

*II delo 8*

*24-D-45*

*2945*



# ZUR LEHRE

VON DEN

# BESONDEREN VERFAHRENSARTEN

NACH DER

# NEUEN CIVILPROCESSORDNUNG.

VON



HOFRATH PROF. DR. EMIL OTT

(Separat-Abdruck aus der von Hofrath Prof. Grünhut herausgegebenen Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. XXX. Band, Heft 2.)

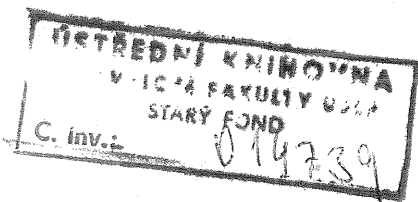
WIEN 1903.

ALFRED HÖLDER,

K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,  
I., ROTHENTHURMSTRASSE 13.

*64*

ALLE RECHTE VORBEHALTEN.



Es ist eines der unvergänglichen Verdienste Hans Briegleb's um die Theorie des Processrechtes, in seiner trefflichen Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse (1859, S. 12 ff.) den grundlegenden Unterschied zwischen stofflich beschränkten und blos beschleunigten besonderen Verfahrensarten klar dargelegt und nachgewiesen zu haben, wie jene Processform ihre Ausbildung auf Grund der Quellen des römischen Rechtes seit der Zeit der Glossatoren durch Gerichtsgebrauch gefunden hat, während die letztere der Decretalengesetzgebung des canonischen Rechtes ihren Ursprung verdankt.

Nicht der äusseren Anordnung, sondern dem Wesen nach unterscheiden sich beide Gattungen des herkömmlichen, sogenannten besonderen Verfahrens.

Wenn auch die älteren Rechtslehrer seit dem XIV. bis ins XVII. Jahrhundert sich des erwähnten massgebenden Unterscheidungsmerkmals zwischen den einzelnen Arten des besonderen Verfahrens deutlich bewusst waren, so ist dennoch in der späteren Doctrin des gemeinen und des österreichischen Processrechtes eine Verdunkelung der Begriffe insoweit eingetreten, als schliesslich von der herrschenden Lehre jede Art des Processganges, wobei der Streitverlauf eine Abweichung von dem regelmässigen erleidet, als ausserordentliche Verfahrensart angesehen wurde. Eine rühmenswerthe Ausnahme machten

hievon Wetzell (Kritische Jahrbücher der deutsch. Rechtswissensch., XXIV. Bd., S. 774) und Anton Menger (System des österr. Civilprocesses, I. Bd., S. 32 ff.).

Bei Schaffung der Josefinischen Gerichtsordnung 1781 glaubte sich die Gesetzgebung der Nothwendigkeit überhoben, neben beiden ordentlichen Processformen des mündlichen und schriftlichen Verfahrens noch irgendwelche besonderen Verfahrensarten anzuerkennen. Selbst in Besitzstörungsstreitigkeiten sollte die a. G. O. genügen (H. D. 20. Juni 1785, Z. 55, lit. g J. G. S.). Nicht einmal das Ehepatent Kaiser Josefs II. vom 16. Jänner 1783, Nr. 117 J. G. S., womit (§ 1) die Entscheidung der Ehestreitigkeiten dem kirchlichen Forum entzogen wurde, hielt es für erforderlich, das Verfahren in Ehesachen eingehender zu regeln. Nach manchen Schwankungen der Legislative führte die Macht der Verhältnisse dazu, bei Erlassung des a. b. G. B. (1811) zu dieser Frage entschieden Stellung zu nehmen und durch grundsätzliche Festhaltung der Untersuchungsmaxime wenigstens in Ehe-Ungiltigkeits- und Trennungsfällen eine von der a. G. O. abweichende Verfahrensart zu schaffen.

Die je weiter je mehr erschlaffenden Formen des josefinischen Gerichtsverfahrens büssten die Eignung ein, auch für Rechtssachen minderen Werthes und für solche, die beschleunigte Erledigung erheischen, zur Anwendung zu kommen und so entstand im Laufe der Jahrzehnte eine wahre Musterkarte besonderer Verfahrensarten unter der Geltung des alten Rechtes, wobei die wünschenswerthe Beschleunigung des Rechtsschutzes die wichtigste Rolle spielte.

In wesentlichen Punkten hat jedoch die Processgesetzgebung in Oesterreich bei Regelung der ausserordentlichen Verfahrensarten mit stofflich beschränkter Cognition andere Wege eingeschlagen, als es auf dem Boden des gemeinen Rechtes geschah. Vor allem hat unser Recht — vom Executivprocess abgesehen — sich dem mächtigen, hierin aber verhängnissvollen Einfluss der obersächsischen Juristen (Carpzow † 1666, Berger † 1732) zu entziehen gewusst, welche die Vertheidigung des Beklagten in dem auf den Grundlagen des mittelalterlichen *summatim cognoscere* aufgebauten Mandatsprocess nach der eigenthümlichen Natur der vom Belangten benützten Beweismittel beschränken wollten und somit auf den Beweis

der Einreden durch Urkunden und Augenschein einzuengen trachteten. Es ist dies umso bemerkenswerther, als noch der preussische Mandatsprocess vom 1. Juli 1833 (§ 3) und der Urkundenprocess des deutschen Reichsrechts (§ 598 n. Z.) diesem Einflusse unterlagen.

Auch hat unser Processrecht (mit einer abgeschwächten Ausnahme für das früher geltende Bestandsverfahren, § 15, lit. a 16, Pat. vom 16. November 1858, Z. 213 R. G. Bl.) die Zulässigkeit einer Ueberleitung des stofflich beschränkten Verfahrens in das ordentliche nicht gekannt, und abgesehen von dem Verfahren in Besitzstörungssachen ein nachträgliches, durch sogenannte Nachklage einzuleitendes Ordinarium nach abgeschlossenem Summarium niemals vorbehalten. In diesem Falle erschien es aber als zweckentsprechend, weil wesentlich verschiedene Rechtsfragen in dem Besitzprocess und im petitorischen Verfahren zu erörtern sind.

Die Civilprocessordnung vom 1. August 1895, Z. 113 R. G. Bl. hat sich, wie in vielen anderen Punkten, auch bei Lösung des Problems, welche ausserordentlichen Verfahrensarten im neuen Rechte aufrecht zu erhalten wären, nur durch Erwägungen wohlbegründeter Zweckmässigkeit leiten lassen. Dem Bedürfnisse wurde allseits entsprochen, überständige Processeinrichtungen dagegen mit Recht beseitigt. Wie sehr in letzterer Beziehung die Processreform fördernd eingriff, wird aus den nachfolgenden Ausführungen zu ersehen sein.

Nimmt man auf die einschlägigen Bestimmungen des VI. Theiles der Civilprocessordnung Rücksicht, so muss als besondere Verfahrensart jede Art der Behandlung und Erledigung von Rechtsstreitigkeiten vor ordentlichen Gerichten (§ 1 J. N.) bezeichnet werden, welche in ihrer Grundanlage oder in wesentlichen Stücken bei der Verhandlung von den Grundsätzen abweicht, die das regelmässige, durch die Civilprocessordnung geregelte Verfahren beherrschen. Einmal war es die Natur der Streitsache, die eine möglichst rasche Rechtsschutzgewährung erforderte, dann aber auch die eigenthümliche Beschaffenheit des Processstoffes, sei es in Rücksicht auf das in Betracht kommende Rechtsverhältniss, wie die Ehe, oder in Rücksicht auf die vorliegenden Beweise, wie Urkunden gewisser Art, welche dazu führten, dass entweder die

Formen der Streitverhandlung ganz besonders gestaltet oder aber die Rechtswirkungen einzelner Processhandlungen abweichend von der Regel bestimmt wurden.

Jede Neugestaltung des Civilprocesses seitens der Gesetzgebung vermindert die Zahl der Verfahrensarten. Die Geschichte der Entwicklung des Processrechtes beweist, dass zumeist vorerst für einen engeren Kreis von Streitsachen ein besonderes, beschleunigtes Verfahren als neues Recht Eingang findet, wobei unwesentliche Formen ausgeschieden und die ganze Verhandlung strammer zusammengefasst wird. Bereitwilligste Aufnahme wird im praktischen Rechtsleben dem so gestalteten Verfahren neben dem absterbenden ordentlichen Prozesse zu Theil, denn dieser, mit Formen überladen, erweist sich je weiter je mehr als allzu weitschweifig und schwerfällig.

Nicht lange erhält sich dieser Zustand; in Bälde tritt das vom regelmässigen abweichende Verfahren als Erbe des bisher geltenden ordentlichen Processes auf, indem es rücksichtlich aller Streitsachen seine Stelle einnimmt. Einen solchen Verlauf nahm nach dem Zeugnisse der Geschichte die Entwicklung des canonischen Gerichtsverfahrens, vornehmlich seit der Clementine: Saepe contingit (1306), sodann des gemeinen Processrechts zeuge des jüngsten Reichsabschiedes (1654) und schliesslich des österreichischen Processverfahrens im 19. Jahrhunderte.

Die Bieg- und Schmiegsamkeit des durch die neue Civilprocessordnung für Gerichtshöfe erster Instanz und für Bezirksgerichte eingeführten Verfahrens als Folge eines kräftigen richterlichen Processleitungsrechtes zeigt sich insbesondere in der Befugniss, eine Trennung des Verfahrens entweder betreffs einzelner geltend gemachter Ansprüche oder sogar nur bezüglich einzelner, denselben Anspruch betreffender Streitpunkte oder Angriffs- und Vertheidigungsmittel (§§ 188, 189 C. P. O.) zu verfügen und damit den Processstoff auf das zweckmässigste derart zu gestalten, dass das Wesentliche des Streitiges vollständig erschöpft, das Streitmaterial möglichst klar erfasst und auf das eingehendste durchdrungen werden kann.

Als Correlate passendster Gestaltung des Processstoffes treten zwei Formen entsprechender Streiterledigung, das Theil-

und Zwischenurtheil (§§ 391, 393 C. P. O.) ihr zur Seite, welche den Rechtsstreit stückweise, und zwar ersteres nach den einzelnen neben oder gegen einander geltend gemachten Ansprüchen durch Leistungsurtheil, das letztere aber nach einzelnen wesentlichen Processstoffelementen, nämlich nach präjudiciellen Rechtsfragen, durch Feststellungsurtheil der Endentscheidung entgegenführen.

Die dem Gerichte zustehende discretionäre Gewalt bewirkt, dass jede Anführung von Thatsachen und alle Anbietung von Beweisen, die offenbar nur in der Absicht einer Processverschleppung erfolgt, unberücksichtigt bleibt; aber es entfallen auch Beweisaufnahmen, die dieses Ziel allein anstrebten (§§ 179, 181, II, 275, 278 C. P. O.).

Was endlich den äusseren Processverlauf anbelangt, ist die Erstreckung von Tagsatzungen gleichwie der Schluss der Verhandlung nicht mehr dem Parteiwillen anheimgestellt, sondern richterlichem Ermessen vorbehalten (§§ 134, 193 C. P. O.). Aus gewichtigen Gründen kann das Gericht ferner auf Antrag auch nur einer Partei zur Abwendung drohender erheblicher Nachtheile richterliche und gesetzliche Fristen abkürzen (§ 129 II C. P. O.).

In Anbetracht alles dessen erwies sich für den neuen Civilprocess die Aufnahme einer Art von summarischen Verfahrens, ähnlich dem mit Hofdecret vom 24. October 1845, Z. 906 J. G. S. geregelt, als völlig überflüssig; denn das Gericht selbst ist in der Lage, in vollstem Umfange Sorge zu tragen für eine beschleunigte Erledigung der Sache ohne Abbruch für die gründlichste Erörterung des Streitstoffes. Aus dieser einzigen Rücksicht möglicher Beschleunigung des Processverlaufes war aber schon im italienischen Territorialprocess seit der Mitte des 12. Jahrhunderts und später in der Particulargesetzgebung eine Scheidung des Verfahrens in ein ordentliches und summarisches nach der Höhe der Streitsumme beliebt worden.

Die Beschleunigung und Concentrirung des für Gerichtshöfe I. Instanz vorgeschriebenen Verfahrens überhaupt entthob den Gesetzgeber der Sorge für ein besonderes Verfahren in Handelssachen und in bergrechtlichen Angelegenheiten, obwohl hiefür im alten Rechte durch die H. D. vom

9. April 1782, Z. 41 J. G. S. und vom 1. November 1781, Z. 28 J. G. S. neben der a. G. O. vorgesorgt worden war.

Das Zwitterding des durch vergriffene authentische Auslegungen missgestalteten Executivverfahrens (§ 298 a. G. O. und H. D. vom 7. Mai 1839, Z. 358 J. G. S.) hat das neue Recht leicht über Bord werfen können, da es in der Gestaltung der ersten Tagfahrt (§ 239, 440, verba: „in der Regel“ C. P. O.) Mittel und Wege fand, um die mit dem Executivverfahren verknüpften praktischen Vortheile, nämlich bei Schuldbekennniss und Versäumniss des Beklagten rasch einen Executionstitel zu beschaffen und Execution zur Sicherstellung zu ermöglichen (§ 370, 371, Z. 1 Ex. O.), ohne Herübernahme dieser degenerirten Verfahrensart aufrecht zu erhalten.

Genügenden Ersatz für das Aufforderungsverfahren in seinen beiden Formen, nämlich als *provocatio ex lege: diffamari* (§ 66 der josef. G. O.) und in Sachen eines beabsichtigten Baues (§ 72 der josef. G. O.) bieten die Feststellungsklagen (§ 228, Art. XXXVIII C. P. O.), zumal sie rascher zum Ziele führen als die eben erwähnte Rechtseinrichtung, die mittelalterlicher Processpraxis und Doctrin ihren Ursprung und Ausbau verdankt (vergl. meine Ausführungen in der Gerichtszeitung, 1899, S. 171 ff.). Bei Klagen in Bausachen wurde in zutreffender Würdigung des begreiflichen Interesses des Bauherrn an baldigster Fortsetzung des Baues für eine rasche Durchführung und Erledigung des Streites auch durch die Bestimmung vorgesehen, dass Prozesse, in welchen über die Fortführung eines angefangenen Baues gestritten wird, als *Ferialsachen* zu behandeln sind (§ 224, Z. 2 C. P. O.).

Nicht minder genügen die Vorschriften über das vorbereitende Verfahren vor Gerichtshöfen I. Instanz und die Bestimmung des § 440, III C. P. O. im bezirksgerichtlichen Verfahren vollends, um ein besonderes Verfahren im Rechnungsprocesse (§ 100 ff. a. G. O.) entbehrlich zu machen. Rechnungslegung ist eine Rechenschaftsablegung betreffs geführter Vermögensverwaltung, beziehungsweise obgelegener Geschäftsführung, in arithmetischer Form. Die Zusammenfassung aller Feststellungsklagen (§§ 227, 228 C. P. O.) gegenüber den mannigfachsten Aufstellungen einer gelegten Rechnung ermöglicht eine eingehende Kritik der in den Rechnungsansätzen

sich widerspiegelnden wirthschaftlichen und geschäftlichen Thätigkeit des Verwalters (Geschäftsbesorgers) fremden oder eines mit dem Rechnungsempfänger gemeinschaftlichen Vermögens in einem Zuge. Keinen Unterschied macht es, mag ein Mandat, Geschäftsführung ohne Auftrag, Societät, Miteigenthum oder Erbschaftsverwaltung im Verhältnisse zum Mit- oder Notherben die Grundlage der Pflicht zur Rechnungslegung bilden (§§ 1012, 1039, 1198, 837, 786 a. b. G. B.; H. D. 27. März 1847, Z. 1051 J. G. S., Art. 270 H. G. B.).

Aufgabe dieser zu einem Ganzen verbundenen Feststellungsklagen wird es sein, zu erörtern, ob und inwieweit die Ergebnisse der in der gelegten Rechnung im einzelnen dargestellten Verfügungen und Bemühungen des Rechnungslegers entsprechende sind, d. h. mit dem natürlichen Verlaufe und mit den Grundsätzen einer bestimmten, ihm obgelegenen wirthschaftlichen Thätigkeit im Einklange oder im Widerstreite stehen.

Diese Feststellungsklagen werden aber auch darthun, dass die mangelnde Uebereinstimmung zwischen dem überhaupt erzielbaren und dem in der Rechnung als erzielt ausgewiesenen Ergebnisse der geführten Verwaltung auf ein von dem Verwalter zu vertretendes Verschulden zurückzuführen ist, sei es, dass von ihm Einnahmen überhaupt oder in höherem Betrage verabsäumt oder aber unnütze und unzweckmässige Ausgaben gemacht wurden.

Mittels affirmativer Feststellungsklagen wird der Rechnungsempfänger als Kläger die Feststellung anstreben, dass ihm aus der geführten Verwaltung, beziehungsweise aus einzelnen Wirthschaftszweigen gewisse Einnahmen gebühren, die überhaupt nicht angeführt oder nur mit einem geringeren Betrage angesetzt wurden. Mittels negativer Feststellungsklagen wird hingegen von ihm ein Erkenntniss darüber beantragt werden, dass dem Rechnungsleger der Ersatz für einen in Anrechnung gebrachten Aufwand überhaupt nicht oder nur mit einem geringeren als dem angesetzten Betrage zukommt. Durch die Klägerrolle des Rechnungsempfängers bei diesen eben gedachten negativen Feststellungsklagen wird die Beweislast des Rechnungslegers rücksichtlich der für diese Ansprüche rechtsbegründenden Thatsachen selbstverständlich nicht berührt; der letztere bleibt diesfalls beweispflichtig. (Vergl. meine Ausführungen in der Oesterr. Gerichtszeitung, 1899, S. 42.)

Das den Bezirksgerichten vorbehalten Verfahren in geringfügigen Rechtssachen und in Besitzstörungstreitigkeiten weist nur einzelne, aus Gründen der Zweckmässigkeit getroffene Abweichungen vom ordentlichen Verfahren auf, ohne dass diesen Verhandlungsformen hiedurch der Charakter besonderer Verfahrensarten aufgeprägt worden wäre.

In Bagatellsachen (bis zu 100 K) ist dem Kläger schleunige Rechtshilfe erfahrungsmässig willkommener als eine gar zu gründliche Erörterung des Streitigen, die allzu viel Zeit erheischt. Darum wurde in diesen Rechtssachen, um anderenfalls unabweislichen Erstreckungen vorzubeugen, durch Zulassung der Gattin als Processbevollmächtigten sogar der Grundsatz, dass nur eigenberechtigte Männer im Prozesse vertreten dürfen, durchbrochen (§§ 449, 29), sowie der Fortgang des Verfahrens, insbesondere bei Abweisung streiteinlassungshindernder Einreden (§ 450) beschleunigt, aber auch den Parteien die Möglichkeit einer Berufung entzogen, welche lediglich die Ueberprüfung des Spruches aus dem Gesichtspunkte einer zutreffenderen rechtlichen Beurtheilung bezweckt (§ 501 C. P. O.). Damit entfällt die Nothwendigkeit der Protokollirung des Inhaltes des beiderseitigen, auf den Sachverhalt bezüglichen Vorbringens und einer Rüge von Processmängeln, welche zur Behebung der behaupteten Verletzung processrechtlicher Vorschriften seitens des Gerichts nicht geführt hat (§ 451 C. P. O. verbum „nur“), trotzdem vielleicht eben dadurch eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurtheilung der Streitsache (§ 496, Z. 2 C. P. O.) verhindert wurde.

In Besitzstörungstreitigkeiten hat die Gesetzgebung die in langjähriger Praxis bewährten Besonderheiten beibehalten und mit den Grundsätzen des neuen Verfahrens in Einklang gebracht, diesen gemäss aber auch die Zulässigkeit eines Revisionsrecurses gegen gleichlautende Entscheidungen der beiden Unterinstanzen beseitigt (§ 528 C. P. O.).

Die Beschränkung des Processstoffes in Besitzstörungstreitigkeiten auf die Erörterung der Thatsache des letzten Besitzstandes und der erfolgten Störung (§ 457 C. P. O.) ist eine Folge der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, weshalb mit gutem Grunde die allfällig nachfolgende Geltendmachung des

Rechts zum Besitze und der davon abhängigen Ansprüche im petitorischen Klagswege gewahrt bleibt (§ 459 C. P. O.).

In Uebereinstimmung mit dem, nach dem Vorbilde gemeinrechtlicher Praxis und particularrechtlicher Entwicklung in Böhmen (1575, 1712) und Sachsen (1724), bereits in den älteren Vorschriften über das *possessorium summarissimum* (1830, 1836, 1849) erfolgten Ausschlusse des Parteieneides blieb den Parteien ihre eidliche Vernehmung als Beweismittel versagt (§ 457).

Dem Charakter des Endbeschlusses als einstweiliger Norm für den thatsächlichen Besitzstand (§ 459) entspricht der Ausschluss der ausserordentlichen Rechtshilfe durch Wiederaufnahmsklage (§ 530 verba: durch Urtheil C. P. O.).

