kann sie von Amtswegen benutzen und ebenso, wenn er sie für entbehrlich hält, die beantragte Benutzung ablehnen.

Die Thätigkeit des Revisionsgerichts ist auch nicht beschränkt durch den Gegenstand der verletzten Rechtsnorm, mag sie das materielle Recht oder das Verfahren betreffen. Das preussische Recht über die Nichtigkeitsbeschwerde hat sich, von dem französischen Kassationsreferat abweichend, zu einer Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht verstanden und in Betreff des letzteren das Rechtsmittel nur im Falle der Verletzung wesentlicher Prozeßvorschriften gewährt. Die Verordn. v. 14. Dezember 1833 §§ 4 Nr. 2, 5 führte unter zehn Nummern die allein als wesentlich zu betrachtenden Prozeßvorschriften auf. Die Deklar. v. 6. April 1839 Art. 3 fügte unter fünf Nummern weitere Fälle hinzu, in denen ebenfalls die Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift angenommen werden soll. Die Unterscheidung des preussischen Rechts entbehrt der inneren Begründung. Dieselbe beruhte auf dem Bestreben, die Zahl der zum Ersatze der Revision — preuß. A. G. D. I. 15 — bestimmten Nichtigkeitsbeschwerden möglichst einzuschränken. Die Unterscheidung hat, trotz des auf ihre Verwerthung verwendeten Scharfsinns und Fleißes (vgl. die Zusammenstellung im J. M. Bl. pro 1860 S. 223 ff.), nachtheilig gewirkt, indem sie eine gesunde Entwicklung des Rechtsmittels durch Theorie und Praxis verhinderte. Die späteren preuß. Verordn. vom 21. Juli 1849 und 24. Juni 1867 §§ 60, 63 haben daher die kasuistische Spezialisirung der als wesentlich zu betrachtenden Prozeßvorschriften aufgegeben. | Die 1860 ausgearbeiteten beiden Entwürfe eines Gesetzes über die Nichtigkeitsbeschwerde — J. M. Bl. 1860 S. 183, 437 — verfahren in ähnlicher Weise (§§ 2—4). Der Entwurf folgt diesem Vorgange: er schließt keine Prozeßvorschrift von der Revision aus, soweit nicht ihre Verletzung nach § 257 geheilt ist (§ 497).

Den praktisch wichtigsten Fall der Anwendung der Revision bietet die unrichtige Subsumtion der Thatfachen unter das Gesetz — in der Sprache des Entwurfs die Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß (§ 504 Nr. 1). Es kam daher in Frage, ob es sich empfehle, dem § 488 folgende Bestimmung zuzusetzen:

Insbesondere ist jede unrichtige rechtliche Beurtheilung der von den Parteien zur Begründung ihrer Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorgebrachten oder der als erwiesen angenommenen Thatfachen als Verletzung des Gesetzes anzusehen.

Gegen die Aufnahme dieses Zusatzes sprach die Erwägung, daß aus den Bestimmungen des Entwurfs über die Revision sowie aus der Konstruktion dieses Rechtsmittels mit Evidenz hervorgeht, daß jede unrichtige Subsumtion von Thatfachen unter das Gesetz den Gegenstand der Anfechtung durch die Revision bilden kann, sprach ferner die Rücksicht, daß durch den Zusatz kein Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage gegeben wird, was Rechtsfrage, was Thatfrage sei. Und gerade der Schwierigkeit, diese Frage in befriedigender Weise zu entscheiden, ist der Vorschlag entsprungen, den Zusatz dem Gesetze einzufügen. Es ist zweifellos, daß die Trennung der thatsächlichen Würdigung von der Subsumtion unter das Gesetz vielfach eine schwierige ist und daß sich die Schwierigkeit der Trennung steigert, wenn einzelne Rechtsnormen an keinen genau festzustellenden Thatbestand geknüpft sind,

sondern nur leitende Gesichtspunkte für den Richter aufstellen, wenn das Recht selbst bei Anwendung einzelner Rechtsbegriffe dem Richter ein von dem thatsächlichen nicht zu unterscheidendes Ermessen freistellt, wie z. B. bei dem Besitze, bei der Verjährung, bei dem Herkommen, bei der culpa, bei der bona fides u. a. m. Allein ebenso zweifellos ist es, daß diese Schwierigkeit keine unüberwindliche ist und sich mindern muß, je mehr es der Theorie und Praxis gelingt, die einzelnen Rechtsbegriffe schärfer zu formuliren, und je weiter die Kodifikation des Civilrechts fortschreitet. Die Behauptung, daß der französische Cassationsrefers zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt habe, fehlt es an einem ausreichenden Stützpunkte. Dagegen ist es unstreitbar, daß die Nichtigkeitsbeschwerde des preußischen Rechts einen Zustand geschaffen hat, der mindestens als unbefriedigend bezeichnet werden kann. Diese Erscheinung erklärt sich zur Genüge, wenn man die Formalisirung der preußischen Nichtigkeitsbeschwerde und die Beschränkung derselben auf die Verletzung von Rechtsgrundsätzen in Betracht zieht. Die Erfahrungen auf dem Gebiete des preußischen Prozeßrechts können daher nicht die Annahme rechtfertigen, daß die Revision ähnliche unbefriedigende Ergebnisse zur Folge haben müsse. Dem Entwurf ist die Trennung der Rechtsfrage in zwei Gebiete „konkrete und abstrakte Beurtheilung“ und die Ausschließung der ersteren von dem Arbitrium des höheren Richters fremd. Der Prüfung und Entscheidung des Revisionsgerichts unterliegt z. B. unbedenklich die Frage: ob bei der Subsumtion der gerichtlich festgestellten Thatfachen unter den Rechtsbegriff „Besitz“, „culpa“ u. s. w. von dem Berufungsgerichte gefehlt sei; an die in der Berufungsinstanz gerichtlich festgestellten Thatfachen ist das Revisionsgericht gebunden, nicht aber an die rechtlichen Konklusionen, welche das Berufungsgericht aus denselben gezogen hat. | § 320.

II. Die Revision kann auf eine Verletzung des Gesetzes nur dann gestützt werden, wenn entweder ein Reichsgesetz — ohne Unterscheidung, ob es für das ganze Reich oder nur für einzelne Theile des Reichs erlassen ist — oder eine Rechtsnorm, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk des Oberlandesgerichts hinaus erstreckt, nicht oder nicht richtig angewendet ist. Bei der abstrakten Fassung des Prinzips wird die Feststellung, ob eine landesrechtliche Norm der Kognition des Revisionsgerichts unterliegt, in einzelnen Fällen Schwierigkeiten bereiten müssen. Dieselben lassen sich nicht beseitigen. Eine spezielle Aufzählung aller Rechtsnormen, auf welche die Revision gestützt werden kann, im Texte des Gesetzes wäre nicht ausführbar und außerdem aus praktischen Gründen nicht rathsam. Letzteres, weil gegenüber der rüstig fortschreitenden Reichsgesetzgebung und bei der zu erwartenden Kodifikation des Civilrechts der gegenwärtige Rechtszustand in Deutschland den umfassendsten Veränderungen entgegen geht. Einer generellen Aufzählung stehen gleichfalls erhebliche Bedenken entgegen. Selbstverständlich müßten in den Katalog aufgenommen werden:

- a) die Gesetze des preußischen Staats, soweit sich ihr Geltungsgebiet über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt,
- b) das gemeine Recht,
- c) das französische Recht.

Zweifelhaft dagegen könnte die Aufnahme des bayerischen, württembergischen und sächsischen Rechts sein: sie würde von der Beantwortung der Frage abhängen, ob Bayern, Württemberg und Sachsen mit einem Oberlandesgerichte zur Zeit ausreichen können oder wollen und in Zukunft ausreichen werden. Denn würde in jedem dieser Staaten nur ein Oberlandesgericht bestellt werden, so würde dieses in der Lage sein, die Rechtseinheit in Betreff des partikularen Rechts zu wahren, ein Bedürfnis für die Ueberweisung desselben an die Kognition des Revisionsgerichts sich erst ergeben, wenn ein zweites Oberlandesgericht eingesetzt wird. Mithin würde für den Umfang des Katalogs die jedesmalige Gerichtsorganisation maßgebend werden, mit der Aenderung derselben in einem der Bundesstaaten würde der Inhalt des Gesetzes selbst geändert werden müssen, ein Zustand, der nicht erwünscht sein kann und der durch die abstrakte Fassung des Entwurfs vermieden wird. Abgesehen davon läßt die Entwicklung des Rechtszustandes in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten eine generelle Aufzählung nicht rathlich erscheinen. So fällt z. B. das gemeine deutsche Privatrecht unbedenklich in den Bereich der Revision, aber zweifelhaft erscheint es, ob man das Recht als gemeines deutsches Recht bezeichnen darf, da sich die rechtliche Existenz eines solchen bestreiten läßt und jedenfalls dessen Geltung nach Grund und Umfang in den verschiedenen Staaten und Landestheilen sich sehr verschiedenartig

gestaltet hat (vgl. Stobbe, Handb. des deutschen Privatrechts I. S. 35 ff.). Ähnliche Schwierigkeiten bestehen gegenüber dem preussischen Rechte, welches in den fränkischen Gebieten des Königreichs Bayern und in Ostfriesland eine ganz abweichende Entwicklung erhalten hat, und gegenüber dem französischen Rechte, welches in den deutschen Rheinprovinzen, im Reichslande Elsaß-Lothringen und im Großherzogthum Baden sich sehr verschieden ausgebildet hat. Durch die Aufzählung wird kein Anhalt für die Entscheidung der schwierigen Frage gewonnen, ob und inwieweit z. B. ein Institut als gemeinrechtlich oder als partikularrechtlich zu gelten hat, eine Frage, welche nur für den einzelnen Fall, nur unter Berücksichtigung aller einschlagenden Umstände zutreffend entschieden werden kann.

In Folge der politischen Entwicklung Deutschlands haben manche Partikularrechte in Gebieten Geltung, welche von dem Stammlande des betreffenden Rechts politisch geschieden sind, so z. B. das württemb. Landrecht in jetzt bayerischen Distrikten und bayerisches Recht in nunmehr preussischen Gebietstheilen.

Außerdem sind einzelne Rechte, wie z. B. das lübische Recht, auf Rechtsgebiete übertragen, welche zu verschiedenen Bundesstaaten gehören und für welche verschiedene Oberlandesgerichte bestehen werden. Ebenso sind einzelne Rechte, welche für einen bestimmten Bezirk eines Staates eingeführt waren, in anderen Bezirken desselben Staates rezipirt, wie z. B. die für die Mark Brandenburg erlassene Constitutio Joachimica in Bezirken anderer preussischer Provinzen Geltung erlangt hat, ohne daß es ausführbar sein würde, alle diese Bezirke mit der Mark Brandenburg einem Oberlandesgerichte zu unterstellen. Würde das im § 487 ausgedrückte Prinzip unbeschränkt durchgeführt, so würde sich die Inkonvenienz ergeben, daß das Revisionsgericht mit der Beurtheilung von Rechtsnormen befaßt wird, in Betreff welcher das Bedürfnis nach Einheit des Rechts und der Rechtspflege nicht besteht, und für deren richtige Auffassung und Anwendung das Berufungsgericht präsumtiv qualifizirt ist, als das Revisionsgericht. Es treffen also hier dieselben Gründe zu, welche den Ausschluß der über den Bezirk eines Oberlandesgerichts nicht hinausgreifenden Rechtsnormen von der Zuständigkeit des Revisionsgerichts veranlaßt haben (vgl. allg. Begründung § 15), und diese Gründe sind das Motiv gewesen, durch den Vorbehalt des Einführungsgesetzes § 4 Nr. 1 die Möglichkeit zu eröffnen, daß einzelne Landes-, Provinzial- und Statutarrechte, obwohl sie über den Bezirk eines Oberlandesgerichts sich hinauserstrecken, von dem Bereiche der Revision ausgeschlossen werden können. Umgekehrt erschien es wünschenswerth, durch den weiteren Vorbehalt des Einführungsgesetzes § 4 Nr. 2 die Möglichkeit zu gewähren, Rechte, obwohl sie nur innerhalb des Bezirks eines Oberlandesgerichts gelten, dem Bereiche der Revision zu überweisen. Praktisch wichtig könnte dieser weitere Vorbehalt z. B. für Baden werden: auf Grund desselben könnte der Zweifel gehoben werden, ob das badische Landrecht dem französischen Rechte beizuzählen sei, mithin eine Verletzung desselben der Revision unterliege.

Der von der Reichscivilprozesskommission ausgearbeitete Entwurf des Einführungsgesetzes §§ 4, 5 hatte vorgeschlagen, die in § 4 des Einführungsgesetzes vorbehaltenen Ausnahmen als Anhang zur Civilprozessordnung sofort festzustellen. Dieser Vorschlag entsprach jedoch dem praktischen Bedürfnisse nicht. Den einzelnen Bundesstaaten muß in Bezug auf die Abgrenzung der Bezirke der Oberlandesgerichte freie Hand gelassen werden; die Landesgesetzgebung kann ferner bis zum Inleben-treten des Reichscivilgesetzbuchs Aenderungen am Landescivilrechte treffen. Der Umfang der Zuständigkeit der dritten Instanz ist sonach von einer Grundlage abhängig, welche zeitlich sich ändern kann. Ueberdies ist anzunehmen, daß zu der Zeit, in welcher die Reichsjustizgesetze die definitive Zustimmung erhalten, die Bezirke der zu bildenden Oberlandesgerichte noch nicht feststehen werden. Demgemäß erschien der Weg einer mit Zustimmung des Bundesraths zu erlassenden Kaiserlichen Verordnung der allein geeignete.

Die Vorschriften der §§ 501 und 504 Abs. 3 sind Konsequenzen der Bestimmungen des § 487. Die praktische Wichtigkeit derselben ließ es wünschenswerth erscheinen, sie im Gesetze zum Ausdruck zu bringen.

| S. 322.

| Zur Vermeidung von Zweifeln über die Bedeutung des § 501 mag Folgendes bemerkt werden. Die Frage, ob z. B. das Reichsrecht oder das gemeine Recht richtig zur Anwendung gebracht sei, ist der Kognition des Revisionsgerichts nicht bloß dann

zu unterstellen, wenn die Anwendbarkeit der reichsgesetzlichen oder gemeinrechtlichen Norm an sich unstreitig und streitig nur der Inhalt dieser jedenfalls in Anwendung zu bringenden Rechtsnorm ist, sondern zur Kompetenz des Revisionsgerichts gehören auch die Fragen, welche durch den Konflikt des Reichsrechts oder gemeinen Rechts und des partikularen Rechts entstehen. Hat also z. B. das Berufungsgericht angenommen, daß das Reichsrecht eine partikulare Rechtsnorm nicht aufgehoben habe, und diese Rechtsnorm demgemäß seiner Entscheidung zu Grunde gelegt, so hat das Revisionsgericht festzustellen, ob die Konklusion des Berufungsgerichts als zutreffend angesehen werden kann. Dasselbe gilt, wenn z. B. das Berufungsgericht zu dem Ergebnisse gelangt, daß das Partikularrecht eine Rechtsnorm des gemeinen Rechts beseitigt habe, und deswegen diese Rechtsnorm für unanwendbar erklärt. Hieraus folgt:

Durch § 501 hat nur ausgesprochen werden sollen, daß, wenn die in dem konkreten Falle zur Anwendung zu bringende Rechtsnorm dem der Revision nicht unterliegenden partikularen Rechte entnommen werden muß, die Entscheidung des Berufungsgerichts über Bestehen und Inhalt der betreffenden Rechtsnorm für das Revisionsgericht maßgebend sei (vgl. John Behrend, Zeitschrift f. d. deutsche Gesetzgebung VII. S. 189 ff.).

III. Aus dem Wortlaute des § 487 ergibt sich, daß die Revision, soweit es sich nicht um die Verletzung von Reichsrecht handelt, voraussetzt, daß das verletzete Gesetz innerhalb des Bezirks desjenigen Oberlandesgerichts gilt, welches das Berufungsurtheil erlassen hat. Hieraus folgt:

1. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß ausländisches Recht nicht richtig angewendet sei.

Diese Konsequenz haben auch das französische Recht (vgl. Tarbé cour de cassation Paris 1840, pag. 49 § III.) und der preußische Entw. § 656 gezogen. Sie entspricht dem Gedanken, auf welchem die Zulassung einer dritten Instanz beruht.

2. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, daß inländisches Recht, welches in dem Bezirke des Berufungsgerichts keine Geltung hat, nicht richtig angewendet sei. Legt also z. B. das Oberlandesgericht für Elsaß-Lothringen eine in dem konkreten Falle anwendbare Rechtsnorm des Preussischen Allgemeinen Landrechts unrichtig aus, so ist die Aufhebung des Berufungsurtheils wegen dieser unrichtigen Auslegung ausgeschlossen.

Anders verhält es sich, wenn die Revision darauf gegründet wird, daß das Berufungsgericht statt des ausländischen Rechts oder statt des Rechts eines anderen deutschen Gebiets das in seinem Bezirke geltende Recht zur Anwendung gebracht habe. In diesem Falle ist die Revision dagegen gerichtet, daß von dem Berufungsurtheil gegen die Grundsätze der sogenannten örtlichen Kollision der Rechte verstoßen, also eine für das Berufungsgericht geltende Rechtsnorm verletzt sei.

Die Vorschrift des

#### § 489 (R. V. § 489, G. § 513)

hat eine ausschließlich deklarative Bedeutung. Der Grundsatz des § 487, daß die Revision nur auf eine solche Gesetzesverletzung gestützt werden kann, auf welcher die angefochtene Entscheidung beruht, führt zu der Untersuchung, ob durch denselben für gewisse Gesetzesverletzungen im Verfahren, welchen andere Gesetzgebungen eine absolute Bedeutung beilegen (Hannover § 431, Bayern Art. 788, Württemberg Art. 733, preuß. Entw. § 654, hannov. Entw. § 609, nordd. Entw. § 854), die Klüge gesichert ist. Diese in den Nr. 1—7 aufgeführten Verletzungen haben, indem sie die Grundlagen des Verfahrens berühren, eine hervorragende Bedeutung; da sie aber außerhalb jeder Beziehung zu dem materiellen Inhalte des Urtheils stehen, so kann es zweifelhaft bleiben, ob dasselbe auf ihnen beruht, denn seinem Inhalte nach kann das Urtheil, und zwar nicht bloß nach Lage der Verhandlungen, sondern auch nach der wahren Lage der Sache vollständig richtig sein. In den Fällen Nr. 1—5 hätte überhaupt oder von dem erkennenden Gerichte kein Urtheil erlassen werden dürfen, also auch nicht das angefochtene. Die Verletzung der Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens (Nr. 6) ist von einer unberechenbaren Wirkung; die unberechtigte Zulassung der Oeffentlichkeit z. B. in Ehefachen kann eine deutliche

Beschränkung der Parteien in der Verhandlung involviren. Der Mangel von Entscheidungsgründen (Nr. 7) entzieht das Urtheil jeder Kontrolle. In diesem Sinne soll in allen hervorgehobenen Fällen der Zweifel, ob der ursachliche Zusammenhang zwischen dem Urtheile und der Gesetzesverletzung vorhanden ist, gelöst werden. Daß der Zusammenhang „stets“ anzunehmen sein soll, sichert gegen die Annahme, als würden durch Aufzählung dieser Fälle andere Fälle, in denen die Entscheidung auf der Verletzung eines Prozeßgesetzes beruht, von der Revision ausgeschlossen. Der Versuch einer Parallele zwischen dem § 489 und der Beschränkung der Nichtigkeitsbeschwerde nach preuß. Rechte auf die Verletzung bestimmter als wesentlich anerkannter Prozeßvorschriften ist daher als verfehlt zurückzuweisen.

Von der Regel, daß eine Verletzung des Gesetzes die Grundlage des Erfolgs der Revision sein soll, wird hier nicht abgewichen. Die ungehörige Besetzung des erkennenden Gerichts (Nr. 1), die Theilnahme eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richters an dem Urtheile (Nr. 2, 3) das Verhandeln gegen eine nicht vertretene Partei (Nr. 5), das Fortlassen von Entscheidungsgründen (Nr. 7) sind an sich Verletzungen des Gesetzes. Bei einem Fehler in der Beurtheilung der Zuständigkeit des Gerichts (Nr. 4) und bei der Zulassung oder Ausschließung der Oeffentlichkeit stehen nicht minder rechtliche Verstöße in Frage.

Die Nr. 1 begreift alle Fälle, in denen die Besetzung des Gerichts den Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes widerspricht; auch gehört hierher ein Verstoß wider den § 270. Der Aufhebungsgrund Nr. 2 muß außer Betracht bleiben, insoweit die Behinderung des betreffenden Richters ohne Erfolg geltend gemacht war, weil gegen die zurückweisende Entscheidung des Gerichts nach § 46 Abs. 2 nur die sofortige Beschwerde stattfindet (§ 486). Die Ausdehnung der Nr. 2, 3 auf den Gerichtsschreiber ist nicht geboten, da die Einwirkung desselben auf die ergangene Entscheidung nicht die Bedeutung in Anspruch nehmen kann, welche der Mitwirkung eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen oder mit Erfolg abgelehnten Richters beigelegt werden muß. Insoweit im einzelnen Falle durch den Gerichtsschreiber prozeßrechtliche Normen verletzt sind, stehen den Parteien Angriffe nach Maßgabe der §§ 487, 488 offen. Aus diesem Grunde erschien es auch nicht nothwendig, in Nr. 6 neben der Oeffentlichkeit des Urtheils auch die Mündlichkeit zu erwähnen, dessen strenge Einhaltung durch zahlreiche Vorschriften des Entwurfs sichergestellt ist. Unter Nr. 6 fällt auch der Fall, daß die Vorschriften über die Oeffentlichkeit bei Verkündung der bereits gefällten Entscheidung (§§ 272, 284 Abs. 1) verletzt werden. In Betreff der Nr. 7 erschien eine Fassung nach Art des hannov. Entw. § 608 Nr. 16, nordd. Entw. § 854 Nr. 5, preuß. Verordn. v. 14. Dezember 1833 § 5 Nr. 9: „wenn das Urtheil keine Entscheidungsgründe enthält“, zu enge, weil sie nicht den Fall deckt, in welchem zwar das Urtheil als Ganzes Entscheidungsgründe hat, nicht aber der anzugreifende Theil der Entscheidung. Die Nr. 7 ist daher den Vorschriften der Proz. Ordn. von Braunschweig § 102 und Bayern Art. 788 Nr. 4 entsprechend redigirt (vgl. Schmitt, der bayer. Civilprozeß II. S. 636).

Auf die vorbereitenden Schriftsätze der Revisionsinstanz finden nach den

§§ 492 495 (R. B. §§ 492, 495, G. §§ 516, 519)

zunächst die allgemeinen Bestimmungen der §§ 117 ff. Anwendung. Die besonderen Bestimmungen der §§ 492, 495 ergeben sich aus der Natur des Rechtsmittels.

Der § 492 behandelt den Inhalt der Revisionschrift gefordert für die verschiedenen Richtungen, welche die Begründung der Revisionsanträge einschlagen kann.

Wird

1. die Revision darauf gestützt, daß eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet ist, so ist für den Schriftsatz die Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm erforderlich. Wird

2. die Revision darauf gestützt, daß das Gesetz in Bezug auf das Verfahren verletzt sei, so bedarf es außer der Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm auch der Bezeichnung des rechtsverletzenden Vorganges. Wird

3. die Revision darauf gestützt, daß unter Verletzung des Gesetzes Thatfachen festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien, so kann neben der

Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm die nähere Bezeichnung der verlangten Aenderung des Sachverhältnisses nicht fehlen.

Das Rechtsmittel der Revision ist wie die Berufung unter den Parteien gemeinsam. Der Revisionsbeklagte hat daher gleich dem Berufungsbeklagten das Recht zur Anschließung. Durch die Einlegung der Revision devolvirt ferner der gesammte Rechtsstreit an das Revisionsgericht. Der Revisionsbeklagte hat daher die Möglichkeit, gleich dem Revisionskläger die Verletzung von Gesetzen zu rügen, wenngleich er damit nicht die Aufhebung, sondern nur die Aufrechterhaltung des Urtheils erzielen will.

Zur Rechtfertigung des

§ 499 (R. V. § 499, G. § 523)

genügt die Verweisung auf die Bemerkungen zum § 475.

§ 500. (R. V. § 500, G. § 524.)

Das in dem angefochtenen Urtheil festgestellte Sachverhältniß umfaßt sowohl alle Vorgänge des Verfahrens, das Vorbringen oder Nichtvorbringen der Parteien und die Erhebung der Beweise, als auch die dem Rechtsstreite selbst zu Grunde liegenden Thatfachen, wie sie sich nach der Würdigung des Richters darstellen. Daß die tatsächlichen Anführungen der Parteien sich an diese gerichtlich festgestellten Thatfachen zu halten haben, liegt in der Natur des Rechtsmittels. — | Ebenso selbst- | S. 325.  
verständlich ist die Ausnahme, daß Thatfachen angeführt werden können, um in Bezug auf das Verfahren oder in Betreff der Feststellung des Sachverhältnisses eine Verletzung des Gesetzes nachzuweisen. Damit ist insbesondere auch die Möglichkeit gegeben, ein Uebergehen von Thatfachen — eine Omission — zu rügen, wenn auch die rechtliche Erheblichkeit der Rüge für den Erfolg maßgebend und der Nachweis derselben nach Maßgabe der Vorschriften über die Fixirung des Sachverhältnisses beschränkt ist. In dieser Beziehung kommt in Betracht, daß nach § 275 der Thatbestand des Urtheils rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis liefert und daß dieser Beweis nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann. Läßt sich daher auf Grund des Sitzungsprotokolls nicht beweisen, daß eine in den Thatbestand nicht aufgenommene Thatfache in der mündlichen Verhandlung vorgetragen sei, so kann die Aufhebung des Urtheils auf eine Omission nur gestützt werden, wenn der Thatbestand auf Grund des § 281 rektifizirt, also in Folge des gestellten Berichtigungsantrags festgestellt worden ist, daß die Partei die betreffende Thatfache in der mündlichen Verhandlung vorgebracht habe. Ausgeschlossen sind hiernach für die Revisionsinstanz nur alle neuen, die Sache selbst betreffenden tatsächlichen Anführungen und jeder Angriff gegen die rein tatsächliche Würdigung der Sache durch den ersten Richter.

Das Vorbringen solcher Thatfachen, welche sich nicht auf den Rechtsstreit, sondern auf die Zulässigkeit des Rechtsmittels beziehen, wie z. B. die Behauptung eines Verzichts, wird durch den § 500 nicht berührt.

Die Erörterung und Feststellung der zulässigen neuen Thatfachen muß dem Revisionsgerichte zustehen, da dasselbe andernfalls die Begründung der Revision nicht würde prüfen können.

§ 503. (R. V. § 503, G. § 527.)

Die bloße Aufhebung des angefochtenen Urtheils ist nicht das Endziel des Rechtsmittels. Grundsätzlich soll eine anderweite Entscheidung in der Sache selbst erreicht werden, allein die als Regel aufgestellte Ausschließung der tatsächlichen Würdigung von der Thätigkeit des Revisionsgerichts macht es unmöglich, in demselben Maße wie bei der Berufung eine Entscheidung in der Sache selbst zu geben. Wenn die in den Entscheidungsgründen niedergelegte tatsächliche Würdigung des ersten Richters nach den Ansichten des Revisionsgerichts als Grundlage für das Endurtheil noch nicht ausreicht oder wenn das Verfahren oder die Feststellung des Sachverhältnisses mit Erfolg angegriffen ist, so kann nur die Aufhebung des angefochtenen Urtheils ausgesprochen werden. Deshalb empfiehlt es sich, über diesen immer

vorkommenden negativen Theil der Entscheidung des Revisionsgerichts im § 503 vorweg zu bestimmen.

Die Aufhebung trifft nicht nothwendig das ganze Urtheil dem Streitgegenstande nach, sondern nur denjenigen Theil desselben, welcher auf Verletzung des Gesetzes beruht; für den etwaigen Rest ist die Revision zurückzuweisen. Ebenso trifft die Aufhebung nicht nothwendig die dem angefochtenen Urtheile vorausgegangenen Entscheidungen. Soweit dieselben nicht auf Verletzung des Gesetzes beruhen, ist kein Grund vorhanden, die durch dieselben erledigten Streitpunkte von Neuem zur Verhandlung zu bringen. Dasselbe gilt von den in dem angefochtenen Urtheile erhaltenen Entscheidungen über selbstständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel.

§ 326. Die Nachtheile, welche in der Zurückverweisung der Sache zur [nochmaligen Verhandlung liegen, werden dadurch auf ein möglichst geringes Maß zurückgeführt.

Daß wegen Mängel des Verfahrens auch das dem Urtheile vorausgegangene Verfahren aufgehoben werden soll, entspricht der gleichen, durch § 477 für die Berufung gegebenen Vorschrift.

#### § 504. (R. B. § 504, G. § 528.)

Wenn im Falle der Aufhebung des Urtheils die thatsächlichen Grundlagen für eine definitive Entscheidung des Rechtsstreits fehlen, so muß die Zurückverweisung der Sache in die erste Instanz zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung erfolgen. Aber auch in diesem Falle soll dem Prinzip des Rechtsmittels gemäß das aufhebende Urtheil, soweit es reicht, als Entscheidung in der Sache selbst wirken. Dies ist insoweit durchgeführt, daß das Gericht erster Instanz verpflichtet ist, „die rechtliche Beurtheilung“, auf welcher die Aufhebung des Urtheils beruht, auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Um in ersterer Beziehung die Absicht des Entwurfs gegen die Gefahr einer zu engen Auslegung und Anwendung sicher zu stellen, ist statt der „Rechtsnorm“ — preuß. Entw. § 683, nordd. Entw. § 852 Nr. 3 — „Rechtsansicht“ (Bayern Art. 820) — „Rechtsgrundsätze“ — preuß. Deklar. v. 6. April 1839 Art. 11 Abs. 3 und Gef. v. 20. März 1854 § 3, Hannover § 441 Abs. 2, Württemberg Art. 750 Abs. 4, hannov. Entw. § 623 Abs. 3, österr. Entw. § 712 Abs. 3, sächs. Entw. § 1023 — der Ausdruck „rechtliche Beurtheilung“ gewählt, welchem eine weitere Bedeutung beizumessen. Im Uebrigen ist die Verhandlung der Sache in erster Instanz eben so frei wie früher; soweit nicht Zwischenurtheile entgegenstehen, welche durch die Aufhebung nicht betroffen sind, ist keine Partei in dem Vorbringen neuer Thatsachen oder in der Anretung neuer Beweise behindert.

Die Verweisung an ein anderes Berufungsgericht als an dasjenige, welches das aufgehobene Urtheil erlassen hat, ist weder vorgeschrieben, noch zugelassen. Dieselbe ist in der bayer. Prozeßordn. (Art. 815), württemb. Prozeßordn. (Art. 750), dem preuß. Entw. (§ 680), hannov. Entw. (§ 623), nordd. Entw. (§ 849) im Falle der mit Erfolg eingelegten Nichtigkeitsbeschwerde für zulässig erklärt, in der bayer. Prozeßordn. sogar für gewisse Fälle geboten. Die Ausschließung des zuständigen Gerichts wäre ohne genügenden inneren Grund um so mehr, als die Verbindlichkeit der von dem Revisionsgerichte der Aufhebung zu Grunde gelegten rechtlichen Beurtheilung oder Urkundenauslegung für die anderweite Entscheidung festgesetzt worden ist. Es kann nicht als der Würde des Gerichts widersprechend angesehen werden, daß dasselbe genöthigt ist, ein rechtskräftiges Urtheil, und etwas Anderes ist das Revisionsurtheil nicht, zur Ausführung zu bringen.

Die abweichenden Grundsätze des französischen Kassationsrecurses, nach welchem die Sache an ein anderes Gericht zu verweisen und dieses nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung (Gef. v. 1. April 1837) wenigstens nicht sogleich an die Entscheidung des Kassationshofes gebunden ist (theilweise angenommen von der bayer. Prozeßordn. Art. 820), haben ihren Grund darin, daß der Kassationshof nach seiner Natur keine Entscheidung für die Sache selbst geben kann, und von der Verweisung der Sache an ein anderes Gericht eine Lösung des Konflikts zwischen Gericht und Kassationshof eher zu erwarten ist.

Die Entscheidung in der Sache selbst ist grundsätzlich Pflicht des Revisionsgerichts; sie muß nur unter Umständen unterbleiben. Das Verfahren behufs Entscheidung in

§ 327. der Sache selbst ist daher von dem Verfahren behufs Aufhebung | des angefochtenen

Urtheils nicht getrennt und nicht verschieden; es giebt nur ein Verfahren. Der Ausschluß thatsächlicher Anführungen besteht auch hierbei fort; es bedarf nicht einmal einer weiteren Erörterung der Sache, da ohne vollständige Prüfung derselben auch die Aufhebung des Urtheils nicht erfolgen kann. Hierin zeigt sich wiederum eine wesentliche Verschiedenheit des Entwurfs von dem Verfahren, welches Prozeßgesetze oder Prozeßgesetzentwürfe vorschreiben, die das Rechtsmittel dritter Instanz dem französischen Kassationsrekurse nachgebildet, indessen abweichend von demselben dem über die Nichtigkeitsbeschwerde entscheidenden Gerichte auch die Entscheidung in der Sache übertragen haben. Diese Uebertragung ist nur eine Vereinfachung des Verfahrens durch Ausschluß der Zurückverweisung; das Gericht nimmt die Stelle desjenigen Gerichts ein, an welches die Sache in Folge der Aufhebung des Urtheils hätte zurückgehen müssen; es hat also auch die Sache so verhandeln zu lassen, wie sie vor diesem anderen Gerichte zu verhandeln gewesen wäre, und es ist von diesem Standpunkte aus wiederum nur eine Zweckmäßigkeitmaßregel, wenn das Gericht von thatsächlichen Ermittlungen durch Beweisaufnahme befreit bleiben soll (nordd. Entw. § 849).

Ein Endurtheil in der Sache selbst kann das Revisionsgericht, wenn es sich um die unrichtige Subsumtion von Thatsachen unter das Gesetz handelt, in Gemäßheit des § 504 Abs. 2 Nr. 1 nur dann erlassen, wenn ihm für dasselbe alle thatsächlichen Grundlagen durch das angefochtene Urtheil gegeben sind, also nur dann, wenn das festgestellte Sachverhältniß ein sofortiges Endurtheil gestattet.

Es kann allerdings Fälle geben, in welchen die Ergänzung der Feststellungen durch Einfügung einer als omittirt nachgewiesenen Thatsache wenig bedenklich erscheinen mag, weil nur eine thatsächliche Auffassung derselben möglich zu sein scheint. Jedoch unter anderen Umständen kann selbst die Einfügung einer unbefrittenen und nicht bloß zu dem Gange des Verfahrens, sondern zu den Umständen des streitigen Falles gehörigen Thatsache ein weites Feld thatsächlicher Würdigung eröffnen, z. B. wenn die bezügliche Thatsache nicht unmittelbar und selbstständig von Einfluß auf die Entscheidung ist. Eine gefehliche Sonderung der verschiedenen Fälle zu versuchen, würde zu einer verwirrenden Kasuistik führen. Daß das Revisionsgericht Thatsachen, welche nach dem festgestellten Sachverhältnisse streitig sind, nicht selbst festzustellen hat, ergibt sich aus den angenommenen Grundätzen von selbst.

Ist wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges eine sachliche Entscheidung des Rechtsstreits auch von dem Gerichte erster Instanz nicht zu geben, so würde die Enthaltung des Revisionsgerichts von der zu erlassenden, die Klage abweisenden Entscheidung und die Zurückweisung der Sache keinen Zweck haben, da die anzuwendenden Rechtsnormen jede thatsächliche Erörterung ausschließen. Die Verweisung des vor ein unzuständiges Gericht gebrachten Rechtsstreits vor das zuständige Gericht (bayer. Proz. Ordn. Art. 815) kann sich nicht empfehlen, da sie der Wahl des Klägers unter mehreren zuständigen Gerichten vorgreift und eine Gewißheit darüber, welches Gericht zuständig ist, aus den Verhandlungen nicht hervorzugehen braucht.

Die im § 479 für das Urtheil des Berufungsgerichts aufgestellten Beschränkungen der Entscheidung ergeben sich für das Urtheil des Revisionsgerichts von selbst.

### § 505. (R. B. § 505, G. § 529.)

Ueber das Versäumnißverfahren in der Revisionsinstanz sind besondere Vorschriften nicht gegeben, weil die entsprechend anzuwendenden Vorschriften der ersten Instanz ausreichen. Die Versäumung der mündlichen Verhandlung durch den Revisionskläger rechtfertigt den Antrag auf Zurückweisung des Rechtsmittels. Im Falle der Versäumung des Revisionsbeklagten sind die zulässigen neuen Anführungen des Revisionsklägers als zugestanden anzunehmen und, soweit dadurch nicht das in dem angefochtenen Urtheile festgestellte Sachverhältniß alterirt wird, dieses der Entscheidung zu Grunde zu legen. Es ist dabei wie in der Berufungsinstanz der Gesichtspunkt maßgebend, daß das vorhandene Urtheil als Gegenstand des Angriffs auch Gegenstand der Verhandlung ist und daher den Säumigen schützt.

§. 328.

### Dritter Abschnitt.

#### Beschwerde.

§§ 506—516. (R. B. §§ 506—516, G. §§ 530—540.)

Das im § 11 der allg. Begründung seinen Grundzügen nach charakterisirte Rechtsmittel der Beschwerde dient dem doppelten Zwecke, das System der Rechtsmittel zu ergänzen und durch Ausschneiden nebensächlicher Streitpunkte den Stoff des Rechtsstreits für die übrigen Rechtsmittel und damit das Verfahren selbst zu vereinfachen.

Da die Rechtsmittel der Berufung und Revision nur zur Anfechtung der nach verhandeltem Rechtsstreite unter den Parteien ergehenden Endurtheile bestimmt sind, so bedarf es eines weiteren Rechtsmittels für die Fälle, in welchen ohne Endurtheil die Einleitung oder Fortsetzung eines Verfahrens versagt oder aufgehalten wird, ferner für die Fälle, in welchen nur noch die Ausführung eines Endurtheils in Frage steht, endlich für die Entscheidungen, welche Personen außer den Prozessparteien betreffen. Die Zulassung der Anfechtung einer Entscheidung durch Beschwerde gestattet zugleich den Ausschluß der Einwirkung jedes anderen Rechtsmittels (§§ 453, 486), und dieser Erfolg empfiehlt die Zulassung der Beschwerde gegen die Entscheidung solcher untergeordneter Streitpunkte, deren entgegengesetzte Entscheidung, von nur mittelbarem Einfluß auf die Entscheidung der Hauptsache, doch ein anderes Verfahren in derselben bedingen würde, so daß der Aufschub der endgültigen Entscheidung störend einwirken müßte.

Die neueren Gesetzgebungsarbeiten zählen entweder zusammenhängend die Fälle auf, in welchen die Beschwerde statthaft ist — Obenb. Art. 286, Württemb. Art. 770, Baden § 1157, hannov. Entw. § 600, nordd. Entw. §§ 814, 815, österr. Entw. § 681 — oder sie ordnen die Beschwerdefälle nach Gruppen der Zulässigkeit — Hannover § 453, Bayern Art. 738. Der Entwurf hat es vorgezogen, sich jeder mehr oder minder vollständigen Aufzählung zu enthalten und die Zulässigkeit der Beschwerde an den betreffenden Orten des Gesetzbuchs auszusprechen. Diese Methode empfiehlt sich neben der größeren Kürze und Verständlichkeit durch die Rücksicht darauf, daß gegen die betreffenden Entscheidungen je nach deren Inhalt bald die Anfechtung durch Beschwerde freigegeben, bald jede Anfechtung, also auch die Beschwerde ausgeschlossen wird.

In Betreff der Zulässigkeit der Beschwerde verweist daher der

| §. 329.

| § 506 (R. B. § 506, G. § 530)

in erster Linie auf die in diesem Gesetzbuche besonders hervorgehobenen Fälle und schließt hieran als generelle Bestimmung die Vorschrift:

daß die Beschwerde gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen stattfindet, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.

Der Beschwerde sind durch ausdrückliche Vorschrift der Prozeßordnung unterworfen:

- 1) die Zurückweisung der Ablehnung einer Gerichtsperson oder eines Sachverständigen (§§ 46, 49, 358);
- 2) die Entscheidung eines Zwischenstreits einer Partei mit einem Nebenintervenienten, mit dem Anwalt des Gegners, mit einem Zeugen oder Sachverständigen (§§ 67, 122, 340, 354, 361);
- 3) die Festsetzung der einer Partei zu erstattenden Prozeßkosten (§ 96);
- 4) die Versagung oder die Entziehung des Armenrechts (§ 114);
- 5) die Entscheidung über Aussetzung des Verfahrens (§ 221);
- 6) die Berichtigung des Urtheils (§ 281);
- 7) die Versagung des Versäumnisurtheils (§ 291);
- 8) die Verurtheilung eines Zeugen oder Sachverständigen zu Strafe und Kosten, sowie die Anordnung von Zwangsmaßregeln gegen dieselben

(§§ 334, 343, 354, 361) oder gegen den Beklagten in Ehesachen (§§ 548, 556);

- 9) die Entscheidung, durch welche ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung aufgehoben wird (§§ 758 Abs. 4, 760);
- 10) Beschlüsse, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können (§ 650);
- 11) die Verfassung des Ausschlußurtheils im Aufgebotsverfahren (§ 774).

Gemeinsam ist allen Fällen der Beschwerde, daß es sich nicht um eine sachliche Entscheidung der Hauptsache handelt. Ueberall würde der Apparat der übrigen Rechtsmittel zu umständlich und die mit demselben verbundene Suspension der Vollstreckbarkeit als Regel nicht angemessen sein.

Die Landgerichte sind die Beschwerdegerichte in den vor den Amtsgerichten verhandelten Rechtsstreitigkeiten (Gerichtsverfassungsgesetz § 51). Für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Landgerichte und der Handelsgerichte sind die Oberlandesgerichte, für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Oberlandesgerichte ist das Reichsgericht — und in den Fällen des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz § 7 Abs. 1 das oberste Landesgericht zuständig (Gerichtsverfassungsgesetz §§ 95 Nr. 4, 106 Nr. 2).

### § 507. (R. V. § 507, G. § 531.)

Die Beschwerde ist zugelassen ohne Rücksicht darauf, ob in der Sache selbst ein Rechtsmittel (Berufung oder Revision) statthaft ist. Wird daher in der Berufungsinstanz eine Entscheidung erlassen, gegen welche nach § 506. Beschwerde eingelegt werden kann, so wird die Geltendmachung derselben nicht dadurch gehindert, daß das von dem Berufungsgerichte erlassene Endurtheil durch ein Rechtsmittel nicht weiter anfechtbar ist. Für diese Konstruktion war die Erwägung maßgebend, daß vielfach Zweckmäßigkeitsgründe dahin geführt haben, dem Amtsgerichte oder dem Landgerichte als Berufungsgericht Entscheidungen zu übertragen, welche — wie z. B. bei Ablehnung eines Richters — von vorn herein einem höheren Gerichte hätten überwiesen werden sollen, oder für welche — wie z. B. bei dem Verfahren gegen Zeugen und Sachverständige — von vorn herein die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts hätte bestimmt werden müssen. | S. 330.

Die weitere Beschwerde ist in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in welchen die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht einen neuen selbständigen Beschwerdegrund enthält. Diese Vorschrift entspricht der Ausschließung der Revision gegen gleichlautende Urtheile der beiden unteren Instanzen. Hiermit stimmen die hannov. Proz. Ordn. § 456, die württemb. Proz. Ordn. Art. 777, der hannov. Entw. § 608 überein, während der preuß. Entw. § 703, die bayer. Proz. Ordn. Art. 759 und der nordd. Entw. §§ 818, 819 in Konsequenz der angenommenen Grundsätze über die Nichtigkeitsbeschwerde nur unter den Voraussetzungen derselben eine weitere Anfechtung gestatten.

Während der preuß. Entw. § 705 und der sächs. Entw. § 514 die Gegenvorstellung „als besonderes Rechtsmittel“ behandeln, erklärt sie die bayer. Proz. Ordn. Art. 755 ff. sogar für das prinzipiale Beschwerdemittel, wenn der Beschwerdeführer vorher nicht gehört war oder neue Thatsachen anführen will. Der Entwurf befindet sich im Einklang mit den übrigen neueren Gesetzgebungsarbeiten, wenn er den Parteien die einer schleunigen Rechtsverfolgung oft hinderliche Verpflichtung, vor der Beschwerde Abhilfe durch Gegenvorstellung zu suchen, nicht auferlegt. Vielmehr umfaßt nach dem Entwurf die Beschwerde — von der im § 516 geregelten sofortigen Beschwerde abgesehen — zugleich die Gegenvorstellung, welche einer weiteren Regelung nicht bedarf und deren Erfolg die Entscheidung der Beschwerdeinstanz überflüssig macht. Aus diesem Grunde bestimmen die

### §§ 508—510 (R. V. §§ 508—510, G. §§ 532—534),

daß in der Regel die Beschwerde bei dem Gerichte eingelegt wird, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist, und daß die Beschwerde auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden darf. Das Gericht erhält hierdurch Gelegenheit, falls es auf Grund erneuerter Erwägung oder auf Grund der angeführten nova die Beschwerde für begründet erachtet, die angefochtene Entscheidung kurzer Hand zurückzunehmen oder zu berichtigen. Die meisten neueren Gesetzgebungsarbeiten

bestimmen über die Einlegung der Beschwerde gleich dem Entwurf (vgl. Hannover § 456, Oldenburg Art. 289 § 1, Württemberg Art. 772, hannov. Entw. § 603, österr. Entw. § 684, sächs. Entw. § 517, nordd. Entw. § 822). Die Prozeßordnung v. Baden §§ 1157, 1161 und Bayern Art. 741 stellen es wenigstens in das Ermessen des Beschwerdeführers, welchem Gerichte er die Beschwerde überreichen will, und nur der preuß. Entw. § 702 verordnet Einreichung der Beschwerde beim Beschwerdegerichte. In dringenden Fällen gestattet auch der Entwurf, sofort das Beschwerdegericht anzugehen.

Die Beschwerde wird nach § 508 Abs. 2 entweder durch eine Beschwerdeschrift oder in den dort zugelassenen Fällen zum Protokolle des Gerichtsschreibers eingelegt. Ersterenfalls ist die Beschwerdeschrift — weil für das Beschwerdegericht, also für ein Gericht höherer Ordnung bestimmt — nach der allgemeinen Regel des § 72 (nordd. Prot. III. S. 1560) eine Anwaltschrift. — Die Einlegung der Beschwerde zum Sitzungsprotokolle zu gestatten, wurde bereits bei Berathung des norddeutschen Entwurfs für ungeeignet erachtet (Prot. III. S. 1555).

[ S. 331.

Die sofortige Vollstreckbarkeit der dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen ist als Regel im § 511 festgehalten (vgl. Hannover § 455, Württemberg Art. 774, Bayern Art. 742, 752, preuß. Entw. § 706, hannov. Entw. §§ 602, 605). In der württemberg. Prozeßordnung und in dem hannov. Entwurf ist der Einlegung der sofortigen Beschwerde, in der bayer. Prozeßordnung der Einlegung der Beschwerde gegen die versagte Ablehnung eines Richters Suspensiv-Effekt beigelegt. Die im § 511 Abs. 2 und 3 sowohl dem iudex a quo als auch dem iudex ad quem beigelegte Befugniß, die Vollziehung auszusetzen, überhaupt den Entwurf, weitere Ausnahmen, als im § 511 Abs. 1 aufgeführt sind, zu statuiren. Diese Ausnahmen, welche sich an Oldenburg Art. 290, Bayern Art. 742 und hannov. Entw. §§ 600 Nr. 18, 605 anschließen, werden durch die Ermägung gerechtfertigt, daß aus der sofortigen Vollstreckung von Strafverfügungen und von Zwangsmaßregeln, welche von dem Beschwerdegerichte als unbegründet aufgehoben werden, ein irreparabler Nachtheil erwachsen kann.

Entsprechend der Prozeßordn. v. Württemberg Art. 775, dem hannov. Entw. § 606 und dem nordd. Entw. § 828 schreibt der

#### § 512 (R. B. § 512, G. § 536)

vor, daß das Beschwerdegericht vor der Entscheidung, welche auch ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann, befugt ist, die theilhaftigen Personen mündlich oder schriftlich zu hören. Letzterenfalls kann, insoweit die Einlegung der Beschwerde zum Protokolle des Gerichtsschreibers zulässig war, auf gleiche Weise auch die Erklärung des Gegners des Beschwerdeführers erfolgen — § 512 Abs. 2. Die Bestimmung der bayer. Prozeßordn. Art. 744, daß im Verfahren auch diejenige Person gehört oder wenigstens zugezogen werden soll, welche an der Erledigung der Beschwerde ein demjenigen des Beschwerdeführers entgegengesetztes Interesse hat, geht zu weit und ist unter Umständen unausführbar, z. B. im Falle einer Beschwerde gegen die Verfassung des Versäumnisurtheils oder des Ausschlußurtheils — §§ 291, 774.

Der preuß. Entw. § 710 bestimmt allgemein, daß die vom Beschwerdeführer begehrte Anordnung, falls die Beschwerde durchdringt, auf Antrag des Beschwerdeführers von dem Gerichte, dessen Entscheidung angefochten war, zu erlassen ist. Die Motive S. 181 bemerken, daß dem höchsten Gerichtshofe, insoweit dieser über die Beschwerde entschieden, die sachliche Anordnung nicht zugemuthet werden dürfe und auch in anderen Fällen die Anordnung der gewünschten Maßregeln von dem höheren Gerichte minder gut und zweckmäßig würde getroffen werden können. Diese Gründe sind nicht geeignet, die Vorschrift des preußischen Entwurfs zu rechtfertigen, dieselben können vielmehr nur dahin führen, dem Ermessen des Beschwerdegerichts zu überlassen, ob es selbst die erforderliche Anordnung treffen, oder dieselbe dem iudex a quo übertragen will. Dementsprechend bestimmt der

#### § 514 (R. B. § 514, G. § 538)

im Einklang mit Württemberg Art. 776, 777 und dem nordd. Entw. § 829 (nordd. Prot. III. S. 1561).

Der beauftragte und ersuchte Richter hat nur übertragene Rechte des Gerichts auszuüben; er ist daher neben den allgemeinen Regeln des Verfahrens an den Auftrag des Gerichts gebunden (§§ 316, 317, 321). Nur ausnahmsweise ist er ermächtigt — §§ 200, 320, 352 — zur Beschleunigung des | Prozeßganges selbst- | C. 332.  
ständig Entscheidungen zu treffen, welche übrigens unter Umständen der Berichtigung durch das Prozeßgericht unterliegen (§ 350 Abs. 2). Diesem prinzipiellen Gesichtspunkte entsprechend, bestimmt, gleich der Proz. Ordn. v. Hannover Art. 455 und dem nordd. Entw. § 830, der

#### § 515 (R. B. § 515, G. § 539),

daß die Partei, welche die Aenderung einer Anordnung des beauftragten oder ersuchten Richters verlangt, zunächst die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen hat, und daß die Beschwerde erst gegen die Verfügung des letzteren stattfindet. Der § 702 des preuß. Entw. beabsichtigt nach den Motiven S. 180 abweichend, aber nur für das Verfahren in erster Instanz, daß die Beschwerde sofort an das Berufungsgericht gehen soll. Der Vorschlag ist prinzipwidrig und auch bei Berathung des nordd. Entw. § 830 (Prot. III S. 1562, 1563) verworfen. Der Grundsatz des § 515 ist ausdrücklich auf die von dem Gerichtschreiber getroffenen Entscheidungen erstreckt, da dieser lediglich als Organ des Gerichts handelt, seine Amtshandlungen daher zunächst der Rektifikation durch das Gericht unterliegen, welche kurzer Hand herbeigeführt werden kann. Dagegen sind nach den §§ 508, 510, 511, 514 die Verfügungen des Vorsitzenden denen des Gerichts insofern gleichgestellt, als letzteres nicht als eine Instanz über dem Vorsitzenden erscheint. Maßgebend war (konform den Motiven zum preuß. Entw. S. 180, nordd. Prot. III. S. 1562) die Rücksicht auf die Autorität des Vorsitzenden gegenüber den übrigen Mitgliedern des Gerichts. Die §§ 126 Abs. 4, 348 Abs. 4, 298 enthalten keine Ausnahme, weil hier das Gericht als Kollegium nach außen auftritt und sich die Grundlagen für die Urtheilsfindung muß beschaffen können, also nicht einzelne, von dem Vorsitzenden in den seiner Amtsphäre allein überwiesenen Gebieten getroffene Verfügungen in Frage stehen.

Der Entwurf schreibt im Allgemeinen keine Fristen für die Erhebung der Beschwerde vor, während Hannover Art. 455, Oldenburg Art. 289 § 2 eine generelle Frist von einem Monat, der österr. Entw. § 683 eine Frist von zwei Wochen festsetzt. Ausnahmen finden statt für die Beschwerden wegen verweigerter oder verzögerter Justiz. Ein Bedürfnis zu derartiger Begrenzung des Beschwerderechts liegt in der Regel nicht vor, weder in der Sache, da die Aufsechtung durch den Fortgang des Verfahrens oft gegenstandslos wird, noch im Interesse der beteiligten Personen. Eine Ausnahme findet in den im

#### § 516 (R. B. § 516, G. § 540)

geregelten Fällen der Beschwerde statt, welche der Entwurf gleich Württemberg Art. 771 als „sofortige Beschwerde“ bezeichnet. Es sind dies die zu § 506 unter Nr. 1, 2, 3, 6, 7, 9 und 10 angegebenen Fälle. Denselben ist gemeinsam, daß die anzugreifenden Entscheidungen auf Rechte des Gegners oder eines Dritten einwirken (Mot. z. württemb. Entw. Art. 775). Diese Entscheidungen erscheinen daher einer Rechtskraft fähig und es ist deren baldiger Eintritt für den unge störten Fortgang des Verfahrens und für das entgegenstehende Interesse der Beteiligten notwendig. Die Besonderheiten der sofortigen Beschwerde sind:

1. Die Einlegung ist an eine Nothfrist von zwei Wochen gebunden. Die Dauer der Frist erscheint den Umständen angemessen und ist auch von der | württemb. | C. 333.  
Prozeßordn. Art. 771, dem hannov. Entw. § 602 und dem nordd. Entw. § 820 angenommen.

Die für die Fälle der §§ 291 und 774 ausnahmsweise vorgeschriebene Berechnung der Frist von der Verkündung statt von der Zustellung an soll sicherstellen, daß der Zweck erreicht werde, welchen die Anordnung einer sofortigen Beschwerde in den erwähnten Fällen verfolgt. Ein Gegner, welcher die Beschwerdefrist durch Zustellung der Entscheidung in Lauf setzt, wird oder kann in jenen Fällen nicht vorhanden sein. Die Erledigung der in Betracht kommenden

Fragen würde daher im Widerspruche mit der Zulassung einer sofortigen Beschwerde der Willkür der beschwerten Partei anheimgegeben sein und beliebig hinausgezogen werden können.

2. Auch in nicht dringenden Fällen ist die Einreichung der sofortigen Beschwerde beim Beschwerdegerichte statthaft, bezw. zur Wahrung der Nothfrist ausreichend (nordd. Entw. § 822).

3. Das Gericht ist zu einer Abänderung seiner durch Beschwerde angegriffenen Verfügung nicht befugt (nordd. Entw. § 824); bezüglich des Beschwerdegegenstandes hat die Thätigkeit des Instanzgerichts mit Erlaß der angegriffenen Verfügung ihr Ende erreicht (nordd. Prot. III. S. 1552, IV. S. 1648).

Der Abs. 4 des § 516 hat eine deklarative Bedeutung für die Berechnung der Nothfrist einer sofortigen Beschwerde, welche gegen Entscheidungen des beauftragten oder ersuchten Richters bezw. des Gerichtsschreibers gerichtet ist.

## Viertes Buch.

### Wiederaufnahme des Verfahrens.

§§ 517—530. (R. B. §§ 517—530, G. §§ 541—554.)

Als außerordentliche Rechtsmittel werden von dem gemeinen Prozeßrechte die *querela insanabilis nullitatis* und die *in integrum restitutio*, von dem preußischen Rechte (A. G. D. I. 16., Verordn. v. 14. Dezember 1833 § 28) die Nullitätsklage und die Restitutionsklage, von dem französischen Rechte (Code de proc. art. 480 bis 504) die *requête civile* gewährt, während die neueren Prozeßgesetze und Entwürfe theils die Nichtigkeitsbeschwerde (Nichtigkeitsklage), theils die Wiederaufnahme des Verfahrens (Wiederaufnahmeklage) einräumen. Nur der preußische Entwurf §§ 686, 687 faßt alle in Betracht kommenden Fälle unter dem Rechtsmittel der Wiederaufnahmeklage zusammen. Wie die Motive zu demselben S. 172, 173 ergeben, verkennt er keineswegs, daß die Fälle innerlich verschieden sind, je nachdem die Aufhebung eines rechtskräftigen Urtheils wegen absoluter Nichtigkeit oder aus Billigkeitsrücksichten gefordert werden kann, er hält aber beiderseits die Zusammenfassung beider Arten von Fällen für gerechtfertigt, weil sie prozessualisch fast durchgängig denselben Grundsätzen folgen. Der Entwurf hat sich dem preußischen Entwurf angeschlossen. Er weicht zwar insofern ab, als er die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens nicht als ein Rechtsmittel betrachtet (vgl. allgem. Begründung § 11) und die Nullitäts- und Restitutionsfälle wegen ihrer inneren Verschiedenheit als Nichtigkeitsklage und Restitutionsklage auseinandertrennt, allein diese Abweichungen bedingen keine erheblichen Abweichungen der Prozedur für beide Arten von Fällen — sie hindern nicht, daß fast sämtliche Prozeßnormen beiden Klagen gemeinsam sind, und gestatten daher die äußerliche Zusammenfassung beider unter der Wiederaufnahme des Verfahrens.

Die Gründe der Nichtigkeitsklage sind im § 518, die Gründe der Restitutionsklage im § 519 zusammengestellt. Bei Festsetzung derselben ist die Erwägung leitend gewesen, daß die Rechtsicherheit die Beschränkung der Anfechtung rechtskräftiger Endurtheile auf bestimmte, scharf begrenzte, unumgänglich nothwendige Fälle fordert. Die entsprechende Anwendung der für die Anfechtung von Endurtheilen gegebenen Vorschriften auf die Anfechtung der der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen ist durch § 516 gesichert.

§ 517. (R. B. § 517, G. § 541.)

Die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage können in Betreff desselben Endurtheils mit einander konkurriren. Im Falle einer solchen Konkurrenz hat die

Restitutionsklage zurückzutreten, da sie in ihrer Wirkung nicht soweit reicht, wie die Nichtigkeitsklage und durch die letztere gegenstandslos werden kann.

Die in Uebereinstimmung mit der braunschw. Proz. Ordn. § 352 Nr. 3, 4 und dem preuß. Entw. § 686 Nr. 1, 2 im

§ 518 (R. V. § 518, G. § 542), angenommenen beiden Gründe der Nichtigkeitsklage, die Mitwirkung eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters am Urtheile und der Erlass des Urtheils gegen eine nicht gehörig vertretene Partei, greifen unmittelbar die Grundlagen jedes Urtheils — die richterliche Gewalt und die Anhörung der streitenden Prozessparteien — an, während alle anderen für die Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde oder einer Nichtigkeitsklage zugelassenen Gründe nur die Gesetzmäßigkeit des Inhalts einer Entscheidung betreffen. Beide Gründe können daher nicht ausschließlich auf den Weg der Rechtsmittel verwiesen werden. Auch Bayern läßt wenigstens in dem zweiten Falle mit Beschränkung auf Minderjährige und Entmündete (Art. 761 Nr. 8) die Wiederaufnahme des Verfahrens und im Falle der nicht genehmigten Prozeßführung ohne Auftrag (Art. 95) die Nichtigkeitsklage zu und verweist nur den ersten Fall (Art. 41, 788 Nr. 6) auf den Weg der Nichtigkeitsbeschwerde. Ebenso gestattet die preuß. U. G. D. I. 16 § 2 Nr. 4, 5 im zweiten Falle die der Wiederaufnahme entsprechende Nullitätsklage, im ersteren die preuß. Verordn. vom 14. Dezember 1833 § 5 Nr. 5—8 nur die Nichtigkeitsbeschwerde. Dagegen ist nach der württemb. Proz. Ordn. Art. 733 Nr. 2, 5, 6 in beiden Fällen nur die der Nichtigkeitsbeschwerde entsprechende Nichtigkeitsklage, nach der hannov. Proz. Ord. § 431 Nr. 3, 5, 6 und dem hannov. Entw. § 609 Nr. 2, 6, 7, 9 nur die Nichtigkeitsbeschwerde gestattet.

Die Nichtigkeitsgründe würden, wenn sie nur mit einem Rechtsmittel geltend gemacht werden könnten, bei allen in letzter Instanz ergangenen Urtheilen nicht gerügt werden können, obgleich diese als solche keine höhere Rechtsbeständigkeit für sich in Anspruch nehmen können, als andere Urtheile.

Die Unanfechtbarkeit der Urtheile des französischen Kassationshofes hängt mit der Besonderheit des Kassationsrecurses (allg. Begründung § 14) zusammen und kann daher auf die in letzter Instanz ergehenden Urtheile nicht allgemein übertragen werden; sie verliert übrigens an Bedeutung, weil der Kassationshof nicht in der Sache selbst erkennt, vielmehr eine nochmalige, wenn auch nicht ganz freie Verhandlung der Sache nachfolgt und das auf diese ergehende Urtheil angefochten werden kann. Uebrigens würde die Anwendung der Rechtsmittelfristen bei dem ersten Nichtigkeitsgrunde des § 518 eine Berücksichtigung der Kenntniß der Partei von demselben ausschließen, während doch erst diese Kenntniß die Erhebung der Klage möglich macht. Auch bei dem zweiten Nichtigkeitsgrunde ist das Verhältniß des darauf zu gründenden Rechtsmittels zu dem Laufe der Rechtsmittelfristen — vgl. unten § 525 — ein anomales, so daß deren Anwendung besondere Bestimmungen nöthig machen würde (Württemberg Art. 740).

Von dem ersten Nichtigkeitsgrunde macht der Entwurf eine Ausnahme, wenn der Ausschließungsgrund bereits im Prozesse geltend gemacht und von dem zuständigen Gerichte darauf eine Entscheidung ertheilt war (§ 46 Abs. 2). Denn diese Entscheidung wird für sich rechtskräftig und bindet auch die nicht ablehnende Partei, weil andernfalls der ablehnenden Partei thatsächlich die wirksame Rechtshilfe versagt sein würde. Der Grund Nr. 1 berücksichtigt benutzter Weise nicht den anderwärts (vgl. preuß. U. G. D. I. 16 § 2 und Braunschweig § 352) behandelten Fall, daß eine zum Richteramte überhaupt nicht berufene Person das Urtheil erlassen hat. In diesem Falle liegt materiell ein Urtheil nicht vor und bedarf es zu dessen Beseitigung weder der Einlegung eines Rechtsmittels noch der Wiederaufnahme des Verfahrens. Würde versucht, das Urtheil z. B. im Wege der Zwangsvollstreckung zur Geltung zu bringen, so muß der Einwand, daß ein Urtheil überhaupt nicht vorliege (vgl. Erf. des preuß. Obergerichtshofes v. 27. Juni 1861, Strieth. Archiv Bd. 42 S. 218) Erfolg haben.

Die Bestimmung Nr. 2 trifft die beiden Fälle, daß eine Partei gar nicht oder nur durch eine nicht berechtigte Person vertreten gewesen ist. Die beigefügte Aus-

nahme entspricht den angenommenen Grundsätzen über die Genehmigung der ohne Auftrag erfolgten Prozeßführung (§§ 83, 489 Nr. 5, 808 Nr. 3). Ob der Mangel der Vertretung im Prozesse geltend gemacht war oder nicht, ist unter allen Umständen ohne Einfluß, da jedenfalls die Partei hierbei nicht vertreten gewesen ist.

§ 519. (R. B. § 519, G. § 543.)

- In den Nr. 1—5 aufgeführten Fällen der Restitutionsklage ist es nothwendige Folge der strafbaren Handlung, daß das auf derselben beruhende Urtheil nicht aufrecht erhalten werden kann. Wesentlich übereinstimmend sind diese Fälle in den Prozeßordn. v. Hannover § 444, Württemberg Art. 753 und Bayern Art. 761, im preuß. Entw. § 687, hannov. Entw. § 626 | und nordd. Entw. § 856 geregelt. Auch in dem Falle Nr. 5 ist der ursächliche Zusammenhang zwischen Urtheil und Delikt der Grund der Klage; der Kausalnexuſ muß stets als vorhanden angenommen werden, wenn der Richter sich in Beziehung auf den Rechtsstreit der mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedrohten Verletzung seiner Amtspflichten überhaupt schuldig gemacht hat. Gegen die Aufnahme der Verletzung der Eidespflicht durch die Partei unter die Restitutionsgründe (Nr. 1) wird sich nichts erinnern lassen, da auf diesem Wege die durch die preuß. U. G. D. I. 16 § 24 in einen besonderen Prozeß verwiesene Entschädigungsfrage am einfachsten erledigt wird. Im Falle sowohl der Nr. 1 (Eide der Parteien) als der Nr. 3 (Eide der Zeugen und Gutachter) hat der Entwurf, entsprechend dem § 163 des deutschen Strafgesetzbuchs, die fahrlässige Verletzung der Eidespflicht der wissenschaftlichen gleichgestellt (vgl. auch § 411 Abs. 2). Von anderen Gesetzgebungsarbeiten stimmen mit dem Entwurfe überein betr. Nr. 1 Braunschweig § 355, Hannover § 444, Württemberg Art. 753, Bayern Art. 761, preuß. Entw. § 687, hannov. Entw. § 626, sächs. Entw. § 1025, österr. Entw. § 720, während Oldenburg Art. 278 und Baden § 1166 nur den wissentlich falsch geschworenen Eid berücksichtigen. Desgleichen setzen im Falle der Nr. 3 Braunschweig § 355 und Baden § 1166 Nr. 3 voraus, daß der Zeuge oder Gutachter wissentlich falsch geschworen und auch die Prozeßordn. v. Hannover § 444, Oldenburg Art. 278, Württemberg Art. 753, Bayern Art. 761, sowie der hannov. Entw. § 626, sächs. Entw. § 1025, österr. Entw. § 720 reden von der „absichtlich falsch“ abgegebenen Aussage des Zeugen oder Sachverständigen. Der nordd. Entw. § 856 stimmt dagegen in beiden Beziehungen mit dem vorliegenden Entwurf überein. Die Vorschrift des Entwurfs ist berechtigt. Die Aufrechterhaltung des Civilerkenntnisses widerspricht dem Rechtsgefühl, wenn die Falschheit des dem Urtheile zu Grunde liegenden Eides rechtskräftig im Strafverfahren festgestellt ist. Da der § 520 für diese Fälle der Restitutionsklage das Erforderniß stellt, daß vorab vor dem Strafrichter der Meineid nachgewiesen sei, so liegt kein Anlaß vor, aus der Gleichstellung des fahrlässig falschen Eides eine Häufung der Restitutionsklagen zu besorgen. Die Feststellung, ob ein Eid aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit falsch geleistet ist, kann die größten Schwierigkeiten bieten und jedenfalls berührt diese Frage ungeachtet ihrer Bedeutung für den Strafprozeß durchaus nicht das Interesse des Prozeßgegners des Verurtheilten. Den Restitutionskläger berührt nur, daß das anzugreifende Urtheil durch einen falschen Eid oder Meineid begründet wurde, also der sachliche Erfolg des Eides. Es ist daher auch nicht inkonsequent, wenn die §§ 406 Abs. 1, 415 Abs. 2, 421 Abs. 2 die wissentliche Verletzung der Eidespflicht anders behandeln, als die fahrlässige. In diesen Fällen wird ausnahmsweise der Widerruf einer Eideszuschreibung oder Zurückziehung, bezw. ein Antrag auf Zurücknahme des richterlichen Eides mit Rücksicht auf eine erst nachträglich bekannt gewordene besondere Unglaubwürdigkeit der Persönlichkeit des Prozeßgegners nachgelassen, wie solche durch die fahrlässige Verletzung der Eidespflicht nicht dargethan ist. — Die Nr. 3 deckt auch die Fälle, in denen ein im Verfahren zugezogener Dolmetscher unter Verletzung der Amtspflicht falsch gedolmetscht hat. — Die allgemein gehaltene Fassung der Nr. 4 trifft den dol personnel des franz. Rechts [Code de proc. art. 480, Boitard et Colmet-Daage, Leçons Ed. XI. | S. 337. Vol. II. pag. 100, | 101 Nr. 731] und geht nicht zu weit. Sowohl in dem Falle Nr. 4, als in demjenigen unter Nr. 5 soll durch die Fassung jeder Fall einer Disziplinarbestrafung ausgeschlossen werden, da diese nicht wichtig genug sein kann,

um die Aufhebung eines rechtskräftigen Urtheils zu begründen. Nach der Vorschrift des § 523 können über die Restitutionsklage, wie nach dem Code de proc. art. 490 und Bayern Art. 768, die nämlichen Richter entscheiden, welche das angefochtene Urtheil erlassen haben. Dennoch erachtet der Entwurf die von Bayern a. a. D. für den Fall der Nr. 5 ertheilte Vorschrift, daß der bestrafte Richter nicht wieder mitwirken darf, aus thatsächlichen Gründen für selbstverständlich und entbehrlich.

Die Nr. 6 sichert der Restitution, welche im Strafverfahren erfolgt, ihre Wirkung für den Civilprozeß (preuß. Entw. § 687 II., hannov. Entw. § 626, Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 753 Nr. 5 und Bayern Art. 761). Nach dem Entwurf ist zwar dem im Strafverfahren ergehenden Urtheil, sowohl dem verurtheilenden als dem freisprechenden, keine bindende Kraft für den Civilprozeß beigelegt worden; es ist aber dessenungeachtet davon auszugehen, daß die Thatsache der Verurtheilung oder Freisprechung im Strafverfahren ein sehr bedeutendes Moment für die Begründung der Ueberzeugung des Richters im Civilprozeß bilden wird. Ist ein im Strafverfahren ergangenes Urtheil im Civilprozeße vorgebracht, so läßt sich aus dem darauf ergehenden Urtheil entnehmen, ob dasselbe auf jenes Urtheil gegründet ist. Ist dies der Fall, dann erfordert die Gerechtigkeit die hier angeordnete Restitution.

Die Nr. 7 regelt die *restitutio propter noviter reperta*. Dieselbe ist gegen das französische Recht im Anschlusse an das gemeine und preuß. Recht ohne Rücksicht auf einen dolus des Gegners zugelassen (vgl. Württemberg Art. 753, Bayern Art. 761 und Hannover § 444, hannov. Entw. § 626, nordd. Entw. § 856). Den Urkunden sind ausdrücklich früher erlassene rechtskräftige Urtheile beigezählt und gleichgestellt; da deren Auffinden dieselbe Rücksicht wie das Auffinden anderer Urkunden verdient; die ermittelte Existenz eines widersprechenden Urtheils involvirt die Verfümmung der *exceptio rei judicatae*. Die Einschränkung der Nr. 7b für den Fall der erfolgten Eidesleistung beruht darauf, daß der durch die Eidesleistung geführte Beweis, gleichviel ob der geleistete Eid ein Wahrheitseid (Hannover § 445) oder ein Ueberzeugungseid ist, nur durch Restitution gemäß Nr. 1 angefochten werden kann (§ 411 Abf. 2). Den Urkunden stehen neu aufgefundenen Zeugen (preuß. N. G. D. I. 16. § 26, württemb. Proz. Ordn. Art. 753) nicht gleich, weil Urkunden sowohl für den Beweis, als auch für die Ermittlung der zu beweisenden Thatsachen eine hervorragende Bedeutung haben (vgl. Motive der hannov. Proz. Ordn. bei Leonhardt, B. Abf. D. S. 306). Ebensonenig ist das Entdecken neuer Thatsachen (Proz. Ordn. v. Hannover § 644 und Württemberg Art. 753) geeignet, eine Wiederaufnahme des einmal zum Abschluß gekommenen Rechtsstreits zu begründen.

### § 520. (R. B. § 520, G. § 544.)

Wenn die im Strafverfahren erfolgende Verurtheilung wegen einer der als Restitutionsgrund dienenden strafbaren Handlungen (§ 519 Nr. 1—5) für den Richter im Civilverfahren auch nicht bindend ist, so kann doch ohne Inkonsequenz die außerordentliche Rechtshilfe der Restitution von einer solchen Verurtheilung der Regel nach abhängig gemacht werden. Denn unter allen Umständen ist es ein unerwünschter Zustand, daß im Civilverfahren über eine strafbare Handlung gestritten wird, zu deren Feststellung das zunächst dafür bestimmte Strafverfahren nicht ausreicht. Auch ist die dem Civilrichter nach dem strafgerichtlichen Urtheile belassene Freiheit der Beurtheilung eine mehr prinzipielle als thatsächliche, und ein Auseinandergehen der Urtheile kann nur unter besonderen Umständen erwartet werden. Die Verurtheilung ist aber in Uebereinstimmung mit der württemb. Proz. Ordn. Art. 755 und dem hannov. Entw. § 629 nur als Regel festgehalten. Ist dieselbe wegen äußerlicher, hinzutretener Umstände, wegen Abwesenheit, Tod, Verjährung, später eingetretener Anzurechnungsunfähigkeit unmöglich geworden, so würde es den Anforderungen der Gerechtigkeit widersprechen, deshalb die Restitution auszuschließen, wie dies in dem preuß. Entw. § 687, dem nordd. Entw. § 856 und theilweise in der bayer. Proz. Ordn. Art. 763 geschehen ist (vgl. Abegg, Zeitschr. für Rechtsgeschichte VIII. S. 376 ff.).

Der Ausschluß des Beweises der Restitutionsgründe durch Eideszuschiebung wird durch die Natur dieser Gründe geboten; dagegen liegt kein ausreichendes Motiv vor, dieselben durch Ausschluß des Geständnisses (nordd. Entw. § 858) der Verfügung der Parteien zu entziehen.

Die Bestimmung des

§ 521 (R. B. § 521, G. § 545)

hat nur auf die Restitutionsklage Bezug. Da dieselbe lediglich auf Billigkeit beruht, so ist es Voraussetzung für dieselbe, daß der zu befeitigende Nachtheil ohne Schuld der Partei entstanden ist. Dieser Nachtheil besteht in dem Ausschlusse der Geltendmachung der Restitutionsgründe in dem früheren Verfahren. Erlangte daher die Partei von dem Restitutionsgrunde zu einer Zeit Kenntniß, zu welcher sie noch in dem früheren Verfahren Gebrauch davon machen konnte, so hat sie keinen Anspruch auf die für die Restitutionsklage von der erlangten Kenntniß an zu bestimmende Nothfrist, sondern muß sich wie für jedes andere Vorbringen mit der in dem laufenden Verfahren ihr bleibenden Frist begnügen und nöthigenfalls den Restitutionsgrund durch Einspruch, Berufung oder mittelst Anschließung an eine Berufung geltend machen.

Bei der Nichtigkeitsklage kann nicht behauptet werden, daß die Partei den ihr entstandenen Nachtheil, welcher hier unmittelbar in dem Erlasse des angefochtenen Urtheils besteht, verschuldet haben könne. Daher besteht für sie keine Verpflichtung, den Nachtheil abzuwenden, weil sie nach strengem Rechte die Befeitigung des ganzen Urtheils fordern kann (vgl. nordd. Entw. § 878). Die Partei kann auch nicht darauf verwiesen werden, die Nichtigkeitsgründe durch Rechtsmittel oder Einspruch, soweit dieselben noch zulässig sind, geltend zu machen (preuß. Entw. § 689, bayer. Proz. Ordn. Art. 766) da ihr, wenn dieselben während des Laufs der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist zu ihrer Kenntniß gelangen, nur der Rest dieser Fristen als Nothfrist für die Anfechtung verbleiben würde.

Wie die Vorschrift der §§ 453, 486, so erstreckt der

§ 522 (R. B. § 522, G. § 546)

die Anfechtung auf die dem Endurtheile vorausgegangenen Entscheidungen. Das Erforderniß des ursächlichen Zusammenhangs des Endurtheils mit denselben entspricht den bei der Revision angenommenen Grundfäßen. Es ist für die Restitutionsgründe bereits aus § 519 zu entnehmen, für die Nichtigkeitsgründe aber noch nicht ausgesprochen; es wird von Bedeutung, wenn eine vorausgegangene Entscheidung in Folge veränderter Lage der Sache oder veränderter Auffassung derselben oder durch die erneute Verhandlung der Sache in der Berufungsinstanz ihre Bedeutung verloren hat.

Die Beschränkung auf Anfechtungsgründe, welche Entscheidungen derselben oder einer unteren Instanz betreffen, ist nothwendig, weil in den höheren Instanzen Urtheile ergehen können, welche keine Entscheidung in der Sache selbst geben, aber doch für das demnächst in der unteren Instanz ergehende Urtheil maßgebend sind, so daß dieses auf denselben beruht. In diesem Falle ist, wenn der Anfechtungsgrund das Urtheil der höheren Instanz betrifft, die Anfechtung unmittelbar gegen dieses und nicht gegen das in der Sache selbst ergangene Urtheil der unteren Instanz zu richten, welches letztere dann durch die Aufhebung des ersteren mitbetroffen wird.

§ 523. (R. B. § 523, G. § 547.)

Die Klagen vertreten die Stelle außerordentlicher Rechtsmittel ohne Devolutiv-effekt. Bei der Konstruktion derselben muß daher der Zusammenhang mit dem Rechtsstreite, dessen Endurtheil angefochten werden soll, festgehalten werden und die Wiederaufnahme, soweit es geht, in der Instanz erfolgen, in welcher das durch das aufzuhebende Urtheil abgeschlossene Verfahren stattfand.

Die Behandlung der Nichtigkeitsklage und der Restitutionsklage als selbstständiger Klagen und dem entsprechend die unbedingte Verweisung derselben in die erste Instanz (preuß. N. G. D. I. 16, Hannover § 446, Oldenburg Art. 279, sächs. Entw. § 1029) würde in allen Restitutionsfällen, soweit in der Sache Berufung zulässig war, den Wiederaufnahmekläger in höherem Maße begünstigen, als wenn er von den nachträglich anzubringenden Umständen während der Berufungsinstanz Kenntniß erlangt hätte; in den Fällen der Nichtigkeitsklage würde der unteren Instanz die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens der höheren Instanz übertragen

werden. Richtiger ist es daher, daß die Klagen bei demjenigen Gerichte erhoben werden, welches das aufzuhebende Urtheil erlassen hat (Bayern Art. 767, Württemberg Art. 757, Baden § 1165, preuß. Entw. § 693, hannov. Entw. § 631, österr. Entw. § 724, nordd. Entw. § 860). Dieser Satz würde ausreichen, wenn jede Instanz mit der ganzen Sache befaßt würde oder wenn die Instanz, welcher nur die rechtliche Beurtheilung der Sache zusteht, niemals in der Sache selbst zu entscheiden hätte. Die Eigenthümlichkeiten der Revision erfordern Modifikationen, welche in dem nordd. Entw. (§§ 877, 878) bei Uebertragung der Entscheidung in der Sache selbst an das auf die Nichtigkeitsbeschwerde erkennende Gericht gleichfalls entsprechenden Ausdruck gefunden haben. Wie unter Berücksichtigung dieser Eigenthümlichkeiten der Entwurf den aufgestellten Grundsatz zur Ausführung bringt, ergiebt die nähere Erörterung der Frage, aus welcher Instanz das rechtskräftige Endurtheil hervorgeht, welches der Anfechtung unterliegt.

Das Berufungsurtheil umfaßt der Regel nach den Rechtsstreit in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung. Es ist daher, soweit dies zutrifft, das Urtheil in der Sache selbst und tritt als solches an die Stelle des Urtheils erster Instanz. Dies ist um so mehr anzunehmen, als Gegenstand desselben neue Streitpunkte, unter der Voraussetzung des § 470 Abs. 2 sogar zum Zwecke der Kompensation vorgebrachte neue Ansprüche sein können.

1 Auch formell kann das Berufungsurtheil sich über den ganzen Streitgegenstand | S. 340. auszusprechen haben, da derselbe durch die Berufung in seinem ganzen Umfange in die Instanz gebracht ist. Wird durch das Berufungsurtheil die Berufung aus prozessualischen Gründen verworfen, so unterliegen die Urtheile beider Instanzen als für sich selbständige Entscheidungen über verschiedene Gegenstände der selbständigen Anfechtung; das eine kann nicht aus Gründen angefochten werden, welche nur das andere betreffen, und jedes ist in der Instanz anzufechten, in welcher es erlassen ist. Zur Verhütung gleichzeitiger Verhandlung der Wiederaufnahme in zwei Instanzen schreibt jedoch der Entwurf übereinstimmend mit den zuletzt allegirten Legislationen vor, daß im Falle der Anfechtung beider Urtheile die Berufungsinstanz beide Klagen an sich zieht. Das Gleiche gilt, wenn durch das Urtheil der Berufungsinstanz eine neue Verhandlung und ein neues Urtheil der ersten Instanz veranlaßt worden ist. Bei dem Revisionsurtheile ist dagegen das Bestehen eines anderen Urtheils neben demselben, was für das Berufungsurtheil Ausnahme ist, die Regel. Auch wenn die Revision aus sachlichen Gründen zurückgewiesen wird, ist neben dem Revisionsurtheile das vorausgegangene nicht aufgehobene Urtheil zweiter Instanz dasjenige, welches rechtskräftig wird und der selbständigen Anfechtung unterliegt, und nur, wenn das Revisionsurtheil eine anderweite Entscheidung in der Sache selbst giebt, ist es für sich allein das rechtskräftige Endurtheil. Denn da das Revisionsurtheil sich nur mit der einen Seite der Sache, der rechtlichen, befaßt, so behält neben ihr das nicht aufgehobene Urtheil erster Instanz seine selbständige Bedeutung als Gegenstand der Anfechtung. Aber auch das Revisionsurtheil, welches eine anderweite Entscheidung in der Sache selbst giebt, hat das Urtheil des Berufungsgerichts nicht völlig beseitigt, sondern dessen Entscheidung über die rein thatsächlichen Fragen des Rechtsstreits unberührt gelassen. Deshalb müssen die Restitutionsgründe, welche lediglich eine bestimmte Ergänzung oder Berichtigung des Sachverhältnisses bezwecken, auch dann in der Berufungsinstanz angebracht werden, wenn das Revisionsurtheil, weil ein anderes überhaupt nicht vorhanden ist, formell das allein anfechtbare ist. Eine ausnahmsweise Behandlung der Kompetenz rechtfertigt sich dagegen, wenn ein Revisionsurtheil mit der Nichtigkeitsklage (§ 518) oder aus den dem Nichtigkeitsgrunde des § 518 Nr. 1 nahe stehenden Restitutionsgründen des § 519 Nr. 4, 5 angefochten wird. Bei einem Revisionsurtheile, welches eine anderweite Entscheidung der Sache selbst nicht giebt, können die auf das Sachverhältniß bezüglichen Restitutionsgründe gar nicht in Frage kommen.

