

Praktische Fragen

des österreichischen

civilgerichtlichen Verfahrens

von

Prof. Dr. E. v. Schrutka-Rechtenstamm.

Prag,
J. Temp sky.

1884.

Leipzig,
G. Freytag.

V o r w o r t.

Mehrere kleine Beiträge, die ich in den letzten Jahren der Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, der allgemeinen österreichischen Gerichtszeitung, der Gerichtshalle und insbesondere der Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit geliefert habe, bilden den Inhalt des vorliegenden Separatabdruckes. Alle kommen darin überein, daß sie zweifelhafte Fragen des österreichischen Civilproceßrechtes besprechen, die in unserer Gerichtspraxis entweder wirklich auftauchten oder doch leicht auftauchen könnten, und eine streng wissenschaftliche Beantwortung derselben versuchen. Daß hie und da der Spruchpraxis des obersten Gerichtshofes entgegen getreten wird, darf Niemand befremden. Denn die Entscheidungen dieses Tribunals kommen hier nur als wissenschaftliche Leistungen in Betracht und sind als solche der wissenschaftlichen Kritik unterworfen. Der richterliche Ausspruch kann und darf in wissenschaftlichen Discussionen keine andere Autorität haben, als der Ausspruch irgend eines anderen Rechtsgelehrten, der ein Richteramt nicht bekleidet.

W a m i n g in Niederösterreich, August 1883.

Inhalt.

	Seite
I.	
Über das forum dignitatis	1
II.	
Über das forum militis	7
III.	
Über Gebundenheit bei der Domicilswahl	9
IV.	
Über den mehrfachen Wohnsitz	10
V.	
Über das Domicil des Strafgefangenen	13
VI.	
Über das forum der minderjährigen Witwe	15
VII.	
Über den §. 18 Alinea 1. C. J. N.	19
VIII.	
Über die Verpflichtung zur Bestellung „annehmlicher Sicherheit für die Gerichtskosten“ in den außerordentlichen Verfahrensarten	21
IX.	
Über die Verpflichtung zur actorischen Caution im Concursfalle	28
X.	
Über die Geltung des Hofdecretes vom 12. September 1837 J. G. C. Nr. 4875 und des Hofdecretes vom 22. Juni 1835 J. G. C. Nr. 42 §. 3 im summarischen Verfahren	42
XI.	
Umfaßt der Ausdruck „Zeuge“ im Strafgesetze auch die Partei, insoferne sie als Zeuge vernommen wird?	48

	Seite
XII.	
In welchen Formen vollzieht sich die Execution eines vollstreckbaren Notariatsactes (§. 3 N. D.)?	53
XIII.	
Welches Gericht ist zur Execution vollstreckbarer Notariatsacte (§. 3 N. D.) competent?	58
XIV.	
Ist ein vollstreckbarer Notariatsact (§. 3 N. D.) eine Entscheidung im Sinne des §. 115 Alinea 3 der C. D.?	61
XV.	
Unter welchen Voraussetzungen darf auf Grund eines vom Rechtsvorgänger erwirkten Urtheils der Rechtsnachfolger die Execution ansuchen?	64
XVI.	
Über den Beschluß des obersten Gerichtshofes vom 16. October 1877 z. 3. 10029, eingetragen im Judicatenbuche sub Nr. 100	72
XVII.	
Execution eines vollstreckbaren Notariatsactes (§. 3 N. D.) nach eingetretener Succession in das Gläubigerrecht	76

I.*)

Ist der Gerichtsstand des Domicils gegen einen Staatsbeamten vor demjenigen Gerichte begründet, in dessen Sprengel er im Sinne des §. 16 der Civiljurisdictionsnorm, d. i. des kais. Patentes vom 20. November 1852, R. G. B. Nr. 251, seinen ordentlichen Wohnsitz hat, oder vor demjenigen, in dessen Sprengel sein Amtssitz gelegen ist? Es wohnt z. B. ein Rath des Wiener Landesgerichtes in Währing; ist dieser bei dem Bezirksgerichte in Währing oder bei einem Gerichte in Wien als seinem forum generale einzulagen? Oder, es stirbt ein bei dem Bezirksgerichte in Hiebing angestellter aber in Sechshaus wohnhafter Beamter; steht die Verlassenschaftsabhandlung dem Bezirksgerichte in Sechshaus oder demjenigen in Hiebing zu? Nach gemeinem deutschen Rechte gilt der Amtssitz als Wohnsitz des Beamten, und zwar als eine Art des sogenannten domicilium necessarium, für welche insbesondere die Bezeichnung domicilium dignitatis vorkommt.**). Man beruft sich für dasselbe gewöhnlich auf mehrere im Corpus juris civilis enthaltene Stellen (l. 11 D. de senat. [1, 9], l. 22 §§. 4—6, D. ad mun. [50, 1], l. 2 C. ubi senatores [3, 24], l. 8 C. de incolis [10, 39]), welche jedoch nur von Senatoren sprechen. Diese Standespersonen sollen nämlich ihr domicilium dignitatis in der Hauptstadt haben, ohne daß aber dadurch ihr etwaiger Wohnsitz in der Provinz ausgeschlossen wäre.***) Auf diese Quellenstellen allein läßt sich, unseres Erachtens, das ein freiwilliges Domicil im Rechtsinne ausschließende forum dignitatis des gemeinen Rechtes nicht zurückführen. Für die Heranbildung desselben scheint uns der naheliegende, sowohl im römischen, als auch im canonischen und

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1883, Nr. 12.

***) L. 8 C. de incolis (10, 39). Lauterbach, de domicilio, 1663, (Diss. vol. 2 n. 72), cap. III., Nr. 22; Herulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes, I. Band. S. 128, 3. 3.