Mit der Präventivtendenz dieses *propter timorem armorum et rixarum* im Mittelalter geschaffenen Verfahrens steht es im Einklange, dass einstweilige Vorkehrungen zur Abwendung der dringenden Gefahr widerrechtlicher Beschädigung, zur Verhütung von Gewaltthätigkeiten oder zur Hintanhaltung unwiederbringlichen Schadens von amtswegen verfügt werden können (§ 458 C. P. O.), trotzdem sonst ein diesfälliges Begehren vorausgesetzt wird (§ 378 E. O.).

Ohne dass die besonderen Verfahrensarten eine Vermehrung erfahren hätten und ohne dass vielleicht nur das Moment schleuniger Erledigung der bezüglichen Rechtssachen von durchschlagender Bedeutung gewesen wäre, wurden in Berücksichtigung der Anforderungen des praktischen Lebens aus dem bisher geltenden Rechte die im Folgenden angeführten herübergenommen, die insgesamt in wesentlichen Stücken Abweichungen von dem ordentlichen Rechtsgange aufweisen.

Insbesondere verdient hiebei der Umstand Beachtung, dass die zweifache Form der Rechtsschutzgewährung, nämlich Rechtsfeststellung und Zwangsvollstreckung, je nach der verschiedenen Gestaltung der Lebensverhältnisse dem Staatsbürger in ganz besonderer Verknüpfung und Reihenfolge zur Verfügung gestellt wurde, um den Bedürfnissen eines fortgeschrittenen Rechtsverkehrs zu genügen.

Während im ordentlichen Verfahren, soweit es bei vermögensrechtlichen Ansprüchen auf Leistungen ankommt, rechtskräftige Feststellung des Rechtsanspruches die Unterlage

der Zwangsvollstreckung bildet, geht in einzelnen der besonderen Verfahrensarten die Erlassung des Leistungsauftrages voraus, es wird aber dessen Vollstreckbarkeit gänzlich oder theilweise durch Abwehrhandlungen des Gegners aufgehoben, die in der Regel zu erschöpfender rechtskräftiger Erledigung der Streitsache, in einem Falle aber lediglich zu dermaliger Zurückweisung des geltend gemachten Anspruches ohne nähere Erörterung desselben führen. Schliesslich ist zu betonen, dass in einem besonderen Verfahren, welches mit blossen Feststellungsurtheilen über familienrechtliche Verhältnisse abschliesst, die bezüglich der Beschaffung des Processstoffes sonst herrschende Processmaxime auch im neuen Rechte völlig verlassen blieb.

Dem übereinstimmenden Parteiwillen ist die Kraft, die Anwendung einer besonderen Verfahrensart auszuschliessen, nur dann benommen, wenn öffentliche Rücksichten neben Privatinteressen für deren gesetzliche Einführung massgebend waren.

Als besondere Verfahrensarten des neuen Rechtes kommen in Betracht:

**1. das Mandatsverfahren überhaupt und insbesondere in Wechselsachen** (VI. Theil, I. und II. Abschnitt C. P. O.). In einem auf dem Mündlichkeitsprincipe aufgebauten Processrechte kann es freilich als eine — nur durch überwiegende Zweckmässigkeitsrücksichten gerechtfertigte — Anomalie gelten, wenn das Gericht ohne vorgängige mündliche Verhandlung, lediglich auf Grund einer schriftlich vorliegenden Klage die Erfüllung des Klagebegehrens durch Zahlung einer bestimmten Summe Geldes oder Leistung einer gewissen Menge vertretbarer Sachen (Fungibilien-Leistung) dem Schuldner aufträgt.

Auf den Grundlagen eines von der Praxis und italienischen Statutarrechten geschaffenen Verfahrens, das eine besondere Art rascher und schneidiger Eintreibung von Forderungen zulies, falls die hiefür beigebrachten Urkunden das *pactum executivum*, d. h. die Erklärung des Schuldners, sich der *parata executio* zu unterwerfen, in sich schlossen (*instrumenta guarentigiata*), entwickelte sich in der gemeinrechtlichen Gerichtspraxis unter dem Einflusse des Reichskammergerichtes ein noch im Reichsdeputationsabschiede von 1600, §§ 31—35 an die

Voraussetzung der Executivklausel gebundenes Mandatsverfahren.

Dieses Verfahren, welches der jüngste Reichsabschied 1654, § 107 und das Concept des Reichsabschiedes von 1688 für Wechselbriefe auch ohne Executivklausel ausdrücklich anerkannten, fand im älteren österreichischen Rechte zunächst nur Aufnahme bei Eintreibung von Wechselforderungen (H. D. vom 16. März 1811, Z. 933 J. G. S. und H. D. vom 14. September 1823, Z. 1966 J. G. S.).

Weit später kam es mit entsprechenden Modificationen nicht nur rücksichtlich aller durch Notariatsacte ausgewiesenen Forderungen ohne Unterschied der versprochenen Leistung zur Anwendung (kais. Verord. vom 21. Mai 1855, Z. 95 R. G. Bl.), sondern gewann in der Folge ein weit ausgedehntes Anwendungsgebiet bei qualificirtem Urkundenbeweise überhaupt (Verordnung des Justizministeriums vom 18. Juli 1859, Z. 130 R. G. Bl.).

Das bei Gerichtshöfen erster Instanz und bei Bezirksgerichten je nach der Werthshöhe (1000 K, § 49 J. N.) gemäss der neuen Civilprocessordnung zulässige Mandatsverfahren verfolgt zwar das gleiche Ziel wie das ordentliche Verfahren, nämlich die Erwirkung eines endgiltigen Ausspruchs des Gerichtes darüber, dass der Schuldner seiner Leistungspflicht unter Zwangsvollstreckungsfolgen nachzukommen hat. Jedoch in der Art, wie dieses Ziel erreicht wird, besteht ein gewichtiger Unterschied.

Das Wesen des Mandatsverfahrens besteht darin, dass in Erledigung der Klage, worin der Kläger über alle rechtsbegründenden Thatsachen einen besonders verlässlichen Urkundenbeweis erbringt, dem beklagten Schuldner unmittelbar und ohne vorheriges rechtliches Gehör, mittels Zahlungsauftrages die Leistung auferlegt, ihm aber zugleich das Recht gewahrt wird, gegen die Zahlungsaufgabe binnen der Leistungsfrist Einwendungen anzubringen, über welche mündlich zu verhandeln und nach geschlossenem Verfahren darüber zu erkennen ist, ob der Zahlungsbefehl aufrecht erhalten oder ob und inwiefern er aufgehoben werde.

Während der Dauer eines über die Einwendungen eingeleiteten und anhängigen Verfahrens kann der Gläubiger Sicherungsexecution führen und damit genügende Sicherstellung für seine

Forderung erwirken (§ 371, Z. 2 E. O.), ohne glaubhaft machen zu müssen, dass mangels einer solchen die Zwangsvollstreckung in der Folge vereitelt oder erheblich erschwert würde. Die erwirkte Sicherstellung verliert selbst dann nicht ihre Wirksamkeit, wenn der Schuldner späterhin in Concurs verfällt, weil der Mandatskläger sodann die Rechte eines Realgläubigers besitzt (§ 12, Z. 2, 30 Conc. O.).

Eingeleitet wird das Mandatsverfahren nicht von Gesetzes wegen, sondern infolge besonderen, darauf gerichteten Antrags (Processbitte) des Klägers. Durch Parteienvereinbarung kann das Mandatsverfahren von vornherein ausgeschlossen werden, denn dem Gläubiger muss es zustehen, auf eine Berechtigung, die ihm vom Gesetze im allgemeinen eingeräumt wird, für einen einzelnen Fall ausdrücklich zu verzichten, da hiedurch nur seine Interessen berührt werden. In einen Wechsel darf aber eine darauf abzweckende Klausel niemals Aufnahme finden, weil dadurch der im Wechselverkehr unentbehrliche rigor cambialis geschwächt und damit die Umlauffähigkeit des Wechsels beeinträchtigt würde.

Das Mandatsverfahren des österreichischen Rechtes unterscheidet sich wesentlich von dem auf dem gemeinrechtlichen Executivverfahren beruhenden Urkundenproccesse des deutschen Reichsrechtes. Im Urkundenverfahren erfleht über die Klage kein Zahlungsbefehl; dem durch eine Urkunde von welcher Art immer ausgewiesenen Klagsanspruch auf Fungibilienleistung wird vorläufig Rechtsschutz insofern zu Theil, als bei der über die Klage angeordneten Tagsatzung lediglich im Sinne der altsächsischen Praxis liquide, d. i. durch Urkunden oder Eid erweisliche Einwendungen zugelassen werden. Alle sonstigen bleiben einem sich an den abgeschlossenen Urkundenprocess unmittelbar anschliessenden Nachverfahren vorbehalten. Der Gläubiger benimmt im Urkundenproccesse dem Schuldner die Möglichkeit, das der Klage zugrunde liegende Forderungsverhältniss allseitig und erschöpfend unter Anwendung aller sonst zulässigen Behelfe zu erörtern, wenn er selbst davor nicht zurückschreckt, seinen Anspruch nur mit Beweismitteln einer bestimmten Art darthun zu wollen. Infolge der beschränkten Urtheilsgrundlage begründet das in diesem Verfahren geschöpfte Urtheil zwar vorläufige Vollstreckbarkeit,

entbehrt jedoch der Wirkung, das streitige Rechtsverhältniss für alle Zukunft unanfechtbar festzustellen, denn es erfolgt „mit Vorbehalt der Rechte“ des Beklagten (vgl. §§ 592—601, 708, Z. 4 der neuerlich kundgemachten Civilprocessordnung für das Deutsche Reich vom 17. Mai 1898).

Nach österreichischem Rechte kann Klagegrund einer Mandatsklage nur eine Forderung sein, mag sie sich auf einen Vertrag, eine erlittene Beschädigung oder das Gesetz (ex variis causarum figuris, § 859 a. b. G. B.) gründen (§ 548 C. P. O.). Keinen Unterschied macht es, ob die Schuld eine gemeinrechtliche oder Handelsschuld ist. Wechselforderungen sind jedoch in dem hiefür eingeführten besonderen Mandatsverfahren geltend zu machen, dagegen Ansprüche aus kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen bei Vorliegen aller gesetzlichen Bedingungen im gewöhnlichen Mandatsproccesse.

Der Klagsantrag ist auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder auf Leistung einer gewissen Menge vertretbarer Sachen gerichtet. Ihrem Wesen nach ist eine Mandatsklage auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses oder Anspruches selbstverständlich ausgeschlossen.

Kraft positiver Satzung ist im Gegensatze zum älteren Rechte das Mandatsverfahren dermal bei Ansprüchen auf Herausgabe oder Leistung bestimmter beweglicher Sachen, auf Erwirkung oder Unterlassung von Handlungen unzulässig (§ 548 C. P. O.; Motive S. 320).

Obwohl die Hypothekarklage gemäss § 461 a. b. G. B. lediglich Gestattung des Verkaufes der verpfändeten Liegenschaft anstrebt, ist für dieselbe das Mandatsverfahren insoweit zugelassen, als das Klagsbegehren Bezahlung aus dem verpfändeten Gute anstrebt (vgl. Formularienbuch Nr. 97). Hiebei darf nicht übersehen werden, dass der Ersteiger eines unbeweglichen Gutes alle pfandrechlich sichergestellten und aus dem Meistbote zu berichtigenden Forderungen als Selbstschuldner unter Entlassung des früheren Schuldners übernimmt, wenn nicht spätestens acht Tage vor dem Versteigerungstermine die Berichtigung durch Baarzahlung gefordert worden war (§ 171 E. O.), weshalb gegen den Ersteiger nicht blos die Pfand-, sondern auch die Schuldklage mit Erfolg wird erhoben werden können. Gleiches gilt von dem Erwerber einer zur Ver-



steigerung gelangenden Liegenschaft, die durch freihändigen Verkauf gemäss § 200, Z. 1 E. O. veräussert wurde, da für die Vertheilung des Uebernahmspreises die Bestimmungen des § 223 E. O. und somit auch des § 171 E. O. Anwendung zu finden haben.

Schriftliche Bestellung eines Faustpfandes — in welcher Urkundenform immer — unter Kaufleuten aus beiderseitigen Handelsgeschäften (Art. 310 H. G. B.) gewährt auch künftighin den Vortheil der unmittelbaren Pfandrealisierung ohne Klage durch öffentlichen Pfandverkauf (§ 47 Einf. G. z. H. G. B., Art. XIII Einf. G. z. E. O.).

Klagsgegenstand ist nach dem Vorausgeschickten Geld als Gattungsschuld, ingleichen Werthpapiere als vertretbare Sachen in bestimmter Anzahl, somit auch eine in Münzen genau bezeichneter Art, z. B. Dukaten (Art. 336, II H. G. B.) zu tilgende Forderung, keineswegs aber gewisse Werthpapiere bestimmter Art, die durch Serien- und Nummernbezeichnung individualisirt sind. Der Begriff vertretbarer (nicht etwa verbrauchbarer) Sachen ist in dem im Handel und Verkehre gebräuchlichen Sinne (Art. 301 H. G. B.) zu begrenzen; somit sind darunter nur Sachen zu verstehen, die nach Mass, Menge oder Gewicht zum Gegenstande des Handelsverkehrs werden. Der blosser Parteiwille kann Sachen anderer Art nicht den Charakter fungibler verleihen. Da bei vertretbaren Sachen die einzelnen Stücke innerhalb derselben Gattung gleichwerthig sein müssen, kann es sich nur um bewegliche Sachen handeln.

Eine bestimmte Menge wird vom Kläger nicht bloss dann verlangt, wenn die Forderung geradezu ziffermässig festgesetzt ist, sondern auch wenn ein Gesamtbetrag von wiederkehrenden Geldleistungen oder Nutzungen für eine genau bestimmte Zeit in Frage steht, deren Grundeinheit präzise fixirt ist, z. B. Zinsen, Unterhaltsbeträge, Ausgedingsleistungen.

Bestimmt ist auch eine Alternativforderung, falls beide möglichen Leistungen vertretbare Sachen, wenn auch verschiedener Art betreffen und zur Wahl des Geklagten stehen (§ 42 E. O.). Ist ausnahmsweise dem Gläubiger das Wahlrecht vorbehalten, so hat er es in der Klage durch Forderung der von ihm bevorzugten Leistung auszuüben.

Betrifft die Leistungspflicht des Schuldners eine bestimmte Menge vertretbarer Sachen, so ist der Gläubiger nicht ver-

pflichtet, ähnlich wie im Mahnverfahren (§ 4 des mit Art. XXVIII. des Einf. G. zur C. P. O. in Geltung belassenen Gesetzes vom 27. April 1873, Z. 67 R. G. Bl.) den Abfindungsbeitrag zu bezeichnen. Gleichwohl ist ihm die Berechtigung hiezu vermöge der allgemeinen Weisung des § 410 C. P. O. unbeschränkt (ohne richterliches Mässigungsrecht) eingeräumt (Klein, Vorlesungen S. 223). Die Ausübung dieser Befugniss wird mit Rücksicht auf die Anordnungen der E. O. §§ 12, 39, Z. 7 keinen Schwierigkeiten begegnen; der Kläger wird nur den ursprünglichen Klagsgegenstand durch Zwangsvollstreckung eintreiben, Geklagter aber sich letzterer durch Leistung der Abfindungssumme entziehen können.

Eine durch Gegenleistung bedingte Forderung — mag nun eine vorgängige oder Zug um Zug erfolgende Leistung des Mitcontrahenten in Frage stehen — kann ebensowenig wie im Mahnverfahren (§ 5 cit. G.) auch im Mandatsprocesse hereingebracht werden. Hiefür spricht mangels einer ausdrücklichen Anordnung nicht nur das Wesen der Sache, sondern auch die historische Entwicklung. Die Vorschrift des § 8 E. O., welche derartig bedingte Leistungen vor Augen hat, setzt als Executionstitel einen richterlichen Ausspruch voraus, der die Gegenleistung ausdrücklich vorbehält, was mit der Natur eines Leistungsmandats, d. h. eines die Erfüllung der Schuldverpflichtung voraussetzungslos und unbedingt auferlegenden Gebots unvereinbar ist. Endlich ist zu erwägen, dass § 549 C. P. O., trotzdem er von der Einrede der Verjährung als eines die Schuldeintreibung vereitelnden Hindernisses Erwähnung macht, der *exceptio non adimpleti contractus* (§ 1052 a. b. G. B.) mit keinem Worte gedenkt, obwohl dieses Hinderniss der Geltendmachung einer durch Vorleistung oder gleichzeitige Gegenleistung bedingten Forderung ein sicherlich gewichtigeres ist und somit hätte Erwähnung finden müssen, falls auch derartig beschränkte Forderungen den Gegenstand des Mandatsverfahrens hätten bilden sollen.

Dem Mandatsprocesse eigenthümlich und nur aus dem Wesen dieser Verfahrensart, welche das Grundprincip jedes gerichtlichen Verfahrens, den Grundsatz gleichen rechtlichen Gehörs, vorerst ausschliesst, erklärlich ist die Beschränkung des Beweises aller Klagsthatsachen, mögen sie den

Anspruch des Klägers in der Hauptsache oder rücksichtlich der Nebenforderungen begründen, auf einen besonders verlässlichen Urkundenbeweis. Nur kraft gesetzlicher Weisung vollbeweisende, im Original beigebrachte, mit keinen äusseren Mängeln behaftete Urkunden (§ 296 C. P. O.) genügen in dieser Richtung. Urkunden solcher Art sind:

α) Vor allem öffentliche, im Geltungsgebiete der Civilprocessordnung oder ausserhalb desselben von öffentlichen, einer inländischen Behörde unterstehenden Organen errichtete Urkunden, wobei es keinen Unterschied macht, ob der Urkunde gemäss allgemeiner gesetzlicher Anordnung oder zufolge besonderer gesetzlicher Weisung (§ 293 C. P. O. und Art. VII Z. 1 Einf. G. z. C. P. O.) die Kraft einer öffentlichen zukömmt, insbesondere sonach auch notarielle Urkunden, speciell die Ausfertigung eines Notariatsacts (§§ 2, 62, 98, 99 Not. O.). Im Auslande, einschliesslich der anderen Reichshälfte, von hiezu berechtigten Organen errichtete öffentliche Urkunden geniessen unter der Voraussetzung der Gegenseitigkeit hierlands wohl die Beweiskraft im Inlande errichteter Urkunden gleicher Gattung (§ 293 II C. P. O.), entbehren jedoch der Fähigkeit, zur Einleitung des Mandatsverfahrens zu dienen (§ 548, Z. 1 C. P. O.).

Ein rechtskräftiges inländisches richterliches Urtheil bildet als Executionstitel (§ 1, Z. 1 E. O.) die Grundlage eines Antrages auf Zwangsvollstreckung, keineswegs aber einer Mandatsklage. Im Hinblick auf die von amtswegen zu beachtende Rechtskraft müsste eine solche a limine fori zurückgewiesen werden (§§ 411, 240 C. P. O.).

β) Es genügt aber auch der Nachweis der den Klagsanspruch begründenden Thatumstände durch Privaturkunden, welche die gerichtlich oder notariell beglaubigte Namensfertigung (wohl auch Handzeichen, § 294 C. P. O.) des Ausstellers tragen, oder solche, auf Grund welcher für die eingeklagte Forderung ein dingliches Recht in einem inländischen öffentlichen Buche einverleibt (nicht lediglich vorgemerkt) ist, ohne dass der Eintrag im nichtstreitigen Verfahren durch Recurs gegen den Einverleibungsbescheid oder im Streitverfahren durch eine bücherlich angemerkte Klage auf Ungiltigkeit des Eintrags (§ 61 Grundb. O.) angefochten worden ist (§ 548, Z. 2, 3).

Zu beachten ist hiebei, dass einerseits vollbeweisende, lediglich mit der eigenhändigen Namensfertigung vollzogene Privaturkunden (§ 294 C. P. O.) nicht genügen, andererseits aber bei Vorliegen eines unangefochtenen grundbücherlichen Pfandrechtseintrages die Beweiselemente der denselben begründenden Privaturkunde insoweit ausser Betracht bleiben, dass in der Zeit vor dem Inkrafttreten der Grundbuchsordnung vom 25. Juli 1871, Z. 95 R. G. Bl. errichtete, der Legalisirung entbehrende Privaturkunden und seit der Geltung des Rahmengesetzes vom 5. Juni 1890, Z. 109 R. G. Bl. in den einzelnen Königreichen und Ländern (z. B. in Böhmen des Landesgesetzes vom 26. März 1891, Z. 25 L. G. B.) betreffs ihrer Echtheit behördlich nicht beglaubigte sogenannte geringfügige Intabulationsurkunden — mit Ausnahme von landtäflichen Eintragungen — genügen. Als einverleibungsfähige Urkunde kann selbstverständlich auch eine im Auslande errichtete, mit der erforderlichen Beglaubigung versehene öffentliche oder Privaturkunde dienen (§ 32 Grundb. O.).