Die Zuständigkeit für die Klagen zur Anfechtung eines Vollstreckungsbefehls richtet sich nach derjenigen, welche im Falle des Widerspruchs gegen den Zahlungsbefehl für die Hauptsache eingetreten sein würde (§§ 589, 590).

Nach

## § 524 (R. B. § 524, G. § 548)

finden auf die Erhebung der Klagen und das weitere Verfahren die allgemeinen Vorschriften entsprechende Anwendung. Abweichungen ergeben sich aus der Tendenz der Klagen, ein Urtheil anzufechten, und aus den für die Anfechtung durch §§ 525 ff. gezogenen Grenzen. Daß die Prozeßvollmacht den Vertreter auch für die Wiederaufnahme des Verfahrens legitimirt, ist in den §§ 75, 156 vorgeschrieben. Die Anwendbarkeit der Regeln des Versäumnisverfahrens — Hannover § 451, nordd. Entw. §§ 873, 874 — ist als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben.

| C. 341.

Der nothwendige Schutz der Rechtskraft der Urtheile erfordert die Bestimmung einer Nothfrist für die Erhebung der Klagen. Der Entwurf hat die Dauer der Nothfrist übereinstimmend mit Württemberg Art. 756, dem hannov. Entw. § 632 und österr. Entw. § 732 durch

## § 525 (R. B. § 525, G. § 549)

in Einklang mit der zu § 458 gerechtfertigten allgemeinen Rechtsmittelfrist gesetzt.

Ueber den Beginn der Frist waren besondere Festsetzungen nothwendig.

Die Wiederaufnahme kann zunächst vor Kenntniß der Anfechtungsgründe nicht erfolgen. Vor dem Zeitpunkte der erlangten Kenntniß kann daher die Nothfrist ihren Lauf nicht beginnen. In dieser Beziehung können diejenigen strafbaren Handlungen, welche in der Regel nur nach erfolgter Verurtheilung des Thäters einen Restitutionsgrund abgeben, Schwierigkeiten machen, wenn diese Verurtheilung ausnahmsweise nicht erforderlich ist (§ 520). Die Unmöglichkeit der Verurtheilung durch Beschluß des Strafrichters feststellen zu lassen und erst von der Mittheilung dieses Beschlusses den Lauf der Frist zu gestatten (hannov. Entw. § 632, württemberg. Proz. Ordn. Art. 758, österr. Entw. § 726), ist nicht angemessen, da die Unmöglichkeit, z. B. wegen Todes des Thäters, schon lange vorher unzweifelhaft feststehen und der Partei bekannt sein kann. In allen diesen Fällen muß die Kenntniß der Partei von der strafbaren Handlung, von der Möglichkeit des Beweises derselben und von der Unmöglichkeit des Strafverfahrens den Anfang des Fristenlaufs bestimmen.

Die weitere Bedingung für den Beginn der Fristen ist, daß vorab alle Voraussetzungen der Klage begründet sind. Wie zu § 521 erwähnt, kann die Restitutionsklage überhaupt nicht in Frage kommen, so lange die Restitutionsgründe durch Einspruch oder Berufung geltend gemacht werden können. Außerdem aber bleibt es, so lange das erlassene Urtheil noch durch Rechtsmittel oder Einspruch angefochten werden kann, für beide Klagen ungewiß, ob eine Benachtheiligung durch das Urtheil, welche nothwendige Voraussetzung der Klagen ist, eintreten wird, da andere Umstände ein gleich günstiges Urtheil wie die Wiederaufnahme für die Partei herbeiführen können. Selbst wenn nach Lage der Sache nur noch die benachtheiligte Partei von einem Rechtsmittel oder dem Einspruche Gebrauch machen kann, steht das Resultat doch erst mit Ablauf der Fristen fest, und die ganze Zeit derselben ist ihr auch deshalb frei zu lassen, damit die außerordentliche Anfechtung der Urtheile auf möglichst enge Grenzen beschränkt bleibt. Hiernach kann die Nothfrist auch vor Eintritt der Rechtskraft des anzufechtenden Urtheils nicht beginnen. Der nordd. Entw. § 862 läßt abweichend hiervon die Nothfrist von der Verkündung resp. Zustellung des anzufechtenden Urtheils, statt von dessen Rechtskraft beginnen. Diese Bestimmung ist eine konsequente Folge davon, daß nach dem nordd. Entw. §§ 856, 876 die Wiederaufnahme vor der Nichtigkeitsbeschwerde zugelassen und verhandelt werden soll, und daß die Zulässigkeit der Berufung oder des Einspruchs die Wiederaufnahme ganz ausschließt, da außer dem abweichend behandelten Mangel der Vertretung nur die Restitutionsgründe aufgenommen sind. Nichtiger erscheint es, die Wiederaufnahme erst nach den Rechtsmitteln eintreten zu lassen, namentlich, weil das Rechtsmittel letzter Instanz keine formalisirte Nichtigkeitsbeschwerde ist. Dies gilt auch für die gleichfalls abweichenden Bestimmungen des hannov. Entw.

| C. 342.

§ 632, der bayer. Prozeßordn. | Art. 770, württemb. Prozeßordn. Art. 758, preuß. Entw. § 690. In dem letzteren ist zwar auch die Nichtigkeitsklage aufgenommen,

aber der Restitutionsklage rücksichtlich der Ausschließung durch Einspruch oder Berufung gleichgestellt.

Eine zehnjährige Frist von der Rechtskraft an soll die Rechtskraft der Urtheile gegen Angriffe schützen, nachdem der Zeitverlauf alle einschlagenden Verhältnisse bereits verdunkelt hat (Prozessordn. v. Bayern Art. 773, Hannover § 447 und Württemberg Art. 758, hannov. Entw. § 632).

Eine abweichende Behandlung erfordert die Nichtigkeitsklage wegen mangelnder Vertretung der Partei (§ 518 Nr. 2). Auch bei dieser kann nach allgemeinen Gründen der Lauf der Nothfrist nicht vor der Kenntniß der Partei von dem Urtheil beginnen. Bis zu diesem Zeitpunkte fehlt es an jeder Beziehung zwischen der Partei und dem Urtheil und es kann deshalb (vgl. preuß. U. D. O. I. 16 § 10, Not. zum preuß. Entw. S. 176) die zehnjährige von der Kenntniß der Partei unabhängige Verjährungsfrist auf diesen Nichtigkeitsgrund überhaupt keine Anwendung finden. Die entscheidende Kenntniß ist ferner mit der gehörigen Zustellung des Urtheils an die Partei und bei mangelnder Prozeßfähigkeit an deren gesetzlichen Vertreter (vgl. Code de proc. art. 484, Württemberg Art. 738, hannov. Entw. § 613 Abs. 3, nordd. Entw. § 881) zu verbinden — eine Vorschrift, welche nicht dahin verstanden werden darf, als ob die Partei behindert wäre, schon früher, wenn sie anderweitig Kenntniß von dem Urtheil erhält, die Beseitigung desselben zu beantragen, sei es durch das Rechtsmittel der Revision (vgl. § 489 Nr. 5), sei es durch Erhebung der Nichtigkeitsklage.

In Betreff der Erhebung der Wiederaufnahmeklagen gelten zunächst die allgemeinen Vorschriften.

Den essentiellen Inhalt der Klagen beschränkt der

§ 526 (R. B. § 526, G. § 550)

auf die unbedingt nothwendigen Bestandtheile, während der vorbereitende Inhalt im

§ 527 (R. B. § 527, G. § 551)

aufgeführt wird. Die Bezeichnung des Anfechtungsgrundes und die Beifügung der Urkunden, auf welche sich die Restitutionsklage gründet, sind nicht als wesentliche Bestandtheile der Klage bezeichnet. Es folgt daraus, daß im Laufe der Verhandlung auch neue Anfechtungsgründe vorgebracht werden können, ohne daß es einer formellen Mittheilung derselben oder Erhebung neuer Klage bedarf, vorausgesetzt, daß auch für die neuen Gründe die Nothfrist gewahrt ist (vgl. Württemberg Art. 762, Bayern Art. 781, preuß. Entw. § 696, hannov. Entw. § 640, säch. Entw. § 1035).

Die wiederholte Erhebung einer der Klagen aus neuen Gründen ist nicht ausgeschlossen, da es sich unter dem Einflusse der Nothfrist wie der Vorschrift des § 521 für die zweite Klage in gleichem Maße wie für die erste um Gründe handeln kann, welche noch nicht vorgebracht werden konnten. Der Charakter eines Rechtsmittels, welcher der Wiederaufnahmeklage allerdings in gewissem Maße beivohnt (Not. zum preuß. Entw. S. 177), steht nicht entgegen, da sie sich auf das Vorbringen des sie veranlassenden außerordentlichen Umstandes beschränken muß, jede andere Veranlassung also einen neuen Gegenstand der Klage bietet.

§ 528. (R. B. § 528, G. § 552.)

Daß die formelle Zulässigkeit der Klage von Amts wegen geprüft wird, entspricht ihrer theilweisen Behandlung als Rechtsmittel.

Daß der Kläger bei der Restitutionsklage die Einhaltung der Nothfrist glaubhaft zu machen hat, ist nicht bedenklich, da die Gewährung der Restitutionsklage für ihn eine besondere Vergünstigung ist (nordd. Entw. § 864). Dasselbe gilt auch für die Nichtigkeitsklage, insofern deren Erhebung innerhalb einer Nothfrist erfolgen muß.

§ 529. (R. B. § 529, G. § 553.)

Die Verhandlung besteht naturgemäß aus zwei Haupttheilen: aus der Verhandlung über den Grund und die Zulässigkeit der Wiederaufnahme und aus

der Verhandlung über die Hauptsache. Die Trennung derselben wird bei der Nichtigkeitsklage und bei der Restitution aus der Person des Richters (§ 519 Nr. 5) in der Regel angezeigt sein, während die Nothwendigkeit derselben bei den übrigen Restitutionsgründen zurücktritt. Die Befugniß des Gerichts, eine Trennung der Verhandlung und Entscheidung anzuordnen, reicht jedoch aus, um ein zweckentsprechendes Verfahren herbeizuführen, ohne daß es für gewisse Fälle einer besonderen Anordnung bedarf, welche immerhin durch das Ermessen des Gerichts zu ergänzen bleiben würde.

Die Verhandlung der Hauptsache wird nach der Natur der gewährten außerordentlichen Rechtshilfe nur soweit wieder aufgenommen, als der Wiederaufnahmegrund dazu Veranlassung giebt. Die Nichtigkeitsklagen und die Restitutionsklage aus der Person des Richters umfassen, soweit der Anfechtungsgrund reicht, den ganzen Rechtsstreit und führen insoweit eine neue Verhandlung desselben herbei; es kann in Folge dessen, insbesondere wenn die Nichtigkeit wegen mangelnder Vertretung der Partei schon die Erhebung der Klage betrifft, das ganze frühere Verfahren aufgehoben werden, so daß erst nach erneuter Erhebung der Klage in der Hauptsache zu verhandeln ist. Die übrigen Restitutionsgründe betreffen dagegen nur einzelne Punkte des Rechtsstreits oder des Verfahrens; nur diese sind zu berichtigen oder zu ergänzen und danach das Urtheil zu erlassen, ohne daß die übrigen Resultate der früheren Verhandlung, wie sie durch das angefochtene Urtheil festgestellt sind, in Frage kommen. Dem Restitutionsbetroffenen bleibt die weitere Vertheidigung selbstverständlich unbeschränkt (Bayern Art. 778, Württemberg Art. 763, Baden § 1178).

#### § 530. (R. V. § 530, G. § 554.)

Die Zulässigkeit der Rechtsmittel bestimmt sich nach dem Charakter des Verfahrens als Wiederaufnahme eines früheren Verfahrens. Das ergehende Urtheil tritt an Stelle des in dem früheren Verfahren in derselben Instanz erlassenen Urtheils und unterliegt denselben Rechtsmitteln wie dieses.

| C. 344.

## I Fünftes Buch.

### Urkunden- und Wechselprozeß.

#### §§ 531—543. (R. V. §§ 531—543, G. § 555—567.)

Ein formell einfacheres Verfahren als das ordentliche braucht, wenn die nicht streitigen Sachen durch das Mahnverfahren (Buch VII.) erledigt werden, auch für die wenigst verwickelten Rechtsstreitigkeiten nicht hergestellt zu werden; das ordentliche Verfahren kann sich nach dem Gegenstande des Rechtsstreits ausdehnen und zusammenziehen. Jede für einen einzelnen Rechtsstreit oder für gewisse Arten von Rechtsstreitigkeiten wünschenswerthe Beschleunigung kann durch die gestattete Abkürzung der Fristen in dem ordentlichen Verfahren gewährt werden. Nach dieser Richtung ist daher ein Bedürfniß für ein außerordentliches, summarisches Verfahren nicht anzuerkennen (vgl. zu § 197). Damit entfallen der weiteren Berücksichtigung: der sog. unbestimmte summarische Prozeß des gemeinen Rechts, das abgekürzte und das schleunige Verfahren des preuß., die summarische Prozedur des franz. und die abgekürzte des bayer. Rechts.

Ein durchaus anderer Gesichtspunkt liegt denjenigen außerordentlichen Prozeduren zu Grunde, welche in der gemeinrechtlichen Theorie als bestimmt summarische Prozesse bezeichnet werden, und deren Eigenart sich in größerer oder geringerer Schärfe auch in dem Mandats-, Executiv-, Wechsel-, Arrest-, Kautions- und Besitzprozesse der neueren Legislationen ausprägt (vgl. die preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833, v. 21. Juli 1849, v. 24. Juni 1867 über den Mandatsprozeß, Proz. Ordn. v. Württemb. Th. IV. und Mot. zu Tit. 37 des württemb. Entw., Obenb. Art. 294 ff., Baden §§ 597 ff. und Begründung dazu, Hannov. §§ 478 ff., Braunschw. §§ 232 ff., hannov. Entw.

§§ 471 ff., österr. Entw. §§ 487 ff., sächs. Entw. §§ 744 ff., nordd. Entw. §§ 672 ff., Mot. z. preuß. Entw. §§ 933 ff. S. 237, zum Theil auch bayer. Proz. Ordn. Buch II. Abschn. 3).

Der Entwurf hat hiervon nur aufgenommen:

- 1) den Executivprozeß — unter der Bezeichnung „Urkunden- und Wechselprozeß“;
- 2) den Arrestprozeß (§§ 741 ff.).

Das Charakteristische der summarischen Prozedur besteht nicht in formeller Beschleunigung des Prozeßganges, sondern in der materiell verkürzten Defension, in der Beschränkung der *causae cognitio* auf die *summa causae*, d. h. auf die nächsten und unerläßlichsten Voraussetzungen eines an sich begründeten Klageanspruchs, mit Ausschluß aller Defensionen des Beklagten, wenn nicht in *continenti liquide* gemacht werden können, jedoch unter Vorbehalt nachträglicher Geltendmachung aller, durch die Forderung schleuniger Liquidirbarkeit in *summario* ausgeschlossener Defensionen mittelst einer in *ordinario* zu verhandelnden Nachklage (vgl. Briegleb, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse S. 12 ff. 171, 304, 343, 351, 352). Der Zweck der summarischen Kognition ist, den Anspruch des Klägers auf Rechtshilfe, wenn und so lange dieser Anspruch gerecht erscheint, gegen die Gefahr unzuträglich verzögerter Realisirung in Folge des Gebrauchs langwieriger Vertheidigungsmittel | S. 345. des Beklagten sicherzustellen, — dem Kläger auf Grund der *prima facie* liquiden Klage eine schleunige, wenn auch nur provisorische Rechtshilfe zu gewähren. Die summarische Kognition löst den Widerstreit zwischen dem Verlangen nach schleuniger Rechtshilfe und dem Ansprüche auf Gewährung vollständigen Gehörs des Beklagten in einer den Anforderungen der Gerechtigkeit entsprechenden Weise, indem sie in den dazu qualifizirten Fällen die Gewährung schleuniger Rechtshilfe in den Vordergrund stellt. Und daß der Gesetzgeber — vorausgesetzt, daß er in den Gründen, aus welchen einem Klageansprüche die singuläre Begünstigung der summarischen Behandlung zukommen soll, nicht fehlgreift — ohne Bedenken eine materielle Beschränkung der Defension eintreten lassen kann, beweist der Umstand, daß bei den summarischen Prozeduren des gemeinen Prozeßrechts, ebenso wie bei dem Mandatsprozeße des preuß. Rechts, erfahrungsmäßig nur selten von dem Rechte der Nachklage Gebrauch gemacht wird — ein Umstand, welcher, wie Briegleb a. a. D. S. 369, 370 zutreffend bemerkt: „den empirischen Beweis liefert, daß in der eminenten Mehrzahl aller Fälle die Ergebnisse der *Prima-facie*-Kognition denn doch das Rechte treffen und mit dem strengen Rechte, wie es durch die vollständige Kognition im ordentlichen Prozesse zu ermitteln ist, in Uebereinstimmung stehen“.

Das Motiv für die Gewährung des Executiv- (Urkunden-) Prozeßes liegt in der *Prima-facie*-Liquidität des urkundlichen Anspruchs, in der Möglichkeit, den Schuldbrief bereits als einen richterlichen Urtheilsbrief anzusehen, weil der Schuldner sich der summarischen Kognition durch vertragsmäßige Uebereinkunft mit dem Gläubiger unterworfen habe (vgl. Briegleb a. a. D. S. 345). Diese Anschauung entnahm ursprünglich ihre Berechtigung aus der Executivklausel — der *clausula guarentigiae*, dem *pactum paratae executionis* —, welche öffentlichen, später auch privaten Schulurkunden beigefügt wurde. Die Praxis ließ allmählig die Executivklausel fallen; es entwickelte sich die Annahme, daß jede öffentliche und private Schuldurkunde stillschweigend die Executivklausel enthalte, indem der Schuldner durch Ausstellung der Schuldurkunde den Willen manifestire, sich auf Grund derselben der *parata executio* zu unterwerfen. Der Absicht, der Privatwillkür der Kontrahenten ein Mittel zu schaffen, durch welches die Realisirung kontraktlicher Leistungen unverzüglich erzwungen und den Weiterungen des ordentlichen Prozeßverfahrens entzogen werden kann, verdankt die als Executivprozeß bezeichnete summarische Kognition ihren Ursprung und ihre Ausbildung in Italien, ihre Aufnahme in Deutschland und ihre Anerkennung in allen deutschen Rechtsgebieten in den Formen des Mandats-, Executiv-, Urkunden- und Wechselprozeßes. Ihre Aufnahme in Deutschland konnte um so leichter erfolgen, als sich hier bereits vor dem Eindringen des romanischen Prozeßes Rechtsbildungen entwickelt hatten, welche dieselbe Tendenz, wie die *instrumenta guarentigata* verfolgten (vgl. Häusler, Zeitschrift für Rechtsgeschichte VI. S. 127 ff., v. Bar, das Gemeinurtheil des germanischen Prozeßes S. 255 ff.).

Bei der Beschränkung auf Urkunden über obligatorische Verträge ist es indessen

nicht geblieben; wie auf der hannoverschen Konferenz bezeugt wurde, hat die gemeinrechtliche Doktrin den Executivprozeß auch für hypothekarische, die sächsische Praxis sogar für alle verbrieften Ansprüche gewährt (hannov. Prot. IX. S. 3202, | S. 346. 3208, 3214, 3235); in jener Kommission selbst haben sich lebhaft Stimmen für unbeschränkte Zulassung des Executivprocesses erhoben.

In mannigfacher Weise sind urkundliche Ansprüche auch in der positiven Gesetzgebung begünstigt. Die am stärksten beweisende Form der Urkunde in dem Notariats-Akte gewährt nach dem franz. Rechte, welchem die bayer. Proz. Ordn. Art. 822 gefolgt ist, unmittelbar die Zwangsvollstreckung. Der preuß. Mandatsprozeß der alten Landestheile (Verord. v. 1. Juni 1833 §§ 1 ff., v. 21. Juli 1849 §§ 1 ff.) und der unbedingte Befehl der bad. Prozeßordn. (§§ 618 ff.) basiren wesentlich auf öffentlichen Urkunden. An sich ist indessen der Rechtstitel aus einer Privaturkunde nicht schwächer als derjenige aus einer öffentlichen Schuldverschreibung. Die Privaturkunden können den öffentlichen rüchichtlich des Verfahrens gleichgestellt werden, sofern ihre Echtheit festgestellt wird, da in dem Beweise der Echtheit der wesentliche Unterschied der öffentlichen und der Privaturkunden besteht; gerabe bei dem Wechsel, welcher hier vorzugsweise zu berücksichtigen ist, kommt zudem die Möglichkeit der öffentlichen Beglaubigung als ein praktisches Moment nicht in Betracht. Demgemäß hat der Entwurf in Uebereinstimmung mit der preuß. Verordn. v. 24. Juni 1867 §§ 1 ff. (für die neu erworbenen Landestheile) und den Prozeßordn. v. Hannover S. 478, Oldenburg Art. 318, Baden § 644, Braunschweig S. 243, dem hannov. Entw. § 473, sächs. Entw. § 801, hess. Entw. Art. 748, nordd. Entw. § 672, als Erforderniß für die Zulässigkeit des Urkundenprocesses den vollständigen Beweis aller zur Begründung des Anspruchs erforderlichen Thatfachen durch Urkunden aufgestellt, ohne Unterscheidung, ob die Urkunden öffentliche oder private sind.

„Vollbeweisende“ Urkunden konnte der Entwurf nicht fordern, weil nach den Bestimmungen der §§ 367 ff. die materielle Beweisraft jeder Urkunde — der öffentlichen wie der privaten, der von den Parteien wie der von Dritten ausgestellt, der fehlerfreien wie der mangelhaften — dem richterlichen Ermessen unter Berücksichtigung aller konkreten Verhältnisse anheimfällt (vgl. hannov. Prot. XVI. S. 6067—69). Auch die Unterscheidung von Urkunden, welche über den Anspruch ange stellt oder errichtet sind (nordd. Entw. § 672), ist entbehrlich, da ein vollständiger Urkundenbeweis, wie er nach dem Grunde des Verfahrens gefordert werden muß, über das Fundament des Anspruchs kaum anders, als durch solche Urkunden, welche von dem Verpflichteten ausgestellt sind, geführt werden kann.

In welchem Umfange hiernach Urkunden vom Kläger (§ 531) oder Beklagten (§ 534) im Urkundenprocess mit Erfolg benutzt werden können, läßt sich allgemein nicht bestimmen. Indessen dürften Urkunden, deren Echtheit oder Unechtheit bei der Vorschrift des § 394 nicht durch Eideszuschreibung an den Gegner erwiesen werden kann, sich der Regel nach als untauglich erweisen und damit dieser Prozeßart auch in objektiver Beziehung die richtigen Grenzen angewiesen sein. Bei der immerhin verbleibenden Möglichkeit, den Urkundenprozeß auf Urkunden jeder Art zu gründen, empfiehlt sich die Prozedur, wie sie im gemeinen und preußischen Mandatsprozeße durch Erlassung eines unbedingten Zahlungsbefehls sich einleitet, nicht; der Mangel augenblicklicher Liquidität, welcher der Privaturkunde hinsichtlich ihrer Echtheit bewohnt und durch ein Recognitionungsverfahren mit dem Beklagten vor Gericht erst gehoben werden muß, weist vielmehr auf die sofortige Herbeiführung einer mündlichen Verhandlung, also auf die Form des gemeinrechtlichen Executivprocesses als die geeignetere hin.

| S. 347. | Ob — zumal in solcher Ausdehnung — der Urkundenprozeß überhaupt noch als besondere Verfahrensart beizubehalten sei, ist mehrfach bezweifelt worden. Es kommt dabei in Betracht, daß der Entwurf ein elastisches ordentliches Verfahren konstruirt, öffentlichen Urkunden, welche mit dem executorischen Faktum versehen sind, die unmittelbare Zwangsvollstreckung beigelegt (§ 651 Nr. 4) und der Landesgesetzgebung überlassen hat, allen möglichen Schuldtiteln executorische Kraft zu gewähren (§ 655). Von dieser Befugniß, Urkunden über den ausgesprochenen Willen der Kontrahenten hinaus für vollstreckbar zu erklären, ist indessen kein weitgehender, für Privaturkunden überhaupt kein Gebrauch zu erwarten. Nach dem Vorgange aller Gesetzeswerke (mit Ausnahme des Code de proc.), welche zum großen Theile einen

besonderen Exekutiv- bezw. Mandatsprozeß, sämmtlich aber ein außerordentliches Verfahren in Wechseln neben einem raschen ordentlichen kennen, hat der Entwurf die Bedürfnisfrage bejaht. Die Abschaffung der Eventualmaxime, die Vorschrift des § 400, endlich die Unbeschränktheit des Zeugenbeweises, lassen gerade für den Entwurf die Bedeutung eines Verfahrens mit materiell beschränkter Defension in besonderer Schärfe hervortreten. Das ordentliche Verfahren garantirt zwar eine relativ schleunige Prozedur, der verbrieft Anspruch berechtigt dagegen zu absolut schleuniger Durchsetzung. In den Gebieten des französischen Rechts ist in Folge der Beschränkung des Zeugenbeweises das Publikum gewohnt, Rechtsgeschäfte urkundlich zu fixiren. Für diese Gebiete muß der Exekutivprozeß eine sehr praktische Bedeutung gewinnen und für die Beseitigung der Beschränkungen des Zeugenbeweises vollen Ersatz liefern. Zudem erscheint nach Lage der gegenwärtig noch obwaltenden Anschauungen und bei der Ausdehnung des Wechselverkehrs die völlige Beseitigung des Wechselprozesses — der eine bloße Spezies des Urkundenprozesses ist — als völlig unthunlich. Nachdem der Werth des Wechsels durch Abschaffung der Personal- exekution beschnitten, würde ihn die Zulassung der gewöhnlichen, prozessualen Vertheidigung des Beklagten, wenn auch innerhalb der Grenzen des Art. 82 der D. W. D., seiner praktischen Bedeutung berauben. Ersichtlich wird der Urkunden- prozeß auch nicht durch die Vorschriften über die vorläufige Vollstreckbarkeit der im ordentlichen Verfahren erlassenen Urtheile erübrigt, denn diese setzen überall eine materiell vollständige Streitverhandlung voraus.

Dagegen hat der Entwurf für den Fortbestand des Mandatsprozesses im Hinblick auf die §§ 651 Nr. 4. und 655 kein Bedürfnis gefunden (vgl. Regier. Motive z. hannov. Proz. Ordn. Th. 4 bei Leonh. B. P. D. Ed. IV. S. 315). Das mandatum sine clausula ob factum nullo jure justificabile oder ob periculum in mora wird durch die Vorschriften über einstweilige Verfügungen ersetzt.

Ebenjowenig konnte für Besitzstreitigkeiten die Nothwendigkeit eines besonderen Verfahrens anerkannt werden, weil neben der aus dem Civilrechte folgenden Begrenzung des Streits auf das Recht des Besitzes eine weitere materielle Verfürzung der Defension nicht geboten, Beschleunigung und provisorische Vollstreckung aber in dem ordentlichen Verfahren zu erreichen ist. Das *possessorium summarissimum* war in Folge der Vorschriften über einstweilige Verfügungen zu entbehren (vgl. Mot. z. württemb. Entw. Tit. 37).

Die Gefahr, welche in der ausgedehnten Zulassung des Urkundenprozesses für den Beklagten liegt, hat der Entwurf durch den regelmäßig im Urtheile auszusprechenden, allgemeinen Vorbehalt seiner Rechte und die Beseitigung des *Separatum* (i. e. S.) | S. 348. gemildert, indem sich der Urkundenprozeß unter Verbeibaltung der Parteivollen unmittelbar in den ordentlichen Prozeß fortsetzt (§ 539). Der Entwurf hat damit die Scheidung in zwei selbstständige Prozesse, deren erster nur die Verfolgung der *causa executiva*, der zweite die der *causa principalis* (des Hauptrechts) betrifft (vgl. auch preuß. Verordn. vom 1. Juni 1833 § 3, v. 21. Juli 1849 § 2, v. 24. Juni 1867 § 2, österr. Entw. § 495), aufgegeben. Werden Einreden aus dem Haupt- rechte zugelassen, wie dies für den Exekutiv- und Mandatsprozeß des gemeinen und preußischen Rechts unbestritten ist, so liegt für eine solche Trennung kein zwingender Grund vor. Nach dem Entwurf beginnt mit Erhebung der Klage im Urkunden- prozesse der Hauptstreit selbst — nicht bloß ein Streit über Zulassung resp. Abwendung der Exekution —; durch die ausdrückliche Erklärung aber, daß er im Urkundenprozesse klage, macht der Kläger gleichzeitig sein besonderes Recht auf vorgängige abgesonderte Verhandlung und Aburtheilung über den liquiden oder liquid gestellten Streitstoff geltend. Das hierauf ergehende Urtheil entscheidet über die Zulässigkeit des Angriffs, bezüglich der Vertheidigung im Urkundenstreite definitiv, über das Hauptrecht (abgesehen vom Falle der Versäumung und des Anerkenntnisses) nur provisorisch — *quoad executionem* und vorbehaltlich einer eingehenderen Kognition im Wege des ordentlichen Prozesses. Nur insoweit sich schon jetzt Angriffs- oder Vertheidigungsmittel als in sich und nicht bloß wegen mangelhafter Substantiirung unbegründet darstellen, wird über sie, weil ja das Hauptrecht selbst im Prozesse befangen ist, endgültig erkannt. Insoweit kommt das Urtheil im Urkundenprozesse als *Zwischenurtheil* für den anhängig bleibenden Haupt- streit in Betracht und bindet folgeweise Richter und Parteien. Im Uebrigen

haben bei Fortsetzung des Hauptstreits beide Parteien in Vervollständigung des Angriffs und Ausdehnung der Vertheidigung dieselbe Freiheit, wie im ordentlichen Verfahren.

Nach dem Gesagten ergibt sich für das Verfahren im Urkundenstreite korrekter die Bezeichnung „Urkundenprozeß“, als „Erektivprozeß“; ergibt sich ferner, daß der Kläger wahlweise berechtigt sein muß, einen verbrieften Anspruch (selbst wenn darüber eine erektivische öffentliche Urkunde existirt) im ordentlichen oder im Urkundenprozeße durchzuführen und von dem letzteren bis zum Schlusse desselben noch dergestalt abzustehen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt (§ 535); ergibt sich endlich, daß für das Verfahren im Urkundenstreite und das denselben abschließende Urtheil, soweit nicht besondere Abweichungen statuiert werden, die allgemeinen Grundsätze maßgebend sind, insbesondere auch betreffs der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit der Gerichte, der Vertretung der Parteien, der Zulässigkeit von Streiverkündung und Intervention, der Einleitungsformen, der Rechtshängigkeit, der Rechtsmittel.

Die Abweichungen von dem ordentlichen Verfahren beruhen darauf, daß der Urkundenprozeß auf vollkommene Liquidität gestellt ist. Ausflüsse hiervon sind die Vorschriften, daß der Beweis der Klage nur durch Urkunden (§ 531), der von Einreden, Replikten und Duplikten, gleicherweise jeder Echtheitsbeweis nur durch Urkunden oder Eideszuschreibung geführt werden und der Beweistritt nur durch Produktion der Urkunden erfolgen kann (§ 533); daß jede Partei einen vollständigen Beweis erbringen muß, zu dessen Ergänzung richterliche Eidesauslage nicht zugelassen | S. 349. ist, widrigenfalls die betreffende Behauptung | als im Urkundenprozeße unstatthaft zurückgewiesen wird (§§ 536, 537); daß Widerklagen und Einlassungsweigerung auf Grund prozeßhindernder Einreden nicht gestattet sind (§§ 533, 534 Abs. 1); daß sich der Delat gegenüber der Eideszuschreibung nur der Urkunden als Beweismittel bedienen kann und die Leistung eines Eides durch Beweisbeschluß anzuordnen ist (§ 534 Abs. 4). —

Einer besonderen Erwähnung bedarf der Fall der Versäumung. Der Kläger, welcher den Urkundenprozeß gewählt hat oder bei demselben beharrt, kann die Vortheile desselben nur verlangen, wenn er für den an sich begründeten Anspruch einen vollständigen urkundlichen Beweis antritt, bezw. erbringt. Dies gilt auch beim Ausbleiben des Beklagten. Die Annahme, daß der ungehorsame Beklagte die zur Begründung der Klage angeführten Thatfachen zugestehet, wie sie im ordentlichen Prozeße Platz greift, verträgt sich mit den materiellen Bedingungen, wie sie auf Seiten des klägerischen Prozeßrechts vorliegen müssen, nicht. Hat aber der Kläger jener Voraussetzung eines vollständigen urkundlichen Beweises genügt, so trifft den Beklagten im Ungehorsamsfalle die Annahme des Verzichts auf jede Vertheidigung gegen das Beweismaterial des Klägers und das in *judicium* deduzirte Hauptrecht. Das Versäumnisurtheil ergeht ohne Vorbehalt der Rechte und erledigt die ganze Sache definitiv, als wäre es im ordentlichen Verfahren ergangen, beim Unterbleiben des Einspruchs mit allen Wirkungen der Rechtskraft.

Ist der Beklagte im Urkundenprozeße unter Vorbehalt seiner Rechte ganz oder theilweise verurtheilt, und ist von einer Partei zur Fortsetzung des Hauptstreits geladen, so finden die allgemeinen Vorschriften über das Versäumnisurtheil gegen beide Theile Anwendung. Dasselbe ergeht ohne Rücksicht auf etwaige Erklärungen seitens der säumigen Partei im Urkundenprozeße und ohne Rücksicht auf das bereits erlassene Urtheil, da, wie festzuhalten, immer noch über die vom Kläger erhobene Klage definitiv zu erkennen ist (§ 539 Abs. 3). —

### § 531. (R. V. § 531, G. § 555.)

Daß der Urkundenprozeß nicht obligatorisch ist, wie der preussische Mandatsprozeß (Instrukt. v. 24. Juli 1833 §§ 2, 3, Rab.-Ordre v. 17. Oktober 1833, Verordn. v. 24. Juni 1867 § 4), ist von den neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen allgemein angenommen (vgl. Hannover § 478, Baden § 644, Oldenburg Art. 318, Braunschweig § 243, hannov. Entw. § 473, österr. Entw. § 487, sächs. Entw. § 801, nordd. Entw. § 672).

Die Beschränkung der Zulässigkeit des Verfahrens dem Gegenstande nach auf

Ansprüche, welche auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen oder Werthpapiere gerichtet sind, entspricht der natürlichen Beschränkung des Bedürfnisses. Soweit aus dinglichen Rechtsverhältnissen Ansprüche der bezeichneten Art entstehen, fallen auch diese unter die gegebene Bezeichnung; sie unterscheiden sich für das Verfahren von bloß persönlichen Ansprüchen nicht; die in der hannov. und bad. Proz. Ordn., dem hannov., österr. und hess. Entw. enthaltene Beschränkung auf die letzteren kann daher aufgegeben werden, um so mehr, als ein Verfahren mit beschränkter Defension gerade für die hypothekarische Schuldklage gegen den dritten Besitzer des Pfandgrundstücks von erheblich praktischem Werthe ist. Für unbestimmte Ansprüche würde der Zweck, ein vollstreckbares Urtheil zu erlangen, verfehlt werden. Bei anderen als fungiblen Gegenständen (Oldenb. Art. 318, sächs. Entw. § 801, hess. Entw. Art. 748) könnte, abgesehen davon, daß der Streit um dieselben der Regel nach nicht einfach genug ist, die Vollstreckung einer vorläufigen Entscheidung die Rechte des Beklagten allzuleicht gefährden (vgl. v. Bar a. a. D. S. 278, 279).

Anderere Beweismittel als Urkunden sind auch bei Nebenthatsachen (z. B. Sachlegitimation, Eintritt der Bedingung, rechtzeitige Kündigung), zu deren Beweise in der Proz. Ordn. v. Hannover § 478, Oldenb. Art. 319 und dem sächs. Entw. § 801 die Eideszuschreibung offengelassen ist, ausgeschlossen, um das Verfahren auf der angenehmen Grundlage rein zu erhalten. Nur soweit die Echtheit einer Urkunde bereits bei der Klage in Frage kommt, kann sich der Kläger auch der Eideszuschreibung bedienen (§ 533).

#### § 532. (R. B. § 532, G. § 556.)

Die Klage im Urkundenprozeße wird erhoben und vorbereitet, wie jede andere Klage (§§ 222 ff. 438, 441, 442, 116). Die aus dem Verfahren sich herleitenden, für beide Theile wichtigen Folgen (§§ 533 ff.) erfordern aber als Theil der Klage die ausdrückliche Erklärung, daß Kläger den Rechtsstreit im Wege des Urkundenprozesses führen wolle (jüngster Reichsabschied § 39, Proz. Ordn. v. Hannover § 479, Oldenb. Art. 320. § 1, hannov. Entw. § 474, nordd. Entw. § 673).

Zu einer gesetzlichen Abkürzung der Einlassungsfrist (hannov. Entw. § 475, nordd. Entw. § 674) ist wegen der Vorschrift des § 197 auch für Anwaltsprozesse kein Bedürfnis.

Die Beifügung der Urkunden zu der Klage soll — abweichend von der für das ordentliche Verfahren gegebenen instruktionellen Vorschrift des § 118 — hier in dem Sinne obligatorisch sein, daß sie ebenso wie die Klage selbst dem Beklagten rechtzeitig zugestellt werden müssen (vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 540, Württemb. Art. 854, Oldenb. Art. 318, österr. Entw. § 491, sächs. Entw. § 803, nordd. Entw. § 673). Die Existenz der Urkunden ist im Urkundenstreite Bedingung des klägerischen Prozeßrechts. Ohne ihre Mittheilung an den Beklagten kann auf Versäumnis gegen den Letzteren daher nicht verfahren werden (§ 536).

#### § 533. (R. B. § 533, G. § 557.)

Das Recht des Beklagten auf abgeforderte Verhandlung und Entscheidung über prozeßhindernde Einreden (§ 239) muß dem Zwecke des Urkundenprozesses gegenüber zurücktreten. Wenn demgemäß der § 533 bestimmt, daß auf Grund solcher Einreden die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden darf, so kann in dieser Bestimmung eine Gefährdung des Beklagten nicht gefunden werden, da die Anordnung einer abgeforderten Verhandlung dem Ermessen des Gerichts überlassen ist und wenn besondere Gründe dafür vorliegen, auch auf Antrag des Beklagten erfolgen wird (vgl. Proz. Ordn. v. Hannover § 481, Oldenb. Art. 321. § 2, Württemb. Art. 857, preuß. Entw. § 938, hannov. Entw. § 472 und mit Modifikationen Baden § 646).

#### § 534. (R. B. § 534, G. § 358.)

Widerlagen sind, selbst wenn sie gleichfalls nur auf Urkunden basiren, im Urkundenprozeße nicht statthaft, weil sie die nothwendig zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens stören würden. Erst im folgenden Hauptstreite kann der Beklagte

§. 350.

damit gehört werden (preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 3, v. 21. Juli 1849 § 2 und v. 24. Juni 1867 § 2).

| C. 351.

| Der Absatz 2 enthält in Vereinigung mit § 537 die wichtigste Besonderheit, durch welche der Urkundenprozeß als eine außerordentliche Verfahrensart sich charakterisirt. Der Beklagte soll im Urkundenprozeße nur mit liquiden Einreden gehört und jede illiquide Einrede als in diesem Verfahren unstatthaft zurückgewiesen werden.

An sich liquid ist jeder Einwand, welcher entweder keines weiteren Beweises bedarf oder nur durch einen dem Kläger obliegenden Beweis beseitigt werden kann.

In continenti liquid aber ist jeder Vertheidigungsgrund alsdann, wenn der Beweis desselben so schleunig geführt werden kann, daß dadurch der ordentliche, der rechtmäßigen Intention des Klägers angemessene Verlauf der Streitverhandlung nicht merklich aufgehalten wird. Da der Beweis der Klagebegründungsmomente nach den §§ 531, 536 vollständig und urkundlich geführt sein muß, bevor überhaupt die Vertheidigung des Beklagten in Frage kommt, so würde es der Gleichstellung der Parteirechte am konsequentesten entsprechen, seitens des Beklagten nur solche Einreden zu berücksichtigen, welche ebenso wie die Klage vollständig durch Urkunden bewiesen werden können (Braunschweig § 244, hess. Entw. Art. 751). Die Eideszuschiebung ist auch deshalb mehrfach für bedenklich erachtet worden, weil sie für die ihr unterliegende Thatsache ein definitives, nicht bloß ein provisorisches Resultat liefert. Für den Entwurf liegt darin kein Bedenken; nach der angenommenen Konstruktion des Verfahrens ist das Hauptrecht selbst von vornherein im Streite befangen, eine definitive Entscheidung also dem Wesen des Urkundenprozesses in solcher Gestaltung nicht zuwider. Der Entwurf hat die Eideszuschiebung zum Beweise von Einreden neben den Urkunden zugelassen, weil die Erklärung auf den zugeschobenen Eid der Sache nach nur eine Erklärung über die behaupteten Thatsachen unter stärkerem Zwange ist und vom Kläger ohne Dolus nicht verweigert werden kann. Die Eideszuschiebung führt auch, abgesehen von seltenen Ausnahmefällen (§ 416), sofort zu einem unzweifelhaften Beweisergbnisse und unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem Zeugenbeweise, selbst wenn die Zeugen, wie in den mehrerwähnten preußischen Verordnungen für den Mandatsprozeß, in dem Ges. v. 15. Februar 1850 § 7 und in dem preuß. Entw. § 939 für den Wechselprozess gestattet ist, zur sofortigen Vernehmung gestellt sind. Der Zeugenbeweis kann den Kläger zu einem Gegenbeweise nöthigen, dessen Zeitverlust er nach den Bestimmungen der §§ 399, 400 nicht vermeiden kann.

Die gleichen Beschränkungen wie für die Einreden gelten nach der Gleichheit der Parteien auch für Repliken, welche mit den zur Begründung der Klage erforderlichen Thatsachen nicht verwechselt werden können, und selbstverständlich auch für die als Dupliken sich darstellenden ferneren Anführungen des Beklagten, nicht minder für den Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, von welcher Partei und in welchem Stadium des Prozesses er auch zu führen sein mag. Der Beweis durch Schriftvergleichung (§ 393) ist ausgeschlossen.

Die Prozeßordn. von Hannover §§ 478, 480, 483, Oldenburg Art. 321, 322, Baden §§ 646, 649, Württemberg Art. 858, 859, der sächs. (§§ 806, 807), hannov. (§§ 477, 480) und nordd. Entw. §§ 675, 678 stimmen hiermit im Wesentlichen überein.

| C. 352.

Wird in zulässiger Weise (§ 398) Beweis gegen den Inhalt einer Urkunde durch Eidesdelation oder gegen eine auf den Eid gestellte Thatsache durch | Urkunden angetreten, so bleibt es auch im Urkundenprozeße bei den Vorschriften der §§ 396, 400, wonach der Eid als das von den Parteien zuletzt gewollte Beweismittel anzusehen ist (vgl. Prozeßordn. von Oldenburg Art. 321 § 4, Baden § 647, hess. Entw. Art. 752, hannov. Entw. § 477).

Zu weiterer Beschränkung in der Beweisführung liegt — auch in Rücksicht auf die nothwendige Raschheit des Verfahrens — kein Bedürfnis vor, weil die sofort zu produzierende Urkunde ein so wenig verzögerliches Beweismittel ist, daß sich die Erhebung dieses Beweises in continenti abmachen läßt. Ähnliche Erwägungen lassen auch davon absehen, die Zurückschiebung eines zum Beweise der Echtheit angetragenen Eides abzuschneiden (Prozeßordn. v. Württemberg Art. 858, hannov. Entw. § 480).

Die Antretung des Urkundenbeweises muß von beiden Parteien durch Vorlegung

der angerufenen Urkunde erfolgen. Die Antretung in Gemäßheit der §§ 373 ff., 380, 384 ist unstatthaft. Dieselbe würde sowohl für den Kläger, als für den Beklagten den Zweck des Verfahrens beseitigen. Der Beklagte würde sich über nicht vorliegende Urkunden nicht genügend erklären können; der Kläger würde durch die Herbeischaffung der Urkunden ungebührlich hingehalten werden. (Vgl. Prozeßordn. v. Baden § 644, Württemberg Art. 857, Braunschweig § 244, hannov. Entw. § 479, sächs. Entw. § 805, nordd. Entw. § 677).

Der Urkundenprozeß verträgt kein bedingtes Endurtheil, welches erst nach eingetretener Rechtskraft zu purifiziren und vollstreckbar wäre. Die Eigenthümlichkeit des klägerischen Prozeßrechts auf absolut schnelle Durchsetzung führt dazu, einen für die Entscheidung des Rechtsstreits präjudiziellen Parteieneid nicht zum Erkenntniß zu stellen, sondern dessen Abnahme in der Instanz vermitteltst Beweisbeschlusses anzuordnen (hannov. Proz. Ordn. § 483, Württemberg Art. 861, Bayern Art. 545, sächs. Entw. § 807). Ueberflüssige Eide können danach freilich ausgeschworen werden; denn ungeachtet der Vorschrift des § 411, welche auch für den folgenden Hauptstreit die durch Eid festgestellte Thatfache als voll bewiesen bestehen läßt, kann in Folge neuer Einreden oder neuer Beweismittel für frühere, wegen mangelhaften Beweises zurückgewiesene Einreden das Endresultat des Prozesses doch ein solches werden, welches das auf den geschworenen Parteieneid basirte Urtheil des Urkundenprozesses in Wegfall bringt. Es wird dies aber immerhin zu selten sein, als daß man deshalb vor den durch die Natur des Verfahrens gebotenen Konsequenzen zurückschrecken müßte.

Das gewählte Mittel — Abnahme des Eides in der Instanz — hält der Entwurf für grundsätzlich richtiger, als das des hannov. Entw. § 485, nach welcher Vorschrift zwar ein durch Eid bedingtes Endurtheil, die Abnahme des Eides aber sofort und vor der Rechtskraft erfolgen sollte.

### §§ 535, 536. (R. B. §§ 535, 536, G. §§ 559, 560.)

Der ungünstige Ausgang des Rechtsstreits für den Kläger kann sowohl darin seinen Grund haben, daß der erhobene Anspruch materiell unbegründet befunden wird, als darin, daß den formellen Anforderungen des Verfahrens nicht genügt ist; letzteres wieder in mehrfacher Richtung, indem der Urkundenprozeß an sich nicht statthaft sein oder der Kläger einen ihm obliegenden Beweis (Klage- oder Replikbeweis) nicht mit den im Urkundenprozeße zulässigen Beweismitteln angetreten oder mit solchen Beweismitteln nicht vollständig geführt haben kann. Nur in dem ersteren Falle (§ 536 Absf. 1) ist das abweisende Urtheil ein Urtheil in der Sache selbst | S. 535. mit allen Wirkungen eines im ordentlichen Verfahren erlassenen Endurtheils (nordd. Entw. § 684); in dem zweiten Falle (§ 536 Absf. 2) ergeht es nur über die Zulässigkeit des Verfahrens unter Verweisung des unstatthaften oder illiquiden Vorbringens zum ordentlichen Streite und entspricht dem den Beklagten mit Vorbehalt seiner Rechte verurtheilenden Erkenntniß (§ 538). Da ein verurtheilendes Erkenntniß, sei es ein kontradiktorisches, sei es ein Kontumazialurtheil, weil es im Urkundenprozeße ergangen ist, in der Vollstreckbarkeit (§ 601 Nr. 5) eine besondere materielle Wirkung hat, so ist, sofern nicht der Rechtsstreit durch Anerkenntniß des Beklagten erledigt wird, die Zulässigkeit des Urkundenprozesses, die Zulässigkeit der angetretenen Beweise und die vollständige Erbringung jedes dem Kläger obliegenden Beweises ebenso wie die materielle Begründung der Klage unter allen Umständen von Amtswegen zu prüfen, — nach allgemeinen Grundsätzen aber erst vor Erlaß des Urtheils. Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so erfolgt auch beim Ausbleiben des Beklagten oder bloßem Vorbringen unstatthafter oder unzulässiger Einreden Abweisung der Klage.

Was speziell den Fall der unvollständigen Erbringung eines dem Kläger oder dem Beklagten (§ 537) obliegenden Beweises anlangt, so ist bereits gesagt, daß für den richterlichen Eid zur Ergänzung bezw. Widerlegung des nicht voll erbrachten Beweises im Urkundenprozeße kein Raum ist. Der entscheidende Grund liegt ebenso in der Idee dieses Verfahrens, mit welcher ein bedingtes Endurtheil in Widerspruch tritt, wie in dem Prozeße beider Parteien; durch Auslegung eines nothwendigen Eides würde die Partei sich unfreiwilligerweise der Möglichkeit beraubt sehen, in

dem anschließenden ordentlichen Verfahren besseren Beweis zu führen, und gleichzeitig der Beweis des Gegentheils für den ganzen Prozeß dem Gegner abgegriffen werden.

Der Urkundenprozeß soll, sofern eine weitere Verhandlung des Rechtsstreits noch erforderlich wird, nur ein Vorstadium des ordentlichen Verfahrens sein. Das Beschreiten des letzteren muß dem Kläger daher bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil im Urkundenprozeße ergeht, freistehen; er kann dasselbe an das von ihm aufzugebende Vorstadium in der Weise anschließen, daß der Rechtsstreit im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt (§ 528 vgl. Oldenburg Art. 320, Baden § 651, Württemberg Art. 867, hannov. Entw. § 487, nordd. Entw. § 680). Auch im Falle des ungehorsamen Ausbleibens des Beklagten ist die desfallige Erklärung des Klägers zulässig; dann muß aber ein anderer Verhandlungstermin angesetzt und zu diesem der Beklagte wiederholt geladen werden. Daß es nicht erst einer erneuten Klageanstellung bedarf, dient sowohl zur geschäftlichen Erleichterung, als zur Erhaltung der einmal erzielten Rechtshängigkeit. Die eigenthümlichen Wirkungen der fortgesetzten Anhängigkeit des Rechtsstreits für das Verfahren zeigen sich erst bei einer Verurtheilung des Beklagten in dem strengeren Vorverfahren (vgl. zu §§ 537—539).

§§ 537—539. (R. V. §§ 537—539, G. §§ 561—563.)

Die im Urkundenprozeße vom Beklagten erhobenen Einwendungen und Dupliken gelten, weil das Hauptrecht des Klägers in lite, für den ganzen Prozeß erhoben, im Stadium des Urkundenstreits aber ist Beklagter hinsichtlich derselben auf Urkunden und Eidesaufziehung beschränkt. Vermag er sie auf diese Weise nicht oder nicht vollständig zu erweisen, so folgt daraus noch nichts für die wirkliche Grundlosigkeit derselben, sie können deshalb auch nur in diesem Verfahren, d. i. provisorisch zurückgewiesen und in dem anschließenden ordentlichen Verfahren vom Beklagten wieder aufgenommen werden. Damit ist die Verurtheilung des Beklagten im Urkundenprozeße verbunden; der auszusprechende Vorbehalt seiner Rechte ist in diesem Falle selbstverständlich. Sind die Einreden oder Dupliken materiell hinfällig, so wird über dieselben zwar sachlich entschieden, gleichwohl sind auch hier in dem verurtheilenden Erkenntnisse dem Beklagten seine Rechte vorzubehalten wegen des nur unvollständigen Gehörs, das ihm im ersten Stadium des Verfahrens bewilligt war.

Daneben liegen die Fälle, daß gegen den Beklagten ein Versäumnisurtheil ergeht oder der Beklagte den eingeklagten Anspruch anerkennt. Da hier die Beschränkung der Defension nicht in Frage kommt, so erledigt das ergehende Urtheil den Rechtsstreit definitiv mit allen Wirkungen eines im ordentlichen Verfahren erlassenen Erkenntnisses. Von einem Vorbehalte der Rechte kann nicht die Rede sein. Der Abs. 1 des § 538 spricht daher aus, daß in allen, aber auch nur in den Fällen, wo der Beklagte dem Anspruche widersprochen hat — was mit Unterwerfung unter den Klageantrag des Urkundenprozesses verbunden sein kann —, die Verurtheilung des Beklagten unter Vorbehalt seiner Rechte zu erfolgen hat. Das in dieser Weise ergehende Urtheil ist insofern Endurtheil, als es kraft Gesetzes für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 601 Nr. 5) und nach allgemeinen Grundsätzen durch Rechtsmittel anfechtbar ist (Proz. Ordn. v. Hannover § 485, Braunschweig § 251, Württemberg Art. 865, Baden § 653, Bayern Art. 549, hannov. Entw. §§ 484, 485, nordd. Ent. § 683). In der höheren Instanz setzen sich selbstredend die Eigenthümlichkeiten des Urkundenprozesses, wie sie für die erste Instanz gelten (§§ 533 ff.), fort (vgl. Württemberg Art. 868).

Der ausdrückliche Vorbehalt in dem Urtheil schützt die Rechte des Beklagten auf Wiederaufhebung des Urtheils, wie die Nothwendigkeit des Vorbehalts dem Kläger die Unanfechtbarkeit des ohne Vorbehalt ergangenen Urtheils außer im Wege der Rechtsmittel sichert. In Konsequenz der §§ 241, 245 in Verbindung mit § 539 Abs. 1 muß ein allgemeiner Vorbehalt der Rechte des Beklagten, nicht blos ein Vorbehalt der bereits im Urkundenprozeße vorgebrachten Einwendungen (Baden §§ 646, 652, Oldenburg Art. 322, Württemberg Art. 866, preuß. Entw. § 943) erfolgen und empfiehlt sich auch praktisch, damit nicht das grundsätzlich beschränkte

Verfahren im Urkundenstreite durch Vorbringen gestört wird, von welchem jeder Beteiligte weiß, daß es bei dem zu erlassenden Urtheile nicht zu berücksichtigen ist.

Der Grundsatz, daß der Rechtsstreit bei einem solchen Vorbehalte im ordentlichen Verfahren anhängig bleibt, wie ihn die Proz. Ordn. v. Hannover § 486, Oldenburg Art. 322 und der hannov. Entw. §§ 481, 486 wenigstens für den Beklagten annehmen, während nach der bad. Proz. Ordn. § 646 auch dieser zur besonderen Ausführung der Einreden verwiesen wird, ist von weitgreifender Bedeutung. Dem Beklagten wird dadurch nicht nur jede Einrede gewahrt, deren Basis sich zur selbstständigen Klage nicht eignet, und ihm geschäftlich die Erhebung einer besonderen Klage erspart; es wird ihm zugleich der Vortheil der Parteistellung erhalten, so daß er bis zum Endurtheil unbeschränkt Vertheidigungsmittel vorbringen kann, während bei der Formulirung eines Einwandes als Klage dieser Klaggrund ohne Einführung erheblicher Unregelmäßigkeiten keiner Aenderung fähig sein würde, die Anstellung mehrerer Klagen hinter einander aber schwerlich gestattet werden könnte. Dem Kläger dagegen giebt die fortdauernde Anhängigkeit des Rechtsstreits das Mittel, denselben definitiv zum Austrage zu bringen und sich die Rechtskraft zu verschaffen. | S. 355.

Mit der Fortdauer desselben Rechtsstreits sind endlich die Grundsätze über den Umfang der Wirkung des gemachten Vorbehalts gegeben. Alle Verhandlungen des Urkundenprozesses bestehen danach auch für das fortdauernde ordentliche Verfahren, sowohl Erklärungen als Unterlassen von Erklärungen wirken fort, soweit sie in dem ordentlichen Verfahren aus einer früheren Verhandlung fortwirken. Ebenso ist das Urtheil des Urkundenprozesses im nachfolgenden Verfahren insoweit unanfechtbar, als es nicht auf der eigenthümlichen Beschränkung des Verfahrens im Urkundenstreite beruht. Der § 685 Abs. 2 des nordd. Entw. spricht diese Folgen besonders aus, um der entgegengesetzten — auch vom Reichsoberhandelsgerichte (Entsch. II. 344 ff.) reprobirten — preussischen Praxis entgegenzutreten, sie ergeben sich indessen bei Festhaltung des Gedankens, daß Urkunden- und ordentlicher Prozeß zusammen materiell nur einen einzigen Prozeß bilden, von selbst. Daraus folgt auch, daß, sobald eine Partei zur Fortsetzung des Rechtsstreits ladet, es einer neuen Einlassungsfrist nicht bedarf; die entgegengesetzte Vorschrift des nordd. Entw. § 685 erinnert an die herkömmliche Behandlung des Separati als eines selbstständigen Prozesses. Danach können nur neue Einwendungen und neue Beweise für solche Einwendungen, welche nur wegen mangelnden Beweises verworfen sind, vorgebracht werden; die rechtliche Beurtheilung der Klage, der Einwendungen und der zum Beweise der Einwendungen vorgelegten Urkunden erfolgt durch das die Ausführung der Rechte vorbehaltende Urtheil definitiv.

Die Eigenthümlichkeiten des in dem vorbehaltenen Verfahren ergehenden Urtheils (§ 539 Abs. 2) ergeben sich aus der Lage der Sache, der Fall der Versäumnung ist bereits in den Vorbemerkungen zu diesem Buche erörtert.

#### § 540 (R. B. § 540, G. § 564).

Die Vorschrift des § 540 ist bereits im Zusammenhange mit den §§ 481, 482 gerechtfertigt.

#### §§ 541—543 (R. B. §§ 541—543, G. §§ 565—567).

Des Wechselfprozesses als einer Unterart des Urkundenprozesses überhaupt besonders zu gedenken, dazu hat weniger ein zwingendes Bedürfniß, als die Macht der Gewohnheit geführt (vgl. Proz. Ordn. v. Hannover §§ 487 ff. und Regier. Motive dazu, bei Leonh. a. a. D. S. 329, Oldenburg Art. 323 ff., Baden § 654, Braunschweig §§ 253 ff., hannov. Entw. §§ 487 ff., sächs. Entw. §§ 815 ff., hess. Entw. Art. 757 ff., nordd. Entw. §§ 687 ff.). Für den Wechselfprozeß sind rüchichtlich des Verfahrens alle für den Urkundenprozeß gegebenen Vorschriften anwendbar und im Allgemeinen auch ausreichend. Namentlich erscheint es nach den für Zulassung der Eideszuschiebung angegebenen Gründen und beim Mangel jeder inneren Verschiedenheit der beiden Verfahrensarten nicht gestattet, die Defension des Beklagten durch Ausschluß der Eideszuschiebung noch mehr zu beschränken, wie dies in dem hannov. (§ 493), sächs. (§ 876) und nordd. Entw. § 691, der hannov. (§ 490) und der bad. Proz. Ordn. § 654 geschehen ist.

Die hier gegebenen besonderen Bestimmungen betreffen das Forum und eine Abkürzung der Einlassungsfristen, bezwecken also nur Erleichterungen des Verfahrens | §. 356. im Sinne der beabsichtigten raschen Abwicklung desselben. Die selben auf kaufmännische Anweisungen zu übertragen (Bayern Art. 552, Baden § 654, sächs. Entw. § 875) oder rücksichtlich der letzteren der Landesgesetzgebung den Erlaß besonderer Bestimmungen vorzubehalten (hannov. Entw. § 487) erscheint durch kein Bedürfnis gerechtfertigt; der Urkundenprozeß reicht für sie aus (vgl. Motive zu Tit. 42 des württemb. Entw. und Kommiss. Ber. S. 239 ff.).

Der Gerichtsstand des Zahlungsorts (preuß. Einführ. Ges. z. D. W. D. v. 15. Febr. 1850 § 6, Württemberg Art. 854, preuß. Entw. § 934, nordd. Entw. § 688) entspricht dem Gerichtsstande des Vertrags, wenn auch der Zahlungsort mit dem Erfüllungsorte nicht immer zusammentrifft. Der Zahlungsort bestimmt sich nach den Vorschriften der Wechselordnung. Die gesetzliche Gemeinsamkeit des allgemeinen Gerichtsstandes für mehrere Wechselverpflichtete (Aussteller, Acceptanten, Indossanten, Wechselbürgen), sofern sie zusammen belangt werden (§ 57), erleichtert an sich das Verfahren und überhebt der Nothwendigkeit, die Bestellung eines gemeinsamen Gerichtsstandes (§ 36 Nr. 3) nachzusehen (vgl. Württemberg Art. 853, preuß. Entw. § 934, nordd. Entw. § 688). Für eine Erweiterung des Gerichtsstandes im Sinne des sächs. Entw. § 73, so daß der Beklagte an jedem Orte, wo er betroffen oder während Meß- und Jahrmärkten am Meß- oder Marktorde aus allen Wechseln, auch aus Nichtmeßwechseln, belangt werden könnte, ist ein Bedürfnis nicht anzuerkennen.

Gegen Zulassung der von dem Beklagten gegen Mitverpflichtete anzustellenden weiteren Klage im Gerichtsstande der zuerst angestellten Klage (preuß. Ges. v. 15. Februar 1850 § 6, preuß. Entw. § 934) sprechen allgemeine Gründe.

Ebenso macht die gesetzliche Abkürzung der Einlassungsfrist das Angehen des Gerichts um Bewilligung derselben überflüssig; die Erklärung in der Klage, daß im Wechselprozeße geklagt werde, ersetzt den in anderen Fällen mitzutheilenden Beschluß des Gerichts, durch welchen die Abkürzung bewilligt wird (§ 197).

Die Vorschrift der hannov. Proz. Ordn. § 488 und des hannov. Entw. § 489, wonach Kläger bereits mit der für das Gericht bestimmten Klage die Wechseloriginale auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen verpflichtet ist, hat sich in der hannoverschen Praxis als bedeutungslos erwiesen. Abgesehen von geschäftlichen Uebelständen, welche die Aufbewahrung der Wechsel auf der Gerichtsschreiberei im Gefolge hätte, würde auch die Vorschrift, verbunden mit dem Präjudize, daß andernfalls kein Ungehorsamsurtheil erlassen werden könne, zu weit gehen. Eine bloße Vertagung aber dem Beklagten wegen unterbliebener rechtzeitiger Niederlegung der Originale zu bewilligen, ist auch im Wechselprozeße dem Gerichte nicht verschlossen (§ 121). Ein Recht darauf soll der Beklagte jedoch nicht haben, wenn ihm nur der Wechsel im Verhandlungstermine vorgelegt wird (§ 534 Abs. 3).

| §. 357.

## ! Sechstes Buch.

### Ghesachen und Entmündigungssachen.

#### Erster Abschnitt.

#### Verfahren in Ghesachen.

§§ 544—567. (R. B. §§ 544—567, G. §§ 568—592.)

Die preußische Verordnung über das Verfahren in Ghesachen v. 28. Juni 1844 bildet die Grundlage der Vorschriften des preuß. Entwurfs (§§ 844 bis 886), des preuß. Gesetzes, betreffend die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Ghes- und

Verlöbnißsachen in der Provinz Hannover v. 1. März 1869 und der bayer. Prozeßordn. Art. 655—681 (vgl. Verhandl. der Kammer der Abgeordn. des bayer. Landtages 1863/65 Beilagenbd. III. Abth. 2 S. 386, 387). Die nordd. Kommission hat diese Vorschriften unter Mitberücksichtigung der Bestimmungen des franzöf. Rechts (Code civ. art. 180—202, 229—274, 306—311. Code de proc. art. 875—881), der badischen Prozeßordn. §§1030—1055 und des sächs. Entw. §§ 930—978 einer sorgfältigen Revision unterzogen (Prot. V. S. 2190, 2192—2213, 2277—2279); das Ergebnis enthalten die §§ 1071—1108 des nordd. Entw. Den Vorschriften desselben hat sich der Entwurf — von mannigfachen Modifikationen abgesehen — sachlich angeschlossen.

Das materielle Eherecht wird durch den Entwurf nicht berührt. Bei der Verschiedenartigkeit desselben in den einzelnen Rechtsgebieten Deutschlands war es aber erforderlich, die Rechtsstreitigkeiten, welche als Ehesachen gelten sollen, nicht nur im § 544 zu bezeichnen, sondern auch im § 567 durch Definitionen klar zu stellen. Die Dreitheilung des § 544 entspricht dem preuß. Rechte; sie ist bereits im § 171 des deutschen Strafgesetzbuchs adoptirt.

1. Die Ehescheidungsklage umfaßt nach der Intention des § 567 die Klagen auf Scheidung dem Bande nach, auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett — nach den Grundsätzen des katholischen Eherechts und des franzöf. Rechts (séparation de corps, Code civ. art. 306—311) — und auf Trennung von Tisch und Bett auf Zeit (vgl. z. B. sächs. Civilgesetzbuch §§ 1752, 1754, 1755, 1766).

2. Nach dem katholischen und protestantischen Eherecht werden mit der Klage auf Annulation sowohl die impedimenta dirimentia publica als auch die impedimenta dirimentia privata verfolgt. Dasselbe gilt von der demande en nullité du mariage nach dem franz. Rechte (Code civ. art. 180—202) und von der Klage auf Ungültigkeit der Ehe nach bad. Rechte (§ 1050). Dagegen unterscheiden das preuß. A. L. R. und das sächs. Civilgesetzbuch zwischen beiden Fällen. Das preuß. A. L. R. trennt Nichtigkeit und Ungültigkeit: als nichtig bezeichnet es eine Ehe, welcher ein impedimentum dirimens publicum, als ungültig eine Ehe, welcher ein impedimentum dirimens privatum entgegensteht. Das sächs. Civilgesetzbuch sondert „nichtige“ und „in Folge Anfechtung aufhebbare“ Ehen: nichtig nennt dasselbe Ehen, „welche absolute Ehehindernisse entgegenstehen“, in Folge Anfechtung aufhebbare Ehen, „welche gegen relative Ehehindernisse geschlossen sind“ (vgl. §§ 1621, 1623—1626, 1628, 1629 und Motive zu § 1626); der sächs. Entw. § 930 Nr. 5, 6 scheidet demgemäß die Streitigkeiten, welche die Aufhebung der Ehe aus einem durch Anfechtung geltend zu machenden Grunde betreffen, von den Streitigkeiten, welche die Nichtigkeit der Ehe zum Gegenstande haben. | S. 358.

Da dem Wesen nach unter den hervorgehobenen Rechten volle Uebereinstimmung herrscht, so konnte es keinem Bedenken unterliegen, im Interesse der Dekonomie des Gesetzbuchs eine gemeinsame Terminologie aufzustellen. Bei dem räumlichen Umfange des Geltungsgebietes des preuß. Rechts empfahl es sich nach dem Vorgange des Strafgesetzbuchs, die Terminologie des A. L. R. zu wählen und dementsprechend zwischen Ungültigkeits- und Nichtigkeitsklagen zu unterscheiden. Die Definition der Nichtigkeitsklage, wie sie im § 567 des Entwurfs gegeben ist, ergreift auch die Anfechtung einer Ehe wegen Clandestinität nach franzöf. Rechte (Code civil art. 191, 187, 190) und wegen Eheverfänglichkeit nach bad. Rechte (Bad. L. R. I. 5 Kap. 4 Satz 191).

3. Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (preuß. Ges. v. 1. März 1869 § 1) — von Baden § 1053 als Antrag auf Fortsetzung der Ehe, von dem sächs. Entw. § 930 Nr. 2 als Klage auf Fortstellung der ehelichen Gemeinschaft bezeichnet — hat sich in vollem Umfange nur in denjenigen Rechtsgebieten entwickeln können, in welchen die malitiosa desertio auf den Fall einer Entweichung an einen unbekanntem oder dem richterlichen Arme nicht erreichbaren Ort beschränkt ist. Wo sich dagegen die Scheidung wegen Quasidesertion (vgl. Richter-Dove, Lehrbuch des kathol. und evangel. Kirchenrechts Ed. VI. S. 850, 51, 57; Mejer, Lehrb. des deutschen Kirchenrechts Ed. III. S. 646) ausgebildet hat, erscheint die Herstellung des ehelichen Zusammenlebens nicht als Gegenstand einer selbstständigen Klage, sondern als Zweck eines der Scheidungsklage wegen Desertion vorangehenden Verfahrens oder als Bestandtheil des Desertionsprozesses selbst. An diesen Gestaltungen soll durch den

Entwurf nichts geändert werden: der Entwurf beabsichtigt nicht — was zur Beseitigung von Mißverständnissen (vgl. Gutachten des Anwaltvereins, Berlin 1871 S. 192, 193) hervorgehoben werden mag —, die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens in Rechtsgebiete einzuführen, denen sie bisher unbekannt war, er bestimmt nur, daß sie in den Rechtsgebieten, in welchen sie besteht, als Ehesache behandelt werden soll. Auch ist zur Aufrechterhaltung des geltenden Rechts im § 720 Abs. 2 Vorkehrung getroffen, daß die zur Erzwingung einer Handlung im § 720 Abs. 1 gestatteten Maßregeln im Falle der Verurtheilung zur Herstellung des ehelichen Lebens nur insoweit zur Anwendung kommen, als die Landesgesetze (wie z. B. Baden § 1094) die Erzwingung der Herstellung des ehelichen Lebens für zulässig erklären.

In den Rechtsgebieten, in denen die Scheidung der Ehe auf Grund gegenseitiger Einwilligung gestattet wird (vgl. z. B. preuß. N. L. R. II. 1 § 716, Code civ. art. 233, 275—294, 297, 305, Code de proc. art. 881 Einführ. Ges. z. bayer. Prozeßordn. v. 29. April 1869 § 69, bad. Ges. v. 28. Mai 1864 § 10), ist für die Herbeiführung der Scheidung ein besonderes Verfahren geordnet, dessen Zweck dahin geht, durch erschwerende, komplizierte Formen dem Mißbrauche entgegenzutreten, welcher mit diesem Scheidungsgrunde getrieben werden kann. Da es bei dem innigen Zusammenhange der fraglichen Formen mit dem materiellen Eherechte nicht möglich war, ohne |Schädigung des letzteren eine Uebereinstimmung in der Prozedur herzustellen und da ferner die Prozedur weniger der streitigen als der unstreitigen Gerichtsbarkeit angehört, so mußte der Entwurf von einer gemeinsamen Regelung absehen und sich darauf beschränken, den Fortbestand des in den betreffenden Rechtsgebieten vorgezeichneten Verfahrens durch den Vorbehalt im § 13 Nr. 5 des Einführungsgesetzes zu sichern.

Der sächs. Entw. § 930 Nr. 1 und 7 rechnet zu den Ehestreitigkeiten auch Streitigkeiten, welche die Erlangung der Einwilligung Dritter zu einer beabsichtigten Ehe oder die Beendigung der Ehe zufolge Todeserklärung des einen Ehegatten zum Gegenstande haben. Die Natur dieser Streitigkeiten fordert kein von den allgemeinen Regeln abweichendes Verfahren (vgl. nordd. Prot. V. S. 2213). Dasselbe gilt von den Klagen auf Eingehung einer Ehe — rücksichtlich welcher es nur des Ausschusses einzelner Zwangsvollstreckungsmaßregeln bedurfte (§ 720 Abs. 2 und § 725 Abs. 2) — oder auf Beseitigung des gegen eine beabsichtigte Ehe erhobenen Einspruchs (la demande en mainlevée de l'opposition, Code civil art. 177, 178).

In Uebereinstimmung mit den Vorschriften der neueren Gesetze und Gesetzentwürfe sind die Ehesachen vor die Landgerichte gewiesen (§ 544). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen über das landgerichtliche Verfahren erster Instanz, insoweit nicht Abweichungen in diesem Gesetzbuche oder in dem Gerichtsverfassungsgesetze vorgeschrieben sind. Die umfassendsten und eingreifendsten Abweichungen beruhen auf der Erwägung, daß bei der Wichtigkeit der Institution der Ehe der Staat ein Interesse daran hat, daß eine Ehe nicht aus Gründen aufgehoben werde, welche das Gesetz nicht als Aufhebungsgründe anerkennt, und daß umgekehrt eine Ehe nicht von Bestand bleibe, welche das Gesetz für nichtig erklärt. In Ehesachen steht mithin dem freien Willen der Parteien das öffentliche Interesse entgegen. Es mußte daher Vorkehr getroffen werden, um das öffentliche Interesse von dem individuellen Willen einer oder beider Parteien unabhängig zu halten. Demgemäß ist die Dispositionsbefugniß der Parteien beschränkt — durch Verbot der prorogatio fori (§§ 40, 442 Abs. 1), durch Ausschluß der im § 554 zusammengestellten Vorschriften, durch Beseitigung des Versäumnißverfahrens gegen den Beklagten (§ 555) —, die Anordnung und Erzwingung des persönlichen Erscheinens der Parteien gestattet (§ 556), die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei dem Verfahren vorgeschrieben (§§ 545, 561, 564, 565), die Vornahme eines Sühneversuchs vor Erhebung der Trennungsklage oder der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens (§§ 546—550) angeordnet. Erwägungen anderer Art waren für die Vorschriften der §§ 551, 552, 553, 562 — über die Zulässigkeit der Klageänderung, die Beschränkung der Klagenumulation und der Widerklage, den Ausschluß versäumter Klagegründe — sowie für die Vorschrift des § 597 Abs. 2 über die Unzulässigkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit von Urtheilen in Ehesachen maßgebend. Auch der Ausschluß der Oeffentlichkeit des Verfahrens für Ehesachen, welcher durch das Gerichtsverfassungsgesetz § 140 Abs. 2 bestimmt ist, gehört hierher.

Durch das Gerichtsverfassungsgesetz § 4 Abs. 3 ist ausgesprochen, daß die

Ausübung einer geistlichen Gerichtsbarkeit in Ehesachen ohne bürgerliche Wirkung sei. Dadurch sind die in verschiedenen Rechtsgebieten Deutschlands noch bestehenden geistlichen Ehegerichte beseitigt (vgl. Motive zu § 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes). | S. 360.

§ 544. (R. B. § 544, G. § 568.)

Die im § 544 Abs. 1 aufgeführten Klagen müssen sowohl von dem Ehemanne, als auch von der Ehefrau bei dem Landgerichte erhoben werden, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Wie die §§ 13 und 18 ergeben, bestimmt sich der allgemeine Gerichtsstand des Ehemannes nach seinem Wohnsitze — ohne Rücksicht darauf, ob sich der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande befindet —, wenn ein Wohnsitz nicht gewährt, nach seinem Aufenthaltsorte in Deutschland, und wenn ein solcher Aufenthaltsort nicht bekannt ist, nach seinem letzten Wohnsitze — wieder ohne Rücksicht darauf, ob sich der Wohnsitz im Inlande oder im Auslande befunden hat.

Würde der Grundsatz des § 544 Abs. 1 consequent durchgeführt, so könnte es in zahlreichen Fällen dahin kommen, daß eine Ehefrau, wenn der Ehemann sie verläßt und seinen Wohnsitz im Auslande nimmt, faktisch außer Stande wäre, den Anspruch auf Aufhebung der Ehe geltend zu machen. Um auch in solchen Fällen der verlassenen Ehefrau Rechtsschutz zu gewähren, ist ihr durch § 544 Abs. 2 gestattet worden, gegen ihren Ehemann, sofern derselbe zu der Zeit, als er sie verließ, ein Deutscher war, bei dem Landgerichte seines letzten Wohnsitzes in Deutschland klagend aufzutreten.

Es läßt sich nicht bestreiten, daß in Folge der durch § 544 Abs. 2 geschaffenen Konkurrenz von Gerichtsständen in einzelnen Fällen der Uebelstand herbeigeführt werden kann, daß das eheliche Verhältniß, welches seinem Wesen nach einer einheitlichen Feststellung bedarf, in verschiedenen Rechtsgebieten nach verschiedenen Rechtsnormen beurtheilt wird. Es fragt sich aber, ob nicht die Besorgniß vor dem Eintritte solcher Uebelstände mehr theoretischer als praktischer Natur ist, denn das bisherige, der Vorchrift des § 544 Abs. 2 entsprechende Recht hat keine Unzuträglichkeiten zur Folge gehabt, welche ein Abgehen von demselben zur Nothwendigkeit machen. Abgesehen davon kommt in Betracht, daß die Reichsgesetzgebung thunlichst verhüten muß, daß Angehörige des Reichs rechtlos gemacht werden, daß sie mithin wegen der Möglichkeit von Konflikten mit dem Rechte des Auslandes keine Bestimmungen treffen darf, welche Reichsangehörigen, wenn auch nur faktisch, die Möglichkeit entziehen, Ansprüche, die ihnen das Recht des Inlandes gewährt, vor Gericht zum Austrag zu bringen.

§ 545. (R. B. § 545, G. § 569.)

Das öffentliche Interesse bedarf einer Vertretung. Soweit dieselbe nach dem bisherigen Rechte in Ehesachen durch die Gerichte geübt wurde, mußte sie denselben, aus Rücksicht auf die thunlichste Reinhaltung des richterlichen Amtes von inquisitorischer Thätigkeit, abgenommen und im Anschlusse an die neuere Rechtsentwicklung (preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 4—7, 54, preuß. Entw. §§ 854, 855, 866, 882—885, Baden §§ 1038, 1050, 1052, Bayern Art. 672, 678—680, preuß. Ges. v. 1. März 1869 §§ 7, 8, nordd. Entw. §§ 1076—1084, 1104, 1105) der Staatsanwaltschaft übertragen werden (vgl. Beschlüsse des fünften deutschen Juristentages in den Verhandl. II. S. 70, 210 ff., nordd. Prot. V. S. 2194, v. Keller, die Staatsanwaltschaft in Deutschland, Wien 1866 S. 221, 222). Die Einwände, welche gegen eine solche Uebertragung von Dove in der Realencyclopädie für protestantische Theologie und Kirche XIII. S. 495 und bei Gelegenheit der Berathung des Ges. v. 1. März 1869 | S. 361. | in dem preuß. Abgeordnetenhause (stenogr. Berichte 1868/69 Bd. II. S. 1145—1149) erhoben sind, fallen mit den Bedenken zusammen, welche gegen die bisherige Gestaltung der Institution der Staatsanwaltschaft im Allgemeinen geltend gemacht werden. Sie dürfen daher als beseitigt betrachtet werden, wenn die Stellung der Staatsanwaltschaft in dem Gerichtsverfassungsgesetze und in der Strafprozeßordnung einer Reform unterzogen und die Mitwirkung derselben in Ehesachen, wie durch den Entwurf gesehen, in zutreffender Weise begrenzt wird.

Die Rolle einer Partei ist dem Staatsanwalt nur in Rechtsstreitigkeiten eingeräumt, welche die Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstande haben. In den

übrigen Ehefachen ist seine Mitwirkung darauf beschränkt, die Funktionen eines defensor matrimonii den Parteien gegenüber wahrzunehmen. Diesen Gesichtspunkten entsprechen die Vorschriften der §§ 545, 561, 564—566. Die generellen Vorschriften des § 545 kommen auch auf die Nichtigkeitssklage zur Anwendung, insoweit nicht für dieselben abweichende Bestimmungen in dem Gesetzbuche getroffen sind (§§ 561, 564—566).

Einer Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte muß nach § 545 Abs. 2 der Staatsanwalt beiwohnen; eine Verhandlung in seiner Abwesenheit würde eine Verletzung des Gesetzes involviren (nordd. Prot. V. S. 2195).

Der Staatsanwalt hat die Ermittlung der Wahrheit zu überwachen und zu befördern. Er ist daher befugt, Informationen über die wahre Sachlage einzuziehen und das Resultat dem Gerichte zu unterbreiten; sofern es sich um die Aufrechterhaltung einer Ehe handelt, kann er nach § 545 Abs. 3 neue Thatfachen und Beweise vorbringen. Der Beurteilung des Gerichts unterliegt es, ob das von dem Staatsanwalt vorgelegte Material von Erheblichkeit sei und ob die von demselben angeregte Beweisaufnahme zu erfolgen habe (nordd. Prot. V. S. 2196).

Die Entwürfe der preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 betrachteten den Staatsanwalt als „Gegner der Partei, welche die Scheidung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe in Antrag bringt“ und legten ihm daher in allen Ehefachen die Befugniß zur Einlegung von Rechtsmitteln im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe bei. In der Verordnung selbst — § 7 wurde aus formellen Gründen diese Befugniß für alle die Scheidung oder Ungültigkeit einer Ehe betreffenden Rechtsstreitigkeiten „einstweilen weggelassen“ (v. Savigny, Darstellung der in den preussischen Gesetzen über die Ehescheidung unternommenen Reform in den verm. Schriften V. S. 317, 328, 351, 357, 390). In dem preuß. Entw. eines Ehescheidungsgesetzes von 1857 § 22 wurde dieselbe von Neuem in Vorschlag gebracht, sie kam aber, wenn auch von dem preuß. Abgeordnetenhause angenommen (Verhandl. 1857 S. 443—456), nicht zur Geltung, weil der Entwurf bei der Schlußabstimmung verworfen wurde. Dagegen der Regierungskommissar bei den Debatten über den § 22 cit. erklärt hatte, daß nach den gemachten Erfahrungen der Staatsanwaltschaft ohne die fragliche Befugniß „ein rein äußerliches unwirksames Anhängsel im Eheprozeß“ sei, so blieb doch der preuß. Entw. § 866 aus prozessualen Rücksichten (Motiv. S. 213, 214) auf dem Standpunkte der Verordn. v. 28. Juni 1844 stehen; ihm sind Bayern Art. 672, das preuß. Gef. v. 1. März 1869 § 8 und der nordd. Entw. § 1086 mit vollem Recht gefolgt. Denn, wie bereits hervorgehoben, ist der Staatsanwalt in Ehefachen, welche nicht die Nichtigkeit einer Ehe betreffen, nur hineingezogen, um die Gerichte von einer mit ihrer Stellung unvereinbaren inquisitorischen Thätigkeit zu befreien. Der Zweck seiner Mitwirkung wird daher durch die Aufgabe begrenzt, welche er statt des Gerichtes und neben dem Gerichte zu lösen hat. In der Natur der fraglichen Ehefachen liegt kein Grund, über diesen Zweck hinaus dem Staatsanwalt Befugnisse beizulegen, welche darauf hinauslaufen würden, in unzulässiger Weise ein Recht des Staatsanwalts zur Ueberwachung der Civilgerichte zu statuiren und wegen der Gestaltung des Rechtsmittels der Revision ein Rechtsmittel zu schaffen, welches in Ehefachen einen Ersatz für die durch den Entwurf beseitigte Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gewährte (vgl. Baden § 1047). Der Entwurf konnte demnach, wenn er nicht in die von ihm für den Bereich des Civilprozesses reprobirte französische Auffassung des Staatsanwalts als Wächter des Gesetzes zurückfallen wollte, der Staatsanwaltschaft die Befugniß zur Einlegung von Rechtsmitteln nur in den die Nichtigkeit einer Ehe betreffenden Rechtsstreitigkeiten ertheilen.

| S. 362.