****) Bethmann Hollweg, Der römische Civilproceß, III., S. 187, Num. 17.

deutschen Rechte nachweisbare Gedanke maßgebend gewesen zu sein, daß Jedermann seinen Vorgesetzten auch zum Richter haben solle. Es würde zu weit führen, wollten wir für diese Vermuthung Belege aus den drei Quellenkreisen des gemeinen deutschen Civilproceßrechtes anführen. Für unsere Betrachtung genügt es, zu constatiren, daß das gemeine Recht ein *domicilium dignitatis* anerkennt. Lehrreich für die Auffassung desselben in der gemeinrechtlichen Praxis ist eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Jena vom 29. September 1855, welche in Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (XII. Band, Nr. 302) mitgetheilt ist. Es handelte sich damals um folgenden Fall:

Vaut Zeugnisses seiner Dienstbehörde hatte der fürstlich Schwarzburg'sche Revierförster M. zu L. im Bezirke des Kreisgerichtes N. mit landesherrlicher Genehmigung seine Dienstwohnung daselbst verlassen und seinen Wohnsitz in G., einem in dem benachbarten Auslande gelegenen Orte, genommen. Als die Frage entstand: Ob M. auch nummehr noch beim fürstlichen Kreisgerichte zu N., als seinem Domicilforum, rechtlich habe belangt werden können? wurde dieselbe oberstrichterlich bejahend entschieden. Das vorige Erkenntniß — sagen die Entscheidungsgründe — bezweifelt zwar nicht, daß Jemand mehrere Wohnsitze haben, und daß an jedem Orte der Gerichtsstand des Wohnortes begründet sein könne; es verneint aber die Frage, ob M. in der That auch neben seinem Wohnsitze in G. ein zweites Domicil in L. habe, auf Grund des obigen Zeugnisses. Allein wenn sich auch aus diesem Zeugnisse allerdings ergibt, daß dem M. das Verlassen seiner Dienstwohnung in L. und die Verlegung seines Wohnsitzes nach G. verstattet worden ist, M. auch seinen Wohnsitz an letzterem Orte bereits seit einer Reihe von Jahren wirklich genommen hat, so ist doch deshalb nicht anzunehmen, daß die fürstliche Kreisregierung durch jene Gestattung den M. aus dem Unterthanenverbände habe entlassen wollen. Diese Annahme ist umsoweniger zulässig, als M., ungeachtet der Verlegung seines Wohnsitzes nach G., doch fortwährend in fürstlich Schwarzburg'schen Diensten als Revierförster steht und daher ohne Zweifel wenigstens in dienstlichen Angelegenheiten die Hoheit und die Gerichtsbarkeit der Schwarzburg'schen Staatsregierung und ihrer Behörden und Gerichte fortwährend anzuerkennen hat. Es ist aber auch kein Grund vorhanden, jene Unterwerfung unter

die Schwarzburg'sche Hoheit und Gerichtsbarkeit allein auf dienstliche Verhältnisse des M. zu beschränken. Denn da die fürstlich Schwarzburg'sche Staatsregierung den M. nicht ausdrücklich aus dem Unterthanenverbände entlassen hat, und, da er ihr Beamter blieb, gar nicht entlassen konnte, so kann man in jener dem M. gewährten Begünstigung weiter nichts erblicken, als die Gestattung der Veränderung seines Aufenthaltes und die Erlaubniß des Wohnens im Auslande, unbeschadet aller aus der dienstlichen Stellung des M. und dem dadurch begründeten Unterthanenverhältnisse sich ergebenden Verpflichtungen.

Wir wenden uns nummehr zum österreichischen Rechte. Hat daselbe das gemeinrechtliche forum dignitatis recipirt oder gilt bei uns auch für den Staatsbeamten der sonst anerkannte Rechtsjah des Marcellus:*) *Nihil est impedimento, quominus quis ubi velit habeat domicilium, quod ei interdictum non sit?*

Unsere processualischen Schriftsteller entscheiden sich, so viel wir sehen, für die erste Alternative. So heißt es bei Haimertl „Darstellung der neuesten Kompetenzvorschriften (Jurisdictionsnormen) für die Civilgerichte in Oesterreich“, 3. Auflage, 1856, S. 31 u. 32, daß bei Beamten der Ort der Anstellung als ihr Wohnsitz gilt. So heißt es ferner bei v. Canstein in seinem „Lehrbuche der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilproceßrechtes“, I. Band, S. 391, daß das öffentliche Recht bestimmten Personen den Wohnsitz anweist, und daß dies der Fall sei bei Staatsbeamten und Staatsdienern, für welche ihr Amtssitz ihren Wohnsitz bildet. Beide Schriftsteller begnügen sich damit, diese Behauptungen vorzubringen, ohne Gesetzestellen nachzuweisen, auf die sie sich stützen ließen. Dieser Mangel ist um so fühlbarer, als die hier ventilirte Frage über den Rahmen des Civilproceßrechtes hinausreicht. Denn die Lehre vom Domicile gehört, wenn sie auch von den meisten Civilprocessualisten in den Kreis ihrer Darstellung gezogen wird, und wenn auch die das Domicil betreffenden Rechtsregeln in der Jurisdictionsnorm, also in einem Civilproceßgesetze enthalten sind, vermöge ihres allgemeinen Charakters in das Civilrecht.**)

*) L. 31 D. ad mun. (50, 1). Vergl. Art. 6. des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. December 1867, Nr. 142 R. G. B.

**) Renaud, Lehrbuch, 2. Aufl., S. 74, Anm. 6. Die deutsche Reichs-civilproceßordnung geht gleichfalls von der Ansicht aus, daß der proceßrecht-

daran erinnert werden, welche Rolle der Wohnsitz einer Person im sogenannten internationalen (lex domicilii) und auch sonst im Privatrechte spielt. *)

Schiffner, welcher in seinem „Systematischen Lehrbuche des österreichischen allgemeinen Civilrechtes“ der Lehre vom Domicil die richtige Stelle anweist, spricht sich in unserer Frage sehr vorsichtig aus. Auf Seite 143, I. Band, 2. Heft sagt er nämlich wörtlich: „Auch öffentliche Beamte können einen nothwendigen Wohnsitz haben, nämlich am Orte der Amtsführung.“ Als gesetzliche Belege für diesen Rechtsatz zieht er den §. 42 der Anweisung für die geistlichen Gerichte des Kaiserthums Oesterreich in Betreff der Ehefachen und den §. 27 des (Glaser'schen) Entwurfes einer Civilproceßordnung von 1876 heran.