Die Anfechtung des Eintrages ist als rechtserwerbshindernde Thatsache vom Geklagten in den Einwendungen gegen den Zahlungsauftrag geltend zu machen und obliegt keineswegs dem Kläger der Ausweis über die unterbliebene Anfechtung durch Beischluss eines Grundbuchsauszuges oder eines Amtzeugnisses des Grundbuchsamtes. Es genügt die Beifügung der Urschrift der bezüglichen Urkunde, sofern diese mit der in Gemässheit der Verordnung des Justizministeriums vom 12. Jänner 1872, Z. 5 R. G. Bl., § 16 den Eintrag bestätigenden Vollzugsklausel versehen ist.

Da äussere Mängel der Urkunde nur der Urschrift zu entnehmen sind, ist selbstredend ein Auszug aus Handelsbüchern über eine Handelsschuld keine zur Einleitung des Mandatsverfahrens genügende Urkunde, abgesehen davon, dass das Handelsbuch in Handelssachen nur eine richterlicher Erwägung anheimgestellte Beweiskraft besitzt (§ 295 C. P. O.).

Dem materiellen Rechte ist die Entscheidung darüber zu entnehmen, welche Klagsthatfachen als rechtsbegründende Thatumstände beweisbedürftig, sonach unter qualificirten Urkundenbeweis zu stellen sind. Zweifelsohne gehören dazu auch alle auf die Sachlegitimation bezüglichen, mögen sie die Rechts-

übertragung oder den Schuldübergang auf eine andere als die bei Begründung des Obligationsverhältnisses in der Gläubiger- oder Schuldnerrolle beteiligt gewesene Person betreffen (§ 549 I). Da die Benachrichtigung des Schuldners von der Abtretung der Forderung keine Bedingung ihrer Giltigkeit, vielmehr nur Sache der Vorsicht ist (§§ 1395, 1396 a. b. G. B.), bedarf es eines urkundlichen Nachweises hierüber bei freiwilliger Uebertragung der Forderung nicht. Bei Ueberweisung einer gepfändeten Forderung an Zahlungsstatt müsste freilich ein solcher Ausweis erbracht werden (§§ 294, 303, 316 E. O.). Forderungspfändung an sich bedingt die Geltendmachung der Forderung gegen den Drittschuldner (mit dem Begehren des Schuldnerlags zu Gerichtshanden) von Seiten des betreibenden Gläubigers und des Verpflichteten in der Rechtsstellung einheitlicher Streitgenossen, wobei zum Beweise der Sachlegitimation des betreibenden Gläubigers der Forderungspfändungsbescheid in Urschrift beizuschliessen ist (vgl. die exacten Ausführungen Petschek's, Zwangsvollstreckung in Forderungen, S. 254—260).

Verpflichtungsurkunden eines Vollmachthabers bedürfen des Beischlusses der grundlegenden Vollmacht. Bei Notariatsacten solcher Art wird die dem Original beigeschlossene legalisirte Vollmacht (§§ 48, 69 Not. O.) ihrem vollen Inhalte nach in die Ausfertigung des Notariatsactes, ausser bei gegentheiliger Parteienvereinbarung, aufzunehmen sein (§§ 98, 100 Not. O.).

Ist die Verpflichtung des Schuldners von Umständen abhängig, welche der ursprünglichen Schuldurkunde nicht zu entnehmen sind, z. B. von der Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung oder einer Aufkündigung, so bedarf es qualificirten Urkundenbeweises auch hierüber. Tritt die Fälligkeit des ganzen geschuldeten Capitals bei Versäumung eines zur Abtragung der Schuld in Theilbeträgen eingeräumten Ratentermines oder beim Säumniss bezüglich rechtzeitiger Zinsenentrichtung ein (zumal bei Waisencapitalien gemäss § 195 Verf. ausser St. S.), so bedarf es in der Mandatsklage über diese Thatumstände keines gesetzlich gebotenen Urkundenbeweises. Denn in den gedachten Fällen ist eigentlich vereinbart, dass die Klage auf Bezahlung der ganzen Schuld insolange ausgeschlossen sein soll, als der Schuldner die ihm zugestandenen Raten einhalten, beziehungsweise das Capital ordnungsmässig verzinsen

wird. Es würde somit die Beweislast verkehrt, wenn der Kläger den Beweis darüber zu erbringen hätte, dass seine Klage nicht ausgeschlossen ist, was darauf hinauskäme, dass von ihm der Beweis über den Nichtbestand rechtshindernder Thatsachen zu erbringen wäre.

Ausnahmsweise obliegt dem Kläger der Beweis über den Nichtbestand der rechtsaufhebenden Thatsache der Schuldverjährung sowohl rücksichtlich der Hauptsache als der Nebensforderungen, indem bei Einklagung von Forderungen, denen die Einwendung der Verjährung entgegengesetzt werden könnte, die Unterbrechung oder Hemmung derselben schon in der Klage durch qualificirte Urkunden zu beweisen ist (§ 549 II).

Nur die den Klagsantrag begründenden Thatsachen erheischen qualificirten Urkundenbeweis (§ 548). Die Voraussetzungen giltigen Verfahrens sind nach den allgemeinen Vorschriften der Civilprocessordnung darzuthun.

Es bedarf somit die Vertretungsbefugniss gesetzlicher Parteienvertreter, soweit sie bei Gericht offenkundig ist, überhaupt keines Nachweises (§ 4 C. P. O.). Die Parteienvereinbarung über den Gerichtsstand des Erfüllungsortes oder die Unterwerfung unter ein an sich unzuständiges Gericht erfordert einfachen urkundlichen Ausweis, keineswegs aber die Darthung durch legalisirte Privaturkunden (§§ 88, 104 J. N.). Die Processbevollmächtigung kann durch eine beglaubigte Abschrift ausgewiesen werden (§ 30 C. P. O.).

Falls der betreibende Gläubiger eine ihm gerichtlich überwiesene Forderung einklagen will, ist zu unterscheiden; die Ueberweisung zur Eintreibung ist als Ermächtigung zur Streitführung durch qualificirten Urkundenbeweis nicht darzuthun, wohl aber — wie oben erwähnt — die Ueberweisung an Zahlungsstatt als Erwerbsact der Forderung (§ 308, 316 Ex. O.).

Die Mängelfreiheit der Urkunde ist gesetzliche Bedingung der Erlassung des Zahlungsauftrags; daran ändert der Umstand nichts, dass die Beurtheilung der Bedeutung allfälliger Mängel für die Beweiskraft (§ 296 C. P. O.) richterlichem Ermessen anheimgegeben wurde. Gleichgiltig ist es, ob die Mängel die Schrift selbst oder deren Unterlage betreffen.

Die Schriftzeichen müssen die allgemein üblichen sein; stenographische Aufzeichnungen können weder die Grundlage eines bücherlichen Eintrages bilden, noch kann eine stenographische Namensfertigung legalisirt werden. Urkunden in hebräischer Schrift sind ungiltig, Unterschriften in solcher gelten als Handzeichen (H. D. 14. Februar 1814, Z. 1106 J. G. S. und 19. Februar 1846, Z. 938 J. G. S., Art. VII, Z. 2 Einf. G. zur C. P. O.). Unentscheidend bleibt es, ob der Text einer Privaturkunde durch Schrift mittels Menschenhand oder Schreibmaschine oder durch Druck hergestellt wurde; eigenhändiger Fertigung und nachfolgender Legalisirung bedarf es jedoch unabweichlich (§§ 548, 294 C. P. O.). Ein dem Adressaten zugekommenes Telegramm ist kein Original der bezüglichen Erklärung (§ 10 der Telegr. O. vom 16. Juli 1873, Z. 130 R. G. B.).

Da bei öffentlichen Urkunden die Errichtung „in der vorgeschriebenen Form“ (§ 292 I C. P. O.) ein wesentliches Moment ihrer gesetzlich bestimmten Kraft und Bedeutung bildet, ist die Frage nach Zulässigkeit der Herstellung ihres Textes durch Schreibmaschine oder Druck nach den diesfalls massgebenden Vorschriften zu lösen (z. B. §§ 44, 98 Not. O.).

Eine gedruckte Urkunde ohne handschriftlich beigefügte Namensfertigung des Ausstellers kann nur ausnahmsweise, sofern sie in dieser Form als öffentliche Urkunde ausdrücklich anerkannt ist (§ 293, I C. P. O. und Art. VII, Z. 1 Einf. G. zur C. P. O.) als Grundlage einer Mandatsklage genügen, z. B. ein im Sinne des § 293, I C. P. O. als öffentliche Urkunde geltender Schuldschein oder Zinsencoupon.

Zweckmässigkeitsrücksichten führten dazu, in der C. P. O. — abweichend vom älteren Rechte — es für zulässig zu erklären, dass bei Bezirksgerichten der Kläger ohne Vorlage der seinen Klagsanspruch begründenden qualificirten Urkunden den Zahlungsauftrag erwirken könne, wenn sie in Urschrift bei eben diesem Gerichte erliegen. Die „Berufung auf die bezüglichen Gerichtsacten“ wird sodann die Vorlage der erforderlichen Urkunden ersetzen (§ 550, I C. P. O.). Aus der im Gesetze gebrauchten, eben angeführten Wendung ergibt sich, dass eine Berufung auf im gerichtlichen Depositenamte erliegende Urkunden (§ 229 a. b. G. B., § 189 Verf. auss. St. S.) unzulässig erscheint. Dagegen ist es belanglos, auf welchem Wege die

Urkunden zu den Gerichtsacten gelangten, ob durch Vorlage seitens des Klägers, seines Gegners oder eines Dritten. Ganz bedeutungslos wäre dagegen ein vorbereitender Antrag des Klägers, das Gericht möge die zur Darthung der Angaben einer Mandatsklage benötigten und von einer öffentlichen Behörde oder bei einem Notar verwahrten Urkunden herbeischaffen (§ 229, Z. 2) und sodann den Zahlungsbefehl erlassen, zumal das Gesetz im § 548 ausdrücklich von „beigebrachten Urkunden“ spricht und im § 550, I nur die oben erörterte Ausnahme von der Beibringung der Urkunde mit der Klage selbst gestattet.

Schliesslich ist zu bemerken, dass auch die Eintreibung einer Bagatellforderung bei Vorliegen der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen im Mandatsverfahren erfolgen kann und bei Forderungen bis zu 400 K dieses und das Mahnverfahren dem Gläubiger zur Verfügung steht. Endlich, dass auch die Hauptintervention (§ 16 C. P. O.) und die Widerklage (§ 96 J. N., § 233, II C. P. O.) nach Zulass der Umstände durch Mandatsklage erfolgen kann.

Ein besonders geregeltes Mandatsverfahren greift Platz, wenn es sich um „Wechselstreitigkeiten“ handelt (argum. die Ueberschrift des 2. Abschnittes des VI. Theils der C. P. O.).

Das Verfahren in Wechselstreitigkeiten aber findet Anwendung nur bei Wechselansprüchen, d. h. behufs Geltendmachung der dem Wechselinhaber auf Grund des Wechsels gegenüber jedem Wechselschuldner aus seiner schriftlichen Erklärung auf dem Wechsel, beziehungsweise auf dessen Abschrift (oder Allonge) zustehenden Rechte, mag es sich um Zahlung oder um Sicherstellung der Wechselsumme handeln. Das ordentliche Verfahren steht dem Wechselgläubiger zur Wahl, falls er nicht einen Zahlungs- oder Sicherstellungsbefehl zu erwirken wünscht. Letzterer Befugniss beraubt den Wechselgläubiger der über den Wechselschuldner verhängte, noch anhängige Concurs (§ 131 Conc. O.), sofern Befriedigung der Wechselsumme aus der Concursmasse gesucht wird.

Wechselklagen ohne Rücksicht auf den Betrag und ohne Unterschied, ob sie im ordentlichen oder im Mandatsverfahren angebracht werden, gehören ausnahmslos vor die, Handelsgerichtsbarkeit ausübenden Gerichtshöfe I. Instanz. Prorogation zu einem Bezirksgerichte ist unzulässig, da Wechselstreitig-

keiten zu den den Gerichtshöfen I. Instanz ausschliesslich vorbehaltenen Rechtssachen zählen, welche der Möglichkeit einer Prorogation gemäss § 104 J. N. gänzlich entrückt sind. (Anders: Sperl, Vereinbarung der Zuständigkeit, S. 70 ff., Beck: Zehn Abhandlungen, S. 80, Demelius, Gerichtshalle, 1897, S. 254.)

Erwägungen rechtlicher Natur und Zweckmässigkeitsrücksichten bewirkten den Ausschluss des Mahnverfahrens bei Wechselforderungen (Art. XXVIII Einf. G. zur C. P. O., § 1 Ges. 27. April 1873, Z. 67 R. G. B.; vergl. weiter unten I, Z. 4).

Nicht zu übersehen ist, dass die C. P. O. in dem Abschnitte über das Wechselverfahren auch Vorschriften für die im ordentlichen Verfahren angebrachten Wechselklagen enthält, soweit die Leistungsfrist und die Nothfristen zu Rechtsmitteln und zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Betracht kommen, ferner rücksichtlich der besonderen Bedingungen für letztere und für die Wiederaufnahmsklage in Wechselsachen (§§ 555, 556). Zweckentsprechend wäre es gewesen, die Bestimmungen über die erste Tagsatzung im ordentlichen Verfahren über Wechselklagen und über das Ruhen des Verfahrens in Wechselsachen überhaupt der unbedingt gebotenen Raschheit des Verfahrens entsprechend abzuändern. In richtiger Würdigung der durch die Wechselstrenge bedingten möglichsten Beschleunigung des Streitverlaufs wurden alle Wechselsachen ohne Rücksicht auf die Höhe des eingeklagten Betrages und ohne das Erforderniss besonderer Antragstellung für Ferialsachen erklärt § 224, Z. 1 C. P. O.

Subsidiär gelten im Wechselmandatsverfahren die für das allgemeine Mandatsverfahren erlassenen Vorschriften (§ 559) und die für das Verfahren vor Gerichtshöfen I. Instanz massgebenden Bestimmungen (§ 554). Gemäss dessen bedarf es zur Einleitung des Verfahrens ausnahmslos eines vorbereitenden Schriftsatzes mit Advocatenfertigung (§ 27 C. P. O.). Aus der Anordnung des Art. XLV des Einf. G. zur C. P. O. lässt sich nicht folgern, dass während einer mündlichen Streitverhandlung eine Wechselklage mündlich erhoben werden könnte, wohl darf ein Wechselanspruch einredeweise gegenüber dem Klagsanspruch in dieser Form geltend gemacht werden (§ 232 II). Lediglich die materiell-rechtliche Bedeutung der beiden Processhandlungen, Klagsbehändigung und Einredeerhebung, ist die

gleiche, nämlich Unterbrechung der Wechselverjährung, keineswegs aber die Form processualer Geltendmachung beider Acte.

Eine Eigenthümlichkeit des für Wechsel geregelten Mandatsverfahrens besteht darin, dass es eines urkundlichen Beweises über die Unterbrechung der Verjährung nicht bedarf. Das Gericht ist nicht befugt, auf die Verjährung von amtswegen Bedacht zu nehmen und infolge dessen die Erlassung des erbetenen Zahlungsauftrages zu verweigern, denn § 1501 a. b. G. B. gilt im Wechselverfahren subsidiär (Abs. VII Einf. Pat. zum a. b. G. B. und § 5 Einf. G. zur W. O.; vergl. Pavliček: Oesterr. Gerichtszeitg., 1898, Nr. 3, gegen Neumann, Commentar zur C. P. O., S. 1017). Die im gewöhnlichen Mandatsverfahren getroffene besondere Anordnung des § 549 entbehrt im Wechselmandatsverfahren der Geltung, wie aus § 559 hervorgeht, in welchem nur § 550 ff. citirt sind.

Bei dem Gerichte des im Wechsel angegebenen Zahlungsortes (forum cambiale) — zum Unterschiede von dem durch besondere Vereinbarung auch für das Streitverfahren mit dieser Bedeutung auszustattenden Erfüllungsorte bei gemeinrechtlichen Vertragsverbindlichkeiten (§ 88 J. N.) — ist nicht nur Klageführung gegen jeden einzelnen Wechselverpflichteten durch besondere Klagsanträge, sondern auch Klagenverbindung gegen alle Wechselschuldner gleichzeitig und insgesamt zulässig (§§ 89, 93 J. N.).

Ein „aller Orten“ zahlbarer Wechsel ist wegen Unbestimmtheit des Zahlungsortes (Art. 4, Z. 8, Art. 97 W. O.) ungiltig; somit hat dieser Beisatz für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit der Wechselklage keine Bedeutung.

Der Gerichtsstand des Zahlungsortes ist dem Kläger freilich nur zur Wahl gestellt (§ 89 J. N.) neben jenem des schuldnerischen Wohnortes und seines Aufenthaltsortes unter den allgemeinen Voraussetzungen des § 67 J. N.; ferner neben dem Gerichtsstande des Beschäftigungsortes, der Handelsniederlassung und bei nicht im Inlande wohnhaften Wechselschuldner auch neben dem Gerichtsstande des Vermögens (§§ 86, 87, 99 J. N.). Ausländern gegenüber wird der Gerichtsstand einer Wechselwiderklage selbst bei einem nicht mit Handelssachen sich befassenden Civilsenate gemäss §§ 96, 104 J. N., sowie überhaupt jener der Retorsion gemäss § 101 J. N. zur Anwen-

dung gelangen können. Selbstverständlich ändert die örtliche Zuständigkeit für die Wechselklage nichts an dem Umfange der Wechselverbindlichkeit, zumal rücksichtlich der Währung (Art. 37 W. O.).

Wechselklagen sind stets Ferialsachen; ordentliche, auf qualifizierte Urkundenbeweise gestützte Mandatsklagen nur bis zur Werthshöhe des Klagsanspruches von 100 K (§ 224, Z. 1 und 7), denn bei Streitigkeiten über derartig geringfügige vermögensrechtliche Ansprüche macht das Gesetz betreffs der Wirkung der Gerichtsferien keinen Unterschied je nach der processualen Eintreibungsform.

Trotz der Gleichstellung der Wechsel mit einzelnen Handelspapieren im ausserstrittigen Verfahren bezüglich der Amortisation (insbesondere nach H. G. B. Art. 305 betreffs kaufmännischer Anweisungen und Verpflichtungsscheine; dann gemäss des Gesetzes über öffentliche Lagerhäuser vom 28. April 1889, Z. 64 R. G. Bl., § 39: bezüglich der Besitzscheine und Warrants) ist die Anwendung des Wechselverfahrens zur Geltendmachung der aus diesen Papieren hervorgehenden Ansprüche unzulässig.

Schliesslich mag bemerkt werden, dass in den Ländern der ungarischen Krone und im Occupationsgebiete erlassene gerichtliche Zahlungsaufträge, mit Ausnahme der im Wechselverfahren erflossenen, keinen in der diesseitigen Reichshälfte vollstreckbaren Executionstitel bilden. Lediglich auf Grund von Zahlungsbefehlen ohne Unterschied, die in Croatien-Slavonien ergangen sind, wird hierseits Zwangsvollstreckung (auch blos zur Sicherstellung) gewährleistet (Verordnung des Justizministers vom 13. December 1897, Z. 285 R. G. Bl., Abs. I, II, VII, VIII und Z. 286 R. G. Bl., Abs. III).

**2. Das Verfahren bei Streitigkeiten aus dem Bestandvertrage** über unbewegliche Sachen. Gegenüber dem weiten Umfange seiner früheren Anwendbarkeit auf alle Streitigkeiten aus Bestandverträgen hat die Civilprocessordnung das Geltungsgebiet dieser besonderen Verfahrensart entsprechender Weise auf jene Streitigkeiten eingeschränkt (VI. Th., 3. Abschn.), bei welchen es sich um Uebergabe oder um Rückstellung der Bestandsache handelt.

Der Ursprung processualer Sonderbestimmungen in Bestandsachen reicht bis auf die Ausziehordnung für Wien vom

5. September 1725 zurück, wie den Vorarbeiten zum Codex Theresianus zu entnehmen ist (vgl. die Ausgabe v. Harra-sovsky's II. Bd., S. 209).

Verordnungen für einzelne grössere Städte waren die Vorläufer der Vorschriften über das Bestandverfahren für eine Ländergruppe (1853) und endlich für die ganze diesseitige Reichshälfte (1859, 1873).

Ein rasches Räumungsverfahren wurde eingeführt, weil die Widerspenstigkeit eines einzigen Miethers bei Räumung der Bestandsache in ihren Wirkungen eine ganze Reihe von einander abhängiger Bestandnehmer berührt, wodurch des öfteren bedeutende Unordnungen in den bürgerlichen Rechtsbeziehungen hervorgerufen werden können.