§§ 546—550. (R. V. §§ 546—550, G. §§ 570—573).

Daß es im Interesse des ehelichen Friedens nothwendig ist, der Erhebung einer Klage auf Trennung der Ehe einen Sühneversuch vorangehen zu lassen, wird allgemein anerkannt; dagegen ist es bestritten, ob dieser Sühneveruch von dem Geistlichen oder von dem Gerichte vorgenommen werden soll.

Nach der preuß. A. G. D. I. 40 §§ 25—27, 48 und nach dem preuß. A. L. R. II. 1 §§ 727, 730 hatte sich der die Scheidung suchende Ehegatte zunächst an den Richter zu wenden; dieser veranlaßte die geistliche Sühne. Die Erfahrung

hatte aber, wie v. Savigny l. c. S. 329 bemerkt, „gezeigt, daß gerade der Schritt von dem inneren häuslichen Unfrieden zum Anrufen eines Richters, dem der Streit offenbart werden muß, oft allein schon die Folge hat, die Entzweiung unheilbar zu machen.“ Die Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 10—15 bestimmte daher, daß vor aller Klage die Vermittelung des Geistlichen nachgesucht werden muß und daß die Klage nur angenommen wird, wenn der Geistliche die Fruchtlosigkeit der versuchten Sühne bezeugt. Diese Bestimmung ist auch in das preuß. Ges. v. 1. März 1869 §§ 10—13 übergegangen. Bei den Beratungen desselben ist der geistliche Sühneverfuch auf Grund der in Preußen gemachten Erfahrungen als ein wirksames Mittel zur Verminderung der Zahl der Ehescheidungen und zugleich als eine angemessene Gelegenheit zur Bethätigung des seelsorgerischen Einflusses vertheidigt (stenogr. Berichte über die Verhandl. des preuß. Herrenhauses 1868—69 Bd. I. S. 358). Dagegen lehnen der preuß. Entw. §§ 846 Nr. 2, 848—853 und ihm folgend Bayern Art. 660—665 und der nordd. Entw. §§ 1090—1097 zu dem System der preuß. A. G. D. zurück: sie legen — in Uebereinstimmung mit dem franz. Recht (Code civ. art. 238, 239) und mit Baden §§ 1034—1036 — den Sühneverfuch wieder in die Hände des Gerichts, indem sie theils fakultativ, theils obligatorisch die Zuziehung eines Geistlichen vorschreiben. Auch das österr. Ges. v. 31. Dezember 1868 (Reichsgesetzblatt 1869 Stück III.) hat den obligatorischen geistlichen Sühneverfuch (österr. allg. bürgerl. Ges. b. § 104, 107, 132) aufgehoben und demselben einen Sühneverfuch durch das Gericht substituirt, falls die Parteien nicht vorziehen, ihren Entschluß zur Scheidung „ihrem ordentlichen Seelsorger zu eröffnen und von diesem ein schriftliches Zeugniß darüber zu erwirken, daß der von ihm vorgenommene Versöhnungsversuch vergeblich war.“

Der geistliche Sühneverfuch, so segensreich er sich auch in einzelnen Fällen | S. 363. |  
 bewähren mag, führt nach den in Preußen gemachten Erfahrungen in anderen Fällen zu großen Inkonvenienzen, weil es unzulässig ist, den Geistlichen durch Zwangsmaßregeln zu der Vornahme der Sühne oder zur Ausstellung des Attestes über den Erfolg des Sühneverfuchs oder über die Ablehnung der Vornahme desselben anzuhalten. Sollte es aber auch der Gesetzgebung gelingen, durch anderweitige angemessene Vorschrift diese Inkonvenienzen zu umgehen, so drängt doch die Entwicklung des Verhältnisses des Staats zur Kirche dahin, die gerichtliche Geltendmachung von Rechten von der Mitwirkung kirchlicher Organe unabhängig zu machen. Abgesehen hiervon, erscheint es ohne Ueberweisung des Sühneverfuchs an das Gericht unausführbar, dem Vorverfahren den festen Halt zu geben, dessen dasselbe wegen der daran geknüpften Unterbrechung der Verjährung und wegen der auf Antrag des Klägers gegen den Beklagten anzuwendenden Zwangsmaßregeln bedarf. Die Vertauschung der geistlichen Sühne mit dem Sühneverfuche vor Gericht gestattet dem seelsorgerischen Einflusse die vollste und freieste Entfaltung, wenn das mit der Vornahme der Sühne betraute Gericht dem Seelsorger einer jeden Partei nicht nur von dem Sühnetermine Kenntniß zu geben, sondern auch seine Mitwirkung in diesem Termine nachzusuchen hat.

Den vorstehenden Erwägungen entsprechend hat sich der Entwurf für die Sühne durch das Gericht entschieden. Während aber das franz. Recht, der preuß. Entw. und Bayern den Sühneverfuch dem Vorsitzenden des Ehegerichts übertragen, hat der § 547 das Amtsgericht mit der Vornahme der Sühne betraut. Dasselbe steht den Parteien und den Verhältnissen am nächsten, auch ist, da der Entwurf das persönliche Erscheinen der Parteien im Sühnetermine fordern muß (§ 548) und auf die Mitwirkung des Seelsorgers einer jeden Partei rechnet (§ 549), zu besorgen, daß bei der in Aussicht genommenen Größe der landgerichtlichen Sprengel die Reise nach dem Sitze des Landgerichts den Parteien zur Beschwerde gereichen und für die Seelsorger einen Grund abgeben kann, sich von dem Sühnetermine fern zu halten. Selbstverständlich ist das Landgericht nicht gehindert, auf Grund des § 258 die Sühne zu wiederholen oder in den Fällen, in denen sie vor der Erhebung der Klage nach §§ 550, 551 Abs. 2 nicht erforderlich war, bei veränderten Umständen nachträglich vorzunehmen.

Wegen den im Sühnetermine nicht erschienenen Beklagten soll nach dem preuß. Entw. § 850 und dem nordd. Ent. § 1094, wie gegen einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen verfahren werden. Der Entwurf hat es in

Anlehnung an Bayern Art. 662 vorgezogen, ein sachliches Präjudiz eintreten zu lassen: er erklärt im § 548 Abs. 5 den Sühneverfuch für mißlungen, wenn der Kläger, aber nicht der Beklagte erscheint und knüpft die Erneuerung des Sühnetermins, sowie den Eintritt von Strafen und Zwangsmaßregeln an den Antrag des Klägers, von der Erwägung geleitet, daß die Wiederholung des Termins und die Anwendung von Strafen und Zwangsmaßregeln zweckwidrig sein würde, wenn nicht der Kläger durch sein Verhalten kundgibt, daß er der Sühne geneigt sei.

Der Sühneverfuch ist nicht nur für die Ehescheidungsklagen, sondern auch für die Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens angemessen (§ 546). Dagegen paßt derselbe nicht für Klagen, welche die Ungültigkeit der Ehe zum Gegenstande haben (Mot. zum preuß. Entw. S. 215, nordd. Prot. V. S. 2210).

| S. 364.

Nach dem preuß. Entw. §§ 846 Nr. 1, 847 und nach der bayer. Prozeßordn. Art. 656 kann eine Ehescheidungsklage nicht eher erhoben werden, als bis sie von dem Gerichte einer Vorprüfung unterzogen und von demselben zugelassen ist, die Vorprüfung hat sich auf die Erheblichkeit der zur Begründung der Klage geltend gemachten Thatsachen zu beschränken, nach der bayer. Prozeßordn. auch auf die Zuständigkeit des Gerichts zu erstrecken. Der Wunsch, die sofortige Abschneidung von unbegründeten oder bei einem unzuständigen Gerichte erhobenen Klagen zu ermöglichen, deren Verhandlung die gegenseitige Entfremdung und Verbitterung der Eheleute vermehren kann, vermag eine so tief greifende Anomalie um so weniger zu rechtfertigen, als der Anwaltszwang gegen die Erhebung rechtlich völlig unbegründeter Klagen sichert und als ferner die dem Kläger auch von dem preuß. Entw. § 862 und von der bayr. Prozeßordn. Art. 666 eingeräumte Befugniß der Klageänderung (§ 551 Abs. 1) einer Vorprüfung jeden praktischen Werth nimmt.

#### §§ 551—553. (R. B. §§ 551—553, G. §§ 574—576.)

Die §§ 551 Abs. 1, 552 Abs. 1 und 553 bezwecken einer Vielfältigung der Eheprozesse entgegenzutreten und die Erneuerung erfolglos gebliebener Eheprozesse auf Grund von Thatsachen auszuschließen, welche schon deswegen Verdacht erwecken, weil sie in dem früheren Prozesse zurückgehalten sind (vgl. Mot. zum preuß. Entw. S. 213).

Daß die Ungültigkeit der Ehe neben dem Anspruche auf Trennung oder gegen diesen Anspruch sowie gegen den Anspruch auf Herstellung des ehelichen Lebens geltend gemacht werden kann und muß, ist gerechtfertigt, weil alle diese Ansprüche das Gemeinsame haben, daß ihre Geltendmachung ausschließlich von dem Willen der berechtigten Partei abhängt; das Recht des Gerichts, eine Trennung der Verhandlung eintreten zu lassen, schützt gegen Unzukömmlichkeiten, welche sich daraus ergeben können, daß in demselben Verfahren über die Trennung einer als bestehend vorausgesetzten Ehe und über den Bestand derselben verhandelt wird. Die Verbindung einer andern Klage mit den im § 552 Abs. 1 erwähnten Klagen, sowie die Erhebung einer Widerklage anderer Art ist wegen der Eigenthümlichkeiten des Verfahrens in Ehesachen für unzulässig erklärt (§ 552 Abs. 2). Diese Bestimmung trifft auch die Klagen, welche die vermögensrechtlichen Folgen der Trennung einer Ehe geltend machen. Dagegen kann der nach dem materiellen Rechte erforderliche Anspruch über die Schuld des einen oder des anderen Ehegatten an der Trennung und über die Berechtigung oder Untersagung der Wiederverheirathung von der Verhandlung und Entscheidung über die Ehescheidungsklage nicht gesondert werden. Ein besonderer Vorbehalt in dieser Richtung erschien entbehrlich und wegen der daraus hinsichtlich des Fortbestehens anderer materiell-rechtlicher Bestimmungen zu ziehenden Folgerungen bedenklich (nordd. Prot. V. S. 2207).

Die Vorschrift des § 551 Abs. 2 ist eine Konsequenz des dem Entwurf zu Grunde liegenden Gedankens, daß durch die Erhebung einer Ehescheidungsklage oder einer Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens alle *causae separationis* als in *judicium* deduzirt anzusehen sind. Der Sühneverfuch erstreckt sich daher auf die ehelichen Verhältnisse in ihrer Totalität. Einer Wiederholung desselben kann es mithin nicht bedürfen, wenn im Laufe des Rechtsstreits neue Klagegründe geltend gemacht oder Widerklagen erhoben werden. Es war nothwendig, diese Folgerung

| S. 365. mit dem preuß. Entw. §§ 862, 683, mit Bayern Art. 666 Abs. 3 und mit dem

nordd. Entw. § 1099 in dem Gesetze ausdrücklich auszusprechen, da der Mangel einer derartigen Bestimmung in der preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 der Judikatur die größten Schwierigkeiten geschaffen hat (vgl. Korn in Behrend, Zeitschrift zc. Bd. IV. S. 40 ff.).

§ 554. (R. B. § 554, G. § 577).

Von den Bestimmungen, welche die Befugniß des Gerichts beschränken, nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei, sind die Vorschriften über die Wirkung eines Anerkenntnisses (§ 268) und eines gerichtlichen Geständnisses (§ 251) sowie die Vorschriften über die Folgen der unterbliebenen oder verweigerten Erklärung über Thatsachen oder über die Echtheit einer Urkunde (§§ 125 Abs. 3, 391 Abs. 3) für unanwendbar erklärt (§ 554 Abs. 1), weil diese Vorschriften den Bestand oder den Fortbestand einer Ehe der Willkür der Parteien unterwerfen würden. Aus demselben Grunde ist die Eideszuschreibung ausgeschlossen. Versagt ist ferner der Antrag, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben (§ 554 Abs. 2), weil das Editionsverfahren, wie es der Entwurf in den §§ 373—379 regelt, nur durchführbar ist, wenn an die Weigerung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, die im § 379 vorgeschriebenen, die Fiktion eines Geständnisses enthaltenden Folgen geknüpft werden können. Dagegen war der richterliche Eid zuzulassen (vgl. § 555 Abs. 4), da dem Gerichte kein Mittel entzogen werden durfte, die Wahrheit zu erforschen. Jedes Bedenken gegen die Zulassung des richterlichen Eides muß übrigens schwinden, wenn der Gefahr vor Kollusionen dadurch vorgebeugt wird, daß der Erlassung des Eides (§ 412 Abs. 1), wie durch § 554 Abs. 1 gesehen, jede rechtliche Wirkung entzogen wird. Den richterlichen Eid abweichend von dem ordentlichen Verfahren (§ 421 Abs. 3) nicht durch bedingtes Urtheil, sondern durch Beweisbeschluß aufzuerlegen, wie der nordd. Entw. § 1047 Abs. 2 vorschlägt, erscheint durch ausreichende Gründe nicht geboten. Denn darüber, ob im Falle der Leistung oder Nichtleistung des richterlichen Eides eine Thatsache als erwiesen oder als nicht erwiesen anzunehmen sei, kann das Gericht sich in Ehesachen ebenso wie in anderen Prozessen vor Auflegung des Eides schlüssig machen.

Eine nothwendige Folge des von dem Entwurf eingenommenen Standpunktes ist die Bestimmung des § 555 Abs. 4.

Die Beforgniß vor Kollusionen unter den Parteien fordert die Beschränkung der Dispositionsbefugniß derselben nur insoweit, als es sich um Thatsachen handelt, welche die Aufhebung der Ehe begründen würden, für andere Thatsachen könnten daher ohne Gefährdung des öffentlichen Interesse die allgemeinen Normen gelten. Die preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 40, 43, 44, 47 und Bayern Art. 667, 669 haben diese Unterscheidung gemacht. Da es aber nicht erwünscht sein kann, daß in demselben Rechtsstreite dieselben Momente, je nachdem sie gegen oder für den Bestand der Ehe von Bedeutung erscheinen, nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden müssen, da sich ferner das schon in den Motiven zum preuß. Entw. S. 212 ausgesprochene Bedenken nicht abweisen läßt, daß die Unterscheidung zu unlöslichen Verwickelungen führen kann, da endlich erwartet werden darf, daß das Gericht bei Berücksichtigung der dem § 554 zu Grunde liegenden ratio regelmäßig keinen Anstand nehmen wird, dem Geständnisse von Thatsachen, welche die Aufrechterhaltung der Ehe betreffen, volle Glaubwürdigkeit beizumessen und an die Unterlassung oder Weigerung der Erklärung über derartige Thatsachen die im § 125 Abs. 3 vorgeschriebene Folge zu knüpfen, so empfahl es sich im Anschlusse an den preuß. Entw. §§ 858, 859, an das preuß. Ges. v. 1. März 1869 §§ 21, 22, 25 und an den nordd. Entw. §§ 1074, 1075, die im § 554 getroffenen Bestimmungen durchgreifend zur Anwendung zu bringen. | S. 366.

Eine nothwendige Folge der Behandlung des gerichtlichen Geständnisses in Ehesachen ist es, daß auch das in der contumacia des Beklagten enthaltene fingirte Geständniß nicht zur Geltung gelangen kann. Die Bestimmungen über das Versäumnißverfahren und den Einspruch mußten daher dem Beklagten gegenüber, von dem Ausnahmefalle des § 555 Abs. 4 abgesehen, außer Kraft gesetzt und mit den Vorschriften der Absätze 1—3 und 5 des

## § 555 (R. B. § 555, G. § 578)

vertauscht werden.

Erscheint der Beklagte in dem auf die Klage zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine nicht, so findet eine Verhandlung nicht statt; auf Antrag des Klägers ist ein neuer Verhandlungstermin zu bestimmen und zu demselben der Beklagte zu laden. Die Wiederholung des Termins bietet — ebenso wie in dem Falle des § 306 — den Ersatz für den Wegfall des Einspruchs. Versäumt der Beklagte auch den neuen Verhandlungstermin, so wird mit der Wirkung verhandelt, daß Verhandlung und Entscheidung als kontradiktorisch angesehen werden, so daß gegen das Urtheil nicht der Einspruch, sondern das Rechtsmittel der Berufung zulässig ist. Rücksichtlich des Beweises der zur Begründung der Klage vorgebrachten Thatsachen wird dem entsprechend in derselben Weise verfahren, wie wenn der Beklagte erschienen wäre, aber sich nicht erklärt oder die Erklärung verweigert hätte: das Gericht hat nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob und inwieweit die Kontumaz einen Schluß auf die Wahrheit dieser Thatsachen gestattet, und demgemäß die Aufnahme der von dem Kläger angebotenen Beweise anzuordnen, wenn es unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlung und der Kontumaz die betreffenden Thatsachen nicht für erwiesen erachtet.

Der Beklagte kann in dem ersten Verhandlungstermine erschienen sein, aber spätere Verhandlungstermine versäumen. In diesem Falle unterbleibt die Wiederholung des Termins. Die Verhandlung geht in dem versäumten Termine vor sich, weil bei Versäumung späterer Verhandlungstermine das Bedürfnis eines Ersatzes für den Wegfall des Einspruchs um so weniger anerkannt werden kann, als der Staatsanwalt im Stande ist, die von dem Beklagten geltend gemachten Vertheidigungsmittel weiter zu verfolgen. Dagegen ergeht sich aus der Natur des Verfahrens in Ehefachen von selbst, daß der säumige Beklagte auch zu allen Terminen zu laden ist, welche dem versäumten Termine folgen; aus Rücksicht auf § 188 mußte diese Verpflichtung des Klägers in dem Gesetze ausdrücklich ausgesprochen werden.

Gegen den Kläger oder Widerkläger können gleiche Grundsätze nicht zur Anwendung kommen. Erscheint derselbe in dem Verhandlungstermine nicht, so kann über die Sache selbst überall nicht verhandelt werden. Das die Klage oder die Widerklage abweisende Urtheil erst nach Wiederholung des Termins zu gestatten, | S. 367. hieße dem Kläger die Last des Einspruchs abnehmen. Es bleibt daher rücksichtlich des Klägers und des Widerklägers bei den Vorschriften über das Versäumnisverfahren und den Einspruch.

Ihren Abschluß finden die Bestimmungen der §§ 554 und 555 in den Vorschriften des

## § 556. (R. B. § 556, G. § 579.)

Dem Gerichte mußte die Befugniß eingeräumt werden, das persönliche Erscheinen der Parteien nicht nur zu fordern, wenn begründete Hoffnung zur Ausöhnung auf diesem Wege vorhanden ist, sondern auch dann zu verlangen, wenn es dasselbe zur Erforschung der Wahrheit für erforderlich erachtet. Es ist daher die im § 258 Abf. 2 für den Sühneversuch getroffene Bestimmung — im Einklang mit der preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 § 20, dem preuß. Entw. § 861 Abf. 2, dem preuß. Gef. v. 1. März 1869 § 18 und dem nordd. Entw. § 1098 — dahin erweitert worden, daß das Gericht das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen und dieselbe über die von ihm, von dem Gegner oder von dem Staatsanwalt behaupteten Thatsachen vernehmen kann (§ 556 Abf. 1, 2). Praktischen Werth erlangt diese Bestimmung nur unter der Voraussetzung, daß das Gericht die Befolgung seiner Anordnung mittelst Zwangsmaßregeln durchzusetzen hat. Bei der Ähnlichkeit, welche zwischen einer derartigen Vernehmung der Partei und der Abhörung eines Zeugen besteht, lag es nahe, die nicht erschienene Partei wie einen im Vernehmungstermine nicht erschienenen Zeugen zu behandeln und gegen dieselbe die Vorschriften der §§ 334, 335 zur Anwendung zu bringen; nur machte sich die Stellung der zu vernehmenden Person als Partei insofern geltend, als — ebenso wie in dem Falle des § 548 Abf. 2 — von der Erkennung der Haft Umgang genommen werden mußte.

## § 557. (R. V. § 557, G. § 580).

Nach den Bestimmungen des preuß. Rechts (A. L. R. II. 1 §§ 727 bis 731, N. G. D. I. 40 §§ 45—50, Verordn. v. 28. Juni 1844 § 70, Gef. v. 1. März 1869 § 26) soll bei einer Reihe von minder schweren Scheidungsgründen die begründete Scheidung selbst nicht sogleich ausgesprochen, sondern die Verkündung des Urtheils auf ein Jahr ausgesetzt werden, während welcher Zeit den Eheleuten gestattet werden kann, getrennt zu leben.

Der preuß. Entw. § 864 hat die Aussetzung der Urtheilserklärung wegen der vielen sich daran knüpfenden Uebelstände und wegen der Unmöglichkeit, die in der Zwischenzeit eingetretenen Thatsachen und veränderten Umstände zu berücksichtigen, mit der dem praktischen Bedürfnisse mehr entsprechenden, den Vorschriften des Code civ. art. 259, 260 (vgl. Zacharia-Anschütz, Handb. des franz. Civilrechts Ed. V. Bd. III. S. 107, 108) sich anschließenden Aussetzung des Verfahrens vertauscht (vgl. Not. z. preuß. Entw. S. 213). Diesem Vorgange ist — in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. § 1100, aber im Widerspruche mit Bayern Art. 670 — der § 557 auch darin gefolgt, daß er unter Berücksichtigung der in den Gebieten des preuß. und rhein.-franz. Rechts gemachten Erfahrungen die Dauer der Aussetzung auf ein Jahr fixirt und in Anbetracht des dem Gerichte eingeräumten freien Ermessens und der Zulässigkeit der Remedur durch das Rechtsmittel der Beschwerde (§ 221) von jeder Beschränkung der Maßregel auf bestimmte Scheidungsgründe absieht. Auch ist dem § 557 in Anlehnung an den preuß. und den nordd. Entw. eine so generelle Fassung gegeben, daß sich aus derselben mit größter Bestimmtheit ergibt, daß die Aussetzung auch in der Revisionsinstanz erfolgen kann (nordd. Prot. V. S. 2206). | S. 368.

Die Trennung von Tisch und Bett auf Zeit hat — insofern sie nicht unter den Gesichtspunkt einer nach § 559 zu erlassenden einstweiligen Verfügung fällt — eine ähnliche Natur und ganz denselben Zweck, wie die Aussetzung des Verfahrens. Obgleich sie im Vergleiche zu der letzteren die vollkommeneren Institution ist, so konnte sie doch nicht als generelle für ganz Deutschland verwendbare Maßregel eingeführt werden. Denn sie ist dem preuß. Rechte (vgl. v. Savigny l. c. S. 330—332, 349) und dem franz. Rechte (von einer Ausnahme abgesehen Code civ. art. 310, Zacharia l. c. III. S. 112, 113) nur in der Form eines Interimstitutums während der Dauer des Eheprozesses bekannt und in beiden Rechten ohne Aenderung des materiellen Eherechts als selbstständige Institution unmöglich. Der Entwurf, da er jeden Eingriff in das materielle Eherecht zu vermeiden hatte, mußte sich mit der Sanctionirung der unvollkommenen Maßregel begnügen und der Beurtheilung des Gerichts überlassen, ob und inwieweit in den Fällen, in welchen nach dem Rechte des betreffenden Gebiets auf separatio temporaria erkannt werden kann, von der Aussetzung des Verfahrens Gebrauch zu machen ist.

Die neueren Gesetze und Entwürfe enthalten fast durchweg Bestimmungen für den Fall, daß die Scheidung der Ehe wegen bösslicher Verlassung beantragt wird (vgl. preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 61—69, Gef. v. 1. März 1869 §§ 31—35, preuß. Entw. § 875, sächs. Entwurf § 967, Bayern Art. 658, nordd. Entw. § 1101). Bei der ungemainen Verschiedenheit des Eherechts in dieser Materie mußte der Entwurf von der Aufnahme besonderer Vorschriften um so mehr Abstand nehmen, als die sonstigen Normen, richtig angewandt, zum Ziele führen, mag die malitiosa desertio nach dem materiellen Rechte bei bekanntem und erreichbarem, oder nur bei unbekanntem und unerreichbarem Aufenthalte des Beklagten eintreten. Die Prüfung, ob die Voraussetzungen einer bösslichen Verlassung vorliegen, findet nach den Grundsätzen des Entwurfs nicht vor Bestimmung des Verhandlungstermins, sondern erst nach dem Verhandlungstermine selbst statt. Erscheint der Beklagte nicht, so hat das Gericht in Gemäßheit der §§ 554, 555 nach freier Ueberzeugung zu entscheiden, ob unter Mitberücksichtigung der Kontumaz auf Grund des von dem Kläger vorgelegten Materials die bössliche Verlassung als festgestellt anzunehmen ist (vgl. nordd. Prot. V. S. 2209, 2210). Eine öffentliche Zustellung der Ladung an den Beklagten ist nur nach Maßgabe des § 179 zulässig; die im § 555 Abs. 1 vorgeschriebene Wiederholung des Verhandlungstermins fällt nach § 555 Abs. 3 fort, wenn der Beklagte durch öffentliche Zustellung geladen, aber nicht erschienen ist. — Zur Sicherung des materiellen Rechts in Betreff der malitiosa desertio und der quasidesertio hat sich

der Entwurf veranlaßt gesehen, dem Einführungsgefetze § 13 Nr. 7, 8 einen doppelten Vorbehalt einzufügen und durch den weiteren Vorbehalt im § 13 Nr. 6 das dem preuß. Rechte (N. L. R. I. 2. §§ 615, 685, 709, 801, Verordn. v. 28. Juni 1844 §§ 63, 64, Gef. v. 1. März 1869 § 32) und dem partikulären Rechte einzelner Rechtsgebiete angehörige, mit der böslischen Verlassung im Zusammenhange stehende Institut der auf einseitigen Antrag eines Ehegatten zu erlassenden gerichtlichen Rückkehr-, Aufnahme- und Verbesserungsbefehle zu wahren.

§ 558. (R. B. § 558, G. § 583.)

Die Vorschrift des § 558 ist bereits im Zusammenhange mit den §§ 481, 482 erörtert.

I C. 369.

§§ 560—566. (R. B. §§ 560—566, G. §§ 585—591.)

Wie bereits hervorgehoben, hat der Staatsanwalt in Rechtsstreitigkeiten, welche die Nichtigkeit einer Ehe betreffen, die Rolle einer Partei. Aus dieser Stellung ergeben sich die Vorschriften der §§ 561, 564—566 als nothwendige Konsequenzen (vgl. Mot. z. preuß. Entw. S. 215, 216). Aehnliche Bestimmungen enthalten die neueren Gesetze und Entwürfe (preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844 § 5, Gef. v. 1. März 1869 § 8, preuß. Entw. §§ 882—85, Baden § 1052, Bayern Art. 678—680, oldenb. Gef. v. 5. Juni 1858 Art. 6, nordd. Entw. §§ 1079, 1080, 1104, 1105); keine derselben hat indessen die im § 567 sanktionirte, durch die Rücksicht auf die Parteien unabweislich gebotene Konsequenz gezogen. Daß der Staatsanwalt ungeachtet der Bestimmung des § 72 nicht der Vertretung durch einen bei dem Gerichte zugelassenen Anwalt bedarf, erschien als selbstverständlich und ist daher nicht ausdrücklich ausgesprochen worden.

Die dem Staatsanwalt in Betreff der Nichtigkeitsklage zugewiesene Rolle bedingt, daß das Verfahren sich auf die Verhandlung von Nichtigkeitsgründen beschränke; die Verbindung einer anderen Klage mit der Nichtigkeitsklage oder die Erhebung einer anderen Klage, als welche die Nichtigkeit der Ehe zum Gegenstande hat, müßte nothwendig zu unlösbarer Verwirrung führen. Es war daher erforderlich, die Vorschrift des nordd. Entw. § 1106 in dem § 562 zu reproduzieren.

Den § 563 — welcher dem preuß. Entw. § 881, Bayern Art. 677 und dem nordd. Entw. § 1107 entnommen ist — rechtfertigt gleichfalls die Rolle des Staatsanwalts in den die Nichtigkeit einer Ehe betreffenden Prozessen. Abgesehen davon mußte bei der Wichtigkeit der Frage nach dem Bestande einer Ehe für die mannigfachen Rechtsverhältnisse darauf gehalten werden, der Nichtigkeitserklärung, so lange die Ehegatten leben, eine über den Prozeß und über die Parteien hinausreichende Wirkung zu sichern, was sich nur durch die Vorschrift erreichen ließ, daß vor dem Tode der Ehegatten über die Nichtigkeit der Ehe incidenter nicht verhandelt und entschieden werden dürfe.

## Zweiter Abschnitt.

### Verfahren in Entmündigungssachen.

§§ 568—580. (R. B. §§ 568—580, G. §§ 593—627.)

Die materiellen Voraussetzungen, unter denen Geisteskrankheit und Verschwendung von rechtlichen Folgen begleitet sind, sowie diese Folgen selbst — totale oder partielle Handlungsunfähigkeit, Bevormundung u. s. w. — werden durch das bürgerliche Recht bestimmt. Um aber darnach eine Person als geisteskrank oder als Verschwender ihrer bürgerlichen Selbstständigkeit zu entkleiden, muß ihr Zustand rechtlich gewiß

sein. Der Weg, auf welchem diese Gewißheit geschaffen wird, ist nach der bestehenden Legislation verschieden. Das preußische, französische und württembergische Recht weisen jene Feststellung dem Civilprozeße zu; nach gemeinem und nach anderen Rechten findet sie nicht in den Formen eines Prozesses, sondern nach Art der Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit (*jurisdictio voluntaria mixta*) statt, indem der Vormundschaftsbehörde überlassen bleibt, sich die erforderliche Ueberzeugung von der Nothwendigkeit einer Bevormundung zu verschaffen (vgl. Proz. Ordn. v. Oldenburg | S. 370. Art. 372 ff.; v. Arnold, das gerichtliche Verfahren gegen Geistesranke und Verschwender, Erlangen 1861, S. 14 ff.; Wagner, Grundzüge der Gerichtsverfassung u. in Kurhessen §§ 905 ff.; nordd. Prot. V. S. 2213). Es wird nicht zweifelhaft sein, daß der Entwurf den durch die Rechtsentwicklung angezeigten Weg eingeschlagen hat, wenn er im Anschlusse an jene erste Gruppe von Rechten (vgl. auch preuß. Entw. §§ 887 ff., nordd. Entw. §§ 1109 ff.) im

### § 568 (R. B. § 568, G. §§ 593, 621)

bestimmt, daß die Entmündigung, d. i. die Erklärung einer Person als geisteskrank oder als Verschwender, nur durch Urtheil des Gerichts nach vorheriger kontradiktorischer Verhandlung erfolgen soll. Die wichtigen Folgen der Entmündigung erfordern dringend ein in den schützenden Formen des Civilprozesses verlaufendes kontradiktorisches Verfahren und lassen die größere Weitläufigkeit und Kostspieligkeit der Prozedur als bedeutungslos zurücktreten. Auch weisen vielfach gemachte Erfahrungen auf das Bedürfniß nicht einer Verminderung, sondern gerade der Verstärkung der in den bestehenden Rechten gebotenen Garantien hin (vgl. nordd. Prot. V. S. 2214, württemb. Kommiss. Ber. zu Tit. 43 S. 243). Soweit demnach ein prozessualisches Verfahren für die Entmündigung in Deutschland bisher nicht besteht, wird dasselbe im Interesse der Rechtseinheit und des vorhandenen legislativen Bedürfnisses hergestellt, ohne daß die materiellen Voraussetzungen der Entmündigung geändert werden.

Die Vorschrift des § 568 berührt die Frage, ob eine geistesranke Person seitens der Familie oder der Polizei provisorisch, sei es zum Zwecke der Heilung, sei es zu vorläufiger Anschädlichmachung, in einer Irrenanstalt untergebracht werden darf, in keiner Weise; sie entscheidet sich lediglich nach den Landesgesetzen (vgl. für Preußen: v. Rönne, Ergänzungen zur A. G. D. I. 38. § 2 Ed. V. Bd. III. S. 511 ff.; württemb. Reg. Bl. 1836 S. 279 u. a.).

Nicht minder unberührt bleiben:

- 1) die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach denen aus anderen Gründen, z. B. wegen bloßer Imbecillität, Bresthaftigkeit, Taubstummheit u. dergl. die Bevormundung selbstständiger Personen gestattet ist (vgl. z. B. preuß. A. L. R. II. 18. §§ 15 ff.; nordd. Prot. V. S. 2222);
- 2) die Vorschrift des materiellen französischen Rechts, wonach im Interdiktionsprozesse wegen Geistesrantheit — an dessen Stelle fernerhin das Entmündigungsverfahren des Entwurfs tritt — nach Umständen die bloße Beschränkung der Handlungsfähigkeit durch das Erforderniß der Zuziehung eines im Urtheil ernannten Beistandes für gewisse Geschäfte erkannt werden kann (Code civ. art. 499, nordd. Prot. a. a. D.);
- 3) die civilrechtlichen Bestimmungen, nach welchen Geistesranke bezw. Verschwender ohne Rücksicht darauf, ob sie durch richterliches Urtheil entmündigt worden, handlungsunfähig sind oder ungeachtet ihrer Entmündigung partiell handlungsfähig bleiben (vgl. L. 6 Cod. de cur. fur. (5, 70), preuß. A. L. R. I. 1. §§ 29 ff.; I. 4. §§ 20 ff.; I. 12. §§ 20 ff. 27 ff.; Code civ. art. 503 ff. 509; bayer. Landrecht I. 7. § 37 Nr. 3; v. Arnold a. a. D. S. 50 ff. u. a.).

| Die dem § 1124 des nordd. Entw. entsprechende Vorschrift des § 7 des Einführungsgesetzes ist mit Rücksicht auf das badische und rheinisch-französische Recht (Code civ. art. 513—515) aufgenommen worden. | S. 371.

Die Entmündigung wegen Geistesrantheit betreffend, so ist im § 568 absichtlich sowohl des Wahnsinns als des Blödsinns erwähnt. Bekanntlich macht das materielle

preuß. Recht einen keineswegs bloß nominellen Unterschied zwischen beiden Arten der Geisteskrankheit (A. L. R. I. 1 §§ 27 ff.). Es erschien nicht überflüssig, durch die Fassung anzudeuten, daß hinsichtlich der prozessualen Behandlung der Unterschied dieser oder anderer Formen von Geisteskrankheit bedeutungslos sei.

Bei Regelung der formellen Prozedur in Entmündigungssachen hat sich der Entwurf, nach dem Vorgange der württemb. Proz. Ordn. und des nordd. Entw., im Wesentlichen den Bestimmungen des preuß. Entw. (§§ 887 ff.) angeschlossen, welche ihrerseits wieder eine zweckmäßige Verschmelzung der Grundsätze des preuß. und franz. Rechts (vgl. preuß. Mot. S. 216, 217) darstellen. Die Eigenthümlichkeiten des so geordneten Verfahrens haben ihren Grund in der Betheiligung des öffentlichen Interesse und in dem Umstande, daß bei vorhandener Geisteskrankheit gegen eine bereits nicht mehr handlungsfähige Person zu verhandeln ist. Das öffentliche Interesse ist in ganz ähnlicher Weise wie bei der Klage auf Nichtigkeitserklärung einer Ehe betheiligt; dasselbe fordert sowohl die Betreibung der Entmündigung als die Verhinderung derselben selbst gegen den Willen des Beklagten, welcher, wenn er überhaupt noch willensfähig ist, sich von den Folgen seiner Handlungen durch freiwillige Entmündigung nicht befreien kann. Die eigenthümliche Lage der einen Partei verlangt besondere Vorsichtsmaßregeln, wie sie in den §§ 569, 571, 573, 574 bis 576 getroffen sind.

#### § 569. (R. B. § 568b, G. §§ 594, 606, 621.)

Die ausschließliche Zuständigkeit der Landgerichte entspricht der Wichtigkeit des Gegenstandes (vgl. preuß. Geschäftsregulativ v. 18. Juli 1850 § 20 Nr. 5, Proz. Ordn. v. Württemb. Art. 869 und Kommiss. Ber. zu Tit. 43 S. 243 sub 1, preuß. Entw. § 887, nordd. Entw. § 1110 und Prot. V. S. 2214; v. Arnold, a. a. D. S. 19). Die Kostspieligkeit und Komplizirtheit des Verfahrens hat zwar beispielsweise in Württemberg (vgl. amtliche Darstellung z. S. 36) die Erwägung hervortreten lassen, ob nicht die Entmündigungen allgemein oder doch soweit sie zweifelhafter Natur sind, den Amtsgerichten zu überweisen sein möchten; einestheils können jedoch die angeführten Uebelstände bei der eminenten Bedeutung der Maßregel und wegen der durch das kollegialische Verfahren gegebenen größeren Garantie gegen Schikane und Eigennutz überhaupt nicht als ausschlaggebend anerkannt werden, zum Andern läßt sich eine praktische Grenze für Entmündigungen unzweifelhafter Natur schwerlich aufstellen.

Als örtlich zuständig ist ausschließlich dasjenige Landgericht bezeichnet, bei welchem der Beklagte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Die Vereinbarung eines anderen Gerichtsstandes würde bei vorhandener Geisteskrankheit unmöglich sein und in allen Fällen die Wahrung des öffentlichen Interesse erschweren. Es konnte dabei aber nicht übersehen werden, daß bei der Beschränkung des allgemeinen Gerichtsstandes die Anstellung der Klage gegen solche Deutsche, welche ihren Wohnsitz nur im Auslande haben, unter Umständen ausgeschlossen, und daß dies von Einfluß auf die

| S. 372. Frage sein kann, wie die Aufnahme solcher | Personen in Irrenanstalten bezw. deren Entmündigung und Bevormundung wegen Verschwendung zu ermöglichen ist. Behufs Wahrung der Interessen der Alimentationspflichtigen u. s. w. hat der Entwurf deshalb im zweiten Absätze des Paragraphen für solche Fälle eine besondere Bestimmung — analog dem § 544 Abs. 2 — getroffen.

#### § 570. (R. B. § 568c, G. §§ 595, 621.)

Die Zulassung der Entmündigungsklage wider solche Personen, welche sich bereits in einem juristischen Abhängigkeitsverhältnisse befinden, — wider Ehefrauen, welche unter maritalischer und Personen, welche unter väterlicher oder vormundschaftlicher Gewalt stehen — entscheidet eine auf dem Gebiete des preuß. Rechts (vgl. v. Rönne, Ergänzungen zur A. G. D. I. 38 § 1, Ed. V. Bd. III. S. 510, 511) wie anderwärts (vgl. v. Arnold, a. a. D. S. 13 ff.) ventilirte Kontroverse und findet ihren Grund in der Natur der Entmündigungsklage, welche über die Herbeiführung der Bevormundung hinaus die Feststellung des Status einer Person bezweckt, wovon in manchen Gebieten, namentlich in Preußen, die Befugniß der Irrenanstalten zur

dauernden Aufnahme eines Geisteskranken abhängt (vgl. nordd. Prot. V. S. 2216, 2217).

Ueber die Berechtigung zur Klageerhebung mußten Bestimmungen getroffen werden, da es andernfalls für manche Gebiete, z. B. das des gemeinen Rechts, an Vorschriften völlig fehlen würde (nordd. Prot. V. S. 2216). Die hier festgestellte Berechtigung zur Klageanstellung Seitens des Ehegatten, jedes Verwandten und in allen Fällen Seitens des Staatsanwalts entspricht im Wesentlichen den geltenden Rechten, wie der maßgebenden Berücksichtigung des öffentlichen Interesse (vgl. preuß. A. G. D. I. 38 §§ 2, 9, 12, Code civ. art. 490, 491, 514, Proz. Ordn. v. Württemb. Art. 870, preuß. Entw. § 888, nordd. Entw. § 1111, nordd. Prot. V. S. 2215 bis 2217, Württemb. Kommiss. Ber. a. a. D. S. 243 ff., v. Arnold a. a. D. S. 25 ff.). Die Beschränkung rücksichtlich der Klagen gegen Ehefrauen und unter väterlicher Gewalt oder Vormundschaft stehende Personen beseitigt mehrfach hervorgetretene Bedenken (nordd. Prot. V. S. 2215 ff.) gegen die Verleihung des Klagerichts an alle Verwandten ohne Unterschied des Grades, in welcher Richtung auch § 571 Abs. 1 als ein weiteres Korrektiv angesehen werden kann. Im Uebrigen ist das Klagerecht der berechtigten Personen kein subsidiäres, sondern gebührt jedem Berechtigten in gleichem Umfange (vgl. preuß. Mot. S. 218, nordd. Prot. V. S. 2216 ff.). Die auf dem bürgerlichen Rechte beruhenden Befugnisse anderer Personen zur Erhebung der Klage (z. B. der preuß. Vertragserben, A. L. R. I. 12 § 626) bleiben unberührt.

### §§ 571—573. (R. B. § 568d, e, G. §§ 597, 608, 609, 621.)

Die Verbindung einer anderen Klage oder die Erhebung einer Widerklage wird durch die Eigenthümlichkeiten des Verfahrens ausgeschlossen (nordd. Entw. § 1113).

Die rechtliche Prüfung der Klage durch das Gericht vor deren Zulassung (preuß. A. G. D. I. 38 §§ 4, 5, Proz. Ordn. v. Württemb. Art. 871, preuß. Entw. § 890, nordd. Entw. § 1112) hat ihre Bedeutung in der Nothwendigkeit, die behaupteten Thatsachen glaubhaft zu machen und ihren Grund darin, daß schon die Zulassung der Klage einen starken Eingriff in die Rechtsphäre des Beklagten enthält. Die Verhandlung einer Klage wegen Verschwendung ist geeignet, den Kredit des Beklagten zu vernichten (vgl. preuß. | Motive S. 218, 219, nordd. Prot. V. S. 2217, | S. 373. v. Arnold a. a. D. S. 29). Eben deshalb ist auch rücksichtlich der von der Staatsanwaltschaft erhobenen Klagen keine Ausnahme zu machen. Gegen die Zurückweisung der Entmündigungsklage ist in Gemäßheit des § 506 die Beschwerde zulässig (Württemberg Art. 871).

Die Verhandlung der Klage wegen Geisteskrankheit kann mit dem Beklagten selbst nicht geführt werden, da sie gerade dessen Fähigkeit, sich zu verteidigen, in Zweifel stellt und, mit einem Handlungsunfähigen geführt, formell nichtig sein würde. Der Beklagte muß daher einen ihm von Amtswegen zu bestellenden Vertreter haben (preuß. A. G. D. a. a. D. § 5 und Anh. § 283, preuß. Entw. § 891 und Motive S. 218, 219, Württemberg Art. 872, nordd. Entw. §§ 1114, 1115 und Prot. V. S. 2218, v. Arnold a. a. D. S. 30) und dessen Bestellung bedarf der Rechtfertigung durch Glaubhaftmachung der die Klage rechtfertigenden Thatsachen. Die eigene Vertbeidigung durch einen Anwalt ist hierbei dem Beklagten nicht versagt. Etwas kollidirende Erklärungen und Anträge werden bei dem Offizialcharakter des vorliegenden Verfahrens nicht zu besonderen Schwierigkeiten führen (vgl. nordd. Prot. V. S. 2218). Betreffs des Verschwenders verbleibt es hinsichtlich der Vertretung vor Gericht bei den allgemeinen Regeln des Anwaltsprozesses.

### §§ 574—576. (R. B. § 568e—g, G. §§ 598, 599, 611, 612, 614.)

Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft, auch wenn sie nicht die Klage erhoben hat, ist den zu § 568 angegebenen Grundsätzen entsprechend geordnet (vgl. Code civ. art. 515, preuß. Entw. § 889 und Motive S. 218). Auch die Vorschriften der §§ 554, 555, 565, 566 finden hier aus gleichen Gründen wie in Ehefachen sinngemäße Anwendung (vgl. Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 873, preuß. Entw. § 893, nordd. Prot. V. S. 2219 ff.). Bei der Klage wegen Geisteskrankheit erfordert jedoch die eigenthümliche Schwierigkeit der zu entscheidenden thatsächlichen Frage und die

aufgenöthigte Vertretung des Beklagten außerdem noch eine zwingende Vorschrift darüber, daß in allen Fällen Sachverständige über den Geisteszustand des Beklagten und der Regel nach auch der Beklagte selbst zu vernehmen sind (vgl. preuß. *U. G. D. I.* 38. § 6, *Anh.* § 285, *Refkr.* v. 14. und 27. November 1841, *Code civ. art.* 496, *Württemberg Art.* 873, *preuß. Entw.* § 894, *nordd. Entw.* § 1116). Gerade auf dem Gebiete der Geisteskrankheit, deren Grenzlinie eine so außerordentlich feine ist, sind irriige Beurtheilungen so leicht möglich, daß ein ärztliches Gutachten über den Geisteszustand des Beklagten niemals zu entbehren ist. In der Revisionsinstanz, welche sich mit der Feststellung des Thatsächlichen nicht mehr befaßt, kommen diese Vorschriften nicht zur Anwendung. Der *Abf.* 2 des § 575 hat namentlich Fälle im Auge, in denen wegen Tobsucht und dergl. die persönliche Vernehmung des Beklagten schwer ausführbar oder voraussichtlich durchaus resultatlos sein würde (vgl. *Württemberg Art.* 873 i. f., *preuß. Entw.* § 894 i. f.).

§§ 577, 578. (*R. B.* § 5681, *G.* §§ 603, 607, 615, 623.)

Die vorläufige Wirksamkeit des die Entmündigung aussprechenden Endurtheils ist in der Natur der Sache begründet, da das Urtheil, welches die Entmündigung wegen Geisteskrankheit ausspricht, nur einen vorhandenen Zustand feststellt, und die Erklärung des Beklagten als Verschwender offenbar ihren Zweck verfehlen würde, wenn der Beklagte durch die Entziehung der Handlungsfähigkeit nicht sofort getroffen würde (preuß. *U. G. D. a. a. D.* §§ 8, 25, *Code civ. art.* 502, *preuß. Entw.* § 897, *Württemberg Art.* 874, *nordd. Entw.* § 1119). Die Ausführung des Urtheils durch Anordnung einer Vormundschaft oder Kuratel ist dagegen lediglich Sache der vormundschaftlichen Behörde (vgl. *preuß. Motive S.* 219), welche auch für die etwaige Sicherung der Ausführung durch öffentliche Bekanntmachung zu sorgen hat. Die Ausführung betrifft nicht bloß die abstrakte Handlungsfähigkeit, welche Gegenstand des Rechtsstreits ist, sondern ganz besonders die Verwaltung und Sicherung des dem Beklagten gehörigen Vermögens und die Sorge für dessen eigene Person. Die nöthigen Anordnungen werden deshalb richtiger in der Vormundschaftsordnung getroffen werden.

In gleicher Weise ist es der vormundschaftlichen Behörde zu überlassen, schon vor dem Urtheil nach Lage der Umstände eine vorläufige Kuratel eintreten zu lassen. Ob dies auch bei der Klage wegen Verschwendung zulässig, oder ob bei dieser die Sicherung durch Arrestanlegung erforderlich ist, wird nach Lage des materiellen Rechts zu entscheiden sein.

§§ 579, 580. (*R. B.* § 568 x, y, bb, *G.* §§ 616, 617, 620, 626.)

In Ansehung der Wiederaufhebung der Entmündigung — welche nach preuß. Rechte bei Geisteskranken lediglich durch Dekret des Vormundschaftsrichters auf Grund einer formlosen *causae cognitio* (*U. L. R. II.* 18. §§ 815—817, *Refkr.* v. 31. Oktober 1831), bei Verschwendern bald in der gleichen Form (*U. L. R. a. a. D.* §§ 856 bis 859), bald auf Grund eines prozessualischen Verfahrens (*U. G. D. I.* 38. §§ 35—44) vor sich geht — hat der Entwurf nach Vorgang der neueren Gesetzeswerke den Standpunkt des französischen Rechts gewählt, weil derselbe sowohl die juristische Konsequenz für sich hat, als auch auf sorgfältiger Berücksichtigung aller Interessen beruht (vgl. *preuß. Motive S.* 219). Die Wiederaufhebung der Entmündigung soll mit Rücksicht auf das dieselbe aussprechende Urtheil nicht anders als in gleichem kontradiktorischen Verfahren erfolgen (*Code de pro. art.* 896; *Code civ. art.* 511, 514; *Proz. Ordn. v. Württemberg Art.* 875; *preuß. Entw.* § 895, *nordd. Entw.* § 1122 und *Prot. V. S.* 2222 ff.; v. *Arnold a. a. D. S.* 67 ff.). Es bedarf dabei nicht einer der Zulassung der Klage vorausgehenden Prüfung derselben, da die für diese Prüfung angegebenen Gründe hier nicht vorliegen; ebensowenig einer besonderen Vertretung des Entmündigten, welcher einen gesetzlichen Vertreter hat und in allen Fällen zur eigenen Bestellung eines Anwalts befugt ist. Um ihm aber gegen den etwaigen Willen seines gesetzlichen Vertreters zu Hülfe zu kommen, kann ihm die vormundschaftliche Behörde einen besonderen Vertreter bestellen (vgl. *nordd. Prot. V. S.* 2223). Das Verfahren selbst stimmt mit dem auf die Entmündigungs-

klage überein (Code de proc. art. 896). Der Staatsanwalt ist der nothwendige Beklagte. Es steht nichts entgegen, daß ein zur Anstellung der Entmündigungsklage Berechtigter als Nebenintervenient auftritt (vgl. Proz. Ordn. v. Württemberg Art. 875).

## I Siebentes Buch. Mahnverfahren.

| S. 375.

§§ 581—596. (R. V. §§ 581—596, G. §§ 628—643.)

Ein großer Theil aller vor die Gerichte gebrachten Ansprüche ist unter den Parteien nicht streitig, und der Kläger ist nur deshalb genöthigt, das Gericht anzufragen, damit er den säumigen Beklagten zur Erfüllung der unstreitigen Verpflichtung zwangsweise anhalten kann. Für solche Ansprüche ist ein auf das Vorhandensein eines Rechtsstreits und dessen Verhandlung vor Gericht berechnetes Verfahren nicht bloß entbehrlich, sondern wegen der damit verbundenen Kosten und Mühen, wenn es irgend angeht, zu vermeiden.

Die Form der Erledigung derartiger Ansprüche durch Erlass eines bedingten Zahlungsbefehls hat bereits in erheblichem Umfange in den bestehenden Gesetzgebungen, wie in den legislatorischen Entwürfen Eingang gefunden (preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 § 28, v. 21. Juli 1849 § 4, v. 24. Juni 1867 § 4, hannov. Gef. v. 27. Juli 1852 und 31. März 1859, Proz. Ordn. v. Oldenburg Art. 295 ff., Bayern Art. 553 ff. und Baden §§ 638 ff., württemb. Gef. v. 13. November 1855, österr. Gef. v. 27. April 1873, hannov. Entw. §§ 496 ff., hess. Entw. v. 1857 Art. 738 ff., sächs. Entw. §§ 745 ff., nordd. Entw. §§ 750 ff.). — Nur die braunschw. Proz. Ordn. und der preuß. Entw. kennen im Anschlusse an das rheinische Recht eine solche Prozedur nicht.

Das Endergebniß des Verfahrens ist freilich nach den verschiedenen Gesetzeswerken ein sehr verschiedenes. Nach dem hannov. Gesetze charakterisirt sich der Zahlungsbefehl als einfache gerichtliche Mahnung, mehr dem Gebiete der unstreitigen, als der kontentiosen Gerichtsbarkeit zufallend; die Vollstreckbarerklärung desselben stellt die Forderung des Gläubigers zwar liquide und bringt ihn in dieselbe Lage, in der er sich befunden haben würde, wenn über seinen Anspruch eine gerichtliche oder notarielle Urkunde mit der exekutorischen Klausel aufgenommen wäre, sie stellt dagegen den Anspruch selbst unter den Parteien nicht mit den Wirkungen eines Judikats fest. Der Gläubiger hat lediglich die Zwangsvollstreckung, dem Schuldner bleiben alle Einwendungen gegen den Anspruch selbst vorbehalten, ohne daß ihm die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegensteht (Gef. v. 27. Juli 1852 § 10, ständische Motive dazu, und Leonhardt, B. P. D. Ed. IV. S. 628 ff.). Nach der bad. Proz. Ordn. führt das Verfahren zwar zu einer rechtskräftigen Beurtheilung des Schuldners, diese erfolgt aber nach Ablauf der dem Beklagten in dem Zahlungsbefehle gestellten Frist mittelst besonderen Erkenntnisses, welches die Forderung der im Zahlungsbefehle erfolgten Androhung gemäß für zugestanden erklärt (§§ 641, 642). Nach den preuß. Verordn. und dem sächs. Entw. § 750 endlich enthält schon der Zahlungsbefehl eine bedingte Verurtheilung, welche mit Ablauf der Widerspruchsfrist ipso facto und ohne daß ein weiterer die Verpflichtung des Beklagten feststellender Akt nachfolgt, zur unbedingten wird und alle Wirkungen der Rechtskraft mit sich führt. Die oldenb. Proz. Ordn. und das württemb. Gesetz folgen der Sache nach diesem letzteren System, indem sie (Oldenburg Art. 343, württemb. Gef. Art. 6) gegen die Zwangsvollstreckung aus vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehlen prinzipiell nur dieselben Einwendungen wie gegen die Vollstreckung rechtskräftiger Urtheile zulassen. In Württemberg kann indessen der Schuldner sine causa noch kondiziren, was er auf Grund von Einwendungen gegen den Zahlungsbefehl dem Gläubiger hätte abstreiten können. Der hannov. Entw. §§ 496 ff., 648, das österr. Gesetz v. 27. April 1873 § 15 und die bayer. Proz. Ordn. Art. 553 ff. lassen dieselben prinzipiellen Fragen eintreten, wenn

| S. 376.

sie auch dem für vollstreckbar erklärten Zahlungsbefehle die Kraft eines Urtheils nicht ausdrücklich vindiciren.

Die Zwangsvollstreckung als einziges Ziel des Verfahrens gewährt dem Gläubiger schon erhebliche Vortheile; in den zahlreichen Fällen jedoch, in welchen der Gläubiger Stundung gewähren will, oder eine sofortige Zwangsvollstreckung ihm keine Aussicht auf Erfolg giebt, nichtsdestoweniger die gerichtliche Feststellung des Anspruchs als eines unbestrittenen für alle Zukunft von Werth ist, verliert das Verfahren durch diese Beschränkung der Wirkung an Brauchbarkeit, weil der Gläubiger mit Rücksicht auf mögliche Sinnesänderung seines Schuldners oder einen Wechsel in der Person desselben genöthigt ist, auf einen späteren Rechtsstreit über den Anspruch gefaßt zu bleiben. Nur die Wirkung einer judikatmäßigen Feststellung des Anspruchs mit allen Wirkungen der Rechtskraft kann das Bedürfniß ganz befriedigen. In Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. (§ 763 und Prot. III. S. 1086, 1187) hat der Entwurf es daher geradezu ausgesprochen, daß das Mahnverfahren in seinem Endergebnisse zu einer definitiven (rechtskräftigen), nicht bloß provisorischen (vollstreckbaren) Entscheidung über den Anspruch führt — §§ 593, 293—301, 454, 283, 651 Nr. 3, 653.

Auf der anderen Seite hielt der Entwurf im Widerspruche mit dem bisherigen preuß. Rechte dafür, daß die Kondemnation nicht in dem Zahlungsbefehle erfolgen, sondern auf vorherigen Antrag durch einen besonderen richterlichen Akt ausgesprochen werden müsse, welcher materiell das Urtheil enthält, formell aber in dem einfachen Atteste der Vollstreckbarkeit sich darauf beschränkt, zu konstatiren, daß der Fall eingetreten ist, für welchen im Zahlungsbefehle die Zwangsvollstreckung angedroht worden. Bei dieser Konstruktion des Verfahrens, welche der Entwurf mit allen übrigen Gesetzeswerken — ausschließlich der preuß. Verordn., des sächs. Entw. und des österr. Ges. v. 27. April 1873 — theilt, wird einerseits das Bedenkliche vermieden, das Verfahren mit einem, wenn auch bedingten, Endurtheile zu beginnen und die Feststellung der Existenz der Bedingung dem Gerichtsschreiber oder selbstständigen Vollstreckungsbeamten zu überlassen, zum Andern der Anschluß an die Grundsätze des gemeinrechtlichen Prozesses über die Purifizierung des mandatum cum clausula und die accusatio contumaciae erreicht, vorzugsweise aber die Kongruenz mit denjenigen Vorschriften des Entwurfs gewahrt, wonach die totale Versäumung und der daraus resultirende, die ganze Sache ergeifende Versäumungsnachtheil nur auf Antrag und durch den Richter auszusprechen ist (§§ 202, 286, 289).

Der legislative Gedanke des Mahnverfahrens ist: einfache, weil unbestrittene Verhältnisse, einfach zu behandeln. Der Entwurf zieht daraus allseitig Folgerungen für die Regelung des Verfahrens; hervorzuheben sind folgende:

§ 377. Für keine Art von Ansprüchen soll das Verfahren obligatorisch sein. Ob der Anspruch voraussichtlich unbestritten bleiben wird, unterliegt der Regel nach am Besten der Beurtheilung des Gläubigers. Wird er gezwungen, durchaus streitige Ansprüche dem Mahnverfahren mit seiner festen Einlassungsfrist von zwei Wochen zu unterwerfen, wie nach den erwähnten preuß. Verordn., welche dasselbe als das regelmäßige Einleitungsverfahren für die hierher gehörigen Rechtsstreitigkeiten vorschreiben, so muß dieser unfreiwillige Versuch, ob der Schuldner zahlen wird, in vielen Fällen statt fördernd, nur verzögernd wirken. Die Abhülfe, welche in der Veränderlichkeit der Widerspruchsfrist zu finden wäre, ist mit der erforderlichen Einfachheit der geschäftlichen Behandlung der Mahnsachen unvereinbar. Völlig korrekt steht demnach das Mahnverfahren neben dem ordentlichen Verfahren zur Wahl des Gläubigers.

Für alle Arten vermögensrechtlicher Ansprüche, soweit sie auf ein bestimmtes Zahlen oder dem gleichstehendes Leisten gerichtet sind, soll das Verfahren ohne Rücksicht auf den Werth des Anspruchs oder die Natur des zum Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zugelassen sein.

Wenn unstreitige Ansprüche auch als einfache anzusehen sind, so ist eine Beschränkung auf „persönliche Forderungen“ (hannov. Ges. § 1, Proz. Ordn. v. Bayern Art. 553, Oldenb. Art. 295, hannov. Entw. § 496, österr. Entw. § 519) oder auf „Forderungen“ (Baden § 638, hess. Entw. Art. 738) nicht gegeben. Sofern dingliche Rechtsverhältnisse Verpflichtungen der angegebenen Art (hypothekarische und

ähnliche) zur Folge haben, bieten diese für das Verfahren keine Besonderheit (vgl. die preuß. Verordn. und nordd. Entw. § 750).

Ebenso wenig ist das Verfahren nach der Höhe des Anspruchs beschränkt, zumal dasselbe gerade bei den zur Zuständigkeit der Landgerichte und der Handelsgerichte gehörigen Gegenständen wesentlich zur Erleichterung dieser Gerichte dient. Auch bei den größten Ansprüchen kommt es vor, daß es sich nur um eine Rechts-hülfe, nicht um einen Rechtsstreit handelt. Die Gefahr, daß bei unbeschränkter Zulassung des Mahnverfahrens eine Anzahl Gläubiger dasselbe auch für keineswegs unstrittige Ansprüche unter alleiniger Spekulation auf die Nachlässigkeit des Beklagten in Erhebung rechtzeitigen Widerspruchs wählen möchten, kann gegenwärtig, wo sich das Mahnverfahren in dem größten Theile Deutschlands seit geraumer Zeit eingebürgert hat, nicht mehr als eine nahe betrachtet werden. Auch ist die Rechtsentwicklung unverkennbar auf Erweiterung der Zulässigkeit des Mahnverfahrens gerichtet gewesen. In Preußen, wie ursprünglich auch in anderen Legislationen (Hannover, Sachsen u.) auf die Werthsgrenze von 50 Thlrn. einschließlich beschränkt, hat es ungetheilte Anerkennung gefunden und Gerichte, wie einzelne Praktiker den Wunsch nach Erweiterung jener Grenze aussprechen lassen. Für die neuen Landestheile ist die Summe auf 100 Thlr. einschließlich erhöht worden (Verordn. v. 24. Juni 1867 § 4). In Hannover ist dem gleichen Bedürfnisse bereits durch Gef. v. 31. März 1859 durch Ausdehnung bis auf 150 Thlr. einschließlich, auf der hannov. Conferenz, wo das Bedürfniß ebenfalls mehrfach bezeugt wurde, durch den landesgesetzlichen Vorbehalt im § 508 des hannov. Entw. Rechnung getragen worden. Während eine Anzahl von Gesetzeswerken (vgl. Bayern Art. 553) noch die Werthsgrenze der sachlichen Zuständigkeit der Amtsgerichte festhalten, ist der sächs. Entw. § 745 weit über dieselbe (100 Thlr.) hinausgegangen durch Zulassung des bedingten Zahlungsbefehls bei 500 Thlr. nicht übersteigender Summe. Das österr. Gesetz § 1 hat 200 fl. Den letzten Schritt zur Aufhebung jeder Beschränkung rücksichtlich des Werths, welchen die Proz. Ordn. v. Baden § 638 und Oldenb. Art. 295, das württemb. Gef. Art. 1, sowie der nordd. Entw. § 750 schon gethan haben, hat der Entwurf auch für ganz Deutschland als unbedenklich angesehen.

Bei unterbliebenem Widerspruche ergeht auf Antrag Vollstreckungsbefehl. Derselbe steht einem auf Versäumniß erlassenen Endurtheile gleich, ist kraft Gesetzes vorläufig vollstreckbar, unterliegt aber dem Einspruche — §§ 592, 593.

Das Resultat des Verfahrens soll, wie erörtert, ein Endurtheil sein, aus welchem sich die Folgen der res judicata herleiten; da es wesentlich darauf beruht, daß der Beklagte die ihm gebotene Gelegenheit zur Verteidigung gänzlich unbenutzt gelassen hat, so ist die Parallele mit dem Versäumnißurtheile gegeben. Für den nächsten Zweck des Verfahrens, dem Gläubiger eine prompte Exekution zu ermöglichen, wird durch Beilegung der vorläufigen Vollstreckbarkeit in einfacher Weise gesorgt. Dagegen erheischt es der Zweck des Verfahrens nicht, den Vollstreckungsbefehl schon als ein rechtskräftiges Urtheil zu behandeln. Das entscheidende Kriterium ist hier die Rücksicht auf den Schuldner. Für ihn ist es von der äußersten Erheblichkeit, ob er nach Versäumung des Widerspruchs mit allen seinen Einreden definitiv präkludirt und auf die selten vorliegenden Fälle der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eingeschränkt, oder ob ihn zwar, entsprechend der Androhung im Zahlungsbefehle, der Nachtheil, den Gläubiger sofort befriedigen zu müssen, trifft, im Uebrigen aber die Versäumniß zu heilen ihm in gleicher Weise offen bleibt, wie im ordentlichen Verfahren.

Während eine Anzahl der neueren Gesetzgebungswerke sich in diesem Punkte, der mehr oder minder auf eine Zweckmäßigkeitsfrage hinausläuft, gegen den Schuldner das strengere Präjudiz des Ausschlusses mit allen ordentlichen Rechtsbehelfen angeeignet hat und nur eine restitutio cum causa zuläßt (Proz. Ordn. v. Bayern Art. 565, Oldenburg Art. 302, hannov. Gef. § 10, hannov. Entw. § 205, österr. Gesetz § 14), hat der Entwurf in wesentlicher Uebereinstimmung mit der badischen Proz. Ordn. § 642 und dem nordd. Entw. § 763 sich an die allgemeinen Grundsätze des Versäumnißverfahrens gehalten und dem Beklagten den allgemein gegen Versäumnißurtheile zulässigen Einspruch, unbeschadet der vorläufigen Vollstreckbarkeit, offengehalten (vgl. auch preuß. Verordn. v. 21. Juli 1846 §§ 28, 31; — v. 21. Juli

§. 378.

1849 § 69; — v. 24. Juni 1867 § 76). Daß dadurch die Einhaltung der Widerspruchsfrist an Wichtigkeit für den Schuldner verliert, ist nicht zu verkennen, aber gegenüber dem sehr gewichtigen Moment der vorläufigen Vollstreckbarkeit ungeschädlich. Die Möglichkeit sofortigen Vorgehens des Gläubigers via executionis weist jeden Schuldner, der überhaupt einen Rechtsstreit beabsichtigt, darauf hin, schon gegen den Zahlungsbefehl Widerspruch zu erheben und schneidet frivolen Einspruch ab. Versäumte berechtigte Einwendungen aber dem formalen Rechte zu Liebe auszuschießen, wird um so bedenklicher, wenn man das Mahnverfahren unbeschränkt durch die Höhe des Anspruchs zuläßt.

Unter der Herrschaft der das strengere Präjudiz gegen den Beklagten ausführenden Gesetzeswerke haben sich Mißstände allerdings nirgends bemerklich gemacht, aber es steht dahin, ob diese Thatsache nicht zum Theil auf Rechnung der  
 | S. 379. beibehaltenen Beschränkung des Mahnverfahrens nach Summen zu setzen ist. Für das Prinzip des Entwurfs sind den Erfahrungen des gewöhnlichen Lebens entnommene Rücksichten und die sich darbietende Parallele mit der Versäumnis im ordentlichen Verfahren in Anschlag zu bringen. In dem Geltungsbereiche des preussischen Bagatell-Mandatsverfahrens, sowie der badischen Proz. Ordn. hat sich das mildere System des Entwurfs bereits als praktisch bewährt.

Mit Erhebung des Widerspruchs nimmt das Mahnverfahren sein Ende (§ 588).

Die angestrebte einfache Behandlung unstreitiger Ansprüche weicht der ordentlichen Behandlung streitiger. Das Mahnverfahren geht entweder direkt in das ordentliche über (§ 589) oder letzteres wird auf Antrag des Gläubigers neu begonnen (§ 590).

Im Mahnverfahren ist kein Raum für eine Verhandlung; die vorkommenden Prozeßhandlungen (Zustellungen u.) geschehen nach den allgemeinen Grundsätzen.

Die §§ 581—596 setzen die Einführung eines Mahnregisters voraus.

Dasselbe bildet die Gerichtsakten über sämtliche Mahnverfahren bei den Gerichten und die gerichtlichen Verfügungen konzentriren sich auf das dem Gläubiger zuzufertigende Original des Zahlungsbefehls. Die erforderlichen Anordnungen rein geschäftlicher Natur in Betreff der Einrichtung des Mahnregisters sind Sache der Justizverwaltung.

Schließlich regen Erfahrungen aus Bayern und Württemberg die Frage an, ob sich eine Vorschrift empfiehlt, welche dem Gläubiger den Mehraufwand an Kosten zur Last legt, wenn er oder sein Vertreter zur Erzielung höherer Gebühren eine Sache im ordentlichen Verfahren anhängig macht, welche nach freiem Ermessen des Gerichts als unstreitig durch Zahlungsbefehl hätte erledigt werden können. Der Entwurf hat davon Abstand genommen, indem er dem Gläubiger ein volles und unbeschränktes Recht, die Prozedur zu wählen, beizumißt, die Schwierigkeiten einer Prüfung ex post für groß und nöthigenfalls die Bestimmung des § 85 für ausreichend erachtet. Ausschreitungen der berührten Art wird im Disziplinarwege entgegen zu treten sein.

Die große praktische Bedeutung des Mahnverfahrens geht aus nachstehenden, den dreijährigen Zeitraum von 1868—1870 umfassenden statistischen Resultaten hervor:

In den sechs östlichen Provinzen Preußens und in Westphalen betragen die Bagatellsachen (bis 50 Thlr. einschließlich) mehr 75 pCt. aller Civilprozesse. Hiervon wurden 57½ pCt. durch Mandat ohne Widerspruch erledigt.

In Hannover betragen die Zahlungsbefehle (bis 150 Thlr. einschließlich) mehr als 78 pCt. aller Civilprozesse. Nur gegen 11½ pCt. der Zahlungsbefehle wurde Widerspruch erhoben; 34½ pCt. der Zahlungsbefehle wurden für vollstreckbar erklärt, so daß c. 54 pCt. aller zum Mahnverfahren gelangten Sachen mit dem Erlasse des Zahlungsbefehls ihr Ende fanden.

In Oldenburg sind 35,931 Zahlungsbefehle erlassen, von denen nur 16½ pCt. durch Widerspruch kontradiktorisch wurden.

In Baden kam in den Jahren 1866—1870 bei den Bürgermeisterämtern auf 10 Zahlungsbefehle, bei den Gerichten auf 5 Zahlungsbefehle je 1 anderer Civilprozeß.

## | § 581. (R. B. § 581, G. § 628.)

| §. 380.

Das Verfahren paßt nur für solche Ansprüche, welche einen völlig bestimmten und einfachen Gegenstand haben und ist deshalb in Uebereinstimmung mit den mehrermähnten Partikulargesetzen und Entwürfen sachlich, wie geschehen, beschränkt.

Da das Verfahren nur fakultativ ist, so können alle Unregelmäßigkeiten von demselben fern gehalten werden, damit es in seiner Einfachheit um so mehr erleichternd für die Geschäfte wirkt. Aus diesem Grunde sind die Fälle der öffentlichen Zustellung und der Zustellung im Auslande, welche, abgesehen von der hier unangemessenen Weitläufigkeit der Akte selbst, eine Aenderung der gewöhnlichen Widerspruchsfrist erfordern würden, ganz ausgeschlossen.

Das Verlangen, daß der Gläubiger seine Forderung als unstreitig bezeichnen soll, um die Zulässigkeit des Verfahrens zu begründen (Bayern Art. 553, württemberg. Ges. Art. 1), hat, weil rein äußerlich, keinen praktischen Werth; selbst die Anforderung, daß aus dem Vorbringen des Gläubigers sich nicht ein Streit ergebe (hannov. Ges. § 1), wird besser der Beurtheilung des Gläubigers überlassen, da der Streit ebenso gut die Erfüllung der unstreitigen Verpflichtung wie die Verpflichtung selbst betreffen kann und eine Erörterung hierüber zu weitläufig werden würde.

Dagegen muß die richterliche Mitwirkung zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels für solche Ansprüche ausgeschlossen sein, welche sich selbst von vornherein als überhaupt oder zur Zeit nicht begründet darstellen (§ 584 Abs. 1); nicht minder aber auch für Ansprüche, denen ihrer Natur nach ein steter Einwand droht und eine gewisse Präsumtion für das Streitigwerden anhaftet. Aus dieser Rücksicht haben die Ansprüche aus zweiseitigen Verträgen in einer Anzahl von Gesetzeswerken eine besondere, obwohl verschiedene, Behandlung erfahren. Zweifellos sind Ansprüche, deren Existenz oder Klagbarkeit eine Vorleistung voraussetzt, so lange diese noch nicht geschehen ist, zur Zeit unbegründet und nach allen Legislationen dem Mahnverfahren entzogen; sie fallen nach dem Entwurf unter den § 584 Abs. 1; was dagegen diejenigen zweiseitigen Rechtsverhältnisse angeht, bei denen von keiner Seite voraus, sondern Zug um Zug zu leisten ist, so vereinigt sich der Entwurf mit dem hannov., österr., sächs. und nordd. Entw. in dem Gedanken, daß die civilrechtlichen Kontroversen über die Art, wie geklagt werden dürfe — ob pure auf Erfüllung oder nur unter Anbieten der Gegenleistung — von dem Bereiche des Mahnverfahrens fernzuhalten sind. Der hannov. Entw. §§ 498, 500 und der sächs. Entw. § 746 erreichen dies, indem sie für das Mahnverfahren das Anbieten der Gegenleistung für erforderlich und genügend erklären und in dem Zahlungsbefehle dem Schuldner die Leistung nur gegen Empfang der Gegenleistung aufgeben — ein Resultat, welchem sich auch die preuß. Praxis im Bagatellprozesse vielfach zuneigt. Die nordd. Kommission, davon ausgehend, daß es sich nach dem Geiste des Mahnverfahrens nur um das Aufgeben eines unbedingten, nicht von mehr oder minder streitigen Voraussetzungen abhängigen Zahlens handle und bei allen zweiseitigen Rechtsverhältnissen jederzeit der Einwand des nicht erfüllten Vertrages drohe, so lange der Kläger seinerseits nicht erfüllt habe, beabsichtigte ursprünglich, das Mahnverfahren auf einseitige Ansprüche zu beschränken, ließ aber schließlich auch zweiseitige Ansprüche zu, jedoch unter der Voraussetzung, daß der Kläger bereits in dem Gesuche um den Zahlungs- | befehl die geschehene Vorleistung ersichtlich mache, sollte er auch nach den | §. 381. Grundsätzen des Civilrechts nur zur Leistung Zug um Zug verbunden sein.

Bei der angenommenen Ausdehnung des Mahnverfahrens hat sich der Entwurf bezüglich der zweiseitigen Ansprüche der Beschränkung des nordd. Entw. § 750 aus Zweckmäßigkeitsgründen angeschlossen. Der Abs. 2 des § 581 erklärt deshalb das Mahnverfahren für unstatthaft, wenn der Inhalt des Gesuchs nicht ersehen läßt, daß die Gegenleistung des Klägers schon erfolgt ist.

## § 582. (R. B. § 582, G. § 629.)

Die Erlassung des Zahlungsbefehls gehört, da sie keinen Streit entscheidet, ohne Rücksicht auf die Höhe und Qualität des Anspruchs ausschließlich vor die Amtsgerichte (Prozessordn. v. Baden § 9, Oldenburg Art. 295. § 2, sächs. Entw. § 5, nordd. Entw. § 751). Die Zuständigkeit des Amtsgerichts für die einzelne

Sache soll durch die allgemeinen Regeln über den Gerichtsstand (allgemeinen wie besonderen) bestimmt werden. Dementsprechend enthalten die erwähnten preuß. Verordn. und die bad. Prozeßordn. hierüber keine Bestimmung, während das hannov. Gef. § 2, Oldenburg Art. 295 § 2, Bayern Art. 553, der hannov. Entw. § 497, österr. Gesetz § 2 ausschließlich den allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners und der nordd. Entw. § 751 für Realforderungen auch den dinglichen Gerichtsstand zulassen. Daß der eine Gerichtsstand einfacher und leichter als der andere zu begründen sei und sich deshalb als ausschließlicher Gerichtsstand für das Mahnverfahren empfehle, läßt sich nicht behaupten. Gerade der allgemeine Gerichtsstand kann erhebliche Schwierigkeiten bieten, weil beispielsweise die thatsächlichen Kriterien des Wohnsitzes keine festen sind. Manche besondere Gerichtsstände, welche mit dem Grunde des Anspruchs zusammenhängen, sind in ihren Voraussetzungen weit leichter nachzuweisen. Die Ausschließlichkeit eines Gerichtsstandes würde daher das Verfahren unnütz erschweren.

§§ 583, 584. (R. V. §§ 583, 584, G. §§ 630, 631.)

Zur Begründung des schriftlich oder mündlich anzubringenden (§ 595) Gesuchs gehören die zur Begründung einer Klage nothwendigen Angaben (§ 222). Diese sind für den Eintritt der Rechtshängigkeit erforderlich und an sich so knapp bemessen, daß für ein Verfahren, welches den Rechtsstreit definitiv erledigen soll, nicht weniger gefordert werden kann. Auch das hannov. Gef. § 3, die Proz. Ordn. v. Bayern Art. 556, Oldenburg Art. 298 und Baden § 639, das württemb. Gesetz Art. 1, der hannov. Entw. § 498, österr. Gesetz § 4, sächs. Entw. § 746, nordd. Entw. § 752 stimmen damit im Wesentlichen überein.

Die Entstehungszeit des Anspruchs (Baden § 639, sächs. Entw. § 746) ist ebensowenig wie bei der Klage, ein absolutes Erforderniß; ob dieselbe zur gehörigen Individualisirung des Klagegrundes gehört, bestimmt sich nach dem einzelnen Falle.

Die Nr. 4 des § 583 hat ihre besondere Bedeutung, indem der Kläger dadurch sein Wahlrecht — ob ordentliches oder Mahnverfahren — ausübt.

Die Prüfung des Gesuchs ist eine sachliche und erstreckt sich selbstverständlich auch auf die Zuständigkeit des Gerichts, über welche bei Bezeichnung des Beklagten oder bei dem Grunde des Anspruchs die nöthigen Angaben zu machen sind (hannov. | S. 382. Gef. § 4, Oldenburg Art. 297, hannov. Entw. § 499, sächs. | Entw. § 747, nordd. Entw. § 753). Die Entscheidung kann jedoch nicht theilweise nach dem Antrage und theilweise unter Zurückweisung des Antrags ausfallen. Durch eine theilweise Zurückweisung würde der Anspruch unter Umständen in zwei Prozesse zersplittern, — deren einer durch das Mahnverfahren, der andere durch den ordentlichen Prozeß ohne Garantie für ein übereinstimmendes Resultat getrieben würde, — bei gewissen Nebenforderungen sogar die weitere Verfolgung derselben gehindert werden (vgl. preuß. N. L. R. I. 11. §§ 845 ff.).

Auf den Fall, wo verschiedene selbstständige Ansprüche in Frage stehen, ist § 584 Abs. 2 nicht zu beziehen, indem der Entwurf zwischen „Theil eines Anspruchs“ und „mehreren Ansprüchen“ unterscheidet (§ 263).

Eine besondere Anfechtung der Entscheidung zu gestatten, ist, wie die Uebereinstimmung sämmtlicher Legislationen, soweit sie das Mahnverfahren fakultativ gestalten, bekräftigt, schon deshalb nicht gerathen, weil die Zurückweisung des Antrags einen Streit unter den Parteien erwarten läßt, auch dem Gläubiger, da er nach erfolgter Zurückweisung Klage erheben kann, keinen irgend erheblichen Nachtheil verursacht. (Vgl. hannov. Gef. § 9, Proz. Ordn. v. Bayern Art. 564, Oldenburg Art. 303, hannov. Entw. § 499, nordd. Entw. § 753, hannov. Prot. IX. S. 3364—65).

§§ 585, 586. (R. V. §§ 585, 586, G. §§ 632, 633.)

Der Zahlungsbefehl schließt sich in seinem Inhalt ganz dem Gesuche an (hannov. Gef. § 3, Proz. Ordn. v. Bayern Art. 556, Baden § 639, Oldenburg Art. 298, hannov. Entw. § 500, österr. Gesetz § 6, nordd. Entw. § 754). Die Zustellung des ersteren enthält deshalb der Sache nach auch die Zustellung der Klage

und begründet die Rechtshängigkeit — §§ 222, 227 ff. 231, 441, 442 Abs. 2 (vgl. Bayern Art. 557, hannov. Entw. § 501 und Prot. IX. S. 3312 ff. XVI. 6083 ff., nordd. Entw. § 755). Dies hat auch bei mündlich angebrachtem Gesuche kein Bedenken, weil Mahregister und Zahlungsbefehl dessen Inhalt fixiren.

Der Zahlungsbefehl soll außerdem (entsprechend der preuß. Praxis und dem § 4 des hannov. Gesetzes) auch den Betrag der Kosten des Verfahrens, welche demnachst dem Beklagten zur Last fallen werden, angeben, damit alle weiteren Verhandlungen (Kostenfestsetzungsverfahren) erspart werden. Aus gleichem Grunde und zum Zwecke der genauesten Fixirung dessen, was vom Beklagten verlangt und eventuell beigetrieben werden kann, ist der Gläubiger gehalten, die Zinsen anzugeben, welche in den Zahlungsbefehl aufgenommen werden sollen.

Die direkte Androhung der Zwangsvollstreckung ist in den erwähnten Gesetzeswerken mit Ausnahme Badens allgemein angenommen. Sie mahnt den Schuldner am eindringlichsten und so verständlich, daß er nicht erst Rechtsbelehrung zu suchen braucht, an die Folgen des Fristablaufs und steht nicht im Widerspruche mit dem Umstande, daß, bevor die Zwangsvollstreckung beginnen kann, noch das Urtheil in Gestalt des Vollstreckungsbefehls dazwischentreten muß. Denn da letzterer ohne sachliche Prüfung auf die bloße Thatsache des Fristablaufs hin zu ergehen hat, so läßt sich bereits bei Erlass des Zahlungsbefehls die gewisse Folge der Zwangsvollstreckung voraussehen und androhen. Die Androhung, daß die Forderung für zugestanden erachtet und demgemäß Urtheil ergehen werde (Baden § 639), erscheint als ein Umweg.

[Die Widerspruchsfrist von zwei Wochen, die ungefähr Hälfte der gewöhnlichen | S. 383.  
Einlassungsfrist im ordentlichen Verfahren, findet sich ebenfalls allgemein in den gedachten Legislationen wieder; sie reicht bei Ausschließung der Zustellungen im Auslande und durch öffentliche Bekanntmachung in allen Fällen, auch bei der angenommenen Erweiterung des Mahnverfahrens über jede Werthsgrenze hin, da es sich für den Schuldner nur um den Entschluß handeln kann, ob, nicht wie er sich gegen den Klagenspruch vertheidigen wolle. (Vgl. Proz. Ordn. v. Oldenburg Art. 298, Baden § 639, nordd. Entw. § 754).