Prüft man die Stichhaltigkeit der Schiffner'schen Belege, so ergibt sich folgendes Resultat.

Was zunächst den §. 27 des (Glaser'schen) Entwurfes einer Civilproceßordnung von 1876 anbelangt, so lautet dieser folgendermaßen: „Für die in activer Dienstleistung stehenden Personen des stehenden Heeres und der Kriegsmarine, sowie für andere bei der Militärverwaltung in activer Dienstleistung stehende und der Militärgerichtsbarkeit in Straffachen unterliegende Militärpersonen gilt der Ort der Garnison als Wohnsitz.“ (Vergleiche den wörtlich gleichlautenden §. 27 des [Präzä'schen] Entwurfes von 1881.) Diese Kompetenzbestimmung entspricht der bestehenden Gesetzgebung (§. 10 des Gesetzes vom 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78), und es ist darum unerklärlich, warum sich Schiffner nicht lieber auf die entsprechende Norm der in Geltung stehenden sogenannten Militärjurisdictionsnorm bezogen hat. Ob nun die letztere den rechtlichen Bestand eines forum dignitatis im österreichischen Rechte indicirt, soll weiter unten erörtert werden.

Der §. 42 der Anweisung lautet: „Staatsbeamte oder solche, welche in was immer für öffentliche Dienste auf Lebenszeit ge-

liche Wohnsitz mit dem civilrechtlichen zusammenfalle, und daß der Begriff des Wohnsitzes, sowie die Voraussetzungen, unter denen der Wohnsitz begründet und aufgehoben wird, durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes bestimmt werden. Lothar Senffert, Civilproceßordnung für das Deutsche Reich. 2. Aufl., S. 14. Unsere Civilproceßentwürfe sehen ebenfalls von einer Definition des Domicilsbegriffes ab.

*) Schiffner, Systematisches Lehrbuch des österreichischen allgemeinen Civilrechtes, I. Band, 2. Heft, S. 144.

treten sind, haben ihren ordentlichen Wohnsitz dort, wo sie zur Ausübung ihrer Amts- oder Dienstpflichten wohnhaft sind. Wofern sie an einem anderen Orte zu außerordentlichen Dienstleistungen, welche ihrer Natur nach längere Zeit erheischen, verwendet werden, erlangen sie an demselben einen uneigentlichen Wohnsitz.“ Dieser Paragraph, der übrigens unseres Erachtens nur in seinem zweiten Satze den Dienstort als Wohnsitz fingirt und heutzutage nur noch in seltenen Fällen pro praeterito in Frage kommen könnte, beschäftigt sich gar nicht mit dem Wohnsitz als einem allgemeinen civilrechtlichen Begriffe, sondern, wie der Zusammenhang zeigt, lediglich mit der Frage, wer als parochus proprius eines Staats- oder sonstigen öffentlichen Beamten anzusehen sei (§. 39 Anweisung), enthält also Nichts, was sich bei der Beantwortung unserer Frage verwerthen ließe. In diesem Sinne müssen also die oben citirten Worte Schiffner's verstanden, beziehungsweise berichtigt werden.

Da uns demnach sowohl die processualischen, als auch die civilistischen Schriftsteller in der angeregten Frage im Stiche lassen, so liegt uns ob, selbstständig Umchau zu halten, ob die österreichische Gesetzgebung Anhaltspunkte für die Annahme eines forum dignitatis im weiten gemeinrechtlichen Umfange darbietet, und ob diese Anhaltspunkte kräftig genug sind, die beweislos hingestellten Behauptungen von Haimlerl und v. Canstein zu rechtfertigen.

Wenn wir zunächst die Civiljurisdictionsnorm, also jenes Gesetz ins Auge fassen, welches so recht eigentlich sedes materiae ist, so finden wir, daß hier von einem domicilium für Staatsbeamte nur an einer einzigen Stelle geredet wird, die ganz singulärer Natur ist. Nach dem §. 27 C. Z. N. bleiben nämlich österreichische Unterthanen, welche in der Eigenschaft von österreichischen Beamten im Auslande dienen, unter der Gerichtsbarkeit, welcher sie während ihres Aufenthaltes im österreichischen Staate unterworfen waren. Läßt sich dieser nicht ausmitteln, so wird angenommen, daß sie ihren Wohnsitz in Wien hatten. Die necessitas besteht hier gar nicht darin, daß ihr Amtssitz als Wohnsitz, sondern darin, daß ihr alter, aufgegebener Wohnsitz als fortdauernd fingirt wird. Es hat dieses forum mit dem gemeinrechtlichen forum dignitatis nur insoferne Ähnlichkeit, als in beiden Fällen dem Beamten verwehrt wird, ein Domicil im Rechtsinne frei zu wählen.

Außerhalb der Civiljurisdictionsnorm gibt es zwei Gesetze, welche für ganz bestimmte Kategorien von in activer staatlicher Dienstleistung stehenden Personen den Ort der Dienstleistung als domicilium im Rechtsinne gelten lassen. Es ist dies einmal ein die Mitglieder der Grenzwaſche (Finanzwaſche) betreffendes Hofdecret vom 28. September 1842, Nr. 643 F. G. S., und dann die bereits oben erwähnte sogenannte Militärjurisdictionsnorm.

Das citirte Hofdecret billigte die vom galizischen Appellationsgerichte in Bezug auf den Gerichtsstand der Glieder der Grenzwaſche ertheilte Belehrung, daß alle Angestellten (Grenzjäger, Oberjäger, Führer, Commissäre und Obercommissäre) keinen dauernden Standort haben, und daß für deren Wohnsitz in Bezug auf die Gerichtsbarkeit in und außer Streitſachen der für deren Compagniecommando bestimmte Standort anzusehen sei. (Vergl. §. 244 des Hofkammerdecretes vom 21. April 1843.) Und die Militärjurisdictionsnorm, das ist das Gesetz vom 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78, betreffend den Wirkungskreis der Militärgerichte, verordnet im §. 10, daß für die in activer Dienstleistung befindlichen Personen des stehenden Heeres und der Kriegsmarine, sowie für die in diesem Gesetze aufgeführten, bei der Militärverwaltung angeestellten oder verwendeten, in activer Dienstleistung stehenden Personen (Militärgeistliche, Auditore, Ärzte und Beamte) der Ort der Garnison als Wohnsitz gilt, insoweit als die Zuständigkeit des Gerichtes sich nach dem Wohnsitz zu richten hat und nicht die im §. 11 dieses Gesetzes aufgezählten Aenden in Frage kommen.