Die Civilprocessordnung gewährt als besondere Einleitungsform des Bestandverfahrens je nach der verschiedenen Lage der Verhältnisse die gerichtliche Aufkündigung und den Antrag auf Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes. Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen erlässt das Gericht die entsprechenden Leistungsaufträge ad factum praestandum, deren Wirksamkeit als Executionstitel (§ 1, Z. 4 E. O.) dadurch bedingt ist, dass binnen einer kurzen Nothfrist (von 8, beziehungsweise 3 Tagen) keine Einwendungen gegen den Auftrag erhoben wurden.

Auch die aussergerichtliche schriftliche Aufkündigung gewinnt die Kraft eines Executionstitels (§ 1, Z. 18 E. O.) bei unterlassener Erhebung von Einwendungen in gedachter Frist (§ 565 C. P. O.).

Rechtzeitige Anbringung von Einwendungen ergibt in allen Fällen die Nothwendigkeit einer mündlichen Streitverhandlung. Ihre Eigenthümlichkeit äussert sich darin, dass sie ohne Klage zufolge der gegen die erwähnten Aufträge angebrachten Einwendungen eingeleitet wird, wobei sodann das Aufkündigungs- oder Räumungsgesuch die Rolle der Klage übernimmt (§ 571 C. P. O.).

Bei aussergerichtlicher schriftlicher Aufkündigung wird es dem Aufkündigenden offenbar obliegen, zur Vermeidung einer auf seine Kosten sonst eintretenden Tagfahrts-erstreckung (§ 44 C. P. O.) mit einem vorbereitenden Schriftsatze

oder Protokollaranbringen dem Gegner die bei der angeordneten mündlichen Streitverhandlung vorzubringenden Thatumstände und Beweise bekanntzugeben und in solcher Weise die Grundlage geordneter Verhandlung und allfälliger Erledigung durch Versäumnisurtheil (§ 442 C. P. O.) zu bieten.

Die Streitentscheidung erfolgt mit Urtheil, in welchem auszusprechen ist, ob die Aufkündigung oder der erlassene Auftrag als rechtswirksam anerkannt oder aufgehoben wird, und sonach ob und wann der Bestandgegenstand zu übernehmen oder zu übergeben ist (§ 572 C. P. O.).

Besonderheiten im Executionsstadium ergeben sich einmal betreffs der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung gegen den Vertragstheil selbst, welcher den Executionstitel erwirkt hat, sowie einen allfälligen Afterbestandnehmer (§§ 561, 568 C. P. O.), sodann rücksichtlich des Erlöschens der Executionskraft rechtskräftiger Räumungs- und Uebernahtaufträge und -Urtheile durch Unterbleiben eines Executionsantrages binnen einer 14tägigen Frist nach dem Eintritte der zur Räumung oder Uebernaht vom Gerichte bestimmten Zeit (§ 575 C. P. O.).

Bemerkenswerth ist schliesslich, dass nach der neuen Civilprocessordnung die staatliche Zwangsgewalt auch zur Räumung von Bestandobjecten auf Grund aussergerichtlicher Aufkündigungen bereitgestellt wird, ohne dass (bei Ausbleiben von Einwendungen) vor der Executionsbewilligung ein Echtheitsbeweis rücksichtlich der als Executionstitel (§ 1, Z. 18 E. O.) in Betracht kommenden beweiskräftigen Privaturkunde über die aussergerichtliche Aufkündigung gefordert würde, wie dies nach der kaiserl. Verordnung vom 16. November 1858, Z. 213 R. G. Bl., § 20 geboten war. Nur der Beweis rechtzeitiger Aufkündigung (§ 565, IV C. P. O.) als „eines für die richterliche Verfügung wesentlichen Umstandes“ (§ 55, II E. O.) wird im Executionsantrage zu erbringen sein (anders: Wachtel, Commentar zur C. P. O., S. 548), während die Frage der Echtheit der beigeschlossenen, über die aussergerichtliche Kündigung ausgefertigten Privaturkunde, sofern sie des Ausstellers Unterschrift enthält und somit „beweiskräftig“ (§ 294 C. P. O.) ist, vor der Executionsbewilligung nicht erst besonders darzuthun, insbesondere aber nicht zum Gegenstande einer „vorherigen mündlichen Verhandlung“ (§ 55, I E. O.) zu machen ist. Die

Frage nach der Echtheit des Executionstitels wird vielmehr erst nach der Erledigung des Executionsantrages zur Erörterung gelangen, und zwar durch Klage auf Echtheitsfeststellung seitens des Executionswerbers bei Abweisung seines Antrages wegen zweifelhafter Echtheit infolge äusserer Mängel (§ 296 C. P. O.) oder durch Klage auf Unechtheitsfeststellung seitens des Aufkündigungsgegners bei Bewilligung der Zwangsvollstreckung, deren Einstellung im Falle des Obsiegens eintreten wird (§ 39, Z. 1 E. O.).

In beiden Fällen kann an dem rechtlichen Interesse der Kläger an alsbaldiger Feststellung der Echtheitsfrage (§ 228 C. P. O.) nicht gezweifelt werden und muss die Streitverhandlung wegen des innigen Zusammenhanges mit der Zwangsvollstreckung in Bestandsachen über Antrag als Ferialsache erklärt werden (§ 224, II C. P. O.).

Da das ausschliesslich vor Bezirksgerichten zulässige Bestandverfahren behufs einer raschen Beseitigung säumiger Bestandnehmer und Wegschaffung ihrer Fahrnisse (§ 349 E. O.) und in weiterer Folge zur Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung geschaffen wurde, kömmt es kraft gesetzlicher Anordnung unbedingt zur Anwendung, ohne dass es durch Parteiwillen ausgeschlossen werden könnte.

Ein besonderes Verfahren für alle Streitsachen aus dem Bestandvertrage betreffs unbeweglicher Sachen, sowie der gemäss H. D. vom 29. Mai 1824, Z. 2011 J. G. S. für bewegliche Gegenstände erklärten Schiffsmühlen und anderer auf Schiffen errichteter Bauwerke, ohne Unterschied der zu entscheidenden Streitfrage, kennt nach dem Vorausgeschickten die neue Civilprocessordnung nicht.

In den Formen des ordentlichen Verfahrens sind vor den als allgemeine Gerichtsstände des Geklagten einschreitenden (§ 65 J. N.) Gerichtshöfen erster Instanz oder vor Bezirksgerichten Streitigkeiten über das Bestehen eines Bestandvertrages (§ 58, II J. N.) oder über einzelne Vertragsrechte je nach der Werthshöhe des geltend gemachten Anspruches zum Austrage zu bringen. Streitsachen der eben berührten Art sind insbesondere Streitigkeiten über Klagen auf Zinszahlung oder Pachtzinsnachlass (§ 1108 a. b. G. B.), auf Leistung des Interesses wegen Nichterfüllung des Vertrages, einschliesslich der

vereinbarten Conventionalstrafen (§ 1295 a. b. G. B. verba „Uebertretung der Vertragspflicht“; § 1336 a. b. G. B.), endlich wegen Schadenersatzes bei Aufhebung des Bestandverhältnisses durch Verkauf der Bestandsache (§ 1120 a. b. G. B.). Selbstredend ist der Streit über die Erstattung eines auf die Sache gemachten nothwendigen oder nützlichen Aufwandes an den Bestandnehmer (§ 1097 a. b. G. B.), sowie über den Ersatz des von ihm dem Bestandgeber durch Beschädigung der Bestandsache verursachten Schadens, weiter betreffs der Rückstellung einer etwa bestellten Caution im ordentlichen Verfahren auszutragen, ohne auch das Forum rei sitae (§ 83 J. N.) hiefür aufsuchen zu können, da die letzterwähnten Ansprüche auf selbständigen Verpflichtungsgründen beruhen, keineswegs aber im Bestandvertrage ihren Ursprung haben. Ein Streit ex pacto de contrahenda locatione conductione § 936 a. b. G. B. ist gleichfalls kein Streit aus dem Bestandvertrage, sondern um die Pflicht zum Abschlusse eines solchen. Soweit das Mahnverfahren zulässig ist (also bis zum Betrage von 400 K), steht nichts im Wege, bei dem Bezirksgerichte, das des Schuldners Personalinstanz ist, das Gesuch um Erlassung eines Mahnbefehls mit der eventuellen Klage auf Zahlung des geschuldeten Zinsbetrages zu verbinden (§ 18, Z. 2 Ges. 27. April 1873, Z. 67 R. G. Bl., Art. XXVIII Einf. G. z. C. P. O.).

Streitigkeiten aus dem Perclusionsrechte des Bestandgebers wegen Zurückbehaltung der vom Bestandnehmer eingebrachten oder sonstigen, zur Sicherstellung des Pachtzinses haftenden Fahrnisse (§ 49, Z. 5 J. N., § 1101 a. b. G. B.) gehören wohl ausschliesslich (§ 104 J. N.) vor Bezirksgerichte, sind jedoch nicht wie die eigentlichen Bestandsachen als Ferialan gelegenheiten zu behandeln (§ 224, Z. 4 C. P. O.) und eignen sich auch nicht zur Verhandlung nach den für das Bestandverfahren geltenden Vorschriften. Einzig und allein diejenigen Streitsachen, bei denen die Uebergabe des unbeweglichen Bestandobjectes (ingleichen einer Schiffsmühle oder auf Schiffen errichteter Bauwerke) an den Bestandnehmer oder bei welchen die Rückstellung der genannten Gegenstände eines giltig bestehenden Bestandvertrages an den Bestandgeber in Frage steht, sind des besonderen, im III. Abschnitte des 6. Theiles der Civilprocessordnung geregelten Verfahrens theilhaftig, mag

es infolge einer Aufkündigung, eines Räumungs- oder Uebernahmgesuches oder endlich einer Rückstellungs- oder Rücknahmsklage zur Streitverhandlung gekommen sein. Die Motive der Civilprocessordnung betonen es nachdrücklichst, dass die Gesetzgebung nicht veranlasst war, an dem bisherigen Geltungskreise des Bestandprocesses Aenderungen vorzunehmen, da derselbe genau umschrieben und die ursprünglich aufgetauchten Controversfragen in der älteren Praxis gelöst und geschlichtet seien, weshalb es von Werth bleibe, keinen neuen Zweifel wachzurufen (S. 321).

Aus dieser Erwägung ist zu folgern, dass offenbar auch der über eine Räumungs- oder Rücknahmsklage eingeleitete Streit (§§ 1117, 1114 a. b. G. B., § 569 C. P. O.) dem besonderen Bestandverfahren unterworfen wurde. Im Einklange mit der hierauf abzielenden Absicht des Gesetzgebers stehen die Kompetenzbestimmungen und die Vorschrift über Ferialsachen, welche alle Streitigkeiten wegen Uebergabe und Uebernahme von Bestandobjecten ohne Unterschied, insbesondere ohne Ausschliessung der mit Klage anhängig gewordenen, dem forum rei sitae und schleuniger Behandlung trotz des Eintrittes der Gerichtsferien vorbehalten (§ 49, Z. 5, 83 J. N., § 224, Z. 4 C. P. O.). Eine fernere Stütze findet die hier vertretene Anschauung auch im § 567 C. P. O., zumal hienach die Verbindung der Aufkündigung mit einer Klage auf Uebergabe oder Uebernahme des Bestandgegenstandes für zulässig erklärt wird, was gemäss § 227 C. P. O. geradezu ausgeschlossen sein müsste, falls das Verfahren in beiden Fällen nicht das gleiche wäre, da die Aufkündigung den Keim einer infolge der Einbringung von Einwendungen zur vollen Blüthe sich entfaltenden Klage bildet (§ 571, II C. P. O.).

Da ferner die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand doch nur betreffs versäumter Tagsatzungen und Rechtsmittelfristen Bedeutung hat, während sie betreffs der Frist zu Einwendungen gegen den über die Aufkündigung und das Rückstellungsbegehren erliessenden gerichtlichen Auftrag ausgeschlossen ist, deutet deren Erwähnung im § 575 darauf hin, dass auch über Räumungs- und Rücknahmsklagen nach dem „in diesem Abschnitte geregelten Verfahren“ (§ 575) zu verhandeln ist, insoweit nicht die allgemeinen für das bezirksgericht-



liche Verfahren geltenden Normen des III. Theils der C. P. O. Anwendung finden. Die Nichterwähnung der Einwendungen in dem I. Absatze des citirten Paragraphen und die ausdrückliche Hervorhebung derselben im II. Absatze erhärtet es, dass der allgemeineren, auch das Verfahren über Klagen betreffenden Vorschrift der Vorrang vor der besonderen, welche lediglich auf die das Bestandsverfahren einleitenden Gesuche (§ 562, 567 C. P. O.) Bezug hat, eingeräumt wurde.

Schliesslich stimmt es zu der hier vertretenen Auffassung, dass § 574 C. P. O. das sog. *tempus paritionis* in besonderem Hinblick auf Rückstellungsklagen festsetzt. Mit vollster Begründung ist sonach anzunehmen, dass die im § 575 C. P. O. bemessenen Nothfristen für die Berufung und Revision, für den Recurs und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in allen auf Rückstellung oder Rücknahme der Bestandsache abzielenden Bestandsprocessen Anwendung zu finden haben, mögen diese Streitsachen durch Gesuch oder Klage eingeleitet werden. (Ebenso die Entscheidung des O. G. H., neue Folge, I, Z. 163.) Vierzehntägige Nothfristen wären in derartigen, schleunigste Erledigung erheischenden Rechtsstreitigkeiten, die aus dieser Rücksicht als Ferialsachen gelten, mit dem zu erreichenden Zwecke unvereinbar, und wäre es davon abgesehen überaus unzweckmässig, Fristen für Rechtsmittel in demselben Verfahren je nach der Form seiner Einleitung verschieden zu bemessen, trotzdem diese Zeitbestimmungen für das praktische Rechtsleben die gleiche Bedeutung geniessen, somit möglichste Conformität erwünscht ist. Bei gegentheiliger Auslegung käme man in Widerspruch mit den Bedürfnissen des Verkehrs und mit der Absicht des Gesetzgebers (vgl. auch die Entsch. des O. G. H. im Verordnungsblatt des Just.-Min. 1899, Z. 55; Entsch. des O. G. H., neue Folge, I, Z. 125, aufgenommen in das Spruchrepertorium als Z. 170; II. Band, Z. 293).

Für die im Bestandsverfahren zu erledigenden Streitsachen ist das Bezirksgericht *rei sitae* zuständig. Prorogation bleibt nur betreffs der örtlichen Competenz vorbehalten, wird aber durch die „Ausschliesslichkeit“ dieses Gerichtsstandes nicht vereitelt (Entsch. des O. G. H., neue Folge, I. Bd., S. 106; §§ 49, Z. 5, 83, 104 J. N.). Unentscheidend ist, ob Grundstücke oder Gebäude den Bestandgegenstand bilden, ob es sich um einen

Pacht- oder Mietvertrag handelt, ob der Vertrag schriftlich oder formlos abgeschlossen wurde, welchen gesellschaftlichen oder wirthschaftlichen Zwecken das Bestandobject zu dienen bestimmt ist, insbesondere ob es als Bethaus, Theater, Kanzlei, Wohnung, Kaufladen, Werkstätte, Stall u. ä. verwendet wird. Ebenso unentscheidend ist es auch, in welchen Grundbüchern der Bestandgegenstand seine bücherliche Einlage gefunden hat, wobei nicht einmal betreffs der Bergwerke eine Ausnahme zu machen ist (§ 53 J. N.). Die Handelsgerichtsbarkeit hat mit Bestandsachen nichts zu schaffen (Art. 275 H. G.; § 51 J. N.).

Es erübrigt noch die Erörterung, ob bei dem Bezirksgerichte *rei sitae* auch die in einem bestimmten Bestandsprocess massgebende Vorfrage nach dem Bestehen eines Miet- oder Pachtvertrages ihre endgiltige, der Rechtskraft fähige Entscheidung finden kann. Diesfalls ist wohl zu unterscheiden. Zweifellos muss diese Vorfrage, wenn sie in den Einwendungen gegen die das Bestandsverfahren einleitenden gerichtlichen Aufträge gemäss §§ 562, 567 C. P. O. (z. B. durch Vorschützung eines Wohnungsgenusses in *partem salarii* oder *precario modo*) angeregt wurde, zur Lösung gelangen. Jedoch wird die Entscheidung über diesen wesentlichen Streitpunkt lediglich in den Entscheidungsgründen Aufnahme finden und nicht in Rechtskraft erwachsen. Handelt es sich doch nicht um einen durch den Urtheilspruch (§ 417, Z. 3 C. P. O.) zu erledigenden, „die Hauptsache betreffenden Antrag“ § 404 C. P. O., gemäss dessen einer Partei „etwas zuzusprechen wäre“ (§ 405 cit.), sondern im Gegentheile um die Begründung der Unzulässigkeit der vom Processgegner angestrebten Abweisung eines in der Hauptsache gestellten Antrages, welche die verlässliche Ueberprüfung der gefällten Entscheidung ermöglichen soll (§§ 417, Z. 5, 477, Z. 10 C. P. O.).

Wird die gedachte Vorfrage während des Streitverlaufes z. B. bei Erörterung der Einwendungen gegen eine mündliche Aufkündigung mittels affirmativer oder negativer Zwischenfeststellungsklage zur Verhandlung gestellt (§ 236, 259 C. P. O.), so wird die Bewerthung des Klagsanspruches, die gegenüber der im allgemeinen geltenden klägerischen Selbstschätzung (§ 56, II J. N.) zufolge besonderer Weisung des § 58, II J. N. durch Zusammenrechnung des auf die Gesamtdauer des be-

treffs seines Bestandes bestrittenen Bestandvertrages entfallenden Zinses erfolgen muss, über die Zulässigkeit der Incidentklage entscheiden (§§ 236, 259 C. P. O.). Ist eine solche zulässig, so wird auch die etwa durch Zwischenurtheil erlassene Entscheidung der Vorfrage (§ 393 C. P. O.) der Rechtskraft ohne alle Einschränkung theilhaftig sein zufolge ausdrücklicher Weisung (§ 411 C. P. O.). Eine Unterbrechung des Bestandverfahrens behufs Anhängigmachung des präjudiciellen Rechtsstreites bei dem hiefür sachlich zuständigen Gerichtshofe erster Instanz ist völlig ausgeschlossen, weil § 190 eine solche nur im Hinblick auf einen früher schon anhängig gewordenen Präjudicialprocess gestattet (vgl. über die obige Frage Neumann, Commentar, S. 558, 1033 und die dort citirten).

Der Erhebung einer Feststellungsklage des vorstehend gedachten Inhalts als Widerklage (§ 96 J. N.) steht der Umstand nicht hinderlich im Wege, dass bei Anwendung des im § 58, II J. N. aufgestellten Massstabes der Feststellungsanspruch der sachlichen Zuständigkeit eines Gerichtshofes erster Instanz zufällt, weil für eine derartige Klage die Möglichkeit der Prorogation besteht. Ein Theilurtheil über die Widerklage ist voller Rechtskraft tätig (§§ 391, 392).