Die Zulassung einer Fristverkürzung (vgl. die preuß. Verordn. und nordd. Entw. § 754) erscheint in Rücksicht auf die Nothwendigkeit eines einfachen, streng geregelten Verlaufs des Mahnverfahrens nicht wünschenswerth, zumal ein Bedürfniß dafür nicht anzuerkennen ist. Für schleunige Fälle mag das ordentliche Verfahren dienen, welches, wenn auch vielleicht mit etwas mehr Umständen, in Folge der gesetzlichen oder im einzelnen Falle besonders gewährten Abkürzung der Einlassungsfrist (§§ 197, 440, 543) und durch Gewährung der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils (§ 602) ebenso rasch zum Ziele führen kann.

Den ausgefertigten Zahlungsbefehl hat der Kläger nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 146, 148 ff.) in Abschrift dem Beklagten zustellen zu lassen, und mit dem Antrage auf Vollstreckbarkeitserklärung das mit der Zustellungsurkunde versehene Original wieder einzureichen (§ 592 Satz 2, vgl. bayer. Proz. Ordn. Art. 557).

#### §§ 587, 588. (R. B. §§ 587, 588, G. §§ 634, 635).

Die Erhebung des Widerspruchs ist formlos (§ 595); sie soll nach der Absicht des Entwurfs bei dem Gerichte erfolgen, da dieses über die Vollstreckbarkeit zu befinden hat (hannov. Ges. § 5, hannov. Entw. § 503, bayer. Proz. Ordn. Art. 558, österr. Ges. § 7).

Der bloße Ablauf der Frist soll nicht den Ausschluß des Widerspruchs und die erst als Folge des Urtheils eintretende Vollstreckbarkeit des Zahlungsbefehls bewirken. Die Vollstreckbarkeit ohne Antrag des Klägers auszusprechen oder eintreten zu lassen, würde den angenommenen Grundsätzen über den Eintritt der Folgen totaler Verfümung widersprechen. Es bedarf daher auch eines bestimmten richterlichen Aktes (Vollstreckungsbefehl § 572) zu deren Herstellung, und bis zu diesem Akte, nicht bloß bis zum Antrage des Gegners (Oldenburg Art. 299 § 1), muß in Konsequenz des § 202 das Verfümte nachgeholt werden können (hann. Ges. § 5, Proz. Ordn. v. Bayern Art. 558, hannov. Entw. § 502, nordd. Entw. § 756).

Die Wirkung des rechtzeitig erhobenen Widerspruchs ist die Entkräftung des einseitig erlassenen Zahlungsbefehls. Nur die Wirkungen der Rechtshängigkeit

(§§ 227 ff., 231) können und müssen bestehen bleiben, da das Aufhören der Rechtshängigkeit in Folge willkürlichen Widerspruchs die Anwendbarkeit des Verfahrens, insbesondere zur schleunigen Unterbrechung einer drohenden Verjährung, auf das Höchste beeinträchtigen würde (Bayern Art. 559, Baden § 643, hannov. Entw. § 503 und Prot. XVI. S. 6080 ff., nordd. Entw. § 758).

Im Falle des § 589 sind diese Wirkungen an keine Dauer geknüpft, weil der Beklagte durch eigenes Betreiben des anhängig bleibenden Rechtsstreits deren Befestigung in der Hand hat, dagegen im Falle des § 590 auf die Dauer von sechs Monaten beschränkt, weil in diesem Falle der Rechtsstreit von dem Schuldner nicht betrieben werden kann, die Rücksicht auf denselben aber fordert, daß die Erstreckung der Folgen einer einseitigen Handlung des Gläubigers ins Ungewisse verhütet werde (Bayern Art. 559, Baden § 643, hannov. Entw. § 503, nordd. Entw. § 760).

Die zu erhaltende Einfachheit des Verfahrens und die Kongruenz mit der Vorschrift des § 584 Abs. 2 machen es nothwendig, den Widerspruch, wenn er auch nur auf einen Theil des Anspruchs gerichtet wird, zu behandeln, als ob er gegen den Anspruch in seinem ganzen Umfange erhoben wäre (Baden § 640, hannov. Entw. § 503, österr. Gesetz § 9, sächs. Entw. § 749, nordd. Entw. § 758). Ist der Zahlungsbefehl wegen mehrerer selbstständiger Ansprüche erlassen, so verliert er durch den Widerspruch gegen einen derselben nicht seine Kraft rücksichtlich der übrigen (bayer. Proz. Ordn. Art. 560, hannov. Entw. § 503, österr. Ges. § 9, sächs. Entw. § 749). Die Abweichung des nordd. Entw. (Prot. III. S. 1206, 1207) ist ohne zwingenden Grund.

Die Mittheilung an den Gläubiger, daß rechtzeitig Widerspruch erhoben sei, empfiehlt sich durch die Rücksicht auf die weitere Prozedur (§§ 589, 590) und ist so einfach, daß dem Gläubiger nicht mit Bayern Art. 558 zugemuthet zu werden braucht, sich zum Zwecke der Einsicht des schriftlichen Widerspruchs oder des Mahnregisters auf die Gerichtsschreiberei zu begeben. Andererseits kann auch dem Schuldner daran liegen, konstatiren zu können, daß der Widerspruch rechtzeitig erhoben worden; ihm ist daher auf seinen Antrag eine Bescheinigung darüber zu ertheilen. Soweit nicht derartige Rücksichten Platz greifen, muß sich das Mahnverfahren als bloßes Registerverfahren gestalten. Sollte insbesondere jeder nicht rechtzeitig erhobene Widerspruch zurückgewiesen werden, so würden dadurch nicht nur Dekreturen, sondern auch unnöthige Kosten verursacht werden — unnöthig, weil der Schuldner ohnehin durch die Zustellung des Vollstreckungsbefehls (§§ 593, 620) Kenntniß erhält, daß ein von ihm erhobener Widerspruch nicht rechtzeitig erfolgt sei (hannov. Entw. § 502 und Prot. IV. S. 3317, 3319).

#### §§ 589—591. (R. B. §§ 589—591, G. §§ 636—638.)

Ist rechtzeitig Widerspruch erhoben, so ist das weitere Verfahren verschieden, je nachdem die wegen des Anspruchs zu erhebende Klage vor die Amtsgerichte gehört oder nicht. In dem ersteren Falle kann der Zahlungsbefehl, da er die wesentlichen Erfordernisse einer Klage enthält, als Klage die Grundlage für das weitere Verfahren abgeben. Der § 589 Abs. 1 bestimmt daher, daß die Klage als mit der Zustellung des Zahlungsbefehls bei dem Amtsgerichte erhoben anzusehen sei, welches den Zahlungsbefehl erlassen hat. Diese Bestimmung ist nur durchführbar, wenn dafür gesorgt ist, daß es auch ohne Zuthun des Gläubigers zum Verhandlungstermine kommen kann — entweder dadurch, daß das Gericht von Amtswegen zu laden hat, oder dadurch, daß jede Partei laden darf. Die Ladung von Amtswegen ist unzweckmäßig, was nach den eingehenden Debatten in der hannov. Konferenz keiner weiteren Darlegung bedarf (hannov. Prot. IX. S. 3316 ff., 3345 ff., XVI. S. 6071 ff.). Der Entwurf hat sich demgemäß für die zweite Alternative entschieden und in Uebereinstimmung mit den Vorschriften der §§ 184, 187, 440 jeder Partei die Befugniß zur Ladung zum ersten Verhandlungstermine eingeräumt.

Gehört der Anspruch zur Zuständigkeit der Handelsgerichte oder Landgerichte, so würde die Fortsetzung der Sache auf Grund des erlassenen Zahlungsbefehls zunächst auf geschäftliche Schwierigkeiten stoßen, welche daraus entstehen, daß verschiedene Gerichte mit der Sache befaßt werden. Auch kann bei erheblicheren Rechtsstreitigkeiten erwartet werden, daß der Kläger, nachdem der Beklagte Widerspruch erhoben hat,

die Klage gründlicher vorbereiten will, als zum Zwecke des Zahlungsbefehls geschehen ist. Für die vor die Landgerichte gehörigen Sachen würde endlich der eintretende Anwaltszwang dem Versuche, den Zahlungsbefehl als Klage zu verwerthen, entgegenstehen. In diesen Fällen ist daher die Erhebung einer besonderen Klage erforderlich.

### § 592. (R. B. § 592, G. § 639.)

Die sachliche Prüfung, ob der Anspruch des Klägers in sich begründet ist und deshalb in Ermangelung eines Streits judikatmäßig festzustellen sein wird, erfolgt bereits bei Erlass des Zahlungsbefehls (§§ 587, 594); sucht nach abgelaufener Frist der Gläubiger die Vollstreckbarkeitsklärung nach, so beschränkt sich die Kognition des Richters sachgemäß auf die Feststellung der formellen Voraussetzungen für den Erlass des Urtheils — der Zustellung des Zahlungsbefehls und des unterbliebenen Widerspruchs — von denen die erste durch die Zustellungsurkunde, die letzte durch das Mahnregister nachgewiesen wird.

Beim Vorhandensein jener Voraussetzungen ergeht in Form eines Dekrets der Sache nach ein Urtheil (Vollstreckungsbefehl). Dasselbe beschränkt sich zweckmäßig auf die Erklärung, daß der Zahlungsbefehl vorläufig vollstreckbar sei (hannov. Ges. § 7, Proz.-Ordn. v. Bayern Art. 562, Oldenburg Art. 301, hannov. Entw. § 504, nordb. Entw. § 762). Der Vollstreckungsbefehl wird auf den vom Gläubiger zu überreichenden und mit der Behändigungsurkunde versehenen Zahlungsbefehl gesetzt. Die materielle Bedeutung, welche hiernach dem Vollstreckungsbefehle beimohnt, macht es nöthig, daß dessen Ertheilung in irgend einer Weise attemäßig konstatiert werde. Das Nähere darüber wird durch die Vorschriften über das Mahnregister zu bestimmen sein.

Dagegen würde die Zustellung des Vollstreckungsbefehls von Amtswegen (Oldenburg Art. 301, Baden § 641) an den Schuldner eine Abweichung von den angenommenen Grundsätzen über die Zustellung der Urtheile (§ 278) enthalten, welche — an sich durch die Natur des vollstreckbaren Zahlungsbefehls nicht geboten — mehr als eine bloße Registerdekretur schaffen, die Geschäfte der Amtsgerichte vermehren und ohne wesentlichen Nutzen für die Partei die Prozedur vertheuern müßte (vgl. Bayern Art. 562).

Ähnliche praktische Rücksichten führen dahin, dem Vollstreckungsbefehle, abweichend von anderen für vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheilen, neben seiner materiellen die Bedeutung einer Vollstreckungsklausel beizulegen, als welche er sich schon äußerlich kennzeichnet. In dieser Eigenschaft macht er der Regel nach die besondere Vollstreckungsklausel überflüssig (§ 653, vgl. hannov. Ges. §§ 8, 10, hannov. Entw. §§ 645, 648); in dieser Eigenschaft, als notwendige Grundlage für die Ausführung der Zwangsvollstreckung durch selbstständige Beamte (§§ 620, 623), ist er aber auch, abgesehen von früher erörterten prinzipiellen Gründen, unentbehrlich.

Die Verweigerung des Vollstreckungsbefehls enthält der Sache nach die Verweigerung der Urtheilsfällung, auf welche der Gläubiger durch die im Erlasse des Zahlungsbefehls liegende Anerkennung der Zulässigkeit des Mahnverfahrens eine bedingte Anwaltschaft hat. Es ist ihm deshalb hier gegen die zurückweisende Verfügung einer Rechtshilfe gewährt, während sie ihm in Falle des § 584, wo es sich erst darum handelt, ob solche bedingte Rechte einzuräumen seien, versagt bleiben konnte. Die Verweigerung des Vollstreckungsbefehls enthält aber außerdem die Verweigerung der Vollstreckungsklausel. Die Rechtshilfe wird deshalb in Uebereinstimmung mit den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung (§ 650) in Gestalt der sofortigen Beschwerde gewährt. §. 386.

### § 593. (R. B. § 593, G. § 640.)

Dem Entwurf liegt der Gedanke zu Grunde, daß der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl enthält. Wird daher der Einspruch zulässig befunden, so ist in Anwendung der Vorschrift des § 297 anzunehmen, daß der Widerspruch rechtzeitig erhoben sei, daß mithin der Zahlungsbefehl seine Kraft verloren (§ 588) habe (hannov. Prot. IX. S. 3365, 3367, 3368).

Der Entwurf hat es weder prinzipiell für richtig, noch durch praktische Rücksichten

für geboten erachten können, mit dem nordd. Entw. § 763 die Verhandlung und Entscheidung über den Einspruch in landgerichtlichen und handelsgerichtlichen Sachen vor die Amtsgerichte zu verweisen.

#### § 594. (R. B. § 594, G. § 641.)

Das Erlöschen des Zahlungsbefehls in allen seinen Wirkungen mit dem Ablauf von sechs Monaten dient dazu, im Interesse des Beklagten wie der Gerichte das ganze Verfahren zum Abschlusse zu drängen. Der Kläger, welcher so lange Zeit verstreichen läßt, ohne die Sache weiter zu betreiben, mag, wenn sie nicht erledigt ist, von vorne anfangen. (Vgl. hannov. Gef. § 6 Prozeßordn. v. Bayern Art. 561, Oldenburg Art. 300 und Baden §§ 641, 643, hannov. Entw. § 505, österr. Gesetz § 16, nordd. Entw. § 764.)

Ist das Gesuch zurückgewiesen und die Frist für die sofortige Beschwerde (§ 592) verstrichen, so ergiebt sich der Wegfall aller Wirkungen des Mahnverfahrens von selbst.

#### §§ 595, 596. (R. B. §§ 595, 596, G. §§ 642, 643.)

Der abschriftlichen Mittheilung der Gesuche um Erlassung eines Zahlungsbefehls oder Vollstreckungsbefehls, sowie des Widerspruchs bedarf es nicht, da jene Gesuche in den erlassenen Befehlen sich wiederfinden und der Inhalt des Widerspruchs abgesehen von der Thatsache desselben gleichgültig ist. Die mündliche Anbringung der Gesuche ist auch zugelassen im hannov. Gef. § 11, in der Prozeßordn. v. Baden § 640, im hannov. Entw. § 506, hess. Entw. Art. 738, nordd. Entw. § 765.

Die Beibringung einer Vollmacht ist nur erforderlich für das Gesuch um Erlaß des Vollstreckungsbefehls (hannov. Gef. § 12, hannov. Entwurf § 507, sächs. Entw. § 753, nordd. Entw. § 766). Mit Rücksicht auf die unbegrenzte Zulassung des Mahnverfahrens erschien es nicht angemessen, Rechtsanwältin und Gerichtsvollziehern den Nachweis der Bevollmächtigung gänzlich zu erlassen (Bayern Art. 554).

| C. 387.

## I Ahtes Buch.

### Zwangsvollstreckung.

Nach dem Vorgange der neueren Legislation sind die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in zwei Gruppen gebracht, von denen die erste (Abschnitt I.) die Bestimmungen allgemeiner Natur, die zweite (Abschnitt II.—IV.) die speziellen Exekutionsarten umfaßt. In natürlichem Anschlusse reiht sich sodann an die Vorschriften betreffend die Befriedigung eines Anspruchs durch Exekution, das Verfahren zur Sicherung eines solchen im Wege der Zwangsvollstreckung (Abschnitt V.)

## Erster Abschnitt.

### Allgemeine Bestimmungen.

#### §§ 597—656. (R. B. §§ 597—656, G. §§ 644—707.)

Der Entwurf geht bei Regelung des Vollstreckungsverfahrens mehrfach von Grundfällen aus, welche von den bisher in einem großen Theile Deutschlands geltenden abweichen.

I. Die Reihe der gesetzlich anerkannten Exekutionstitel (§§ 597, 651, 655) hat

in den erekutorischen Urkunden (§ 651 Nr. 4) eine Vermehrung erfahren, welche gegenüber dem bestehenden gemeinen und preussischen Rechte von erheblichem Belange ist.

Dem Code de proc. (Art. 545 ff.), den Prozeßordnungen v. Bayern (Art. 822; vgl. auch Ges. v. 1. Juli 1856 und Notariatsges. v. 10. November 1861 Art. 80), Württemberg (Art. 903), Hannover (§ 528), Oldenburg (Art. 332 § 1), Braunschweig (§§ 361, 363), sowie den Entwürfen für Oesterreich (§ 776), Sachsen (§ 1036), dem hannov. Entw. (§ 645) und nordd. Entw. (§§ 933 ff.) bekannt, läßt das Institut der vollstreckbaren Urkunden erfahrungsgemäß eine weitgehende Verminderung der Prozesse bzw. Abkürzung des Verfahrens erwarten und hat sonach neben dem Urkundenprozeß und dem Mahnverfahren seine Bedeutung. Während aber nach französischem Prozeßrechte auf jede in erekutorischer Ausfertigung vorliegende öffentliche Urkunde mit der Exekution sofort verfahren werden kann, schränkt der Entwurf in Uebereinstimmung mit der Mehrzahl der übrigen Gesetzgebungswerke dieses Recht in feste Grenzen ein und macht es namentlich davon abhängig, daß unter den Kontrahenten die sofortige Zwangsvollstreckung ausdrücklich ausbedungen ist.

II. In Betreff der Endurtheile als Titel zur Zwangsvollstreckung hat sich der Entwurf den Grundsätzen des gemeinen und altländisch preussischen Rechts angeschlossen, indem er als Regel für die Zulässigkeit der Exekution ein rechtskräftiges Erkenntniß voraussetzt (§§ 597, 598) [vgl. auch Proz.-Ordn. v. Hannover §§ 162, 408, 528, Baden §§ 371 ff., 838, Württemberg Art. 642, 682, Oldenburg Art. 134, mecklenb. Exekutionsordn. v. 30. September 1857 § 1, hannov. Entw. § 645, preuß. Entw. § 946 und Mot. S. 239, österr. Entw. § 776, sächs. Entw. § 1036, nordd. Entw. § 883.] | S. 388.  
Dagegen findet nach dem Rechte des Code de proc., welchem zum Theil die bayerr. Proz. Ordn. gefolgt ist, die Zwangsvollstreckung aus einem Urtheil in der Regel schon vor Ablauf der für die ordentlichen Rechtsmittel des Einspruchs und der Berufung gewährten Nothfristen statt und wird durch deren wirkliche Einlegung nur in ihrem Fortgange so weit gehemmt, daß auf geschehene Notifikation der Gerichtsvollzieher nicht fortschreiten darf, die bis dahin getroffenen Exekutivmaßregeln aber einstweilen bestehen bleiben (vgl. Code de proc. art. 155, 157—159, 449, 450, 457, bayerr. Proz. Ordn. Art. 827).

Neben der sich hiernach ergebenden Regel konnte der Entwurf, so wenig wie das französische Recht und die übrigen allegirten Legislationen, Ausnahmen entbehren. Er statuirt

III. Endurtheile, welche, obwohl noch dem Einspruche oder einem Rechtsmittel in der angenommenen Bedeutung des Worts (allg. Begründung § 11) unterliegend, vorläufig vollstreckbar sind (§§ 597, 601 ff.) — und zwar „vorläufig“ nicht etwa in dem Sinne, daß der demnächstige Angriff des Urtheils dessen Vollstreckbarkeit hemmt, sondern im Sinne einer exceptionellen Vollstreckbarkeit gegenüber der regelmäßigen Vollstreckbarkeit eines rechtskräftigen Urtheils. Für die prozeßualische Behandlung der vorläufigen Vollstreckbarkeit standen zwei Wege offen. Nach deutschem Rechte schweigt, wie als Regel angenommen werden darf, das Urtheil über seine etwaige provisorische Exekutionsfähigkeit, vielmehr wird erst nachträglich in Folge eines Exekutionsgefuchs von dem Exekutionsrichter geprüft, ob der Fall einer Ausnahme vorliegt. Die Entscheidung hierüber unterliegt aber nicht selten erheblichen Zweifeln, zumal in den Fällen, in welchen sie von besonderen thatsächlichen Würdigungen abhängt (z. B. ob Gefahr im Verzuge sei u. dergl.). Es ist nicht korrekt, diese Entscheidung dem Richter der Hauptsache zu entziehen, dieselbe sogar auf einseitigen Antrag ergehen oder über die vorläufige Vollstreckbarkeit einen zweiten Prozeß dem ersten nachfolgen zu lassen. Weit angemessener und dem Interesse der Parteien entsprechender ist es, bei der Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache auch die Frage der vorläufigen Vollstreckbarkeit zum Austrage zu bringen; der Richter der Hauptsache ist bei Erlaß des Endurtheils bereits mit der ganzen Sache befaßt und am besten in der Lage, auch über die vorläufige Vollstreckbarkeit zu entscheiden, für und gegen welche die Parteien ihre etwaigen besonderen Anführungen zu machen haben. Die vorläufige Vollstreckbarkeit wird also, wenn sie in Folge eines gestellten Antrags (§ 602) oder bei gewissen Urtheilen kraft Gesetzes (§ 601) überhaupt in Frage kommt, als ein Theil des Streitgegenstandes selbst behandelt; das Endurtheil muß seine vorläufige Vollstreckbarkeit aussprechen oder verneinen; die Uebergehung

der Entscheidung findet dementsprechend im Wege der Ergänzung des Urtheils Abhülfe (§ 606). Der Entwurf hat dieses im Gebiete des franz. Rechts ausgebildete und bereits in die Prozeßordn. v. Bayern, Hannover und Württemberg, in den hannov., preuß. und nordd. Entw. übergegangene System um so mehr adoptirt, als es sich am leichtesten mit der Selbstständigkeit der Vollstreckungsbeamten vereinigt.

IV. Die Ausführung der Zwangsvollstreckung soll nach dem Entwurf regelmäßig durch Gerichtsvollzieher erfolgen, welche, unmittelbar von den Parteien angegangen, ohne Leitung des Gerichts handeln (§ 623).

| S. 389.

| Die Mitwirkung des Gerichts tritt ein, wenn es sich um die Erledigung von Einwendungen des Schuldners oder dritter Personen gegen die Vollstreckung, oder um die Beseitigung von Anständen der verschiedensten Art, welche das Verfahren finden kann, oder um die Einleitung oder Durchführung eines Vertheilungsverfahrens handelt (§§ 634—636, 639, 645, 653, 654, 705 ff.); auch sind gewisse Vollstreckungsakte, insbesondere die Zwangsvollstreckung im Auslande, in Forderungen und ähnliche Vermögensrechte, in das unbewegliche Vermögen, endlich die auf Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung gerichtete Exekution den Gerichten zugewiesen (§§ 633, 647, 649, 677 ff., 702 ff., 718 ff., 726 ff.).

Die Gründe, welche für die Selbstthätigkeit der Parteien im Betriebe des Prozesses und die Einführung selbstständiger Zustellungsbeamten geltend gemacht sind (vgl. allgem. Begründung § 9 und die einleitenden Bemerkungen zu Tit. 2 Abschn. 3 Buch I), führen auch zur Ausschcheidung des Vollstreckungsverfahrens aus dem unmittelbaren Bereiche der richterlichen Thätigkeit und zu dessen Uebertragung an besondere Organe. Daneben fällt spezifisch für die Zwangsvollstreckung die Nothwendigkeit einer raschen und energischen Rechtshülfe für den Gläubiger ins Gewicht, welche als der letzte Zweck einer rationellen Exekutionsgesetzgebung von dem deutschen Gesetzgeber um so mehr ins Auge gefaßt werden darf, als durch die Aufhebung der Schuldhaft und des Lohnarrestes (Reichsges. v. 29. Mai 1868 und v. 21. Juni 1869) die Exekutionsmittel des Gläubigers eine empfindliche Schwächung erfahren haben (vgl. nordd. Prot. IV. S. 1966). Diesen Anforderungen entspricht das in einem großen Theile Deutschlands noch bestehende Vollstreckungsverfahren nicht. Die bisherige gerichtliche Androhung, Ernennung und Leitung der Exekution vom Prozeßgerichte aus, welches als Mittelpunkt des Verfahrens unter allen Umständen erst schriftlich und zwar bei jedem Vollstreckungsakte, bei jedem Uebergange von einer Exekutionsart zur anderen von Neuem angegangen werden und seinen Vollstreckungsauftrag ertheilen, oder gar ein Ersuchen an andere Gerichte um Ausführung der Vollstreckung erlassen mußte, — dazu die Kommunikationen zwischen Gericht und Exekutor verweiläufigten die Prozedur ungemein. Bei der eigentlichen Ausführung der Vollstreckung war gleichwohl die Leitung des Gerichts kaum bemerklich, die Selbstständigkeit der Vollstreckungsbeamten dagegen trotz der Leitung eine große.

Außer diesen Erwägungen mußte der Entwurf die entschiedene Richtung in Betracht ziehen, welche sich nach dem am Rhein und in Bayern bestehenden Rechtszustande hin in den neueren Prozeßgesetzentwürfen ausgesprochen und, wie hervorzuheben, auch die Billigung vieler höheren preußischen Gerichte gefunden hat.

V. Dergleichen, auf Einfachheit und Präzision der Vollstreckung gerichteten Tendenz entspringt es, wenn der Entwurf, auch soweit die Anordnung von Vollstreckungshandlungen und die Mitwirkung bei solchen den Gerichten belassen ist, das Prozeßgericht als einheitlichen Mittelpunkt aufgegeben und jene Thätigkeiten einem Vollstreckungsgerichte zugewiesen hat, welches grundsätzlich nicht das Prozeßgericht ist, sondern nur möglicherweise mit demselben zusammenfällt; welches ferner (im Gegensatze zum französischen Rechte) grundsätzlich ein Amtsgericht und zwar, von Ausnahmen abgesehen, dasjenige Amtsgericht ist, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat (§ 633). Die leichtere Zugänglichkeit und Beweglichkeit der Amtsgerichte ist hierfür bestimmend gewesen (vgl. hannov. Proz. Ordn. §§ 549, 557, 565, 579).

| S. 390.

VI. Aus den zu IV. erörterten Rücksichten hat endlich der Entwurf

- 1) weder bestimmte Exekutionsgrade aufgestellt, noch die Häufung verschiedener Exekutionsarten ausgeschlossen;
- 2) die Exekutionsfähigkeit richterlicher Urtheile nicht auf eine bestimmte Zeit

beschränkt, wie gegenüber der preuß. A. G. D. I. 24 § 3 (vgl. auch Code de proc. art. 156, Code de commerce art. 643, Proz. Ordn. v. Baden § 851, Hannover § 536) zu konstatiren ist;

- 3) das in vielen Staaten Deutschlands (vgl. für das gemeine Recht Weßell, Ed. II. S. 927, 928, ferner Proz. Ordn. v. Hannover §§ 535 ff., Oldenburg Art. 399, Bayern Art. 842, 845, Code de proc. art. 583, württemb. Gef. v. 13. November 1855 § 1, mecklenb. Graf. Ordn. § 3 Nr. 2) bestehende Befriedigungsgebot — monitorischer Zahlungsbefehl, Vollstreckungs-, Vollziehungsgebot, executoriales — nicht übernommen und ebensowenig
- 4) dem Gerichte die Befugniß eingeräumt, im Urtheil eine den Umständen des Falls angemessene Erfüllungsfrist (vgl. Weßell, Ed. II. S. 540 ff., nordd. Entw. § 425 Abs. 1 zu bestimmen.

Das Befriedigungsgebot ist keineswegs, wie die Motive z. preuß. Entw. (S. 252 Nr. 3) meinen, durch die Einführung des Gerichtsvollzieherinstituts bedingt. Der österr. und nordd. Entw. haben dieses, nicht aber jenes übernommen. Auch aus inneren Gründen kann die Nothwendigkeit des Befriedigungsgebots als einer die Ausführung der Zwangsvollstreckung noch aufschiebenden Maßregel nicht anerkannt werden. Die mit einem solchen Gebote zu verbindende Frist würde als bloße Stundung nach eingetretener Vollstreckbarkeit des Urtheils das judikatmäßige Recht des Gläubigers ungerechtfertigt schädigen; die hierin liegende Verzögerung des gerichtlichen Urtheilsvollzuges wäre so unbillig, daß dagegen alle Momente, welche das Vollziehungsgebot wünschenswerth machen könnten, zurücktreten. Diese Momente liegen in der Rücksicht auf den Schuldner, welchem die zu stellende Frist zur Beschaffung der nöthigen Geldmittel bezw. zum Vorbringen etwaiger Einwendungen dienen soll. Wenn aber der Schuldner nur überhaupt von dem vollstreckbaren Titel vor dem Beginne der Vollstreckung Kenntniß erhalten muß (§ 620), so ist zu erwarten, daß er bei Amendment der ihm durch die Verurtheilung gebotenen Vorsicht sich in der Lage befinde, die Einstellung der Vollstreckung herbeiführen zu können. Die freiere Gestaltung des bei dem Vorbringen von Einwendungen einzuhaltenden Verfahrens wird zur Befeitigung jeder Gefährdung des Schuldners noch weiter beitragen (§§ 635—637, 640). Eine alle Einwendungen ausschließende Kraft würde auch dem Ablaufe der Frist des Vollziehungsgebots nicht beigelegt werden können (Proz. Ordn. v. Hannover § 576, und Oldenburg Art. 346, württemb. Graf. Gef. Art. 6); mit den noch zulässigen Einwendungen bleibt der Schuldner wieder in derselben Lage. Es handelt sich also in der That nur um ein Monitorium, welches bei einer längeren Frist den Gläubiger erheblich schädigen kann, bei einer kurzen sich dem Erfolge nach nur zu einer Aufforderung an den Schuldner, seine pfandbare Habe in Sicherheit zu bringen, gestaltet und sich mit dem immer wieder zu premirenden Erfordernisse einer energischen Realexecution nicht ver|trägt. Eine | S. 391.  
gewisse Frist bleibt dem Crequendus ohnehin, denn zwischen Pfändung und Versteigerung der Pfandstücke wird regelmäßig ein mehr oder minder großer Zeitraum liegen. Gegenüber den Befürchtungen, welche an die Abschaffung des Befriedigungsgebots geknüpft werden, ist die Rechtsentwicklung im Gebiete der preuß. A. G. D. beachtenswerth. Nachdem durch das Gesetz v. 20. März 1854 § 15 der monitorische Zahlungsbefehl für die Mobilienexecution abgeschafft worden, ohne daß sich Bedenken dagegen erhoben, hat die Subhastationsordn. v. 15. März 1869 auch das der Immobilienexecution mittels Zwangsverkaufs vorausgehende Zahlungsgebot fallen lassen — und zwar unter allgemeiner Zustimmung der Gerichte und landwirthschaftlichen Kreditverbände. Es besteht gegenwärtig ein dem Befriedigungsgebote ähnlicher Befehl an den Schuldner nur noch bei Executionen auf Handlungen oder Unterlassungen (Verordn. v. 4. März 1834 § 9), wo er integrirend mit der den Gerichten obliegenden Leitung und Ausführung jeder Zwangsvollstreckung zusammenhängt. In Oesterreich hat bereits die A. G. D. von 1781 das Befriedigungsgebot aufgehoben und die Bemerkungen zum österr. Referentenentwurf von 1866 (S. 110) bezeichnen die Eventualität seiner Wiedereinführung treffend als „Rückschritt auf einen längst verlassenen Standpunkt.“

In Vorstehendem sind bereits die prinzipiellen Gründe gegeben, welche zur Aufhebung der landesgesetzlichen Vorschriften über die Urtheilsfristen und über die

Befugnisse der Gerichte, dem Schuldner bei der Verurtheilung Zahlungsfristen zu gewähren, wo solche nicht in dem materiellen Rechtsverhältnisse (wie bei den obligationes faciendi) begründet sind, geführt haben (Einführ. Ges. § 10 Nr. 3). Daneben kommen praktische Schwierigkeiten in Betracht. Die Judikationsfrist konnte regelmäßig erst von der Rechtskraft des Urtheils laufen. Da diese aber von der Betriebsamkeit des Gläubigers in Zustellung des Urtheils abhängig ist, so fehlt bei Erlaß des Urtheils dem Gerichte jeder feste Zeitpunkt, nach welchem es die Nothwendigkeit und die Länge einer Erfüllungsfrist zu bemessen im Stande wäre.

Die vorstehenden Erwägungen treten der Beibehaltung der in Preußen geltenden Partitionsordere bei Zwangsvollstreckungen gegen eine dem aktiven Heere angehörende Person nicht entgegen. Die darauf bezüglichen Bestimmungen gestatten, wie der § 622 ergibt, eine Fassung, welche ausschließt, daß das Requisite der Partitionsordere zu einer Verzögerung der Zwangsvollstreckung Anlaß bieten kann.

VII. Es leuchtet ein, daß bei Aufgabe der einheitlichen Leitung der Vollstreckung von einem Mittelpunkte aus andere Garantien nöthig werden, durch welche eine feste Ordnung des Verfahrens erzielt und Verwirrungen vorgebeugt wird. Abgesehen von der hier nicht zu regelnden Kontrolle der Gerichtsvollzieher und den nöthigen Instruktionsvorschriften dient diesem Zwecke eine Reihe an diesem Orte nur anzudeutender Bestimmungen des Entwurfs:

Der Gerichtsvollzieher hat lediglich das Formale der Vollstreckung; er darf (abgesehen von den Fällen der §§ 653 Abs. 1, 654 Abs. 2, 754 Abs. 1) nur auf Grund einer mit dem gerichtlichen Atteste der Vollstreckbarkeit (Vollstreckungsklausel) versehenen Ausfertigung des Exekutionstitels vorgehen (§§ 612, 613, 618, 620, 624 ff., 652, 654) und dieses Attest darf, abweichend von dem französischen und bayerischen Rechte, erst nach vorgängiger Feststellung des Vorhandenseins aller Vorbedingungen der Vollstreckbarkeit — vollständige Bestimmtheit des Anspruchs, Eintritt der Rechtskraft, Existenz der Bedingung, Fälligkeit, genaue Eruirung der Person, für und gegen welche vollstreckt werden soll u. — ertheilt werden (§§ 614, 615, 616, 620, 642 ff., 652 ff.).

| S. 392.

Die Fälle, in denen der Gerichtsvollzieher die begonnene Zwangsvollstreckung einzustellen bzw. wieder aufzuheben hat, sind fixirt (§§ 640, 641, 607); die möglichen Widersprüche des Schuldners gegen die Zwangsvollstreckung, je nachdem sie gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung, den Modus der Ausführung oder den Anspruch selbst gerichtet sind, nach Form und Prozedur eingehend geordnet (§§ 617, 634—636, 645, 652, 653, 654, 656); endlich ist dem Ermessen des Richters möglichst freie Bewegung in Bezug auf Vorsichts- und Sicherheitsmaßregeln, sowie in Bezug auf Hemmung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eingeräumt worden (§§ 600, 603, 609, 617, 634, 637, 638, 639, 645, 652).

VIII. Der Entwurf behandelt nur das gerichtliche Vollstreckungsverfahren; die administrative Exekution und die von den Gerichten oder gerichtlichen Beamten den Verwaltungsbehörden zu leistende Rechtshilfe liegt außerhalb der Prozeßordnung (vgl. nordd. Entw. § 932).

Ebenjowenig trifft der Entwurf besondere Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung gegen den Fiskus, die Gemeinden und andere kommunale Verbände sowie gegen Korporationen. Insofern es sich um die Verfolgung dinglicher Ansprüche handelt, fehlt es an Gründen, Abweichungen von den allgemeinen Vorschriften eintreten zu lassen. Insofern dagegen Zwangsvollstreckungen wegen Geldforderungen in Betracht kommen, erscheint es nothwendig, der Landesgesetzgebung Raum für Beschränkungen zu gewähren. Wegen solcher Forderungen gegen den Fiskus oder gegen Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, die Zwangsvollstreckung zu gestatten, kann nach den Verhältnissen der einzelnen Bundesstaaten sich als unangemessen darstellen — und die Zulassung der Zwangsvollstreckung gegen Gemeinden und andere kommunale Verbände kann dahin führen, daß die denselben obliegende Verwaltung öffentlicher Angelegenheiten gestört wird. In § 12 Nr. 4 des Einführungsgesetzes ist daher bestimmt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, Gemeinden und andere kommunale Verbände, Provinzial-, Kreis- und Amtsverbände sowie gegen solche Korporationen, deren Vermögen von Staatsbehörden verwaltet wird, insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden, unberührt bleiben (vgl. noch preuß. Entw. §§ 990, 991, Motive S. 251, Civilprozeßordnung v. Bayern Art. 882).

## I.

## Das rechtskräftige Urtheil als vollstreckbarer Schuldtitel.

§§ 597, 598. (R. B. §§ 597, 598, G. §§ 644, 645.)

Als Titel zur Zwangsvollstreckung sind nur Endurtheile (Theilurtheile) — seien es kontradiktorische oder auf Versäumung ergangene — geeignet, während Zwischenurtheile als bloßes Material für die Endentscheidung rücksichtlich der Zwangsvollstreckung nicht in Frage kommen. Auch konnte der Entwurf als selbstverständlich voraussetzen, daß nur solche Endurtheile hier in Betracht kommen, welche ihrer Natur nach einer Vollstreckung fähig sind, was u. A. hinsichtlich durch Eid bedingter oder nur die Verpflichtung zum Schadenserlasse aussprechender Endurtheile nicht zutrifft (vgl. nordd. Prot. IV. S. 1950).

Ein Urtheil, welches einem von außerordentlichen Umständen unabhängigen | S. 393. Angriffe unterliegt, kann, so lange dieser Angriff zulässig ist, ohne unnatürliche Fiktion noch nicht als definitive Entscheidung angesehen werden, weshalb es nicht angemessen erscheint, die zwangsweise Vollstreckung desselben als Regel aufzustellen. Der entgegen gesetzte Standpunkt des franz. Rechts (vgl. hannov. Prot. XI. S. 4060) verfolgt, auch nach Abkürzung der langen Rechtsmittelfristen des Code de proc. art. 443, 445, 446, 73 durch das Ges. v. 3. Mai 1862, die Tendenz, die Partei zur baldigen Entscheidung über Benutzung des Rechtsmittels zu drängen und die definitive Entscheidung zu beschleunigen. Mit Recht bezeichnen die Mot. des preuß. Entw. (S. 240) diesen Zwang als einen Verstoß gegen das Prinzip, auf welchem die Rechtsmittelfristen beruhen; er wird völlig entbehrlich, wenn die weitgehende Rechtsmittelfrist des franz. Rechts unter Beseitigung aller Zusatzfristen auf die Hälfte herabgesetzt wird (§§ 457, 490).

Der § 598 erläutert, in welchem Sinne hier der Ausdruck „rechtskräftig“ gebraucht worden ist. Ein Urtheil ist als rechtskräftig anzusehen, wenn es weder dem Einspruche noch einem Rechtsmittel unterliegt oder durch diese Rechtsbehelfe nicht mehr anfechtbar ist. Der aufzustellende Begriff der Rechtskraft war von dem angenommenen System der Mittel zur Anfechtung der Urtheile abhängig. Für kontradiktorische Urtheile haben alle Rechtsmittel im Sinne des Entwurfs, also Berufung und Revision, gleiche Wirkung; ihre Zulässigkeit suspendirt die Rechtskraft, da sie ohne andere Voraussetzungen, als die im gewöhnlichen Gange des Rechtsstreits liegenden zulässig sind und nichts von außerordentlicher Rechtshilfe, welche anderweit Berücksichtigung findet (§ 600), an sich haben. Das Gleiche ergibt sich für Versäumnisurtheile ohne Weiteres bezüglich des Einspruchs. Aber auch die in Ermangelung des Einspruchs in beschränktem Maße zulässigen Rechtsmittel (§§ 454, 505) sind ungeachtet ihrer Beschränkung immerhin ordentliche Rechtshilfen und hemmen konsequent die Rechtskraft. Freilich wird damit die Rechtskraft des zweiten, dem Einspruche nicht mehr unterliegenden Versäumnisurtheils weiter hinausgeschoben, als die des ersten; allein dieses an sich eigenthümliche Resultat ist ohne alle praktische Bedenken, wenn, wie dies im § 601 Nr. 4 geschehen, durch Beilegung der vorläufigen Vollstreckbarkeit jenem zweiten auf Versäumnis ergangenen Urtheile im Wesentlichen dieselbe Wirksamkeit gesichert ist, welche ihm die Rechtskraft verleihen würde.

Die von den Grundsätzen des § 598 abweichende Behandlung, welche die Nichtigkeitsbeschwerde nach ihrem Vorbilde, dem franz. Kassationsrecurso, in den neueren Gesetzgebungen erhalten hat (vgl. Bayern Art. 799, Württemb. Art. 743, hannov. Entw. § 617, preuß. Entw. § 660, nordd. Entw. § 844), findet in deren Eigenthümlichkeit ihre Erklärung.

Der

§ 599 (R. B. § 599, G. § 646)

verpflichtet den Gerichtsschreiber, auf Antrag Zeugnisse der Rechtskraft zu erteilen, für welche Bestimmung ein Bedürfniß mit Rücksicht auf Statutsverhältnisse,

Amortisation von Urkunden, Eintragungen im Hypothekenbuche und dergleichen obwaltet (vgl. preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 22 und nordd. Prot. IV. S. 2008).

- Die Feststellung der Rechtskraft der Urtheile zum Zwecke der Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§ 612) oder eines Attestes der Rechtskraft kann bei Mitwirkung der Gerichte an dem Betriebe des Rechtsstreits und bei der Vereinigung der auf denselben bezüglichen Schriftstücke in Akten auf Grund dieser Akten in Verbindung mit den vom Exekutionsfucher beizubringenden Zustellungsurkunden erfolgen und zwar, so lange der Rechtsstreit in einer höheren Instanz anhängig ist, rüchftlich der gleichwohl in Rechtskraft erwachsenen Theile eines Urtheils nur bei dem Gerichte dieser Instanz. Daneben kann die Führung eines Rechtsmittel- oder Vollstreckungsregisters (Code de proc. art. 163, 549, preuß. Entw. §§ 608 ff. 962 ff., hannov. Entw. § 652) entbehrt werden (vgl. nordd. Prot. IV. S. 1973). Die Feststellung ist bei der Einfachheit des Rechtsmittelsystems eine der Art einfache, daß sie ohne Bedenken dem Gerichtschreiber überlassen werden kann. Sie erfolgt selbstverständlich auch bei Einlegung unzulässiger Rechtsmittel oder verspäteter Einlegung eines Rechtsmittels und kann, wenn ein solches überhaupt zulässig war, nur auf Grund der weiteren Feststellung erfolgen, daß das Rechtsmittel nicht eingelegt ist. Hierfür ist ebenso wie bei dem Einspruche die rechtzeitige Einreichung des Schriftsatzes zum Zwecke der Terminbestimmung der Art von entscheidender Bedeutung, daß, wenn diese nicht erfolgt ist, auch das Rechtsmittel nicht eingelegt sein kann. Es soll demnach in jedem Falle ein desfalliges Zeugniß des Gerichtschreibers des für das Rechtsmittel zuständigen Gerichts genügen. Der angegangene Gerichtschreiber braucht einen solchen Nachweis indessen nur, wenn er Zweifel hegt, ob etwa ein Rechtsmittel eingelegt sei; er ist auch auf diesen einen Weg des Nachweises nicht beschränkt. Unter Umständen wird schon der Ablauf der Rechtsmittelfrist in Verbindung mit der Nichteinforderung der Akten in die höhere Instanz (§§ 484, 505), ein nachgewiesener Verzicht zc. ihm die zur Ertheilung des Attestes nothwendige Ueberzeugung gewähren. Bei seiner ununterbrochenen geschäftlichen Verbindung mit dem Vorsitzenden des Gerichts wird er sich in zweifelhaften Fällen leicht mit diesem in Einvernehmen setzen können (vgl. nordd. Prot. IV. S. 1973, 1974).

#### §§ 600, 609. (R. B. §§ 600, 609, G. §§ 647, 657.)

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Wiederaufnahme des Verfahrens durch Nichtigkeits- oder Restitutionsklage setzen ihrer Natur nach einen vollständig abgeschlossenen Rechtsstreit voraus und sind deshalb nicht geeignet, ohne Weiteres den Ausschub der Zwangsvollstreckung zu bewirken. Bei diesen Anfechtungsmitteln kann nur in Frage kommen, ob trotz der Rechtskraft aus besonderen Gründen die Zwangsvollstreckung gegen oder ohne Sicherheitsleistung einstweilen einzustellen sei oder nur gegen Sicherheitsleistung stattzufinden habe. Selbst die bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln wieder aufzuheben, muß unter Umständen gestattet sein. Da aber in diesem Falle dem Gläubiger wohlervorbene Rechte erwachsen sind, welche je nach dem Modus der stattgehabten Vollstreckung eine sehr materielle Tragweite haben können (vgl. § 658 u. a.), so darf die Aufhebung nur gegen volle, den ganzen Umfang der Forderung des Gläubigers deckende Sicherheitsleistung angeordnet werden. — Die Zulassung der Hinterlegung des Streitgegenstandes durch den Schuldner war nicht besonders zu erwähnen, da sie nur eine Art der sowohl vom Schuldner als vom Gläubiger zu leistenden Sicherheit darstellt.

- Die Ausnahme, welche in der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils liegt, hat im § 609 zu gleichen Bestimmungen für den Fall geführt, daß gegen ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Urtheil oder einen Vollstreckungsbefehl (§ 593) der Einspruch oder ein Rechtsmittel eingelegt wird.

Die Prozeßordn. v. Hannover § 162, Bayern Art. 217 und Württemberg Art. 688, sowie der hannov. Entw. § 210 überlassen bei dem außerordentlichen Einspruch, bezw. bei der Wiedereinsetzung die Einstellung der Vollstreckung dem Ermessen des Gerichts; nur in dem Falle, daß es sich um Leistung eines Eides handelt, lassen die beiden erstgenannten Gesetze unbedingt die Vollstreckung einstellen. Bei der Wiederaufnahmeklage dagegen läßt die hannov. Prozeßordn. § 449 zwar

auch nach Ermessen des Gerichts die Einstellung zu, aber nur im Falle der Gefährdung des Schuldners, und ohne die erwähnte Ausnahme bei Eidesleistungen zu ziehen; die Prozeßordn. v. Bayern Art. 777, Württemberg Art. 743, Oldenburg Art. 282 und der hannov. Entw. § 636 aber gestatten die Einstellung der Vollstreckung gleichfalls nur bei einer Gefährdung des Schuldners und nur gegen Sicherheit und nach dem letzteren Entwurf muß die Vollstreckung eingestellt werden, sofern es sich um Leistung eines Eides handelt; bei der hierher gehörigen Richtigkeitsklage wegen Mangels der Vollmacht endlich gewährt die bayer. Prozeßordnung Art. 877 die Einstellung nach freiem Ermessen des Gerichts. Die Wiederaufnahmeklage und die Wiedereinsetzung hierin verschieden zu behandeln, liegt ein innerer Grund nicht vor. Eben so wenig kann es als angemessen erachtet werden, die Einstellung von einer Gefährdung des Schuldners abhängig zu machen, da der Einfluß der Lage des Rechtsstreits auf die Entscheidung ein wohl berechtigter ist und die Beschränkung der Einstellung ohne Sicherheit auf den Fall, daß die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen werde, die Rechte des Gläubigers ausreichend schützt. Die unbedingte Einstellung des weiteren Verfahrens in dem Falle, daß es sich um Leistung eines Eides handelt, würde endlich dem das Urtheil Anfechtenden die unbeschränkte Möglichkeit der Verzögerung geben.

Die Entscheidung über Einstellung zc. der Vollstreckung steht dem Instanzgerichte zu, welches über die Anfechtung selbst zu entscheiden hat, da wesentlich deren voraussetzlicher Erfolg zu berücksichtigen ist. Sie muß schon bei dem ersten Anbringen der Anfechtung und deshalb ohne mündliche Verhandlung erfolgen können.

Die Gestattung einer Anfechtung der Entscheidung über Einstellung u. s. w. der Vollstreckung könnte der Entscheidung in der Hauptsache präjudizieren und erscheint deshalb unzweckmäßig. Da die Einstellung nur eine einstweilige ist, so kann sowohl das Instanzgericht als im Laufe einer höheren Instanz das Gericht dieser Instanz jederzeit eine andere Anordnung erlassen; damit ist dem Bedürfnisse einer Aenderung der ersten Entscheidung genügt.

## II.

### Die vorläufige Vollstreckbarkeit von Urtheilen.

§§ 601—606. (R. V. §§ 601—606, G. §§ 648—654.)

Die Ausnahmefälle, in welchen aus einem noch nicht rechtskräftigen Urtheil die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, sind

1. solche, in welchen auf Grund des stattgehabten Verfahrens oder wegen des Gegenstandes des Rechtsstreits die Vollstreckbarkeit kraft Gesetzes regelmäßig ausgesprochen werden soll. Bei diesen ergiebt sich der Grund der Vollstreckbarkeit ohne Weiteres aus der Sache selbst; es bedarf daher keines Antrags (§ 601). S. 396.

Der wichtigste Fall ist der der Urtheile der Amtsgerichte (Nr. 1). Der veranlassende Grund für die vorläufige Vollstreckbarkeit derselben liegt in der Erwägung, daß die vor den Amtsgerichten verhandelten Rechtsstreitigkeiten in ihrer Mehrheit einfach genug sind, um eine richtige Entscheidung schon in erster Instanz erwarten zu lassen. Abgesehen davon kommt in Betracht, daß diejenigen Rechtsstreitigkeiten, für welche der Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes § 12 Nr. 2 die Amtsgerichte für zuständig erklärt, denselben überwiegend deswegen zugewiesen sind, weil sie einer schleunigen Erledigung bedürfen. Soll die Zwangsvollstreckung ihren Zweck nicht verfehlen, so muß sie bei Rechtsstreitigkeiten der letztgedachten Art in der Regel sofort nach Erlassung des Urtheils eintreten können.

Die Vollstreckbarkeit ist nicht auf amtsrichterliche Urtheile in solchen Rechtsstreitigkeiten beschränkt, welche an sich zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören. Legislativ fällt hierbei die Parallele mit der vorläufigen Vollstreckbarkeit aller von den Amtsgerichten zu erlassenden und der Summe nach unbeschränkten Urtheile im Mahnverfahren in's Gewicht. Die angedeutete Beschränkung würde zudem in häufigen Fällen eine weitausgehende und kostspielige Erörterung über die Kompetenz des Amts- oder eines andern Gerichts nothwendig machen, zu welcher die Parteien bei freiwilliger Unterwerfung unter den amtsgerichtlichen Spruch keine Veranlassung gegeben haben:

— vor Allem aber denjenigen Gebrauch, der im Interesse der Parteien, wie der Entlastung der Kollegialgerichte von der Prorogation auf die Amtsgerichte zu erwarten steht, sehr reduzieren.

Eine qualitative Aenderung des Rechtszustandes tritt in Folge der Bestimmung der Nr. 1 überall da nicht ein, wo nur die Berufung, nicht aber die Richtigkeitsbeschwerde oder der Rekurs Suspensiv-effekt hat und die Berufung bis zu einer gewissen Höhe des Streitgegenstandes ausgeschlossen ist; die bereits vorhandene Vollstreckbarkeit wird nur ausgedehnt (Prozessordn. von Hannover §§ 393, 437, Bayern Art. 685, 799 und Württemberg Art. 653, 743, preuß. Deklar. v. 6. April 1839 Art. 1, Ges. v. 20. März 1854 § 12, franz. Ges. v. 16./24. August 1790 Tit. 3 Art. 9, preuß. Ges. v. 7. Juni 1821 § 1 und Verordn. v. 11. Mai 1843 § 1).

Die Nr. 2—7 haben nur für Urtheile der Land- und Handelsgerichte, sowie der Oberlandesgerichte Bedeutung.

Urtheile, welche auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurtheilung, Nr. 2, und Urtheile, welche den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen aussprechen, Nr. 3 (preuß. Verordn. v. 14. Dez. 1833 § 7, Prozessordn. v. Hannover § 117, Bayern Art. 268, Oldenburg § 134 und Württemberg Art. 602, 611) haben nicht einen noch zu entscheidenden Streit zum Gegenstande.

Die Vollstreckbarkeit eines zweiten oder ferneren in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenen Versäumnisurtheils (Nr. 4) ist bereits in der allgemeinen Begründung § 6 als ein nothwendiges Korrektiv für die angenommenen Grundsätze des Versäumnisverfahrens bezeichnet.

Die Vollstreckbarkeit der im Urkunden- und Wechselprozesse erlassenen Urtheile | S. 397. (Nr. 5) wird durch den Zweck des Verfahrens bedingt (preuß. U. G. | D. Th. I. Tit. 27 § 33, Tit. 28 § 5, Prozessordn. v. Bayern Art. 549, Württemberg Art. 865, Hannover § 485, Baden § 653 und Oldenburg Art. 135, nordd. Entw. § 884).

Die Vollstreckbarkeit der Urtheile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden (Nr. 6) wird im Zusammenhange des Verfahrens über Arreste und einstweilige Verfügungen ihre Rechtfertigung finden (§ 752).

Die Beitreibung der laufenden Alimente auf Grund eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils (Nr. 7) beruht auf der Erwägung, daß nur auf diese Weise der Zweck der den Streitgegenstand bildenden Verpflichtung erreicht werden kann (preuß. U. G. | D. Th. I. Tit. 14 § 6 Nr. 1, Code de proc. art. 135, württemb. Prozessordn. Art. 684, nordd. Entw. § 884 und Prot. IV. S. 1957).

Neben diesen Fällen der regelmäßigen vorläufigen Vollstreckbarkeit eines noch nicht rechtskräftigen Urtheils liegen

2. andere, in welchen die Vollstreckbarkeit auf Antrag gestattet werden muß.

Die Voraussetzungen sind in dem § 602 bestimmt.

a) Wird glaubhaft gemacht, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersenkenden oder einen schwer zu ermittelnden Nachtheil bringen werde, so erscheint es geboten, auf Antrag die Vollstreckbarkeit eintreten zu lassen. Die Nothwendigkeit einer solchen Bestimmung ist von dem bestehenden Rechte (vgl. preuß. U. G. | D. I. 14. § 6 Prozess-D. von Hannover § 409, Baden § 1113, Württemberg Art. 684, Oldenburg Art. 250, Bayern Art 268), sowie von den neueren Prozeßgesetzentwürfen (vgl. hannov. Entw. § 646, preuß. Entw. § 951, nordd. Entw. § 885) anerkannt. Wenn einzelne Gesetze und Entwürfe daneben noch eine Sicherheitsleistung von Seiten des Gläubigers fordern, so gehen sie zu weit, indem sie dadurch in zahlreichen Fällen den Hauptzweck der Vollstreckung, dem Gläubiger die Verfügung über den Streitgegenstand zu verschaffen, vereiteln müssen.

b) Erbietet sich der Gläubiger, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten, so rechtfertigt die Rücksicht auf das Interesse desselben, dem Antrage auf Vollstreckbarerklärung stattzugeben und diese Rücksicht darf um so unbedenklicher genommen werden, als die geleistete Sicherheit vollen Schutz gegen eine Gefährdung des Schuldners gewährt. Noch bedeutsamer ist eine andere Erwägung. Wie bereits wiederholt hervorgehoben, birgt die Festattung des Verfahrens die Gefahr in sich, daß die erste Instanz zu einer Versuchsstation herabgedrückt werden kann, wenn gegen die erstinstanzlichen Urtheile die Berufung zugelassen wird. Ein wirksames Korrektiv bietet die Möglichkeit einer vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils. Der Beklagte wird dadurch genöthigt, mit allen Vertheidigungsmitteln bereits in erster Instanz hervor-

zugehen, mithin in diese Instanz den Schwerpunkt des Verfahrens zu verlegen. In Betreff der Urtheile der Amtsgerichte war es zulässig und unbedenklich, die vorläufige Vollstreckbarkeit ganz allgemein vorzuschreiben, in Betreff der Urtheile der übrigen Gerichte würde dagegen eine solche umfassende Vorschrift auf unübersteigliche Hindernisse stoßen, ganz abgesehen davon, daß sie über das Bedürfnis hinausgreifen würde. Um dem Mißbrauch der Berufung entgegenzutreten, wird es in den land- und handelsgerichtlichen Prozessen der Regel nach genügen, wenn dem Gläubiger ein Mittel gegeben ist, zu einer vorläufigen Vollstreckbarkeit gelangen zu können. Und ein derartiges Mittel kann um so weniger Beforgniß erregen, falls nur erwogen | S. 398.  
wird, in welchem Umfange die §§ 603, 604 für den Schutz des Schuldners Sorge tragen.

Liegen die Voraussetzungen des § 603 vor, so ist von der vorläufigen Vollstreckbarkeit abzusehen (vgl. Prozeßordn. v. Württemb. Art. 684, nordd. Entw. § 887). Ein weiteres Schutzmittel gewährt der § 604 Absatz 1. Darnach kann das Gericht in allen Fällen, in welchen die vorläufige Vollstreckbarkeit ausgesprochen wird, auf Antrag die Vollstreckung davon abhängig machen, daß der Gläubiger vor derselben Sicherheit leiste (vgl. nordd. Entw. § 888). Noch wichtiger ist die Vorschrift des § 604 Abs. 2. Dieselbe giebt in Anschluß an die Bestimmung des preuß. Entw. § 957 und an das in einzelnen Territorien des Deutschen Reichs geltende Recht dem Schuldner die Befugniß, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung und Hinterlegung abzuwenden. Nur im Falle einer Kollision der Interessen des Gläubigers und Schuldners muß das Interesse des ersteren als das überwiegende betrachtet werden. Der Gläubiger kann daher, falls er die Disposition über den Streitgegenstand zu erlangen wünscht, die Sicherheitsleistung des Schuldners ablehnen und die Vollstreckbarkeit erreichen, indem er selbst die Sicherheitsleistung beschafft. Von selbst versteht sich übrigens, daß der Gläubiger mit seinem Verlangen nicht durchzubringen vermag, wenn die Voraussetzungen des § 603 vorhanden sind. Denn in diesem Falle muß das Interesse des Schuldners als das stärkere den Ausschlag geben, so daß das Erbiten des Gläubigers zur Sicherheitsleistung zurückgewiesen und von der vorläufigen Vollstreckbarkeit Umgang genommen werden muß, sei es gegen oder ohne Sicherheitsleistung des Schuldners (vgl. nordd. Prot. IV. S. 1962, 1963).

Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile in Handelsfachen anders zu behandeln und unbedingt oder auf leichtere Bedingungen hin vorzuschreiben (Code de proc. art. 439, Bayern Art. 513, preuß. Gesetz v. 3. April 1847 § 29, nordd. Entw. § 886 und Prot. IV. S. 1959), liegt kein zwingender Grund vor, wenngleich dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß das Gericht in Rücksicht auf die Natur des kaufmännischen Verkehrs das Ausbleiben der Erfüllung in Handelsfachen für sich allein schon als einen schwer zu ersetzenden oder schwer zu ermittelnden Nachtheil anzusehen befugt ist.

Der preuß. Entw. §§ 948, 950 und der nordd. Entw. § 884 erklären Urtheile, welche auf Besitzklagen erlassen werden, für vorläufig vollstreckbar (vgl. nordd. Prot. IV. S. 1951). Die Aufnahme einer derartigen Bestimmung in den Entwurf erschien nicht angemessen. Die Bedeutung und der praktische Erfolg der Besitzklagen sind nach dem in den einzelnen deutschen Staaten geltenden Rechte ungemein verschieden. Es läßt sich daher nicht übersehen, wie die vorläufige Vollstreckbarkeit, wenn sie von Rechtswegen Platz griffe, in den einzelnen Rechtsgebieten wirken muß, insbesondere nicht ermesen, ob nicht vielfach eine schwere Schädigung berechtigter Interessen eintreten wird. Schon die bayerische Prozeßordnung Art. 587 hat die vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile im Besitzprozesse von Rechtswegen aufgegeben; sie hat bestimmt, daß das Gericht auf Antrag der obliegenden Partei und nur gegen Sicherheitsleistung die einstweilige Vollstreckung verfügen könne. Noch unbedenklicher ist für den Entwurf der Verzicht auf den von Rechtswegen erfolgenden Eintritt der Vollstreckbarkeit. Die Vorschrift des § 602 trägt allen gerechtfertigten Bedürfnissen in so umfassendem Maße Rechnung, daß daneben die Bestimmung des preußischen und norddeutschen Entwurfs nicht mehr als erforderlich gelten kann.

| Die Vorschriften der §§ 601, 602 machen keinen Unterschied, ob das vorläufig | S. 399.  
zu vollstreckende Urtheil auf kontradiktorische Verhandlung oder auf Ungehorsam ergeht. Eine Partei, welche sich auf den Rechtsstreit nicht einläßt oder denselben nicht fortsetzt, verdient nicht mehr Rücksicht, als diejenige, welche sich vertheidigt und dabei unterliegt.

Wie bereits früher hervorgehoben, ist über die vorläufige Vollstreckbarkeit des zu erlassenden Urtheils zugleich mit der Hauptsache zu verhandeln und in dem Urtheil selbst zu entscheiden, eventuell das Urtheil zu ergänzen (§§ 605, 606). Treten erst später Gründe für die sofortige Vollstreckbarkeit ein, so genügt die Möglichkeit eines Arrestes oder einer einstweiligen Anordnung zur Vermeidung jeder Gefahr. Die Nachholung des Antrags in der Revisionsinstanz ist ausgeschlossen, weil er eine tatsächliche Würdigung voraussetzt.

Ueber die vorläufige Vollstreckbarkeit des durch Rechtsmittel nicht angefochtenen Theils der Entscheidung bestimmen die §§ 475, 499.

### § 607. (R. B. § 607, G. § 655.)

Aus inneren Gründen ist es nicht zu rechtfertigen, daß ein Urtheil vollstreckt wird, welches eine definitive Entscheidung nicht enthält und in der zur Aufhebung berufenen Instanz bereits aufgehoben ist, wenn auch diese Aufhebung selbst noch nicht eine definitive ist. Es kann nur eine Frage der Zweckmäßigkeit sein, ob die Möglichkeit einer wiederholten Aenderung die Fortdauer der vorläufig getroffenen Maßregel bis zur definitiven Entscheidung des Rechtsstreits rechtfertigen soll (preuß. U. G. D. Anh. § 186). Von den Rechtsmitteln kommt hierbei nur die Berufung in Frage, welcher allein ein zweites Rechtsmittel, die Revision, nachfolgen kann; die Gefahr, daß in der Revisionsinstanz unter Aufhebung des Berufungsurtheils das Urtheil erster Instanz wiederhergestellt werde, ist nicht groß genug, um die Anomalie zu rechtfertigen. Der Fall, daß im Wege der Berufung nur die Aufhebung des vollstreckbaren Urtheils erster Instanz ohne Entscheidung in der Sache selbst erfolgt, liegt nach strengem Recht für den Schuldner noch günstiger, da, abgesehen von dem Einflusse der Revision, das Urtheil nicht wiederhergestellt, sondern nur ein gleichlautendes neues erlassen werden kann. Bei dem Einspruche ist die sofortige Wirkung des Urtheils auf die Vollstreckbarkeit des Versäumnisurtheils unentbehrlich, um die Wirkung und Bedeutung des Einspruchs als Restitution zu sichern; sie ergänzt die Vorschriften über die ohne Rücksicht auf den Einspruch zu gewährende Vollstreckbarkeit.

Eine Anwendung des § 607 enthalten die Vorschriften des § 640 Nr. 1, 2 (vgl. nordd. Entw. § 890).

### § 608. (R. B. § 608, G. § 656.)

Eine Konsequenz der prozessualischen Behandlung der Vollstreckbarkeitsklärung ist es, daß die Vollstreckbarkeit auch abgesehen von der Hauptsache einen selbstständigen Gegenstand für die Rechtsmittel bildet. Der Gegenstand des Streits und der Zweck des Rechtsmittels fordern, daß darüber auf Antrag vorab mündlich verhandelt und entschieden wird. Die Zulässigkeit der Rechtsmittel soll namentlich auch von der Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache unabhängig sein. Die Proz. Ordn. v. Hannov. § 410, Württemb. Art. 686 und Bayern Art. 701 schränken die Berufung auf den Fall der Berufung in der Hauptsache ein (vgl. nordd. Entw. § 892).  
 | §. 400. Allein | dadurch verliert der Schuldner, welcher die Frage der Vollstreckbarkeit selbstverständlich möglichst rasch zur Entscheidung bringen muß, für die Hauptsache die Rechtsmittelfrist zur Ueberlegung und Vorbereitung. Ueberdies wird die Beschränkung illusorisch sein, wenn nur die Einlegung des Rechtsmittels in der Hauptsache verlangt und daneben die auch nach den erwähnten Gesetzen zulässige abgeordnete Verhandlung und vorab zu erlassende Entscheidung über die Vollstreckbarkeit gestattet wird. Denn die Frage der Vollstreckbarkeit kann von der Hauptsache völlig unabhängig sein, wenn dies auch nicht nothwendig der Fall zu sein braucht, und zur Verfolgung der Hauptsache nach ergangener Entscheidung über die Vollstreckbarkeit kann der Schuldner nicht angehalten werden. Die Rechtskraft der Entscheidung der Hauptsache wird dem Streite nöthigenfalls rechtzeitig ein Ende machen.

Die württemb. Proz. Ordn. Art. 686 beschränkt sachlich die Aufhebung der Vollstreckbarkeit im Wege der Berufung auf den Fall, daß die Hauptbeschwerde begründet erscheint, während bei Berathung des nordd. Entw. (Prot. IV. S. 1961) die Meinung ausgesprochen ist, daß die Richtigkeit des ersten Urtheils überhaupt

nicht zu prüfen sei. Beides erscheint in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Es kann z. B. für den Schuldner die Gefahr eines unerseßlichen Nachtheils nachweisbar sein; es kann ebenso die in erster Instanz nicht anerkannte Unvollständigkeit der Klage zu einer anderen Beurtheilung des der einen oder der anderen Partei aus der Vollstreckung oder deren Aufschub drohenden Nachtheils führen. Die württemb. Proz. Ordn. Art. 685 gestattet zwar daneben wegen eines dem Schuldner drohenden unerseßlichen oder schwer zu erseßenden Nachtheils die Aufhebung der erkannten Vollstreckbarkeit durch das erkennende Gericht ohne mündliche Verhandlung; doch erscheint dies gegenüber der Bedeutung des auf mündliche Verhandlung erlassenen Urtheils nicht zulässig, und ebenfowenig erscheint es nach dem Verfahren erster Instanz richtig, die abgesonderte Einlegung eines zur mündlichen Verhandlung führenden Rechtsmittels über diesen Streitpunkt durch Zulassung der Beschwerde zu ersehen (Württemb. Proz. Ordn. Art. 686).

Die Revision für diesen Streitgegenstand zuzulassen, würde der Vergänglichkeit des Interesse der Parteien an demselben nicht entsprechen. Sie würden der Regel nach ein Urtheil des Revisionsgerichts über die Vollstreckbarkeit nicht mit erheblichem Zeitaufwande erlangen können, als ein die Hauptsache betreffendes Urtheil des Berufungsgerichts, wenn dieses letztere überhaupt von der Entscheidung über die Vollstreckbarkeit getrennt ist. Das in der Hauptsache ergehende Berufungsurtheil erledigt jedenfalls den Streit über die Vollstreckbarkeit; denn nach der Aufhebung des Urtheils erster Instanz kann dessen Vollstreckbarkeit nach § 607 nicht mehr in Frage kommen, und durch Zurückweisung der Berufung wird das Urtheil erster Instanz — von den Ausnahmefällen des § 485 Abs. 2 abgesehen — rechtskräftig.

### III.

#### Die Vollstreckbarkeit von Urtheilen ausländischer Gerichte.

§§ 610, 611. (R. V. §§ 610, 611, G. §§ 660, 661.)

Die deutschen Gerichte sind im Verhältnisse zu einander inländische; ihre vollstreckbaren Urtheile sind im ganzen Reiche vollstreckbar. Den Urtheilen ausländischer Gerichte kann eine unmittelbar exekutorische Kraft selbstverständlich nicht beigelegt werden. Sie bedürfen der Vollstreckbarkeitserklärung durch ein inländisches Gericht, mag diese implicite durch Anordnung der vom Gericht geleiteten Zwangsvollstreckung auf Ersuchen um dieselbe oder durch einen besonderen Akt, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung durch andere Organe ausgeführt wird, erfolgen; dieser Unterschied wird nur durch das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung begründet. Wichtiger ist die Bestimmung der materiellen Voraussetzungen, unter welchen die Vollstreckbarkeit ausgesprochen werden darf; deren Bedeutung muß auf das der Vollstreckbarkeitsklärung vorausgehende Verfahren zurückwirken. S. 401.

Völkerrechtlich besteht kein Anspruch auf Vollstreckung richterlicher Urtheile über die Grenzen des Staates hinaus, dessen Gerichte dieselben erlassen haben. In Aufrechthaltung dieses Zustandes sind nach franz. Rechte Urtheile ausländischer Gerichte erst nach Anhörung des Schuldners für vollstreckbar zu erklären, und der Schuldner kann hierbei die Sache selbst zur nochmaligen Verhandlung bringen (Code de proc. art. 546, Code civ. art. 2123, 2128, über deren Auslegung die Meinungen allerdings verschieden sind; vgl. Schletter, Jahrbücher Bd. 7 S. 284). Im Anschlusse hieran fordert auch die bayer. Proz. Ordn. Art. 824 eine Verhandlung über die Vollstreckbarkeit, bei welcher nur die Angehörigen des Staats, in welchem das zu vollstreckende Urtheil erlassen ist, in ihren die Sache selbst betreffenden Einwendungen beschränkt sein sollen. Dagegen gehen sowohl die preuß. A. G. D. I. 24 § 30, als auch die Proz. Ordn. v. Hannover. §§ 533, 29, Oldenb. Art. 335—337, Württemb. Art. 11 und Baden § 847 bei Zulassung der Vollstreckung davon aus, daß auch ausländische Urtheile die ausschließliche Grundlage einer im Inlande auszuführenden Zwangsvollstreckung sind, und stellen daneben nur gewisse Ausnahmen von dieser Regel fest. Auf diesem den internationalen Beziehungen entgegenkommenden Standpunkte steht auch der Entwurf.

Dem inländischen Richter steht keine Kognition über die materielle Rechtmäßigkeit des auswärtigen Erkenntnisses (vgl. Weßell. Ed. II. S. 420 ff., preuß. Motive S. 246 Nr. 1), also auch keine Kognition darüber zu, ob bei Abfassung dieses Erkenntnisses die materiellen Gesetze seines Staats berücksichtigt sind oder nicht. Selbst auf die Frage, ob etwa gebietende oder verbietende Gesetze seines Staats bei Findung des Urtheils verletzt worden sind, darf der inländische Richter nicht eingehen (vgl. nürnberg. Kommiss. Ber. S. 22, 23). Wohl aber hat er die Frage, ob rücksichtlich der Zuständigkeit des Gerichts, dessen Urtheil vollstreckt werden soll, ein Bedenken obwaltet, nach den Vorschriften des inländischen Rechts, einschließlich der Vorschriften über die Prorogation, zu prüfen (Nr. 3), weil nur in diesem Rechte die Grundlage für die Anerkennung der ausländischen Gerichtsbarkeit gefunden werden kann (preuß. A. G. D. I. 24 § 30, Württemberg Art. 11, preuß. Motive S. 244, 246, nordd. Entw. § 898). Dieser Grundsatz geht weiter, als die Vorschrift der hannov. Proz. Ordn. §§ 533, 29, daß die Vollstreckbarkeit zu verjagen sei, wenn ein durch Prorogation nicht zu hebender Eingriff in die Zuständigkeit des angegangenen inländischen Gerichts vorliegt. Eine derartige Vorschrift würde nur dann zum Schutze der inländischen Gerichtsbarkeit ausreichen, wenn auch für den Antrag auf Vollstreckbarkeitsklärung die Regeln über die Begründung eines ausschließlichen Gerichtsstandes durch den Gegenstand des Rechtsstreits festgehalten werden sollten. Die Vorschrift der hannov. Proz. Ordn. scheidet außerdem von einer positiven Begründung der ausländischen Gerichtsbarkeit ganz ab, wie dies rücksichtlich der Angehörigen des Staates, von dessen Gerichten das zu vollstreckende Urtheil erlassen ist, auch in den Proz. Ordn. v. Baden § 487 und Oldenburg Art. 335 § 1 geschieht. Allein damit werden nicht nur diese Ausländer, sondern, abgesehen von den Fällen eines ausschließlichen Gerichtsstandes, auch die Inländer der ausländischen Gerichtsbarkeit überliefert, während selbst gegen jene Ausländer die zwangsweise Vollstreckung ausländischer Urtheile durch inländische Gerichte anders als auf der von diesen Gerichten positiv geprüften Grundlage der Zuständigkeit zu gewähren, keine Veranlassung zu finden ist. Die württemb. Proz. Ordn. Art. 11 nimmt bei Anwendung dieser Grundsätze von den nach allgemeinen Regeln begründeten Gerichtsständen des Auslandes den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung, wenn er gegen Inländer beansprucht wird, aus; es ist jedoch nicht zu verkennen, daß die dafür anzuziehende Analogie des strafrechtlichen forum delicti commissi für die Verfolgung der vermögensrechtlichen Ansprüche aus einer unerlaubten Handlung nicht vollständig Platz greift. Bei der Prüfung der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts ist übrigens insoweit ein Eingehen auf die Sache selbst erforderlich, als die Zuständigkeit durch die dem Rechtsstreite selbst angehörigen Thatfachen bestimmt wird, z. B. zur Begründung des forum contractus der Ort der Erfüllung des Vertrages festzustellen ist; die Festsetzungen des zu vollstreckenden Urtheils sind hierfür ebensowenig wie für andere die Zuständigkeit begründende Thatfachen maßgebend. Dagegen ist die Prorogation, soweit sie überhaupt zulässig, nicht ausgeschlossen; die Ausschließung würde nur geringen Erfolg haben, so lange durch Handlungen der Parteien ein Gerichtsstand außer dem allgemeinen begründet werden kann.

Mit der Nothwendigkeit der Prüfung der Zuständigkeit hängt die fernere Bestimmung zusammen (Nr. 4), nach welcher bei Versäumnisurtheilen, wenn der Schuldner ein Deutscher ist, die Zustellung der den Prozeß einleitenden Ladung oder Verfügung entweder im Inlande im Wege der Rechtshülfe, oder im Staate des Prozeßgerichts dem Schuldner in Person zugestellt sein muß (Württemberg. Art. 11, nordd. Entw. § 898). Eine Gerichtsbarkeit des ausländischen Gerichts über den Inländer kann bei mangelnder Einlassung desselben auf den Prozeß nicht anerkannt werden, wenn weder die Person des Schuldners für das Gericht oder den Gegner unmittelbar erreichbar war, noch die Rechtshülfe für dessen Erreichung rechtzeitig in Anspruch genommen ist. Durch diese Beschränkung werden etwaige Uebergriffe fremder Gerichtsbarkeit am leichtesten abgeschnitten.

Daß nicht vorläufig vollstreckbare, sondern nur rechtskräftige Urtheile ausländischer Gerichte für vollstreckbar erklärt werden sollen (Nr. 1), dient zur Vermeidung mannigfacher Verwickelungen, ohne daß dabei eine Ausnahme rücksichtlich der Angehörigen des betreffenden fremden Staates (Baden § 847 und Oldenburg Art. 335 § 2) erforderlich erscheint.

Daß nicht eine Handlung erzwungen werden kann, welche nach dem Rechte des inländischen Richters verboten ist (Nr. 2), ist eine fernere nothwendige Beschränkung (vgl. Reichsges. v. 21. Juni 1869, betreffend die Gewährung der Rechtshülfe, § 37, Entwurf des Gerichtsverfassungsgesetzes § 129).

Das Erforderniß der Gegenseitigkeit (Hannover § 29, Oldenburg Art. 337, Württemberg Art. 11, Baden § 848) ist hier nicht zu berühren, ebensowenig | die | S. 403.  
Frage, ob der inländische Richter einem dem diesseitigen Rechte nicht entsprechenden Vollstreckungsmodus ausführen soll. Beide Punkte liegen außerhalb der materiellen Voraussetzungen für die Zwangsvollstreckung aus einem ausländischen Urtheile und sind Gegenstand besonderer gesetzlicher Bestimmung.

Die für die Vollstreckbarkeit von Urtheilen ausländischer Gerichte angenommenen Grundsätze lassen das Aussprechen der Vollstreckbarkeit auf einseitigen Antrag des Gläubigers (Hannover § 534) nicht angemessen erscheinen. Der Stoff für die zu treffende Entscheidung ist der Art, daß nicht bloß eine vorherige Anhörung des Schuldners überhaupt, sondern auch eine Anhörung im ordentlichen, durch Klage einzuleitenden und durch Urtheil abzuschließenden Verfahren gerechtfertigt erscheint. Ebensowenig wird die sofortige Vollstreckbarkeit des zu erlassenden Urtheils, gegen welches dem Beklagten die Rechtsmittel nach den allgemeinen Grundsätzen zustehen, als Regel durch die Rücksicht auf die ausländische Rechtspflege gefordert. Vorläufige Vollstreckbarkeit nach den allgemeinen Grundsätzen und in bringenden Fällen Arrest können jede Gefahr des Verzugs abwenden.

Für die anzustellende Klage ist die sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte und der Landgerichte festgehalten, da es sich um Entscheidung eines Rechtsstreits handelt, die Zuständigkeit der Handelsgerichte dagegen ausgeschlossen, weil die Sache selbst, deren Natur diese Zuständigkeit begründen könnte, nicht mehr zur Erörterung kommt (vgl. nordd. Entw. § 897, Prot. IV. S. 1979).

Die Bestimmungen der Staatsverträge mit außerdeutschen Staaten bleiben selbstverständlich aufrecht erhalten.

#### IV.

#### Die vollstreckbare Ausfertigung.

§§ 612, 613. (R. V. §§ 612, 613, G. §§ 662, 663.)

Die Erhebung einer Ausfertigung des Urtheils zu der Bedeutung einer formell selbstständigen Grundlage der Zwangsvollstreckung ist bei Abtrennung der letzteren von den Funktionen des Prozeßgerichts unvermeidlich. Die Vorschrift, daß die Vollstreckung nur auf Grund einer mit der Vollstreckungsklausel versehenen Ausfertigung erfolgt — was von den Fällen der §§ 653 Abf. 1, 754 Abf. 1 abgesehen für alle Exekutionstitel, namentlich auch für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheile (§§ 601, 602) und Vollstreckungsurtheile (§ 611) gilt — und daß die Vollstreckungsklausel erst nach Eintritt der Vollstreckbarkeit erteilt werden soll, entzieht jedoch den Gerichtsvollziehern die Prüfung der Vollstreckbarkeit der Urtheile nach den außerhalb der Urkunde selbst liegenden Voraussetzungen derselben. Nach dem Verfahren des französischen Rechts steht gerade diese Prüfung den Gerichtsvollziehern zu; auch die bayer. Proz. Ordn. Art. 288, 290, 291 gestaltet die Vollstreckungsklausel als ein bloßes, ohne causae cognitio zu erteilendes Formale, welches den Gerichtsvollzieher der Prüfung der Vollstreckbarkeit nicht überhebt, und die hannov. Proz. Ordn. §§ 528—543 läßt gleichfalls den Gerichtsvollziehern gerade bei den schwierigeren Fragen der bedingten Verpflichtungen und der Rechtsnachfolge freie Hand. Allein nach der Befähigung des im Allgemeinen zu Gebote stehenden Personals muß die Ueberlassung dieser Prüfung um so mehr bedenklich erscheinen, als die Voraussetzungen der Vollstreckung durch den den Rechtsmitteln beigelegten Sus | penfiveffekt wesentlich | S. 404.  
andere und schwieriger zu übersehende geworden sind, als nach dem Code de proc. oder der bayer. Prozeßordnung. Es kann selbst nach Ablauf der Rechtsmittel- oder Einspruchsfrist nur als eine Gefährdung und Belästigung des Schuldners angesehen werden, wenn derselbe genöthigt ist, eine beginnende Vollstreckung durch den Nachweis der Einlegung des Rechtsmittels oder Einspruchs abzuwenden, welchen der Regel nach

nicht er, sondern der Anwalt in Händen hat. Richtiger erscheint es daher, daß die Prüfung der Vollstreckbarkeit nach der prozessualischen Lage der Sache jeder Thätigkeit des Gerichtsvollziehers vorauszugehen hat. Die Akten geben hierzu das erforderliche Material, welches, soweit die Rechtskraft des Urtheils in Frage kommt, gleichwie bei Feststellung der Rechtskraft selbst, durch die Partei zu ergänzen ist (§ 599). Ebenso wie die Suspension der Rechtskraft ist dabei die Aufhebung der erkannten Vollstreckbarkeit oder die verordnete Einstellung der Vollstreckung zu berücksichtigen.

Die Entscheidung darüber, ob die Vollstreckbarkeit vorhanden ist, kann — wie die Feststellung der Rechtskraft — dem Gerichtschreiber überlassen werden (hannov. Proz. Ordn. § 529), da die Vollstreckbarkeit aller nicht rechtskräftigen Urtheile durch Urtheil ausgesprochen sein muß; es handelt sich dabei mehr um Beurkundung als um Entscheidung. Die Ueberlassung dieser Geschäfte an den Gerichtschreiber trägt auch jedenfalls zur Beschleunigung derselben mehr bei, als wenn etwa dem Gerichtsvorstande ein schriftliches Gesuch, natürlich durch den Gerichtschreiber, vorgelegt werden müßte.

Regelmäßig ist die vollstreckbare Ausfertigung von dem Gerichtschreiber des Gerichts erster Instanz zu ertheilen, an welches nach Erledigung der höheren Instanz die Akten zurückgehen. Bei dieser allein praktischen Auffassung ist im Interesse des Gläubigers der Fall auszunehmen, daß der Rechtsstreit in höherer Instanz noch anhängig ist.