Man könnte nun sagen, in den citirten Gesetzen seien nur zwei Anwendungsfälle eines in unserer Legislation stillschweigend anerkannten Principes enthalten, daß für Staatsdiener im weitesten Sinne des Wortes der Dienstort als Domicil im Rechtsinne zu gelten habe. Das wäre, unseres Erachtens, der einzige Weg, auf dem das gemeinrechtliche forum dignitatis in unser bestehendes Rechtssystem hineinargumentirt werden könnte. Doch hätte diesen Weg höchstens eine Starr consequente Gerichtspraxis mit ihrer rechtsbildenden Macht erfolgreich betreten können, was bisher nicht geschah und trotz Haimerl und v. Canstein auch in Zukunft nicht geschehen dürfte. Und mit Recht. Denn das forum dignitatis ist bei Staatsdienern, welche nicht wie die einzelnen Glieder der Grenzwaſche und die Angehörigen der Armee täglich, ja stündlich von Ort zu Ort commandirt werden, entbehrlich.

II. *)

Hermogenian sagt in der l. 23 §. 1 D. ad municipalem (50, 1): Miles ibi domicilium habere videtur. ubi meret, si nihil in patria possideat. Der Sinn dieser Stelle ist unseres Erachtens der: Der Soldat hat am Dienstorte sein Domicil, jedoch nur dann, wenn er sein bisheriges Domicil in der Heimat aufgelassen hat. So lange er Güter in der Heimat besitzt, wird vermuthet, daß er seine bisherigen örtlichen Beziehungen nicht aufgegeben habe.**) Die gemeine deutsche Proceßtheorie hat diese Rechtsregel der heutigen Kriegsverfassung entsprechend umgestaltet und lehrt: Soldaten, welche den Soldatendienst zu ihrem Berufe gewählt haben, also nicht bloß der gesetzlichen Militärpflicht zu genügen gedenken, haben einen nothwendigen Wohnsitz am Orte der Garnison.***)

Die Normen des österreichischen Rechtes über den ordentlichen Gerichtsstand der Militärpersonen sind wesentlich abweichend.

Unsere Gesetzgebung sieht in gewissen Fällen die patria, die Heimat, und in allen übrigen Fällen den locus, ubi meret, den Garnisonsort, als Wohnsitz der Militärpersonen im Sinne der Civiljurisdictionsnorm an.

Es ergibt sich nämlich aus dem §. 11 der Militärjurisdictionsnorm, das ist des Gesetzes vom 20. Mai 1869, R. G. Bl. Nr. 78, daß die Bestimmung des zur Verlassenschaftsabhandlung, zur Vormundschafts- oder Curatelspflege, zur Amtshandlung über ein Geschäft um Adoption, Legitimation oder Entlassung aus der väterlichen Gewalt zuständigen Gerichtes in Ansehung der in activer Dienstleistung befindlichen Personen des stehenden Heeres und der Kriegsmarine, der in diesem Gesetze aufgeführten, bei der Militärverwaltung angeestellten oder verwendeten und in activer Dienstleistung stehenden Militärpersonen (Militärärzte, Geistliche, Auditore und Beamte) so zu erfolgen habe, als wenn der Wohnsitz der Militärpersonen in deren Heimatsgemeinde wäre und daß, wenn die Heimatsgemeinde nicht ermittelt werden kann, der Ort

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1883, Nr. 13.

***) Unrichtig Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes, I. Band, S. 128, §. 3.

****) Wegell, System des ordentlichen Civilproceßes, 3. Auflage, 1878, S. 491.

als Heimat zu gelten habe, an welchem eine inländische Militärperson in den Militärdienst eingetreten ist.

Und aus dem §. 10 des citirten Gesetzes ergibt sich, daß in allen übrigen Jurisdictionsfällen für die genannten Militärpersonen der Ort der Garnison als deren Wohnsitz gilt, und daß ein dadurch begründetes forum necessarium im Falle des Wechsels des Aufenthaltsortes bis zum Eintreffen in eine neue Garnison fortzudauern hat.

Für die im Landwehrverbände stehenden Personen gibt es ein domicilium necessarium nicht (§. 14 des Gesetzes vom 23. Mai 1871, R. G. B. Nr. 45).*)

Dem Gesagten zufolge ist das militärische domicilium necessarium im österreichischen Civilproceßrechte nicht beschränkt auf die Berufsoldaten. Auch diejenigen Militärpersonen treten in dasselbe ein, welche nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen.

Ferner gilt es auch für Personen, welche selbstständig einen Wohnsitz noch nicht begründen können, die also, abgesehen von ihrer soldatischen Stellung, zum Beispiel das Domicil ihres ehelichen Vaters (§. 29 C. Z. N.) oder ihrer unehelichen Mutter (§. 21 C. Z. N.) theilen würden.**)

Wie steht es aber mit Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der sich im feindlichen Lande befindet? Einen inländischen Garnisonsort hat ein solcher Truppentheile gegenwärtig nicht mehr.

So viel ist unbestreitbar, daß, falls der Truppentheile im feindlichen Lande einen neuen Garnisonsort noch nicht bezogen hat, nach dem zweiten Absätze des §. 10 der Militärjurisdictionsnorm der letzte inländische Garnisonsort maßgebend sein muß. In gleicher Weise dürfte aber auch zu entscheiden sein, wenn der Truppentheile im feindlichen Lande eine neue Garnison schon bezogen hat, und zwar nach der Analogie des §. 27 der Civiljuris-

*) Erläuternde Bemerkungen zu §. 27 des Prajakschen Entwurfes einer Civilproceßordnung, S. 24.