Schliesslich ist noch einer von gewichtigen Zweckmässigkeitsrücksichten beeinflussten Rechtsanschauung des obersten Gerichtshofes (Entsch. neue Folge, I. Bd., Z. 6, 91) betreffend die in der Praxis wichtige Frage zu gedenken, ob auch Klagen auf Entrichtung des vereinbarten Zinses oder Pachtgeldes bei dem *forum rei sitae* anzubringen seien. Während sich der oberste Gerichtshof für die bejahende Lösung ausspricht und auch jüngst Fierich in seiner Lehre von den Civilgerichten (poln. 1901, S. 346), einer gewissenhaften und tüchtigen Arbeit, die gleiche Ansicht theilt, scheinen die für die gegentheilige Meinung anzuführenden Gründe zu überwiegen. Die diesfalls massgebende Vorschrift des § 83 J. N. erklärt, dass „die im § 49, Z. 5 bezeichneten Bestandstreitigkeiten“ zum Gerichtsstande der belegenen Sache gehören; in dem citirten Absatze des § 49 J. N. werden aber nur Bestandstreitigkeiten, „soferne dieselben weder das Bestehen eines Bestandvertrages noch die Bezahlung des Zinses betreffen“, der bezirksgerichtlichen Competenz ohne Rücksicht auf den Werth

des Streitgegenstandes vorbehalten. Sonach können im § 49, Z. 5 J. N. ausdrücklich ausgeschiedene Rechtssachen nicht zu den dort bezeichneten und vorbehaltenen gerechnet werden. Erwägungen der Zweckmässigkeit, insbesondere die Tendenz, zu verhüten, dass das Processgericht um den Vollzug der pfandweisen Beschreibung der *invecta et illata* erst das Gericht eines anderen Gerichtsbezirkes ersuchen müsste, mögen immerhin *de lege ferenda* von Bedeutung sein, können jedoch gegenüber dem klaren Wortlaute der Gesetzesvorschrift nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Für die vom obersten Gerichtshof vertretene Anschauung lässt sich das zufolge Art. XIII, Z. 6 des Einf. G. zur E. O. in Geltung belassene H. D. vom 5. November 1819, Z. 1621 J. G. S. nicht ins Treffen führen, da gemäss dieses Gesetzes der Bestandgeber erst „nach eingereichter Klage“ um die gerichtliche Beschreibung der im § 1101 a. b. G. B. genannten Fahrnisse zu dem Zwecke ansuchen kann, damit sichergestellt werde, welche von ihnen in der gemieteten Wohnung oder auf dem verpachteten Grundstück zur Zeit der Klage sich befinden. Da nämlich zeuge der Einreichung des vorangeführten Hofdecretes in dem Art. XIII Einf. G. zur E. O. das Gesetz die gerichtliche Beschreibung der *illata et invecta* in richtiger Würdigung ihres Wesens und ihrer historischen Entstehung (vgl. hierüber Erl. des Just.-Min. vom 6. März 1902, Z. 4121/2) als eine einstweilige Verfügung ansieht, somit das Ansuchen hierum gemäss Art. XXVII Einf. G. zur E. O., § 387 E. O. an das für die Hauptsache also, für die Zinsklage zuständige Gericht verweist, wird je nach der Höhe der eingeklagten Zins- oder Pachtsumme entweder ein Bezirksgericht oder ein Gerichtshof erster Instanz hiefür zuständig sein. Dass dieses Gericht immer das *forum rei sitae*, das ist das Gericht, in dessen Sprengel die gerichtlich zu beschreibenden Fahrnisse sich befinden, sein müsste — wie der oberste Gerichtshof meint — geht aus der angeführten gesetzlichen Anordnung nicht hervor und wäre dies auch höchst ungereimt, weil sodann das Processgericht nach der für die einstweilige Verfügung massgebenden Rücksicht sich bestimmen würde, sonach das für eine neben dem Prozesse hergehende Nebenfrage, nämlich die mittlerweile Vorkehrung competente Gericht, der Zuständigkeit in der Hauptsache präjudiciren möchte. Uebrigens führt die vom

obersten Gerichtshofe beliebte Lösung der Competenzfrage nicht zu dem angestrebten Ziele; denn die betreffs einer den Betrag von 1000 K übersteigenden Pachtzinsforderung von dem Gerichtshofe erster Instanz als Processgericht bewilligte Beschreibung der in einem seiner Bezirksgerichtssprengel auf dem Pachtgute befindlichen Fahrnisse des Pächters wird unbedingt nur vermöge eines Jurisdictionsmandats gemäss § 36 J. N. zur Ausführung gelangen können, das sich doch in seinen Wirkungen in nichts von der über Ersuchen von einem Bezirksgerichte eines anderen Kreisgerichtssprengels diesfalls zu leistenden Rechtshilfe unterscheidet.

Die für die Einführung des besonderen Verfahrens in Bestandsachen massgebenden unabweislichen Verkehrsrücksichten rechtfertigen es zur Genüge, dass auch die der Gerichtsbarkeit des Obersthofmarschallamtes unterworfenen Personen, selbst wenn sie der Exterritorialität theilhaftig sind, in Bestandstreitigkeiten den Bezirksgerichten *rei sitae* unterstehen (§ 85 J. N., Art. III, IX Einf. G. zur J. N.), ausgenommen die Vollziehung von Zustellungen § 119 C. P. O. und Executionsacten § 31 E. O. Das Bestreben, möglichste Unbefangenheit bei Ausübung der Rechtspflege walten zu lassen, führte zu der Anordnung, dass Bestandstreitigkeiten, bei welchen die zur Bethätigung der Gerichtsbarkeit hiebei oder zur Beaufsichtigung ihrer Ausübung berufenen Richter als Kläger oder Geklagte theilhaftig sind (§ 79 J. N.), vor dem im Gesetze hiefür bestimmten Gerichtshofe auszutragen und vor einem Senate desselben zu verhandeln (Art. XIV J. N.) sind.

Ausser Zweifel steht, dass auch in das Bestandverfahren verwiesene Rechtsstreitigkeiten durch Schiedsrichter entschieden werden können (§ 577 C. P. O.), welche jedoch an die Formen dieses Verfahrens nicht gebunden sind (§ 587 C. P. O.).

Den Bestandverträgen wurde rücksichtlich der Zuständigkeit und des einzuhaltenden Verfahrens die sogenannte *societas partiarum* (§ 1103 a. b. G. B.) gleichgestellt (§ 49, Z. 5 J. N., § 576 C. P. O.). Dagegen wäre es verfehlt, die Anordnungen über das Verfahren in Bestandsachen auch bei Streitigkeiten aus dem Rechtsverhältnisse der Contadinen und Colonen in Dalmatien in Anwendung zu bringen. Diesfalls wurden gemäss des Art. X Einf. G. zur C. P. O. die in Ansehung der

Auflösung dieser Verhältnisse zur Zeit der Einführung der Civilprocessordnung in Kraft bestehenden Gesetze und Verordnungen, insbesondere das Gesetz vom 11. Jänner 1878, Z. 9 R. G. Bl. unberührt gelassen, zufolge dessen alle, insbesondere auch Besitzstreitigkeiten zwischen dem *Padrone* und seinen *Contadinen* oder *Colonen* vom Rechtswege nicht ausgeschlossen sind.

Die aus dem Bestandverhältnisse betreffs beweglicher Sachen hervorgehenden Streitigkeiten werden von den über das Bestandverfahren erlassenen Vorschriften der Civilprocessordnung nicht berührt, weshalb auch die für die Auflösung solcher Vertragsverhältnisse im a. b. G. B. bestimmten Kündigungsfristen durch die Bestimmung des § 560 C. P. O. keine Aenderung erfahren haben.

3. **Das Verfahren über Syndicatsklagen.** Die Gestattung der Austragung von Syndicatsansprüchen im Rechtswege hat einen langwierigen Entwicklungsgang aufzuweisen. Schon zu Zeiten Kaiser Josefs II. wurde zwar mit dem H. D. vom 4. Jänner 1784, Z. 609 J. G. S. betreffs der Magistrats- und Patrimonialgerichte der Grundsatz anerkannt, dass der Gerichtsherr für den Schaden aufkommen müsse, der durch das von ihm zur Ausübung der Gerichtsbarkeit bestellte Organ verursacht wurde, soweit dieser aus einer bei Ausübung des richterlichen Amtes unterlaufenen Gesetzwidrigkeit entstand. Das a. b. G. B. statuirte jedoch — trotz Anerkennung subsidiärer Haftpflicht des Vormundschaftsgerichtes für den aus der Vernachlässigung seiner Amtspflichten dem Mündel erwachsenen Schaden, § 265 a. b. G. B. — keine Haftung des Staates für einen von staatlichen Richtern unter den berührten Voraussetzungen zugefügten Vermögensnachtheil, sondern verfügte im § 1341 a. b. G. B., dass gegen das Verschulden eines Richters lediglich bei der höheren Behörde Beschwerde führung zulässig sei, worüber amtswegige Untersuchung erfolgen sollte.

In Sachen der Eintreibung des Schadenersatzes von dem Gerichtsorgane, das ihn selbst verschuldete, hat das Patent über die Organisation der Gerichte vom 28. Juni 1850, § 90 gestattet, dass der durch pflichtwidriges Vorgehen eines Richters Beschädigte sich rücksichtlich seiner Schadenersatzansprüche dem eingeleiteten Disciplinarverfahren anschliessen dürfe. Diesen Standpunkt verliess jedoch das dermal in Kraft stehende Gesetz betreffend die

Disciplinarbehandlung richterlicher Beamten vom 21. Mai 1868, Z. 46 R. G. Bl., indem es die gegentheilige Anordnung traf (§ 41).

Eine Haftung des Staates für Schadenersätze der oben berührten Art hat erst das zur Ausführung des im § 1341 a. b. G. B. aufgestellten Grundsatzes erlassene Gesetz vom 12. März 1859, Z. 46 R. G. Bl., aber nur ausnahmsweise, soweit gerichtliche Depositen in Frage kommen, anerkannt (§ 7). Für Abgänge an solchen leistete der Staat Ersatz, vorbehaltlich des Rückgriffes gegen den schuldtragenden Beamten (§ 8). Anerkennenswerth war es, dass durch das erwähnte Gesetz das administrative Verfahren bei Geltendmachung von Syndicatsansprüchen gegen schuld bare Richter eingehende Regelung fand.

Erst das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 21. December 1867, Z. 144 R. G. Bl., Art. IX brachte die längst ersehnte Abhilfe, indem es die Haftung des Staates für Ersätze aus Syndicatsansprüchen verfügte und die Zulässigkeit des Rechtsweges für die Hereinbringung solcher Ansprüche aussprach. Das hiemit anerkannte Klagerecht wurde sowohl betreffs seiner materiellrechtlichen Voraussetzungen, als auch betreffs der im Verfahren über die erhobene Klage festzuhaltenden Formen durch das Gesetz vom 12. Juli 1872, Z. 112 R. G. Bl. näher geregelt. Die Grundlage des Verfahrens kann entweder die Klage des Geschädigten oder die Regressmandatsklage des Staates gegen den schuldtragenden richterlichen Beamten im weiteren Sinne bilden, für welchen er Schadenersatz zu leisten hatte. Bei Erlassung der Civilprocessordnung musste das Verfahren über Syndicatsklagen den Grundsätzen des neuen Processrechts angepasst werden (VI. Th., 5. Abschn.).

Unzulässig ist die Anrufung eines anderen Gerichtes, als des für diese Klagen zuständigen Oberlandesgerichtes delicti commissi (Art. VI, Z. 4 Einf. G. zur J. N., § 104, I J. N.), weshalb derartige Ansprüche selbst gegen eine noch nicht eingetretene Verlassenschaft eines Richters nur bei diesem und nicht etwa bei dem Gerichtsstande für Verlassenschaftsangelegenheiten (§ 77 J. N.) mit Klage zu verfolgen sind (§ 26 cit. Ges.). Auch ist eine Einigung der Parteien auf ein anderes, als dieses besondere von öffentlich-rechtlichen Rücksichten beherrschte Verfahren ausgeschlossen.

Die Syndicatsklage verlangt vom Schädiger oder vom Staate als Bürgen und Zahler oder von beiden als Streitgenossen Ersatzleistung:

a) wegen eines Schadens, den ein richterlicher Beamte — sei es ein Berufs- oder Laienrichter — ein Notar als Gerichtskommissär, ein bei Gericht zur Vornahme gerichtlicher Amtshandlungen oder endlich ein bei landesfürstlichen Steuerämtern bezüglich der Amtshandlungen mit gerichtlichen Depositen- und Waisengeldern angestellter Staatsbeamte oder Diener (§ 4),

b) bei Ausübung seiner Amtswirksamkeit durch Uebertretung seiner Amtspflicht, ob nun durch pflichtwidriges Handeln oder blosses Unterlassen im gerichtlichen Verfahren (in oder ausser Streitsachen, bei der Zwangsvollstreckung oder bei Sicherung von Ansprüchen, endlich im Concourse) zufügte,

c) falls die in dem betreffenden Verfahren vorbehaltenen Rechtsmittel keine Abhilfe gegen den verursachten Schaden gewährten. Rechtsmittel im eigentlichen Sinne sind die ausserordentlichen Rechtshilfen des V. Theiles der Civilprocessordnung, die Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage, keineswegs; gleichwohl wird auch der Versuch ihrer Benützung vorausgehen müssen, ehe zur Syndicatsklage gegriffen werden kann, da der Ausdruck „Rechtsmittel“ im § 1 Synd. Verf. im gewöhnlichen (und nicht im processualtechnischen) Sinne aufzufassen ist, nämlich als Mittel, zu seinem Rechte zu gelangen.

Mittels Syndicatsklage kann von Organen der Verwaltungsbehörden nicht Schadenersatz beansprucht werden, wenn dieselben bei Ausübung der Judicatur über privatrechtliche Ansprüche (Art. XV des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt) unter den vorstehend entwickelten Voraussetzungen Schaden zufügten.

Ersatz für Schäden, die unter gleichen Voraussetzungen im Strafverfahren entstanden, kann mittels Syndicatsklage nur dann verlangt werden, wenn es sich um eine von einem richterlichen Beamten, nicht aber auch von einem anderen öffentlichen Organ „gesetzwidrig verfügte oder verlängerte Verhaftung“ handelt (§ 27 Synd. Verf.). Dagegen ist der Ersatzanspruch wegen einer vom Gerichte nicht bestätigten Beschlagnahme von Druckschriften ausschliesslich gegen den Staat zu richten und findet seine Erledigung in dem durch § 491 St. P. O.

und Gesetz vom 9. Juli 1894, Z. 161 R. G. Bl. geregelten besonderen Verfahren.

Ein angemessener Schadenersatz wegen widerrechtlicher Verurtheilung ist gegen den auch hier allein haftpflichtigen Staat auf dem mit Gesetz vom 16. März 1892, Z. 64 R. G. Bl. vorgeschriebenen Wege zu suchen.

Obwohl die Bestimmungen des II. Theiles der Civilprocessordnung in Syndicatsprocessen für massgebend erklärt wurden (§ 600), wird auch dermal, sowie schon gemäss § 11 des Gesetzes über Syndicatsklagen die Zurückweisung einer jeden Klage, die den Nachweis der Erschöpfung aller zur Abwendung des Schadens zulässigen Rechtsmittel nicht erbringt, von amtswegen zu verfügen sein (anders Wachtel: Commentar zur C. P. O. S. 543). Sicherlich mangelt es einer solchen Klage an einer Grundbedingung ihrer materiell-rechtlichen Zulässigkeit, weshalb sie keine Syndicatsklage ist und darum auch der Competenz des angegangenen Oberlandesgerichtes nach Art. VI, Z. 4 Einf. G. zur J. N., § 41, II, 43 J. N. nicht unterliegt. Abgesehen hievon gelten ungeschwächt auch heute die Gründe, welche für die Bestimmung des § 11 Synd. G. seinerzeit ins Treffen geführt wurden, dass nämlich der Staat nicht in die Lage versetzt werden soll, gegen derartige, augenscheinlich den gesetzlichen Bedingungen nicht entsprechende Klagspräntensionen sich vertheidigen zu müssen und dadurch seine Richter dem Verdachte auszusetzen, als hätten sie durch pflichtwidriges Handeln Staatsbürgern Schaden verursacht, trotzdem eine gesetzlich geforderte Grundbedingung des Ersatzanspruches, nämlich die Darthung erfolgloser Erschöpfung des Rechtszuges, fehlt (Motive des Gesetzes über Syndicatsklagen, Ausgabe Kaserer's, S. 44).

Was das Beweisverfahren in Syndicatsprocessen betrifft, ist hervorzuheben, dass der Beweis durch Vernehmung der Parteien hauptsächlich des richterlichen Beamten als Geklagten ausgeschlossen bleibt, insofern derselbe der Pflicht zur Geheimhaltung nicht durch seine Vorgesetzten entbunden wird (§ 320, Z. 3, 372).

Eine Verbindung der Verhandlung über den Syndicatsanspruch und den Regressanspruch des Staates, welche das Gesetz vom 12. März 1859, Z. 46 R. G. Bl. gestattete (§§ 11, 14, Z. 2), wurde mit Recht bereits bei Erlassung des Gesetzes über Syndicatsklagen für unzulässig er-

achtet, da die Stellung des Staates in beiden Processen in verschiedener Parteirolle zu Wirrnissen führen müsste (Motive S. 45). Vielmehr bedarf es dermal rechtskräftiger Verurtheilung des Staates zum Ersatze und der Leistung desselben, bevor seitens des Staatsschatzes die Regressklage erhoben werden kann (§ 19 cit. Ges., § 602 C. P. O.). Fehlen die gesetzlichen Voraussetzungen, um Regress mittels Mandatsklage zu fordern, so ist der Rückgriffsanspruch im ordentlichen Rechtswege bei dem allgemein zuständigen Gerichte geltend zu machen. Völlig ausgeschlossen ist dessen Hereinbringung im administrativen Wege (§ 21 cit. Ges.). Schliesslich ist zu bemerken, dass Syndicatsprocesse keine Ferialsachen sind.

Anlangend das Verhältniss des Disciplinarverfahrens gegen den in Anspruch genommenen richterlichen Beamten oder Diener zum Syndicatsprocesse ist hervorzuheben, dass beiden Streittheilen und der Finanzprocuratur als Processbevollmächtigtem des Staatsschatzes (§ 9 cit. Ges. und Verordnung des Gesamtministeriums vom 9. März 1898, Z. 41 R. G. Bl.) das Recht zusteht, nicht nur von der Mittheilung über das Ergebniss der Disciplinaramtshandlung beim Processgerichte selbst (§ 12 cit. Ges.), sondern auch von den Acten der beendeten Disciplinaruntersuchung — mag sie ein für den Angeschuldigten günstiges oder ungünstiges Resultat ergeben haben — bei der Disciplinarbehörde Einsicht und Abschrift zu nehmen (§ 13 cit. Ges.).

Diese Befugnisse der Parteien, als die Mittel, zur wirksamen Geltendmachung oder Abwehr eines Syndicatsanspruches verlässliche Informationen zu gewinnen, wurden durch die Bestimmung des § 600 C. P. O. nicht berührt, da sie jedenfalls zu den „Gegenständen“ gehören, welche in der Civilprocessordnung nicht geregelt wurden (Art. 1, Abs. 2 des Einf. G. zur C. P. O.). Ausserdem kann die Aussetzung des Processverfahrens (nicht dessen Unterbrechung) bis zur Beendigung der Disciplinaramtshandlung sowohl von jeder Processpartei begehrt, als auch vom Processgerichte von amtswegen — sogar vor der für die mündliche Verhandlung bestimmten Tagsatzung — angeordnet werden (§ 601, II C. P. O.), wenn das Endergebniss der Disciplinarsache oder die Benützung der auf dem Disciplinarwege zu pflegenden Erhebungen für die Processentscheidung voraus-

sichtlich von Einfluss ist. Letztere werden insbesondere für die Stoffsammlung bezüglich der erheblichen Thatumstände, weniger als Beweismaterial, ihre Bedeutung für den Syndicatsprocess äussern. Selbstverständlich besitzt das verurtheilende, rechtskräftige Disciplinarerkenntniss für die Streitentscheidung nicht die bindende Kraft eines derartigen strafgerichtlichen Erkenntnisses (§§ 268, 530, Z. 5 C. P. O.), und dies mit gutem Grunde, da der Beschädigte im Disciplinarverfahren nicht die Rechte eines Privathetheiligten geniesst, insbesondere der Legitimation zur Erhebung von Rechtsmitteln entbehrt und es ihm überhaupt an aller Mitwirkung hiebei gebricht (Motive in Kaserer's Ausgabe des Gesetzes über die Syndicatsklage, S. 37). Die präjudicielle Kraft eines verurtheilenden rechtskräftigen Disciplinarerkenntnisses und des strafgerichtlichen Urtheils bezüglich der Schuldfrage ist ausnahmsweise die gleiche, wenn der Staat gegen den schuldtragenden richterlichen Beamten mit einer Regressmandatsklage auftritt (§ 19, II cit. Ges.).

Aus der Kompetenzvorschrift für Syndicatsklagen ergibt sich der Ausschluss der Revision als selbstverständlich; die ausserordentliche Rechtshilfe gegen Urtheile durch Nichtigkeits- und Wiederaufnahmsklage ist jedoch nicht versagt (§ 600 C. P. O.). Durch Schlussfolgerung per argumentum a contrario kann aus der ausdrücklichen Hervorhebung der Anwendbarkeit der Vorschriften des II. Theiles und des 1. Abschnittes des IV. Theiles der Civilprocessordnung im § 600 auf das Gegenheil nicht geschlossen werden.

4. An der Grenzscheide zwischen dem strittigen und ausserstrittigen Verfahren — soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt — steht das **Mahnverfahren**.

Nach dem Muster eines Gesetzes für Hannover vom 27. Juni 1852 ausgestaltet, hat diese Verfahrensart in Oesterreich bereits mit dem Gesetze vom 27. April 1873, Z. 67 R. G. Bl. Eingang gefunden. Zweck des Mahnverfahrens ist, dem Gläubiger auf möglichst kurzem und billigem Wege für verhältnissmässig geringfügige Forderungen an vertretbaren Sachen, insbesondere an Geld (bis zum Betrage oder Werthe von 400 K) einen Executionstitel ohne Mitwirkung des Schuldners zu verschaffen. Denn letzterer bedarf es auch beim Abschlusse eines executionsfähigen Vergleiches vor dem

nach dem Wohnsitze des Schuldners zuständigen Bezirksgerichte ohne Klage (§ 433), oder bei Formalisirung eines mittels Klage geltend gemachten Anspruches durch Urtheil auf Grund eines Anerkenntnisses des Beklagten (§ 395).