Die Form der Vollstreckungsklausel ist nur in ihren wesentlichen Theilen vorgeschrieben (§ 613), durch welche sie die vollstreckbare Ausfertigung als solche kennzeichnet und die möglicherweise an verschiedene Parteien zu ertheilenden Ausfertigungen von einander unterscheidet. In diesen Rahmen können alle für den einzelnen Fall noch erforderlichen Zusätze eingefügt werden. Dahin gehört z. B. die Beschränkung auf einen Theil des Streitgegenstandes, die Bezeichnung des Rechtsnachfolgers der einen oder der anderen Partei, für oder gegen welche die Vollstreckung stattfinden soll, die Konstatirung der Notorietät (§ 615 Abs. 2), die Bezeichnung der produzierten öffentlichen Urkunden (§ 615 Abs. 1) oder des in concreto vorliegenden Rechtsnachfolgeverhältnisses (Erbe, Sedent etc.), die Beschränkung der Vollstreckung auf Sicherheitsleistung, die Bezeichnung der Vollstreckung als einer vorläufigen oder definitiven, falls ein solcher Unterschied von Bedeutung ist (vgl. preuß. Graf.-Verordn. v. 4. März 1834 § 22).

§§ 614, 615, 620—622. (R. P. §§ 614, 615, 620—622, G. §§ 664, 665, 671—673.)

In Ausführung der angenommenen Grundsätze soll dem Gerichtsvollzieher überhaupt nichts weiter als die unbedingte Vollstreckung eines vollständig bestimmten Urtheils überlassen werden.

Deßhalb soll von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Thatfache abhängt, vor Eintritt dieser Thatfache eine vollstreckbare Ausfertigung überhaupt nicht ertheilt werden. Die Feststellung, daß eine solche Thatfache eingetreten ist, braucht zweckmäßig nicht erst wieder im Wege der Klage zu erfolgen; die im Urtheile gegebene Entscheidung rechtfertigt es, den Nachweis durch öffentliche Urkunden für genügend anzunehmen, um daraufhin die vollstreckbare Ausfertigung zu ertheilen (Hannover § 528, Bayern Art. 821, hannov. Entw. § 651, nordd. Entw. § 904). Nur der Eintritt eines bestimmten Kalendertages, welcher an sich keines Beweises bedarf, sowie die Leistung einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheit, von welcher nach Inhalt des Urtheils die Vollstreckung abhängig gemacht ist, kann unbedenklich von dem Gerichtsvollzieher festgestellt werden und ist daher nicht eine solche Thatfache, deren Eintritt vor Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung abgewartet werden muß (§§ 614, 621).

In gleicher Weise ist auch die Prüfung einer in der Person des Gläubigers oder des Schuldners eingetretenen Rechtsnachfolge dem Gerichtsvollzieher entzogen, so daß er die Vollstreckung nur für und gegen die bei Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung namhaft gemachten Personen ausführen darf. Zur Feststellung der Rechtsnachfolge genügen gleichfalls öffentliche Urkunden, ebenso aber auch die Gerichtskundigkeit (Hannover § 543, hannov. Entw. § 649, nordd. Entw. § 905).

Die Bestimmung über die Vollstreckung gegen Rechtsnachfolger des Schuldners, an welche die streitige Sache nach Eintritt der Rechtshängigkeit veräußert ist, schließt sich an § 228 an, ohne den im § 230 vorbehaltenen Vorschriften des materiellen Rechts zu präjudizieren. Die Veräußerung nach Beendigung des Prozesses ist ausdrücklich der *durante lite* erfolgten hinsichtlich der Zulässigkeit der Exekution gegen den Erwerber gleichgestellt, womit ein in Preußen zweifelhaft gewordener Satz fixirt wird (vgl. Entscheid. des Obertribunals Bd. 61, S. 415). Ist in der angegebenen Weise die Vollstreckbarkeit für oder gegen einen Rechtsnachfolger festgestellt, so darf nicht das bloße Bestreiten der Rechtsnachfolge durch den Schuldner den Gerichtsvollzieher zur Einstellung der Zwangsvollstreckung veranlassen (nordd. Entw. § 920 Nr. 5); er ist durch die Vollstreckungsklausel gedeckt und hat, sofern keiner der Fälle des § 646 vorliegt, mit der Vollstreckung fortzuschreiten bis auf gegenheilige gerichtliche Anordnung; dem Schuldner bleibt nur die Anfechtung der Vollstreckbarkeit in dem durch die §§ 617, 622, 636 vorgezeichneten Wege.

#### § 616. (R. B. § 616, G. § 667.)

Im Falle der Verfassung der Vollstreckungsklausel hat der Gläubiger zunächst das Recht auf Entscheidung des Gerichts und das Recht der sofortigen Beschwerde (§§ 515, 506, 650). Wo dies nicht ausreicht, weil der nach den §§ 614, 615 erforderliche Nachweis nicht zu führen ist, kann kein anderes Verfahren als die Erhebung der Klage zum Ziele führen. Diese gehört als Fortsetzung des Rechtsstreits vor das Prozeßgericht erster Instanz.

#### §§ 618, 619. (R. B. §§ 618, 619, G. §§ 669, 670.)

Das Erforderniß einer vollstreckbaren Ausfertigung dient auch zur Sicherung des Schuldners gegen mehrfache Zwangsvollstreckung, und da deren Besitz die Vollstreckung ermöglicht, so darf eine zweite Ausfertigung selbst über einen Theil des Anspruchs nur unter besonderen Umständen ertheilt werden. Für das dabei zu beobachtende Verfahren verlangt die hannov. Proz.-Ordn. § 530 Genehmigung des zuständigen Gerichts nach mündlicher Verhandlung, die bayer. Proz.-Ordn. Art. 291 Beschluß des Gerichtsvorstandes nach Vorladung der Gegenpartei. Die Nothwendigkeit, den Gegner zu hören, insbesondere aber die Nothwendigkeit mündlicher Verhandlung, wird jedoch entbehrt werden können, wenn der Schuldner in jedem Falle von der weiteren Ausfertigung in Kenntniß gesetzt und die weitere Ausfertigung als solche bezeichnet wird. Ist die erste Ausfertigung vor Befriedigung des Gläubigers untergegangen, so kann kein Schaden geschehen. Hat der Gläubiger zwei Ausfertigungen in Händen, so kann der in Kenntniß gesetzte Schuldner seine Rechte bei der Zwangsvollstreckung genügend wahrnehmen; gerade das Bedürfniß des Gläubigers, mehrere Ausfertigungen zu haben, ist zu berücksichtigen, damit er eine Zwangsvollstreckung an verschiedenen Orten, insbesondere auch gegen verschiedene Schuldner, welche bei der gerichtlichen Leitung der Zwangsvollstreckung auf die leichteste Weise gewährt werden konnte, ausführen kann. Der bedenklichste Fall ist der, daß der Gläubiger bereits befriedigt ist; aber auch in diesem Falle kann der in Kenntniß gesetzte Schuldner Maßregeln gegen die ihm drohende Zwangsvollstreckung treffen; er steht nicht ungünstiger, als wenn er vor Ertheilung der ersten Ausfertigung den Gläubiger befriedigt hat. In allen nicht unbedenklichen Fällen wird der Vorsitzende von dem Rechte, den Schuldner zu hören, Gebrauch machen. (Vgl. hannov. Entw. § 655 und Prot. XI. S. 4083 ff. XVII. 6334.)

Die Verpflichtung des Gerichtsschreibers, die Ertheilung jeder Ausfertigung auf dem Urtheile selbst zu vermerken, sichert die Beobachtung dieser Vorschriften.

## V.

## Die Einwendungen in der Zwangsvollstreckung.

§§ 617, 634—638. (R. V. §§ 617, 634—638, G. §§ 668, 685—689.)

Die richtige Behandlung der von dem Schuldner in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend zu machenden Einwendungen ist ein dringendes Bedürfnis, damit nicht nutzlose Schikanen und Verzögerungen zur Kraftlosigkeit des Executionsverfahrens führen. Die Einwendungen betreffen entweder die formelle oder die materielle Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung. Ohne Rücksicht auf diesen Unterschied und in schroffer Festhaltung des Defaisirungsprinzips weist das französische Recht (vgl. auch Bayern Art. 840 und v. Neumayr in d. Verh. der bayer. Abgeordn. Kammer 1863/5 Beil. Bd. II. Abth. 2 S. 353) alle Einwendungen in der Executionsinstanz an das Vollstreckungsgericht und zwar der Regel nach unter Ausschließung der friedensrichterlichen Kompetenz. Der Entwurf hat sich aus überwiegenden Zweckmäßigkeitsrücksichten diesem Vorgange nicht anschließen können. Es liegt auf der Hand, daß dabei die nahe Beziehung, in welcher namentlich die den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen zu dem vorausgegangenen Prozesse stehen, völlig außer Betracht geblieben ist, was zu innerlich widersprechenden Entscheidungen führt und die Parteien zur Aufstellung neuer Anwälte oder Prozeßbevollmächtigten an Stelle der im Hauptstreite thätig gewesenen nöthigt. Daß das französische Recht zu dieser Behandlung der Sache gelangt ist, erklärt sich zumeist aus der Stellung der Friedensgerichte in Frankreich, die nur eine außerordentliche Jurisdiktion haben und über Inzidentstretigkeiten selbst dann nicht entscheiden können, wenn es sich um die Vollstreckung eines von ihnen selbst erlassenen Urtheils handelt (vgl. hannov. Prot. XI. S. 4218, 4220 ff.). Der Entwurf hat die verschiedenen möglichen Einwendungen nach großen Gesichtspunkten gesondert und verschieden behandelt. Die dabei getroffenen Kompetenzbestimmungen entsprechen im Wesentlichen den gemeinrechtlichen, wie den in den Rechtshülfegeetzen angenommenen Prinzipien.

I. Die Einwendungen gegen die Ertheilung der Vollstreckungsklausel (§§ 617, 636) können den Eintritt der Rechtskraft bestreiten oder sich mit Rücksicht auf die §§ 614, 615 auf die Behauptung gründen, daß eine der formellen gesetzlichen Voraussetzungen bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel nicht vorhanden gewesen, daß z. B. die Succession seitens des Gläubigers nicht durch eine öffentliche Urkunde erwiesen oder notorisch sei (vgl. hannov. Prot. XI. S. 4204 ff. 4213, 4219 ff.); sie können aber auch materieller Natur sein und ungeachtet des formell gehörig geführten Nachweises die Annahme als irrig angreifen, daß eine Rechtsnachfolge stattgefunden habe bezw. die bedingende Thatsache eingetreten sei. In jedem Falle kann der Schuldner die Entscheidung über diese Einwendungen nach Art einer Beschwerde über das Verfahren des Gerichtsschreibers (§ 515) bei demjenigen Gerichte extrahiren, dessen Gerichtsschreiber die Vollstreckungsklausel ertheilt hat (vgl. hannov. Prot. a. a. O.), und gegen die Entscheidung dieses Gerichts findet demnächst Beschwerde statt (§ 650). Das auf diesem Wege und ohne die Nothwendigkeit mündlicher Verhandlung erzielte Resultat entscheidet provisorisch zunächst nur die Frage, ob zu vollstrecken bezw. ob die Vollstreckungsklausel aufrecht zu erhalten oder nicht, was in den meisten Fällen dem Schuldner genügen wird. Will er dagegen eine materielle Entscheidung über die bestrittene Existenz der Bedingung oder die Rechtsnachfolge haben, so kann diese nur im Wege des kontradiktorischen Verfahrens ergehen, bei welchem gegenüber dem formell ordnungsmäßigen Nachweise des Gläubigers der Schuldner auf den Weg der Klage zu verweisen ist (§ 636). Der häufige Zusammenhang der hierbei zur Erörterung kommenden Fragen mit den bereits im ersten Prozesse aufgetretenen empfiehlt die Behandlung dieses Falls, auch was die Zuständigkeit des Gerichts anlangt, nach Analogie des Verfahrens über solche Einwendungen, welche gegen den Anspruch selbst gerichtet sind (§§ 635, 636). Die sowohl im § 617 als in den §§ 636 ff. dem Gerichte beilegte Befugniß zu einstweiligen Anordnungen

entspricht den Vorschriften der §§ 511 bez. 600, 609, da das Gericht der Sache nach die Stellung eines Beschwerdegerichts hat.

II. Sodann kommen die nach Einleitung des Vollstreckungsverfahrens erhobenen Einwendungen, Anträge und Erinnerungen in Betracht, welche gegen den Modus der Vollstreckung oder das Verfahren des Gerichtsvollziehers gerichtet und ebensowohl von Seiten des Schuldners, als des Exekutionsfuchers denkbar sind (§ 634).

Ohne Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Rechtsstreite, vielmehr auf einer angeblichen Verletzung der für das Vollstreckungsverfahren gegebenen Vorschriften durch den Gerichtsvollzieher beruhend, zugleich ihrer Einfachheit halber für die kollegialische Berathung ungeeignet, gehören sie ihrer Natur nach vor das den Verhältnissen am nächsten stehende Amtsgericht (Vollstreckungsgericht) (vgl. Hannover § 579, Oldenburg Art. 344. § 1, Württemberg Art. 902, Reichs-Ges., betreffend Gewährung der Rechtsanhilfe v. 21. Juni 1869 § 8, hannov. Entw. § 680 und Prot. XI. S. 4201 ff. 4219, nürnberg. Kommiff. Ber. S. 69).

Ob der Fall eines Streits zwischen dem Gerichtsvollzieher und dessen Auftraggeber hierher gehöre oder bloß vom Standpunkte der Disziplin zu behandelnd sei, kann zweifelhaft sein; er ist hierher gezogen wegen seiner Bedeutung für die prozessualische Behandlung des einzelnen Falls; die disziplinarische Behandlung wird dadurch nicht berührt. S. 408.

Rücksichtlich der zulässigen Einstellung des Verfahrens hat hier ebenfalls das Vollstreckungsgericht im Wesentlichen die Stellung des Beschwerdegerichts, die sich auch darin offenbart, daß ohne mündliche Verhandlung prozedirt werden kann (§ 633 Abs. 3).

III. Die Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen (§ 635), sind von materieller Bedeutung und lassen sich nicht im Beschwerdeverfahren, sondern nur in dem ordentlichen Prozederverfahren erledigen. Wegen des Zusammenhangs mit dem vorausgegangenen Rechtsstreite und der formellen Selbstständigkeit des neuen Streits gehört dasselbe vor das Prozedurgericht erster Instanz (Hannov. §§ 577, 578, Oldenb. Art. 342, 344. § 1, Württemb. Art. 902, Reichs-Rechtsanhilfeges. § 8). Gegen die Verweigerung dieses Verfahrens vor das Vollstreckungsgericht oder das demselben vorgesezte Landgericht spricht außer den bereits angedeuteten Gründen durchschlagend, daß bei dem ausgedehnten Geltungsbereiche der Civilprozedurordnung die Gerichte eines deutschen Staats in die Lage kommen würden, über die Rechtmäßigkeit und die Aufrechthaltung der von dem Gerichte eines andern deutschen Staats abgegebenen Entscheidung zu erkennen (vgl. hannov. Prot. XI. S. 4220, 4223). Auch die Ausschließung des Handelsgerichts (vgl. Code de proc. art. 553, v. Neumayr a. a. D. S. 353) wäre vom Standpunkte des Entwurfs nicht gerechtfertigt, zumal eine neue materielle Prüfung der ganzen Sache in Frage kommen kann.

Die Vertheilung der Parteirollen in dem neu beginnenden Verfahren hat, da die Versäumniß des Klägers ebenso eine definitive Erledigung des Rechtsstreits herbeiführt, wie die des Beklagten (§ 285), an sich nur eine untergeordnete Bedeutung. Sie giebt aber, wenn der Schuldner klagend auftreten muß, das Mittel, durch Behandlung der zu erhebenden Einwendungen als unabänderlichen (§ 227 Nr. 3) Grundes der Klage den Streitgegenstand von vorn herein zu fixiren und zu beschränken, ohne durch theilweise Herstellung der Eventualmaxime Besonderheiten des Verfahrens einzuführen. Jedenfalls ist der Schuldner derjenige, welcher die Sache betreiben muß; den Gläubiger auf den Weg der Klage zu verweisen, wenn auf die Einwendungen des Beklagten die Einstellung der Vollstreckung angemessen befunden wird (Württemb. Proz. Ordn. Art. 902), entspricht nicht der Bedeutung des vollstreckbaren Urtheils für die Stellung des Gläubigers. Neben der mit der Form der Klage erreichten Beschränkung des Verfahrens auf die der Klage zum Grunde liegenden Einwendungen sichert noch weiter die Nothwendigkeit der Kumulirung aller zeitig vorhandenen Einwendungen in einer Klage (§ 635 Abs. 3) die Energie der Vollstreckung (norrd. Prot. IV. S. 2002).

Sinsichtlich des für die Zulassung der Einwendungen entscheidenden Zeitpunkts sind von den Gesetzgebern der Neuzeit verschiedene legislative Standpunkte eingenommen. Den Moment der Erlassung des Urtheils erklären für entscheidend

die Proz. Ordn. v. Hannov. § 575, Württemb. Art. 902, der hannov. Entw. § 683, der österr. Entw. § 800 und der nordd. Entw. § 916; dabei wird nach Analogie der Wiederaufnahmeklage die Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung streng festgehalten und die Zulassung der Einwendungen von dem Gesichtspunkte einer Anfechtung des Urtheils auf Grund veränderter Umstände aufgefaßt. Die bayer. Proz. Ordn. Art. 868 und der preuß. Entw. § 1029, indem sie die mündliche Verhandlung, auf welche das zu vollstreckende Urtheil ergangen ist, ausschlaggebend sein lassen, gewähren eine Art Restitution, welche in der preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 6 noch weiter geht, so daß auch solche Einwendungen vorgebracht werden können, welche nur zu spät zur Kenntniß der Partei gelangt sind. In dieser Ausdehnung kann neues Vorbringen aber nur in den Formen und unter den Voraussetzungen der Restitutionsklage gestattet werden. Der Entwurf läßt den Schluß derjenigen mündlichen Verhandlung entscheiden, in welcher Einwendungen prozessualisch spätestens hätten geltend gemacht werden müssen; die nach diesem Zeitpunkte neu entstandenen und durch Einspruch oder Berufung nicht mehr geltend zu machenden Einwendungen werden zugelassen. Er betritt damit einen Mittelweg, welchen schon die Proz. Ordn. v. Oldenb. Art. 343 § 3 eingeschlagen hat und auf welchen die Erwägung hinführt, daß zwischen dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher der Partei zuletzt Gelegenheit zu thatsächlichem Vorbringen geboten war, und dem Erlasse des zur Vollstreckung stehenden Urtheils bei einer thatsächlichen Vorbringen ausschließenden Revisions-Instanz häufig ein bedeutender Zeitraum in der Mitte liegen wird, so daß der Ausschluß der Partei mit den inzwischen entstandenen Einwendungen eine ungerechtfertigte Härte enthalten würde.

Neben der generellen Bestimmung des § 635 Abs. 2 bedurfte es keiner speziellen Hervorhebung der Einreden der Zahlung, der Kompensation, des Erlasses und des Vergleichs (nordd. Entw. § 916).

Rücksichtlich des Einflusses der hiernach zulässigen Einwendungen auf den Fortgang des Vollstreckungsverfahrens ist in dem Entwurf dem Richter, welcher hier eine ähnliche Stellung hat, wie im Falle der §§ 600, 609, freie Hand gelassen. Die hannov. Proz. Ordn. §§ 575, 576, 578, 486 verlangt, daß die Einwendungen, um die Vollstreckung zu hemmen, durch Urkunden, Augenschein oder Eideszuschreibung liquide gemacht werden sollen, und verweist sie anderen Falls nach Analogie des Executivprozesses zum besonderen Verfahren. Die bayer. Proz. Ordn. Art. 873 fordert ebenso Anbieten des Beweises durch Urkunden oder Eideszuschreibung. Die oldenb. Proz. Ordn. Art. 342. § 2 verordnet geradezu die Verhandlung im Executivprozeß und verlangt Beweis der Einwendungen durch Urkunden oder Eideszuschreibung, wonach sodann das Prozeßgericht nach seinem Ermessen über den Gehalt der Vollstreckung entscheiden soll (Art. 343. § 3, Art. 346. § 1, Art. 347. § 2). Ebenso sind nach der preuß. Verordn. v. 4. März 1834. § 6 die Einwendungen in dem, dem Executivprozeße entsprechenden Verfahren über die im Mandatsprozeße erhobenen Einwendungen zu verhandeln, müssen also in der vorgeschriebenen Weise liquide sein, und bedürfen, um die Vollstreckung zu hemmen, der Bescheinigung (A. G. D. I. 24. § 38). Alle diese Verschärfungen der Vollstreckbarkeit sind als absolut bindende Vorschriften ohne Benachtheiligung des Schuldners nur dann anwendbar, wenn sie auf eine verhältnißmäßig kurze Zeit nach Eintritt der Vollstreckbarkeit beschränkt werden; je mehr Zeit seit derselben verflossen ist, um so weniger kann dem Schuldner eine solche Promptheit des Beweises zugemuthet und bei deren Mangel ohne Einschränkung der Fortgang der Vollstreckung geboten werden. Es würde sich deshalb vielleicht unter Beibehaltung dieser Strenge eine zeitliche Beschränkung der unbedingten Vollstreckbarkeit der Urtheile empfehlen, und nach Eintritt derselben könnte das

§ 410. | Befriedigungsgebot an Blase sein. Allein eine derartige Maßregel würde mit der Uebertragung der Vollstreckung an selbstständige Organe, denen das Material zur Prüfung der Fortdauer der Vollstreckbarkeit fehlt, nicht wohl vereinbar sein; sie würde auch durch Bestimmung einer festen Frist immerhin willkürlich erscheinen. Das Ermessen des Gerichts wird zu einem nach beiden Seiten billigeren Resultate führen. Für dringende Fälle gewährt außerdem das Eingreifen des am leichtesten zugänglichen Vollstreckungsgerichts eine vorläufige Hülfe nach Analogie der einstweiligen Anordnungen (Reichs-Rechtshülfegesetz § 9).

Ebenso ist es nicht erforderlich, für das über die Einwendungen ergehende

Urtheil (§ 638) die vorläufige Vollstreckbarkeit (Hannov. § 580, Bayern Art. 876, preuß. Verordn. v. 1. Juni 1833 § 3) generell anzuordnen. Auch bei freiem Ermessen des Gerichts, welches der Stellung desselben bei der Entscheidung über zu gewährende Vollstreckbarkeit sachlich entspricht, wird das Urtheil regelmäßig über die vorläufig angeordneten Maßregeln in wesentlicher Uebereinstimmung mit der Entscheidung der Hauptsache Bestimmung zu treffen haben. Das erlassene kontradiktorische bezw. Verschmämmisurtheil unterliegt in Betreff der Hauptsache dem Angriffe nach allgemeinen Grundsätzen; soweit es jedoch Vollstreckungsanordnungen trifft, wegen der sich darbietenden Parallele mit einem über die vorläufige Vollstreckbarkeit eines Urtheils geführten Streite, nicht über die Berufungsinstanz hinaus (§§ 638, 608).

Die Einrede der Kompetenz steht dem Schuldner gleichfalls nur unter den Voraussetzungen des § 635 zu. — Von der im Interesse der Rechtseinheit wünschenswerthen Aufhebung aller landesgesetzlichen Vorschriften über das beneficium competentiae (vgl. nordd. Entw. § 926) mußte wegen des innigen Zusammenhanges mit Instituten des materiellen Landesrechts Abstand genommen werden.

## VI.

## Der Beginn der Zwangsvollstreckung.

§§ 620—622. (R. V. §§ 620—622, G. §§ 671—673.)

Die Bedeutung dieser Vorschriften für die Ausschließung der Prüfung der Vollstreckbarkeit der Urtheile durch den Gerichtsvollzieher ist bereits erörtert.

Die Zustellung des zu vollstreckenden Urtheils oder sonstigen Schuldtitels (§§ 651, 652) vor der Zwangsvollstreckung vermittelt die Kenntniß des Schuldners von demselben. Zugleich wird damit in gewissem Maße ein vor der Zwangsvollstreckung zu erlassendes Vollziehungs- oder Befriedigungsgebot ersetzt.

An der Zustellung der Vollstreckungsklausel kann der Schuldner in den regelmäßigen Fällen kein Interesse haben, da die Ertheilung der Klausel ihm ohnehin durch das in den Händen des Gerichtsvollziehers befindliche und zu dessen Legitimation dienende Original derselben (§ 625) nachgewiesen wird. Anders in den Fällen der §§ 614, 615. Die Zustellung eines bedingten oder unter anderen Parteien ergangenen Urtheils bezw. Schuldtitels involvirt keinerlei präsenle Mahnung des Schuldners. Daß die Bedingung eingetreten, daß die Schuld auf einen anderen Gläubiger übergegangen oder gegen ihn als Rechtsnachfolger des verurtheilten Schuldners existent geworden, muß, weil es von zufälligen Thatfachen oder durch den Gläubiger zu beschaffenden Nachweisen | abhängt, ihm besonders durch den Inhalt der Vollstreckungsklausel zur Kenntniß gebracht werden. Die Mittheilung der zum Nachweise vorgelegten öffentlichen Urkunden (§§ 620. Abs. 2, 621) soll ihn in den Stand setzen, die Rechtmäßigkeit der Ertheilung der Vollstreckungsklausel oder des Beginns der Zwangsvollstreckung sofort zu prüfen. | S. 411.

Der Entwurf giebt nach dem Vorgange der übrigen neueren Gesetzgebungswerte keine Bestimmungen über die Vollstreckung von Urtheilen oder Schuldtiteln, welche eine Leistung Zug um Zug betreffen. Die Rechte beider Parteien bestimmen sich nach Civilrecht, und die Erfahrung lehrt, daß besondere Schwierigkeiten hierbei auch durch die Selbstständigkeit der Gerichtsvollzieher nicht erwachsen. Hervorzuheben bleibt nur, daß derartige Fälle nicht unter die Bestimmung des § 614 fallen, die Ertheilung der Vollstreckungsklausel mithin nicht versagt werden kann, weil der Gläubiger seinerseits nicht vorgeleistet hat.

Die in § 622 aufgenommene für Preußen (Kabinettsordre vom 4. Juni und 8. September 1822) aufrechterhaltene sog. Partitionsordre wird Seitens der Militärverwaltung als ein werthvolles Hilfsmittel zur socialen und ökonomischen Aufrechterhaltung des Offizier- und Unteroffizierstandes betrachtet. Das öffentliche Interesse, welches an der Sicherung besteht, muß die Bedenken gegen die Aufnahme eines besonderen Zwischengliedes in den regelmäßigen Gang der Zwangsvollstreckung überwiegen. Daß die Vermittelung der vorgelegten Militärbehörde nicht zu einer Verzögerung der Vollstreckung gegen den Willen und das Interesse des Gläubigers

gemäßbraucht werden kann, ist, wie bereits oben bemerkt worden, durch die Bestimmung des Absatzes 2 vorgesehen. Zu beachten bleibt, daß die Partitionsordre auch in der Rheinprovinz Geltung erlangt hat, ohne daß dadurch Inkonvenienzen entstanden sind.

## VII.

## Die Funktionen der Gerichtsvollzieher als Vollstreckungsbeamter.

§§ 623—626. (R. B. §§ 623—626, G. §§ 674—677.)

Die Einführung der Gerichtsvollzieher als selbstständiger Vollstreckungsbeamter ist bereits erörtert. Aus der Selbstständigkeit ihrer Stellung dem Gerichte gegenüber folgt ihre Stellung als Beauftragte der Gläubiger, welche ihre Thätigkeit in Anspruch nehmen. Lediglich zur geschäftlichen Erleichterung, nicht zur Veränderung des Rechtsverhältnisses dient die zugelassene Mitwirkung des Gerichtsschreibers (§ 623 Abs. 2). Eine Erleichterung gerade in diesem Punkte wird den an die Mitwirkung des Gerichts gewöhnten Parteien besonders erwünscht sein; sie entspricht der Vorschrift des § 146 Abs. 2 (vgl. Entw. des Gerichtsverfassungsgesetzes § 132).

Der Umfang der aus dem Auftrage fließenden Befugnisse des Gerichtsvollziehers ist, analog denjenigen des Prozeßvollmachtigten (§§ 75, 77), mit Berücksichtigung der veränderten Sachlage bestimmt. Da es sich hier nicht mehr um die Feststellung einer streitigen Forderung, sondern um die Erfüllung der festgestellten Forderung handelt, so gehört die Empfangnahme der schuldigen Leistung mit zu denjenigen Handlungen, deren Vornahme dem Gerichtsvollzieher zusteht und mit Wirksamkeit gegen Dritte nicht entzogen werden kann (Prozeßordn. v. Hannover § 532 und Bayern | §. 412. Art. 838, Code de proc. art. 1556, hannov. Entw. § 662, nordd. Entw. §§ 950, 951 und Prot. IV. S. 1980, 1986 ff.). Dem Schuldner muß, wenn er zu der Leistung gezwungen werden soll, ein legitimierter Empfänger derselben gegenübergestellt werden. Die dem Gläubiger zustehende Auswahl des Gerichtsvollziehers und die Möglichkeit, nach Umständen wenigstens einen Bevollmächtigten zu dem Akte der Zwangsvollstreckung mitzusenden, vermindern die dem Gläubiger etwa drohende Gefahr auf ein nicht mehr zu berücksichtigendes Minimum. Die von dem Amte des Gerichtsvollziehers gar nicht zu trennende Befugnis der Pfändung und der Wegnahme gepfändeter Gegenstände setzt überdies immer den Gläubiger, in dessen Auftrage und zu dessen Vortheil dieselbe ausgeübt wird, einer gewissen Verantwortlichkeit aus, welche in dem System der Leitung der Vollstreckung durch den Richter verdunkelt ist. Der Gläubiger kann dieselbe um so eher tragen, je größer die ihm aus der Pfändung entstehenden Rechte sind. Hat er den Vortheil, daß die Pfändung von Geld sofort als Zahlung gilt, so ist die Nothwendigkeit unbeschränkter Vollmacht zur Empfangnahme nichts Anderes, als die Gleichstellung der erzwungenen und der freiwilligen Zahlung. (Vgl. Leonhardt, B. P. D. Ed. IV. S. 363, hannov. Prot. XIV. S. 4158 ff., nordd. Prot. IV. S. 1980 ff., 1986 ff.)

Die Wirksamkeit des Auftrages ist hier ebenso wenig wie bei der Prozeßvollmacht von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht. Nur die Uebergabe des vollstreckbaren Schuldtitels ist erforderlich, weil dessen Besitz auch für den Gläubiger selbst erforderlich ist, um ihn zur Zwangsvollstreckung zu berechtigen. Der Besitz des Schuldtitels ersetzt für den Gerichtsvollzieher in geeigneter Weise die Ausstellung einer besonderen Vollmacht zur Legitimation gegen Dritte (vgl. die oben allegirten Gesetze und Entwürfe).

Die Vorschriften des § 626 dienen zur Sicherung des Schuldners.

§§ 627—632. (R. B. §§ 627—632, G. §§ 678—683.)

Die Vorschriften über die dem Gerichtsvollzieher zustehende Befugnis, Gewalt anzuwenden und selbst in Abwesenheit des Schuldners zu verfahren, sind durch den Zweck der Vollstreckung geboten und werden durch reglementarische Vorschriften (vgl. z. B. hannov. Entw. § 671) ergänzt werden.

Die Zugänglichkeit der Akten des Gerichtsvollziehers wird durch das Interesse der Parteien erfordert und erpart Abschriften.

Die Beschränkung der Thätigkeit des Gerichtsvollziehers rüchftlich der Sonn- und Fefttage und die Vorftchriften über die Beurkundung feiner Handlungen entfprechen den die Zuftellungen betreffenden §§ 164, 167. Rüchftlich der Zwangsvollftreckung zur Nachtzeit gilt ebenfalls das dort Gefagte (S. 151, hier S. 229). Daß dem Gläubiger und Schuldner nur auf Begehren Abfchrift des Protokolls zu ertheilen ift, bedurfte keiner befonderen Erwähnung im Gefetze.

Die Beschränkung auf mündliche Aufforderungen und Mittheilungen, wo diefe möglich find, die Zuftellung durch Aufgabe zur Post und der Ausfchluß öffentlicher Zuftellung für folche Aufforderungen und Mittheilungen des Gerichtsvollziehers befreien das Verfahren von hemmender Weitläufigkeit, ohne die in diefem Stadium des Verfahrens dem Schuldner gebührenden Rüchftichten zu verletzen. Der nordd. Entw. § 928 erläßt jede bei einer Vollftreckungshandlung an den Schuldner zu bewirkende Zuftellung oder Mittheilung, wenn der Aufenthalt deffelben unbekannt oder im Auslande ift. Dies geht zu weit, wenn man auch annimmt, daß dadurch die Fälle nicht getroffen werden follen, in welchen trotz der angegebenen Umftände eine gültige Zuftellung im Inlande erfolgen könnte. Auch nach dem Auslande kann billigerweife wenigftens eine Mittheilung durch die Post beansprucht werden, da fie den Fortgang der Vollftreckung nicht aufhält. Ueberhaupt ift die wirkliche Zuftellung an den Schuldner nicht in allen Fällen ohne Einfluß (vgl. §§ 678, 701) und daraus, daß fie unter Umftänden nicht ausgeführt werden kann, folgt nur die Nothwendigkeit, für alle Arten der Vollftreckung das Verfahren fo zu geftalten, daß deffen Wirksamkeit nicht von der Erreichbarkeit des Schuldners abhängt (nordd. Entw. § 1017) und felbft durch deffen Entfernung nicht aufgehalten wird; dient die Zuftellung den Zwecken der Vollftreckung, fo ift fie auch auszuführen. (S. 413.)

## VIII.

## Das Vollftreckungsgericht.

Des

## § 633 (R. B. § 633, G. § 684)

ift schon in den einleitenden Bemerkungen zu diefem Abfchnitte gedacht (S. 389 — hier S. 422 — sub V.). Die im zweiten Abfaze angedeuteten Ausnahmen finden fich in den §§ 677 Abf. 2, 697, 698, 699, 702, 703, 706, 726, 729, 744, 755, 761. Die Entbehrlichkeit mündlicher Verhandlung (Abf. 3) ift im § 4 der allg. Begründung erörtert.

## IX.

## Der Widerspruch Dritter gegen die Zwangsvollftreckung.

## § 639. (R. B. § 639, G. § 690.)

Der Widerspruch eines Dritten gegen die Zwangsvollftreckung (fog. Erekutionsintervention) kann fich wider die Veräußerung eines beim Schuldner gepfändeten oder zu verfteigernden Gegenftandes richten. Daneben fteht der Fall, daß der Dritte dem Vollzuge des erstrittenen Urtheils felbft widerfpricht, indem er die Sache (species) für fich in Anspruch nimmt, deren Herausgabe Gegenftand des Hauptprozesses gewesen und nunmehr Objekt der beginnenden Zwangsvollftreckung (§§ 716 ff.) ift. Die Hauptintervention aus § 61 ift ausgefchloffen, fobald das Urtheil des Hauptprozesses die Rechtskraft befchritten hat.

In allen diefen Fällen ift mehr als die bloße Ausführung der Vollftreckung in Frage: es ift über materielle Rechte der Betheiligten zu entfcheiden, demnach die Anwendung des ordentlichen Verfahrens geboten. Indeffen ift der Zusammenhang mit der Zwangsvollftreckung derart vorwiegend, daß ohne Abweichung von den allgemeinen Grundfätzen über die fachliche Zuständigkeit, fich örtlich die Verweifung

vor das Gericht, in dessen Bezirke die Vollstreckung erfolgt, empfiehlt (Hannover §§ 583, 584, Oldenburg Art. 347 § 1, Bayern Art. 870, 840, Reichs-Rechtshülfegesetz § 8, nordd. Entw. § 919, nordd. Prot. IV. S. 2006).

Die Stellung des Dritten als Klägers ergibt sich mit Nothwendigkeit daraus, daß der streitige Gegenstand sich nicht im Besitze des Dritten befindet, denn andernfalls kann er sich gegenüber einer etwaigen Zwangsvollstreckung auf bloßen Widerspruch | S. 414. beschränken und die Klage des obfieglichen Theils auf Herausgabe abwarten (vgl. §§ 659, 661, 662, 718). Die Klage braucht (abweichend von § 61) nicht nothwendig gegen den Schuldner mitgerichtet zu werden, da dieser die Rechte des Dritten vielleicht anerkennt, eintretenden Falls aber kann der Schuldner, wie bei einer Hauptintervention (§ 61), nur Streitgenosse des Gläubigers sein (nordd. Prot. IV. S. 2007). Ueber den Einfluß der Klage auf den Fortgang der Vollstreckung gelten dieselben Grundsätze wie im Falle des § 635 (N. N. ohne ausreichenden Grund Olshausen die Einsprüche dritter Personen in der Exekutionsinstanz nach gemeinem und preussischem Rechte sowie vom Standpunkte der Gesetzgebung. Berlin 1874, S. 106 ff.). Nur ist die Aufhebung der bereits erfolgten Vollstreckungsmaßregeln unter Umständen auch ohne Sicherheit gestattet, weil gegen den Dritten die Zwangsvollstreckung überhaupt nicht gerichtet ist. Eine unbedingte Hemmung der Vollstreckung durch die Klage (hannov. Proz. Ordn. § 584) wird ohne Beeinträchtigung des Gläubigers nicht zugelassen werden können (Proz. Ordn. v. Bayern Art. 874 und Oldenburg Art. 347 § 2, preuß. N. G. D. I. 24. § 77, v. Neumayr a. a. D. S. 367, nordd. Entw. § 919).

## X.

### Die Einstellung und die Beschränkung der Zwangsvollstreckung.

§§ 640, 641. (R. V. §§ 640, 641, G. §§ 691, 692.)

Neben den Vorschriften über das Recht des Schuldners auf Einstellung des Verfahrens und über das Verfahren zur Geltendmachung dieses Rechts (§§ 617, 634, 638) dienen die Vorschriften des § 640 Nr. 1, 2 in ihrer unmittelbaren Wirkung auf die Vollstreckungsorgane zur Durchführung der erlangten Entscheidung. Daß in Nr. 1 die Ausfertigung einer vollstreckbaren Entscheidung verlangt wird, enthält keine Einschränkung der Vorschrift des § 607, nach welcher rücksichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils jede das Urtheil oder die Vollstreckbarkeit aufhebende Entscheidung sofort und ohne Weiteres wirkt; insoweit ist diese Entscheidung eben vollstreckbar. In jedem anderen Falle, also sowohl bei der Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheils, wie bei dem Widerspruche eines Dritten gegen die Vollstreckung (§ 639), ist dagegen, abgesehen von dem Falle Nr. 2, die Vollstreckbarkeit der vorgelegten Entscheidung nach den allgemeinen Regeln festzustellen. Wie weit die Einstellung wirkt, ergibt sich aus dem Inhalt der vorgelegten Entscheidung.

Die Vorschriften der Nr. 3, 4, 5, mit denen der Nr. 1, 2 nur wegen des formellen Zusammenhangs der unmittelbaren Einwirkung auf die Vollstreckungsorgane verbunden, bezwecken nur eine Erleichterung des Verfahrens für den Fall, daß der Schuldner Einwendungen gegen das Fortbestehen des Anspruchs bezw. gegen die Durchführung der Exekution erhebt. Es kann nicht im Interesse des Gläubigers liegen, daß diese Einwendungen, wenn sie in der vorgeschriebenen Weise beschienigt sind, sofort zur richterlichen Entscheidung gebracht werden. Es liegt vielmehr im Interesse beider Theile, daß der Gerichtsvollzieher die Vollstreckung unter Aufrechterhaltung des status quo vorläufig einstellt, im Falle der Nr. 3 sogar aufhebt, und nur auf Verlangen des in Kenntniß gesetzten Gläubigers fortsetzt; daß er zu | S. 415. einer solchen Fortsetzung berechtigt und verpflichtet ist, bedurfte als selbstverständlich keiner besonderen Sanction durch das Gesetz. Im Falle der Fortsetzung ist der Schuldner genöthigt, wie er schon vorher berechtigt ist, die Einstellung bei dem Gerichte zu beantragen. Die Einstellung durch die Vollstreckungsorgane nur auf die Einwilligung des Gläubigers hin eintreten zu lassen (Oldenburg Art. 347 § 1), erscheint zu eng, da die Befriedigung desselben durch Leistung an einen Vertreter oder die Abfindung der schuldigen Summe durch die Post mit dem Auftrage des Gläubigers zur Zwangsvollstreckung sich gekreuzt haben kann. Die Einstellung auf Grund der

Nr. 4 mußte aus naheliegenden Gründen auch bei Vorlegung einer bloßen Privat-urkunde des Gläubigers zugelassen werden (vgl. hannov. Dienstregl. für die Gerichtsvoigte § 79, preuß. A. G. D. I. 24. § 46, hannov. Entw. § 677, nordd. Entw. § 920, nordd. Prot. IV. S. 1993, 1994).

## XI.

### Die Einwirkung des Todes des Schuldners auf die Zwangsvollstreckung.

§§ 642, 643. (R. B. §§ 642, 643, G. §§ 693, 694).

Soweit bei dem Tode des Schuldners die Zwangsvollstreckung noch nicht zulässig geworden, also das zu vollstreckende Urtheil weder für vorläufig vollstreckbar erklärt, noch rechtskräftig geworden ist, kommen die Vorschriften über die Unterbrechung des Verfahrens (§§ 209, 215, 218) zur Anwendung. Im Uebrigen aber ändert der Tod die Sachlage nicht weiter, als daß die Richtung der Zwangsvollstreckung gegen den Erben durch Zustellung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung begründet werden muß. Hiervon ist aus praktischen Gründen die Ausnahme zu machen, daß die bereits begonnene Vollstreckung in den Nachlaß des inzwischen verstorbenen Schuldners fortgesetzt wird; es sind in diesem Falle entweder bereits bestimmte Gegenstände von der Vollstreckung ergriffen, oder der Nachlaß ist noch äußerlich als solcher erkennbar vorhanden. Die Proz. Ordn. v. Hannover § 543 art. 812, mecklenb. Erf. Ordn. § 6, nordd. Entw. §§ 922, 923). Die Rücksicht auf die Rechte des Gläubigers muß zu Gunsten des Fortgangs der Vollstreckung auch bei ruhender Erbschaft (mecklenb. Erf. Ordn. §§ 5, 6, preuß. A. G. D. I. 24 § 15) überwiegen und dies selbst da, wo der mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antretende Erbe bestimmte Verpflichtungen zur gleichmäßigen Befriedigung der Erbschaftsgläubiger hat (preuß. A. L. R. I. Tit. 9 §§ 452 ff.); denn der berufene Erbe kann durch rechtzeitige Entschließung (vgl. z. B. preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 2 und Konf. Ordn. v. 8. Mai 1855 §§ 342 ff.) jeden drohenden Nachtheil abwenden.

Damit bei dem Tode des Schuldners nicht der Mangel einer Person, gegen welche die Zwangsvollstreckung zu richten ist, die Vollstreckung aufhält, ist dem Nachlasse oder dem Erben, dessen Person oder Aufenthalt unbekannt, ein besonderer Vertreter zu bestellen; die Bestellung ist, wenn die Zwangsvollstreckung begonnen hat, nach Analogie des § 55 dem Vollstreckungsgerichte, andernfalls aber dem zuständigen Nachlassgerichte überwiesen (vgl. preuß. A. L. R. I. 9 § 471, Code civ. art. 812, mecklenb. Erf. Ordn. § 6, nordd. Entw. §§ 922, 923). Die Rücksicht auf die Rechte des Gläubigers muß zu Gunsten des Fortgangs der Vollstreckung auch bei ruhender Erbschaft (mecklenb. Erf. Ordn. §§ 5, 6, preuß. A. G. D. I. 24 § 15) überwiegen und dies selbst da, wo der mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars antretende Erbe bestimmte Verpflichtungen zur gleichmäßigen Befriedigung der Erbschaftsgläubiger hat (preuß. A. L. R. I. Tit. 9 §§ 452 ff.); denn der berufene Erbe kann durch rechtzeitige Entschließung (vgl. z. B. preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 2 und Konf. Ordn. v. 8. Mai 1855 §§ 342 ff.) jeden drohenden Nachtheil abwenden.

Bei den Vorschriften der §§ 642, 643 ist von dem etwaigen Bestehen eines erbenschaftlichen Liquidationsverfahrens und dessen Einfluß auf die Exekution völlig abgesehen. Letzterer bestimmt sich nach den Landesgesetzen (vgl. Einführ. Ges. § 11 Nr. 3).

§§ 644, 645. (R. B. §§ 644, 645, G. §§ 695, 696).

Daß das ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars gegen den Erben des ursprünglichen Schuldners ergehende Urtheil das Recht des Beklagten, sich auf diese Wohlthat zu berufen, ausschließt, gründet sich darauf, daß dieselbe nicht bloß die Art der Vollstreckung, sondern den Umfang der Verpflichtung des Beklagten berührt. Alle hierauf bezüglichen Einwendungen finden durch das Endurtheil ihre Erledigung. Durch diese Behandlung der Frage (vgl. nordd. Entw. § 924) wird zugleich die Zwangsvollstreckung im Interesse des Gläubigers und ohne Gefährdung des Schuldners erheblich vereinfacht, da die grundlose Berufung auf die Rechtswohlthat die Vollstreckung erheblich verzögern kann. Zur Erreichung jenes Zweckes genügt die Nothwendigkeit eines Vorbehalts im Urtheil. Aus dieser ist die Nothwendigkeit einer Entscheidung über das Recht des Beklagten, sich auf die Rechtswohlthat zu berufen, nicht zu entnehmen, wenn diese Entscheidung auch bei vollständig erörterter Sache erfolgen kann. Ist der Schuldner in der Lage, die Rechtswohlthat durch Errichtung

des Inventars erst noch wahren zu müssen, so kann nicht mehr als ein Vorbehalt erfolgen. Ebenso würde es durchaus unzweckmäßig sein, den nur möglicher Weise erheblichen Streit, ob die Rechtswohlthat gewahrt sei, mit der Hauptsache zu verbinden, wenn die Entscheidung über denselben das Urtheil in der Hauptsache aufhalten würde.

Die Vorschrift des § 644 soll zugleich die im Gebiete des preuß. Rechts bestehenden Zweifel lösen. Die A. G. D. hatte die Bestimmung, daß die Rechtswohlthat schon im Prozesse angezeigt werden müsse, widrigenfalls der Erbe durch Berufung auf dieselbe später die Exekution nicht aufhalten könne (A. G. D. I. 24 § 19). Nach Aufhebung dieser Bestimmung durch § 2 der Verordn. v. 4. März 1834 wurde es kontrovers, ob der Einwand der Rechtswohlthat in der Exekutionsinstanz noch vorgebracht werden könne, bezw. müsse (vgl. v. Köne, Ergänzungen Bd. III. zur A. G. D. I. 24 §§ 15 ff.). Die Praxis, welche sich für die Zulassung entschied, ist dabei mannigfachen Schwierigkeiten in der Behandlung der Frage begegnet. In Berücksichtigung dessen hatte bereits der preuß. Entw. § 984 eine dem § 644 sachlich kongruente Vorschrift aufgenommen (vgl. preuß. Mot. S. 248 ff.).

Rücksichtlich der Art der Zwangsvollstreckung gegen einen Erben, welcher auf die Rechtswohlthat des Inventars sich zu berufen berechtigt ist (§ 644), könnte die Ansicht Platz greifen, daß ohne Weiteres nur die zum Nachlasse gehörigen Gegenstände angegriffen werden können (bayer. Proz. Ordn. Art. 833, preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 2). Allein wenn auch die Schwierigkeit für den Gläubiger, diese Gegenstände aufzufinden, durch den Zwang zur allenfalls eidligen Manifestation seitens des Erben überwunden werden kann, so nöthigt doch das Recht des Benefizialerben, alle Gegenstände des Nachlasses gültig zu veräußern, zu der entgegengesetzten Maßregel, die Vollstreckung unbeschränkt zuzulassen (§ 645). Der Erbe würde sonst durch bloße Veräußerung der Nachlassgegenstände die Vollstreckung bis zu einer neuen Verurtheilung unmöglich machen, während er nicht bloß mit dem Nachlasse, sondern bis auf Höhe desselben verhaftet ist, und noch nicht feststeht, ob und in welchem Umfange er von | S. 417. der Rechtswohlthat im einzelnen Falle Gebrauch machen kann. Das Recht zu widersprechen und die Einwendungen in demselben Wege wie andere den Anspruch selbst betreffende Einwendungen zur Entscheidung zu bringen, schützt den Erben zur Genüge (vgl. nordd. Entw. § 925, nordd. Prot. IV. S. 2010).

Ueber den materiellen Inhalt der Rechtswohlthat und die außerprozessualischen Voraussetzungen, unter welchen der Erbe sich auf dieselbe berufen kann, sind keine Bestimmungen getroffen.

## XII.

### Die Kosten der Zwangsvollstreckung und der Beitreibung.

§ 646. (R. B. § 646, G. § 697.)

Für den Anspruch auf Erstattung der Kosten der Zwangsvollstreckung kann ein anderer Titel zur Zwangsvollstreckung (§ 95) als das in der Hauptsache vollstreckbare Urtheil und selbst eine Festsetzung dieser Kosten (§ 96) nicht mehr gefordert werden, wenn die vollständige Befriedigung des Gläubigers überhaupt zu Ende geführt werden soll (Proz. Ordn. v. Hannov. § 544 und Bayern Art. 878, mecklenb. Exek.-Ordn. § 9). Dem Schuldner bleibt das Recht, Einwendungen nach § 635 geltend zu machen, sofern nicht § 634 Anwendung findet. Die Erstattung der Kosten einer Zwangsvollstreckung, deren Titel aufgehoben wird, folgt, wenn auch der Schuldner dem vollstreckbaren Urtheil genügen mußte, doch daraus, daß der Gläubiger nur formell zur Anwendung des Zwangs berechtigt war. Die bloße Aufhebung der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils fällt nicht unter die Bestimmung des Abs. 2; sie beweist bei der Vorschrift, daß gewisse Urtheile kraft Gesetzes für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind (§ 601), nichts für ein Versehen des Gläubigers. Daß durch die Erstattungspflicht nur der Gläubiger betroffen wird, nicht aber der Empfänger der entstandenen Kosten, versteht sich von selbst; von der Berechtigung des Letzteren ist hier nicht die Rede.

## XIII.

## Die Requisition von Behörden zum Zwecke der Zwangsvollstreckung.

§§ 647, 649. (R. B. §§ 647, 649, G. §§ 698, 700.)

Die Verweisung der Zwangsvollstreckung an selbstständige Vollstreckungsorgane soll nicht durchgeführt werden, wo die Rechte der Parteien durch Festhaltung der Form ernstlich gefährdet werden würden und nur die unmittelbare Anwendung der Autorität des Gerichts helfen kann. Aus dieser Rücksicht gehen die Paragraphen hervor.

§ 648. (R. B. § 648, G. § 699.)

In § 648 handelt es sich hauptsächlich um die Wahrung eines allgemeinen Interesses der militärischen Disziplin. Die dienstliche Autorität eines militärischen Vorgesetzten würde schwer gefährdet werden, wenn gegen ihn in der Kaserne d. h. unter den Augen zahlreicher Untergebener und mit dem dabei nicht zu vermeidenden Aufsehen von einem bürgerlichen Beamten die Zwangsvollstreckung ausgeführt würde. Wird dieselbe in die Hand der Militärbehörde gelegt, so kann sie bei gleicher Energie in der Sache unter Formen durchgeführt werden, bei welchen die wünschenswerthe Rücksicht auf das dienstliche Ansehen des Schuldners beobachtet wird (preuß. Rabinetsordre vom 4. Januar 1833, sächf. Verordn. vom 4. Dezember 1867 § 10). §. 418.

## XIV.

## Die Beschwerde gegen Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren.

§ 650. (R. B. § 650, G. § 701.)

Der Zulassung der Beschwerde und der Beschränkung derselben auf die Nothfrist ist bereits zu den §§ 506 und 516 gedacht. Die Entscheidungen im Zwangsvollstreckungsverfahren dürfen ihrer Natur entsprechend nicht nach längerer Zeit noch in Frage gestellt werden, sie müssen mit Ablauf einer kurzen Frist unwiderrücklich sein. Uebrigens ist dadurch die Erneuerung eines zurückgewiesenen Antrags des Gläubigers nicht ausgeschlossen.

## XV.

## Die übrigen vollstreckbaren Schuldtitel.

§ 651. (R. B. § 651, G. § 702.)

Die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus anderen Titeln als Endurtheilen ist zum Theil durch die Natur dieser Titel geboten, nämlich für die dem Rechtsmittel der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen (Nr. 2), zu denen auch Kostenfestsetzungsbeschlüsse (§ 96) gehören, und für die Vollstreckungsbefehle (Nr. 3). Die Vollstreckbarkeit der gerichtlich geschlossenen Vergleiche über rechtshängige Sachen (Nr. 1) [preuß. A. G. D. I. 24 § 4 und Verordn. v. 4. März 1834 § 1, Prozeßordn. v. Hannover § 528, Oldenburg Art. 134 und Bayern Art. 223, nass. Prozeßgef. v. 26. Juli 1851 § 1, coburg. Prozeßgef. v. 1. Dezember 1858 Art. 41, Anhang zu den revidirten Erläuter. der anhalt. Prozeßord. v. 21. August 1864 Kap. XII. § 2, hannov. Entw. § 645 Nr. 6, nordd. Entw. § 931 Nr. 1, preuß. Entw. § 982, nordd. Prot. IV. S. 2011, 2012] dient vorzugsweise der Erleichterung der Vergleiche, ohne daß eine Beschränkung auf die vor dem Prozeßgerichte oder einem beauftragten Richter geschlossenen erforderlich erscheint. Der gerichtlichen Entscheidungen in den Fällen der §§ 475, 499 war als Titel zur Zwangsvollstreckung nicht besonders zu

gedenken, da es sich dabei im Grunde nicht um Vollstreckung des höheren Urtheils, sondern des erstinstanzlichen handelt, und dieses, durch jenes für vorläufig vollstreckbar erklärt, schon nach § 597 exekutionsfähig wird.

Die Vollstreckbarkeit der vom Gerichte oder Notar aufgenommenen Urkunden (vgl. nordd. Entw. § 933, nordd. Prot. V. S. 2263, 64.) ist im verstärkten Maße dasjenige, was der Urkundenprozeß gewährt, und dient zur Befriedigung des Bedürfnisses einer prompten Erfüllung von Verpflichtungen, deren Existenz fast niemals in Frage gestellt wird. Die im Entwurf angenommene Beschränkung ausdrücklicher Unterwerfung unter die Vollstreckung hat nicht allein die innere Begründung und den Vorgang der meisten neueren Gesetzgebungen für sich, sondern hilft auch über manche Bedenken hinweg, welche sich für die Gebiete erheben, in denen das Institut bisher unbekannt war. Für früher errichtete, jene Klausel nicht enthaltende (bayer. rhein.) Urkunden ist durch § 19 des Einführungsge-  
 [S. 419.] setzes eine den bisherigen Rechtszustand aufrecht erhaltende Bestimmung getroffen. Die Ausdehnung ihrer Exekutionsfähigkeit auf das ganze Reich erschien mit dem Prinzip der obgedachten Beschränkung nicht verträglich. Darin läßt sich aber um so weniger ein Uebelstand finden, als die Möglichkeit einer Ergänzung der Urkunden gegeben ist. — Für den Gegenstand einer vollstreckbaren Verpflichtung sind dieselben Schranken gezogen, wie bei der Zulassung des Urkundenprozesses. Bei Verpflichtungen, welche nicht eine bestimmte Quantität vertretbarer Sachen zum Gegenstande haben, ist ein entstehender Streit nicht einfach genug, um bei der nothwendigen Einengung der Einwendungen in die Form der Klage eine befriedigende Lösung mit Sicherheit erwarten zu lassen. Ein Bedürfnis dafür ist hier ebensowenig wie bei dem Urkundenprozeße anzuerkennen. Die Beschränkung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme (Oldenb. Art. 333) erscheint dagegen gleichfalls nicht geboten. Auch ist es nicht rathsam, die Vollstreckbarkeit auf Verbindlichkeiten aus einseitigen Rechtsgeschäften zu beschränken. Dies würde in häufigen Fällen zu Zweifeln führen, namentlich da, wo Verbindlichkeiten aus zweifeltigen Geschäften durch den Parteinwillen aus dem ursprünglichen Zusammenhange gelöst sind, ein im kaufmännischen und Hypothekerverkehr sehr gebräuchliches Verfahren, wohin insbesondere die Verbriefung rückständiger Kauf- oder Erbegelder gehört. Das richtige Temperament liegt in der Nothwendigkeit der Unterwerfungsklausel.

Ueber die Form der der Vollstreckbarkeit fähigen Urkunden wird, abgesehen von der Nothwendigkeit der Vollstreckungsklausel (§ 612), durch den Entwurf nichts bestimmt; es entschieden darüber die sonst geltenden Rechte (vgl. nordd. Prot. V. S. 2263).

#### § 652. (R. B. § 652, G. § 703.)

Für die Zwangsvollstreckung aus den im § 651 erwähnten Schuldtiteln sollen, soweit nicht ihre Eigenthümlichkeit Abweichungen erfordert, dieselben Regeln, wie für die Vollstreckung der Endurtheile gelten. Den Nr. 2 aufgeführten Schuldtiteln fehlen solche Eigenthümlichkeiten gänzlich. Bei einer Reihe von der Beschwerde unterliegenden Entscheidungen kann von Zwangsvollstreckung überhaupt nicht die Rede sein. Ebenso ist bei solchen Titeln, welche nicht in einer Entscheidung des Gerichts bestehen, für die Anwendung der Vorschriften über die Vollstreckbarkeit gegen einen Singularsuccessor und über den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars kein Raum.

Die Vollstreckbarkeit von Urkunden (§ 651 Nr. 4) findet unter Anwendung des § 614 auch statt, wenn die beurkundete Verpflichtung von dem Eintritte einer Thatsache abhängig ist (Hannover § 528, Bayern Art. 821, nordd. Entw. § 938). Die oldenb. Proz.-Ordn. Art. 333 fordert dagegen unbedingte Existenz und Fälligkeit der Forderung nach Urkunde, in welcher die sofortige Vollstreckung zugestanden ist, die württemb. Proz. Ordn. Art. 903 ebenso Angabe der Zeit der Leistung in dieser Urkunde. Durch solche Beschränkung würde jedoch die Brauchbarkeit des Verfahrens für die sehr zu beachtenden Fälle kündbarer Forderungen ausgeschlossen werden.

#### § 653. (R. B. § 653, G. § 704.)

Daß Vollstreckungsbefehle (§ 592) nur bei eingetretener Rechtsnachfolge der

Vollstreckungsklausel bedürfen, folgt daraus, daß sie selbst ihrem Inhalte nach diese Klausel sind, und nur in der ertheilten Ausfertigung existent werden. Für die den festgestellten Anspruch selbst betreffenden Einwendungen (§ 635), sowie für die in den §§ 616, 636 erwähnten Klagen mußte zur Vermeidung sachlich differenter Urtheile auch hier die Zuständigkeit, wie im § 593, geregelt werden. | S. 420.

Maßgebend für die Zulassung materieller Einwendungen ist die „Zustellung des Vollstreckungsbefehls“ (vgl. württemb. Gref. G. v. 13. November 1855 Art. 6, württemb. Proz. Ordn. Art. 904). Vorher entstandene Einwendungen kann der Schuldner sich mittelst Einspruchs (§ 593) saluiren. Was aber die nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls entstandenen Einwendungen angeht, so ist es billig, sie allgemein zuzulassen, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch Einspruch hätten geltend gemacht werden können oder nicht. Der Schuldner, welcher nach Zustellung des Vollstreckungsbefehls zahlt, würde sonst genöthigt sein, Einspruch zu erheben, um sich gegen eine etwaige spätere Exekution zu sichern.

#### § 654. (R. B. § 654, G. § 705.)

Für die Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen von Urkunden, rücksichtlich deren es an einem Prozeßgerichte noch fehlt, ist die Zuständigkeit zu bestimmen. Nur die württemb. Proz. Ordn. Art. 903 überträgt die Erkennung der Vollstreckbarkeit der Notariatsurkunden dem Gerichte, was jedoch mit der Bestimmung des württemb. Rechts zusammenhängt, daß jede Vollstreckung durch Erlaß eines Zahlungsbefehls eingeleitet werden muß (Ges. v. 13. November 1855). Die Befugniß der Notare zur Ertheilung vollstreckbarer Ausfertigungen ist der Einfachheit wegen auch in den Fällen der §§ 614, 618 nicht beschränkt (vgl. nordd. Entw. § 936, nordd. Prot. V. S. 2264). In wie weit die Befugniß des die Urkunde aufnehmenden und verwahrenden Notars nach dessen Abgang auf einen anderen Notar oder eine Behörde übergeht, hängt von der Verfassung des Notariats und den landesgesetzlichen Bestimmungen über die Verwahrung der Notariatsurkunden ab. Die Vorschrift des Abs. 3 hält sich in möglichstem Einklang mit den §§ 617, 618.

Der Mangel eines Prozeßgerichts der Hauptsache erfordert auch die Bestimmung der Zuständigkeit für Entscheidung der den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen und der übrigen im Abs. 5 erwähnten Klagen. Für die hier geregelte Zuständigkeit waren lediglich Zweckmäßigkeitserwägungen maßgebend (vgl. auch § 677 Abs. 2, vgl. nordd. Entw. § 943, nordd. Prot. V. S. 2274, 75). Die Zulässigkeit von den Anspruch selbst betreffenden Einwendungen ist nach der Zeit ihrer Entstehung nicht beschränkt (Hannov. § 575, Old. Art. 343, Bayern Art. 868, nordd. Entw. § 944, nordd. Prot. V. S. 2275, 2276). Die Frage, ob die Hemmung der Vollstreckung nur bei solchen Einwendungen zu gestatten sei, welche nach Errichtung der Urkunde entstanden sind (Württemb. Proz. Ordn. Art. 904), ist von der Frage der materiellen Zulässigkeit zu trennen; sie ist nach den allgemeinen Regeln dem Ermessen des Gerichts überlassen, und im vorliegenden Falle ist eine Beschränkung desselben auf solche später entstandene Einwendungen um so weniger gerathen, als durch dieselbe auch solche Einwendungen getroffen werden, welche die Rechtsbeständigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts oder der Urkunde selbst berühren.

#### § 655. (R. B. § 655, G. § 706.)

Nach verschiedenen Landesgesetzgebungen findet die gerichtliche Zwangsvollstreckung auch auf Grund anderer Schuldtitel, als der in dem Entwurf abgehandelten, statt, so in Preußen aus Vergleich, welche vor den nach der Kab.-Ordn. v. 13. Dezember 1826 bestellten Schiedsmännern geschlossen sind, in Hannover gemäß der Proz. Ordn. | S. 421. § 528 Nr. 3, 4, in Oldenb. nach der Proz. Ordn. Art. 332. In diese Einrichtungen, welche das gerichtliche Verfahren nicht berühren, soll nicht eingegriffen, ebenso wenig die Herstellung neuer derartiger Einrichtungen gehindert werden. Dies bezieht sich insbesondere auch auf die Zwangsvollstreckung aus Hypothekenurkunden, bei welchen über die wünschenswerthe Vollstreckbarkeit wegen der Mannigfaltigkeit des bestehenden Rechtszustandes allgemeine Regeln nicht aufgestellt werden können (vgl. nordd. Entw. § 945, nordd. Prot. V. S. 2276, 2277).

## XIV.

**Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes in der Zwangsvollstreckung.**

§ 656. (R. B. § 656, G. § 707).

Für alle Fälle der Theilnahme der Gerichte an dem Zwangsvollstreckungsverfahren ist die Ausschließlichkeit der bestimmten Zuständigkeit hauptsächlich deshalb wünschenswerth, damit nicht dieselbe Sache nach einander zur Entscheidung verschiedener Gerichte gelangt. (Vgl. Proz. Ordn. von Bayern Art. 840, preuß. Entw. § 1031.)

**Zweiter Abschnitt.****Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.****Erster Titel.****Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen.**

§§ 657—701. (R. B. §§ 657—701, G. §§ 708—754).

**I. Allgemeine Bestimmungen.**

§§ 657—660. (R. B. §§ 657—660, G. §§ 708—711.)

§§ 657, 658. (R. B. §§ 657, 658, G. §§ 708, 709).

Von der Bestimmung der Form der Zwangsvollstreckung ist die Bestimmung der Wirkung der einzelnen, zum Zwecke der Zwangsvollstreckung vorgenommenen Akte unzertrennlich. Form und Wirkung machen nicht nur ersichtlich, wie der Zweck der Zwangsvollstreckung, die Befriedigung des Gläubigers, herbeigeführt wird, sondern beeinflussen sich auch gegenseitig. Je stärker die Wirkung, um so bestimmter muß die Form sein; die Unmöglichkeit einer ausreichend bestimmten, scharf fixirbaren Form müßte eine Milderung der Wirkung zur Folge haben. Es ist daher vorab zu erörtern, welche Wirkung mit Rücksicht auf die bestehenden Rechte und auf die Anforderungen des Verkehrs dem ersten Akte der Vollstreckung in das bewegliche Vermögen, der Pfändung, beigelegt werden kann.

Die Wirkung der Pfändung ist in dem bestehenden Rechte verschieden geregelt. Im Allgemeinen lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

- 1) Durch die Pfändung entsteht ein Pfandrecht an dem gepfändeten Objekte; hierher gehören das gemeine Recht — was freilich nicht unbefritten geblieben ist — und diejenigen Rechte, welche, wie z. B. das sächs. Civilgesetzbuch § 487 und das heß. Pfandges. v. 15. September 1858 Art. 181, an dem Grundsatz des gemeinen Rechts festgehalten haben.
- 2) Durch die Pfändung entsteht weder ein Pfandrecht, noch ein Vorzugsrecht: auf diesem Standpunkte befinden sich das französische Recht (Code civ. art. 2093 sequ., Code de proc. art. 656 sequ.), das preuß. Recht seit Erlaß der Konkursordn. v. 8. Mai 1855, das württemb. Recht seit Erlaß des Einführungsges. zum N. D. Handelsgesetzbuche v. 13. August 1865 Art. 53, das bayer. Recht (Proz. Ordn. Art. 938) und das bad. Landrecht (vgl. Nachweisungen bei v. Meibom, Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 52, S. 297 ff.).

| S. 422.

Für die Zwecke der Prozeßordnung kommt es auf die Feststellung des Verhältnisses des Gläubigers, für welchen die Pfändung erfolgt ist, zu anderen Gläubigern desselben Schuldners an. Wird nach Bewirkung der Pfändung für einen Gläubiger allen übrigen zur Zwangsvollstreckung berechtigten Gläubigern die Befugniß eingeräumt, sich der Pfändung im Laufe des Verfahrens anzuschließen und an den realisirten Vermögenswerthen in gleicher Weise wie der die Pfändung betreibende Gläubiger zu partizipiren, so mag eine solche Regelung der idealen Absicht entsprechen, daß kein Gläubiger vor dem anderen bevorzugt werden soll, allein in Wirklichkeit ist eine Gleichheit, welche die gleiche Berücksichtigung aller übrigen Gläubiger rechtfertigen könnte, nicht vorhanden. Wer ohne vorsichtige Prüfung Kredit gewährt oder die Einziehung einer fälligen Schuld versäumt, versetzt sich selbst in eine wesentlich andere Lage, als derjenige, welcher aufmerksam die Solvenz seines Schuldners prüft oder überwacht und sich um Einziehung seiner Forderung rechtzeitig bemüht. Werden beide gleich behandelt, so hat der letztere für den erstern gearbeitet und dieser entzieht jenem die Früchte seiner Wachsamkeit — was um so unbilliger erscheint, wenn ein der Zwangsvollstreckung unterworfenen Gegenstand durch Aufwand von Mühe und Kosten, z. B. durch Prozesse mit Dritten, erst herbeigeschafft worden ist (vgl. nordd. Prot. IV. S. 209). Kann ein einzelner Gläubiger durch Wachsamkeit für seine ausschließliche Befriedigung sorgen, so wird allerdings die natürliche Ungleichheit der Lage einheimischer und auswärtiger Gläubiger insofern wirksam, als die einheimischen Gläubiger von dem Vermögensverfalle des Schuldners leichter Kenntniß erlangen und die zur Wahrung ihrer Ansprüche nöthigen Maßregeln unverzüglich ergreifen können, und gewinnt es daher den Anschein, als ob die Gewährung eines Vorzugs der früheren Pfändung vor der späteren die Ausdehnung des Kredits — den Kredit bei Auswärtigen beeinträchtigt (vgl. Mot. z. Entw. der preuß. Konkursordn. bei Goldammer, Kommentar zur Konkursordn. Ed. II. S. 216). Allein eine derartige Befürchtung stellt sich den realen Verhältnissen gegenüber als unbegründet dar. Denn die Entwicklung des Handelsverkehrs — und nur dieser kann für die vorliegende Frage in Betracht kommen — hat dahin geführt, daß an den bedeutenderen Handelsplätzen auswärtige Handlungshäuser ihre ständigen Vertreter haben, und daß es im Uebrigen zu den Aufgaben der Handlungsreisenden gehört, für eine fortlaufende Kenntniß der Vermögenslage der Schuldner Sorge zu tragen. Die weitere Besorgniß, daß durch den Vorzug der früheren Pfändung vor der späteren ein Drängen der Gläubiger nach Exekutionsvollstreckungen und so gerade der Ruin des Schuldners häufig veranlaßt werde, der sonst noch zu vermeiden gewesen wäre (vgl. die Mot. z. preuß. Konkursordn. a. a. D.), wird durch die Erfahrungen in denjenigen Rechtsgebieten, in denen das *pignus in causa judicati captum* besteht, nicht bestätigt. Gesezt aber auch, daß der fragliche Vorzug die Folge haben sollte, daß die Schuldner zu prompter Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten angehalten werden, so würde doch dieser Umstand nicht als ein Nachtheil betrachtet werden können. | S. 423.

Nachdem die Strenge der Zwangsvollstreckung durch die Aufhebung der Personalhaft (Reichsges. v. 29. Mai 1868) und der Lohnbeschlagnahme (Reichsges. v. 21. Juni 1869) erheblich gemildert ist, bietet ein energisches, rücksichtsloses Drängen auf Einhaltung der eingegangenen Verbindlichkeiten für den Gläubiger eine Ausgleichung, von welcher eine Einwirkung auf die Herstellung gesunder Kreditverhältnisse in ähnlicher Weise wie von den beregten Beschränkungen der Zwangsvollstreckung erwartet werden darf. Und ganz abgesehen hiervon erscheint die Gefahr, daß es zur Konkursöffnung kommen werde, größer, wenn der früheren Pfändung jeder Vorzug abgesprochen, als wenn derselben ein solcher Vorzug eingeräumt wird. Der Gläubiger, welcher die durch die Zwangsvollstreckung erzielten Ergebnisse mit den übrigen Gläubigern seines Schuldners zu theilen hat, ist, wenn er sich wegen seiner Befriedigung, soweit thunlich, sichern will, genöthigt, die Vollstreckung so fort gegen das gesamte Vermögen seines Schuldners zu richten. Denn jede beschränkte Pfändung beläßt den Rest des Vermögens der Verfügung des Schuldners wie dem Angriffe der übrigen Gläubiger, und kann selbst in Folge von Anschlußpfändungen erfolglos bleiben.

Die Vorschrift des § 657 Abs. 1, daß die Zwangsvollstreckung nicht weiter ausgedehnt werden darf, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten der Zwangsvollstreckung erforderlich ist, hängt mit der Wirkung der Pfändung auf das innigste zusammen. So dringend sie auch durch die Rücksicht auf Schonung

des Schuldners geboten wird, so erscheint sie doch legislativ nur gerechtfertigt, wenn die frühere Pfändung der späteren gegenüber bevorzugt wird, weil ohne einen solchen Vorzug die in ihr enthaltene Beschränkung in eine schwere Beeinträchtigung des Gläubigers aus schlagen müßte. Gegen diese Beeinträchtigung würde auch die Bestimmung der bad. Proz. Ordn. § 697, daß andere Gläubiger sich der Pfändung nur dann anschließen können, wenn andere der Zwangsvollstreckung unterworfenen Gegenstände nicht vorhanden sind, keinen Schutz gewähren, da diese Voraussetzung nach erfolgter Pfändung durch Dispositionen des Schuldners eintreten kann.

Die vorstehenden Erwägungen haben dahin geführt, im Anschlusse an den nordd. Entw. §§ 966, 967 dem Gläubiger als Wirkung der Pfändung ein Pfandrecht an dem gepfändeten beweglichen — körperlichen oder unkörperlichen — Gegenstände einzuräumen (§ 658 Abs. 1). Die Wirkung auf die Gewährung eines Vorzugsrechts zu beschränken, wie neuerdings wieder von Olshausen die Einsprüche dritter Personen in der Executionsinstanz nach gemeinem und preussischem Rechte, sowie vom Standpunkte der Gesetzgebung Berlin 1824 S. 95 ff. vorgeschlagen ist, erscheint legislativ nicht empfehlenswerth, weil es auf diesem Wege völlig unmöglich sein würde, den pfändenden Gläubiger erfolgreich zu schützen, ganz abgesehen davon, daß man auf den nicht hoch genug anzuschlagenden Vortheil verzichten müßte, zu einfachen, klaren, in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten ohne Schwierigkeit anwendbaren Rechtsfäßen zu gelangen.

Das Pfandrecht ist von dem Entwurf als Faustpfand konstruirt. Bei beweglichen körperlichen Sachen wird die Pfändung dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher dieselben in Besitz nimmt. Werden die Sachen im Gewahrsam des Schuldners belassen, so ist die Wirksamkeit der Pfändung dadurch bedingt, daß Maßnahmen getroffen sind, um den Akt der Pfändung für dritte erkennbar zu machen (§§ 661, 662). An Forderungen ist zwar kein Besitz, aber etwas der Besitzergreifung | S. 424. entsprechendes möglich, so daß Dritten gegenüber auch bei Forderungen ersichtlich gemacht werden kann, daß dieselben der Disposition des Schuldners entzogen sind. Dementsprechend wird bei Forderungen die Pfändung dadurch bewirkt, daß das gerichtliche Verbot, an den Schuldner zu zahlen, dem Drittschuldner zugestellt wird (§ 678); zur Sicherung der Priorität dient die Vorschrift des § 691. Aus gleicher Rücksicht ist auch bei anderen Vermögensrechten, welche nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind, der Akt der Pfändung derartig fixirt, daß er, soweit möglich, für alle Beteiligten erkennbar in die Erscheinung tritt (§ 701).

Auf das Pfand, welches durch den Akt der Pfändung konstituirte wird, kommen die in den einzelnen Rechtsgebieten rücksichtlich des Pfandrechts geltenden Rechtsnormen zur Anwendung. Da aber in den einzelnen Rechtsgebieten die Wirkung des Pfandrechts Dritten gegenüber verschieden geregelt ist, so erschienen einzelne Bestimmungen erforderlich, um dem § 658 Abs. 1 die der Intention des Entwurfs entsprechende Ausführung zu sichern.

1. Kraft des durch die Pfändung begründeten Pfandrechts kann der Gläubiger aus dem gepfändeten Gegenstande seine Befriedigung vor anderen Gläubigern des Schuldners verlangen. Das Pfandrecht geht allen Generalpfandrechten vor, ohne Rücksicht darauf, ob dieselben durch Vertrag oder durch Rechtsfaß entstanden, privilegirt oder nicht privilegirt sind, und steht nur dem Rechte derjenigen Gläubiger nach, welche kraft eines an dem gepfändeten Gegenstande ihnen zustehenden speziellen Pfand- oder Vorzugsrechts dem Faustpfandgläubiger vorgehen (vgl. nordd. Prot. IV. 2075, 2076).

2. Das Recht auf vorzugsweise Befriedigung vor andern Gläubigern behält der Gläubiger auch der Konkursmasse des Schuldners gegenüber: er hat ein Recht auf Absonderung, nur der Ueberschuß ist an die Konkursmasse abzuliefern. Der Entwurf folgt in dieser Beziehung dem Prinzip, welches in dem deutschen Handelsgesetzbuche rücksichtlich der kaufmännischen Faustpfänder und des kaufmännischen Retentionsrechts zum Ausdrucke gelangt ist (vgl. v. Meibom a. a. D. S. 216 ff., nordd. Prot. IV. S. 2114).

Daß der Gläubiger nach Eröffnung des Konkurses auch denjenigen Gläubigern zu weichen hat, welchen ein den Faustpfandgläubigern vorgehendes spezielles Pfand- oder Vorzugsrecht an dem gepfändeten Gegenstande zusteht, ergiebt die Fassung des § 658 Abs. 2.

Unter den Voraussetzungen, unter denen die Anfechtung der vor Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen zugelassen ist, muß auch die Anfechtung des durch Pfändung begründeten Pfandrechts gestattet werden, weil die prozessualen Handlungen, durch welche die Pfändung veranlaßt worden ist, auf einer Kollusion des Schuldners und Gläubigers zum Nachtheil anderer Gläubiger beruhen können. Der Entwurf hat daher Vorsorge getroffen, daß die Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkurseröffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte zum Gegenstande haben (vgl. z. B. preuß. Konk. Ordn. v. 8. Mai 1855 §§ 99 ff.), auch auf das durch Pfändung begründete Pfandrecht Anwendung finden können.

3. Das durch eine frühere Pfändung begründete Pfandrecht geht demjenigen vor, welches durch eine spätere Pfändung begründet wird (vgl. nordd. Prot. IV. S. 2031, 2077).

Das Pfandrecht gewährt dem Gläubiger die Pfandklage. Dieselbe unterliegt den Bestimmungen des materiellen Rechts, folglich auch den Beschränkungen, welche das materielle Recht der vindikabilität veräußerter oder verpfändeter beweglicher Sachen gegen den redlichen Erwerber oder redlichen Pfandinhaber setzt (vgl. z. B. A. D. H. B. Art. 306, Mot. S. 242, 243). — Strafrechtlichen Schutz gegen Dispositionen des Schuldners über den gepfändeten Gegenstand bietet das Reichsstrafgesetzbuch § 137. | S. 425.

### § 659. (R. B. § 659, G. § 710.)

Nach der preuß. Konk. Ordn. v. 8. Mai 1855 §§ 264, 376 können diejenigen, welche ein Pfandrecht an beweglichen Sachen haben, der Zwangsvollstreckung in dieselben nicht widersprechen, sind vielmehr nur befugt, ihre Rechte auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse allenfalls im Wege der Klage geltend zu machen (vgl. auch Bayern Art. 902, 915, preuß. Entw. § 1049). Soweit hierdurch auch solche Gegenstände betroffen werden, welche sich im Besitze des Pfandgläubigers befinden, ist die Vorschrift nicht gerechtfertigt, da der Schuldner selbst nicht einmal thatsächlich in der Lage sein würde, die Gegenstände zu veräußern. Den Anspruch auf Herausgabe kann der die Vollstreckung betreibende Gläubiger nur unter denselben Voraussetzungen und Beschränkungen geltend machen, wie der Schuldner selbst; es greifen die Bestimmungen der §§ 692, 693 Platz. Sollte der Schuldner in fraudem creditorum verpfändet haben, so kann in Frage kommen, ob nach den Vorschriften des materiellen Rechts die Verpfändung angefochten werden kann, allein die Möglichkeit eines fraudulosen, die Gläubiger benachtheiligenden Rechtsgeschäfts vermag nicht die Befugniß der Gläubiger zu sofortiger Einlösung der Pfandsache, noch weniger die Befugniß zum Verkaufe derselben zu begründen. Soweit sich dagegen der Pfandgläubiger nicht im Besitze befindet — was z. B. bei der Pfandbestellung durch sog. symbolische Besitzübertragung (vgl. Förster, preuß. Privatrecht III. § 197, Bundesgef. vom 21. Juli 1870 § 6), bei der gemeinrechtlichen Hypothek, in handelsrechtlichen Verhältnissen (A. D. H. B. Art. 409, 624) vorkommen kann —, fordert die Rücksicht auf den energischen Betrieb der Zwangsvollstreckung, daß das Pfandrecht den Fortgang der Exekution nicht hemmen darf. Der Entwurf hat daher in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. § 972 dem nicht besitzenden Pfandgläubiger den Widerspruch gegen die Pfändung versagt und sein dingliches Recht in einen prioritätisch zu befriedigenden Anspruch auf den Erlös verwandelt (vgl. nordd. Prot. IV. S. 2016, 2017). Daß ferner dem Pfandrechte das Vorzugsrecht gleichgestellt und im Anschlusse an die bayer. Proz.-Ordn. Art. 920 und den preuß. Entw. § 1049 der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse ohne Rücksicht auf die Fälligkeit der Forderung eingeräumt ist, wird keiner besonderen Rechtfertigung bedürfen.

Der Fall des § 659 ist dem des § 639 analog. Wird das Pfand- oder Vorzugsrecht bestritten, so ist es in ähnlicher Weise wie der Widerspruch gegen die Zwangsvollstreckung (§ 639) im Wege der Klage bei dem Vollstreckungsgerichte geltend zu machen. Den Streit in das Vertheilungsverfahren zu verweisen (vgl. Bayern Art. 920, 938), konnte sich nicht empfehlen, denn wenn sich der Pfandgläubiger oder der Vorzugsberechtigte nicht der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung angeschlossen haben, so kann es sowohl dem Schuldner als auch dem pfändenden Gläubiger gegenüber der Begründung und der Nachweisung der Forderung selbst, für welche das Pfandrecht oder das Vorzugsrecht beansprucht wird, bedürfen, für

die Herbeiführung einer solchen Feststellung ist aber das Vertheilungsverfahren seiner ganzen Anlage nach nicht geeignet.

| §. 426.

| § 660. (R. V. § 660, G. § 711.)