***) Die deutsche Reichscivilproceßordnung hat die im Texte hervorgehobenen Fälle in anderer Weise regulirt, indem sie im §. 14 bestimmt: „Militärpersonen haben in Ansehung des Gerichtsstandes ihren Wohnsitz am Garnisonsorte. Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen, oder welche selbstständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.“ Wirksam wird übrigens der zweite Satz des citirten Paragraphen durch den §. 21, Absatz 2 D. R. G. P. D.

dictionnorm, der da vorschreibt, daß ein österreichischer Unterthan, welcher in der Eigenschaft eines österreichischen Beamten im Auslande dient, unter der Gerichtsbarkeit verbleibt, welcher er während seines letzten Aufenthaltes im Inlande unterworfen war.*)

III. **)

Die Begründung des ordentlichen Wohnsitzes an jedem beliebigen Orte ist regelmäßig dem freien Willen des Einzelnen überlassen. Diese Freiheit ist staatsgrundgesetzlich gewährleistet. Der Eingang des Art. 6 des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. December 1867, Nr. 142 R. G. B., lautet nämlich: „Jeder Staatsbürger kann an jedem Orte des Staatsgebietes seinen Aufenthalt und Wohnsitz nehmen.“ Gemeint ist hier unseres Erachtens nicht nur der politische Wohnsitz, sondern auch, und zwar in erster Linie und unbedingt, das privatrechtliche Domicil.***)

Es fragt sich, ob der Wille in dem Maße als frei zu denken ist, daß diese Freiheit rechtlich nicht soll eingeschränkt werden können durch Vertrag oder durch letztwillige Bestimmung.

Die Bedeutung könnte eine solche privatrechtliche Freiheitsbeschränkung, wollte man sie auch schlechthin für zulässig erklären, unseres Erachtens nie haben, daß das von dem Betroffenen trotzdem begründete Domicil rechtlich unwirksam wäre, also zum Beispiel für denselben das forum domicilli nicht im Gefolge hätte.

Übrigens kann man eine derartige privatrechtliche Beschränkung weder schlechthin als zulässig, noch schlechthin als unzulässig erklären. Es hängt von allen den concreten Fall begleitenden Umständen ab, ob die dem Anderen auferlegte Gebundenheit bei

*) Die deutsche Reichscivilproceßordnung bestimmt diesbezüglich im §. 15: „Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der im Deutschen Reiche keinen Garnisonsort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonsort des Truppentheiles.“

**) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1883, Nr. 13, S. 80.

***)) Vergl. I. 31 D. ad municipalem (50, 1). Marcellus libro primo digestorum: Nihil est impedimento, quominus quis ubi velit habeat domicilium, quod ei interdictum non sit.

der Domicilswahl contra bonos mores sei. Bald kann dem Andern zugemuthet werden, er möge stets an einem bestimmten Orte wohnen, bald, er möge niemals an einem bestimmten Orte domiciliren, und bald, er möge seinen jeweiligen Wohnsitz von der Willkür einer bestimmten Person abhängig machen.*) Von gemeinrechtlichen Schriftstellern wird mit besonderer Vorliebe die Frage besprochen, ob im Ehevertrage rechtsgültig festgesetzt werden könne, daß der Ehemann nicht wider den Willen der Ehefrau sein Domicil verändern dürfe. Eine solche Verabredung, die nach dem Zeugnisse älterer Schriftsteller nicht selten versucht wurde,**) widerstrebt so sehr dem sittlichen und rechtlichen Wesen der ehelichen und ehelichen Stellung, daß ihr obligatorische Kraft nicht zuerkannt werden kann.***)

IV. †)

Ob die Freiheit des Einzelnen, sich einen ordentlichen Wohnort zu begründen, so weit gehe, daß derselbe zu gleicher Zeit mehrere Domicile innehaben könne, war anfänglich unter den römischen Juristen bestritten. Später verstand man sich dazu, die Frage zu bejahen. Es erzählt von dieser Controverse zunächst Paulus (libro quadragesimo quinto ad edictum) in l. 5 D. ad municipalem (50, 1) Folgendes: Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: quosdam autem dicere refert pluribus locis eum incolam esse

*) Unger, System II., S. 87, Anm. 115, hält diese Beschränkungen für nach österreichischem Rechte erlaubt. So allgemein hingestellt ist diese Behauptung gewiß bestritten. Oder sollte unser Recht das jus libertatis weniger respectiren, als das römische in l. 71 §. 2 D. de condicionibus (35, 1), wo es heißt: Titio centum relicta sunt ita, (ut a monumento meo non recedat vel) uti in illa civitate domicilium habeat, potest dici non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Cicero nennt es ein fundamentum libertatis, ne quis invitus civitate mutetur, neve in civitate maneat invitus (Orat. pro Corn. Balbo cap. 13) und hält es für ein exilium terribile, si quasi circumscriptus est habitandi locus (Paradox. cap. 2.).

**) Lauterbach, de domicilio, 1663, (Diss. vol. 2 Nr. 75), LX. Nr. 219.

***) So auch Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, VI. Bd., 1. Abtheilung, S. 279. Anderer Ansicht ist zum Beispiele Lauterbach a. a. O. Nr. 227 fg.

†) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1883, Nr. 18.

aut domicilium habere: quod verius est. Dann referirt Ulpian (libro secundo ad edictum) in l. 27 §. 2 h. t. über die Ansicht des Celsus mit den Worten: Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit duobus locis aequaliter neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, ex destinatione animi esse accipiendum. Ulpian fährt nun fort: Ego dubito, si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere? und entscheidet ähnlich wie in l. 6 §. 2 h. t. (Ulpianus libro secundo opinionum): Et verum est habere, licet difficile est.