Eigenthümlich ist dem Mahnverfahren, dass der Gläubiger bei Einleitung desselben geradezu mit der Voraussetzung völliger Lässigkeit des Gegners, d. i. des Unterbleibens jeder Abwehr des geltend gemachten Anspruches rechnet. Ohne Ladung des Gegners vor Gericht, ohne Verhandlung bei Gericht und ohne sachliche Prüfung des Anspruches durch das Gericht wird die Grundlage einer Zwangsvollstreckung gewonnen.

Ausgeschlossen ist das Mahnverfahren aus Gründen, welche die Beschaffenheit des Anspruches betreffen, vor allem bei Wechselforderungen, weil für solche ein strafferes Verfahren zur Verfügung steht, aber auch weil leicht dieselbe Forderung zweimal, nämlich im Mahnverfahren gegen den Hauptschuldner und im Wechselprocesse gegen den Regressschuldner eingetrieben werden könnte (Motive bei Kaserer, Mahnverfahren, S. 20), ferner bei von Gegenleistungen abhängigen Forderungen (§§ 1052, 1062, 1092 a. b. G. B.), mag es sich um eine Vorleistung oder um eine Leistung Zug um Zug handeln, endlich bei betagten und bedingten Forderungsansprüchen, weil bei solchen wohl Rechtsschutz durch Feststellung, nicht aber schon dermal durch Zwangsvollstreckung zulässig ist.

Aus Gründen in der Person des Schuldners ist dieses Verfahren unanwendbar gegen Personen unbekanntem Aufenthalts, weil ein Leistungsauftrag an einen curator absentis im Hinblick auf dessen zu gewärtigenden Widerspruch gegen den Mahnbefehl wirkungslos bliebe, ferner aus Rücksichten erschwerter Zustellung gegen Schuldner, an welche die Zustellung ausserhalb des Sprengels des Gerichtshofes I. Instanz erfolgen müsste, in welchem das zur Erlassung des Zahlungsbefehls zuständige Bezirksgericht seinen Sitz hat. Gegen Gemeinschuldner verschliesst die Structur des Concursverfahrens (§§ 6, 103, 130 Conc. O.) die Möglichkeit der Erwirkung eines Mahnbefehls. Dagegen obwaltet kein Anstand, gegen Richter den Zahlungsbefehl in allen Mahnsachen, die im Klagswege zufolge § 79 J. N. bei einem Gerichtshofe I. Instanz

anzubringen wären, zu erwirken; den Mahnbefehl erlässt in solchen Fällen der Senatsvorsitzende bei dem für die Sache zuständigen Gerichtshofe (Art. XIV Einf. G. zur J. N.).

Schliesslich ist die Anwendung des Mahnverfahrens aus Zuständigkeitsrücksichten benommen, falls die Forderung überhaupt (z. B. Stolgebühren) oder zur Zeit (z. B. Gesindelohn) bei Gericht nicht geltend gemacht werden kann, insbesondere auch wegen Bestellung eines obligatorischen Schiedsgerichtes für Ansprüche gewisser Art (Art. XII, Z. 5 Einf. G. zur C. P. O.), oder falls der Streit über den bezüglichen Anspruch vor einem ausserordentlichen Gerichte, nämlich vor jenem des Obersthofmarschallamtes (§ 3 Mahnverf.), oder vor einem Gewerbegerichte (Art. XIII Einf. G. zur C. P. O., § 104 J. N., § 23 II, 24 des Ges. vom 27. November 1896, Z. 218 R. G. Bl.) auszutragen wäre. Da § 19 des Mahnverf.-Ges. die Möglichkeit der Verbindung der Klage mit dem Ansuchen um Erlassung des Mahnbefehls voraussetzt, können Ansprüche, deren Geltendmachung dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit anheimfällt, z. B. auf Leistung eines Heiratsgutes oder einer Aussteuer bis 400 K (§ 1220, 1221, 1231 a. b. G. B.) oder auf Bezahlung des ebenso hohen Einlösungspreises für das zu Eisenbahnzwecken enteignete oder zur Herstellung eines Nothweges erforderliche Grundstück (§ 23, Ges. 18. Februar 1878, R. G. Bl. Z. 30; § 16 Ges. 7. Juli 1896, R. G. Bl. Nr. 140) niemals im Mahnverfahren einbringlich gemacht werden.

Im Gegensatze zum Mandatsverfahren wird der Mahnbefehl auch betreffs offenbar verjährter Forderungen zu erlassen sein, trotzdem die Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung nicht einmal behauptet wurde (§§ 1432, 1501 a. b. G. B.), z. B. bei älteren als dreijährigen Zinsrückständen (§ 1480 a. b. G. B.).

Seinem Wesen entsprechend hat das Mahnverfahren nur einen facultativen Charakter. Unzulässig wäre es sonach, dem Gläubiger bei Einklagung einer Forderung, deren Eintreibung im Mahnverfahren nichts im Wege stand, den Zuspruch der Klagskosten deshalb zu verweigern, weil vielleicht ein Mahngesuch ebenfalls zum Ziele geführt hätte. Um seinem Zwecke genügen zu können, wird das Mahnverfahren durch die Gerichtsferien in keiner Hinsicht beirrt (§ 223, II C. P. O.). Das Wesentliche des Mahnverfahrens liegt darin, dass das Gericht über

blosses Gesuch des Gläubigers mit Zahlungsbefehl dem Schuldner die Erfüllung der lediglich behaupteten, durch nichts bescheinigten Verbindlichkeit zu einer bestimmten Fungibilienleistung binnen der urtheilmässigen Frist unter Executionsfolgen aufträgt (§ 409 C. P. O.). Der Versuch des Gläubigers, ohne Rechtsstreit einen Executionstitel zu erwerben, scheitert aber, falls der Schuldner innerhalb der Leistungsfrist Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhebt. Entsprechend der Art und Weise der Geltendmachung des Anspruches ist dessen Abwehr gestaltet; ebenso wie der Gläubiger in seinem Mahngesuche nur den Anspruch zu individualisiren, aber nicht zu specialisiren braucht, da die Angabe des Rechtsgrundes und des Betrages der Forderung genügt (§ 4, Z. 2 Mahnverf.), bedarf es blos der Constatirung, keineswegs aber der Motivirung des Widerspruches (§ 8 Mahnverf.). Ganz gleichgiltig ist, warum Widerspruch erhoben wird, also weil etwa die Forderung des Gegners niemals giltig entstanden war oder dermal nicht geltend gemacht werden kann, oder endlich schon aufgehoben ist.

Nach unserem Rechte ist es keineswegs Pflicht des Gerichtes (wie etwa im Sinne des deutschen Reichsprocesses, § 696 neuer Zählung), über erhobenen Widerspruch sogleich eine Tagsetzung zur Streitverhandlung in der Sache selbst anzuberaumen.

Die Analogie des Mahnverfahrens mit dem strafprocessualen Mandatsverfahren liegt nach unserem Rechte somit nur nach einer Seite vor. Unterwerfung unter den richterlichen Befehl durch Unterlassung des Widerspruches, beziehungsweise Einspruches schafft das Surrogat eines rechtskräftigen Urtheils (§ 5, III, 6, Z. 4 Mahnverf., § 461, Z. 4, 462 St. P. O.); dagegen bewirkt die Erhebung des Widerspruches die Anordnung ordnungsmässiger Verhandlung in der Sache nur dann, wenn das Ersuchen um Erlassung des Mahnbefehles mit der Klage in eventum verbunden war (§ 19 Mahnverf.), während im strafgerichtlichen Verfahren Einspruch gegen das Strafmandat stets Einleitung des ordentlichen Verfahrens im Gefolge hat (§ 462 St. P. O.). Im Mahnverfahren ist es dem Gläubiger lediglich freigestellt, das Mahngesuch von vornherein mit der allfälligen Klage zu verbinden, über welche im gewöhnlichen bezirksgerichtlichen Verfahren, beziehungsweise mit Beachtung der Abweichungen in Bagatellsachen zu verhandeln ist.

Das Einführungsgesetz zur Civilprocessordnung Art. XXVIII hat das Mahnverfahren in der ihm mit dem Gesetz vom 27. April 1873, Z. 67 R. G. Bl. zutheil gewordenen Gestalt mit geringen Abänderungen für alle Bezirksgerichte in Geltung belassen und auf solche in Handelssachen ausgedehnt; Gewerbegerichte können jedoch Mahnbefehle nicht erlassen. In Anbetracht der facultativen Verbindung des Mahngesuches mit der Klage kann das Mahnverfahren gemäss der Andeutung im citirten Artikel des Einführungsgesetzes füglich den ausserordentlichen Verfahrensarten beigezählt werden.

Als Eigenthümlichkeit des in Rücksicht des Executionsobjects unbeschränkten Zwangsvollstreckungsverfahrens ist hervorzuheben, dass die Executionskraft des Mahnbefehls mit dem Ablaufe von sechs Monaten nach dessen Zustellung erlischt (§ 16 cit. Ges.), eine Bestimmung, die naheliegenden Missbräuchen passenderweise vorzubeugen geeignet ist. Mit dem Erlöschen des richterlichen Pfandrechts an gepfändeten Mobilien durch Unterbleiben der gehörigen Fortsetzung des Verkaufsverfahrens binnen Jahresfrist seit der Pfändungsvornahme nach § 256 E. O. verliert jedoch der dieser Zwangsvollstreckung zur Grundlage dienende Mahnbefehl keineswegs seine Kraft (Entsch. des O. G. H. in Geller's Praxis des O. G. H., III. Bd., Nr. 257).

5. Als ein besonderes, mit Verhältnissen des Familienrechtes sich befassendes Verfahren stellt sich **das Verfahren in Ehesachen** dar.

Da die Ehe als Bedingung der Fortdauer jeder staatlichen Gesellschaft ein Rechtsverhältniss ist, dessen Regelung nicht ausschliesslich aus privatrechtlichen Gesichtspunkten erfolgen kann, so muss auch die Gestaltung des Verfahrens in Ehesachen abweichend von dem für Streitige vermögensrechtliche Verhältnisse geltenden erfolgen, bei welchem die Verfügungsgewalt der Parteien über den Gegenstand des Rechtsstreites von entscheidendem Einflusse bleibt. Daher ist auch eine Aenderung der einschlägigen processrechtlichen Bestimmungen durch Parteiwillen unzulässig.

Gerichtshöfe I. Instanz (§ 50 J. N.) sind ausschliesslich (§ 104 J. N.) berufen zur Verhandlung und Entscheidung von Streitigkeiten über Ungiltigkeit, Trennung und Scheidung der Ehe. Eheungiltigkeitssachen von Ausländern gehören vor

inländische Gerichte lediglich unter der Voraussetzung, dass die beteiligten Ehegatten hierlands ihren Wohnsitz aufgeschlagen haben. Die Anordnung des H. D. vom 23. October 1801, Z. 542 J. G. S., welches den erwähnten Vorbehalt machte, muss als ein im Völkerrechte anerkannter Grundsatz über die Grenzen der Gerichtsgewalt gegenüber Ausländern unbedingte Geltung finden (Art. IX, Abs. 1 Einf. G. zur J. N.). Ehetrennungssachen ausserhalb dieser Reichshälfte wohnhafter Ausländer müssen gleichfalls den Gerichten ihres Heimatsstaates vorbehalten werden, da § 115 a. b. G. B. verfügt, dass in allen Trennungsfällen „nach eben den Vorschriften zu handeln ist, welche für die Untersuchung und Beurtheilung einer ungiltigen Ehe gegeben sind“. In voller Uebereinstimmung mit diesen die Ausübung irgend welcher Jurisdiction in Eheungiltigkeits- und Trennungssachen der hierlands nicht domicilirenden Ausländer ablehnenden Bestimmungen des a. b. G. B. stehen, insoweit die Angehörigen der Länder der ungarischen Krone (ohne Croatien-Slavonien) und des Occupationsgebiets in Betracht kommen, die Vorschriften des ungarischen Gesetzartikels LX vom Jahre 1881 über das Executionsverfahren (§ 5) und der C. P. O. für Bosnien und die Hercegovina vom 14. April 1883 (§ 467) betreffend Executionsverweigerung in Statussachen. Der subsidiäre Gerichtsstand für Klagen aus dem Eheverhältnisse gemäss § 100 J. N. ist nur für Klagen gegen österreichische Staatsangehörige anwendbar; wohl aber kann betreffs der Ausländer in Ehescheidungssachen der Gerichtsstand der Gegenseitigkeit nach § 101 J. N. Bedeutung gewinnen, da er Klagen in bürgerlichen Rechtsachen überhaupt und nicht nur wegen vermögensrechtlicher Ansprüche voraussetzt.

Eheungiltigkeits- und Trennungssachen von Inländern sind der inländischen Gerichtsbarkeit insoweit unbedingt vorbehalten, als ausländische Executionstitel, die den Personenstand eines Staatsangehörigen betreffen und gegen letzteren vollzogen werden sollen, nicht als Grundlage einer Zwangsvollstreckung in dieser Reichshälfte dienen können (§ 81, Z. 3 E. O.).

Andere als die oberwähnten Rechtsstreitigkeiten aus dem gegenseitigen Verhältnisse der Ehegatten sind im ordentlichen Verfahren zu verhandeln, vorausgesetzt, dass sie nicht der Austragung im ausserstrittigen Verfahren anheim-



fallen (§ 50, Z. 3 J. N.). Letzteres gilt nach erfolgter Ehetrennung oder Scheidung für die Entscheidung der Frage, welcher Eheheil die Kindererziehung zu besorgen hat (§ 142 a. b. G. B.) und bei Fortbestand der ehelichen Gemeinschaft, wenn die mangelnde Einwilligung des Ehemanns dazu, dass seine Gattin Handelsfrau sein könne, durch richterlichen Ausspruch zu ersetzen ist (§ 6 Einf. G. z. Handels-G. B.). Der Klageführung im ordentlichen Streitverfahren bedarf es hingegen zur Erwirkung der ehelichen Folge der Gattin (§ 92 a. b. G. B.) und zur Erzielung der Aufnahme des Gatten in die Hausgemeinschaft (§ 382, Z. 8, 391 E. O.), ingleichen bei Forderung des im Gesetze begründeten Unterhalts (§ 91 a. b. G. B.; Entsch. des O. G. H. neue Folge, II. Bd., Nr. 277). Die im H. D. vom 19. Mai 1786, Z. 550, lit. e) J. G. S. aus der Vertragsnatur der Ehe abgeleitete und in der civilistischen Literatur streitige Zulässigkeit einer Klagshebung auf Ehevollzug lässt sich nicht vertheidigen, da ein Feststellungsurtheil bedeutungslos und ein Leistungsurtheil zur Duldung des Ehevollzugs gegen die Gattin gemäss § 355 E. O. offenbar unvollstreckbar ist.

Mit richtigem Blicke wurde es bereits bei Berathung des a. b. G. B. als eine Nothwendigkeit anerkannt, für das Verfahren in Eheungiltigkeits- und Trennungssachen ein von der Untersuchungsmaxime beherrschtes Verfahren zu schaffen (Ofner, Berathungsprotokolle des a. b. G. B., I. Bd., S. 123; II. Bd., S. 346, 507). Als Rechtsquelle für das in eigentlichen Ehesachen einzuleitende ausserordentliche Verfahren kommen sonach die Bestimmungen des a. b. G. B. § 94—102, 107, 115—117 a. b. G. B. und deren mit H. D. vom 23. August 1819, Z. 1595 J. G. S. erfolgte Ergänzung in Betracht. Wenn das Justizministerium sich veranlasst sah, mit der Verordnung vom 9. December 1897, Z. 283 R. G. Bl. Zweifel über die Tragweite der derogirenden Kraft der C. P. O. gegenüber den Anordnungen des erwähnten H. D. zu beseitigen und letztere mit den subsidiär zur Geltung kommenden Vorschriften der neuen C. P. O. in Einklang zu bringen, so mögen vielleicht (wie schon R. Peres in Geller's Centralblatt für die jurist. Praxis, 16. Jahrgang, S. 353 hervorhob) verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Erlassung einer Verordnung solchen Inhalts angeregt werden können (Ullmann: Grundriss des

Civilprocessrechts, 1900, S. 173). Aber es darf nicht verhehlt werden, dass die Beschlüsse der Permanenzausschüsse beider Reichsrathshäuser auf blosser Streichung der einschlägigen Bestimmungen des Regierungsentwurfes über Ehesachen und die später eingetretene Lähmung des legislativen Apparats die Justizverwaltung geradezu in eine Lage versetzt hatten, welche als Nothstand bezeichnet werden muss.

Der Ansicht, es bestehe überhaupt dermal kein besonderes Verfahren in Ehesachen mehr (Tilsch: Einfluss der Civilprocessgesetze auf das materielle Recht, 1901, S. 47, 50, 51), lässt sich nicht beipflichten. Mag immerhin der bekannte Ausspruch Thöl's, dass manchmal das Gesetz weiser ist als der Gesetzgeber, und dass den Aeusserungen gesetzgebender Factoren, welche dem Wortlaute des Gesetzes nicht entsprechen, kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden darf, richtig sein, so kann doch das Schweigen des Gesetzes nicht dahin gedeutet werden, als ob es gerade den Gegensatz dessen hätte zum Ausdrucke bringen sollen, was sämtliche gesetzgebende Factoren, die an der Textgestaltung theilhaftig waren, einmüthig durch ein so beredtes Schweigen ausgedrückt wissen wollten. Bekanntlich hat der Permanenzausschuss des Abgeordnetenhauses, nachdem er die in der Regierungsvorlage nach französischem Vorbilde beantragte Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen abgelehnt hatte, den ganzen 4. Abschnitt des VI. Theils des Civilprocessordnungsentwurfes, womit das Verfahren in Ehesachen geregelt werden sollte, gestrichen (Z. 968 der Beil. der stenogr. Sitzg.-Prot. des Abg.-H., XI. Session). Diesem Beschlusse trat sodann die Permanenzcommission des Herrenhauses bei (Z. 460 Beil. der stenogr. Sitzg.-Prot. des Herrenhauses, XI. Session). Hiemit war aber keineswegs eine Beseitigung des besonderen Verfahrens in Ehesachen beabsichtigt, vielmehr im Gegentheile die Aufrechterhaltung der hierüber zuvor geltenden Rechtsvorschriften. Klaren Ausdruck fand diese Absicht in dem vom Permanenzausschusse des Abgeordnetenhauses über den Entwurf eines Einführungsgesetzes zur Civilprocessordnung erstatteten Berichte, worin rücksichtlich des Art. I der Regierungsvorlage ausgeführt wird, wie folgt: „Insbesondere war sich der Ausschuss bewusst, dass unter jene gesetzlichen Vorschriften, welche in der neuen Civilprocessord-

nung nicht geregelt sind und daher ihre Wirksamkeit nicht verlieren, vor allem die Vorschriften in Ehesachen gehören, welche der Ausschuss seinerzeit aus der neuen Civilprocessordnung ausgeschieden hat“ (Beil. 1132 zu den stenogr. Sitzg.-Prot. des Abg.-H., S. 2). Der Regierungsvertreter fand sich nicht veranlasst, gegenüber dieser Aeusserung eine Erklärung abzugeben, was wohl bei der Bedeutung der Frage als Zustimmung gedeutet werden darf, und die Permanenzcommission des Herrenhauses hat gleichfalls ihre Uebereinstimmung damit ausgedrückt (Beil. 1197 zu den stenogr. Prot. des Abg.-H., S. 16). Schliesslich hat auch das Justizministerium mit der Verordnung vom 9. December 1897, Z. 283 R. G. Bl. deutlich seine Anschauung dahin ausgesprochen, dass das in den älteren gesetzlichen Bestimmungen geregelte Verfahren in Ehesachen aufrecht erhalten bleibt, soweit nicht seine Ergänzung durch die Vorschriften der alten Gerichtsordnungen in Frage kömmt.

Abgesehen jedoch von diesen Aeusserungen aller jener legislativen Factoren, die für die Feststellung des gesetzlichen Wortlautes der Civilprocessordnung von entscheidender Bedeutung sind, stehen der oben erwähnten Ansicht auch nachstehende, aus dem Gesetze selbst sich ergebende Erwägungen im Wege.

Das Gesetz vom 1. August 1895, Z. 112 R. G. Bl., womit die Civilprocessordnung eingeführt wurde, stellt im Art. I vorerst den Umfang des derogirenden Einflusses der neuen gesetzlichen Vorschriften über das gerichtliche Streitverfahren gegenüber dem alten Rechte fest, umschreibt sodann im Art. II diesen Einfluss, insofern es sich um die subsidiäre Geltung des früher geltenden Rechtes in Gemässheit von Gesetzen und Verordnungen handelt, die durch das Inkrafttreten der Civilprocessordnung nicht berührt werden, um endlich im Art. III die derogirende Kraft gegenüber besonderen Vorschriften des älteren Rechtes zu umgrenzen, die von dem vordem allgemein geltenden Verfahren Abweichungen beinhalteten.