Der Zwang zur eiblichen Manifestation des Vermögens hat sich als ein geeignetes Mittel wirksamer Rechtsverfolgung gegen Schuldner erwiesen, welche ihr Vermögen den Angriffen der Gläubiger arglistig zu entziehen suchen. Der durch die gemeinrechtliche Praxis entwickelte Manifestationseid (Renaud, Civilprozeß Ed. II. S. 397 ff., Weßell, Ed. II. § 50) gilt in den meisten Partikularrechten und ist zur Sicherung der Zwangsvollstreckung nach Beseitigung der Schuldhast und der Lohnbeschlagnahme, sowie gegenüber den durch die §§ 664, 696 anerkannten erheblichen Einschränkungen der Exekution als letztes Mittel für den Gläubiger unentbehrlich. Da die Verweisung auf unbewegliche Güter eine gleich rasche Befriedigung des Gläubigers nicht gewähren kann, so gestattet ihn der § 660, sobald die Vollstreckung in das bewegliche Vermögen zur Befriedigung des Gläubigers nicht geführt hat — preuß. A. G. D. I. 22. §§ 29, 31, 34, Verordnung v. 4. März 1834 § 11 und Gef. v. 23. Mai 1859 § 5, Hannover § 541, Braunschweig § 383, mecklenburg. Exek. Ordn. § 16 Nr. 1 — oder wenn sich nach der glaubhaft zu machenden Behauptung des Gläubigers eine solche Befriedigung überhaupt nicht erwarten läßt (preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 11, nordd. Entw. § 1033). Eine Auskunft der Gemeindebehörde über das Vermögen des Schuldners — Bayern Art. 908, Baden § 889 — bietet für die eibliche Vermögensangabe keinen ausreichenden Ersatz. Auch erscheint für das Gebiet dieser Prozeßgesetze die Einführung der Vermögensmanifestation in der Zwangsvollstreckung nicht als prinzipielle Neuerung, da beide (vgl. Art. 1248 bez. § 717) im Konkurse den Gemeinschuldner zur Ableistung des Offenbarungseides verpflichten.

In die Eidesnorm ist ein Versprechen der Anzeige von nachträglich ermittelten Vermögensstücken (preuß. A. G. D. I. 22. § 33) nicht aufgenommen, weil dieses an sich und besonders wegen der Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in gewisse nicht absolut zu bestimmende Vermögensstücke allzuleicht verзорatorisch ist und andererseits den assertorischen Theil des Eides abschwächen kann. Ebenso ist die Verneinung frauduloser Veräußerung nicht aufgenommen, damit nicht der Schuldner gezwungen wird, eine strafbare Handlung zu bekennen (Strafgesetzbuch § 288). Dagegen ist, um für den Gläubiger den praktischen Werth des Manifestationseides sicher zu stellen, dem Schuldner (arg. d. preuß. A. G. D. I. 22. § 29 I. 24. § 102) die Pflicht auferlegt, in Betreff der im Inventarium aufgeführten Forderungen den Grund und die Beweismittel anzugeben. Hierdurch wird der Gläubiger in den Stand gesetzt, zu beurtheilen, ob er nach §§ 677 ff. Exekutionsanträge in diese Forderungen mit Nutzen stellen kann. Für diejenigen Schuldner, welche im Sinne des Entwurfs (§§ 50, 417 vgl. S. 90 ff. 95) nicht prozeßfähig sind, ist der Offenbarungseid nach allgemeinen Grundfätzen durch den gesetzlichen Vertreter zu leisten.

Im Uebrigen kann in den Umständen nicht ein so starker Anreiz zur unrichtigen Angabe und zur Leistung eines falschen Eides gefunden werden, daß aus diesem Grunde die Verpflichtung zur Manifestation überhaupt aufgegeben werden sollte (sächf. Entw. § 1074).

## II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

§§ 661, 662. (R. V. §§ 661, 662, G. §§ 712, 713.)

| §. 427.

Die mit der Pfändung nach § 658 eintretende Wirkung muß auf die | Form der Ausführung derselben zurückwirken. Zur Begründung eines dem Faustpfande gleichstehenden Pfandrechts kann eine bloße Beschlagnahme der zu pfändenden körperlichen Sachen bei dem Schuldner ebensowenig ausreichen, wie die Bestellung eines Hüters, wenn nicht zugleich in dem natürlichen Verhältnisse des Schuldners zur Sache eine Veränderung eintritt. Wie zur Erwerbung des vertragmäßigen Faustpfandrechts die Uebergabe, so muß hier die Besitznahme als Erforderniß

festgehalten werden. Die Mittheilung von dem Akte an den Schuldner ist für den Akt selbst, welcher für sich allein jede weitere Verfügung des Schuldners ausschließt, nebensächlich und nur durch die Rücksicht auf den Schuldner geboten. Die Belassung der Gegenstände in dem Gewahrsam des Schuldners kann dabei nicht unbedingt ausgeschlossen werden. Erforderniß der Wirkung ist aber auch dann, daß zunächst die Besitznahme erfolgt, und außerdem, daß dieselbe rechtlich charakterisirt, die Pfändung ersichtlich gemacht wird. Der bloße Wille des Schuldners, die Gegenstände als gepfändete und von dem Gerichtsvollzieher besessene in seinem Gewahrsam zu haben, kann weder die körperliche Besitzergreifung noch die Fortdauer des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes ersetzen. Die Aufhebung der Erkennbarkeit würde der Aufhebung des von dem Gerichtsvollzieher ergriffenen Besitzes gleichstehen. Das Anlegen der Siegel ist ein allgemein anerkanntes Zeichen der Pfändung (vgl. Strafgesetzbuch § 136, Bayern Art. 913, Baden § 833); andere Maßnahmen sind, wenn sie den Zweck erfüllen, nicht ausgeschlossen.

Befinden sich die Gegenstände, welche der Zwangsvollstreckung unterworfen werden sollen, in dem Gewahrsam eines Andern als des Schuldners, so kann deren Pfändung nur mit Zustimmung dieses Andern erfolgen, da gegen ihn ein Zwang nicht begründet ist. Die Ausführung der Pfändung ist aber dieselbe.

Die weiteren Vorschriften darüber, in welcher Weise der Gerichtsvollzieher mit den gepfändeten Gegenständen bis zu deren Verkauf zu verfahren hat, bleiben der Instruktion für die Gerichtsvollzieher vorbehalten.

#### § 664. (R. B. § 664, G. § 714.)

Die aufgestellten Beschränkungen der Pfändung entsprechen ohne erhebliche Aenderungen bestehenden Rechten (vgl. preuß. A. G. D. I. 24 §§ 70, 71, Anh. § 156, preuß. Konf. Ordn. § 143, Gef. v. 11. Mai 1855 Art. 8, Verordn. v. 30. Juli 1853 § 12 und v. 22. September 1867 § 13, Code de proc. art. 592, Braunschweig § 384, Hannover § 551, Bayern Art. 901, württemb. Gef. v. 15. April 1825 Art. 36—38, mecklenb. Exekut. Ord. § 12), sowie dem preuß. (§ 1056) und nordd. Entw. § 974. Sie beruhen auf einer billigen Rücksicht gegen den Schuldner und leiden deshalb auch keine Ausnahme durch Rücksichten auf die Art der beizutreibenden Forderung (preuß. A. G. D. Anh. § 157).

Der Deutlichkeit halber hebt der Entwurf unter Nr. 1 die vom nordd. Entw. unter dem Hausgeräthe mitverstandenen Betten ausdrücklich hervor. Die Zeit, auf welche der Unterhalt für Menschen und Vieh zu belassen (Nr. 2, 3), ist in Uebereinstimmung mit Bayern Art. 901 und dem sächs. Entw. § 1067 auf vierzehn Tage bestimmt. Die Bestimmungen des Code de proc., der Prozeßordn. v. Hannover, Braunschweig und Baden, sowie der mecklenb. Exekut. Ordn. sind dem Schuldner noch günstiger; es mußte aber die eingetretene Aufhebung der Lohnbefehlagnahme berücksichtigt werden. Die Nr. 3 schützt das durch die preuß. Kab.-Ordre vom 30. November 1825 der Exekution entzogene Milchvieh und hat daher (arg. Code | S. 428. de proc. art. 592) für ziegenarme Gegenden zwei Schafe erimirt. Der Befreiungsgrund Nr. 3 wird meistens zu Gunsten ländlicher Schuldner anzuwenden sein; eine Bevorzugung derselben gegen die städtischen Arbeiter und Handwerker wird durch die Vorschrift aber nicht bewirkt, weil diesen vorzugsweise der Schutz des Gef. vom 21. Juni 1869 über die Beseitigung des Lohnarrestes zu Statten kommt und andererseits die Dienstverträge mit ländlichen Arbeitern die Gewährung der nothwendigen Hausthiere und deputatmäßigen Futters als Theile des Lohnes festsetzen. Auch ist der Vorschrift Nr. 3 (vgl. bad. Landrecht Satz 2217 b) die den übrigen Fällen konforme Beschränkung beigefügt: „soweit die betreffenden Thiere für die Ernährung des Schuldners u. s. w. erforderlich sind.“ Die Nr. 4 schützt — wie nach Vorgang des Code de proc. art. 592, Bayern Art. 901 u. a. hinzugesetzt ist — nur die zur persönlichen Ausübung des Berufs unentbehrlichen Gegenstände. Es ist vermieden, hier der im franz. und mecklenb. Rechte besonders hervorgehobenen Gelehrten und ihrer Bücher zu gedenken. Die Feststellung, ob im konkreten Falle der Schuldner Gelehrter sei, könnte Schwierigkeiten haben, während hinter dem Künstler für Zweifelsfälle als Hilfsbegriff der Handwerker und Handarbeiter steht. Uebrigens sind im Falle der Nr. 6 die Bücher selbstverständlich nicht ausgeschlossen

(nordd. Prot. IV. S. 2022). Der Betrieb der Landwirthschaft hat wegen seiner Bedeutung für das allgemeine Wohl eine ausgedehnte Berücksichtigung gefunden (Nr. 5); die aufgestellte Beschränkung ist nicht eine Beschränkung der Zwangsvollstreckung überhaupt, sondern nur eine Beschränkung der Pfändung beweglicher Sachen; als Zubehör des Grundstücks unterliegen die fraglichen Gegenstände mit diesem der Zwangsvollstreckung.

Für die gänzliche Ausschließung des am Garnisonorte vorhandenen Mobiliars der Offiziere von der Pfändung (preuß. A. G. D. Anh. § 155) ist neben der allgemein gewährten Beschränkung der Pfändung auf das Entbehrliche ein genügender Grund nicht mehr vorhanden. Nach dem Vorgang von Bayern Art. 901 die Ausrüstungsgegenstände der freiwillig dienenden Soldaten zu schützen, erschien auf Grund der preuß. Erfahrungen nicht nothwendig. Der Begriff der Beamten (Nr. 6, 7) ist in weitem Sinne nach Maßgabe des § 359 Strafgesetzbuchs aufzufassen; ebenso in den §§ 696 Nr. 8, 736. Es sind alle öffentlichen Beamten gemeint und selbstverständlich die Beamten der Militärverwaltung, welche einen bestimmten Offizierang nicht haben, einbezogen. Das Inventarium der Posthaltereien ist durch § 20 des Reichspostges. v. 28. Oktober 1871 der Zwangsvollstreckung entzogen. Orden und Ehrenzeichen sind, auch abgesehen von der meist bestehenden Verpflichtung zu ihrer Rückgabe nach dem Tode des Inhabers, kein zur Wegnahme oder Zwangsveräußerung geeigneter Gegenstand (nordd. Entw. § 974). Durch Nr. 10 sind endlich (vgl. Bayern Art. 901) die zum Gebrauche in Kirche und Schule bestimmten Bücher des Schuldners und seiner Familie geschützt. Die Bestimmung bedarf keiner weiteren Rechtfertigung und ist bei dem geringen Werthe dieser Gegenstände ohne Gefahr für den Gläubiger.

Daß die Pfändungen unbeschadet des energischen Vollzugs dennoch schonend und unter Berücksichtigung billiger Wünsche des Schuldners zu geschehen haben, ist zwar im Entwurf nicht, wie in anderen Gesetzgebungen — preuß. A. G. D. I. 24 § 74 und A. L. R. I. 20 § 204, Hannov. § 551, Baden § 864, mecklenb. Graf. Ord. §§ 3, 12, 15 — ausdrücklich ausgesprochen, liegt aber in der Absicht des Gesetzbuchs und wird den Gerichtsvollziehern instruktionell zur Pflicht zu machen sein.

| S. 429.

| §§ 665—669. (R. B. §§ 665—669, G. §§ 716—720.)

Die weitere Ausführung der Zwangsvollstreckung geschieht nothwendig durch die Versteigerung.

Die für deren Ausführung gegebenen Vorschriften sind die üblichen und durch den Zweck des Verfahrens geboten. Die den Gerichtsvollziehern zu ertheilende Instruktion wird, um ihnen in der Mannichfaltigkeit der Fälle einen gewissen Halt für das Verfahren zu geben, noch breitere Vorschriften aufzustellen haben, welche sich zur Aufnahme in das Gesetz nicht eignen und oftmals an örtliche Verhältnisse sich anschließen müssen. Die Abschätzung der zu versteigernden Gegenstände ist der Regel nach nur mit Kosten verbunden und ohne Werth; sie soll deshalb nur ausnahmsweise erfolgen (§ 665 Abs. 1, vgl. Hannover § 553, preuß. Entw. § 1058, nordd. Entw. § 978). Daß der Gerichtsvollzieher den Werth der gepfändeten Gegenstände überschlagen muß, um sich vor zu weit gehender Pfändung zu hüten, versteht sich von selbst (mecklenb. Graf. Ord. § 11, nordd. Entw. § 969).

Die Befugniß des Gerichtsvollziehers zur Empfangnahme der schuldigen Leistung an Stelle des Gläubigers giebt sowohl der Wegnahme von Geld im Wege der Pfändung als der Empfangnahme des Auktionserlöses den Charakter der Zahlung von Seiten des Schuldners: im ersteren Falle fällt naturgemäß die als Regel festgestellte Wirkung der Pfändung, das Pfandrecht, hinweg — §§ 624, 665 Abs. 2, 669. Dieses Moment ist wichtig, weil mit demselben die Gefahr des fraglichen Geldes auf den Gläubiger übergeht und namentlich die Anschlußpfändung ausgeschlossen wird (nordd. Prot. IV. S. 2026). Im Uebrigen entscheidet die Prozessordnung nur über den Erfolg der Liberation des Schuldners; der Entscheidung der Fragen, ob etwa diese Zahlung als eine vom Schuldner geleistete angefochten werden kann, oder ob der Schuldner der Verkäufer der versteigerten Gegenstände ist, soll nicht vorgegriffen werden.

Einer besonderen Regelung bedarf das Verhältniß des Käufers einer versteigerten Sache mit Rücksicht auf die Nothwendigkeit, durch den Verkauf baares Geld zu

erzielen, (preuß. A. L. R. I. 11 § 346, Bayern Art. 931, Baden § 896). Die Frage, wenn der etwaige Vortheil einer vorzunehmenden anderweiten Versteigerung zufällt, wird in den Gesetzgebungen verschieden beantwortet, je nachdem angenommen wird, daß die Versteigerung für Rechnung des ersten Käufers erfolgt — vgl. preuß. Subhast. Ordn. v. 15. März 1869 § 159, — oder aber, daß sie unter Aufhebung des ertheilten Zuschlags als Wiederholung der ersten Versteigerung ausgeführt wird (Baden § 896, Bayern Art. 931, preuß. Entw. § 1063, nordd. Entw. § 980). Der Entw. hat sich im § 667 Abs. 3 für die zweite Alternative entschieden und zugleich mit der bayer. Proz. Ordn. den Meistbietenden von einem weiteren Gebote bei der neuen Versteigerung mit Rücksicht auf seine durch den Vorzug bewiesene Insolvenz ausgeschlossen.

Daß die Personen, welche die Vollstreckung und Versteigerung leiten, in der Auktion nicht kaufen dürfen — vgl. preuß. A. L. R. I. 11 §§ 22 ff., württemb. Ges. v. 15. April 1825 Art. 34 —, ist vollständig berechtigt, eignet sich aber nicht zur Aufnahme in ein Prozeßgesetz.

### §§ 670—672. (R. B. §§ 670—672, G. §§ 721—724.)

Gold- und Silbersachen stehen in ihrem Metallwerthe dem Gelde so nahe, daß eine Versteigerung unter demselben nicht zulässig erscheint. Die Veräußerung zu diesem Werthe schließt auch die Uebernahme durch den Gläubiger ein (Hannover § 553, Bayern Art. 935). S. 430.

Inhaberpapiere, welche einen Börsen- oder Marktpreis haben, bedürfen zur Feststellung ihres rechten Preises nicht erst der Versteigerung (preuß. Ges. vom 4. Juli 1822 §§ 12 ff., Hannover § 555, Bayern Art. 925). Der Entwurf übergeht die in anderen Gesetzgebungsarbeiten erwähnte Vermittelung eines Maklers, Bankinstitutes oder Bankiers zum Verkaufe, was ohne Bedenken ist, wenn der Gerichtsvollzieher vorbehaltlich des durch den Tageskurs festgestellten Limitum mit dem Verkaufe freie Hand hat. Auch im Falle des § 671 kann der Gläubiger der Käufer sein. Die Vorschrift des § 670 auf andere Gegenstände zu übertragen, welche einen kaufmännischen Marktpreis haben (A. D. H. B. Art. 311, 343, 348), ist beim Mangel eines hierfür hervorgetretenen Bedürfnisses vermieden. Auch erreicht die amtliche Feststellung der Marktpreise nicht diejenige Sicherheit, welche durch die Notirungen an der Börse erzielt wird.

Der § 672 mußte sich auf eine ganz allgemein gehaltene Bestimmung beschränken, weil das Institut der Außerfourssetzung von Inhaberpapieren in den verschiedenen deutschen Rechtsgebieten ungemein verschieden geregelt ist (vgl. v. Kerstorf in den Verhandlungen des siebenten deutschen Juristentags I. S. 123—167).

### §§ 663, 673. (R. B. §§ 663, 673, G. §§ 714, 725.)

Die im franz. Rechte (Code de proc. art. 626 ff.) sehr ausgebildete Lehre über die Pfändung der Früchte auf dem Halme ist in Preußen nur für einzelne, der Rheinprovinz benachbarte Gebiete durch die Rab.-Ordre vom 8. August 1832 übertragen und gilt in den anderen Theilen der Monarchie meist für ausgeschlossen, weil es sich um eine Immobiliarezekution handle, welche nur im Wege der Subhastation, der Sequestration oder der Revenüenbeschlagnahme erfolgen könne. Da die den freiwilligen Verkauf der Früchte auf dem Halme beschränkenden Vorschriften des A. L. R. II. 7 § 12 und I. 11 § 594 durch die Verordn. v. 9. November 1843 aufgehoben sind, so vermochte bereits der preuß. Entw. jene mit der rechtlichen Natur der Früchte nicht übereinstimmende Ausschließung nicht aufrecht zu erhalten, vielmehr gab der § 1174 deren Pfändung mit den Beschränkungen frei, daß sie erst sechs Wochen vor der Reife geschehe und nur auf zwei Drittel der Früchte erstreckt werde. Die nordd. Proz. Kommiss. (Prot. IV. S. 2096) verkürzte ertere Frist mit Rücksicht auf manche Feldfrüchte auf vier Wochen; dagegen erachtete sie dergleichen Pfändungen für größere Güter in hohem Maße kulturschädlich, da deren Wirthschaftsbetrieb dadurch erheblich gestört werden könne, während sich das Exekutionsmittel für kleinere Grundstücke und für die Fälle, wo der Nutzungsberechtigte von dem Eigenthümer verschieden sei, rechtfertigen lasse. Aus diesen Erwägungen entstand die Vorschrift des nordd. Entw.

§ 985, welche die Pfändung von nicht getrennten Früchten bei Grundstücken, welche Theile eines mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenen Gutes sind, ausschloß, im Uebrigen aber unter den angegebenen Schranken zuließ. Diese Vorschrift ist als inkonsequent und als ungerechte Benachtheiligung des kleinen Grundbesizes vielfach angegriffen. Der Entwurf verläßt den Standpunkt des nordd. Entw. und beschränkt sich auf die Bestimmungen der §§ 663, 673, daß die Pfändung von Früchten auf dem Halme nicht früher als einen Monat vor der Reife geschehen darf. Die Möglichkeit einer zu frühen Pfändung würde gegen das öffentliche Interesse die weitere Kultur der gepfändeten Früchte gefährden; beim Verkaufe der Früchte vor der Reife würde die dem Käufer zur Last fallende Gefahr für den Ausfall der Ernte den Preis unverhältnißmäßig herabdrücken. Die Vorschriften des Entwurfs entsprechen im Ganzen den bestehenden Prozeßrechten (vgl. außer den allegirten französ. und preuß. Gesetzen Baden §§ 902 ff., Bayern Art. 956 ff., Braunschweig § 387, Hannover § 554) und kommen auch dann zur Anwendung, wenn die betreffenden Grundstücke verpachtet sind.

### §§ 675, 676. (R. B. §§ 675, 676, G. §§ 727, 728.)

Die Pfändung bereits gepfändeter Sachen behält trotz der ausschließenden Wirkung der ersten Pfändung ihre Bedeutung sowohl für den zur Deckung der ersten Forderung nicht erforderlichen Theil der Pfänder, als für den Fall, daß die erste Forderung anderweit befriedigt wird. Sie kann bei der Natur des Aktes der ersten Pfändung nur noch durch eine Erklärung erfolgen. Die Erklärung muß, um die entscheidende Bedeutung zu haben, gegen denjenigen geschehen, welcher die Gegenstände in Besitz hat, also gegen den Gerichtsvollzieher der ersten Pfändung. Der etwaige Gewahrsam des Schuldners ist durch die Erkennbarkeit der ersten Pfändung ganz in den Hintergrund getreten. Ein Dritter, welchem der Gerichtsvollzieher etwa die Sachen zur Aufbewahrung übergeben hat, würde nur dessen Weisungen zu folgen haben, während der Gerichtsvollzieher durch eine Zwangsvollstreckung, welche nicht gegen ihn selbst, sondern gegen den von ihm bestellten Verwahrer gerichtet wäre, in dem Pfandbesitze nicht gestört werden würde. In dem gewiß sehr häufigen Falle, daß der Gerichtsvollzieher der zweiten Pfändung auch die erste Pfändung ausgeführt hat, wird an der Ausführung der zweiten Pfändung im Grundsätze nichts geändert; es bedarf, um die abzugebende Erklärung überhaupt in die äußere Erscheinung treten zu lassen, nur der Protokollierung. Außer diesem Falle ist die Protokollierung ein bloß begleitender Akt (§ 657).

Die weitere Vollstreckung ist immer nur von Einem der beteiligten Gerichtsvollzieher auszuführen, und die Lage des Schuldners nöthigt hier, wie bei Bestimmung der Stellung des Gerichtsvollziehers zum Gläubiger überhaupt, zu der Annahme eines vollständigen Ueberganges des von dem zweiten Gläubiger ertheilten Auftrags auf den Gerichtsvollzieher der ersten Pfändung (vgl. Hannover §§ 587, 590, 591). Damit diejer die Versteigerung ausführt, bedarf es nicht erst eines weiteren Betreibens seitens des zweiten Gläubigers (Bayern Art. 937). Die zur Vollstreckung nothwendigen Urkunden müssen selbstverständlich ihm überliefert werden. Aus besonderen Gründen, über deren Bedeutung das Gericht zu befinden hat, und selbstverständlich durch Wahl eines anderen Gerichtsvollziehers seitens aller beteiligten Gläubiger kann der Uebergang des Auftrags ausgeschlossen werden (Hannover § 590).

Falls der Erlös zur Befriedigung der beteiligten Gläubiger nicht hinreicht, muß in Ermangelung gültlicher Einigung das Vertheilungsverfahren stattfinden (§§ 705 ff.) und deshalb die Hinterlegung des Erlöses bei dem hierfür zuständigen Gerichte erfolgen. Für die Einigung der Beteiligten, welche jedes weitere Verfahren ausschließt, besondere Fristen aufzustellen (Code de proc. art. 656), erscheint nicht empfehlenswerth.

In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig bewirkt ist.

## | III.

| S. 432.

**Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.**

§ 677. (R. B. § 677, G. § 729.)

Sowohl der Code de proc. art. 557 ff., als die hannov. (§§ 555, 556) und die bayer. Proz. Ordn. Art. 980 haben die Zwangsvollstreckung in Forderungen des Schuldners von den Funktionen der Gerichtsvollzieher nicht ausgenommen. Der Code und die bayer. Proz. Ordn. verbinden jedoch die Nothwendigkeit einer in bestimmten Fristen anzustellenden Klage auf Rechtfertigung der durch den Gerichtsvollzieher ausgeführten Beschlagnahme, so daß erst das ergehende Urtheil den Gläubiger dem Drittschuldner gegenüber zur Einziehung der Forderung, allenfalls zur Klage legitimirt. Die hannov. Proz. Ordn. fordert außer der Beschlagnahme durch den Gerichtsvollzieher nur eine Verhandlung mit dem Schuldner und dem Drittschuldner und gestattet, falls diese nicht zu einem vollstreckbaren Anerkenntnisse führt, dem Gläubiger auf Grund der Beschlagnahme die Verfolgung der in Beschlagnahme genommenen Forderung im Wege der Klage. Auch der preuß. Entw. (§ 1080) fordert nach der Beschlagnahme durch den Gerichtsvollzieher (§ 1074) zum Zwecke der vom Gläubiger anzustellenden Klage noch die Ermächtigung des Gerichts. Die Mitwirkung des Gerichts wird daher nirgends ganz entbehrt. Bei der den Gerichtsvollziehern hinsichtlich der Zwangsvollstreckung im Entwurf angewiesenen Stellung muß es überhaupt bedenklich erscheinen, ihnen die Befugniß zum Erlasse eines Befehls gegen einen Anderen, als den in dem vollstreckbaren Schuldtitel bezeichneten Schuldner beizulegen, durch welchen nicht bloß die Legitimation des Schuldners zur Einziehung der Forderung aufgehoben wird, sondern auch dem Dritten bestimmte Pflichten auferlegt werden, wie die Pflicht zur Erklärung über die behauptete Schuld und zur Anzeige der Gläubiger, welche die Forderung schon früher gepfändet haben (§ 679). Außerdem sind auch die Bestimmungen für die Zwangsvollstreckung in Forderungen nicht so leicht zu handhaben, wie diejenigen für die Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen. Es empfiehlt sich daher, die ganze Zwangsvollstreckung in nicht körperliche Gegenstände des beweglichen Vermögens auf die Gerichte zu übertragen.

Als Vollstreckungsgericht bietet sich durch den örtlichen Zusammenhang als das nächstliegende das Gericht des allgemeinen Gerichtsstandes des Schuldners, event. dasjenige des den Gegenstand der Zwangsvollstreckung bildenden Vermögens (Code de proc. art. 558). Die Erhebung der Klage auf Einweisung in die Forderung vor dem Gerichte, in dessen Sprengel die Beschlagnahme erfolgt ist (Bayern Art. 980), würde dem Schuldner seinen ordentlichen Gerichtsstand ohne Noth entziehen.

Ueber die Ausführung der Pfändung einer Geldforderung bestimmt der

§ 678 (R. B. §§ 678, G. § 730)

Durch den Abs. 3 desselben wird in Berücksichtigung der über die Person des Schuldners hinausgehenden Wirkung der Zwangsvollstreckung, welche den Gegenstand der Exekution selbst ergreifen soll, ausdrücklich klargestellt, daß der entscheidende Akt der Pfändung in der Zustellung des Verbotes an den Drittschuldner liegt, dem Schuldner zu zahlen. Die Erlassung des Gebotes an den Schuldner, obwohl für den Gläubiger nach § 137 Strafgesetzb. nicht ohne Bedeutung, geht nebenher. Sie | S. 433.  
kann aber um so weniger als entscheidend für die Bewirkung der Pfändung gelten, weil deren Ausführung, im Falle der Schuldner latirt, bedenklich erschwert sein würde. Die Zustellung des Pfändungsbeschlusses liegt konform dem preuß. Entw. § 1074 dem Gläubiger ob, welcher diese verantwortliche Handlung mit größter Sorgfalt ausführen und namentlich zur Verhütung nachtheiliger Verfügungen des Schuldners über das arretirte Aktivum darauf Bedacht nehmen wird, daß die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner vor derjenigen an den Schuldner geschieht.

## Der Vorbehalt des

## § 679 (R. B. § 679, G. § 731)

für die Landesgesetze, inwieweit und wie die Pfändung einer Forderung in das Hypothekenbuch einzutragen, entspricht den Grundsätzen des Entwurfs über die Immobiliarezekution (§ 704).

Da bei Forderungen aus Wechseln und andern indossablen Papieren (D. B. D. Art. 36, 39, A. D. S. B. Art. 303, 305) der Drittschuldner nur dem durch das Papier legitimirten Gläubiger verpflichtet ist, so erfolgt nach

## § 680 (R. B. § 680, G. § 732)

die Pfändung dieser Forderungen wie bei körperlichen Sachen dadurch, daß der Gerichtsvollzieher die Papiere in Besitz nimmt (vgl. § 661 Abs. 1). Der Erlaß eines Unterfügungsgebots an den Schuldner ist hierdurch nicht ausgeschlossen.

## §§ 681, 682. (R. B. §§ 681, 682, G. §§ 733, 734.)

Daß durch die Pfändung von Gehaltsforderungen und ähnlichen, in fortlaufenden Bezügen bestehenden Forderungen auch die nach der Pfändung fällig werdenden Beträge getroffen werden müssen, folgt aus dem Grundsatz des § 658 Abs. 3. Der gleiche Grund führt zu der Wirkung der Pfändung eines Dienstinkommens auf alle späteren Veränderungen desselben, sofern nicht die Person des Schuldners, bei welcher die Pfändung zu bewirken ist, eine andere wird (preuß. Konf. Ordn. § 377).

## § 683. (R. B. § 683, G. § 735.)

Der in dem Code de proc., der hannov. und der bayer. Prozeßordn. angenommene Grundsatz einer Verhandlung mit dem Schuldner ist aufgegeben. Die Zwangsvollstreckung in Geldforderungen hat das Eigenthümliche, daß sie, während nach der Pfändung körperlicher Sachen bis zu deren Verkaufe immer eine gewisse Zeit verstreicht, die Vollstreckung mit einem Schlage zu Ende führen kann, wenn der Drittschuldner sofort zahlt oder die Forderung an Zahlungsstatt überwiesen wird. Aus diesem Grunde könnte es wünschenswerth erscheinen, gerade hier dem Schuldner noch eine Gelegenheit zur Vertheidigung zu geben. Allein bei Abpfändung baaren Geldes oder bei unbekanntem Aufenthalt des Schuldners kann derselbe Erfolg auch bei der Pfändung körperlicher Sachen eintreten, und es muß bedenklich erscheinen, für die Pfändung von Forderungen Vorschriften aufzunehmen, welche dem Schuldner die Möglichkeit lassen, vor der Ausführung der Pfändung über die Forderung zu disponiren. Der § 683 bestimmt daher im Einklang mit dem nordd. Entw. § 993 ausdrücklich, daß der Schuldner vor der Pfändung über das Pfändungsgefuß nicht zu hören ist. Dadurch wird nicht ausgeschlossen, den Schuldner in geeigneten Fällen vor der Ueberweisung zu hören.

Durch die Fassung des Entwurfs ist die der Veräußerung körperlicher Sachen | S. 434. | entsprechende Ueberweisung der gepfändeten Forderung von dem Akte der Pfändung getrennt gehalten, um letzteren ohne Einschränkung bei der Lehre vom Arreste (§ 755) verwerthen zu können. Der Sache nach brauchen beide Akte nicht getrennt zu geschehen. Die Ueberweisung als Akt der Zwangsvollstreckung entspricht der gemeinrechtlichen Gestattung der actio utilis zur Einlagung einer verpfändeten Forderung. Es ist jedoch vermieden, dem Akte die Natur eines bestimmten Rechtsgeschäfts beizulegen und das aus demselben entstehende Rechtsverhältniß zwischen Gläubiger und Schuldner anders als in seinen Wirkungen zu bezeichnen. Die Bezeichnung des Aktes als Assignation in dem preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 § 3 ist in dem Ges. v. 20. März 1854 §§ 17, 18 bei Ausdehnung der Ermächtigung zur Klage auf Forderungen, welche nicht auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind, wieder aufgegeben (vgl. auch Baden § 910, mecklenb. Exek. Ordn. § 30). Von den Wirkungen ist die vollständige

Legitimation des Gläubigers an Stelle des Schuldners selbstverständlich und die allenfalls durch Zwangsvollstreckung herbeizuführende Herausgabeder über die Forderung vorhandenen Urkunden eine nothwendige Ergänzung der Vollstreckung (preuß. U. G. D. I. 24. § 101, Hannov. § 555). Die Androhung einer bestimmten Strafe für die verweigerte Herausgabe — Bayern Art. 981 — erscheint als Zwangsmittel gegen einen der Exekution unterliegenden renitenten Schuldner nicht geeignet.

Bei der der Pfändung beigelegten Wirkung kann es fraglich erscheinen, ob neben der Ueberweisung zur Einziehung die Ueberweisung an Zahlungsstatt, welche als *datio in solutum* die sofortige Befriedigung des Gläubigers zur Folge hat, beizubehalten sei (preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 § 6, mecklenb. Exek. Ordn. § 29). Allein der Gläubiger kann ein Interesse daran haben, in ein Schuldverhältniß, namentlich wenn es auf längere Dauer berechnet ist, ohne Lösung desselben als Gläubiger einzutreten, so daß er insbesondere in den Stand gesetzt wird, über die erworbene Forderung in einer für den Verkehr geeigneten Weise durch Cession zu verfügen. Das Interesse des Schuldners an baldiger definitiver Befreiung von seiner Schuld trifft hierbei mit dem des Gläubigers zusammen. Im Wege des Zwanges kann eine solche Ueberweisung nur zum Nennwerthe erfolgen; gütliche Uebereinkunft der Parteien über andere Maßregeln wird dadurch nicht ausgeschlossen.

Daß der Gläubiger, wenn die Forderung nicht zu deren ganzem Betrage zu pfänden und zu überweisen ist, für den ihm zukommenden Theil das Vorzugsrecht vor dem Ueberreste beanspruchen kann, — was das preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 § 7, die mecklenb. Exek. Ordn. § 29 für den Fall der Ueberweisung an Zahlungsstatt vorschreiben, — folgt daraus, daß der Gläubiger jeden beliebigen Theil der Forderung zum Gegenstande der Vollstreckung machen kann, von selbst und bedarf daher keiner besonderen Hervorhebung im Gesetze.

Der Drittschuldner soll über die mit Beschlagnahme belegte Forderung eine Erklärung abgeben (Code de proc. art. 570 ff., Proz. Ordn. v. Bayern Art. 972, 976, Hannover § 556 und Baden § 910, preuß. U. G. D. I. 24 § 101). Der Code de proc. art. 577 droht für die Unterlassung als Folge, daß die behauptete Schuld als richtig festgestellt wird. Die Androhung dieses Nachtheils erscheint jedoch nicht gerechtfertigt und als Folge der Unterlassung nur die Verhaftung für den daraus entstehenden Schaden geboten. Diese wird sich vorzugsweise auf die im sächs. Entw. § 1095 allein erwähnten Kosten eines unnützer Weise angestregten Prozesses erstrecken und findet ihre Rechtfertigung in der Leichtigkeit, denselben zu verhüten. Tritt hiernach kein Präjudiz für die Forderung selbst ein, so bedarf es auch zur Abgabe der Erklärung keiner Verhandlung vor Gericht. Wünscht der Gläubiger eine solche Erklärung des Drittschuldners, so hat er denselben hierzu durch die Zustellungsurkunde zum Pfändungsbeschlusse (§ 678 Abs. 2) aufzufordern und es kann der Drittschuldner die Zustellungsurkunde (argum. art. 144 Code de proc.) zur Abgabe der entsprechenden Erklärung benutzen. Die Erklärung soll die im § 686 hervorgehobenen Momente berücksichtigen und hierdurch dem Gläubiger die Unterlagen für seine ferneren Anträge in Betreff der gepfändeten Forderung (§ 684) geben. Daher trifft der § 686 auch Vorsorge dafür, daß die Erklärung in nicht zu ferner Frist erfolge. Die Verpflichtung des Drittschuldners zur Ertheilung solcher Auskunft ist auf die allgemeine Zeugnißpflicht zurückzuführen.

In allen Fällen hat der Gläubiger bei Einziehung der Forderung eine gewisse Diligenz zu beobachten. Dies begründet die Verhaftung für die Folgen des Verzugs (Baden § 913), welche Verhaftung in dem preuß. Ges. durch Bezeichnung des Aktes der Ueberweisung als Affignation und Cession von selbst eintritt, und die Verpflichtung, den Schuldner bei der gegen den Drittschuldner anzustellenden Klage zuzuziehen (preuß. Ges. v. 4. Juli 1822 § 4), sofern dies ohne die im § 687 angegebenen Fälle erheblicher Schwierigkeit geschehen kann. Diese Zuziehung ist auch für den Fall der Ueberweisung an Zahlungsstatt verordnet, da auch bei dieser der Schuldner das Interesse hat, nicht erst in dem etwaigen Negreßprozesse dem Gläubiger gegenüber die Existenz der Schuld nachweisen zu müssen.

Insofern nicht eine Ueberweisung an Zahlungsstatt erfolgte, ist der Gläubiger durch die Ueberweisung noch nicht befriedigt. Er kann deshalb wie bei jeder Zwangsvollstreckung zu einer anderen Art derselben übergehen (Baden § 914) unter Vorbehalt der aus § 85 zu entscheidenden Frage, wer die Kosten der zurückgenommenen Exekution

zu tragen hat. Abweichend von § 678 Abf. 3 erfolgt die Verzichtleistung des Gläubigers nach § 689 durch eine dem Schuldner zuzustellende Erklärung, von welcher jedoch auch der Drittschuldner nachrichtlich Kenntniß erhält.

§ 690. (R. B. § 690, G. § 743.)

Besondere Umstände und Schwierigkeiten der Einziehung, wie sie hier aufgeführt sind, können für den Gläubiger, welcher sofortige Befriedigung verlangen kann, wie für den Schuldner eine andere Art der Verwerthung wünschenswerth machen. Insbesondere ist hierbei auch die Versteigerung der Forderung in Betracht zu ziehen (vgl. preuß. Konf. Ordn. § 275, Baden § 915). Von der Nothwendigkeit, den Gegner vor Anordnung einer solchen Maßregel zu hören, sind im Interesse des Fortgangs der Vollstreckung die im § 687 angegebenen Fälle erheblicher Schwierigkeit auch hier ausgenommen.

Für dringliche Fälle gestattet der

§ 691 (R. B. § 691, G. § 744)

nach dem Vorgange des nordd. Entw. § 1004 die vorläufige Beschlagnahme einer Forderung durch den Gerichtsvollzieher mit der Wirkung eines Sicherheitsarrestes, falls der Gläubiger innerhalb der für ausreichend erachteten dreiwöchentlichen Frist nachträglich die Pfändung bewirkt. Die Vorschrift erscheint zur vollen Sicherung der Zwangsvollstreckung nothwendig, weil der nach den Vorschriften des Entwurfs vor Anlegung eines Arrestes erforderliche Arrestbefehl nicht rascher als ein Pfändungsbefehl des Gerichts erwirkt werden kann.

§ 436.

§§ 692—695. (R. B. §§ 692—695, G. §§ 745—748.)

Die Zwangsvollstreckung in Forderungen, welche die Herausgabe körperlicher Sachen zum Gegenstande haben, unterscheidet sich von der in Geldforderungen nur dadurch, daß die Einziehung jener Forderungen nach deren Natur nicht unmittelbar zur Befriedigung des Gläubigers führen kann. Deshalb ist die Ueberweisung an Zahlungsstatt, für welche ein Kennewerth nicht vorhanden ist, ausgeschlossen (§ 695). Die Einziehung der Forderungen aber führt zur weiteren Zwangsvollstreckung in die herausgegebenen Sachen (preuß. Gef. v. 20. März 1854 §§ 17, 18, Bayern Art. 987, mecklenb. Graf. Ordn. § 32). Die Forderung auf Herausgabe einer unbeweglichen Sache hiervon auszuschließen (Bayern Art. 966), ist keine Veranlassung vorhanden. Inwieweit bei der Pfändung einer solchen Forderung die Eintragung in das Hypothekenbuch erforderlich ist, bestimmt sich nach den Landesgesetzen (§ 679). Bei Ernennung des Sequesters, an welchen eine unbewegliche Sache herauszugeben ist, beginnt bereits die Zuständigkeit des Amtsgerichts der belegenden Sache für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§ 702 Abf. 1).

§ 696. (R. B. § 696, G. § 748.)

Die hier aufgestellten Beschränkungen beruhen wie die Beschränkungen der Pfändung körperlicher Sachen (§ 664) theils auf einer billigen Rücksichtnahme gegen den Schuldner, theils auf dem öffentlichen Interesse, und entsprechen im Wesentlichen den bestehenden Bestimmungen (vgl. preuß. N. G. D. Anh. §§ 160 bis 167, Konf. Ordn. § 434, Berggef. v. 24. Juni 1865 § 173, Gef. betr. die gewerblichen Unterstützungskassen v. 3. April 1854 § 4, Bayern Art. 967—970, Code de proc. art. 581, Baden §§ 917—919, mecklenb. Graf. Ordn. § 28, württemb. Graf. Gef. v. 15. April 1825 § 42, preuß. Entw. § 1087, sächs. Entw. §§ 1105 ff., nordd. Entw. § 1010). — Bei Bestimmung des der Pfändung nicht unterliegenden Theils der in Nr. 7, 8 bezeichneten Einkünfte entspricht das Prinzip, einen bestimmten Betrag desselben ganz frei zu lassen, dem § 4 Nr. 4 des Reichsgef. v. 21. Juni 1869. Gegen die maßgebenden Rücksichten müssen auch alle Umstände, welche in dem Grunde der heizutreibenden Forderung, Alimentationspflicht (Code de proc. art. 582, Bayern Art. 968, Baden § 917, preuß. N. G. D. Anh. § 168) oder unerlaubte

Handlung (preuß. A. G. D. Anh. § 169), liegen, zurücktreten. Eine Ausnahme ist, gleich dem nordd. Entw. § 1010, für die laufenden Alimente an die Ehefrau und ehelichen Kinder des Schuldners gemacht. — Inwieweit Bestimmungen Dritter eine Forderung der Pfändung entziehen können (Code de proc. art. 581, Baden § 917, mecklenb. Graf. Ordn. § 27), wird lediglich davon abhängen, welche Rechte aus diesen Bestimmungen ein Dritter außer dem Schuldner herleiten kann. — Ueber Kauttionen (Bayern Art. 969, mecklenb. Graf. Ordn. § 29) braucht ebensowenig wie über andere Forderungen mit gegenseitigen Verpflichtungen, von welchen sie nicht losgelöst werden können, Bestimmung getroffen zu werden.

### §§ 697—699. (R. B. §§ 697—699, G. §§ 750—752.)

Ist eine Geldforderung für Mehrere gepfändet, so kann der Drittschuldner nicht an einen unter den Gläubigern mit Sicherheit zahlen. Hierdurch würde er die ihm nicht zumuthende Gefahr übernehmen, daß der Empfänger der Bestberechtigte sei. Der § 697 berechtigt daher den Drittschuldner zur Hinterlegung des Schuldbetrages. Die Vorschrift des nordd. Entw. § 1012, welche dem Drittschuldner diese Berechtigung nur ertheilt, falls die Schuld nicht zur Deckung der Ansprüche aller pfändenden Gläubiger ausreicht, ist unbillig, weil ihm dadurch die schwierige Berechnung der beteiligten Forderungen auferlegt wird. S. 437.

Durch die Hinterlegung entsteht die Unterlage für ein Vertheilungsverfahren §§ 705 ff. Soweit die Forderung nicht die Zahlung einer Geldsumme zum Gegenstande hat, muß der Vertheilung die Umwandlung der herauszugebenden Sache in Geld vorangehen. Daher hat der Drittschuldner die Sache nur an den Gerichtsvollzieher oder an den Sequester herauszugeben und von diesem ist ebenso zu verfahren, als wäre eine bewegliche Sache für mehrere Gläubiger, gleichzeitig oder nach und nach, gepfändet.

### § 700. (R. B. § 700, G. § 753.)

Jeder durch Ueberweisung beteiligte Gläubiger hat ein Recht auf Erfüllung der dem Drittschuldner obliegenden Verpflichtung zur Hinterlegung oder Ablieferung der schuldigen Summe oder Sache. Andererseits darf durch die mehrfache Pfändung die Lage des Drittschuldners nicht dahin verschlechtert werden, daß er sich gegen jeden Gläubiger besonders zu vertheidigen hat. Die preuß. Konf. Ordn. § 365 hat durch die Vorschrift zu helfen gesucht, daß die mehreren Gläubiger durch einen gemeinsam zu bestellenden Anwalt klagen sollen. In der Ausführung hat sich dieser Versuch nicht bewährt, weil der klagende Gläubiger von der Existenz konkurrierender Gläubiger nur zufällig Kenntniß haben wird. Die Bestimmung des nordd. Entw. § 1015, daß das auf die Klage eines Gläubigers ergehende Urtheil für und gegen alle Gläubiger wirksam sein soll, muthet dem klagenden Gläubiger die Beiladung aller beteiligten Gläubiger zu und macht ihn für den Schaden aus der Nicht-zuziehung eines ihm bekannten Gläubigers verantwortlich. Bei dieser Bestimmung bleiben alle dem klagenden Gläubiger unbekannt Gläubiger unberücksichtigt — es ist eben ein Zufall, wenn er seinen Mitgläubiger kennt. Im Gegensatz zu diesen Legislationen glaubt der Entwurf das Richtige zu treffen, wenn er die Hauptpflicht zum Betribe des Prozesses auf den Drittschuldner konzentriert. Indem daher der § 700 zunächst das Klagerrecht jedes einzelnen Gläubigers, welchem der Anspruch überwiesen wurde, beibehält, verpflichtet er den Drittschuldner — welcher nach §§ 678 Abs. 3, 684. Abs. 3, 692 alle beteiligten Gläubiger kennen kann und muß — dieselben zum Prozesse beizuladen, so daß eine gegen alle Gläubiger wirksame Entscheidung erzielt wird. Eine Pflichtverletzung auf Seiten des Drittschuldners zöge als Folge nach sich, daß die Rechte des nicht beigeladenen Gläubigers durch den Prozeß nicht beeinträchtigt werden. Der freiwillige Anschluß eines Gläubigers — § 700. Abs. 2 — erübrigt dessen Beiladung. Die Pflicht zur Beiladung erstreckt sich auch auf die Gläubiger, für welche die Forderung nur mit Arrest belegt ist und welche deshalb ein Recht zur Klage nicht haben. Die Wirksamkeit der Entscheidung für alle beteiligten Gläubiger verhindert unnütze Wiederholungen desselben Prozesses und beeinträchtigt nicht den Drittschuldner, weil dieser wegen jener

Wirkung auch solche Einwendungen vorbringen kann, welche ihm nur gegen einzelne Gläubiger zustehen.

| S. 438.

## I Zweiter Titel.

**Vollstreckung in das unbewegliche Vermögen.**

§§ 702—704. (R. B. §§ 702—704, G. §§ 755—757.)

Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einschließlich des mit derselben verbundenen Aufgebots- und Vertheilungsverfahrens hängt derart mit dem Eigenthums- und Hypothekenrechte zusammen, daß die erforderlichen Bestimmungen der Landesgesetzgebung überlassen werden müssen. Die durch den nordb. Entw. versuchte einheitliche Regelung der Zwangsverwaltung von Grundstücken widerspricht diesem Gesichtspunkte und ist daher gleich der Zwangsveräußerung aus der Prozeßordnung ausgeschieden. In den Bereich der Landesgesetzgebung gehört nach § 704. Abs. 2 ferner die auch auf den § 699 anwendbare Bestimmung darüber, welche Sachen und Rechte zum unbeweglichen Vermögen gehören, inwiefern der Gläubiger berechtigt ist, seine Forderung in das Hypothekenbuch eintragen zu lassen und wie die Eintragung zu bewirken ist.

Als allgemein zutreffend läßt sich nur bestimmen, daß die Vollstreckung durch das Gericht angeordnet wird, und daß das Amtsgericht der belegen Sache das Vollstreckungsgericht ist. Die Vorschriften des § 703 sind eine Anwendung der im § 36. Nr. 2—4 gegebenen Bestimmungen.

Die Ausführung dieser Art der Zwangsvollstreckung ist auch bei dem Institute der Gerichtsvollzieher den Gerichten nirgends ganz entzogen (Code de proc. art. 673 ff., preuß. Subhast. Ordn. für die Rheinprovinz v. 1. August 1822, Hannov. § 557, Bayern Art. 1011, 1052). Nach der preuß. Subhast. Ordn. für die Rheinprovinz und der hannov. Proz. Ordn. tritt die Mitwirkung der Gerichte von Anfang an ein, und die Wichtigkeit des Verfahrens, insbesondere der Einfluß desselben auf die Rechte Dritter rechtfertigt die Beibehaltung dieser auch im übrigen Deutschland bestehenden Einrichtung.

Der § 704. Abs. 3 wahrt die Anwendbarkeit der Civilprozeß-Ordnung für die in der Immobiliarexecution entstehenden Rechtsstreitigkeiten, welche in einem besonderen Prozesse zu erledigen sind, sowie für die in der Immobiliarexecution vorkommenden Vertheilungsstreitigkeiten.

## Dritter Titel.

**Vertheilungsverfahren.**

§§ 705—715. (R. B. §§ 705—715, G. §§ 758—768.)

Obwohl nach § 658 die Zwangsvollstreckung ein Pfandrecht begründet, dessen Priorität durch das Alter bestimmt wird, kann der Entwurf dennoch Vorschriften über ein Vertheilungsverfahren nicht entbehren, weil weder dem Gerichtsvollzieher noch dem Drittschuldner die Uebernahme der Gefahr bei Vertheilung der durch Zwangsvollstreckung erzielten Geldbeträge unter mehrere betheiligte Gläubiger zugemuthet werden darf.

Nach dem Code de proc. art. 656 ff. und Bayern Art. 942, 993, 1025 wird auch das Vertheilungsverfahren von einem Betheiligten betrieben. Der Entwurf, welcher | S. 439. den Betrieb aller gerichtlichen Prozeduren durch die Parteien überhaupt nicht als unantastbares Prinzip aufstellt, hält gerade hier in Uebereinstimmung mit dem preuß. Entw. — Mot. S. 264 — und dem nordb. Entw. die Annahme eines Officialverfahrens für gerechtfertigt. Hat die Zwangsvollstreckung bereits zur Hinterlegung eines Geldbetrages geführt, so ist ohne Weiteres anzunehmen, daß die betheiligten Gläubiger die Fortsetzung der Vollstreckung wollen. Der Grund, daß die Partei

ihre Angelegenheiten selbst zu besorgen habe, trifft hier nicht zu, weil sie ihre Geschäfte nicht würde betreiben können, ohne zugleich für alle Gläubiger zu handeln. Von den Betheiligten ist aber Keiner in der Lage, die übrigen Betheiligten kennen zu müssen oder gar die thatsächlichen Unterlagen für die Vertheilung beschaffen zu können. Die Einzigen, welche das erforderliche Material in Händen haben, sind bei der Pfändung oder Versteigerung körperlicher Sachen der Gerichtsvollzieher und bei der Pfändung einer Forderung der Drittschuldner. Beide aber haben kein Interesse an dem Betriebe des Vertheilungsverfahrens und daher nur die Pflicht zur Anzeige der Sachlage bei Hinterlegung der zu vertheilenden Summe. Von diesem Momente ab ist das Vertheilungsverfahren von Amts wegen einzuleiten und zu betreiben.

Die Bestimmungen des Entwurfs schließen sich fast durchweg den Vorschriften an, welche der nordd. Entwurf §§ 1038—1050 in Vorschlag gebracht hat (vgl. nordd. Prot. IV. S. 2075 ff.).

### §§ 705—710. (R. B. §§ 705—710, G. §§ 758—763.)

Nach dem Code de proc. art. 659 ff. sind die Forderungen der betheiligten Gläubiger bei Vermeidung des Ausschusses anzumelden und nach Aufstellung eines Vertheilungsplanes die Einwendungen gegen denselben anzubringen, ohne daß eine Verhandlung unter den Betheiligten vor dem Richterkommissar stattfindet, welcher vielmehr entstehende Schwierigkeiten zur Verhandlung vor das Kollegialgericht verweist. Nach der hannov. Proz. Ordn. §§ 596, 597 wird die gleichfalls bei Vermeidung des Ausschusses geforderte Anmeldung und die Verhandlung über die Vertheilung in einem Termin zusammengedrängt, welcher mit dem Vertheilungsurtheile schließen soll, vorbehaltlich jedoch der in besonderem Verfahren zu fordernden Einräumung einer besseren Priorität (§ 600). Nach der bayer. Proz. Ordn. Art. 944 sind im Falle der Pfändung beweglicher Sachen die Forderungen ebenfalls in einem Termine bei Vermeidung des Ausschusses anzumelden; in denselben Termine ist über die Vertheilung zu verhandeln, jeder Streit aber zum Prozeß zu verweisen. Im Falle der Beschlagnahme einer Forderung dagegen, wie auch im Falle der Einweisung in die Erträgnisse einer unbeweglichen Sache (Art. 993, 1025) soll der Richter auf Grund der Einweisungsurtheile einen Vertheilungsplan aufstellen, welcher für die Verhandlung in dem anzuberaumenden Termine derart maßgebend ist, daß die darin aufgenommenen Forderungen auch bei dem Ausbleiben der Betheiligten berücksichtigt werden. Nach der preuß. Konf. Ordn. (§ 369 ff.) erfolgt immer die Aufstellung eines Vertheilungsplanes auf Grund der Akten und demnächst die Verhandlung über denselben bis zur Feststellung der etwaigen Streitpunkte in einem Termine.

Werden die Anmeldungen der betheiligten Gläubiger in den zur Verhandlung über die Vertheilung zu bestimmenden Termin verweisen, so wird dadurch diese Verhandlung erheblich erschwert. Nach der prozessualischen Lage der Sache erscheint es auch nicht mehr zulässig, eine nochmalige Anmeldung bei Vermeidung des Ausschusses zu fordern, da die Zwangsvollstreckung bereits Rechte begründet hat, welche auf diese Weise nicht ausgeschlossen werden können. Wohl aber ist den Gläubigern Gelegenheit zu geben, ihre Nebenforderungen, insbesondere an Kosten der Vollstreckung | S. 440. aufzustellen, überhaupt die Summe ihrer Forderung mit Rücksicht auf Zinsen, Kosten und etwaige Abschlagszahlungen genau festzustellen, und hierfür kann der Ausschluß angebrocht werden. Mit dieser Berechnung kann zweckmäßig auch die Anzeige eines etwa beanspruchten Vorrechts verbunden werden, die Ausschließung erstreckt sich jedoch hierauf nicht, da überhaupt die prioritätische Befriedigung die Regel bildet. Die Aufstellung eines Vertheilungsplanes nach den so genannten Grundlagen erleichtert demnächst die Verhandlung über die Vertheilung wesentlich, indem sie eine den Betheiligten schon vor dem Termine zugängliche Uebersicht über die Art der Vertheilung und über die Bedeutung entstehender Streitigkeiten gewährt; die Art der Aufstellung des Planes bedarf nicht der gesetzlichen Regelung. Die Verhandlung über den Plan in einem Termine erleichtert wiederum die Erledigung entstehender Streitigkeiten in hohem Grade.

Für die Verhandlung über die Vertheilung bedarf es, da die Feststellung der nicht sofort zu erledigenden Streitpunkte, welche als solche sich unter den Anwesenden

herausstellen, sich von selbst als Aufgabe des Termins ergibt, nur noch der Regelung des gegen die nicht erschienenen Gläubiger anzuwendenden Präjudizes. Nachdem auf Grund der vorgelegten Urkunden von dem Gerichte ein Vertheilungsplan aufgestellt ist, kann gegen diese Gläubiger nur angenommen werden, daß sie diesem Plane zustimmen und an demselben, sofern ein Anderer widerspricht, festhalten (Code de proc. art. 664, 665. Konf. Ordn. §§ 372, 245, bayer. Proz. Ordn. Art. 993, 1027). Die Gestattung des Widerspruchs vor dem Termine macht die bis zum Termine verlaufende Frist zu einer Widerspruchsfrist und überhebt dadurch der Nothwendigkeit, eine in diesem Stadium der Sache ganz besonders lästige Restitution gegen eintretende Versäumniß zu gewähren.

### §§ 711—715. (R. V. §§ 711—715, G. §§ 764—768.)

Um eine einheitliche Entscheidung über entstandene Streitigkeiten zu erlangen, bedarf es nach den angenommenen Grundsätzen des Verfahrens der Erhebung besonderer Klage. Dem Interesse der Betheiligten wie der Lage der Sache entspricht es jedoch, daß auch ohne Klage und ohne ausdrückliche Zurücknahme des Widerspruchs durch bloße Unterlassung der Klageerhebung innerhalb bestimmter Frist der Widerspruch erledigt werden kann. Dies genügt für das Bedürfniß des Vertheilungsverfahrens, und konstatiert daher zur Ausschließung von Zweifeln der § 711 Abs. 2, daß dies Präjudiz nicht über das Vertheilungsverfahren hinauswirkend materielle Rechte entscheidet. Derjenige Gläubiger, welcher dem aufgestellten Vertheilungsplane widerspricht, hat die Rolle des Klägers zu übernehmen, da dessen Gegner die dem Gerichte bei Aufstellung des Planes vorliegenden Urkunden auf ihrer Seite haben. Die Frist eines Monats ist zur Erhebung der Klage jedenfalls ausreichend, da schon die vorhergehende Zeit zur Vorbereitung benutzt werden kann und nach den preußischen Erfahrungen (Konf. Ordn. v. 8. Mai 1855 § 372 Abs. 2, Subhaft. Ordn. v. 15. März 1869 § 72) sogar eine vierzehntägige Frist genügt hat.

Die Zuständigkeit der Gerichte für die Klage ist auch hier nach dem Zusammenhange des Streits mit der Zwangsvollstreckung bestimmt und daneben rücksichtlich der sachlichen Zuständigkeit sowohl der Einheit des gegen mehrere Gläubiger gerichteten Widerspruchs wie der Vereinbarung aller Betheiligten genügend Rechnung getragen. Die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes ist gerade hier zur Vermeidung einer Zersplitterung des Streits von hervorragender Bedeutung.

| §. 441.

### | Dritter Abschnitt.

Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen  
und zur

Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

### §§ 716—725. (R. V. §§ 716—725, G. §§ 769—779.)

Zum Zweck der Herausgabe einer Sache, einer beweglichen oder unbeweglichen, welche im Gewahrsam des Schuldners ist, findet nach den

### §§ 716—718 (R. V. §§ 716—718, G. §§ 769—772)

unmittelbarer Zwang statt (preuß. A. G. D. I. 24. §§ 55, 58, hannov. Proz. Ordn. §§ 547, 548, bayer. Proz. Ordn. Art. 860, 861, württemb. Gef. v. 15. April 1825 §§ 28, 29, bad. Proz. Ordn. §§ 867, 869, mecklenb. Graf. Ordn. §§ 34, 35).

Wird eine bewegliche Sache nicht vorgefunden, so ist der Offenbarungsseid nicht zu entbehren, weil das Interesse, welches der Gläubiger bei veretelter Herausgabe zu fordern berechtigt ist, in manchen Fällen nicht in Gelde nachweislich ist, in

anderen Fällen wegen Insolvenz des Schuldners nicht eingefordert werden kann (preuß. A. G. D. I. 24. § 56, hannov. Prozeßordn. § 547, mecklenburg. Gef. § 34). Wegen der möglichen Insolvenz des Schuldners kann die Verpflichtung zur Leistung des Eides erst mit der wirklichen Leistung des Interesse erlöschen; die Einforderung des Interesse mit der Klage ist nur als Versuch, die Befriedigung zu erlangen, anzusehen (nordd. Prot. IV. S. 2059). Die vorgeschriebene Norm des Eides schließt nicht die Verpflichtung des Schuldners aus, Alles, was ihm über den Verbleib der Sache bekannt ist, anzugeben. Die festgestellte Norm entspricht der Fassung des preuß. Entw. § 1034 und weicht von derjenigen des nordd. Entw. § 1031 nur darin ab, daß dem Schuldner die Pflicht erlassen ist, die nach § 288 des Strafgesetzbuchs strafbare Beiseiteschaffung der herauszugebenden Sache eidlich abzulehnen.

Bei der zwangsweisen Besitznahme eines Grundstücks oder eines bewohnten Schiffes ist im Falle der Abwesenheit des Schuldners und eines Vertreters desselben für die etwa herauszuschaffenden Mobilien von dem Gerichtsvollzieher zu sorgen (preuß. A. G. D. I. 24. § 60, Prozeßordn. v. Hannover § 548, Bayern Art. 861 und Baden §§ 870, 871, mecklenb. Execut. Ordn. § 35). Weitere Vorschriften für das von dem Gerichtsvollzieher einzuhaltende Verfahren sind der Instruktion vorbehalten. Der endliche Verkauf der von dem Gerichtsvollzieher untergebrachten Mobilien im Falle verzögerter Abforderung ist zur Abwicklung der Sache unentbehrlich. Die nöthigen Anträge sind von dem Verwahrer zu stellen, da der Gerichtsvollzieher, nachdem er in Vertretung des Schuldners die Unterbringung ausgeführt hat, aus dem Verfahren ausscheidet.

Für die Herausgabe einer Sache, welche sich im Gewahrsam eines Dritten befindet, kommen die Vorschriften über Pfändung und Ueberweisung zu analoger Anwendung. Diese Maßregeln werden aber nur dann erforderlich, wenn der Schuldtitle nicht unmittelbar (§ 615) gegen den Dritten vollstreckt werden kann.

| §§ 719—722, 725. (R. B. §§ 719—722, 725, G. §§ 773—776, 779.)

| S. 442

Der Grundsatz, daß ein auf Bornahme einer Handlung oder auf eine Unterlassung gerichtetes Urtheil immer nur durch Liquidation des Interesse zur zwangsweisen Ausführung gebracht werden könne, hatte wesentlich nur die historische Bedeutung, daß Zwangsmittel, welche zur Ausführung solcher Urtheile ohne Umwandlung des Anspruchs hätten dienen können, sich nicht entwickelt hatten. Im Kampfe mit dem Bedürfnis hat er seine Strenge verloren, sowohl im gemeinen Rechte, dessen Praxis in geeigneten Fällen den Zwang durch Strafen zuläßt (Wezell Ed. II. S. 591, 592 sub IV.), als auch im französischen Rechte, obgleich der Code civ. art. 1142 als Grundsatz ausspricht, daß jede Verpflichtung auf Handlungen oder Unterlassungen im Falle der Nichterfüllung sich in die Interesseforderung auflöse (vgl. auch Code de proc. art. 551, 552). Die im Code civ. art. 1143, 1144 beigefügten Ausnahmen, daß der Gläubiger zu ermächtigen ist, die Handlung selbst auszuführen, oder daß gegen die Verpflichtung Ausgeführte selbst zu zerstören, zeigen, da der Gläubiger bei diesen Handlungen gegen Widerstand zu schützen ist, daß das leitende Prinzip ein anderes geworden. Nicht mehr die Art der Verurtheilung entscheidet, sondern die Nothwendigkeit, dem Willen des Schuldners derart Zwang anzuthun, daß er selbst etwas thun muß, was er nicht thun will.

In dem Entwurf wird auch bei der Verpflichtung zu einer Handlung oder Unterlassung als Ziel der Zwangsvollstreckung die wirkliche Erfüllung festgehalten. Dem Schuldner soll nicht das Recht eingeräumt werden, durch Unterlassen der Erfüllung und noch mehr durch fortgesetztes positives Handeln gegen die Verpflichtung, den Gläubiger auf die Forderung des Interesse zu beschränken, welche wegen der Insolvenz des Schuldners oder wegen der Unschätzbarkeit des Gegenstandes vielleicht ganz illusorisch ist. Berücksichtigt ist nur, daß ein Zwang gegen den Schuldner nicht stattfinden soll, wenn dasselbe Ziel auf anderem Wege zu erreichen bleibt; daß der Zwang gegen die Person des Schuldners nicht anwendbar ist, wenn die auszuführende Handlung noch mehr voraussetzt, als den Willen des Schuldners; und daß endlich ein sicherer Erfolg des Zwanges nicht erwartet, der Zwang selbst daher nicht ohne Schranken angewandt werden darf.

Kann die vorzunehmende Handlung von einem Dritten vorgenommen werden,

so wäre der Versuch eines unmittelbaren Zwanges gegen den Schuldner, dessen Willen nicht erforderlich ist, nur noch überflüssige Härte. Das dem Gläubiger durch § 719 beigelegte Recht, die Handlung auf Kosten des Schuldners vornehmen zu lassen (preuß. Verordnung v. 4. März 1834 § 9, Prozeßordn. v. Hannover § 549, Bayern Art. 862 und Baden § 872, mecklenb. Graf. Drdn. § 37, Code civ. art. 1144), fällt allerdings in vielen Fällen mit der Forderung des Interesse zusammen, geht aber über dieselbe hinaus durch den Zwang gegen den Schuldner, die Vornahme der Handlung zu dulden. Unterscheidend ist ferner die Pflicht des Schuldners, die durch Ausführung der Handlung entstehenden Kosten im Voraus zu bezahlen (preuß. Verordn. v. 4. März 1834, bayer. Prozeßord. a. a. D.), da der Gläubiger bei der Forderung des Interesse genöthigt ist, entweder die Kosten vorläufig selbst aufzuwenden, oder die Gefahr eines Irrthums in deren Berechnung zu übernehmen. Falls der festgesetzte Kostenbetrag nicht ausreichend war, ist für den Gläubiger durch § 719 Abs. 2 die Nachforderung ausdrücklich vorbehalten, wie sich auch die Erstattung des | S. 443. nicht verbrauchten Betrages von selbst versteht. Unter diese Vorschriften fällt | auch die Befreiung einer von dem Schuldner gegen den Inhalt des Urtheils errichteten Anlage (Code civ. art. 1143, bayer. Prozeßordn. Art. 865).

Zur Ausführung einer Handlung, welche von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, ist, wenn dieselbe nicht ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, jeder auf Vornahme der Handlung selbst gerichtete Zwang gegen den Schuldner, weil zur Beugung seines Willens nicht ausreichend und in Konsequenz des dem Reichsgef. v. 29. Mai 1868 zu Grunde liegenden Gedankens gleichfalls unzulässig. In den Fällen des § 720, wenn die geschuldete nicht fungible Handlung ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, gestattet dagegen der Entwurf, einen solchen Zwang zu versuchen, damit nicht der Schuldner durch seinen bösen Willen allein das Recht des Gläubigers vereiteln kann. Der Versuch, die hiernach zu unterscheidenden Fälle im Gesetze von vornherein näher zu bestimmen, ist nicht zu empfehlen. Es läßt sich nur sagen, daß ebensowenig die Aufwendung von Geldmitteln wie die Anwendung irgend einer besonderen Fähigkeit als ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängig angesehen werden kann. Sind Geldmittel erforderlich, so ist die Herbeischaffung derselben, wenn sie der Gläubiger nicht vorschließt, Gegenstand der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen. Sind besondere Fähigkeiten bei der Handlung anzuwenden, so wird sich nie mit Gewißheit feststellen lassen, daß der Schuldner sie hat; er wird den Mangel derselben durch ungenügende Ausführung der erzwungenen Handlung darthun. Es werden endlich durch § 725 Abs. 1 der Zwangsvollstreckung noch die Fälle gänzlich entzogen, in denen der Schuldner zur Abgabe einer Willenserklärung verurtheilt ist, da in Stelle der Erklärung das rechtskräftige Urtheil gilt (preuß. Gef. v. 24. Mai 1853 § 32, vom 21. März 1868 § 96, v. 5. Mai 1872 §§ 3, 19 Nr. 2, 60, 65 Abs. 2). Der Zwang zur Erklärung würde den Gläubiger nur aufhalten und den Schuldner ohne Noth belästigen. Für die Zwangsvollstreckung des § 720 bleiben abgesehen von Fällen, in denen zur Erfüllung der dem Schuldner obliegenden Verpflichtung civilrechtlich ein unmittelbarer Zwang vorgeschrieben ist — Seemannsordnung vom 27. Dezember 1872 § 29, preuß. Gefindeordnungen v. 8. November 1810 §§ 51, 167, v. 11. April 1845 (für Neuvorpommern) §§ 45, 161, v. 19. April 1844 (für die Rheinprovinz) §§ 16, 42 — namentlich Fuditate, welche auf Ableistung des civilrechtlich gebotenen Offenbarungseides (Einführungsgesetz § 13 Nr. 3) oder auf Ertheilung einer Auskunft, insbesondere auf Rechnungslegung gerichtet sind. Wengleich in solchen Fällen das Interesse des Gläubigers vielfach leicht festgestellt werden kann — vgl. Bayern Art. 887 ff. — so hat doch die eintretende Insolvenz des Schuldners hierbei eine andere Bedeutung als in anderen Fällen; kann durch Zwang gegen die Person nicht Geld herbeigeschafft werden, welches sie nicht hat, so kann sie doch die Auskunft geben, welche dem Gläubiger die Kenntniß von seinen Rechten und durch deren Wahrnehmung gegen Dritte seine Befriedigung verschafft; eine Insolvenz für die eingegangene Verpflichtung ist nicht vorhanden, und der Zwang wird nicht zur Strafe der Insolvenz.

Den zu erzwingenden Handlungen stehen die Unterlassungen und Duldungen, zu welchen Jemand verurtheilt ist, rüchichtlich der Zulässigkeit des Zwanges völlig gleich, da sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängen. Sie können

aber, mit Ausnahme der Duldung einer Handlung für den einzelnen Fall, nicht geradezu durch Gewalt erzwungen werden. Die Anwendung von Gewalt findet daher nur in diesem Ausnahmefalle statt; außerdem sind für alle Fälle des Zwanges dieselben Zwangsmittel, Geldstrafen und Haft vorgeschrieben (vgl. preuß. Verordn. v. 4. März 1834 § 9 und U. G. D. I. 24. § 54, hannov. Proz. Ord. § 549, württemb. Ges. v. 15. April 1825 Art. 26, 27, mecklenb. Graf. Ord. §§ 36, 37 und ohne Ausdehnung des Zwanges auf Handlungen Bayern Art. 863, 864, Baden §§ 874, 875). Die Dauer der Haft muß sich in allen Fällen auf das bei der Zwangsvollstreckung zulässige Maß (§ 739) beschränken und die Höhe der zulässigen Geldstrafen sich danach richten (vgl. Strafgesetzbuch § 29). Die Anwendung der Haft ist nicht erst nach der Anwendung von Geldstrafen gestattet (Bayern, Baden, mecklenb. Graf. Ges. a. a. D.), weil die Erfolglosigkeit der letzteren in vielen Fällen von vorn herein klar ist, für welchen Fall auch die bayer. Proz. Ord. eine Ausnahme zuläßt, und weil der Zeitpunkt des Uebergangs zur Haft sich im Voraus nicht bestimmen läßt. Die Zulassung der Geldstrafen neben der Haft, welche die preuß. Verordn. v. 4. März 1834 bei dem Zwange zu Handlungen allein gestattet, befreit den Gläubiger von der Haft, zum Zwecke der Vollstreckung erhebliche Kosten vorstrecken zu müssen. Die Strafen haben jedoch für die beiden Hauptfälle, Handlungen und Unterlassungen, nach deren Natur eine sehr verschiedene Bedeutung. Die Verpflichtung, eine Handlung zu unterlassen, ist eine fortdauernde, und der Zwang kann nur als Repression durch Ausföhrung der angedrohten Strafe in jedem Falle des Zuwiderhandelns wirken; die Strafe kann daher in jedem einzelnen Falle das überhaupt zulässige Maß erreichen, sowie in jedem einzelnen Falle eine Interesseforderung begründet ist. Die Weigerung einer vorzunehmenden Handlung dagegen kann überhaupt nur einmal durch Zwang überwunden werden, so daß dieser in seiner Gesamtheit das zulässige Maß nicht übersteigen darf. Die Haft ist in diesem Falle überhaupt nicht Strafe, sondern direktes Zwangsmittel, steht als solches neben der Androhung und Festsetzung von Geldstrafen zur Wahl und wird, einmal angeordnet, ohne Weiteres bis zu der zulässigen Dauer fortgesetzt.

Die Verbindlichkeit zur Bestellung einer Sicherheit Seitens des zu einer Unterlassung oder Duldung Verpflichteten ausdrücklich auszusprechen (preuß. U. G. D. I. 24. § 54; Hannover § 549, Bayern Art. 863 und Baden § 874, mecklenb. Graf. Ord. § 36), erscheint nicht erforderlich, da die Vorschriften über den Arrest und die einstweiligen Verfügungen ausreichen, um das Bedürfnis, soweit es wirklich vorhanden, zu befriedigen.

Von den zu erzwingenden Handlungen ist eine, die Eheschließung, obgleich sie von dem Willen des Schuldners allein abhängt, durchweg ausgenommen, so daß weder die erforderliche Erklärung als abgegeben angesehen, noch die Androhung von Strafen zugelassen wird. Dem materiellen Rechte und also den Landesgesetzgebungen (nordd. Entw. § 1055) gehört die Frage der Zulassung des Zwanges nicht, wenigstens nicht ausschließlich an. Mit welchen Mitteln ein Urtheil zur Ausföhrung zu bringen sei, ist wesentlich eine prozessualische Frage, und die Versagung des direkten Zwanges zur Eheschließung zerstört auch nicht die Wirkung des vorausgegangenen Urtheils, welches durch Liquidation des Interesse wenigstens mittelbar ausgeföhrt werden kann. Der Zwang zur Eheschließung widerspricht dem Wesen der Ehe durchaus; es war daher über den im § 720 Abs. 2 und im § 13 Nr. 6 des Einföhrungsgesetzes gezogenen Vorbehalt für die Landesrechte nicht hinauszugehen.

Nach der Natur der für die Zwangsvollstreckung auf Vornahme, Unterlassung oder Duldung einer Handlung zugelassenen Maßregeln ist es ohne Weiteres klar, daß bei denselben, abgesehen von der gewaltthamen Verhinderung einer Störung, die Mitwirkung des Gerichts eintreten muß (Bayern Art. 863). Ueberall bedarf es nicht nur einer Prüfung, welche Maßregeln die zulässigen sind, sondern auch der Substituierung eines Anderen an Stelle der Handlung, welche den Gegenstand der Verurtheilung gebildet hat, so daß das Urtheil für sich allein nicht darüber Auskunft giebt, was zu thun ist. Den Gerichtsvollziehern, welche nach der hannov. Proz. Ord. § 549 bei Vornahme einer Handlung durch einen Dritten selbstständig thätig sind, ist nach den angenommenen Grundsätzen über deren Stellung eine so weitgehende Kognition nicht übertragen. Die zu treffende Entscheidung des Gerichts beruht wesentlich auf einer fortgesetzten Beurtheilung des Haupt-Rechtsstreites und ist deshalb

am zweckmäßigsten dem Prozeßgerichte zu überweisen. Sie hat jedoch in dem zu vollstreckenden Urtheile ihre unabänderliche Grundlage und bedarf deshalb nicht der vorgängigen mündlichen Verhandlung (§ 722). Die Anhörung des Schuldners ist indessen unentbehrlich, weil fast durchweg für die Entscheidung Thatfachen in Betracht kommen werden, über welche eine Verhandlung noch nicht stattgefunden hat. Da gegen die Entscheidung nur Beschwerde zulässig ist (§ 650), so bedarf es keiner Bestimmung über die vorläufige Vollstreckbarkeit derselben (§ 651 Nr. 2).

#### § 724. (R. B. § 724, G. § 778.)

Das Recht des Gläubigers, statt der wirklichen Erfüllung einer Verpflichtung sein Interesse zu fordern, wird durch die Bestimmungen dieses Abschnitts weder ausgeschlossen noch begründet. Die Grundsätze darüber, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger zu der Interessenerforderung übergehen, insbesondere die Naturalerfüllung der Verpflichtung zurückweisen kann, und ob derselbe an den Uebergang zur Interessenerforderung gebunden ist, gehören dem materiellen Rechte an (vgl. A. D. H. B. Art. 356).

Jede Interessenerforderung ist im Wege der Klage geltend zu machen und für dieselbe wegen ihres Zusammenhangs mit dem vorausgegangenen Rechtsstreite die ausschließliche Zuständigkeit des Prozeßgerichts (§ 656) vorgeschrieben (nordd. Entw. §§ 914, 1058, preuß. Entw. §§ 1032, 1018, 960, 1031).

### Vierter Abschnitt.

#### Offenbarungseid und Haft.

#### §§ 726—740. (R. B. §§ 726—740, G. §§ 780—795.)

Da der im Falle des § 660 zu leistende Offenbarungseid das gesammte Vermögen des Schuldners umfaßt, so wirkt dessen Leistung nach der Vorschrift des

#### § 730 (R. B. § 730, G. § 784)

nicht nur für andere Forderungen desselben Gläubigers, sondern auch gegen andere Gläubiger (nordd. Prot. IV. S. 2071). Die wiederholte Leistung des Eides kann nur gefordert werden, wenn gegen den Schuldner der spätere Erwerb von Vermögen glaubhaft gemacht wird. Für den aus § 716 zu leistenden Offenbarungseid ist eine Wiederholung nicht ausgeschlossen (nordd. Prot. IV. S. 2058).

#### | §. 446. | §§ 731—733, 736, 738. (R. B. §§ 731—733, 736, 738, G. §§ 785—787, 791, 793.)

Die Haft ist in Ausführung des dem Reichsges. v. 29. Mai 1868 zum Grunde liegenden Gedankens auf die Fälle des Zwanges zu einer Handlung beschränkt, welche durch einen Dritten nicht vorgenommen werden kann (§ 720). Der Zwang zur Leistung des Offenbarungseides (§ 728) ist nur eine besondere Anwendung dieses Grundsatzes. Diese Beschränkung der Haft hat eine entsprechende Vereinfachung der Ausnahmefälle zur Folge. Die Rücksicht auf die Person des Schuldners kann, da er sich von der Haft zu befreien jeden Augenblick im Stande ist, gänzlich fortfallen, soweit nicht mit der Vollstreckung der Haft eine nahe und erhebliche Gefahr für Leben oder Gesundheit des Schuldners verbunden ist, für welchen Ausnahmefall § 733 Bestimmung trifft (vgl. Bayern Art. 1146 und preuß. Entw. § 1098). Es bleiben nur die Befreiungen aus öffentlichem Interesse übrig. Von diesen entspricht die der Mitglieder einer deutschen gesetzgebenden Versammlung dem Art. 31 der

Reichsverfassung, sowie den Verfassungsurkunden fast aller Bundesstaaten; sie wird in dieser Weise unbedenklich als allgemein geltendes Recht Anwendung finden können. Die Befreiung der Militärpersonen, im Interesse des Dienstes unentbehrlich, kann ohne Nachtheil auf den Fall der Mobilmachung oder der Stellung eines Kriegsfahrzeuges in Dienst beschränkt werden, da außer diesem Falle die Wahrung dienstlicher Interessen durch die Uebertragung der Vollstreckung an die vorgelegte Militärbehörde ausreichend gesichert werden kann (§ 738). Für Beamte, Geistliche und öffentliche Lehrer genügt in entsprechender Weise die Aufschubung der Haft bis dahin, daß für die dienstliche Vertretung gesorgt ist (preuß. N. O. D. I. 24. § 145, bayer. Proz. Ordn. Art. 1144). Die Befreiung der Besatzung eines segelfertigen Seeschiffes ist aus Art. 446 des Handelsgesetzbuchs übernommen.

### §§ 734, 735. (R. B. §§ 734, 775, G. §§ 789, 790.)

Bei der Ausführung der Haft tritt die selbstständige Thätigkeit des vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollziehers ein. Der von dem Gerichte zu erlassende Haftbefehl bildet wie die vollstreckbare Ausfertigung des Schuldtitels die formelle Grundlage der Vollstreckung und muß schon aus diesem Grunde, damit die von dem Schuldner zu erzwingende Leistung ersichtlich bleibt, den Grund der Verhaftung enthalten und bei der Verhaftung selbst vorgezeigt werden.

Daß die Haft nur in Entziehung der Freiheit besteht, versteht sich nach § 18. Abs. 2 des Strafgesetzbuchs von selbst. Im Uebrigen müssen die näheren Bestimmungen der Ausführung sich wesentlich den örtlichen Verhältnissen anschließen. Die grundsätzliche Trennung des verhafteten Schuldners von Untersuchungs- oder Strafgefangenen (Hannover § 569, Baden § 978, Bayern Art. 1156, preuß. Entw. § 1102, nordd. Entw. § 1063) und das von dem Gerichtsvollzieher bei der Verhaftung einzuhaltende Verfahren bleiben instruktionellen Vorschriften vorbehalten.

Für die durch den Code de proc. art. 781, Baden § 973, Bayern Art. 1148 angeordnete größere Schonung der Wohnung des Schuldners bei dieser, als bei anderen Zwangsvollstreckungen sind berechnete Gründe nicht anzuerkennen.

### § 737. (R. B. § 737, G. § 791.)

Der Gläubiger hat die Kosten der Haft vorzuschließen. Die Vorauszahlung derselben muß auf den hierfür auch im Code de proc. art. 789, Baden §§ 980 ff., Bayern Art. 1157 festgesetzten Zeitraum eines Monats erfolgen. | Die Nöthigung | C. 447. zu einer so großen Auslage schützt den Schuldner vor zu leichtfertigen Gebrauche dieses Exekutionsmittels in höherem Maße, als die im preuß. Entw. § 1104 und im nordd. Entw. § 1067 vorgeschriebene einwöchentliche Pränumeration.

Erfolgt ohne Zuthun des Schuldners die Beendigung der Haft, so schließt das Gesetz die Erneuerung derselben aus, um Chikanen des Gläubigers unmöglich zu machen, welche sich erfahrungsmäßig gerade in willkürlichen Unterbrechungen und Erneuerungen der Haft gezeigt haben (Bayern Art. 1164, großherzogl. hess. Einführungsgesetz zur Wechselordn. v. 4. Mai 1849, Lübeck'sches Gesetz v. 28. April 1849. Art. 7).

### §§ 739, 740. (R. B. §§ 739, 740, G. §§ 794, 795.)

Das höchste Maß der Haft ist auf sechs Monate bestimmt (bayer. Proz. Ordn. Art. 1166), weil erfahrungsmäßig von einer längeren Dauer ein Erfolg nicht zu erwarten ist. Darüber hinaus würde sie zur nutzlosen Härte gegen den Schuldner.