Es ist also denkbar, wenn auch selten, daß „Jemand mehrere Orte gleichmäßig als Hauptpunkte seiner Verhältnisse und Geschäfte behandelt und unter sie, je nach Bedürfnis, seinen wirklichen Aufenthalt vertheilt.“*) Das ist unseres Erachtens auch der Standpunkt des österreichischen Rechtes. Die Civiljurisdictionsnorm bestimmt ja im §. 17: „Wenn Jemand abwechselnd an verschiedenen Orten wohnt, so steht dem Kläger die Wahl frei, wo er die Klage anbringen wolle.“ Die große Mehrzahl unserer Schriftsteller ist denn auch der Ansicht, daß durch diese Gesetzesstelle die gemeinrechtlichen Normen über das mehrfache Domicil recipirt sind. Es sei gestattet, in dieser Hinsicht zu verweisen auf v. Canstein, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilproceßrechtes, I. Band, S. 389, 390; Schiffner, Systematisches Lehrbuch des österreichischen allgemeinen Civilrechtes, I. Band, 2. Heft, S. 142; und Haimertl, Darstellung der neuesten Kompetenzvorschriften (Jurisdictionsnormen) für die Civilgerichte in Oesterreich, 3. Aufl., S. 31. Doch scheint das bei dem zuletztgenannten Schriftsteller angeführte Schulbeispiel (wenn Jemand abwechselnd im Sommer auf seinem Landgute und im Winter in der Hauptstadt wohnt) nicht so ohneweiters zutreffend zu sein. Denn auch hier bleibt immer noch die Frage übrig: Si utrobique ita se instruxisset, ut non ideo minus apud alteros (ex duobus locis) se collocasse videatur (l. 6 §. 2 h. t.)?

Eine ganz andere Auffassung des citirten Paragraphen der Civiljurisdictionsnorm vertreten die „Erläuternden Bemerkungen zu dem Referentenentwurfe einer Civilproceßordnung“, Wien 1866,

*) Savigny, System des heutigen römischen Rechtes, VIII. S. 64. Vergl. auch noch cap. 2 pr. de sepulturis in 6^{to} (3, 12), und Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechtes, I. Band, S. 126, Anm. ***.

§. 9, zu §. 1, zweiter Absatz. Hier ist geradezu gesagt, es sehe „der §. 17 C. F. N. von dem im §. 16 leg. cit. definierten ordentlichen Wohnsitz wieder ganz ab, indem er vorauszusetzen scheint, daß Jemand, dessen Wohnsitz nicht bleibend an einem einzigen Orte, sondern abwechselnd an mehr als einem Orte fixirt ist, überhaupt keinen ordentlichen Wohnsitz habe, eine Voraussetzung, die an sich nicht berechtigt ist, und daß bei einem solchen Manne bloß das Wohnen, ohne nähere Berücksichtigung der Dauer, also in gewisser Beziehung lediglich der Aufenthalt, den Ausschlag gebe, was gewiß unrichtig wäre“. Der letztere von den „Erläuternden Bemerkungen“ ausgesprochene Gedanke scheint auch die beiden oberen Instanzen in dem Rechtsfalle Nr. 4402 der Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung gefangen gehalten zu haben, wenn anders die in der Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung Band IX, S. 429, enthaltene Darstellung genau ist.*)

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich unseres Erachtens, daß alles davon abhängt, ob das Wort „wohnen“ im §. 17 C. F. N. gleichbedeutend mit „den ordentlichen Wohnsitz haben“, oder ob es gleichbedeutend mit „sich aufhalten“ gebraucht ist.

Wir entscheiden uns, wie schon oben angedeutet wurde, unbedenklich für die erste Alternative. Denn der §. 17 ist nur eine Fortsetzung des §. 16 C. F. N. Nachdem im letzteren der Begriff des ordentlichen Wohnsitzes festgestellt wurde, regulirt der erstere den Fall, daß Jemand abwechselnd an verschiedenen Orten domicilirt ist. Dem „Wohnen“ und dem „Wohnsitz“ in diesen

*) Die bei dem Landesgerichte in Lemberg als Personalinstanz der Beklagten überreichte Klage wurde derselben in dem zu einem anderen Gerichtsbezirke gehörenden Chorobrow, wo sie als Grundbesitzerin ansässig war, zugestellt. Es stand fest, daß dieselbe in Lemberg einige Zimmer nebst Stallung gemiethet und vorkommendenfalls als Absteigequartier benützt habe. Die von ihr erhobene Einrede der Incompetenz wurde vom obersten Gerichtshofe in Übereinstimmung mit der zweiten Instanz zurückgewiesen, weil es für die Competenz des angerufenen Gerichtes in Lemberg nicht auf den Erweis von Umständen ankommt, woraus die Absicht der Beklagten, dort bleibend zu wohnen, deutlich hervorgienge, und weil ihre Absicht, sich abwechselnd in Lemberg und in Chorobrow aufzuhalten, nach dem Ergebnisse der Verhandlung feststeht, wobei es auf die zeitliche Begrenzung ihres Aufenthaltes in dem einen und dem anderen Orte nicht ankommen kann, in welchem Falle aber dem Kläger nach §. 17 C. F. N. die Wahl freigegeben ist, bei dem einen oder dem anderen Gerichte die Klage anzubringen. (Entscheidung vom 4. April 1870, Z. 5255.)

beiden Paragraphen wird dann erst im §. 18 der bloß vorübergehende Aufenthalt als Grundlage eines viel beschränkteren persönlichen Gerichtsstandes gegenübergestellt.

V. *)

Die römischen Quellen enthalten den Ausspruch: Relegatus in eo loco, in quem relegatus est, interim necessarium domicilium habet. L. 22 §. 3 D. ad municipalem (50, 1). Paulus libro primo sententiarum. Es ist hier, wie dies auf der Hand liegt, nicht die Rede von einer Ausweisung aus bestimmten Orten, z. B. einer Stadt oder Provinz (interdictio certorum locorum), sondern von einer Relegation aus allen Orten außer einem (interdictio omnium locorum praeter certum, confinatio.**). Die Stelle besagt also, daß der Confinirte für die Dauer der Verweisung ein domicilium necessarium am Straforte habe. Die Situation des Confinirten hat augenscheinlich eine gewisse Ähnlichkeit mit derjenigen des Strafgefangenen, und darum konnte im gemeinen deutschen Proceßrechte die Frage aufgeworfen werden, ob die citirte l. 22 §. 3 nicht eine analoge Erweiterung dahin zulasse, daß auch für den Strafgefangenen das Strafhaus als domicilium necessarium anzusehen sei. Für die Bejahung haben sich z. B. Endemann, Deutsches Civilproceßrecht 1868, S. 203; Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses, §. 88; und Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprocesses, 1. Theil, S. 81, ausgesprochen. Erst in verhältnißmäßig jüngerer Zeit wurden wider diese Analogie Bedenken rege gemacht. Den Anstoß hiezu gab die Praxis, speciell eine Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu München vom 12. August 1870.***) Wir entnehmen den Motiven derselben Folgendes: „Der Strafort (es handelte sich um eine temporäre Festungsstrafe) wird zwar von Einigen als domicilium necessarium betrachtet, allein mit Unrecht. Als letzteres gilt insbesondere der Aufenthalt an dem Orte, wo jemand vermöge des von ihm frei (!) gewählten Berufes

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1883, Nr. 18, S. 114.