Im zweiten Absatze des Art. I wird die Aufhebung sämtlicher, in anderen gesetzlichen Vorschriften — somit auch im a. b. G. B. — enthaltenen Bestimmungen über in der neuen Civilprocessordnung geregelte Gegenstände ausgesprochen, insofern weder das Einführungsgesetz zur Civilprocessordnung, noch

die letztere selbst Ausnahmen festsetzt. Aus den vorangeschickten Ausführungen ergibt sich zweifellos, dass es zu der von der Regierung beabsichtigten Neugestaltung des Verfahrens in Ehesachen nicht kam, dieses somit durch die Civilprocessordnung nicht geregelt wurde, weshalb in dieser Richtung die vordem geltenden Vorschriften auch weiterhin als verbindlich angesehen werden müssen. In Consequenz dessen wird gemäss Art. II Einf. G. zur C. P. O. in allen Punkten, in welchen zufolge H. D. vom 23. August 1819, Z. 1595 J. G. S. (§ 1, 13) die Verfügungen der alten G. O. über das Protokollarverfahren subsidiäre Geltung fanden, nunmehr mit Rücksicht auf die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichtshöfe I. Instanz in Ehesachen das für diese vorgeschriebene Verfahren, somit insbesondere der II. Theil der Civilprocessordnung massgebend sein.

Ausnahmen von den nunmehr subsidiär geltenden Processnormen werden entsprechenderweise dahin getroffen, dass der im § 27 C. P. O. statuirte Anwaltszwang mit Rücksicht auf die von amtswegen zu pflegenden Erhebungen und Erörterungen in Ehesachen für entbehrlich erklärt und dass die nach französischrechtlichem Vorbilde gestaltete Klagscaution im Hinblick auf den Fortbestand von Sondervorschriften in Ehesachen für diese in Wegfall gebracht wird (§ 57, Z. 3 C. P. O.). Soll doch der Lösung unerträglicher Ehebande die Cautionspflicht des seine Befreiung anstrebenden Ehegatten nicht im Wege stehen! Die eben berührten Anordnungen der Civilprocessordnung enthalten keine „Regelung“, d. h. keine das ganze Verfahren in Ehesachen umfassende Normirung, vielmehr im Gegentheile eine Modificirung des allgemein geltenden Verfahrens vor Gerichtshöfen I. Instanz unter der Voraussetzung des Fortbestandes des processualen Sonderrechtes in Ehesachen. Die Ausschliessung der eidlichen Parteienvernehmung über den Eheungiltigkeits- (und wohl auch Trennungs-) Grund im Art. VI, Z. 1 Einf. G. zur C. P. O. ist lediglich eine unabweisbare Folge der Aenderung der Beweisvorschrift des § 99 (115) a. b. G. B., die durch die Verwerfung der Parteieneide als Beweismittel bedingt wurde.

Der Art. III des Einf. G. zur C. P. O. zählt schliesslich „insbesondere“ einige Verfahrensarten auf, die in der Civilprocessordnung geregelte Gegenstände betreffen und infolge der allgemeinen Derogirungsklausel des Art. I cit. ihre Geltung

einbüßen. Hierunter finden sich aber weder die Vorschriften des a. b. G. B., noch jene des mehrcitirten H. D. vom Jahre 1819 über die Behandlung von Ehesachen vor Gericht, trotzdem letzteres sich als eine Vorschrift einführte, die „das in den §§ 94, 97 und 107 a. b. G. B. angedeutete ämtliche Verfahren in streitigen Eheangelegenheiten näher zu bestimmen und eine gleichförmige Verhandlung dieser wichtigen Rechtsache bei den Gerichten zu bewirken“ bestimmt war. Es ist undenkbar, dass die Gesetzgebung durch blosses Stillschweigen eine so überaus wichtige besondere Verfahrensart in allen Königreichen und Ländern dieser Reichshälfte hätte beseitigen wollen, während sie die Aufhebung ganz untergeordneter, nur in einzelnen Kronländern gültiger Abweichungen von dem bisher geltenden Processrechte (Art. 3, Z. 3, 4) ausdrücklich und „insbesondere“ verfügte.

Das Streben der Legislative, den bisher verbindlichen processualen Sonderbestimmungen in Ehesachen ihre fernere Verbindungskraft zu sichern, fand aber sogar unmittelbaren Ausdruck. Es verdankt nämlich diesem Bestreben der Art. VI, Z. 1 cit. seinen Ursprung. Im Gegensatz zu dem von der Regierungsvorlage beliebten Vorgange wurde die Vorschrift über gesetzliche Vermuthungen aus dem Einführungsgesetze der Civilprocessordnung in die letztere selbst (§ 270) verwiesen, ausgenommen „die gesetzliche Vermuthung im Eheverfahren“, und dies damit begründet, dass sie „durch eine allgemeine Bestimmung der Civilprocessordnung deshalb nicht getroffen werden kann, weil das Eheverfahren in der Civilprocessordnung selbst keine Regelung fand“.

Das schlagendste Argument jedoch für die fortdauernde Geltung des besonderen Verfahrens in Ehesachen bildet die Vorschrift der §§ 236, 259 C. P. O., gemäss deren eine Incidentfeststellungsklage ausgeschlossen erscheint, „wenn über den Gegenstand des neuen Antrages nur in einem besonderen, für Angelegenheit dieser Art ausschliesslich vorgeschriebenen Verfahren verhandelt werden kann“. Es ist zweifellos, dass bei Gerichtshöfen erster Instanz — und das Verfahren vor solchen haben die angezogenen Paragraphe doch vor Augen — einzig und allein die gerichtliche Verhandlung in Ehestreitigkeiten als ein besonderes Verfahren gelten kann,

worauf die dort hervorgehobenen charakteristischen Merkmale ausschliesslich passen.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Anschauung ergibt sich endlich auch aus den praktischen Consequenzen der hier bekämpften Ansicht. Wäre sie richtig, so müssten infolge der Aufhebung der processrechtlichen Bestimmungen des a. b. G. B. in Ehesachen und des dieselben ergänzenden oft cit. H. D. vom Jahre 1819 nunmehr die allgemeinen Grundsätze des Verfahrens vor Gerichtshöfen erster Instanz in allen Ungiltigkeits-, Trennungs- und Scheidungssachen in Kraft treten und die beiden erstgenannten ihrem Wesen nach von Streitigkeiten um Vermögensrechte ganz verschiedenen Streitsachen in den gleichen Formen wie alle anderen Rechtssachen verhandelt werden. Ein derartiger Vorgang wäre im Widerspruche mit der historischen Entwicklung seit der Unification unseres Processrechtes, indem die Verhandlungsmaxime auch im Eheprocesse zum Siege gelangen würde. Er wäre aber auch im Widerstreite mit der klar bethätigten Absicht der Gesetzgebung, die dem gerichtlichen Geständnisse in Eheungiltigkeits- und Trennungssachen (§§ 99, 115 a. b. G. B., Art. VI, Z. 1 Einf. G. zur C. P. O.) seine Kraft benahm, wohingegen nach der hier bekämpften Meinung folgerichtig Urtheile auf Grund von Anerkenntniss zu schöpfen wären, womit die Untrennbarkeit katholischer Ehen und die nur bei Bestand eines im Gesetze angegebenen Trennungsgrundes anerkannte Zulässigkeit einer Ehetrennung von Akatholiken illusorisch gemacht würde. Mit vollster Berechtigung hat schon R. Pereles in dem früher erwähnten Aufsatze (S. 359) betont, dass in Consequenz der hier abgelehnten Ansicht unser ganzes materielle Eherecht durch ein Gesetz über formelles Recht vom Grund aus geändert würde, was dem Grundprincip über derogirende Kraft neuer Gesetze widerstreitet. Die nach Charakter und Wesen von einander verschiedenen Ehe- und Vermögensrechtssachen erheischen unabweislich verschiedene Processgrundsätze und Verhandlungsformen zeuge des historischen Entwicklungsganges und der fremdländischen Gesetzgebung.

Eine an die vorstehende Erörterung sich anschliessende weitere Frage betrifft den Charakter der richterlichen Thätigkeit in Ehesachen, bei welchen es sich um die Eheungiltigkeit wegen eines öffentlich-rechtlichen

Hindernisses (§ 94 a. b. G. B.) handelt. In den Juristischen Blättern (1875, S. 75) hat ein der heimatlichen Rechtsgeschichte leider allzufrühe entrissener Forscher und durch Geistesschärfe hervorragender Richter, Dr. Karl Graf Chorinsky, die Ansicht aufgestellt, dass in dem gedachten Falle ein ausserstrittiges Verfahren platzgreife. Dieser Auffassung lässt sich aus sogleich näher zu entwickelnden Gründen nicht beitreten und dürfte eine Verwechslung zwischen amtswegigem und ausserstrittige Vorgehen des Richters in Ehesachen der erwähnten Art den Grund der obigen Anschauung bilden. Gemäss des H. D. vom 25. November 1839, Z. 392 J. G. S. steht „die Bestreitung der Giltigkeit“ gegenüber beiden Gatten infolge erfolgter ämtlicher Anzeige in Frage und ist gemäss § 102 a. b. G. B. ohne Rücksicht darauf, ob das Ehehinderniss öffentlich- oder privatrechtlicher Natur ist: „die Verhandlung des Streitiges über die Giltigkeit der Ehe“ durchzuführen, je nach dessen Ergebniss allenfalls gegen den schuldtragenden Ehegatten noch der Strafrichter seines Amtes zu walten haben wird. Damit im Einklange steht die auch in diesen Fällen dem Ehebandsvertheidiger obliegende Pflicht „der Vertheidigung der Ehe“ (§ 97 a. b. G. B.), sowie insbesondere die Anordnung des § 18 H. D. vom Jahre 1819, welche die Enderledigung jedes Eheungiltigkeitsprocesses durch Urtheil voraussetzt und sogar dem defensor matrimonii die Pflicht zur Anfechtung gleichförmiger, die Nichtigkeit einer Ehe anerkennder Urtheile mittels Revision bei Betheiligung wenigstens eines katholischen Eheheiles zur Pflicht macht, mag das Ehehinderniss welches immer gewesen sein. Streit, Vertheidigung, Urtheil und Rechtsmittel dagegen sind die Elemente eines contradictorischen, nicht aber eines ausserstrittigen Verfahrens.

Ehestreitigkeiten sind den Gerichtshöfen erster Instanz vorbehalten unter Ausschluss der Zulässigkeit einer Prorogation an Bezirksgerichte selbst für blosser Scheidungsprocesses, hierin vom älteren Rechte abweichend (§ 48 J. N. vom 20. November 1852, Z. 251 R. G. Bl., §§ 50, 104 J. N.). Sofern es sich um Katholiken handelt, ist die vordem anerkannte Gerichtsbarkeit bischöflicher Gerichte aufgehoben, somit selbstverständlich Prorogation dahin ausgeschlossen (Ges. vom 25. Mai 1868, Z. 47 R. G. Bl., Art. III). Schiedsrichterliches Verfahren auf

Grund eines zwischen den Ehegatten zustande gekommenen Compromisses, allenfalls auch mit Unterwerfung unter den Schiedsspruch des nach kirchenrechtlicher Satzung zuständigen Diöcesanbischofs, wäre nur in Scheidungssachen zulässig (§ 577 C. P. O.), da das Gesetz (§ 103 a. b. G. B.) sogar eine einverständliche Scheidung für zulässig erklärt. Für Eheungiltigkeitsachen entzieht §§ 1382, 1391 a. b. G. B. mit Rücksicht darauf, dass den Gatten die Dispositionsbefugniss abgeht, diese Möglichkeit, was für Ehetrennungsfälle ebenfalls gilt, da nach § 115 a. b. G. B. in beiden gedachten Gruppen von Eheangelegenheiten nach gleichen Grundsätzen vorzugehen ist.

Das Verfahren in Ehesachen aller Art wird von der Erörterungsmaxime beherrscht; in Eheungiltigkeitsfällen wegen eines öffentlich-rechtlichen Hindernisses kömmt das Officialprincip zur Geltung, denn es wird die Einleitung des Verfahrens seitens des Gerichtes als öffentlich-rechtliche Pflicht desselben durch eine blosser Anzeige veranlasst, ohne dass es erst der Bestellung eines von amtswegen einschreitenden Klägers bedürfte (H. D. 25. November 1839, Z. 392 J. G. S.). Unberührt blieb die Legitimation privatrechtlicher Interessenten behufs Geltendmachung ihrer Ansprüche, des Strafrichters zu Zwecken der Strafrechtspflege und der Administrativbehörde im Interesse der Staatsverwaltung (insbesondere wegen erhobener Pensionsansprüche) nach Lösung einer Ehe, welcher ein öffentlich-rechtliches Hinderniss entgegenstand, durch den Tod um die Einleitung des Eheungiltigkeitsverfahrens anzusuchen (H. D. 27. Juni 1837, Z. 208 J. G. S.).

Eine Klagenverbindung in Ehesachen und ehelichen Vermögensstreitigkeiten ist schon der verschiedenen Verhandlungsformen wegen gemäss § 227 C. P. O. ausgeschlossen, abgesehen davon, dass die rechtskräftige Erledigung der ersteren vorausgehen muss, da sie auf die letzteren präjudiciellen Einfluss übt (§§ 1264—1266 a. b. G. B.), und dass häufig die verschieden geregelte Zuständigkeit betreffs beider Gattungen der erwähnten Rechtsstreitigkeiten einer Verbindung der Klagen hinderlich wäre (§§ 49, 50 J. N.).

Die staatsgrundgesetzlich festgehaltene Oeffentlichkeit des Verfahrens gilt auch für Eheprocesses (§ 171); freilich wird sich bei solchen häufig der Anlass zu ihrer Ausschliessung von

amtswegen ergeben, da sonst die Sachverhaltsfeststellung durch eine begreifliche Zurückhaltung der Gatten erschwert würde, ingleichen kann es dazu über Parteienantrag kommen, weil nicht selten Thatsachen des Familienlebens erörtert und bewiesen werden müssen (§ 172 C. P. O.).

Die Mündlichkeit der Verhandlung in unmittelbarem regen Wechselverkehr mit beiden anwesenden Parteien selbst ist ganz conform dem Wesen einer amtswegigen Erhebung der entscheidenden Thatumstände unter Wahrung des gleichen rechtlichen Gehörs. Der das ganze Verfahren beherrschenden Erörterungsmaxime unter Suspension des Advocatenzwangs für das Verfahren erster Instanz entspricht es, dass die eine Verhandlung einleitenden Klagen und andere Anträge bei Gericht durch Protokollaufnahme angebracht werden können. Aus der Structur des Eheprocesses ergibt sich mangels einer ausdrücklichen Vorschrift die Folgerung, dass die Gerichtsferien auf Ehesachen keinen Einfluss üben.

Anbetrachts des rechtlichen Charakters des Streitgegenstandes entscheidet für die Processfähigkeit in Ehesachen nicht die Fähigkeit, selbständig giltige Verpflichtungen eingehen zu können (§ 1 C. P. O.), die bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten unbedingt vorliegen muss, vielmehr die allgemeine Fähigkeit minderjähriger und unter einem Curator stehender Personen, eine giltige Willensäußerung abzugeben. Sofern sie vorliegt, ist die Processfähigkeit für Ehestreitigkeiten aller Art vorhanden (§ 107 a. b. G. B., § 13 H. D. 1819; vgl. § 4 Min.-Verordg. 1897, Z. 283 R. G. Bl.; Rittner: Kathol. Ehe-recht, S. 269, Anm. 15).

Eine Eheungiltigkeitsklage können gesetzliche Vertreter namens ihrer Pflegebefohlenen nur dann erheben, wenn es diesen an der Willensmöglichkeit gebricht. Aus eigenem Rechte klagt der Vater und Vormund auf Ungiltigkeit einer von seinem Schützlinge eigenmächtig geschlossenen Ehe § 96 a. b. G. B.; dagegen ist der Vormundschaftsbehörde das Klagerecht in diesem Falle ausdrücklich abgesprochen worden (H. D. 16. Juni 1825, Z. 2112 J. G. S.). Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass nichteigenberechtigte Ehegatten zur Einleitung von Eheprocessen einer gerichtlichen Genehmigung nicht bedürfen; wohl aber der gesetzliche Vertreter, sofern er nach dem Vorausge-

schickten im Interesse seiner Schutzbefohlenen einen Eheungiltigkeitsprocess einzuleiten beabsichtigt (§§ 233, 282 a. b. G. B.).

Vermögensrechtliche Fragen, für welche der Eheprocess präjudiciell ist, sollen wo möglich durch gerichtlichen Vergleich ihre Regelung finden, wobei freilich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die gesetzlichen Vertreter schutzbefohlener Ehegatten zur Mitwirkung verpflichtet sind (§§ 106 II, 108, 117 a. b. G. B., § 2 C. P. O.).

Aus dem Rahmen der besonderen Verfahrensarten sind auszuschneiden:

1. Das Verfahren vor Schiedsgerichten oder vor einem einzelnen Schiedsrichter, trotzdem es der VI. Theil der Civilprocessordnung als solches anführt. Denn in Fällen dieser Art handelt es sich um keinen gesetzlich geregelten Rechtsgang vor Gerichten als staatlichen Organen, sondern um ein Verfahren, welches dem durch rechtlich anerkannte Privatwillkür berufenen Richter vermöge Parteienvereinbarung vorgeschrieben ist oder subsidiär durch sein freies Ermessen bestimmt wird (§ 587 C. P. O.). Die Vorschriften des vierten Abschnittes des VI. Theiles der Civilprocessordnung anerkennen die der Prorogationsbefugniss (§ 104 J. N.) an Umfang gleichkommende Berechtigung, auf Grund von zwei- oder einseitigen Rechtsgeschäften (§§ 577, 599) im vorhinein eine einzelne Streitsache oder sogar alle aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse künftig entstehende Streitigkeiten der Competenz staatlicher Gerichte zu entziehen und dem Rechtspruch von privaten Richtern zu unterwerfen. Der Umstand, dass der erst nach erfolgter Superrevision des Entwurfes eines a. b. G. B. in das Gesetz aufgenommene § 1391 bezüglich des Vertrages, wodurch Parteien zur Entscheidung über streitige Rechte einen Schiedsrichter bestellen, auf die Gerichtsordnung verweist, bildete den Anlass, warum auch die neue Civilprocessordnung sich nicht auf Fragen des Processrechtes beschränkte, sondern nebstbei einige in das Gebiet des materiellen Rechtes gehörige Bestimmungen traf. Darin folgte sie dem Muster nicht bloß der josephinischen Gerichtsordnung, sondern auch des französischen Code de procedure und des deutschen Reichsrechtes,

welch beide letzteren den Schlusstitel der Civilprocessordnung dem schiedsgerichtlichen Verfahren widmeten.

Sache des bürgerlichen Rechtes ist es, zu bestimmen, wann ein Compromiss zulässig ist, wie es zur Geltung gebracht wird und welche Wirkungen es äussert, während es dem Processrechte vorbehalten bleiben muss, Normen zu schaffen, über das Mass der Mitwirkung der Gerichte bei Bestellung eines durch Compromiss berufenen Schiedsgerichtes, über die den Schiedsrichtern zu gewährende Rechtshilfe (§ 589 C. P. O., Art. XIII J. N.), über die Rechtswirkungen eines Schiedsspruches und über die Voraussetzungen, unter welchen die Unwirksamklärung des Compromisses und des Schiedsspruches bei staatlichen Gerichten angestrebt werden darf.

Selbstverständlich kann sich die Thätigkeit der Schiedsrichter nur mit der Entscheidung der Streitsache, allenfalls auch in einer höheren schiedsgerichtlichen Instanz, befassen (§ 594 C. P. O.). Vollstreckungsmacht besitzen sie nicht, trotzdem der unanfechtbare Schiedsspruch einen Executionstitel (§ 1, Z. 16 E. O.) bildet. Unterwerfung der Parteien unter einen Schiedsrichter betreffs der Executionsführung ist gesetzlich unstatthaft (Art. II Einf. G. zur E. O.).