Die Bestimmung, daß der Schuldner, welcher wegen Verweigerung des im § 660 erwähnten Offenbarungseides die Haft in dem höchsten zulässigen Maße erlitten hat, von einem anderen Gläubiger nur unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die wiederholte Leistung des Eides gefordert werden könnte, wegen

verweigerter Leistung zur Haft gebracht werden kann, ist nur eine Konsequenz der Beschränkung der Haft, da diese in solchem Falle zur Erreichung desselben Zweckes sich bereits als erfolglos erwiesen hat.

## Fünfter Abschnitt.

### Arrest und einstweilige Verfügungen.

§§ 741—767. (R. B. §§ 741—767, G. §§ 796—822.)

Der Entwurf unterscheidet Arrest und einstweilige Verfügungen. Der Arrest dient zur Sicherung von Werthen, zur Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung (§ 741), die einstweilige Verfügung zur Sicherung einer Individualleistung (§ 759) oder zur Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß (§ 764). Die Unterscheidung schließt sich derjenigen des zweiten und dritten Abschnitts dieses Buchs im Wesentlichen an und findet in dieser und in der Verschiedenheit der durch die Sicherung verfolgten Zwecke ihre Rechtfertigung (vgl. nordd. Entw. §§ 692, 729, 740, nordd. Prot. III. S. 1214, 1240, 1242).

Auf die Anordnung der einstweiligen Verfügungen und auf das weitere Verfahren können die Vorschriften über die Anordnung von Arresten und das Arrestverfahren im Allgemeinen Anwendung finden (§ 760). Die Verschiedenheit des Zweckes bedingt für die einstweiligen Verfügungen nur einzelne Abweichungen von den für den Arrest erlassenen prozessualen Bestimmungen. Diese Abweichungen sind in den §§ 761—765 zusammengestellt.

Durch das Einführungsgezet § 13 Nr. 4 sind in Uebereinstimmung mit dem nordd. Entw. § 739 die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können, aufrecht erhalten, weil es unmöglich war, mit Sicherheit zu beurtheilen, ob alle in | S. 448. Be | tracht zu ziehenden Fälle unter die Kategorien der §§ 759, 764 zusammengefaßt sind. Von selbst versteht sich, daß durch den Vorbehalt prozessuale Vorschriften, welche von denen des Entwurfs abweichen, nicht unberührt bleiben sollen (vgl. nordd. Prot. III. S. 1242).

#### I.

#### Der Arrest.

§§ 741—758. (R. B. §§ 741—758, G. §§ 796—813.)

Nachdem der Gerichtsstand des Arrestes mit Rücksicht auf den Gerichtsstand des Vermögens (§ 24) aufgegeben ist (vgl. Motive zu § 24), besteht kein Bedürfniß mehr, den Arrest zur Sicherung der Einleitung des Prozeßverfahrens (Reichsges. v. 29. Mai 1868 § 2) oder der gerichtlichen Verfolgung eines vermögensrechtlichen Anspruchs (nordd. Entw. § 692) eintreten zu lassen. Ebenso wenig ist der Arrest zur Sicherung der Fortsetzung des Prozeßverfahrens (Reichsges. v. 29. Mai 1868 § 2) weiter erforderlich; hat der Prozeß begonnen, so ist durch die Konstruktion des Verfahrens Vorkehr getroffen, daß er ohne Anordnung arrestatorischer Maßregeln seinen Fortgang nehmen kann. Der Entwurf beschränkt daher im

§ 741 (R. B. § 741, G. § 796)

den Arrest auf die Sicherung der Zwangsvollstreckung in das bewegliche oder unbewegliche Vermögen.

Da die Individualleistung sich unter Umständen jeder Sicherstellung entzieht, so dürfte der Arrest, wenn der Zweck der Sicherung erreicht werden soll, nicht auf solche Ansprüche restringirt werden, welche zur Zeit der Beantragung desselben bereits auf Zahlung von Geld gerichtet sind. Es muß vielmehr die Möglichkeit genügen, daß sich der Anspruch in eine Interesseforderung umsetzen kann. Da aber diese Möglichkeit bei allen vermögensrechtlichen Ansprüchen vorhanden ist, so kommt es praktisch nur darauf an, ob bei dem Anspruche auf Individualleistung der Gläubiger die Sicherung der Leistung selbst festhalten oder sich mit der Sicherung der Interesseforderung begnügen will.

Daß die Zulässigkeit des Arrestes nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Anspruch ein betagter ist, wird von den neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen allgemein anerkannt (vgl. z. B. Hannover § 508, Württemberg Art. 821, Bayern Art. 605, hannov. Entw. § 519, preuß. Entw. § 800, nordd. Entw. § 692). Mögen auch bei betagten Ansprüchen die eine Zwangsvollstreckung gefährdenden Umstände vielfach einer anderen Beurtheilung unterliegen, als bei nicht betagten, so fehlt es doch an einem ausreichenden Grunde, rücksichtlich der ersteren den Arrest nur bei sehr dringender Gefahr (vgl. Württemberg Art. 821, hannov. Entw. § 519) zu gestatten.

Mit den Prozeßordn. v. Württemberg Art. 821 und Oldenburg Art. 305, sowie mit dem preuß. Entw. § 800, hannov. Entw. § 519 und nordd. Entw. § 692 ganz allgemein bedingte Ansprüche den unbedingten gleichzustellen, mußte bedenklich erscheinen, so lange die Wirkungen eines suspensiv bedingten Rechtsgeschäfts für alle deutschen Rechtsgebiete nicht gemeinsam geregelt sind. Andererseits fehlte es an jedem Anlasse, den Arrest bei bedingten Ansprüchen gänzlich auszuschließen. Denn soweit nach den Vorschriften des materiellen Rechts pendente conditione Sicherheit für den Fall der Realisirung der durch den bedingten Anspruch eröffneten Aussicht verlangt werden kann (vgl. für das gemeine Recht Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts Ed. III. Bd. I. S. 223; Brinz, Lehrb. d. Pandekten Abth. II. S. 1478, 1479) — oder mit der Begründung des bedingten Anspruchs zugleich ein Anspruch auf Erhaltung desselben für den Fall des Eintritts der Bedingung entstanden ist (vgl. für das preuß. Recht A. L. R. I. 14. § 5), muß zur Sicherung des Rautionsanspruchs oder des Anspruchs auf Erhaltung des bedingten Rechts der Arrest zugelassen werden: diese Ansprüche stehen einem unbedingten Anspruche gleich. § 449.

#### § 742. (R. B. § 742, G. § 797.)

Der Entwurf hat es in Uebereinstimmung mit der Prozeßordn. v. Bayern Art. 611, dem preuß. Entw. § 799 und dem nordd. Entw. § 692 vermieden, die im § 792 Abs. 1 aufgestellten Voraussetzungen des dinglichen Arrestes durch Beifügung von Beispielen (vgl. Hannover § 508, Württemberg Art. 821, 822, hannov. Entw. § 519, 520) zu spezialisiren, um der freien Beurtheilung des Gerichts keine Fesseln anzulegen. Nur ein Fall bedurfte einer speziellen Hervorhebung — der Fall, daß das Urtheil im Auslande vollstreckt werden muß (vgl. Bayern Art. 611, preuß. Entw. § 799, nordd. Entw. § 693) —, weil derselbe in dem Arrestrechte der einzelnen deutschen Rechtsgebiete verschieden geregelt ist und deshalb die Gefahr besteht, daß er auch demnächst verschieden beurtheilt werden wird. Gleichgültig ist es, ob im Auslande Rechtshilfe gewährt wird oder nicht, es sei denn, daß die Gewährung der Rechtshilfe durch Staatsverträge verbürgt ist.

#### § 743. (R. B. § 743, G. § 798.)

Während der § 1 des Reichsges. v. 29. Mai 1868 den Personalarrest als Exekutionsmittel beseitigt, trifft der § 2 über den Personalarrest als Sicherungsarrest folgende Bestimmung:

„die gesetzlichen Vorschriften, welche den Personalarrest gestatten, um die Einleitung oder Fortsetzung des Prozeßverfahrens oder die gefährdete Exekution in das Vermögen des Schuldners zu sichern (Sicherungsarrest), bleiben unberührt.“

Die erste Alternative kommt nicht weiter in Betracht: wie bereits zu § 741

hervorgehoben worden, ist die Sicherung der Einleitung und Fortsetzung des Prozeßverfahrens ganz allgemein als Motiv des Arrestes aufgegeben. Was dagegen die zweite Alternative anlangt, so hat sich der Entwurf derselben angeschlossen, mwenigleich er sie nicht ihrem vollen Umfang nach übernommen hat. Sie setzt voraus:

- 1) daß der Schuldner solche Vermögensobjekte besitzt, in welche die Exekution vollstreckt werden kann oder wird vollstreckt werden können,
- 2) daß Umstände obwalten, welche die Vollstreckung oder den Erfolg der Exekution in diese Vermögensobjekte verhindern oder die Verhinderung besorgen lassen und
- 3) daß diese Hindernisse durch Inhaftnahme des Schuldners beseitigt werden können

(vgl. Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts V. S. 351, VI. S. 7. 8. X. S. 134 ff.) — und gestattet insbesondere, wie die Vorberathungen des Reichsgesetzes außer Zweifel stellen, den Personalarrest auch zu dem Zwecke, um den Schuldner zu nöthigen, im Auslande befindliche Deckungsmittel herbeizuschaffen (vgl. Entsch. des D. N. G. zu Lübeck | S. 450. v. 30. Dezember 1868 in Kierulff, Sammlung IV. | S. 866—873, Seuffert, Archiv Bd. 24. Nr. 291). In dieser Ausdehnung hat der nordd. Entw. § 694 die Zulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes in Vorschlag gebracht (vgl. nordd. Prot. III. S. 1110, 1111, IV. S. 2106, 2107). Der Entwurf glaubte nicht soweit gehen zu dürfen. Die Haft, welche den Schuldner zwingen soll, sein Vermögen zu manifestiren, ist zweifellos eine Maßregel, zu deren Sicherung der persönliche Arrest geboten erscheint. Dasselbe gilt, wenn es sich darum handelt, den Schuldner zu hindern, sein im Inlande befindliches Vermögen in das Ausland zu schaffen: in diesem Falle ist die Haft eine zur Sicherung der Zwangsvollstreckung in das Vermögen erforderliche Maßregel — eine Sicherungsmaßregel, welche in gleicher Weise in anderen Fällen einer drohenden Verbringung des nicht sofort durch die Zwangsvollstreckung zu ergreifenden Vermögens zulässig sein kann. Anders verhält es sich mit der Haft, welche bestimmt ist, den Schuldner zur Herbeischaffung und Bereitstellung der im Auslande befindlichen Deckungsmittel zu nöthigen. In dieser Anwendung unterscheidet sich die Haft rechtlich nicht von dem Schuldarrest in seiner Funktion als Exekutionsmittel zur Erzwingung einer Zahlung, so daß die bei Berathung des Reichsges. v. 29. Mai 1868 geäußerte Besorgniß, es werde dadurch indirekt die beseitigte Schuldhaft wieder eingeführt werden, nicht ungerechtfertigt erscheint. Der Entwurf will durch die Fassung zum Ausdruck bringen, daß der persönliche Sicherheitsarrest — von dem Falle der Erzwingung der Manifestation abgesehen — nur zulässig ist, wenn die Gefahr besteht, daß der Schuldner seine persönliche Freiheit zur Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung der Zwangsvollstreckung benutzen werde. Damit ist die weitere Verwendung des Personalarrestes zu dem Zwecke, um den Schuldner zur Herbeischaffung auswärts befindlicher Deckungsmittel zu bestimmen, ausgeschlossen und konstatiert, daß der Entwurf gegenüber der Bestimmung des Reichsges. v. 29. Mai 1868 § 2 das Gebiet der Zulässigkeit des persönlichen Sicherheitsarrestes hat verengern wollen. Im Uebrigen stimmen die Voraussetzungen des Entwurfs mit denjenigen des Reichsgesetzes überein.

Das Erforderniß der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ist gestellt, weil ohne Aussicht auf wirkliche Zwangsvollstreckung in das Vermögen von einer Sicherung derselben nicht die Rede sein kann. Die Zahlungsfähigkeit hat aber nicht die Bedeutung, daß der Schuldner im Stande sein soll, alle seine Schulden überhaupt oder gar sofort zu berichtigen; es genügt, wenn er Vermögen besitzt, welches der Zwangsvollstreckung unterliegt. Auch hat der Gläubiger nach § 745 Abs. 2 nur glaubhaft zu machen, daß der Schuldner Vermögen habe. Der Schuldner seinerseits kann durch Leistung des Offenbarungseides die Zahlungsunfähigkeit nachweisen und dadurch den persönlichen Sicherheitsarrest beendigen.

Die Fassung des § 743 ergibt, daß der persönliche Sicherheitsarrest nur subsidiär — nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn die Zwangsvollstreckung durch einen dinglichen Arrest nicht gesichert werden kann (vgl. Hannov. § 509, Oldenb. Art. 306 § 2a, Baden § 601, Württemb. Art. 823, preuß. Entw. § 803, hannov. Entw. § 522, sächs. Entw. § 904, nordd. Entwurf § 694).

## § 744. (R. B. § 744, G. § 799.)

Die Zuständigkeit für Anordnung des Arrestes ist ohne Unterschied der Fälle sowohl dem Gerichte der Hauptsache als auch dem Amtsgerichte beigelegt, in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegenden Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet (vgl. Hannov. § 510, hannov. | Entw. § 523, | S. 451. nordd. Entw. § 702). Eine gewisse Dringlichkeit, welche die Grundlage für die konkurrirende Zuständigkeit des Amtsgerichts bildet, ist in allen Fällen vorhanden und die Ausschreibung besonders dringlicher Fälle (vgl. Württemb. Art. 825, Bayern Art. 618) zu unsicher, um darauf die Zuständigkeit eines Gerichts, welche nach dem Entwurf sich auch auf die weitere kontradictorische Entscheidung über den Arrest erstreckt, zu begründen (vgl. hannov. Prot. IX. S. 3425—3429). Zugleich fällt hiermit jede Verschiedenheit des Verfahrens fort, welche auf die Unterscheidung größerer oder geringerer Dringlichkeit sich gründet (preuß. A. G. D. I. 29 § 29) und in Folge der Unsicherheit nur mit Unsicherheit gehandhabt werden kann.

## §§ 745, 746. (R. B. §§ 745, 746, G. §§ 800, 801.)

Die Form des Arrestgesuchs ist mit Rücksicht auf dessen Dringlichkeit so frei als möglich gestaltet. Die Zulässigkeit der Erklärung zum Protokolle des Gerichtsschreibers schließt den Anwaltszwang aus. Für den Inhalt des Gesuchs ist die Bezeichnung des Anspruchs, für welchen der Arrest nachgesucht wird, und des Arrestgrundes unentbehrlich. Nicht minder hat die Angabe des Geldbetrags oder Geldwerths des Anspruchs Bedeutung für die Bestimmung der Höhe der Kaution, durch deren Bestellung die Vollziehung des Arrestes gehemmt oder die Aufhebung desselben herbeigeführt werden kann (§ 748). Der sonstige Inhalt des einzelnen Arrestgesuchs bedarf nicht der Vorschrift durch das Gesetz. Der Entwurf weicht — in Uebereinstimmung mit der Proz. Ordn. v. Hannov. §§ 511, 515 und dem sächs. Entw. § 907 — von den neueren Gesetzgebungen und Entwürfen (vgl. Württemb. Art. 826, Bayern Art. 608, preuß. Entw. § 810, nordd. Entw. § 704) darin ab, daß er die Bezeichnung des Gegenstandes des Arrestes nicht allgemein verlangt. Nothwendig muß dieselbe geschehen zur Erwirkung des persönlichen Arrestes, weil dessen Zulässigkeit besondere Voraussetzungen hat, und im Falle der Erwirkung des Arrestes bei einem anderen Gerichte als dem Gerichte der Hauptsache, weil dessen Zuständigkeit von dem Vorhandensein des Gegenstandes im Gerichtsbezirke abhängig ist. In allen anderen Fällen braucht der Gegenstand des Arrestes nicht angegeben zu werden; der Arrestbefehl begründet vielmehr, wenn er für den dinglichen Arrest unbeschränkt erlassen wird, die Vollziehung in alle Vermögensstücke des Schuldners, und nur im Interesse des Gläubigers liegt es, die dem Gegenstande nach erforderliche Mitwirkung des Gerichts zur Vollziehung unter Bezeichnung des Gegenstandes sofort in Anspruch zu nehmen. Ist die Angabe des Gegenstandes des Arrestes nicht deshalb geboten, weil nach der Einrichtung der Zwangsvollstreckung die Vollziehung allgemein durch das Gericht erfolgen muß (Württemb. Art. 826, Baden § 607 und Oldenb. Art. 309), so ist das Erforderniß derselben eine Beschränkung des Arrestes, welche als allgemeine Maßregel nachtheilig wirken kann, weil der Gläubiger häufig nicht in der Lage ist, den Gegenstand im Voraus zu bestimmen.

Zur Begründung des Gesuchs sind der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft zu machen. Dieses Erforderniß entspricht nicht nur der gemeinrechtlichen Doktrin (vgl. Wehll Ed. III. S. 304) und der preuß. A. G. D. I. 29. § 48, sondern auch den neueren Prozeßgesetzen und Entwürfen (Hannover § 511, Bayern Art. 608, Württemberg Art. 826, Baden § 607, preuß. Entw. § 811, hannov. Entw. § 524, nordd. Entw. § 700). Es ist indessen nicht zu verkennen, wie schwer es mannigfach dem Gläubiger fallen kann, dem Erfordernisse der Glaubhaftmachung zu genügen, in Bezug auf welches er um so leichter zu scheitern Gefahr läuft, je peinlicher und ängstlicher vielleicht der Arrestrichter bei der Prüfung verfährt. Im Anschlusse an das preuß. Recht und an die neueren Prozeßgesetze und Entwürfe (preuß. A. G. D. I. 29. § 31, Hannover § 514, Baden § 609, Württemberg Art. 830, Bayern Art. 609, preuß. Entw. § 811, hannov. Entw. § 528, sächs. Entw. § 911, nordd. Entw. § 700) ist daher dem Gerichte die Befugniß beigelegt, den Arrest gegen Sicherheitsleistung zu bewilligen, auch wenn die Angaben des Gläubigers über den Arrestanspruch

und Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht sind, und ferner in Uebereinstimmung mit der bayer. Prozeßordn. Art. 609, dem preuß. Entw. § 811, und dem nordd. Entw. § 700 gestattet, die Bewilligung des Arrestes, auch wenn die Angaben des Gläubigers glaubhaft gemacht sind, von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen. Die Bestellung der Sicherheit, deren Abmessung dem Gerichte überlassen bleibt, läßt fast ausnahmslos darauf schließen, daß weder der Anspruch jeder Begründung entbehrt, noch eine *causa arresti* mangelt. Und die Befugniß des Gerichts, die Sicherheitsleistung noch neben der Glaubhaftmachung zu fordern, wird dazu dienen, den Gefahren einer übertriebenen Mängeltlichtmachung zu verhindern, in denen der Arrest einen unverhältnißmäßigen Schaden zu stiften droht, dem Gegner Schutz zu gewähren (vgl. Mot. 3. preuß. Entw. S. 204).

§§ 747, 748. (R. V. §§ 747, 748, G. §§ 802, 803.)

Die Form, in welcher über das Arrestgesuch zu entscheiden ist, hat ihre Bedeutung für das weitere Verfahren (§§ 749, 750). Ist ohne mündliche Verhandlung entschieden worden, und ein Arrestbefehl nicht erlassen, so würde die Mittheilung des Beschlusses an den Schuldner den Zweck des Arrestes ebenso gefährden, wie die Mittheilung des Arrestgesuches vor dem Beschlusse (Württemberg. Art. 829, Oldenb. Art. 310 § 1, hannov. Entw. § 527, nordd. Entw. § 706).

Der Arrestbefehl soll alternativ neben dem Rechte des Gläubigers, zu dessen Vollziehung gleichzeitig das Recht des Schuldners feststellen, durch Hinterlegung einer bestimmten Summe die Vollziehung zu hemmen oder die Aufhebung des bereits vollzogenen Arrestes herbeizuführen, weil der Schuldner berechtigt ist, die Sicherung des Anspruchs auf die ihm leichteste Weise zu bewirken (Hannov. § 518, Bayern Art. 615, Württemb. Art. 840, Baden § 616, preuß. Entw. § 810, nordd. Entw. § 707). Der festzustellende Geldbetrag wird mit dem Geldbetrage, welcher durch den Arrest gesichert werden soll, übereinstimmen müssen (Hannov. § 518, Württemb. Art. 840 und Baden § 616 verlangen „hinreichende“, „genügende“ Sicherheit), da der Gläubiger den Gegenstand des Arrestes, wenn derselbe durch Hinterlegung einer geringeren, seinem Werthe entsprechenden Summe freigemacht würde — Oldenb. Art. 313 § 1 b, von Neuem angreifen könnte.

§§ 749, 750. (R. V. §§ 749, 750, G. §§ 804, 805.)

Bei dem Betriebe des Rechtsstreits durch das Gericht in dem gemeinrechtlichen Prozesse, wie nach dem altländisch preussischen Rechte ergiebt sich, nachdem auf das einseitige Vorbringen des Gläubigers der Arrest angeordnet ist, die Anberaumung eines Termins zur Verhandlung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes von selbst; es liegt darin eine gewisse Garantie, daß die Sache mit einer den Umständen des

1 S. 453. Falls entsprechenden Schleunigkeit zum Austrage gebracht wird. Auf gleiche Weise bestimmen Braunschweig § 235, Oldenburg Art. 310 § 2, 311 und Baden § 610.

Nach französischem Prozeßrechte, welches nicht einmal zur Anlegung des Arrestes regelmäßig die Mitwirkung des Gerichts erfordert (Code de proc. art. 557, 558), hat der Gläubiger in der nach Art. 563 *ibid.* zu bestimmenden Frist Klage auf Gültigkeitserklärung des Arrestes zu erheben. Ähnlich verpflichtet der nordd. Entw. § 709 den Arrestkläger, binnen einer achttägigen Frist nach Anordnung des Arrestes die auf Bestätigung gerichtete Klage (Arrestklage) anhängig zu machen.

Allen diesen Gesetzen fällt gleichmäßig zur Last, daß der Schuldner bis zum Rechtfertigungstermine, bezw. bis zum Ablaufe der für Anstellung der Klage gestellten Frist durch den Arrest gebunden ist und seinerseits nichts zur Beschleunigung des Verfahrens thun kann. Der Schuldner muß aber in der Lage sein, die Rechtmäßigkeit des Arrestes möglichst rasch zum Austrage bringen zu können, weil der auf die einseitigen Angaben des Gegners angelegte Arrest ihn in hohem Grade belastet. Andererseits ist die Verhandlung unter den Parteien in vielen Fällen entbehrlich und kann, wenn einmal der Schuldner in die Lage versetzt wird, die Sache selbst betreiben zu können, auf die Fälle beschränkt werden, in welchen er von diesem Rechte Gebrauch machen will, da in allen anderen Fällen anzunehmen ist, daß er bis zum Austrage der Hauptsache sich den Arrest gefallen läßt. Eine Entscheidung über die

Rechtmäßigkeit des Arrestes läßt daher der Entwurf in Uebereinstimmung mit der Proz. Ordn. v. Hannover § 516, Württemberg Art. 831 und Bayern Art. 631, sowie mit dem hannov. Entw. § 529 nur dann eintreten, wenn der Schuldner gegen den Beschluß des Gerichts, durch welchen ein Arrest angeordnet ist, Widerspruch erhebt. Das in § 749 vorgeschriebene Verfahren tritt nur dann ein, wenn der Arrest ohne mündliche Verhandlung angeordnet war. Ist mündliche Verhandlung vorausgegangen, so haben bereits in dieser alle die Erörterungen Platz gefunden, welche sonst bei der Verhandlung nach erhobenem Widerspruche stattfinden würden, und die darauf erlassene Entscheidung vertritt die Stelle des über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ergehenden Urtheils, so daß sie, wie dieses als Urtheil charakterisirt und durch Rechtsmittel oder Einspruch angefochten werden muß (§ 747 Abs. 1).

Bei dem Erlasse des über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ergehenden Urtheils hat das Gericht nothwendig eine in gleicher Weise freie Stellung, wie bei dem Erlasse des Arrestbefehls, da erst jetzt, nach Anhörung beider Theile, die Sache zur vollständigen Beurtheilung vorliegt.

Bei der Verhandlung unter den Parteien kann die Frage, ob der Anspruch, für welchen der Arrest angeordnet worden ist, begründet sei, nicht völlig ausgeschlossen werden. Es würde aber eine wesentliche Verkennung der Bedeutung dieser Verhandlung sein, wenn hierbei über die Erörterung, ob der Anspruch glaubhaft ist, hinausgegangen würde, sollte auch die Hauptsache noch nicht anhängig sein. Denn nur der Arrest als solcher ist Gegenstand des Streits; zur Feststellung des Anspruchs ist das Gericht durch den Arrestantrag nicht berufen (vgl. Motive zum württemb. Entw. Art. 834). Auch ist der Arrestantrag nicht eine Klage, an welche der Schuldner eine Widerklage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses anknüpfen könnte (vgl. preuß. N. G. D. I. 29 §§ 37, 38, 64, Württemberg Art. 833).

Mit der Entscheidung über den Arrest im Falle der Aufhebung desselben auch eine Entscheidung über die Haftpflicht des Gläubigers für die dem Schuldner zu|gefüigten Schäden zu verbinden (Baden § 615, Bayern Art. 636), empfiehlt sich | S. 454. wegen der Weitläufigkeit der erforderlichen Erörterungen nicht, noch weniger kann die unbedingte Haftpflicht des Gläubigers für solche Schäden in der Prozeßordnung ausgesprochen werden, da die Bestimmung derselben dem materiellen Rechte angehört.

### § 751. (R. B. § 751, G. § 806.)

Ist die Hauptsache nicht anhängig, so wird die Vollziehung des Arrestes in zahlreichen Fällen die Folge haben, daß der Schuldner zahlt oder dem Gläubiger für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit leistet. Es ist daher nicht erforderlich, dem Gläubiger generell die Verpflichtung aufzulegen, binnen einer bestimmten Frist die Klage in der Hauptsache zu erheben (vgl. preuß. N. G. D. I. 29 §§ 42, 46, 74, Bayern Art. 630, preuß. Entw. § 814, nordd. Entw. § 709). Andererseits muß aber auch dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden, auf einem einfachen Wege die Erhebung der Klage in der Hauptsache zu erwirken. Diesem Zwecke entspricht die Anordnung einer bestimmten Frist zur Klageerhebung auf Antrag des Schuldners (Württemberg Art. 835, Baden § 617, hannov. Entw. § 532). Das Präjudiz für den der Anordnung nicht Folge leistenden Gläubiger muß die Aufhebung des Arrestes sein. Dieselbe kann nur nach vorgängiger mündlicher Verhandlung und nur durch Endurtheil ausgesprochen werden, da der Gläubiger durch die Einwirkung des Arrestes und durch die Vollziehung desselben Rechte erworben hat. Die Bestimmung des hannov. Entw. § 532, daß, wenn beim Ausbleiben des Arrestklägers die Aufhebung ausgesprochen ist, gegen das Veräumnisurtheil Einspruch nicht stattfindet, ist nicht aufgenommen. Gegenüber dem Schuldner ist die Zulässigkeit des Einspruchs ohne Bedenken, da das Urtheil auf Aufhebung des Arrestes nach § 601 Nr. 6 ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.

### § 752. (R. B. § 752, G. § 807.)

Die Natur des Arrestes als einer vorläufigen Sicherheitsmaßregel gestattet auch nach erfolgter Bestätigung Abänderungen im Falle veränderter Umstände (Bayern Art. 635, Oldenburg Art. 313, nordd. Entw. § 715), insbesondere die gänzliche

Aufhebung wegen Erledigung des Arrestgrundes und die Umwandlung der erlangten Sicherheit in eine andere. Außer den hervorgehobenen Fällen kommt auch die Abweisung der wegen der Hauptsache erhobenen Klage in Betracht. Der Antrag auf Aufhebung des Arrestes kann in der Verhandlung über die Hauptsache gestellt werden und das Gericht ist in der Lage, die Aufhebung des Arrestes sofort auszusprechen oder in Anwendung der Vorschriften über die ausnahmsweise erfolgende Verfassung der vorläufigen Vollstreckbarkeit die Aufhebung von der Rechtskraft des den Hauptanspruch abweisenden Urtheils abhängig zu machen.

Alle Urtheile, durch welche Arreste aufgehoben werden (§§ 750—752), sollen für vorläufig vollstreckbar erklärt werden (§ 601 Nr. 6); es sind darunter auch diejenigen Urtheile zu verstehen, welche eine Abänderung des Arrestes zu Gunsten des Schuldners enthalten. Erst hiermit wird die Reihe der den Schuldner gegen die Nachtheile antizipirter Zwangsvollstreckung schützenden Maßregeln vollständig. Die Vollstreckbarkeit des über die Rechtmäßigkeit des Arrestes ergehenden Urtheils ist in den Prozeßordn. v. Hannover § 516, Württemberg Art. 836 und Baden § 611, 614 angenommen; nach der württemb. Prozeßordn. ist auch die Aufhebung des Arrestes, welche wegen unterlassener Erhebung der Klage in der Hauptsache erfolgt, sofort vollstreckbar und die bayer. Prozeßordn. Art. 639 gestattet in gewissem Umfange wenigstens die Vollstreckbarkeit nach freiem Ermessen des Gerichts. Nach der preuß. A. G. D. I. 29 ist, abgesehen von dem Falle, daß der Gläubiger zur Verhandlung nicht erscheint und in Folge dessen ohne Urtheil die Aufhebung des Arrestes erfolgt (§ 57), das den Arrest aufhebende Urtheil erst nach eingetretener Rechtskraft vollstreckbar (§§ 60, 66, 72); allein in allen Fällen ist der Schuldner berechtigt, die abgeforderte Entscheidung über den Arrest vor dem Urtheil in der Hauptsache zu beantragen (§ 63), und wenn diese abgeforderte Entscheidung erfolgt, so ist die Rechtsmittelfrist auf drei Tage beschränkt und das Verfahren der höheren Instanz abgekürzt (Verordn. v. 21. Juli 1846 § 27), so daß die Beschleunigung der Rechtskraft das Bedürfnis vorläufiger Vollstreckbarkeit weniger hervortreten läßt (vgl. auch Oldenburg Art. 247, 269). Der nordd. Entw. § 714 begnügt sich dagegen mit dem selbstverständlichen Satze, daß der Arrest bestehen bleibt, so lange das Urtheil nicht vollstreckbar ist. Als Regel muß es auch hier gelten, daß dem Schuldner in keinem Augenblick die Möglichkeit entzogen werden darf, die Entscheidung über den Arrest zu fördern; die Rechtsmittelfrist würde ihn, wie die dem Gläubiger gelassene Frist zur Erhebung der Arrestklage, fesseln. Als Regel kann auch wie bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit eines Urtheils nicht die Fortdauer der vorläufigen Maßregel des Arrestes nach dessen Aufhebung durch ein, wenn auch nicht rechtskräftiges Urtheil gelten; nicht die sofortige Aufhebung des Arrestes, sondern die Fortdauer desselben muß durch besondere Umstände gerechtfertigt werden.

Auf die Vollziehung des Arrestes finden nach

### § 753 (R. B. § 753, G. § 808)

die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung entsprechende Anwendung, soweit nicht die

### §§ 754—758 (R. B. §§ 754—758, G. §§ 809—813)

abweichende Bestimmungen enthalten.

1. Arrestbefehle bedürfen nach § 754 Abs. 1 der Vollstreckungsklausel nur in dem Falle, für welchen dieselbe in Betreff der Vollstreckungsbefehle vorgeschrieben ist (§ 653). Diese Bestimmung rechtfertigt sich durch den Umstand, daß der Arrestbefehl bereits alle wesentlichen Bestandtheile der Vollstreckungsklausel enthält.

2. Da die Vollziehung des Arrestbefehls dem Betreiben des Gläubigers überlassen ist, so war in Uebereinstimmung mit der Prozeßordn. v. Hannover § 518, dem preuß. Entw. § 813, hannov. Entw. § 533 und nordd. Entw. § 719 die Beschränkung der Vollstreckbarkeit auf eine kurze, im § 754 Abs. 2 auf zwei Wochen festgestellte Frist erforderlich, um die Vollziehung des Arrestes unter vielleicht ganz veränderten Verhältnissen zu verhüten.

3. Die Vollziehung des Arrestes erfolgt in derselben Form und unterliegt in Betreff des Gegenstandes denselben Beschränkungen, wie die Zwangsvollstreckung

selbst. Der preuß. Entw. § 801 und der nordd. Entw. § 695 haben es für erforderlich erachtet, ausdrücklich festzusetzen, daß auch die den Gegenstand betreffenden Beschränkungen der Zwangsvollstreckung auf die Vollziehung des Arrestes zur Anwendung kommen sollen.

4. Der Zweck des Arrestes, die Sicherung der Zwangsvollstreckung, fordert, daß der Vollziehung des Arrestes dieselben Wirkungen beigelegt werden müssen, wie der Zwangsvollstreckung selbst. Die Erwägungen, welche zur Aufnahme des | § 658 | S. 456. geführt haben, rechtfertigen die Vorschrift des § 755 Abs. 1, daß die Pfändung zum Zwecke der Vollziehung des Arrestes das Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande mit den im § 658 bestimmten Wirkungen begründet. Wenn auch in der Konstruktion abweichend, so steht der Entwurf doch im praktischen Resultate mit dem nordd. Entw. § 967 in Einklang (vgl. nordd. Prot. IV. S. 2030, 2031, 2076, 2077).

5. Die Vollziehung des Arrestes muß an dem Punkte einhalten, an welchem die bloße Sicherung aufhören und (§§ 665, 669) die Befriedigung des Gläubigers beginnen würde. Aus diesem Grunde kann ebensowenig die Versteigerung körperlicher Sachen, wie die Ueberweisung einer Forderung oder die Auszahlung einer gepfändeten oder durch Versteigerung erzielten Geldsumme an den Gläubiger erfolgen. Nur wegen der relativen Unmöglichkeit, eine Sache aufzubewahren, kann deren Versteigerung ohne das Andringen anderer zur Zwangsvollstreckung berechtigter Gläubiger angeordnet werden (württemb. Prozedorn. Art. 839, preuß. A. G. D. I. 29 § 14, preuß. Entw. § 822, nordd. Entw. § 726); diese Anordnung muß als Theil der Vollziehung von dem Vollstreckungsgerichte (§ 634) ausgehen.

6. Die Vollziehung des persönlichen Sicherheitsarrestes kann auch durch mildere Maßregeln als durch Haft erfolgen (Bayern Art. 616, Baden § 605); dazu gehört auch die Beschlagnahme von Legitimationspapieren (Württemberg Art. 824), welche als solche nicht einen Gegenstand eines Vermögensrechts und eines dinglichen Arrestes bilden. Für die Ausführung des persönlichen Sicherheitsarrestes ist mit den übrigen für die Haft gegebenen Beschränkungen auch die zeitliche Beschränkung auf höchstens sechs Monate anwendbar, welche nach dem nordd. Entw. (§§ 694, 1069) ausgeschlossen sein soll. Auch hier bedarf es aber einer bestimmten Grenze für die Entziehung der persönlichen Freiheit, und es kann angenommen werden, daß auch vor der Verurtheilung die vergebliche Anwendung einer so langen Haft die Erfolglosigkeit dieses Zwangsmittels darthut.

7. Die zur Aufrechterhaltung eines Arrestes etwa nöthigen besonderen Aufwendungen fallen selbstverständlich dem Gläubiger zur Last. Das Unterlassen rechtzeitiger Vorschußleistung hat die Aufhebung des Arrestes zur Folge (§§ 737, 758). Die Aufhebung des Arrestes aus diesem Grunde überweist der Entwurf ebenso wie die Aufhebung gegen Hinterlegung des in dem Arrestbefehle festgestellten Geldbetrages (§ 748) dem Vollstreckungsgerichte, weil es sich in diesen Fällen nur um die Vollstreckung des Arrestbefehls handelt.

## II.

### Die einstweiligen Verfügungen.

§ 759—765. (R. B. §§ 759—765, G. §§ 814—820.)

Die Vorschriften der §§ 761—765 stimmen im Wesentlichen mit den Vorschriften der neueren deutschen Prozeßordnungen und Entwürfe (vgl. Hannover §§ 519 ff., Baden §§ 625 ff., Württemberg Art. 844 ff., Bayern Art. 605 ff., hannov. Entw. §§ 540 ff., preuß. Entw. §§ 823 ff., nordd. Entw. §§ 729 ff.) überein und nähern sich den Bestimmungen des französischen Rechts über das Refere-Verfahren (Code de proc. art. 806 seq.). Sie bedürfen daher nur in einzelnen Beziehungen einer besonderen Begründung.

| §§ 761, 765. (R. B. §§ 761, 765, G. § 816, 820.)

| S. 457.

Ob es einer einstweiligen Verfügung bedarf, wird regelmäßig nur das Gericht der Hauptsache beurtheilen können. Das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der

Streitgegenstand befindet, ist daher nur in dringenden Fällen für zuständig erklärt, eine einstweilige Verfügung zu erlassen (vgl. Bayern Art. 620, nordd. Entw. § 737), und der Bestand derselben der Kognition des Gerichts der Hauptsache unterstellt, so daß das Eingreifen des Amtsgerichts nur den Zweck verfolgt, den status quo in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung aufrechtzuerhalten, bis von dem Gerichte der Hauptsache Verfügung erlassen werden kann. Dieser Auffassung entspricht es, daß das Amtsgericht eine Frist zu bestimmen hat, innerhalb welcher der Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit der einstweiligen Verfügung vor das Gericht der Hauptsache zu laden ist, und nach fruchtlosem Ablaufe der Frist auf Antrag die erlassene Verfügung aufzuheben hat.

### § 762. (R. B. § 762, G. § 817.)

Die durch eine einstweilige Verfügung abzuwendende Gefahr kann so mannigfaltig sein, daß die Mittel zur Abwehr sich im Voraus nicht bestimmen lassen. Sie können überall bis zu den äußersten Grenzen der Zwangsvollstreckung gehen; bewegliche und unbewegliche Sachen können in Verwahrung oder Verwahrung (Sequestration) genommen, dem Gegner können Handlungen geboten oder verboten, insbesondere die Veräußerung, Belastung oder Verpfändung eines Grundstücks untersagt werden. Sind zur Erhaltung des bestehenden Zustandes Handlungen oder Unterlassungen nothwendig, so können zu deren Erzwingung die zulässigen Vollstreckungsmaßregeln angewandt werden (Hannover § 523, Bayern Art. 606, 614, Württemberg Art. 847). Ist zur Vornahme einer Handlung nur der Schuldner selbst im Stande, so kann geeigneten Falles auch die Haft gegen ihn angeordnet werden.

Eine Vorschrift gleich dem Art. 641 der bayer. Proz. Ordn. erscheint entbehrlich. Nach dem Zwecke der einstweiligen Verfügungen ist es selbstverständlich, daß durch dieselben weder der Entscheidung in der Hauptsache präjudicirt noch in dem materiellen Rechte der Parteien untereinander oder in den hierdurch gegebenen Parteirollen etwas geändert wird.

## III.

### Gemeinsame Bestimmungen.

#### §§ 766, 767. (R. B. §§ 766, 767, G. §§ 821, 822.)

Die aus dem nordd. Entw. (§§ 718, 705) übernommenen Vorschriften der §§ 766, 767 gelten für den Arrest und für die einstweiligen Verfügungen. Der § 766 erklärt das Berufungsgericht als Gericht der Hauptsache, wenn diese in der Berufungsinstanz anhängig ist, damit eine abweichende Beurtheilung der Hauptsache vermieden werde. Von dem Revisionsgerichte gilt nicht dasselbe, weil dieses Gericht nicht mit der ganzen Sache befaßt ist und mit den unvermeidlichen thatsächlichen Erörterungen auch nicht befaßt werden soll.

Soweit ein Kollegialgericht eine Entscheidung zu treffen hat und die mündliche Verhandlung nicht ohne Ausnahme vorgeschrieben ist, muß für dringende Fälle eine Erleichterung der Entscheidung durch Uebertragung derselben an den Vorsitzenden gestattet werden (Hannover §§ 512, 522, Württemberg Art. 828, 846). Der gegen die Verfügung desselben stattfindende Widerspruch bringt die Sache zur Entscheidung des Gerichts.

## I Neuntes Buch.

| S. 458.

## Aufgebotsverfahren.

§§ 768—791. (R. B. §§ 768—791, G. §§ 823—850.)

Die gerichtliche Aufforderung zur Klageerhebung oder zur Geltendmachung eines Widerspruchsrechts, gerichtet wider einen bestimmten Gegner, hat der Entwurf, wie bei Begründung des § 223 dargelegt worden, als besondere Prozeßart nach Zulassung der Feststellungsklage (§§ 223, 243) für entbehrlich gehalten.

Das Institut der öffentlichen gerichtlichen Aufforderung an unbestimmte Gegner oder unbekannte Betheiligte zur Anwendung von Ansprüchen und Rechten mit präklusivischer Folge (Aufgebot) ist — gemeinrechtlich nur für einzelne Fälle anerkannt (Wehll Ed. II. S. 85 ff. 855 ff.) — durch die Partikulargesetzgebungen zu ausgedehnter Entwicklung gelangt. Dasselbe gehört vorzugsweise dem materiellen Rechte an. Das bürgerliche Recht entscheidet die wichtigen Fragen, in welchen Fällen ein Aufgebot überhaupt zulässig sei, unter welchen Voraussetzungen es stattfinden könne, wer zu seiner Ausbringung legitimirt sei, worauf die Präklusion sich zu erstrecken habe, welche Anmeldungen neben oder der Präklusion entgegenstehen und wie die letztere wirke. Dem Prozeßrechte fällt lediglich die formelle Regelung des Verfahrens zu, namentlich die Bestimmung über die Art der öffentlichen Bekanntmachung, die Erlassung und Anfechtung des Präklusionsurtheils, auch die Gerichtszuständigkeit, insoweit nicht diese bei einer großen Zahl von Aufgeboten durch deren materiellen Inhalt von vornherein gegeben ist.

Dem entsprechend hat der Entwurf in Uebereinstimmung mit anderen Legislationen — (vgl. württemb. Prozeßordn. Art. 810 und Mot. zu Art. 811 ff. des Entw., preuß. Entw. § 1300 und Mot. S. 302, 307, sächs. Entw. § 857), — ein Aufgebotsverfahren nur in den durch besondere Gesetze (Reichs- oder Landesgesetze) bestimmten Fällen für statthaft erklärt (§ 768 Abs. 1). Wo dasselbe nach bestehenden Rechtsnormen nicht zulässig ist, wird es durch die Prozeßordnung nicht eingeführt. Dagegen kann die Zivilgesetzgebung sowohl des Reichs, als der einzelnen Staaten den bestehenden Kreis der Aufgebote durch Hinzufügung neuer Fälle unbeschränkt erweitern.

Bei der übergroßen Zahl und Mannigfaltigkeit der gegenwärtig in deutschen Landen bestehenden Aufgebote ist eine auch nur annähernd vollständige Aufzählung derselben, geschweige denn eine individuelle Behandlung der einzelnen Arten (preuß. Entw. §§ 1304 ff.) unthunlich, wie schon die hannov. Konferenz anerkannte, indem sie die gesammte Lehre von den Aufgeboten der Landesgesetzgebung überließ (hannov. Entw. § 518). Sowohl die Zivilgesetzbücher, als die geltenden Partikularrechte, hauptsächlich aber eine große Anzahl von Spezialgesetzen und landesherrlich bestätigten Statuten enthalten aufgebotsähnliche Institute (vgl. Mot. 3. preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs S. 576 ff.), die sich auf einen gemeinsamen Gedanken — etwa den der Zulässigkeit eines Aufgebots „wenn der Provokant ein gegenwärtiges rechtsbegründetes Interesse hat, sich gegen unbekannte Ansprüche oder Rechte zu sichern“ (Prozeßordn. v. Hannover § 498, Oldenburg Art. 326, Baden § 684, hess. Entw. | S. 459. Art. 796), — nicht zurückführen lassen, und geben im Zusammenhange damit Prozedurvorschriften, welche bald auf das Gebiet der streitigen, bald das der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bald auf bloße Rechtsfürsorge (Rechtspolizei) hinweisen.

Der Entwurf hat deshalb grundsätzlich ebensowenig, wie die Fälle der Zulässigkeit eines Aufgebotsverfahrens, die übrigen dem Civilrechte angehörigen Momente (Voraussetzungen, Umfang, Inhalt und Wirkung des Aufgebots, bez. der Präklusion) geregelt. Von diesem Grundsatz ist nur rücksichtlich der Amortisation der Wechsel und der im Art. 301 und 302 des Handelsgesetzb. bezeichneten Urkunden abgewichen (§ 782). Für diese hat die Reichsgesetzgebung bereits die einheitliche Grundlage geschaffen, sie sind gemeinsam für amortisirbar erklärt (D. B. D. Art. 73 und A. D. H. B. Art. 305). Daß auf diesem Fundamente gemeinschaftlich fortgebaut

werde, ist bei der hohen Bedeutung jener Papiere für den Verkehr nicht nur erwünscht, sondern geradezu indiziert, weil die gedachten reichsgesetzlichen Bestimmungen an die Einleitung des Verfahrens bestimmte wichtige Folgen knüpfen. Es sind demnach für die bezeichneten Urkunden allgemein gültige und zwingende Vorschriften sowohl über die Bedingungen der Einleitung, überhaupt die materiellen Grundlagen der Amortisation (§§ 783, 785, 786, 789. Abf. 2), als auch über die Wirkungen des Verfahrens (§§ 790, 791) gegeben worden.

Was nun die eigentliche Aufgabe der Prozeßordnung, die Herstellung der formellen Prozedur, anlangt, so ist bereits erwähnt, daß eine gesonderte Regelung der bestehenden Aufgebote nach Kategorien und nach dem Vorgange der für ein minder großes Rechtsgebiet berechneten Gesetzesarbeiten nicht möglich ist. Indem der Entwurf aus der Unübersichtbarkeit der Aufgebotsgesetzgebung, selbst einzelner Staaten, insbesondere auch Preußens, ein weitergehendes Bedürfnis nach einheitlicher Behandlung entnahm, hat er im Anschlusse an den nordd. Entwurf einen gemeinsamen Rahmen für die Prozedur bei allen, überhaupt hierher zu ziehenden Aufgebotsfällen zu schaffen versucht. Unter die gegebenen Vorschriften (§§ 769—781) soll prinzipiell jede Art eines im § 768 Abf. 1 begriffenen Aufgebotsverfahrens fallen und sonach einer prozessualischen Behandlung unterliegen, gleichviel, ob dasselbe bislang in den einzelnen Rechtsgebieten der streitigen oder nicht streitigen Gerichtsbarkeit oder der Rechtspolizei angehörte. Dies gilt insbesondere auch für Todes- bezüglich Verschollenheits- Erklärungen, sowie für alle Arten der Urkundenamortisation, für welche letztere nur noch einzelne spezielle Prozedurvorschriften (§§ 787—790) nöthig wären.

Nach der im § 768 Abf. 1 gegebenen Begriffsbestimmung des „Aufgebots“ werden durch den Entwurf nicht betroffen:

- 1) alle nicht von den Gerichten zu erlassenden Aufgebote. Dahin gehören beispielsweise die von Verwaltungsbehörden im Bereiche der Bundes-Gewerbeordnung, die von den Strandämtern (vgl. Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 §§ 26 ff.), die von den Gemeinderäthen als Pfandgerichten und den Notaren in Erbtheilungsverhandlungen (Baden) erlassenen Aufforderungen u. a.;
- 2) alle Aufgebote, welche Theile eines andern, besonders geregelten gerichtlichen Verfahrens, wie des Konkurs-, des erbschaftlichen Liquidations- oder des Subhastationsverfahrens sind;
- 3) alle Aufgebote, bei denen es sich nicht um unmittelbare oder mittelbare präklusivische Nachtheile (zu den ebensowohl Rechtsverluste, als Erschwerungen der Rechtsverfolgung zu zählen sind), sondern lediglich um Herstellung einer Thatsache oder eines faktischen Zustands, oder um Verhütung des faktischen Existenzwerdens nichtiger Rechtsverhältnisse handelt.

§. 460.

Aber auch innerhalb der gezogenen Grenze ist eine gemeinsame Regelung der Prozedur mit Schwierigkeiten verknüpft. Es ist nicht zu verkennen, daß für manche der bestehenden Aufgebote die Bestimmungen der §§ 769—781 nicht passen, weil dabei ein eigentliches Ausschlußurtheil nicht in Frage kommt (vgl. z. B. preuß. Gef. v. 12. März 1869 § 4 über Erbbescheinigungen), bei anderen das bisherige Verfahren so integrirend mit dem Rechtsinstitute selbst, zu dessen Schutze es gegeben, zusammenhängt, daß eine Trennung dieses Zusammenhangs das bestehende bürgerliche Landesrecht alteriren würde (z. B. bei vielen Aufgeboten im Gebiete des Hypothekenrechts und dem in Bremen beim Verfaufe von Immobilien eintretenden Proklamationsverfahren). Die zur Abhülfe vorgeschlagenen Wege, gemeinsame Vorschriften nur für die Urkundenamortisation zu erlassen oder die auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Rechtspolizei bestehenden Aufgebote auszunehmen (Württemberg Art. 811), erschienen im Interesse möglicher Rechtseinheit nicht wünschenswerth, der letztere auch nicht ausreichend, weil eine strikte Trennung des Gebiets der Rechtspolizei und freiwilligen Gerichtsbarkeit von dem der streitigen in manchen Staaten (Preußen, Bayern u. a.) nicht gegeben ist.

Unter Festhaltung eines prinzipiell einheitlichen Verfahrens für alle Aufgebote hat der Entwurf den beregten Schwierigkeiten Rechnung getragen durch den Vorbehalt im § 8 des Einführungsgesetzes. Darnach kann die Landesgesetzgebung die Bestimmungen

des Entwurfs ausschließen oder ganz oder theilweise durch andere Vorschriften ersetzen; entzogen sind ihr jedoch:

- a) die im § 782 Abs. 1 gedachten Urkundenamortisationen,
- b) alle durch ein bestehendes oder künftig ergehendes Reichsgesetz statuirten Aufgebotsfälle.

Man ist dabei von der Voraussetzung ausgegangen, daß nur für absolut ungeeignete Prozeduren von jenem Vorbehalte werde Gebrauch gemacht werden.

### § 768. (R. V. § 768, G. § 823.)

Für das Aufgebotsverfahren hat das Gerichtsverfassungsgesetz § 12 die Amtsgerichte für zuständig erklärt. Die Landesgesetzgebung ist jedoch der Grund der Vorbehalte in § 8 des Einföhrungsgesetzes zur Civilprozeßordnung und in § 3 Abs. 3 des Einföhrungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze nicht gehindert, in anderen als in den durch ein Reichsgesetz bestimmten Fällen die Zuständigkeit nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Normen zu regeln, also z. B. das Aufgebotsverfahren an die Landgerichte zu verweisen. Einen weiteren Vorbehalt für die Landesgesetzgebung enthält das Gerichtsverfassungsgesetz § 84.

### § 769. (R. V. § 769, G. § 824.)

Die Einleitung des Aufgebotsverfahrens soll nur auf Antrag (anders z. B. preuß. Gef. v. 12. März 1869 über Erbbescheinigungen § 3) und erst nach Prüfung der Zulässigkeit durch das Gericht erfolgen. Die Einleitung hat vielfach materielle Wirkungen (vgl. D. W. D. Art. 73); deshalb ist für solche Fälle ein Zulassungsbefehl des Gerichts unenbtöhrlich (nordd. Prot. V. S. 2242). Aber auch in allen sonstigen Fällen ist die Beschlußnahme des Gerichts über die Einleitung wünschenswerth (vgl. Proz. Ordn. v. Hannover § 500, Württemberg Art. 816, preuß. Entw. § 1291). Denn ein den Antrag auf Ausschluß von Ansprüchen oder Rechten zurückweisender Beschluß kann, da es sich nicht um die Entscheidung der Streitigkeiten, sondern nur um Prüfung der einseitigen Angaben des Antragstellers handelt, vor dem Aufgebote schon eben so gut erlassen werden, als nach demselben; im Interesse des Antragstellers aber liegt es, einen solchen Beschluß vor dem Aufgebote zu erhalten. Ist die Zurückweisung nur eine bedingte, so daß die Gründe derselben durch Nachbringen mangelnder Begründung des Antrags beseitigt werden können, so ersetzt der Beschluß zur wesentlichen Erleichterung des Verfahrens einen später zu erlassenden Zwischenbescheid, so daß das Ausschlußurtheil sich unmittelbar an das Aufgebote anschließen kann. Gegen die Zurückweisung des Antrags auf Einleitung des Ediktverfahrens steht dem Provoquanten die Beschwerde (§ 506) offen (Württemberg Art. 816).

Auch der Erlaß des Aufgebots soll abweichend vom preuß. Entw. § 1293 durch das Gericht erfolgen, was dem Grundsätze der §§ 181 ff. entspricht.

Für den Inhalt des Aufgebots sind die konkreten Verhältnisse bezw. das Interesse des Provoquanten im einzelnen Falle maßgebend. Der Abs. 2 des § 769 föhrt deshalb nur diejenigen Requisite auf, welche niemals werden fehlen dürfen. Die Androhung bestimmter Rechtsnachtheile (Nr. 3) hat hier eine andere Bedeutung als bei der Ladung im ordentlichen Prozeßverfahren (§ 202). Während sie bei dieser nur den Inhalt des Gesetzes wiederholen würde, enthält sie hier eine Begrenzung des Zulassungsbefchlusses und ist deshalb für das diesen Beschluß darstellende Aufgebote unerläßlich (Hannover § 500, Württemberg Art. 816, Oldenburg Art. 328 § 2, preuß. Entw. § 1292, nordd. Entw. § 1128, sächs. Entw. § 861). Weicht der Beschluß in diesem Punkte von dem Antrage ab, so wird ohne Zustimmung des Antragstellers das Aufgebote nicht erlassen werden können, da das beschränkere Aufgebote etwas Anderes ist, als das beantragte. Ebendeshalb kann aber auch die Aufnahme des Antrags selbst in das Proklama (nordd. Entw. § 1128) entbehrt werden, weil sich der Inhalt desselben in der Androhung wiederfindet.

Die Bestimmung eines Aufgebotsstermins (Nr. 4) als Ende der Anmeldefrist (Nr. 2) und als Termin zur Verhandlung über den Antrag auf Erlaß des Ausschlußurtheils (§ 774) (vgl. preuß. Subhaftationsordn. v. 15. März 1869 §§ 13, 84) gewährt

den doppelten Vortheil, daß das Urtheil sich der Regel nach an den Ablauf der Frist unmittelbar anschließt, also nicht erst eine nachträgliche Zulassung der nach Ablauf einer besonderen Aufgebotsfrist angemeldeten Ansprüche nöthig wird (nordd. Entw. §§ 1128, 1133), und daß der Termin sowohl im Falle eines erhobenen Widerspruches wie ohne solchen Gelegenheit zur leichtesten Erledigung von Streitigkeiten oder sonstigen Anständen bietet.

§§ 770, 771. (R. B. §§ 770, 771, G. §§ 825, 826.)

Die nach den geltenden Rechten etwa erforderliche besondere Mittheilung des Aufgebots an bekannte Interessenten wird ebenso wie der Einfluß des Aufgebots auf solche Interessenten überhaupt durch die gegebenen Vorschriften nicht betroffen.

Die weiteren Bestimmungen sichern nur die gleichmäßige Behandlung für den Fall, daß die Spezialgesetze dem richterlichen Ermessen freien Raum lassen. Ein weiteres Bedürfniß zur einheitlichen Regelung der Form des Aufgebots ist nicht anzuerkennen. Zur Erleichterung der Formen der Bekanntmachung dient es, daß die vorzeitige Entfernung des angehefteten Aufgebots und die Nichteinhaltung der Zwischenfristen bei wiederholter Bekanntmachung in öffentlichen Blättern der Gültigkeit nicht schadet (preuß. Entw. § 1299, preuß. Subh. Ordn. v. 15. März 1869 § 39, nordd. Entw. § 1138, sächs. Entw. § 863).

§ 772. (R. B. § 772, G. § 827.)

Die Bestimmung der Minimalfrist zur Anmeldung auf sechs Wochen (sächs. Entw. § 862) dient gleichfalls nur zur Ergänzung der geltenden Rechte im Sinne gleichmäßiger Behandlung.

§ 773. (R. B. § 773, G. § 828.)

Wenn das Ausschlußurtheil in dem Aufgebotsstermine noch nicht erlassen werden kann (§§ 271, 779), so kommt die Zulässigkeit einer nach dem Schlusse jenes Termins etwa erfolgenden Anmeldung in Frage. Das Urtheil richtet sich wesentlich gegen Ausbleibende. Wann die angedrohten Folgen des Ausbleibens eintreten, bestimmt sich daher nach den generellen Grundsätzen über die Verfümmung im ordentlichen Verfahren (§ 202), und diesen entspricht es, jede Anmeldung, welche vor Erlaß des Ausschlußurtheils erfolgt, als rechtzeitig anzusehen, weil bis dahin die Verhandlung über den Antrag auf Erlaß desselben nicht als geschlossen gelten kann. Abgesehen hiervon ist die Vorschrift des § 773 auch durch die Billigkeit geboten, sobald gegen das Ausschlußurtheil weder Einspruch noch Rechtsmittel gegeben werden (§ 779) (Hannover § 502, preuß. Entw. § 1297, nordd. Entw. § 1133).

§§ 774, 776, 777. (R. B. §§ 774, 776, 777, G. §§ 829, 831, 832.)

Das Verfahren im Aufgebotsstermine richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen und endet, wenn der Ausschluß nicht angemeldeter Ansprüche erfolgt, durch Urtheil. Zur Vorbereitung für die zu erlassende Entscheidung sind Zwischenbescheide auf Beweis resp. neue Ermittlungen nicht ausgeschlossen. Sie können sowohl die Formalien des Verfahrens als die materiellen Voraussetzungen desselben betreffen. Doch fällt die Frage, welche Beweise für diese letzteren zu erfordern sind, ebenso wie die Bestimmung der Voraussetzungen selbst den Spezialgesetzen anheim. Mit Rücksicht auf die dem Entwurf zu Grunde liegende Beweislehre konnte es sich nicht empfehlen, für alle Fälle eidliche Versicherungen des Antragstellers vorzuschreiben oder für genügend zu erklären; es reichte aus, die Befugniß, eidliche Bekräftigung einer jeden Behauptung des Antragstellers zu fordern, dem Gerichte zu mahnen (vgl. preuß. Entw. § 1295 und Motive S. 305, nordd. Prot. V. S. 2243, 2244).

Das Ausschlußurtheil ergeht nur auf den in dem Termine zu stellenden Antrag (§ 286), (preuß. Entw. § 1293, nordd. Entw. § 1134). Für eine reine Officialthätigkeit des Gerichts ist auch hier kein zwingender Grund vorhanden. Schon den gegenwärtig bestehenden Aufgebotsprozeduren lag in der Regel ein Parteiantrag zum Grunde.

Wo dies nicht der Fall (wie beispielsweise in Preußen beim Aufgebote gefundener Sachen und in Bayern beim Aufrufe veralteter Einträge im Hypothekenbuche), war doch eine antragsähnliche Anregung zum Aufgebote gegeben.

Wenn der Antragsteller im Termine nicht erscheint, so ist in Ermangelung eines Antrags über den Ausschluß nicht angemeldeter Ansprüche überhaupt nicht zu entscheiden (preuß. Einf. Ges. zur D. W. O. vom 15. Februar 1850 § 2, [hannov. | S. 463. |  
 Proj. Ordn. § 502). Der Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins soll jedoch nur innerhalb sechs Monaten zulässig sein (später ist der Antrag auf neues Aufgebot zu richten), damit nicht das Ausschlußurtheil unter vielleicht ganz veränderten Umständen erlassen wird. Wenn in diesem oder in einem anderen Falle ein neuer Termin anberaumt wird, so bedarf es keiner öffentlichen Bekanntmachung desselben, weil diese nur für das Aufgebot Geltung hat.

Die Verfassung des Ausschlußurtheils erfolgt durch Beschluß. Gegen diesen ist, entsprechend der die Verfassung des Versäumnisurtheils betreffenden Vorschrift (§ 291), die sofortige Beschwerde (preuß. Entw. § 1294, nordd. Prot. V. S. 2243), das geeignete Rechtsmittel (vgl. § 516), um so mehr, als die unter Umständen mit der Einleitung des Verfahrens verknüpften materiellen Wirkungen ohne die Nothwendigkeit sofortiger Beschwerde in's Ungewisse fortbestehen bleiben würden. Sie findet auch dann Anwendung, wenn gegen den Antrag einzelne Ansprüche vorbehalten oder sonstige Beschränkungen der Präklusion beigefügt werden, da solche häufig die ganze Wirkung der Letzteren für den Antragsteller illusorisch zu machen geeignet, also einer partiellen Zurückweisung des Antrags gleichzustellen sind. Auch zur Beseitigung der dem Ausschlußurtheil zu Gunsten Dritter beigefügten Vorbehalte von Rechten zc. empfiehlt sich die Beschwerde als die praktisch geeignetste Abhilfe, indem die Verweisung des Extrahenten auf den Weg des selbstständigen Prozesses gegen den Dritten (wie bisher in Preußen) zwar theoretisch richtiger, in vielen Fällen jedoch nur unter künstlicher Schaffung von Prozeßgegnern, Kuratoren u. s. w. durchführbar ist.

#### § 775. (R. B. § 775, G. § 830.)

Die Ansprüche, zu deren Anmeldung das Aufgebot auffordert, können der Art sein, daß sie weder die Befugniß des Antragstellers, das Aufgebot zu beantragen, noch das von ihm behauptete Recht, welches durch das Aufgebot gegen Angriffe geschützt werden soll, in Frage stellen; solche Anmeldungen haben nur zur Folge, daß die Ansprüche von dem im Uebrigen auszusprechenden Eintritt der mit Recht angedrohten Rechtsnachtheile auszunehmen sind, wie dies regelmäßig der Fall sein wird, wenn Rechte angemeldet werden, die nicht soweit reichen, als das von dem Antragsteller verfolgte Recht (z. B. bei dem Aufgebote eines Grundstücks werden jura in re aliena angemeldet). In anderen Fällen wird die Anmeldung genügen, um das ganze Verfahren als erledigt anzusehen (z. B. wenn der Verschollene, dessen Todeserklärung beantragt ist, sich meldet oder die zu amortisirende Urkunde vorgelegt wird).

Die Anmeldungen können auch einen Widerspruch gegen das Verfahren auf Grund solcher Umstände enthalten, welche schon bei Erlaß des Aufgebots zu berücksichtigen gewesen wären; stellt sich darnach der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurtheils schon äußerlich, und ohne daß es der Entscheidung eines Streits bedarf, als unbegründet dar, so ist derselbe unbedenklich durch Beschluß zurückzuweisen, da es sich nicht bloß um den Widerspruch des Anmeldenden, sondern auch um die Zulässigkeit des Ausschlußurtheils gegen alle übrigen Beteiligten handelt.

Zwischen diesen Fällen liegen diejenigen, bei welchen durch die Anmeldung das von dem Antragsteller zur Begründung des Antrags behauptete Recht bestritten wird. Für diesen Streit ist die Entscheidung nicht in dem Aufgebotsverfahren zu suchen, welches keine andere Bestimmung hat, als die Feststellung | der gesetzlichen Rechts- | S. 464.  
 nachtheile gegen alle diejenigen, welche sich nicht melden. Ob aber das angemeldete Recht unter Erlaß eines Ausschlußurtheils gegen alle übrigen Beteiligten vorzuhalten oder das Aufgebotsverfahren bis zur Entscheidung über das angemeldete Recht in einem besonderen, von einem der beiden Theile einzuleitenden Verfahren anzusehen sei, das muß nach Lage des Falles bestimmt werden; weitere allgemeine

Regeln sind darüber nicht aufzustellen (vgl. Braunschweig § 280, preuß. Entw. § 1296 und Mot. S. 305, nordd. Entw. § 1136 und Prot. V. S. 2245, 2246). Die Kompetenz des Aufgebotsgerichts auch auf diejenigen Klagen auszudehnen, mittelst deren vorbehaltene Rechte oder ein die Erlassung des Präklusivurtheils hindernder Widerspruch zum Austrage gebracht werden (nordd. Entw. § 1141), dafür fehlt es an hinreichenden Gründen (preuß. Entw. § 1298, Mot. 3. württemb. Entw. Art. 820).

§§ 779, 780. (R. B. §§ 779, 780, G. §§ 834, 835.)

Das Ausschlußurtheil erlangt mit der Verkündung auch die Rechtskraft; gegen dasselbe ist weder der Einspruch noch ein Rechtsmittel statthaft. Aus der Eigenschaft der Präklusoria als eines auf Versäumniß ergehenden Urtheils folgt nichts für die Zulässigkeit des Einspruchs; denn neben dieser seiner Bedeutung hat das Ausschlußurtheil den positiven Charakter einer wirklichen, nach stattgefundener Verhandlung ergehenden Entscheidung, durch welche Rechte aufgehoben und neue begründet werden. Dies zeigt sich namentlich bei der Amortisation von Urkunden mit der Wirkung, daß an Stelle derselben neue Urkunden auszufertigen sind (nordd. Prot. V. S. 2245). In Wirklichkeit wäre die Zulassung des Einspruchs (preuß. A. G. D. I. 51. § 106, hannov. Prozeßordn. § 502) auch nichts weiter als eine Verlängerung der Aufgebotsfrist.

Zur Anfechtung des Ausschlußurtheils Rechtsmittel zuzulassen, muß schon deshalb bedenklich sein, weil in der ersten Instanz zwei Parteien nicht vorhanden gewesen sind, der Rechtsstreit als solcher also in zweiter Instanz beginnen und die erste Instanz den Betheiligten entzogen werden würde. In Betreff der Rechtsmittel würde außerdem jeder Anhalt für den festen Beginn der Rechtsmittelfrist fehlen; denn die Zustellung des Urtheils an unbekannte Betheiligte ist unmöglich, und die Annahme eines formellen Ersatzes der Zustellung wie die öffentliche Bekanntmachung des Urtheils (hannov. Prozeßordn. § 502) oder der Aushang an der Gerichtsstelle (preuß. Verordn. v. 5. Mai 1838 § 3, Verordn. v. 16. Juni 1819 § 12) würde die Rechte der Betheiligten, welche das Urtheil erst nach wirklich erlangter Kenntniß von demselben anfechten können, schwer gefährden.

Die Anfechtung soll deshalb nur im Wege der Klage erfolgen (Prozeßordn. v. Württemberg Art. 819, Braunschw. § 282, preuß. Entw. § 1300, nordd. Entw. § 1139). Aber auch diese kann nur in beschränktem Maße zugelassen werden, wenn nicht der Werth des für gewisse Verhältnisse unentbehrlichen Präklusivverfahrens in bedenklicher Weise vermindert werden soll. Denn das Aufgebotsverfahren will unklare, schwierige Verhältnisse lösen durch Erreichung eines formalen Resultats, zu welchem Ende die dem Aufgebotsrichter nachgewiesene Wahrscheinlichkeit mit fruchtlosem Ablaufe der Anmeldefrist zur Gewißheit erhoben wird. Demnach ist von vornherein durch die Idee des Aufgebots jede Nachprüfung des bereits dem Aufgebotsrichter vorgelegenen Materials und seiner Erwägungen (sowohl in Betreff des von dem Extrahenten Behaupteten, als in probatorio) ausgeschlossen. Auf den

| S. 465. Irrthum des Aufgebotsrichters kann die Anfechtung nicht gegründet werden, auch dann nicht, wenn sich ein von ihm als wahrscheinlich, bezw. gewiß angenommener Umstand (z. B. die Vernichtung eines Papiers) ex post als nicht vorhanden ausweist und zwar auf Grund eines außerhalb der Erwägungen des Aufgebotsrichters gelegenen Faktums (z. B. daß sich die Amortisationsurkunde hinterher im Besitze des Extrahenten wiederfindet). In solchen Fällen trägt das Ausschlußurtheil in sich keine Nullität; es muß ebenso, wie die auf Grund desselben neu gefertigte Urkunde aufrecht erhalten und der Geschädigte auf den Weg der Schadens- resp. Bereicherungsklage verwiesen bleiben. Die Zulassung der Anfechtungsklage ist daher auf die in § 779 Abs. 2 aufgeführten Fälle beschränkt (vgl. preuß. Entw. § 1300 und Mot. S. 306, nordd. Entw. § 1139).

Neben der Nichtberücksichtigung eines angemeldeten Anspruchs (Nr. 5) kann nur der Mangel eines die Zulässigkeit des Verfahrens begründenden Gesetzes (Nr. 1), nicht aber ein Fehler in der Würdigung der das Verfahren begründenden Thatfachen gerügt werden. Von Verstößen bei der Prozedur können nur die Unterlassung der öffentlichen Bekanntmachung oder einer vorgeschriebenen Art derselben (Nr. 2), wozu auch die etwa erforderliche besondere Benachrichtigung bekannter Interessenten gehört, und die Verkürzung der Aufgebotsfrist (Nr. 3) erheblich genug sein, um die

Anfechtung zu begründen; rüchftlich der Frist ist jedoch hier keine Ausnahme für geringe Verstöße (preuß. Subhast. Ordn. §§ 39, 85) gemacht, da eine solche Ausnahme nichts Anderes, als eine gesetzliche Abkürzung der Frist in dem zugelassenen Maße sein würde, über welche die Bestimmungen der Spezialgesetze in Geltung bleiben (§ 772) (nordd. Prot. V. S. 2247, 2248). Die übrigen zugelassenen Gründe der Anfechtung entsprechen durchgehends den Gründen für die Wiederaufnahme des Verfahrens, soweit dieselben hier überhaupt anwendbar sind (§§ 518 Nr. 1, 519 Nr. 1—5).

Den für die Wiederaufnahmeklage gegebenen Vorschriften (§ 525) sind auch die Vorschriften über die Nothfrist nachgebildet, innerhalb deren die Anfechtungsklage erhoben werden muß. Eine solche Frist ist erforderlich, weil die der Zeit nach unbeschränkte Zulassung die Grenzen der Billigkeit gegen den Anfechtungskläger, welcher von seinem Rechte Gebrauch machen kann, zum Nachtheile des Gegners erheblich überschreiten würde. Der unbestimmte Anfangstermin der Frist kann in den Fällen Nr. 4, 6 wie bei der Wiederaufnahmeklage erst auf den Zeitpunkt der erlangten Kenntniß von dem Anfechtungsgrunde und in allen Fällen nur auf den der Kenntniß von dem Urtheile festgesetzt werden. Letzteres genügt in den Fällen Nr. 1, 2, 3, 5, weil, nachdem das Urtheil die Veranlassung zur Klage gegeben hat, die Gründe der Anfechtung sofort ermittelt werden können. Die Frist in den Fällen der §§ 778 und 790 Abs. 2 vom Tage der Ausgabe der betreffenden Nummer des Reichs-Centralblatts unter der Fiktion zu bemessen, daß mit diesem Zeitpunkte die Kenntniß von dem Urtheile erlangt sei, wäre in Wahrheit nichts, als ein Zurückkommen auf eine kurze Rechtsmittelfrist und dürfte in unerwünschter Weise die Landesgesetze veranlassen, eine erhebliche Anzahl von Aufgeboten der einheitlichen Grundlage der §§ 768 ff. zu entziehen.

Die der Wiederaufnahmeklage gestellte äußerste Grenze von 10 Jahren (§ 525 Abs. 2) empfiehlt sich auch für die Fälle der Anfechtungsklage (anstatt der gewöhnlichen Verjährungsfrist der würtemb. Proz. Ordn. Art. 819 und des preuß. Entw. § 1300), damit das wesentlich auf der Beobachtung von Formen beruhende Resultat des Verfahrens zu endgültigem Abschlusse kommen kann (nordd. Entw. § 1140 und Prot. V. S. 2248, 2249). §. 466.

Die Anfechtung hat die Aufhebung des Urtheils nur insoweit, als dasselbe den Kläger berührt, zur Folge. Welchen Einfluß diese Aufhebung auf die den Ausschluß des Klägers voraussetzenden Rechte Dritter hat, ist nach den Umständen des materiellen Rechts zu bestimmen.

### § 781. (R. B. § 781, G. § 836.)

Zum Zwecke der gleichmäßigen Behandlung und der Kostenersparung ist die Verbindung mehrerer Aufgebote zu einem Verfahren in die Fakultät des Gerichts gestellt, auch wenn die Voraussetzungen des § 132 nicht vorliegen (preuß. Entw. § 1303, sächf. Entw. § 863, nordd. Entw. § 1143).

### § 782. (R. B. § 782, G. § 837.)

Die Bestimmungen der §§ 783 ff., welche sich durch die allgemein gültigen Vorschriften der vorhergehenden §§ 768—781 zu einem Ganzen vervollständigen, behandeln die Urkundenamortisation und sind hinsichtlich ihrer Anwendung für die Amortisation der im § 782 Abs. 1 gedachten Urkunden durchaus zwingend, während sie rüchftlich aller anderen Urkunden nur subsidiäre Anwendung leiden (§ 782 Abs. 2), auch der Abänderung durch die Landesgesetzgebung (Einführungsges. § 8) unterliegen.

Entsprechend dem Grundsatz des § 768 Abs. 1 führt der Entwurf auch die Amortisation da, wo sie nicht durch Reichs- oder Landesgesetz bereits zugelassen ist, nicht ein und enthält sich aus diesem Grunde beispielsweise jeder Bestimmung über die Amortisationsfähigkeit der Namens- und Inhaberaktien (A. D. H. B. Art. 182 und 207).

Reichsgesetzlich ist die Amortisation anerkannt für Wechsel (D. W. D. Art. 73), für die im Art. 301 A. D. H. B. bezeichneten, den Wechseln ausdrücklich gleichgestellten Urkunden, im Prinzip aber auch für die im Art. 302 A. D. H. B. bezeichneten

Papiere (Art. 305 Abs. 2.) Denn diese Bedeutung hat der von der nürnbergger Konferenz beschlossene Zusatz:

„die Amortisation der im Art. 302 bezeichneten Papiere richtet sich nach den Landesgesetzen“ (Art. 305 Abs. 2 i. f.); die völlige Gleichstellung derselben mit Wechseln und den im Art. 301 gedachten Urkunden wurde nur deshalb für unthunlich erachtet, weil für die Amortisation eines großen Theils der betreffenden Urkunden die Bestimmung des Art. 73 der D. W. D. nicht passen würde, indem unter Anderem nicht das Gericht des Zahlungsorts, bezw. Erfüllungsorts das zuständige sein könnte, z. B. bei Konnossementen und Bodmereibriefen (vgl. Prot. der Kommiss. zur Berathung eines allgem. deutschen Handelsgesetz. IX. S. 5073, 5074.). Dieses Bedenken, über welches sich bereits der § 35 des mecklenb.-schwer. Einführungsgef. zum A. D. G. B. vom 28. Dezember 1863 hinweggesetzt hat, ist für den Entwurf weggefallen, weil nach den über die Wechselordnung hinausgehenden Vorschriften des § 784 die Zuständigkeit des Aufgebotsgerichts sich fernerhin nicht mehr ausschließlich nach dem Erfüllungsorte bestimmen soll. Da im Uebrigen die im Art. 302 cit. erwähnten Papiere für eine gleichmäßige Behandlung mit indoffablen Anweisungen, Verpflichtungsscheinen und Wechseln keinerlei Schwierigkeiten bieten, so sind alle diese Kategorien den gleichen Bestimmungen unterworfen worden (§ 781 Abs. 1), [vgl. preuß. Entw. eines Handelsgesetz. Art. 1039, sächs. Entw. § 883].

| S. 467.

Die besonderen Vorschriften der §§ 783 ff. dienen neben ihrer prinzipialen Bedeutung für die Urkunden des § 782 Abs. 1, zugleich als passende Ergänzung für alle die Amortisation anderer Urkunden betreffenden Spezialgesetze; sie berücksichtigen deshalb auch solche Verhältnisse, welche bei Wechseln und den erwähnten anderen Handelspapieren nicht vorkommen (§ 789). Sie schließen sich im Allgemeinen an die Vorschriften der D. W. D. Art. 73 und der preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819, betr. das Verfahren Behufs Amortisation verlorener Staatsschuldsscheine zc. an, welche letzteren bereits in den Anleihegesetzen des nordd. Bundes (v. 9. November 1867 § 6, v. 21. Juli 1870 § 3) und des Deutschen Reichs (v. 26. April 1871 § 2) Aufnahme gefunden haben.

### § 783. (R. B. § 783, G. § 838.)

Die Legitimation zu dem Antrage auf Amortisation ist von der Befugniß, „das Recht aus der Urkunde (wenn sie vorhanden wäre) geltend zu machen“ nicht zu trennen.

Dieser allgemeine Ausdruck (vgl. österr. Entw. § 567, nordd. Entw. § 1145) mußte gewählt werden, weil Urkunden mit in Frage kommen, welche nicht Forderungen, sondern Miteigentumsrechte begründen. Der Ausdruck umfaßt zugleich alle die Fälle, in denen z. B. wegen erfolgter Verpfändung mehrere aus einer Urkunde verschiedentlich Berechtigte konkurriren.

Bei Papieren, welche auf den Inhaber lauten, und bei indoffablen mit Blanks-Indossament versehenen Papieren ist der Inhaber zur Geltendmachung des Rechts aus der Urkunde legitimirt, folglich der letzte Inhaber zu dem Antrage berechtigt (preuß. Entw. § 1318). Soweit eine Schuldurkunde nach ihrer Rückgabe an den Schuldner und nach Befriedigung des Gläubigers noch von Bedeutung ist, passen die Bestimmungen auch auf den Schuldner (Württemberg Art. 814 und der Ber. der Justiz-Kommiss. der Abgeordn. Kam. zu Art. 815 S. 233).

### § 784. (R. B. § 784, G. § 839.)

Der Vorschrift der D. W. D. Art. 73 entsprechend, wird die Zuständigkeit für das Aufgebotsverfahren durch den in der Urkunde bezeichneten Erfüllungsort bestimmt. Enthält die Urkunde die Bezeichnung eines Erfüllungsorts nicht, so darf als Regel angenommen werden, daß an dem Orte erfüllt werden soll, an welchem der Schuldner seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen, seinen Aufenthalt hat oder zur Zeit der Ausstellung der Urkunde hatte. Es ist daher nur eine konsequente Entwicklung des der Kompetenzvorschrift der D. W. D. Art. 73 zu Grunde liegenden Gedankens, wenn im Anschlusse an den nordd. Entw. § 1147 für den Fall, daß die

Urkunde den Ort der Erfüllung nicht bezeichnet, die Zuständigkeit durch den allgemeinen Gerichtsstand des Ausstellers zur Zeit des Aufgebots und in Ermangelung eines solchen durch den allgemeinen Gerichtsstand desselben zur Zeit der Ausstellung der Urkunde normirt wird.

Die in der preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 § 5 und in dem Bundesgef. v. 9. November 1867 § 6 geregelte Zuständigkeit des Stadtgerichts zu Berlin entspricht den vorstehend geltend gemachten Rücksichten.

Die Vorschrift, daß der Antrag auf Einleitung des Amortisationsverfahrens erst zulässig sei, nachdem der Proponent selbst vergeblich den Verlust der Urkunde durch das Reichs-Centralblatt öffentlich bekannt gemacht (preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs Art. 1033, preuß. Entw. § 1319, nordd. Entw. § 1146) hat der Entwurf als zu lästig fallen lassen. Die damit verbundene Verzögerung kann unter Umständen | S. 468. wesentliche Nachtheile für den Extrahenten mit sich führen; insbesondere wird dadurch das Recht auf Deposition (D. W. D. Art. 73) ohne wesentlichen Nutzen hinausgeschoben.

Die in der preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 § 6, Bundesgef. v. 9. November 1867 § 6, Reichsgef. v. 21. Juli 1870 § 3 angeordnete Bekanntmachung der Kontrolle der Staatspapiere von dem ihr angezeigten Verluste hat noch eine andere Bedeutung. Diese Bekanntmachung veranlaßt den Besitzer des angeblich verlorenen Papiers, sich bei der Behörde, von welcher dieselbe ausgeht, zu melden und da sowohl die Zulassung des Aufgebots, als die Amortisation von der Beibringung eines Attestes dieser Behörde, es sei ihr nicht bekannt geworden, daß das Papier zum Vorschein gekommen, abhängig gemacht ist, so liegt in der ersten Bekanntmachung bereits ein den Besitzer schützendes Aufgebod. Gerade dieser Charakter der Bekanntmachung, welcher das gerichtliche Aufgebot nur zu einer Wiederholung macht, läßt dieselbe als entbehrlich erscheinen.

#### §§ 788, 789. (R. B. §§ 788, 789, G. §§ 846, 847, 843.)

Die Bestimmung der Aufgebotsfrist auf 6 Monate schließt sich an die Bestimmung in § 2 des preuß. Einführ. Ges. zur D. W. D. v. 15. Febr. 1850 an (vgl. sächs. Entw. § 886, nordd. Entw. § 1149).

Im Interesse des unbekanntem Inhabers der Urkunde ist die Frist erst von dem in einer Schuldurkunde etwa bestimmten Verfalltage (sächs. Entw. § 886) an zu berechnen und jedenfalls so zu bestimmen, daß in dieselbe der Tag fällt, an welchem die Urkunde zur Ausgabe neuer Zins- oder Gewinnantheilscheine vorzulegen war. Daß die Urkunde hierzu nicht vorgelegt ist, muß vor dem Ausschlußurtheile nachgewiesen werden.