**) Glück, Erläuterung der Pandekten, VI. Theil, 1. Abth., S. 265 a.

***) Seuffert, Archiv für Entscheidungen, Band XXIV, Nr. 274.

und eines infolge hievon übernommenen Amtes oder Dienstes seinen Wohnsitz zu nehmen hat. Hievon ist aber der durch das Strafurtheil und die Vollzugsvorschriften bestimmte Aufenthalt eines Büßers ganz verschieden. Während dort mit der freiwilligen (!) Übernahme des Amtes oder Dienstes auch die Absicht, an dem Amtssitze zu wohnen, ausgesprochen wird, fehlt es an einer solchen Absicht, am Straforte zu wohnen, gänzlich. Wollte man aber auch die Absicht, am Straforte zu wohnen, als durch das Strafurtheil surrogirt betrachten, so gebriecht es bei den Sträflingen doch noch an der thatsächlichen Begründung des häuslichen Herdes, an der dauerhaften Festsetzung des Hauswesens am Straforte. Von einem Domicil, durch Strafhaft an einem Straforte begründet, kann also keine Rede sein, noch weniger aber davon, daß durch den Aufenthalt am Straforte das frühere Domicil aufgehoben werde. . . . Wäre letzteres der Fall, so würde dadurch dem Strafgefangenen seine Vertheidigung in den gegen ihn vom Gerichte des Strafortes anhängig gemachten Processen, nicht minder den gegen denselben auftretenden Klägern die Rechtsverfolgung erschwert, weil insbesondere die Vertheidigungsmittel, namentlich die Zeugen, am Domicilsorte des Beklagten leichter zugänglich sind und mit geringerem Kostenaufwande beschafft werden können, als am Orte des Vollzuges der Strafe, welcher häufig, auch bei sehr kurzer Strafdauer, weit entlegen ist.“ Von Relevanz scheint nur der eine in dem Erkenntnisse ausgesprochene Gedanke zu sein, daß der Strafort zum Sitze des Haushaltes weder bestimmt, noch geeignet ist. Mit Rücksicht darauf lehnen denn auch Wegell, System des ordentlichen Civilprocesses, dritte Auflage, S. 491, Anmerkung 48, und, wie wir annehmen möchten, Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechtes, zweite Auflage, S. 75, obige analoge Erweiterung ab.

Der österreichische Civilproceß enthält ganz und gar keine Rechtsnorm, kraft welcher gegen den Strafgefangenen ein domicilium necessarium im Strafhaufe begründet wäre. Der Strafort ist für ihn nur ein (zeitweiliger) Aufenthaltsort, und es kann das Gericht, in dessen Sprengel das Strafhaus gelegen ist, nur dann sein persönlicher allgemeiner Gerichtsstand sein, wenn er sonst nirgends einen ordentlichen Wohnsitz hat (§. 18, Alinea 2, C. J. N.). Die letztere Bemerkung führt zu der Frage, ob es rechtlich möglich ist, daß ein Strafgefangener das ordentliche Domicil, welches er zur Zeit seiner Abführung in die Straf-

haft inne hatte, auch noch während der Haft fortbehalten könne. Unseres Erachtens muß diese Möglichkeit ebenso zugegeben werden, wie für den Reisenden, der auf längere Zeit sein Domicil mit der Absicht wieder zurückzukehren verläßt und dafür sorgt, daß es nach wie vor der Brennpunkt seiner rechtlichen Beziehungen bleibt. Freilich wird es quaestio facti sein, erstens ob der Strafgefangene den Willen habe, sein altes Domicil fortbestehen zu lassen, und zweitens ob ihm auch die erforderliche Einwirkung auf dasselbe möglich bleibt. Die römischen Juristen hätten zweifelsohne ähnlich entschieden. Das ergibt sich aus der l. 27 §. 3 D. ad municipalem (50, 1), wo es heißt: Domicilium autem habere potest et relegatus eo loci, unde arceatur. ut Marcellus scribit (Ulpianus libro secundo ad edictum). Savigny, System, Bd. VIII, S. 61, Anmerkung 9, behauptet zwar, diese Stelle könne angesichts der im Eingange citirten l. 22 nur den Sinn haben, daß der Relegirte durch die Strafe nicht frei werden soll von der Theilnahme an den bisherigen Lasten. Allein fast alle anderen Schriftsteller verwerfen diese gezwungene Beschränkung,*) und Wegell**) bemerkt insbesondere, daß die Entscheidung des römischen Juristen bei zeitweiliger Verbannung, an welche hier zunächst zu denken ist, nichts Auffallendes habe und sich auch für die auf Lebenszeit ausgesprochene rechtfertigen läßt, da die Leitung des Hausstandes, welche ja das Entscheidende sei, recht wohl aus der Verbannung gechehen könne.

VI. ***)

Bestritten ist in der Praxis auch das Verhältniß zwischen den §§. 19 und 20 der C. J. N. und die Theorie hat sich unseres Wissens mit dieser Controverse noch nicht eingehend beschäftigt. Es empfiehlt sich, ihre Tragweite an einem concreten Rechtsfalle zu veranschaulichen.

*) Z. B. Hierulff, Theorie I, S. 128. Anm. †††; Beyer, Vorträge, zehnte Auflage, S. 184; Gesterding im Archiv für civilistische Praxis, Band VII, S. 421, und insbesondere Wegell an dem in der folgenden Anmerkung angegebenen Orte.