2. Das sogenannte Arrestverfahren oder das Verfahren betreffend einstweilige Verfügungen ist gleichfalls keine besondere Verfahrensart. Abgesehen davon, dass die Vorschriften hierüber im II. Theile der Executionsordnung eingereiht wurden, kommt es bei einstweiligen Verfügungen nicht auf die Verhandlung und endgiltige Entscheidung über einen Privatrechtsanspruch an, sondern lediglich darauf, eine beschleunigte Sicherung der künftigen Execution zu erwirken, welche dem Berechtigten die Möglichkeit seinerzeitiger Erfüllung seines Anspruches gewährleisten soll. Da es sich sonach um einen Rechtsschutz, wenn auch nur von vorübergehender Dauer und Wirkung handelt, der durch Schaffung äusserer Zustände vermöge richterlicher Zwangsgewalt unter Anwendung von Formen der Zwangsvollstreckung gewährt wird, so erscheint die Einreihung der einschlägigen Rechtsnormen in die Executionsordnung (II. Theil, 2. Abschnitt) durchwegs gerechtfertigt. Niemals darf freilich eine einstweilige Verfügung dem Gesuchsteller mehr Macht einräumen und den

Gegner mehr beschränken, als die Ausübung des gefährdeten Anspruchs selbst. Die Rechtsordnung, welche das Interesse an der Integrität der Privatrechtssphäre durch die negative Feststellungsklage gegen Eingriffe immaterieller Art, d. i. gegen Anspruchsberühmungen schützt, dehnt den Rechtsschutz für dasselbe Interesse gegen Eingriffe materieller Art, d. i. äusseres Eingreifen in die thatsächlichen Verhältnisse, auf das wirkungsvollste aus durch einstweilige Verfügungen (Schmidt: deutscher Civ. Proc., S. 740 u. 748), dort zum Schutze gegen Rechtsanmassungen, hier im Dienste der Rechtsgeltendmachung. Während das Mandats-, Mahn- und Bestandverfahren zur endgiltigen Rechtsfeststellung durch Urtheil führen können, kommt es bei mittlerweiligen Vorkehrungen auf ein mit der urtheilmässigen Feststellung des Anspruchs formell gar nicht zusammenhängendes gerichtliches Verfahren an, das ganz selbständig verläuft. Die vorgedachten Verfahrensarten beginnen mit der Schaffung der Grundlage einer Zwangsvollstreckung, d. i. eines Executionstitels (§ 1, Z. 2, 3, 4 E. O.), der im weiteren Verlaufe desselben Verfahrens entweder beseitigt oder bestätigt wird; einstweilige Vorkehrungen dagegen sichern die Möglichkeit seinerzeitiger Vollstreckung des in einem von diesem Sicherungsverfahren unabhängig geführten Rechtsstreite zu erwirkenden oder bereits erwirkten, aber noch nicht vollzugsreifen Executionstitels.

Mit Rücksicht auf ihr vorstehend erörtertes Wesen haben einstweilige Verfügungen sowohl vor der Erhebung der Klage, als auch im Laufe des Rechtsstreites, ja sogar nach rechtskräftiger Entscheidung während des Ablaufes der Leistungsfrist und im Zuge der Execution auf Erfüllung (§ 378 E. O.) Raum.

Nur Sicherung, nicht unmittelbare Befriedigung ist ihr Zweck; sie sollen entweder Befriedigungsmittel für die Geldforderung des Gläubigers behufs der späteren Zwangsvollstreckung festhalten oder die in Streit befangene Sache selbst gegen Verfügungen des Schuldners, seien sie rechtlichen oder thatsächlichen Charakters, schützen (§ 379, 381 E. O.). Gleichmässige Voraussetzung ist in beiden Fällen die Besorgniss einer Gefährdung der Zwangsvollstreckung.

Mit gutem Grunde verweigert das Gesetz das schwächere Sicherungsmittel einer Geldforderung durch factische Disposi-

tionshemmung des Verpflichteten (einstweilige Verfügung) betreffs bestimmter Vermögensobjecte, wenn die stärkere Sicherung einer derartigen Forderung mittels richterlichen Pfandrechtes durch sicherstellungsweise Zwangsvollstreckung zulässig ist (§ 379 I E. O.).

Im Gegensatz zu allen übrigen einstweiligen Verfügungen, welche die Möglichkeit erfolgreicher Durchführung der Zwangsvollstreckung und damit der Rechtsverwirklichung im Auge haben, beabsichtigt der Personalarrest als subsidiäre (§ 392, II E. O., Motive, S. 240) einstweilige Verfügung vornehmlich die Sicherung ungefährdeter Durchführung des Rechtsstreites als der Voraussetzung des zu erwirkenden Executionstitels und damit der Rechtsverwirklichung, insoweit dieselbe eben durch Flucht des Gegners vereitelt würde (§ 386, I E. O. Motive des Entwurfs einer E. O. zu § 384, S. 240; anders Neumann: E. O., S. 459). Dies gilt insbesondere bei zu befürchtender Entziehung eines inländischen Gerichtsstandes zur Geltendmachung des Anspruches, aber auch bei zu besorgender Vereitelung der Urkundenedition, eidlichen Parteienvernehmung des Gegners und dadurch des Processerfolgs, somit der „Rechtsverwirklichung“ (§ 386).

Einstweilige Verfügungen zum Zwecke der Regelung eines mittlerweiligen Zustandes im Gegensatz zu den vollstreckungssichernden Verfügungen finden sich im Verfahren über Besitzstörungsklagen (§ 458 C. P. O.), in Bestandsachen (§ 382, Z. 4, 5 E. O., § 1118 a. b. G. B.) und in Ehe Streitigkeiten (§ 382, Z. 8 E. O., § 107 a. b. G. B.). Den ersterwähnten eigenthümlich ist deren Zulassung auch von amtswegen (§ 458 C. P. O.; vergl. oben).

Die Erwirkung einstweiliger Verfügungen ist in Anbetracht ihres materiellen Zusammenhanges mit der Geltendmachung des Anspruches, welchem Sicherung gewährt werden soll, an das Gericht des Hauptprocesses verwiesen, falls der Rechtsstreit bereits anhängig ist. In anderen Fällen entscheidet der Gerichtsstand der Zwangsbereitschaft (§ 387 E. O.). Allein mit Rücksicht auf den vorübergehenden Zweck dieses einstweiligen Rechtsschutzes werden derartige Verfügungen nicht durch eine den Beweis über die entscheidenden Umstände anbietende Klage erwirkt, und es erfolgt deren

Bewilligung nicht mit Urtheil, sondern das Ansuchen geschieht mittels Antrages (§ 389 E. O.), in welchem die entscheidenden Umstände nur zu bescheinigen sind (§ 390 E. O.) und dessen Erledigung lediglich mit Beschluss (§ 391 E. O.). Bei Stellung eines Antrages auf einstweilige Verfügung noch vor Einleitung des Processes hat das Gericht in dem hierüber ergehenden Beschlusse stets die Frist von amtswegen zu bestimmen, binnen welcher dem provisorisch geschützten Rechtsansprüche im Klagswege volle Anerkennung bei Gericht verschafft werden soll. Insoweit kann auch in unserem neuen Rechte von einem Salvations- oder Justificationsverfahren gesprochen werden. Gleiches gilt bei Erwirkung mittlerweiliger Vorkehrungen im Executionsverfahren betreffs des nachträglich einzubringenden Antrags auf Executionsbewilligung (§ 391, II E. O.). Wohl zu beachten ist hiebei, dass auch bedingte und betagte Rechtsansprüche des Schutzes mittels einstweiliger Verfügungen theilhaftig sind (§ 378, II E. O.) und dass bei individuell bestimmten Leistungen (Individualleistungen) im Gegensatz zur Zahlung von Geldsummen auch die als Surrogat der nicht erfüllten Verbindlichkeit beanspruchte Ersatzsumme (§ 368 E. O.) durch einstweilige Verfügung (§ 379 E. O.) gesichert werden kann.

Nach Ablauf der allenfalls erstreckbaren richterlichen Frist (arg. § 58 E. O. verba: „im gegenwärtigen Gesetze bestimmten“ a contr.) für die zur Rechtfertigung der mittlerweiligen Vorkehrung anzubringende Klage, beziehungsweise den zu überreichenden Executionsantrag wird die getroffene Verfügung auf Antrag des hieran interessirten Gegners oder selbst von amtswegen aufgehoben (§ 391 II E. O.). Passenderweise ist unserem Rechte ein dem deutschrechtlichen Impugnationsverfahren ähnliches völlig fremd, das durch Widerspruch des betroffenen Gegners eingeleitet und nach mündlicher Verhandlung durch Urtheil über die Rechtmässigkeit der Verfügung erledigt wird (§ 925 deut. C. P. n. Z.). Durch negative Feststellungsklage betreffs des zu sichernden Rechtes kann der Erneuerung des Begehrens um einstweilige Verfügung zu dessen Schutze ein wirksamer Riegel vorgeschoben werden.

3. Das mit Gesetz vom 25. December 1868 (Z. 1 R. G. Bl. vom Jahre 1869) geregelte Concursverfahren ist seinem Wesen nach keine besondere, von dem Streitverfahren über

privatrechtliche Ansprüche abweichende Verfahrensart, sondern ein zwangsweises Befriedigungsverfahren rücksichtlich der Ansprüche der Gesamtgläubigerschaft eines überschuldeten, beziehungsweise zahlungsunfähigen Schuldners. Mit vollem Rechte hat die österreichische Gesetzgebung stets im Gegensatze zu der französischen Legislative (code civil Art. 2093, code de proced. Art. 656) und ihren Nachbildungen für die Einzelexecution dem Vorzugsrechte des erstbetreibenden Gläubigers gegenüber dem Postulate voller Gleichberechtigung mehrerer Executionsführer zum Siege verholfen, jedoch für den Concurssfall an dem Principe gleichmässiger procentualer Befriedigung aller Forderungsberechtigten festgehalten, es aber durch einige wenige Vorrangsrechte besonders schutzbedürftiger Gläubiger gemildert.

In dem Gesamtbefriedigungsverfahren ist für die Gläubiger wohl das wirthschaftliche Ziel ein gleiches wie bei der aussergerichtlichen Liquidation einer Handelsfirma (Art. 133 H. G. B.); daraus folgt jedoch nicht, dass — wie Petersen-Kleinfeller, Commentar zur (deutsch.) C. O. (2. Aufl.), XII, meint — das hiebei zu beobachtende gerichtliche Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit anheimfiele.

Diese Anschauung kann auch nicht in den §§ 86, 257 österr. C. O. ihre Stütze finden (vgl. Rudolf Pollak, Concurssrecht, I, S. 23), da die Aufnahme des Inventars nach den für Verlassenschaftsabhandlungen geltenden Vorschriften, auf welche § 86 C. O. verweist, nur zweckentsprechend, aber für den Charakter des ganzen Verfahrens unmassgeblich ist; was aber die Regelung des Rechtszuges bei Beschwerden gegen den Concursscommissär im § 257 C. O. anlangt, ergibt sie sich aus der Stellung des beauftragten Richters zum Senate folgerichtig und fand ein naheliegendes Analogon in der Weisung des § 516 C. P. O. Der Charakter des Concurssverfahrens wird aber durch diese Vorschriften an sich nicht bestimmt.

Es darf aber ferner wegen des im Concurse selbstverständlichen Interessenwiderstreites zwischen dem Gemeinschuldner und seinen Gläubigern, sowie letzterer unter einander und mit Rückforderungsberechtigten das Verfahren nicht etwa als ein Streitverfahren, sondern nur als ein unter wirksamer Einflussnahme des Gerichtszwanges behufs der Anspruchsbefriedigung sämtlicher Betheiligter sich vollziehendes Aus-

einandersetzungsverfahren, somit als Universalzwangsvollstreckung gekennzeichnet werden. Darauf verweist sowohl der Zweck, als auch die Structur des Verfahrens, aber auch Art. XII E. O. deutlich mit der Bestimmung, dass sämtliche im Executionsverfahren geltenden Beschränkungen betreffend die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung auch für das Verfahren gegen einen Gemeinschuldner Geltung haben. Gemäss der Bestimmung des Art. VII J. N. und § 159 C. P. O. wurden unberührt gelassen alle Vorschriften über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren im Concurse, laut deren es in der Regel weder einer Klage noch eines Urtheils bedarf, damit der Gläubiger für seine Forderung nach Zulass des Massstandes im Concurse Befriedigung finde. Es genügt vielmehr die über blosser Anmeldung erfolgende Anerkennung der Forderung von Seiten der mitbetheiligten Gläubiger bei der Liquidirungstagfahrt und die darauf fussende Aufnahme der anerkannten Forderung in einen vom Concurssmassverwalter verfassten und vom Concurssrichter nur nach seiner formalen Richtigkeit geprüften Vertheilungsentwurf, damit der Gläubiger des wirthschaftlichen Erfolges der im Interesse der gesammten Gläubigerschaft einheitlich durchgeführten Zwangsvollstreckung theilhaftig werde.

Erst wenn die Anerkennung der Forderung versagt wird, kömmt es zum Liquidirungsstreite gegen die Bestreitenden, oder wenn nur die Rangordnung, in welcher die Forderung zur Befriedigung gelangen soll, bestritten wird, zum Streite um Zuerkennung einer besseren Rangklasse (§§ 124, 131 C. O.). Die besonderen Rechtsstreitigkeiten über die Richtigkeit der Forderung sind selbst in den zur Einleitung des Mandats- oder Wechselverfahrens geeigneten Fällen, ebenso wie alle Vorrangsstritte, nach den Vorschriften über das ordentliche Verfahren zu verhandeln (§ 131 C. O.).

Der Zweck, welchem einstweilige Verfügungen und der Concurse zu dienen bestimmt sind, rechtfertigt es, dass Anträge auf Bewilligung, Einschränkung und Aufhebung der Verfügungen gedachter Art Ferialsachen sind (§ 224, Z. 8 C. P. O.) und dass die Bestimmungen über die Gerichtsferien auf das Concurssverfahren keine Anwendung finden (Art. XXXVI Einf. G. zur C. P. O.).

4. Den ausserordentlichen Verfahrensarten sind schliesslich nicht beizuzählen, weil sie die Art und Weise der Verhand-



lung bürgerlicher Rechtssachen vor anderen Behörden und Organen als den ordentlichen Gerichten (§ 17 J.N.) zum Gegenstande haben:

a) das Verfahren vor den ausserordentlichen Gerichten, und zwar:

α) vor dem Obersthofmarschallamte, für welches auch weiterhin die josefinische Gerichtsordnung und in Ansehung des Rechtszuges das H. D. vom 14. October 1785, Z. 481 J. G. S. in Gültigkeit verblieb (Art. III, Abs. 3 Einf. G. zur J.N.) und

β) das durch das Gesetz vom 27. November 1896, Z. 218 R. G. Bl. normirte Verfahren vor den Gewerbegerichten, die als obligatorische Instanzen unter Leitung eines staatlichen Richters in Streitigkeiten aus gewerblichen Lohnverträgen ihre Thätigkeit entfalten. Nur das Berufungsverfahren gehört vor die ordentlichen Gerichte, nämlich die Gerichtshöfe erster Instanz, stellt sich aber als ein novum iudicium vor einem durch Beiziehung zweier gewerbegerichtlicher Beisitzer verstärktem Berufungssenate dar (§§ 30, 31 cit. Ges.; Verordg. des Justizminist. vom 23. April 1898, Z. 57 R. G. Bl.). Im Wesen richtet sich das Verfahren vor den Gewerbegerichten nach den für die Bezirksgerichte in Bagatellsachen erlassenen Vorschriften (§ 22 cit. Ges.), freilich ohne Rücksicht auf den Betrag, um welchen es sich handelt (§ 4 cit. Ges.).

b) Aus dem gleichen Grunde ist auch als keine besondere Verfahrensart das Verfahren vor den obligatorischen Schiedsgerichten anzusehen (Art. XII C. P. O.). Schiedsgerichte dieser Art fussen auf allgemeinen gesetzlichen Anordnungen im Bereiche der Socialpolitik (Art. XII, Z. 5 Einf. G. zur C. P. O.). Sie üben richterliche Functionen aus auf Grund staatlicher Ermächtigung als öffentliche Organe, deren Spruchgewalt sich die Parteien durch Vereinbarung nicht entziehen können. Dadurch unterscheiden sie sich wesentlich von jenen Schiedsrichtern, deren rechtliche Stellung die Civilprocessordnung regelt; diese werden zur Rechtssprechung durch privatrechtliche Willensacte berufen und verdanken ihre Spruchgewalt lediglich dem Vertrauen der Beteiligten.

Entscheidungen obligatorischer Schiedsgerichte (mit Ausnahme der bei Streitigkeiten der Krankencassen gefällten) unterliegen keiner Ueberprüfung durch staatliche Gerichte.

wohl aber sind sie staatlicher Vollstreckungsgewalt theilhaftig (Art. XXII Einf. G. zur E. O.). Die Börsenschiedsgerichte nähern sich den obligatorischen Schiedsgerichten insofern, als sie ein selbständiges Glied in den staatlichen Einrichtungen zum Rechtsschutze bilden, somit als sogenannte organisirte Instanz thätig sind (Motive der Regierungsvorlage eines Einf. G. zur C. P. O. S. 11 und Bericht des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses S. 6). Freilich üben sie diese Function nur rücksichtlich der Streitigkeiten aus Börsengeschäften aus, während bei Streitfällen aus Waarengeschäften, die ausserhalb der Börse geschlossen wurden, die Zuständigkeit des Börsenschiedsgerichtes durch Parteienvereinbarung begründet werden muss. Aber auch bei Börsengeschäften ist ihre Spruchgewalt von minderer Stärke als jene obligatorischer Schiedsgerichte, da durch schriftliche Vereinbarung die Schiedsgewalt der Börsenschiedsgerichte ausgeschlossen wird und gegen die von ihnen gefällten Entscheidungen Abhilfe bei den ordentlichen Gerichten gesucht werden kann (Art. XXIII, XXV Einf. G. zur C. P. O.).

c) Als eine besondere Verfahrensart kann aber auch das ausnahmsweise aus Gründen der Zweckmässigkeit zugelassene Verfahren über privatrechtliche Ansprüche vor den Verwaltungsbehörden keineswegs gelten. Es bleibt lediglich die Ueberprüfung der Gesetzmässigkeit dieses Erkenntnisses durch das Gericht nach Erschöpfung des administrativen Rechtszuges vorbehalten (vgl. Judicat, Nr. 130; Exel, Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshofe Nr. 169—172). Sie erfolgt, je nachdem die gefällte Entscheidung den geltend gemachten Anspruch ab-erkannte oder zuerkannte, durch ein bei dem ordentlichen Gerichte des Gegners mittels Leistungs- oder negativer Feststellungsklage zu erwirkendes Urtheil (Art. XV Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt). Eine Ueberspannung des Principes ist es, wenn bei einer Zwangsvollstreckung auf Grund eines von Verwaltungsbehörden gefällten Erkenntnisses über privatrechtliche Ansprüche (§ 1, Z. 10 E. O.) auch die Entscheidung über Einwendungen gegen die Executionsführung, soferne sie wegen nach Entstehung dieses Executionstitels eingetretener, den Anspruch aufhebender oder hemmender Thatsachen erhoben wurden, der Cognition der betreffenden Verwaltungsbehörde zufällt (§ 35 E. O.).

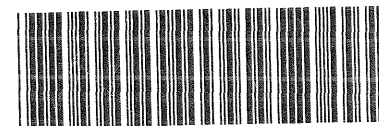
Der Umstand, dass die Erkenntnisse der obligatorischen Schiedsgerichte und der Verwaltungsbehörden in den erwähnten Fällen Executionstitel sind, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung bei Gericht geführt wird (Art. XXII, § 1, Z. 10 E. O.), vermag an dem Charakter des vorausgegangenen Verfahrens selbst nichts zu ändern

5. Vergriffen wäre es schliesslich, wollte man das Verfahren vor dem Patentgerichtshofe als eine besondere Verfahrensart charakterisiren. Mag immerhin der in Verhandlung kommende Rechtsanspruch als ein privatrechtlicher den Gegenstand richterlicher Spruchthätigkeit bilden (§ 25 Pat. G. vom 11. Jänner 1897, Z. 30 R. G. Bl.), so ist der Patentgerichtshof nur als Berufungsinstanz gegen die Endentscheidungen der Nichtigkeitsabtheilung des Patentamtes bestellt (§ 41 cit. Ges.) und bleibt seiner überwiegend aus fachtechnischen und administrativen Elementen erfolgenden Besetzung wegen ausser dem Rahmen der Gerichte, indem er vielmehr eine den Commissionen für die Lehenallodialisirung, Grundlastenablösung und -Regulirung und für Agrarangelegenheiten analoge Stellung einnimmt. Daran ändert die Verleihung der staatsgrundgesetzlich garantirten Stellung selbständiger Richter an die nicht-richterlichen Mitglieder des Patentgerichtshofes für ihre Functionsdauer (§ 41 Pat. G.) nichts.

Von einem besonderen Verfahren vor diesem Tribunal könnte jedoch umso minder gesprochen werden, als die Vorschriften der Civilprocessordnung über die mündliche Verhandlung und über Beweis und Beweisaufnahme (§§ 171—203, 266—283) — unter Ausschluss einer neuen Beweisaufnahme — vom Patentgerichtshofe sinngemäss anzuwenden sind (§ 91 Pat. G.).

Ein Rückblick auf das durchschrittene Gebiet der besonderen Verfahrensarten beweist mit voller Ueberzeugungskraft, dass deren Abgrenzung und Gestaltung im nunmehr geltenden Gerichtsverfahren mit dem besten Erfolge von dem Gesichtspunkte aus erfolgte, den der treffliche Werkmeister der neuen Civilprocessordnung, Klein, als geistreicher und beredter Verteidiger des gesellschaftlichen und staatlichen Werthes des Civilprocesses in seinem Vortrage über „Zeit- und Geistesströmungen des Processes“ (1902) mit Recht als den massgebenden bezeichnete: eine Wohlfahrtseinrichtung der Staatsbürger zu sein!

UK PrF MU



3129S14739