Wenn daraus eine erhebliche Verzögerung und dem Verlierer ein pekuniärer Nachtheil erwachsen kann, so ist doch nur auf diesem Wege für den dritten redlichen Besitzer eines solchen Papiers die bei der heutigen Ausdehnung des Börsenverkehrs nöthige Garantie zu schaffen, daß sein Papier nicht auf irgend eines Dritten Antrag ohne sein Wissen amortisirt wird. Zugleich läßt sich nur so die Wahrscheinlichkeit feststellen, daß das Papier wirklich vernichtet bezw. untergegangen ist (vgl. Motive z. preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs S. 582 bis 584, preuß. Verordn. v. 16. Juni 1819 §§ 11, 7, 8, Kab.-Ordre v. 3. Mai 1828 § 1, Bundesgef. v. 9. November 1867 § 6, Reichsgef. v. 21. Juli 1870 § 3, preuß. Entw. §§ 1322, 1326, nordd. Entw. §§ 1149, 1152). Da, wo nach Landesgesetzen die ausgegebenen Zins- und Gewinnantheilscheine ebenfalls amortisirt werden, — was in Preußen nicht der Fall (Verordn. v. 16. Juni 1819 § 13 und Kab.-Ordre v. 18. September 1822) — entspricht die Vorschrift des § 789 nur dem bereits im Abs. 2 des § 788 ausgedrückten Grundsatz, daß die Schuldurkunde nicht vor Eintritt des Verfalls amortisirt werden kann.

#### §§ 786, 790, 791. (R. B. §§ 786, 790, 791, G. §§ 841, 848, 850.)

Die Wirkung des Verfahrens beschränkt sich darauf, daß die Urkunde für kraftlos erklärt und der Antragsteller dem Verpflichteten gegenüber berechtigt wird, die Rechte aus der Urkunde geltend zu machen (nordd. Entw. §§ 1153, 1154). Im

Uebrigen wird das Rechtsverhältniß zwischen dem Antragsteller und einem Dritten, welcher ein besseres Recht auf die Urkunde hat, nicht berührt. Es liegt kein Bedürfniß vor, in dieser Richtung eine weiter gehende Wirkung (preuß. Entw. | S. 469. § 1327: Ausschluß des unbefannten Inhabers der Urkunde und aller unbekanntten Berechtigten mit ihren Rechten) eintreten zu lassen; denn auch ohne dieselbe wird der Verlust der Urkunde, welcher die einzige Veranlassung des Verfahrens ist, der Art aufgehoben, daß der Antragsteller thatsächlich über die Urkunde wie vor dem Verluste verfügen kann. Den Verlust gänzlich ungehehen zu machen, wird durch die Bedeutung des Besitzes der Urkunde durch den Dritten ausgeschlossen. Hatte ein Dritter Rechte an der Urkunde, ohne dieselbe zu besitzen, so sind dieselben überhaupt weder durch den Verlust der Urkunde Seitens des Inhabers noch durch das Aufgebot berührt.

Diesen Wirkungen entspricht die in das Aufgebot aufzunehmende Androhung (§ 786), daß die Kraftloserklärung der Urkunde erfolgen werde (Proz. Ordn. von Württemb. Art. 816, Hannov. § 501, Oldenb. Art. 326, nordd. Entw. § 1151, hess. Entw. Art. 804, sächs. Entw. § 885, österr. Entw. § 568). Die als Folge eintretende Berechtigung, alle Rechte aus der Urkunde gegenüber dem Verpflichteten geltend zu machen, ist in der Androhung nicht zu erwähnen, weil überhaupt rücksichtlich der Legitimation gegenüber dem Verpflichteten in dem bereits erörterten Sinne trotz der Bestimmung des § 791 kein Ausschluß erfolgt. Ob auf Grund der Kraftloserklärung die Ausfertigung einer neuen Urkunde statthaft ist, hängt von dem Verhältnisse des Berechtigten zu dem Verpflichteten ab und ist in der Prozeßordnung nicht zu bestimmen.

Obenso ist in dem Aufgebote nur der Inhaber der Urkunde aufzufordern, seine Rechte anzumelden, und die Urkunde vorzulegen (§ 786). Es wird dadurch aber nicht ausgeschlossen, daß ein Dritter mit einem besseren Rechte an der auch für ihn verlorenen Urkunde die Legitimation des Ausstellers bestreiten kann. Geschieht dies oder erkennt der Antragsteller eine in Folge des Aufgebots vorgelegte Urkunde als die aufgebotene nicht an, so liegt der im § 775 vorgesehene Fall vor, daß der Streit im besonderen Verfahren zum Austrage zu bringen ist. Im Uebrigen wird das Aufgebotsverfahren durch Vorlegung der Urkunde erledigt.

#### §§ 778, 790. (R. V. §§ 778, 790, G. §§ 833, 848.)

Die Veröffentlichung des Ausschlußurtheils ist im Allgemeinen in die Fakultät des Gerichts gestellt (§ 778) und nur für das Amortisationsurtheil obligatorisch vorgeschrieben (§ 790, Abs. 2). Im Gebiete der Urkunden-Amortisation nämlich ist die Veröffentlichung, daß und wohin das Präklusionsurtheil ergangen, von unschätzbarem Werthe sowohl für den Verlierer der Urkunde, als für Dritte, die ohne jene die Urkunde in gutem Glauben erwerben möchten (Braunsch. § 281). Das Gleiche gilt von dem auf die Anfechtungsklage ergehenden Urtheil, insofern dasselbe eine geschehene Amortisation aufhebt (§ 790 Abs. 3). In allen Fällen, wo die mortifizierte Urkunde noch existirt, würde sie ungeachtet des die Amortisation beseitigenden Erkenntnisses allen Verkehrswertes beraubt sein, wenn nur die Amortisation, nicht aber deren Wiederbeseitigung veröffentlicht würde.

Bei der wachsenden Höhe der Insertionskosten ist es, um Unbilligkeiten durch Häufung von Kosten zu vermeiden, zweckmäßig und auch genügend, daß der wesentliche Inhalt des ergangenen Urtheils zur öffentlichen Kenntniß gebracht wird. Nähere Bestimmungen über den Umfang der Publikation lassen sich nicht geben. Die Umstände müssen entscheiden, ob mehr als der Tenor oder weniger bekannt zu machen ist, auch ob die Veröffentlichung vielleicht periodisch unter Anwendung der Tabellenform geschehen kann.

Was die Zahl und den Ort der Bekanntmachung angeht, so genügt einmalige | S. 470. | Insertion, wenn durch die Vorschrift, daß nur das Reichs-Centralblatt zu benutzen, dafür gesorgt ist, daß Jedermann die Möglichkeit der Kenntnißnahme an einem bestimmten Orte hat.

Eine Bestimmung wegen der Kosten des Aufgebotsverfahrens (Proz. Ordn. v. Württemb. Art. 818, preuß. Entw. § 1301, österr. Entw. § 624, nordd. Entw. § 1142) hat der Entwurf nicht aufgenommen, weil es sich dabei wesentlich nur um das in der Prozeßordnung nicht berührte Verhältniß des Fiskus zu dem

Ertrahenten des Verfahrens handeln könnte, und soweit die Erfüllungsverbindlichkeit eines Gegners in Frage kommt, die allgemeinen Grundsätze (§§ 85 ff.) genügen.

## Zehntes Buch.

### Schiedsrichterliches Verfahren.

§§ 792—813. (R. V. §§ 792—813, G. §§ 851—872.)

Die Ansichten über den Werth der Schiedsgerichte sind sehr getheilt. Es kann den Gegnern derselben zugegeben werden, daß die Mängel des bisherigen Civilprozeßverfahrens das Bedürfniß, Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, hervorrufen müssen, daß aber mit der Beseitigung dieser Mängel das Bedürfniß selbst beseitigt werde, läßt sich nicht erwarten. Denn, wie die Rechtsgeschichte lehrt, hat das Bedürfniß nach schiedsrichterlicher Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten unter der Herrschaft aller bisher zur Geltung gelangten Prozeßsysteme bestanden. Es ist daher die Annahme begründet, daß es auch fortbestehen werde, nachdem die Reform des Civilprozeßrechts für das Deutsche Reich durchgeführt ist, und demgemäß die Forderung gerechtfertigt, das schiedsrichterliche Verfahren auch nach dieser Reform beizubehalten. Es kann den Gegnern ferner eingeräumt werden, daß die Schiedsgerichte vielfach den Erwartungen nicht entsprochen haben, welche man in sie gesetzt hat, allein der Grund dieser Erscheinung liegt nicht in dem schiedsrichterlichen Institute als solchem, sondern in der verfehlten Regelung, welche dem schiedsrichterlichen Verfahren in dem Rechte der einzelnen zum deutschen Reiche gehörigen Rechtsgebiete zu Theil geworden ist. „Wie ungenügend die Bestimmungen der preuß. A. G. D. I. 2. §§ 167—176, I. 30. §§ 48—56 sind, ist bekannt; die Verbesserung derselben wird allgemein als ein dringendes Bedürfniß betrachtet“: so lautet das Urtheil der Motive zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preussischen Staaten S. 587. Die Bestimmungen des Code de proc. art. 1003—1028, bemerkt der Bericht zu dem belgischen Entwurf, sind die Quelle zahlreicher Kontroversen geworden, da sie viel zu komplizirt sind und mit dem Ziele, welches erreicht werden soll, wenig in Einklang stehen. Noch ungünstiger ist die Kritik Vellot's in dem *Exposé des motifs* zum Code de Genève p. 322 seq.: | S. 471. „Toutes les dispositions de ce Code respirent en quelque sorte la haine des compromis et decèlent le desir secret d'en anéantir l'usage.“ Das gemeine Recht ist lüdenhaft und kontrovers; auch entspricht es in mannigfacher Beziehung nicht den Anforderungen der Gegenwart. Sehr eingreifende und umfassende Reformen haben daher der Code de Genève art. 335—367 und die Proz. Ordnung v. Baden §§ 1061—1087 und Bayern Art. 1319—1344 eingeführt, sowie der würtemb. Prozeßgesetzw. v. 1847 Art. 175—208, die preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs Art. 1046—1063 und einer Proz. Ordn. §§ 1361—1389, der belgische Entw. und der nordd. Entw. §§ 1155—1187 in Vorschlag gebracht. Bei allen diesen Reformen und Reformvorschlägen ist das Bestreben leitend gewesen, die Schranken zu beseitigen, welche der gedeihlichen Entfaltung des schiedsrichterlichen Instituts durch das bisher geltende Recht gezogen waren. Der Entwurf hat sich diesem Bestreben angeschlossen: er hat der Idee und dem Zwecke des schiedsrichterlichen Instituts entsprechend das Verfahren so sehr vereinfacht und so praktisch gestaltet, daß dasselbe allen berechtigten Anforderungen zu entsprechen vermag und bei richtiger Wahl der Schiedsrichter günstige Ergebnisse liefern muß.

Soll nach der gegenwärtigen Entwicklung des Verkehrs das Institut der Schiedsrichter zur vollen Wirksamkeit gelangen, so müssen Schiedsverträge und Schiedssprüche in allen deutschen Rechtsgebieten auf gleichmäßige Anerkennung rechnen können. Eine gemeinsame Regelung des schiedsrichterlichen Verfahrens war daher geboten. Sie mußte in der Prozeßordnung erfolgen, weil nur im Zusammen-

hange mit deren Bestimmungen die Voraussetzungen normirt werden können, unter denen zur Durchführung des schiedsrichterlichen Verfahrens Rechtshilfe und den Schiedsprüchen die Vollstreckbarkeit zu gewähren ist. Bei Prüfung dieser Voraussetzungen kann die Frage nach der Zulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens selbst und nach der Insechtbarkeit der Schiedsprüche nicht umgangen werden. Der Entwurf durfte sich deshalb nicht auf den Erlaß rein prozessualer Vorschriften beschränken: er mußte auch die Vorschriften über die Gültigkeit eines Schiedsvertrags und die Erfordernisse der Klage auf Aufhebung eines Schiedspruchs in seinen Bereich ziehen.

Der Entwurf regelt in den §§ 792—802 dasjenige schiedsrichterliche Verfahren, welches durch die Vereinbarung herbeigeführt wird, daß die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle. Der § 813 schreibt im Anschluß an die bayer. Proz. Ordn. Art. 1344 die analoge Anwendung dieser Bestimmungen auf Schiedsgerichte vor, welche in gesetzlich statthafter Weise durch leztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden.

Verschieden von den Schiedsrichtern — arbitri — sind die Schätzungsmänner — arbitratores — (vgl. für das gemeine Recht Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts IV. S. 428 ff. und für das preuß. Recht ebendasselbst III. S. 75, 76). Die Vorschriften des materiellen Rechts rücksichtlich der letzteren werden durch den Entwurf nicht berührt.

Die Vorschrift des

#### § 792 (R. V. § 792, G. § 851)

stimmt mit dem preuß. Entw. § 1361, dem belg. Entw. und dem nordd. Entw. § 1155 überein und rechtfertigt sich durch die Verwandtschaft, welche zwischen Vergleich und Schiedsvertrag obwaltet.

§ 472.

Streitigkeiten, über welche nach dem in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden materiellen Rechte ein Vergleich geschlossen werden darf, können Gegenstand eines Schiedsvertrags sein. Eine Aufzählung der Fälle, in denen der Schiedsvertrag ausgeschlossen ist — in ähnlicher Weise wie sie der Code de proc. art. 1004 und die Proz. Ordn. v. Baden §§ 1063, 1064 und Bayern Art. 1320 enthalten, — erschien daher weder nothwendig, noch ausführbar.

Die Fähigkeit der Parteien, einen Vergleich abzuschließen, begreift die Fähigkeit in sich, einen Schiedsvertrag einzugehen. Ist die erstere beschränkt oder von gewissen Voraussetzungen abhängig, so unterliegt der Schiedsvertrag denselben Beschränkungen oder Voraussetzungen. Bedarf daher z. B. der gesetzliche Vertreter zum Abschluß eines Vergleichs einer Ermächtigung, so ist die gleiche Ermächtigung zur Eingehung eines Schiedsvertrags nothwendig (sächs. Civilgesetzbuch § 1917, bayer. Proz. Ordn. Art. 1321).

Daß die Vollmacht (§ 75) dem Prozeßbevollmächtigten nicht die Befugniß zu kompromittiren erteilt, hat der Entwurf für selbstverständlich erachtet.

#### § 793. (R. V. § 793, G. § 852.)

Ob ein Schiedsvertrag über künftige Rechtsstreitigkeiten geschlossen werden könne, lassen bestehende Gesetze zweifelhaft; die preuß. N. G. D. I. 2 § 167 spricht nur von einem unter den Kontrahenten obwaltenden Streit und der Code de proc. civ. art. 1006 fordert die Bezeichnung des Streitgegenstandes (objet en litige). Indessen hat die deutsche Praxis in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des römischen Rechts auch den Vertrag, über künftige Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, als rechtsgültig erachtet, sofern nur das Rechtsverhältniß angegeben ist, auf welches jener Vertrag sich bezieht. Einen Beweis hierfür liefert die große Zahl der landesherrlich bestätigten Statuten von Korporationen und Gesellschaften, worin kompromissarische Anordnungen der bezeichneten Art sich finden (vgl. Motive z. preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs S. 588, Motive z. preuß. Entw. S. 331, Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts II. S. 159, 160). Dieser Praxis ist

der Entwurf in Uebereinstimmung mit den neueren Prozeßgesetzen (Baden § 1062, Bayern Art. 1319, preuß. Entw. § 1362, nordd. Entw. § 1156) gefolgt.

§ 794. (R. B. § 794, G. § 853.)

Der Code de proc. art. 1005, die Proz. Ordn. v. Baden § 1068 und Bayern Art. 1319 verlangen als Form des Schiedsvertrags die schriftliche Beurkundung, deren Nothwendigkeit nach altpreussischem Rechte ebenfalls angenommen werden muß. Der Entwurf konnte sich diesen Gesetzgebungen, auf deren Standpunkt sich auch der preuß. Entw. § 1363 stellt, nicht anschließen. Denn nachdem im Art. 317 des A. D. S. B. für Handelsgeschäfte das Erforderniß der Schriftform aufgegeben ist, läßt sich dasselbe für Schiedsverträge, welche häufig nur als Bestandtheile umfassender Handelsgeschäfte vorkommen, nicht halten. Derselbe Grund widerräth die Einführung der Schriftform in denjenigen Rechtsgebieten, in denen dieselbe kein Essentiale der übrigen Rechtsgeschäfte bildet. Die Form des Schiedsvertrags mußte deshalb den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts überlassen bleiben. Hinzukommt, daß nach den Vorschriften des § 809 die Vollstreckbarkeit des Schiedspruchs nicht, wie nach der bayer. Proz. Ordn. Art. 1337 und nach dem preuß. Entw. §§ 1381 ff. auf einseitigen Antrag einer Partei ausgesprochen werden kann, damit aber der Grund | S. 473. für das Erforderniß der Schriftform (Motive z. preuß. Entw. S. 331), die Nothwendigkeit der Vorlegung des Schiedsvertrags mit dem Gesuche um Ertheilung der Vollstreckungsklausel, wegfällt. Andererseits kann jedoch wegen der Bestimmungen der §§ 804, 808 die schriftliche Beurkundung des Inhalts eines mündlich abgeschlossenen Schiedsvertrags im Interesse einer Partei liegen. Es empfahl sich daher im Einklang mit dem nordd. Entw. § 1157 jeder Partei das Recht einzuräumen, die schriftliche Fixirung des Schiedsvertrags zu fordern.

§§ 795, 796, 798. (R. B. §§ 795, 796, 798, G. §§ 854, 855, 857.)

Nach römischem und kanonischem Rechte müssen die Personen der Schiedsrichter im Schiedsvertrage individuell bezeichnet sein; auch nach dem Code de proc. art. 1006 sollen die Namen der Schiedsrichter in dem Schiedsvertrage bei Strafe der Nichtigkeit angegeben werden. Die preuß. A. G. D. schweigt über diesen Punkt, es wird jedoch in der preuß. Rechtsprechung angenommen, daß auch ein Schiedsvertrag, in welchem die Schiedsrichter nicht benannt sind, Gültigkeit hat, wenn darin die Art und Weise der Wahl oder Ernennung der Schiedsrichter genügend bestimmt ist (Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts II. S. 271). Noch weiter sind vielfach Theorie und Praxis auf dem Gebiete des gemeinen Rechts gegangen, indem sie einen Schiedsvertrag, welcher die Schiedsrichter der künftigen Designation der Kompromittenten vorbehält, unter dem Gesichtspunkte einer klagbaren, auf Bezeichnung eines Schiedsrichters gerichteten Vereinbarung für wirksam erklären (Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts II. S. 160 ff.).

Wird, wie im § 793 geschehen, der Schiedsvertrag auch für künftige Streitigkeiten zugelassen, so kann die Bezeichnung der Schiedsrichter in dem Schiedsvertrage nicht gefordert werden, da sich regelmäßig die Wahl geeigneter Schiedsrichter erst treffen läßt, wenn Streitigkeiten entstanden sind; auch fehlt es an einem ausreichenden Grunde, dieses Erforderniß, wenn dasselbe in Betreff künftiger Streitigkeiten aufgegeben werden muß, mit Bayern Art. 1319 für den Fall festzuhalten, daß sich der Schiedsvertrag auf bereits bestehende Streitigkeiten bezieht. Andererseits ist es aber nicht geboten, mit dem preuß. Entw. § 1364 auf dem Standpunkte der preuß. Rechtsprechung stehen zu bleiben. Es liegt vielmehr im Interesse der Förderung des Instituts und entspricht auch der Absicht der Parteien, auf dem von der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis eingeschlagenen Wege fortgehend, einem Schiedsvertrage bindende Kraft beizulegen, selbst wenn in demselben eine Bestimmung über die Ernennung der Schiedsrichter nicht enthalten ist, und die unvollständige Willenserklärung der Kompromittenten durch das Gesetz zu ergänzen (vgl. Baden § 1062, Bayern Art. 1325 bis 1329, 1331, Entw. eines preuß. Handelsgesetzbuchs Art. 1047, nordd. Entw. §§ 1158, 1159).

Die Ergänzung des Schiedsvertrages, wie sie der § 795 vorschreibt, steht mit

dem muthmaßlichen Willen der Kompromittenten in Einklang. Das Verfahren, wie es der § 796 regelt, empfiehlt sich als ein geeignetes Auskunftsmittel, um zur Ausführung des Schiedsvertrages zu gelangen; dasselbe stimmt mit der Art und Weise der Konstituierung des Schiedsgerichts überein, wie solche sehr häufig in Schiedsverträgen angetroffen wird (vgl. Not. z. preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs S. 588, 589). Der § 799 beruht auf der Erwägung, daß es dem muthmaßlichen Willen der Kompromittenten zuwiderläuft, einen Schiedsvertrag als aufgehoben zu betrachten, wenn der Versuch der Konstituierung | des Schiedsgerichts oder der Herbeiführung des Schiedspruchs aus Gründen gescheitert ist, welche in der Person der Schiedsrichter liegen. Dasselbe gilt, wenn ein nicht in dem Schiedsvertrage ernannter Schiedsrichter „die Erfüllung seiner Pflichten ungebührlich verzögert.“ Dieser letztere Fall wird im § 799 Abs. 2 als Ablehnungsgrund behandelt; da aber, wenn die Ablehnung Erfolg hat, der abgelehnte Schiedsrichter wegfällt, so greift die Bestimmung des § 798 Platz.

Trifft auch der Entwurf in weitem Umfange ergänzende Vorschriften, wenn in dem Schiedsvertrage nicht bestimmte Personen zu Schiedsrichtern ernannt sind, so hat er es doch umgekehrt nicht für gerechtfertigt gehalten, derartige Vorschriften auch für den Fall zu erlassen, daß in dem Schiedsvertrage die Ernennung bestimmter Personen erfolgt ist. Denn in diesem Falle muß angenommen werden, daß die Kompromittenten wollen, der Schiedspruch solle nur durch die ernannten Schiedsrichter abgegeben werden. Fällt daher einer der ernannten Schiedsrichter weg oder unterzieht er sich nicht der ihm angetragenen oder von ihm übernommenen Funktion, so muß der Schiedsvertrag außer Kraft treten, sofern nicht für den betreffenden Fall durch Vereinbarung der Kompromittenten Vorsorge getroffen ist (§ 700 Nr. 1).

#### § 799. (R. B. § 799, G. § 858.)

Das römische Recht bezeichnet bestimmte Personen als unfähig zur Uebernahme des Schiedsrichteramts (vgl. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Ed. III. Bd. II. § 716 Not. 10). Das preuß. und das franz. Recht, das erstere mit einzelnen Ausnahmen, lassen die passive Wahlfähigkeit zum Schiedsrichteramte unberührt, während der preuß. Entw. § 1366 und die bayer. Proz. Ordn. Art. 1322 es für nöthig erachtet haben, „unter Berücksichtigung der gemeinrechtlichen Praxis und der Erfahrungen der neuesten Zeit“ die Personen aufzuführen, welche sich nicht zu Schiedsrichtern eignen.

Der Natur des Instituts entspricht es am meisten, wenn das Gesetz besondere Beschränkungen für die passive Wahlfähigkeit nicht aufstellt. Im Allgemeinen kann man nur verlangen, daß die Schiedsrichter einer vernünftigen Ueberlegung und Willenserklärung fähig sein müssen. Im Uebrigen muß man den Parteien überlassen, denjenigen zu wählen, welchem sie ihr Vertrauen schenken wollen, und die Einsicht und die Befähigung der von ihnen gewählten Personen zu würdigen; tritt subsidiär die Ernennung durch das zuständige Gericht ein (§§ 796, 798), so darf erwartet werden, daß dasselbe seine Wahl auf eine geeignete Person lenken wird. Der Staat hat kein Interesse, Kontrolle zu üben; er genügt seiner Aufgabe, wenn er gegen den Irrthum der ernannten Partei oder des ernennenden Gerichts, sowie gegen den Mißbrauch, welchen eine Partei zum Nachtheil ihres Gegners mit der ihr eingeräumten Freiheit treiben kann, durch ein in weitem Umfange gestattetes Ablehnungsrecht ein Korrektiv gewährt (vgl. Not. z. preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs S. 589). Diese Erwägungen haben den Entwurf veranlaßt, einerseits mit Uebereinstimmung der bad. Proz. Ordn., dem nordd. Entw., dem Code de Genève und dem belg. Entw. von Beschränkungen der passiven Wahlfähigkeit zum Schiedsrichteramte abzusehen, andererseits aber die Ablehnung nicht nur aus denselben Gründen und unter denselben Voraussetzungen, welche zur Ablehnung des Richters berechtigten (§§ 43, 44, 45 Abs. 3), sondern auch in Fällen zuzulassen, welche das gemeine Recht, der preuß. Entw. und die bayer. Proz. Ordn. als Ausschließungsgründe hinstellen.

| S. 475. | Die Frage, ob öffentliche Behörden zu Schiedsrichtern ernannt werden können — welche Frage das gemeine Recht bejaht, der preuß. Entw. § 1366 und der nordd. Entw. § 1161 verneinen —, muß auf Grund des Entwurfs dahin beantwortet werden, daß ein Kompromiß auf eine öffentliche Behörde als solche nicht ausgeschlossen ist,

daß es sich aber nach den in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten geltenden Vorschriften entscheidet, ob eine Behörde das Schiedsrichteramt übernehmen kann oder darf.

### § 800. (R. B. § 800, G. § 859.)

Die Vorschrift des § 800 Nr. 2 über die Wirkung der Stimmgleichheit schließt sich im Prinzip den Bestimmungen des Code de proc. art. 1012, dem preuß. Entw. § 1368 und dem nordd. Entw. § 1163 an. Das gemeine Recht und die preuß. A. G. D. I. 2 § 170 gehen darin zu weit, daß sie die Wahl des Obmanns selbst dann in die Hände der Schiedsrichter legen, wenn diese dazu von den Parteien nicht besonders ermächtigt sind. Ein solches Auskunftsmittel empfiehlt sich beim Zwangsschiedsgerichte, wo die Sache nothwendig durch ein schiedsrichterliches Urtheil erledigt werden muß, nicht aber bei dem freiwilligen Schiedsgerichte. Hier ist es Sache der Parteien, für die Ernennung des Obmanns als eines neuen Schiedsrichters Sorge zu tragen. In dem den bisherigen Schiedsrichtern erteilten Auftrage, den Rechtsstreit zu entscheiden, ist die Befugniß zur Ernennung eines Obmanns nicht enthalten (vgl. Mot. 3. preuß. Entw. eines Handelsgesetz. S. 594). Auch führt die Einräumung einer derartigen Befugniß nicht zum Ziele, wenn in Betreff der Person des Obmanns keine Stimmenmehrheit unter den bestellten Schiedsrichtern zu erlangen ist. Für diesen Fall würde es weiterer Anordnungen durch das Gesetz bedürfen; man müßte vorschreiben, daß bei Stimmgleichheit bezüglich des Obmanns das zuständige Gericht auf Antrag der betreibenden Partei den Obmann zu ernennen habe. Ein solches Auskunftsmittel würde, wenn bestimmte Personen in dem Schiedsvertrage zu Schiedsrichtern ernannt sind, gegen den Willen der Parteien verstoßen. Aus demselben Grunde verdienen die Bestimmungen der Prozeßordn. v. Baden § 1077 und Bayern Art. 1335 keine Billigung, welche, von dem Versuche einer Bestellung des Obmanns durch die bisherigen Schiedsrichter absehend, die Schiedsrichter (Baden) oder die Parteien (Bayern) anweisen, sofort die Ernennung eines Obmanns bei dem zuständigen Gerichte nachzusuchen. Am angemessensten erscheint es hiernach, den Schiedsvertrag bei Stimmgleichheit als unausführbar und daher als erloschen zu betrachten.

Die Bestimmung des Code de proc. art. 1012, des preuß. Entw. eines Handelsgesetz. Art. 1052 und der bad. Prozeßord. § 1085 über das Erlöschen des Schiedsvertrags, wenn der Schiedsspruch nicht innerhalb einer bestimmten Frist erfolgt, ist in Anbetracht der großen Mannigfaltigkeit der zu entscheidenden Rechtsstreitigkeiten unangemessen und daher durch die Vorschrift ersetzt, daß die ungebührliche Verzögerung in der Erfüllung der schiedsrichterlichen Pflichten bei den nicht in dem Schiedsvertrage ernannten Schiedsrichtern als Ablehnungsgrund (§ 799 Abs. 2), bei den in dem Schiedsvertrage ernannten Schiedsrichtern aber als Erlöschungsgrund (§ 800 Nr. 1) wirkt.

Der Tod einer Partei, welcher nach gemeinem Rechte, sofern der Vertrag nicht auf die Erben erstreckt ist, und nach dem Code de proc. art. 1315, sofern nicht alle Erben großjährig sind, den Vertrag aufhebt, kann umsoweniger als Grund der Aufhebung gelten, je mehr die Rechtsverhältnisse, aus welchen der zu entscheidende Streit entsteht, ohne Rücksicht auf die Person der Berechtigten, den Schiedsvertrag veranlassen. Auf dem Standpunkte des Entwurfs stehen die bayer. Prozeßordn., der preuß. Entw. eines Handelsgesetz. (Mot. S. 592), der preuß. Entw. (Mot. S. 332), der nordd. Entw. (Prot. IV. S. 2231) und der belg. Entw.

Gleiche Gründe sprechen gegen die Aufhebung des Schiedsvertrags durch den Konkurs einer Partei (nordd. Prot. V. S. 2231).

### § 801. (R. B. § 801, G. § 860.)

Der Code de proc. art. 1009, 1019, die preuß. A. G. D. I. 2 § 171, der preuß. Entw. eines Handelsgesetz. Art. 1054, 1059 und Bayern Art. 1332 fordern, daß die Schiedsrichter, sofern der Schiedsvertrag nicht Anderes bestimmt, nach den Prozeßgesetzen zu verfahren und nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden haben. Baden § 1075 und der preuß. Entw. § 1372 halten an der letzteren Forderung fest, während sie die erstere aufgeben (Baden § 1073, preuß. Entw. § 1370). Der Code

de Genève, der belg. Entw. und der nordd. Entw. § 1164 lassen beide Forderungen fallen.

Durch Unterwerfung unter ein Schiedsgericht befunden die Parteien, daß sie eine freiere Behandlung ihres Rechtsstreits in formeller Beziehung wollen, zumal wenn sie Personen zu Schiedsrichtern bestellen, von welchen die Einhaltung eines prozessualen Verfahrens nicht zu erwarten ist. Mit dem Wesen des Schiedsvertrags steht es daher im Einklang, den Schiedsrichtern in Bezug auf das Verfahren die freieste Stellung einzuräumen, sie von der Befolgung der Prozedurvorschriften zu entbinden und nur im Allgemeinen zu verpflichten, nicht ohne vorherige Anhörung der Parteien und ohne vorherige Ermittlung des Sachverhältnisses, welches dem Streite zum Grunde liegt, zur Erlassung des Schiedsspruchs zu schreiten (Motiv zum preuß. Entw. S. 333).

Die Parteien, indem sie auf die Entscheidung eines Schiedsgerichts kompromittiren, wollen den Schwierigkeiten und Verwickelungen entgehen, welche sich aus der Anwendung des positiven Rechts ergeben: sie wollen, daß unter ihnen Rechtens sei, was die Schiedsrichter nach ihrer gewissenhaften Ueberzeugung — *ex aequo et bono* — bestimmen werden. Sie werden daher regelmäßig die Schiedsrichter als die gütlichen Vermittler ihres Streits — *comme amiables compositeurs*, wie der belgische Entwurf sich ausdrückt — betrachten und sie müssen diese Anschauung haben, wenn sie mit dem Schiedsrichteramt Personen betrauen, welche der Rechte nicht kundig sind. Der Zweck des Schiedsvertrags wird somit regelmäßig nur erreicht, wenn die Schiedsrichter nicht verpflichtet werden, sich bei ihrem Spruche nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu richten (nordd. Prot. V. S. 3234).

Der Entwurf konnte um so weniger Bedenken tragen, sich von den vorstehenden Erwägungen leiten zu lassen, als er den Parteien erlaubt, im Wege der Vereinbarung abweichende Bestimmungen zu treffen — und als er dadurch allein den Standpunkt gewinnt, von welchem aus die Frage nach der Anfechtung des Schiedsspruchs zutreffend gelöst werden kann.

Die Anfechtbarkeit eines Schiedsspruchs mit den gegen richterliche Urtheile statthafter Rechtsmitteln widerstreitet der auf endgültige Erledigung des Streits gerichteten vergleichsähnlichen Natur des Schiedsvertrags (Entsch. des Reichsoberhandelsgerichts II. S. 165). Diese Annahme wird dadurch bestätigt, daß in den meisten Fällen, in denen die Kompromittenten Kenntniß von der Zulässigkeit eines | S. 477. | Rechtsmittels haben, auf dasselbe verzichtet wird. Schon deshalb empfiehlt es sich, die Berufung gegen Schiedssprüche auszuschließen. Abgesehen davon, fordern prozessualische Gründe gebieterisch den Ausschluß. Da nämlich der Entwurf die Schiedsrichter nicht verpflichtet, nach den prozessualischen Vorschriften zu verfahren und nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, so entzieht er dem Rechtsmittel die Basis. Die Berufung würde daher nur ausführbar sein, wenn vorgeschrieben würde, daß die Sache vor dem Berufungsgerichte vollständig neu zu verhandeln sei. Die Zulassung derselben würde mithin darauf hinauslaufen, dem schiedsrichterlichen Verfahren ein Verfahren erster Instanz folgen zu lassen. Damit würde aber dem schiedsrichterlichen Verfahren jeder Werth entzogen sein.

Der Entwurf konnte hiernach in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte, dem belgischen und dem nordd. Entw. Rechtsmittel weder als Regel — wie das preussische und französische Recht —, noch im Falle der Vereinbarung — wie Baden § 1083, Bayern Art. 1338, 1339, preuß. Entw. § 1378, nordd. Entw. § 1172, — zulassen. Soweit die Anfechtung eines Schiedsspruchs zu gestatten war, mußte in anderer Weise Vorkehr getroffen werden. Als passende Formen boten sich die Klage auf Aufhebung des Schiedsspruchs und die Einwendung des Aufhebungsgrundes gegenüber der Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils. Demgemäß hat der Entwurf zur Geltendmachung der Gründe, aus denen nach § 808 die Aufhebung eines Schiedsspruchs beantragt werden kann, im § 812 die Klage und im § 809 Abs. 2 die Einrede gegeben.

Der § 801 Abs. 1 stellt die Forderung, daß die Schiedsrichter vor Erlass des Schiedsspruchs die Parteien zu hören haben. Von dieser Forderung können die Schiedsrichter nur durch die Parteien entbunden werden. Der Schiedsspruch unterliegt daher der Anfechtung, wenn einer Partei in dem Verfahren das rechtliche Gehör nicht gewährt war (§ 808 Nr. 4 und Abs. 2).

Sollen für die Schiedsrichter die Prozeßgesetze im Allgemeinen nicht maßgebend sein, so dürfen namentlich die auf das Veräumnißverfahren sich beziehenden Vorschriften wegen ihrer positiven Natur und weil sie mit dem Prinzip des schiedsrichterlichen Verfahrens sich schwer vertragen, keine Anwendung finden. Die Nichteinlassung einer Partei darf auf die Verpflichtung der Schiedsrichter keinen Einfluß üben, das Sachverhältniß, soweit es für die Entscheidung erforderlich ist, zu ermitteln, unbeschadet ihrer Befugniß, bei Feststellung des Sach- und Streitstandes auf die Nichteinlassung der einen Partei die nach den Umständen des Falls gerechtfertigte Rücksicht zu nehmen (Mot. z. preuß. Entw. S. 333, nordd. Prot. V. S. 2233). Der preuß. Entw. § 1370 hat diesen Konsequenzen des im § 801 angenommenen Prinzips Ausdruck gegeben. Der Entwurf hat die Hervorhebung derselben als selbstverständlich unterlassen (nordd. Prot. V. S. 2280) und aus demselben Grunde davon Abstand genommen, mit der bayer. Prozeßordn. Art. 1341 und mit dem preuß. Entw. § 1374 auszusprechen, daß der Einspruch im schiedsrichterlichen Verfahren nicht stattfindet.

### §§ 802, 803. (R. V. §§ 802, 803, G. §§ 861, 862.)

Im Interesse der Wirksamkeit des schiedsrichterlichen Instituts ist es erforderlich, den Schiedsrichtern nicht nur die Befugniß einzuräumen, freiwillig vor ihnen erscheinende Zeugen und Sachverständige nicht eidlich zu vernehmen, sondern auch das Recht zu ertheilen, die eidliche Vernehmung derselben sowie die Abnahme von Parteieiden anzuordnen. Da es sich aber bei der Komposition der Schiedsgerichte nicht empfiehlt, den Schiedsrichtern gegen Zeugen und Sachverständige Zwangsrechte zu gewähren und die Abnahme von Eiden zu gestatten, oder ihnen die Befugniß zur Requisition der Gerichte einzuräumen, so hat sich das Schiedsgericht auf die Bestimmung zu beschränken, daß und worüber Zeugen oder Sachverständige eidlich abgehört, oder daß und welche Eide von den Parteien geschworen werden sollen (vgl. nordd. Entw. §§ 1165, 1166). Die Erledigung haben die Parteien bei dem zuständigen Gerichte zu beantragen — und nach § 803 Abs. 1 ist jede Partei befugt, den bezüglichen Antrag zu stellen. | S. 478.

### § 804. (R. V. § 804, G. § 863.)

Einer besonderen Regelung bedarf der Fall, daß die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens behauptet wird. Die Schiedsrichter selbst können hierüber nicht entscheiden, da sich ihr Auftrag nicht auf die Abgabe einer solchen Entscheidung erstreckt. Könnte aber die eine oder die andere Partei durch die Behauptung der Unzulässigkeit des Verfahrens den Fortgang desselben hemmen, so daß es erst nach der Entscheidung der Vorfrage durch das zuständige Gericht fortgesetzt werden könnte, so würde damit ein bequemes Mittel zu Verzögerungen geschaffen sein. Es bleibt daher nur übrig, einerseits anzuerkennen, daß die definitive Entscheidung über die Vorfrage durch das zuständige Gericht im Wege der Klage beantragt werden muß (§ 812), andererseits aber im Anschluß an den nordd. Entw. § 1167 das Schiedsgericht zu ermächtigen, nach seinem freien Ermessen entweder das Verfahren bis zur Erledigung eines solchen Streits auszusetzen, oder trotz des Streits dasselbe fortzusetzen und den Schiedspruch zu erlassen (nordd. Prot. V. S. 2231, 2232 Entsch. des Reichsoberhandelsger. II. S. 199 ff.). Die Interessen der Partei, welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens geltend macht, können durch die Fortsetzung nicht geschädigt werden. Eine dieser Partei günstige Entscheidung der Vorfrage durch das zuständige Gericht würde zur Aufhebung des Schiedspruchs (§ 808 Nr. 1) führen und die Erlassung des Vollstreckungsurtheils (§ 809 Abs. 2) hindern müssen.

### § 806. (R. V. § 806, G. § 865.)

Die Zustellung des Schiedspruchs an die Parteien in einer von den Schiedsrichtern unterschriebenen Ausfertigung, sowie die Niederlegung desselben auf der Gerichtsschreiberei des zuständigen Gerichts bieten eine Garantie für die Authentizität des Spruchs und konstatiren in geeigneter Weise den formellen Abschluß des Verfahrens.

## §§ 807, 808. (R. V. §§ 807, 808, G. §§ 866, 867.)

Der Schiedspruch erledigt materiell den Rechtsstreit in ähnlicher Weise wie ein von einem Gerichte erlassenes, rechtskräftig gewordenes Urtheil. Der § 807 legt daher in Uebereinstimmung mit der bayer. Proz.-Ordn. Art. 1337, dem preuß. Entw. § 1377 und dem nordd. Entw. § 1171 dem SchiedsSpruche unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils bei (nordd. Prot. V. S. 2235).

Von diesem Standpunkte aus rechtfertigt es sich, daß der § 808 Nr. 3 und 6 den SchiedsSpruch aus denselben Gründen für anfechtbar erklärt, aus welchen die Nichtigkeitsklage und die Restitutionsklage (§§ 518, 519) stattfinden. Nur mußte einerseits der Anfechtungsgrund des § 518 Nr. 1 in Wegfall kommen, da ein Ausschluß von Schiedsrichtern kraft Gesetzes nicht anerkannt ist, andererseits konnte der Anfechtungsgrund § 519 Nr. 7 nicht berücksichtigt werden, da die Aufhebung des SchiedsSpruchs wegen aufgefundenener Urkunden eine Beurtheilung der streitig gewesenen Rechtsfache, mithin eine Wiederholung des Rechtsstreits vor den Staatsgerichten erfordern würde, ein Ergebnis, welches mit dem Willen der Parteien, daß ihre Differenz durch Schiedsrichter entschieden werden solle, in unlösbarer Widersprach treten müßte. Der Entwurf durfte indessen bei diesen Anfechtungsgründen nicht stehen bleiben. Die Nichtigkeit der Entscheidung in der Sache selbst muß in Frage gestellt werden können, wenn der SchiedsSpruch eine Partei zu einer Handlung verurtheilt, deren Vornahme verboten ist. Indem der Entwurf (§ 808 Nr. 2) aus diesem Grunde die Aufhebung des SchiedsSpruchs zuläßt, bringt er einen Grundsatz zur Anwendung welchen er bereits im § 611 Nr. 2 dem Urtheil eines ausländischen Gerichts gegenüber als nothwendig anerkannt hat. Ferner ist es erforderlich, zu gestatten, daß die Zulässigkeit des Schiedsrichterlichen Verfahrens einer Prüfung durch das zuständige Gericht unterzogen werde. Denn da der SchiedsSpruch seine Kraft nicht der Autorität eines durch den Staat eingesetzten Gerichts, sondern der Vereinbarung der Parteien entnimmt, so hängt seine Geltung davon ab, daß der Schiedsvertrag dem Gesetze und das schiedsrichterliche Verfahren dem Willen der Parteien und den ergänzenden Normen dieses Gesetzbuchs entspricht. Fehlt es an diesen Erfordernissen, so ist dem SchiedsSpruche die Grundlage entzogen. Der § 808 Nr. 1 begnügt sich damit, das Prinzip auszusprechen, und überläßt es der Theorie und Praxis, die Konsequenzen zu ziehen. Fingerzeige für die Interpretation enthalten die Beispiele des § 804.

Mit den Vorschriften des § 808 stimmen im Wesentlichen die neueren Prozeßgesetze und Entwürfe, welche Rechtsmittel gegen SchiedsSprüche überhaupt oder als Regel ausschließen, überein (Bayern Art. 1338, 1339, 1341, preuß. Entw. § 1378, nordd. Entw. 1172).

## § 809—811. (R. V. §§ 809—811, G. §§ 868—870.)

Die Analogie zwischen dem Urtheile eines ausländischen Gerichts und einem SchiedsSpruche ist unverkennbar. In beiden Fällen handelt es sich um Urtheile, welche von einem Gerichte erlassen sind, das weder von dem Reiche noch von einem der Bundesstaaten eingesetzt ist. Es ist daher in beiden Fällen nothwendig, bevor das Urtheil für vollstreckbar erklärt wird, daß der Verurtheilte gehört, daß also die Vollstreckbarkeitsklärung im Wege einer actio iudicati beantragt werde. Der Entwurf hat demgemäß im § 809 die Vorschriften des § 610 über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung aus dem Urtheil eines ausländischen Gerichts zur Richtschnur genommen.

Abweichende Bestimmungen haben die neueren Prozeßgesetze und Entwürfe (Hannov. §§ 533, 534, Baden § 1079, Bayern Art. 1337—1339, preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs Art. 1063, preuß. Entw. §§ 1381—1388, nordd. Entw. §§ 1174 bis 1178), zum Theil aus dem Grunde, weil deren Vorschriften über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung aus Urtheilen ausländischer Gerichte abweichend sind.

Für die Klage auf Aufhebung des SchiedsSpruchs ist eine Frist nicht bestimmt. Wird dagegen die Klage auf Erlassung des Vollstreckungsurtheils erhoben, so müssen

die Aufhebungsgründe des § 808 in dem Prozesse rechtzeitig vorgebracht werden, widrigenfalls sie verloren sind. Diese aus § 809 Abs. 2 und § 810 sich ergebende Vorschrift beruht auf denselben Erwägungen, welche die Bestimmung des § 635 Abs. 2 veranlaßt haben. Eine Ausnahme war in Betreff der Aufhebungsgründe des § 808 Nr. 6 wegen der Eigenthümlichkeit der selben geboten; die Regelung ist in § 480. den §§ 810, 811 im Anschlusse an die §§ 521, 525, 780 erfolgt.

### § 812. (R. B. § 812, G. § 871.)

Die Vorschriften über die Zuständigkeit für die Klagen, welche die Ernennung oder Ablehnung eines Schiedsrichters (§§ 896, 898), das Erlöschen eines Schiedsvertrags (§ 800), die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens (§ 804), die Aufhebung eines Schiedsspruchs (§ 808) oder die Erlassung eines Vollstreckungsurtheils (§§ 809, 810) zum Gegenstande haben, entfernen sich von den Bestimmungen des Entwurfs über sachliche und örtliche Kompetenz nur insoweit, als sie einerseits im Anschlusse an § 812 Abs. 2 die Zuständigkeit der Handelsgerichte ausschließen — weil in allen diesen Fällen die Entscheidung nicht handelsrechtliche Fragen betrifft, wenn auch der Gegenstand des Kompromisses eine Handelssache ist — und als sie andererseits aus Rücksicht auf die Komplexität der verschiedenen möglichen Klagen, sowie auf die Erleichterung der Klagen wegen Aufhebung des Schiedsspruchs und wegen Erlassung des Vollstreckungsurtheils anordnen, daß unter mehreren an sich zuständigen Gerichten dasjenige Gericht für die gedachten Klagen zuständig sein und bleiben soll, an welches sich zuerst eine Partei oder das Schiedsgericht (§ 806) gewendet hat.

## Begründung

des

### Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die Einführung der Civilprozeßordnung.

Das Einführungsgezet zum Gerichtsverfassungsgesetze § 2 bestimmt:  
„die Vorschriften des Gerichtsverfassungsgesetzes finden nur auf die ordentliche  
streitige Gerichtsbarkeit und deren Ausübung Anwendung.“

Nach dem Gerichtsverfassungsgesetze § 1 wird die ordentliche streitige Gerichts-  
barkeit ausgeübt durch:

Amtsgerichte,  
Landgerichte und Handelsgerichte,  
Oberlandesgerichte,  
das Reichsgericht.

Diese Gerichte sind im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes ordentliche  
Gerichte.

Welche bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vor die ordentlichen Gerichte gehören,  
normirt der § 2 des Gerichtsverfassungsgesetzes. Derselbe lautet:

„Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten  
und Strassachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungs-  
behörden, einschließlich der Verwaltungsgerichte begründet ist, oder reichs-  
gesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.“

Hier greift der

#### § 2 (R. V. § 2, G. § 3)

des Entwurfs ein. Er verordnet in seinem ersten Absatze:

„Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten  
Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.“

Die besondern Gerichte, welche reichsgesetzlich zugelassen sind, hat der § 3 des  
Gerichtsverfassungsgesetzes zusammengestellt. Auf das Verfahren vor diesen Gerichten  
kommen die Bestimmungen der Civilprozeßordnung nicht zur Anwendung, es sei denn,  
daß eine Landesgesetzgebung die Anwendbarkeit derselben auch auf das Verfahren  
vor den besondern Gerichten erstreckt.

Das Einführungsgezet zum Gerichtsverfassungsgesetze § 3 Abs. 1 gestattet, daß  
die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte  
zugelassen sind, den ordentlichen Landesgerichten durch die Landesgesetzgebung über-  
tragen werden kann. Macht eine Landesgesetzgebung von diesem Vorbehalte Gebrauch,  
so ist ihr die Befugniß ertheilt:

- 1) die Uebertragung nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen vorzunehmen (Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze § 3 Abs. 1),
- 2) ein von der Zivilprozeßordnung abweichendes Verfahren anzuordnen (Entwurf § 2 Abs. 2).

Rücksichtlich der nach dem Gerichtsverfassungsgesetze § 2 vor den ordentlichen Gerichten zu verhandelnden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist das Verfahren der Prozeßordnung zwingend. Die Landesgesetzgebung kann ein abweichendes Verfahren nur insoweit gestatten, als dies durch Reichsgesetz für zulässig erklärt wird (Entwurf § 11). Der Entwurf enthält in dieser Richtung Vorbehalte in den §§ 8 und 12 (vgl. auch Zivilprozeßordnung § 782 Abs. 2). Nach § 3 Abs. 3 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze ist der Landesgesetzgebung nachgelassen, in den von den §§ 8 und 12 umfaßten Fällen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte nach anderen als den durch das Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Normen zu regeln.

Im Uebrigen kann auf die Motive zu den §§ 2, 3 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze und zu den §§ 1—3 des Gerichtsverfassungsgesetzes selbst verwiesen werden.

Uebereinstimmend mit § 2 lautet der § 3 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung.

Die Vorschrift des

### § 3 (R. V. § 3, G. § 5)

ist in den Motiven zu § 5 des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze gerechtfertigt.

Der

### § 4 (R. V. § 4, G. § 6)

ist im Zusammenhange mit den Bestimmungen des § 487 der Zivilprozeßordnung erörtert.

### §§ 5, 6. (R. V. §§ 5, 6, G. §§ 7, 9.)

Die Zulassung oberster Landesgerichte (vgl. Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetze § 7) macht Bestimmungen nothwendig, welche Kompetenzkonflikte zwischen dem Reichsgerichte und den obersten Landesgerichten für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten ausschließen.

Der § 5 ist dem Reichsgesetze vom 12. Juni 1869, betreffend die Errichtung eines Reichsoberhandelsgerichts nachgebildet.

Der § 6 ist bereits in den Motiven zu den §§ 36, 37 der Zivilprozeßordnung besprochen.

Die Bestimmung des

### § 7 (R. V. § 7, G. § 10)

ist bei der Begründung des § 568 berücksichtigt, während der

### § 8 (R. V. § 8, G. § 11)

in den Vorbemerkungen zum Aufgebotsverfahren (§§ 768 ff.) Erwähnung gefunden hat.

Der

### § 9 (R. V. § 9, G. § 12)

entspricht dem § 7 des nordd. Entw. und stellt im Anschlusse an das Reichsges. v. 5. Juni 1869 § 3 B. Ziff. 1 außer Zweifel, daß unter „Gesetz“ oder „Landesgesetz“ im Sinne der Prozeßordnung und des Einführungsgesetzes nicht bloß die förmlichen Gesetze, sondern alle Rechtsnormen ohne Rücksicht auf ihre Entstehungs- oder Erkenntnisquelle zu verstehen sind. Die Erläuterung des Begriffs „Rechtsnorm“ ist bereits zu den §§ 487 ff. der Zivilprozeßordnung gegeben. Eine gleiche Bestimmung enthält das Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung § 12.

## § 10. (R. B. § 10, G. § 13.)

Das Einföhrungsgesetz zum nordd. Entw. § 2 hob die prozessrechtlichen Vorschriften der Bundesgesetze auf, mit Ausnahme derjenigen, rüchsiglich welcher in der Civilprozessordnung bestimmt war, daß sie nicht berührt werden. Eine derartige Bestimmung hatte der nordd. Entw. in Betreff der Vorschriften der allg. deutschen Wechselordnung und des allg. deutschen Handelsgesetzbuchs im § 6 und rüchsiglich der auf die Gerichtsstände sich beziehenden Vorschriften der Bundesgesetze im § 74 getroffen. Während für die Aufnahme der letzteren Ausnahme sachliche Gründe entscheidend waren, hatte zu der ersten Ausnahme die Erwägung geführt, daß es, so lange keine Gründe zwingendster Art vorlägen, vermieden werden müsse, in diejenigen Gesetze ändernd einzugreifen, welche dem nordd. Bunde mit den deutschen Südstaaten gemeinsam seien. Mit der Gründung des deutschen Reichs ist diese Erwägung hinfällig geworden. Demgemäß konnte nunmehr dazu geschritten werden, das Verhältniß der C. B. D. zu den prozessrechtlichen Normen der Reichsgesetze übereinstimmend zu regeln. Es fragte sich, ob jene Normen aufgehoben werden oder intakt bleiben sollen.

Die prozessrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze, deren Zahl nicht unerheblich ist<sup>1)</sup>, lassen sich, in ihrem Verhältnisse zu den Vorschriften der C. B. D. aufgefaßt, in drei Kategorien zerlegen:

- 1) Normen, welche mit den Vorschriften der C. B. D. übereinstimmen;
- 2) Normen, welche den Vorschriften der C. B. D. widersprechen;
- 3) Normen, welche, in ein prozessuales Gewand gekleidet, materielles Recht enthalten.

Die Normen sub 3 bleiben fortbestehen, wie auch immer das Verhältniß der C. B. D. zu den Reichsgesetzen festgestellt wird. Für die Normen sub 1 ist es nur von sekundärer Bedeutung, ob sie aufgehoben werden oder nicht, da auch in Zukunft in Gemäßheit derselben verfahren werden muß. Rüchsiglich der Normen sub 2 ist es praktisch ohne Einfluß, ob die Aufhebung oder die Aufrechterhaltung derselben erfolgt, vorausgesetzt, daß:

- a) in dem ersteren Falle diejenigen prozessrechtlichen Normen, welche als Ausfluß oder integrierender Bestandtheil der Institute anzusehen sind, rüchsiglich deren sie erlassen worden, von der Aufhebung und
- b) in dem letzteren Falle diejenigen prozessrechtlichen Normen, welche durch Rüchsigten auf die bisher mangelnde Einheit des deutschen Prozessrechts veranlaßt worden sind, oder welche ihre Aufnahme Anschauungen verdanken, die mit den Grundprinzipien der C. B. D. in Widerspruch stehen, von der Aufrechterhaltung ausgenommen werden.

| C. 484.

Unleugbar wäre es erwünscht, neben der C. B. D. die prozessrechtlichen Vorschriften der Reichsgesetze zu beseitigen, insoweit dieselben nicht ausdrücklich aufrecht erhalten werden müssen, denn der praktische Vortheil, alle Prozessrechtsfälle in Ein Gesetz zusammengefaßt zu haben, ist nicht zu unterschätzen. Allein andererseits darf nicht übersehen werden, daß dieser Vortheil vorübergehender Natur ist, da die Weiterentwicklung des materiellen Rechts auch nach dem Inkrafttreten der C. B. D. zur Aufstellung neuer abweichender prozessualer Normen führen muß, ohne daß es in allen Fällen möglich sein wird, dieselben in ähnlicher Weise, wie es bei dem Strafgesetzbuche und bei dem Reichsgesetze über die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften geschehen ist, in die C. B. D. einzufügen. Für die Entscheidung muß daher die Erwägung den Ausschlag geben, daß die Aufrechterhaltung der prozessrechtlichen Normen die Anwendung der Reichsgesetze nicht nur erleichtern, sondern auch deren richtige Anwendung sicher stellen wird. Der Richter

<sup>1)</sup> Anm.: vgl. z. B. Genossenschaftsges. v. 4. Juli 1868 §§ 11, 13, 16, 17, 22, 24, 29, 35, 43, 49, 50, 59; Gewerbeordn. v. 21. Juni 1869 §§ 11, 88, 103; D. B. D. Art. 17, 26, 46, 50, 51, 73, 80, 41, 91; A. D. S. B. Art. 111, 164, 213, 144, 172, 244, 247, 313—315, 324, 325, 342, 455, 475, 537; — Art. 9, 194, 195; — Art. 117, 167, 196, 235, 130, 27; — Art. 69, 34—40, 77—79, 98, 488, 888, 889, 232, 348, 365, 407, 609, 610, 490—494, 119, 120, 126, 132, 169, 170, 446, 305; Nachdruckges. vom 11. Juni 1870 §§ 19, 29, 30, 55; Ges. v. 7. Juni 1871 §§ 6, 7; Postges. v. 28. Oktober 1871 §§ 7, 8, 13, 14, 20, 47. —

ist dadurch der intrikaten Prüfung überhoben, ob die Normen der Kategorie sub 3 angehören, und kann die Normen sub 1 anwenden, ohne in jedem einzelnen Falle untersuchen zu müssen, ob dieselben den Vorschriften der C. P. D. entsprechen. Ueberdies kommt in Betracht, daß es legislativ mit geringeren Schwierigkeiten verbunden ist, auszusprechen, was aufgehoben werden kann, als festzustellen, was aufrecht erhalten werden muß. Insbesondere kann bei genereller Aufhebung der reichsgesetzlichen Vorschriften prozessualen Inhalts jedes Uebersehen von Bestimmungen, deren Aufrechterhaltung nothwendig war, die in der A. D. W. D. und in dem A. D. H. B. normirten Institute auf das Empfindlichste schädigen. Geschont werden daher die berechtigten Interessen am sichersten, wenn derjenige Modus gewählt wird, welchen der § 9 Abs. 1 in Vorschlag gebracht hat.

Im Vorstehenden ist bereits der bestimmende Grund für die Aufhebung bezw. Aenderung und Ergänzung der in den Abs. 2—4 aufgeführten reichsgesetzlichen Vorschriften gegeben. Im Einzelnen bleibt zu bemerken:

Zu Nr. 1.

Während die C. P. D. den § 1 des Reichsges. v. 29. Mai 1868 nicht berührt, wird der § 2 desselben durch die Vorschriften des § 743 der C. P. D. beseitigt, welche letzteren ohne Rücksicht auf das bestehende Landesrecht den persönlichen Sicherungsarrest allgemein, jedoch nur zur Sicherung der gefährdeten Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners, einführen.

Zu Nr. 2.

Was die in dem A. D. H. B. Art. 34—36 geordnete Beweis kraft der Handelsbücher anlangt, so stellt der Code de commerce art. 12 die Beweis kraft der Handelsbücher „entre commercants“ in das Ermessen des Gerichts. Der Reichsministerialentwurf eines Handelsgesetzbuchs Art. 13, 14 adoptirte diesen Grundsatz ohne Beschränkung auf Kaufleute. Der preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs Art. 34 bis 36 nahm die Beschränkung des Code de commerce auf Streitigkeiten unter Kaufleuten wieder auf. Die nürnbergische Konferenz beschloß jedoch, aus Rücksicht auf die in dem bei weitem größten Theile von Deutschland für den Civilprozeß geltenden Beweisregeln, den Standpunkt des preuß. Entw. aufzugeben und eine Beweis theorie aufzustellen (vgl. v. Hahn, Kommentar zum A. D. H. B. II. Aufl. I. S. 126 ff.) und übernahm demgemäß in den Art. 34, 35 im Wesentlichen die gemeinrechtlich über die Beweis kraft der Handelsbücher entwickelte Doktrin (vgl. Wezell, Ed. III. S. 226 N. 21). Nachdem der § 249 der C. P. D. sich für Aufhebung der gesetzlichen Beweis theorie entschieden hat, sind die Art. 34 und 35 unhaltbar geworden. Mit | S. 485.

Der Art. 38 des A. D. H. B. entspricht nicht den Grundsätzen der C. P. D. über den Umfang, in welchem eine Urkunde dem Gegner offen zu legen ist (vgl. Mot. S. 270, 271, hier S. 327).

Der Art. 39 des A. D. H. B. wird seinem wesentlichen Inhalte nach durch § 396 der C. P. D. ersetzt. Bei dem Grundsätze der Unmittelbarkeit der Beweis aufnahme muß die Anordnung der Vorlegung der Urkunde vor einem beauftragten oder ersuchten Richter lediglich der Fakultät des erkennenden Gerichts überlassen sein.

Die Beweis kraft des Tagebuchs und der Schlußnoten eines Handelsmüllers — A. D. H. B. Art. 77, 78 — verstellte der preuß. Entw. eines Handelsgesetzbuchs zum Ermessen des Gerichts. Die nürnbergische Konferenz zog es vor, statt dessen Beweisregeln zu erlassen. Mit § 249 der C. P. D. stehen die in Art. 77, 78 enthaltenen Beweisregeln nicht im Einklang.

Die Vorschrift des Art. 79 Abs. 1 geht über die Bestimmung des § 127 der C. P. D. hinaus. Ein ausreichender Grund für die Aufhebung dieser eminent praktischen Vorschrift ist nicht vorhanden. Dagegen hat die Vorschrift des Art. 79 Abs. 2 das Schicksal des Art. 39 zu theilen.

Auch die Beweisregeln der Art. 488 und 889 mußten im Hinblick auf die Vorschriften der §§ 249, 250 der C. P. D. fallen. Durch die Aufhebung des Art. 889 ist indessen, wie zur Vermeidung von Mißverständnissen hervorzuheben, nichts als die Beseitigung einer positiven Beweisregel beabsichtigt, im Uebrigen werden die im Art. 888 aufgeführten Beläge auch für Prozesse ihre volle Bedeutung behalten.

Das Institut der Verklarung — A. D. S. B. Art. 490—493 — ist so eigenthümlich gestaltet, wird von dem Seeverkehr so dringend gefordert und paßt so wenig in den Rahmen der Vorschriften der C. P. D. über die Sicherung des Beweises (§§ 429 ff.), daß es dringend geboten erscheint, dasselbe in der Gestaltung der Art. 490 ff. beizubehalten. Dagegen fehlt es nach Einführung der freien Beweiswürdigung in den Prozeß an einem ausreichenden Grunde für Konservation der Beweisregel des Art. 494.

Die Art. 348, 365, 407 A. D. S. B. bezwecken Sicherung des Beweises, enthalten demnach Fälle der probatio in perpetuam rei memoriam, deren Behandlung in mehrfacher Hinsicht von den Vorschriften der §§ 429 ff. der C. P. D. abweicht. Bei dieser mit dem materiellen Inhalte der Art. 348, 365, 407 im Zusammenhange stehenden Divergenz erschien die Aufrechthaltung wünschenswerth. Der Entwurf beschränkt sich daher auf eine Ergänzung derselben im Sinne der C. P. D., wie sie im letzten Absätze des § 10 gegeben ist (vgl. Proz. Ordn. v. Bayern Art. 538).

Zu Nr. 3.

Der § 6 des Reichsgef. v. 7. Juni 1871 wird durch die §§ 249, 250 der C. P. D. ersetzt. Die Aufhebung desselben ist wegen der Bezugnahme auf das Landes-Civilprozeßrecht wünschenswerth.

Zu Nr. 4.

Insofern der § 14 des Reichspostgef. die Unterbrechung der Verjährung an die Anmeldung der Klage knüpft, wird er durch § 231 der C. P. D. beseitigt.

Die Bestimmung des Art. 80 der D. W. D., daß die Verjährung durch die Behändigung der Klage unterbrochen werde, trifft mit der Vorschrift des § 231 d. C. P. D. zusammen, dagegen widerspricht die weitere Bestimmung des Art. 80, daß diese Unterbrechung nur durch Behändigung der Klage erfolgen könne, den Vorschriften der §§ 183, 244, 442 Abs. 2 d. C. P. D. und mußte daher mit diesen, wie im Abs. 3 geschehen, in Einklang gebracht werden.

Der Wortlaut des

## § 11 (R. B. § 11, G. § 14)

macht ersichtlich, daß, insofern die in Gemäßheit dieses Paragraphen außer Kraft tretenden landesgesetzlichen Prozeßvorschriften in Rechtsangelegenheiten gelten, welche nicht zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten des § 2 gehören, diese Vorschriften unberührt, insbesondere also in Sachen der nicht streitigen Gerichtsbarkeit und in Ansehung der Angelegenheiten anwendbar bleiben, welche die Führung des Handelsregisters, des Schiffsregisters und des Genossenschaftsregisters betreffen (vgl. Einführungsgef. z. nordd. Entw. § 4).

Die Aufhebung der sub Nr. 1—4 aufgeführten Vorschriften ist in den Bemerkungen zu den §§ 245, 249, 597 ff. unter Nr. VI. und 282 erörtert.

## § 12. (R. B. § 12, G. § 15.)

Zu Nr. 1

ist auf die Vorbemerkungen zu den §§ 209 ff. zu verweisen.

Zu Nr. 2.

In Bayern ist zwar das Bundesgesetz vom 4. Juli 1868, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, zur Einführung gelangt, allein nach § 2 des Reichsgesetzes vom 23. Juni 1873 (R. G. Bl. S. 146) sollen für die rechtlichen Verhältnisse der auf Grund des bayerischen Gesetzes vom 29. April 1869, betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vor dem 1. August 1873 eingetragenen „registrierten Gesellschaften“ die Bestimmungen des letzterwähnten Gesetzes maßgebend bleiben. Diese Bestimmungen enthalten Vorschriften über die Fortdauer des Gerichtsstandes der Gesellschaften zc. nach ihrer Auflösung (vgl. Schmitt, der bayerische Civilprozeß I. S. 286). Da dieselben durch § 19 der C. P. D. weder gedeckt noch ersetzt werden, so mußte zum

Zwecke ihrer Aufrechterhaltung ein Vorbehalt in das Einführungsgeſetz aufgenommen werden.<sup>1)</sup>

Das partikularrechtlich — in Bayern, Württemberg und Baden — bestehende Institut der Sperre der Zahlung abhanden gekommener Inhaberpapiere ist nach seiner prozessualischen Seite dergestalt mit dem materiellen Rechte verwaſchen, daß die Aufhebung der einschlagenden prozessrechtlichen Normen nicht thunlich erschien. Der Entwurf hält deshalb die landesgesetzlichen Vorschriften über das in Rede stehende Verfahren aufrecht. Hervorzuheben ist dabei, daß hier wie bei den weiteren landesgesetzlichen Vorbehalten des § 12, unter dem Verfahren auch die Bestimmungen über den Gerichtsstand, über die Aufhebung und den Vollzug der erkannten Maßregeln einbegriffen sind.

Insofern Streitigkeiten, welche die Zwangsenteignung und die Entschädigung wegen derselben betreffen, nach den Gesetzen vor anderen Behörden, als den bürgerlichen Gerichten ausgetragen werden müssen, findet auf das Verfahren in Gemäßheit der Vorschrift des Gerichtsverfassungsgesetzes § 2 die C. P. O. keine Anwendung. Aber auch soweit der ordentliche Rechtsweg vor den bürgerlichen Gerichten statthaft, besteht in den einzelnen deutschen Staaten ein durchaus abweichendes Verfahren, welches mehr oder minder durch das die Expropriation beherrschende öffentliche Recht beeinflusst ist und darum auch fernerhin, in einzelnen Punkten wenigstens, von der gewöhnlichen Prozedur abweichend wird erhalten werden müssen. Es gehört dahin insbesondere die Frage, wie und zu welchem Zeitpunkte die Abtretung des zu expropriirenden Fundus erreicht werden kann. Während beispielsweise nach preuß. Rechte die Enteignung des Grundstücks auf Antrag des Unternehmers von der Bezirksregierung ausgesprochen wird, wenn die Voraussetzungen des Gesetzes vom 11. Juni 1874 §§ 32, 34 vorliegen, und die Enteignungserklärung, insofern nicht ein anderes vorbehalten wird, die Einweisung in den Besitz in sich schließt, braucht nach bayerischem Rechte die Abtretung erst zu erfolgen, nachdem die Entschädigung im ersten Rechtszuge durch ein Urtheil festgestellt ist, gegen welches Einspruch nicht stattfindet, muß aber dann auch ohne Rücksicht auf Berufung geschehen. Nach badischem Rechte verhält es sich ähnlich, jedoch mit der Modifikation, daß auch der Einspruch keinen Suspensiv-Effekt hat und daß der die Abtretung Fordernde, noch bevor der Richter der ersten Instanz über die Entschädigungssumme erkannt hat, eine einstweilige richterliche Verfügung erwirken kann, durch welche vorläufig die Ermächtigung zur Besiznahme des Gutes erteilt wird (vgl. bayer. Ges. vom 17. November 1837 und Einf. Ges. zur bayer. Civilprozessordn. Art. 6; bad. Ges. v. 28. August 1835 §§ 57, 68—73). Unter diesen Umständen erschien es gerathen, die landesgesetzlichen Vorschriften über das Verfahren bei derartigen Streitigkeiten zc. überhaupt aufrecht zu halten. | S. 487.

Zu Nr. 3.

Der Ausdruck: „erbschaftliches Liquidationsverfahren“ begreift nicht bloß das spezifisch-preussisch-rechtliche Institut dieses Namens, sondern allgemein jedes im deutschen Reiche bestehende derartige gerichtliche Verfahren zu gleichem Zwecke, insbesondere das in Württemberg im Falle des Gebrauchs der Rechtswohlthat des Inventars eintretende Offizialverfahren zur Auseinandersetzung des Nachlasses.

Zu Nr. 4.

ist die Begründung am Schlusse der Vorbemerkungen über die Zwangsvollstreckung §§ 597 ff. unter Nr. VIII. gegeben.

<sup>1)</sup> In dem Abdruck der Motive (Nr. 6 der Drucksachen) lautete der erste Absatz der Motive zu Nr. 2 dahin:

In Bayern bestimmt sich zur Zeit die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, sowie der Vereine nach den Gesetzen v. 29. April 1869. Das Bundesgef. v. 4. Juli 1868 ist bisher nicht zur Einführung gelangt. In jenen Partikulargesetzen sind insbesondere über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins nach Auflösung derselben besondere Bestimmungen getroffen — Art. 49 Abs. 1 bezw. Art. 30 Abs. 1 (vgl. Bundesgef. v. 4. Juli 1868 § 49 Abs. 2). Da dieselben durch § 19 der C. P. O. weder gedeckt noch ersetzt werden, bei ihrer Beseitigung aber anderweite Vorschriften in dieser Richtung für Bayern fehlen würden, mußte zu Gunsten der landesgesetzlichen Vorschriften der nöthige Vorbehalt, wie geschehen aufgenommen werden.

Durch eine zu den Nummern 4, 5 und 6 der Drucksachen ausgegebene „Berichtigung von Druckfehlern“ ist das Versehen beseitigt worden.

## Zu Nr. 5.

Nach mecklenburgischem Rechte können die Obrigkeiten in zahlreichen Fällen zur Erfüllung ihrer obrigkeitlichen Pflichten nur durch die Gerichte angehalten und im Falle der Zuwiderhandlung nur durch die Gerichte bestraft werden. Das gerichtliche Verfahren wird auf Klage eines Fiskals eingeleitet; dasselbe bewegt sich in den Formen des Civilprozesses, wengleich dieselben vielfach von dem sonstigen Civilprozeßverfahren abweichen (vgl. Trotsche, mecklenb. Civilprozeß II. S. 222).

Die Fälle, welche im Wege des fiskalischen Verfahrens zur Verhandlung und Entscheidung gelangen, werden der weit überwiegenden Mehrzahl nach in den übrigen deutschen Rechtsgebieten im Wege des Disziplinarverfahrens erledigt. Das fiskalische Verfahren ist mithin eine Prozedur, bestimmt, die Disziplin gegen Obrigkeiten zu üben. Durch diesen Zweck sind Bestimmungen geboten, welche mit den Vorschriften der C. P. O. nicht im Einklang stehen können — und selbstverständlich konnte der Entwurf nicht die Absicht haben, eine Prozedur zu beseitigen, welche nur die Formen von dem Civilprozeße borgt, während sie einen Zweck verfolgt, zu dessen Realisirung der Civilprozeß nach seiner gegenwärtigen Auffassung nicht bestimmt ist. Da aber der § 2 des C. G. seinem Wortlaute nach auf das fiskalische Verfahren Anwendung finden könnte, so empfahl es sich zur Vermeidung von Zweifeln in einer für das mecklenburgische Landesrecht so wichtigen Materie reichsgesetzlich festzustellen, daß die das fiskalische Verfahren betreffenden Vorschriften durch den Entwurf nicht berührt werden.

| S. 488.

## Zu Nr. 6.

Die Vorschriften des französischen und badischen Rechts über den erwähnten Wohnsitz sind, soweit es sich um Zustellungen handelt, bereits in den Motiven zu den §§ 153, 154 erwähnt.

Nach französischem und badischem Rechte kann eine Vermögensabsonderung unter Eheleuten, d. h. Herstellung desjenigen Güterrechtsverhältnisses, kraft dessen die Frau im Besitze und in der Verwaltung ihrer Güter verbleibt, vertragsmäßig nur vor der Ehe verabredet, während der Ehe aber nicht durch bloße Uebereinkunft der Eheleute begründet werden. Läuft die Frau durante matrimonio in Folge eingetretener Vermögenszerrüttung des Ehemanns Gefahr, ihr Heirathsgut zu verlieren, so kann sie die Auflösung der sie benachtheiligenden Gütergemeinschaft und die freie Verwaltung ihres Vermögens nur dadurch erlangen, daß sie ein richterliches Urtheil auf Vermögensabsonderung erwirkt. Die Klage auf Vermögensabsonderung (demande en séparation de biens) ist im öffentlichen Interesse von gewissen Voraussetzungen und Förmlichkeiten abhängig gemacht, und das dabei einzuhaltende Verfahren — wie sich aus Code civ. art. 1443 ff., Code de commerce art. 65—70, Code de proc. art. 865—874, bad. Proz. Ordn. §§ 1056 ff. ergibt — im Zusammenhange mit dem materiellen Rechte so eigenthümlich gestaltet, daß dasselbe neben dem durch die C. P. O. geordneten Verfahren seine Berechtigung behält.

Während der § 12 der Landesgesetzgebung in Betreff der einzelnen aufgeführten Fälle sowohl rücksichtlich des Gerichtsstandes, als auch hinsichtlich des Verfahrens freien Spielraum gewährt, ist in Bezug auf die sachliche Zuständigkeit eine analoge Vorschrift in dem Einföhrungsgesetze zum Gerichtsverfassungsgesetze § 3 Abs. 3 getroffen.

Die Bestimmungen des

## § 13 (R. B. § 13, G. § 16)

sind im Einzelnen bereits gerechtfertigt ad 1 in den Motiven zu den §§ 251 ff., ad 2 in den Bemerkungen zu den §§ 249, 370, ad 3 in der Begründung der §§ 719 ff., ad 4 in den Vorbemerkungen zu den §§ 741 ff., ad 5 in den Vorbemerkungen zu den §§ 544 ff., ad 6—8 bei der Besprechung der §§ 557, 719 ff.

Zu bemerken bleibt, daß der Ausdruck: „bürgerliches Recht“ hier, wie in der C. P. O., gleichbedeutend mit „materielles Recht“ gebraucht ist, so daß es gleichgültig bleibt, in welchem Gesetzbuche, ob im Roder des Civilrechts oder der Prozeßordnung oder anderen Orts sich derartige Vorschriften vorfinden.

## § 14. (R. B. § 14, G. § 17.)

Die Bestimmungen des gemeinen Rechts über die Suspension der Beweisraft von Quittungen, von Schuldscheinen über den Empfang eines Darlehns und von schriftlichen Bekenntnissen der numeratio dotis bis zum Ablaufe einer bestimmten, für die beregten Urkunden verschieden normirten Zeitfrist (vgl. Windscheid, Pandekten 3. Aufl. II. §§ 344, 372, 704) haben in das preuß. A. L. R., in den Code civil und in das sächsische Civilgesetzbuch keine Aufnahme gefunden, sind ferner in Bayern (Ges. v. 26. März 1859), in Mecklenburg (schwerin. Verordn. v. 17. März 1838, freisilb. Verordn. v. 18. April 1838) und in Hamburg (Einführungsges. z. deutschen Handelsgesetzb. v. 22. Dezember 1865 §§ 30, 34) aufgehoben und sind endlich — | S. 489.

in Betreff der Quittungen und Schuldscheine — für den Bereich der Handelsgeschäfte auch in denjenigen Rechtsgebieten, in denen sie unverändert oder modificirt (Provinz Hessen, Ges. v. 20. Dezember 1840, Provinz Hannover, Prozeßordn. § 342, Oldenburg, Prozeßordn. Art. 189) von Bestand geblieben, durch das deutsche Handelsgesetzb. Art. 295 beseitigt. Da sie legislativ nicht gerechtfertigt erscheinen, überdies wegen der zahlreichen über ihren Sinn und Umfang bestehenden Kontroversen der Praxis große Schwierigkeiten bereiten (vgl. Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund Ed. II. § 62), so ist ihre Aufhebung wünschenswerth — und da sie nur noch in dem kleineren Theile Deutschlands Geltung haben, im Interesse der Rechtseinheit geboten. Diese Aufhebung hatte in Verbindung mit der C. P. D. zu erfolgen, weil jene Bestimmungen eine in dem Entwurf behandelte Materie — den Beweis durch Urkunden — berühren (vgl. nordd. Entw. § 565).

Die Ausnahme, welche der § 13 Abs. 2 in Betreff der zur Eintragung in das Hypothekenbuch bestimmten Schuldurkunden enthält, wird durch die Erwägung begründet, daß die in den einzelnen deutschen Rechtsgebieten erlassenen desfallsigen Vorschriften vielfach mit den Einrichtungen des Hypothekenwesens in einem so innigen Zusammenhange stehen, daß sie ohne tiefgreifende Störungen der Kreditverhältnisse nicht beseitigt werden können. Für Preußen hat diese Ausnahme durch die Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872 (vgl. Mot. z. Entw. derselben S. 37) ihre Bedeutung verloren, dagegen bleibt sie von Wichtigkeit z. B. für Bayern (Ges. v. 26. März 1859 § 2), für Sachsen (Schmidt, Vorles. über sächs. Privatrecht I. S. 423, 424), für Sachsen-Weimar (Einführungsges. z. Handelsgesetzb. v. 18. August 1862 § 22), für Württemberg (Einführungsges. z. Handelsgesetzb. v. 13. August 1865 Art. 46).

## § 15. (R. B. § 15, G. § 18.)

Der Code de proc. art. 1041 — nach der Interpretation des Erlasses des conseil d'Etat v. 16. Februar 1807 —, die bad. Prozeßordn. (Schlußbestimmungen sub II.) und die württemb. Prozeßordn. (Schlußbestimmungen sub II.) lassen die anhängige Instanz, das hannov. Ges. v. 4. Mai 1852 §§ 5 ff. (Leonhardt, B. P. D. Ed. IV. S. 487 ff.) und das bay. Ges. v. 29. April 1869, die Einführung einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten betreffend, Art. 13 ff., den Prozeßabschnitt, in welchem sich ein Rechtsstreit zur Zeit des Inkrafttretens der Prozeßordnung befand, nach dem bisherigen Prozeßrechte zu Ende führen, während sie übereinstimmend für die spätere Instanz resp. für den späteren Prozeßabschnitt die Anwendung des neuen Prozeßrechts vorschreiben. Abweichende Bestimmungen geben das preuß. Ges. über das Verfahren in Civilproz. v. 24. Juni 1867 §§ 106 ff. und das Einführungsges. z. nordd. Entw. §§ 5 ff.

Der Entwurf konnte sich diesen Vorgängen nicht anschließen. Rein allgemeines, ganz Deutschland berührendes Interesse fordert, daß die C. P. D. auch auf die bei Kraft eten anhängigen Prozesse in größerem oder geringerem Umfange ausgedehnt werden. Wenn es auch erwünscht sein muß, daß nach Einführung der C. P. D. nicht mehrfache, in ihren Fundamenten verschiedene Prozedurformen neben einander herlaufen, wenn auch insbesondere die Gerichtsorganisation in einzelnen Staaten die Hierarchie der bestehenden Spruchgerichte möglicherweise deartig umgestaltet, daß die Organe, welche bis zur Einführung der C. P. D. zur Entscheidung eines Rechtsstreits berufen waren, fernerhin nicht mehr oder doch nicht mehr in der bisherigen Zusammenfassung sich vorfinden, | so kann hierin doch nur ein partikulares Bedürfnis | S. 490.

gesehen und deshalb der Landesgesetzgebung überlassen werden, demselben durch Vorschriften über die Anwendung der C. P. O. auf bereits anhängige Prozesse Rechnung zu tragen. Die in der Sache selbst liegende Nothwendigkeit, möglichst bald eine einheitliche Prozedur herzustellen, wird die Landesgesetzgebung ohnehin auf derartige Vorschriften Bedacht nehmen lassen. Abgesehen davon wird durch das Einföhrungsgesetz zu dem Gerichtsverfassungsgesetze § 11 Vorsehr getroffen, daß der Erledigung der anhängigen Rechtsstreitigkeiten nach dem bisherigen Rechte durch die Beseitigung der höchsten Landesgerichtshöfe kein Hinderniß bereitet werden kann.

Sollte die C. P. O. auf bereits anhängige Prozesse — selbst mit der durch das angenommene Rechtsmittelsystem gebotenen Beschränkung, daß dieselben noch in erster Instanz schweben und in dieser Instanz noch nicht zur Erlassung eines End- (Theil-) Urtheils reif sind, wobei zugleich diejenigen Rechte gewahrt werden müßten, welche eine Partei dadurch erworben hat, daß zu ihren Gunsten über einen Streitpunkt bereits rechtskräftig entschieden ist — ausgedehnt werden, so würde dies, wie sich in Folge der obgedachten, minder weitgehenden Bestimmung des württemb. Einf. Ges. erfahrungsmäßig herausgestellt hat, vielfach zu prozessualen Komplikationen und Kontroversen Veranlassung geben und bereits erorbene Rechte der Parteien gefährden. In dieser Beziehung kommen hauptsächlich die Gebiete des gemeinen Rechts in Betracht in denen alle Deciddefrete des Richters, insbesondere das Beweisinterlokut der Rechtskraft fähig sind und damit für die Parteien bedingt erworbene Rechte schaffen.

#### § 16. (R. V. § 16, G. § 18.)

Der im § 15 aufgestellte Begriff der Rechtskraft bedurfte mit Rücksicht auf das Rechtsmittelsystem der bestehenden Prozeßrechte einer Präzisierung. Dieselbe konnte gemeinsam und im Sinne der C. P. O. dahin erfolgen, daß die Rechtskraft eines Endurtheils dann gegeben ist, wenn dasselbe mit einem ordentlichen, d. i. mit einem an eine Nothfrist, welche vom Tage der Verkündung oder Zustellung des Urtheils an läuft, gebundenen Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann.

Die Vorschrift des

#### § 17 (R. V. § 17, G. § 20)

war erforderlich, um die Anfechtung eines Endurtheils mittelst eines außerordentlichen Rechtsmittels im Sinne der bestehenden Prozeßgesetze nicht in ungemessene Fernen hinaus zu ermöglichen und die Gefahr abzuschneiden, daß künftige Generationen nach ihnen längst abhanden gekommenen Prozeßnormen zu entscheiden haben. Eine Schmälerung wohl erworbener Parteirechte ist darin nicht zu finden.

Der erste Absatz des

#### § 18 (R. V. § 18, G. § 21)

ist eine Konsequenz der Vorschriften des § 15. Der zweite Absatz soll die möglichen Zweifel erledigen, von welchem Zeitpunkte ab eine Zwangsvollstreckung nach den bisherigen Prozeßgesetzen als „anhängig“ anzusehen ist.

Der

#### § 19 (R. V. § 19, G. § 22)

ist bereits zu § 651 d. C. P. O. erörtert.

---