**) Wegell, System, dritte Auflage, S. 491, Anm. 51.

***) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1883, Nr. 19.

Nach dem Tode ihres zuletzt im Sprengel des städt.-deleg. Bezirksgerichtes Josefstadt in Wien wohnhaft gewesenen Ehegatten kehrt dessen hinterbliebene minderjährige Ehegattin in das Haus ihres Vaters zurück, dessen ordentliches Domicil im Sprengel des Bezirksgerichtes Sechshaus gelegen ist. Hat die minderjährige Witwe ihr forum domicilii vor dem städt.-deleg. Bezirksgerichte Josefstadt als dem Gerichtsstande des domicilium matrimonii (§. 19 C. F. N.), oder vor dem Bezirksgerichte Sechshaus als dem persönlichen Gerichtsstande ihres Vaters (§. 20 C. F. N.)?

Bevor wir die Erörterung dieses Problems beginnen, wollen wir uns über die Vorfrage klar werden, ob eine minderjährige Tochter durch ihre Verheirathung das forum domicilii ihres Vaters verliert und den allgemeinen persönlichen Gerichtsstand ihres Gatten erlangt oder nicht. Es handelt sich also vorerst um die Ermittlung des von Savigny so genannten relativen Wohnsitzes der minderjährigen verheirateten Tochter, zunächst für die Zeit während der Ehe, und erst dann um die rechtliche Situation nach Aufhebung der Ehe durch den Tod des Ehegatten. Das Princip jedes sogenannten relativen Wohnsitzes ist zweifellos die Abhängigkeit, in welcher gewisse Personen zu anderen stehen (Wezell, System des ordentlichen Civilprocesses, dritte Auflage, S. 491). Kraft dieses Principes bestimmt sich nach österreichischem Rechte der Wohnsitz der Ehegattin nach demjenigen des Mannes (§. 19 C. F. N.), der Wohnsitz des unter väterlicher Gewalt stehenden Kindes nach demjenigen des Vaters (§. 20 C. F. N.), der Wohnsitz des unehelichen Kindes im Allgemeinen nach demjenigen der Mutter, des unehelichen oder Findelkindes, welches aus Kosten einer öffentlichen Anstalt in oder außer derselben untergebracht ist, nach demjenigen der Anstalt (§. 21 C. F. N.), und der Wohnsitz der (eigenberechtigten) Dienstkleute nach demjenigen des Dienstgebers, mit dem sie in gemeinschaftlicher Haushaltung leben (§. 22 C. F. N.). Ist nun der relative Wohnsitz einer abhängigen Person nur eine Consequenz ihres Abhängigkeitsverhältnisses, so muß derselbe wegfallen, beziehungsweise aufhebbar werden in jenem Zeitpunkte, in welchem die eheliche Gewalt, die väterliche Gewalt, beziehungsweise deren obenerwähnte Analoga, oder endlich die dienstherrliche Gewalt aufhören. Daß dies die Auffassung des Gesetzes ist, ergibt sich unseres Erachtens aus dem zweiten Alinea des §. 20 C. F. N., insbesondere aus dem hier eingefügten Worte „selbst“. Der Gedankengang des

Gesetzgebers ist offenbar der. Mit dem Wegfalle der väterlichen Gewalt sollte eigentlich auch der relative Gerichtsstand ex persona patrifamilias hinfällig werden, das heißt es sollte nunmehr dem Kinde freistehen, etwa unter Mitwirkung des Vormundes ein eigenes Domicil in Gemäßheit des §. 16 C. F. N. zu begründen. Da sich jedoch diese Consequenz aus rechtspolitischen Gründen nicht empfiehlt, so soll sie für diesen Fall gesetzlich ausgeschlossen werden und das Kind „selbst nach dem Tode des Vaters oder nach dessen Enthebung von der väterlichen Gewalt“ unter dem alten Gerichtsstande verbleiben, bis dasselbe die freie Verwaltung seines Vermögens erlangt hat.

Auf unsere Vorfrage angewendet, führt das Gesagte zu folgendem Resultate. Bis zur Verheirathung theilt die minderjährige Tochter den Gerichtsstand des Vaters; mit der Verheirathung kommt sie in Rücksicht ihrer Person unter die eheherrliche Gewalt ihres Mannes (§. 175 a. b. G. B.) und damit auch unter den Gerichtsstand desselben. *) Merkwürdigerweise hat der oberste Gerichtshof die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen in einem Rechtsfalle, der in der Glajer-Unger-Walther'schen Sammlung unter Nr. 7373 mitgetheilt ist. Folgender Thatbestand lag zu Grunde. A. belangte wegen einer Geldschuld die minderjährige B. vor dem forum domicilii ihres Vaters und gesetzlichen Vertreters. Das Domicil ihres Ehegatten, von dem sie factisch, aber nicht gerichtlich geschieden war, lag im Sprengel eines anderen Gerichtes. Die erste Instanz, das städt.-deleg. Bezirksgericht der Inneren Stadt Wien, erklärte sich für incompetent, das österreichische Oberlandesgericht und der oberste Gerichtshof verwarfen aber die Incompetenzrede aus folgenden Gründen: „Die Beklagte ist verheirathet und minderjährig. Nach §. 20 C. F. N. bleibt sie, selbst nach der Enthebung ihres Vaters von der väterlichen Gewalt, unter dem Gerichtsstande des Vaters, bis sie die freie Verwaltung ihres Vermögens erlangt hat. Der von ihr angerufene Gerichtsstand des §. 19 C. F. N. kann daher erst mit ihrer Volljährigkeit eintreten.“

Und nunmehr zu der Frage, die den Anstoß zu der vorliegenden Unterfuchung gab.

*) So auch Schiffner, Systematisches Lehrbuch des österreichischen Civilrechtes, I. Band, zweites Heft, S. 143. Vgl. auch das Hofdecret vom 4. März 1784 Z. G. E. Nr. 255.

Stirbt der Ehegatte, so kehrt die minderjährige Witwe unter die väterliche Gewalt zurück (§. 175 a. b. G. B.). Es liegt nun nahe, zu sagen, daß sie auch wieder in das Domicil ihres Vaters eintritt. Nichtsdestoweniger stellt v. Canstein in seinem Lehrbuche der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilproceßrechtes (I. Band, S. 390) die Behauptung auf, daß die minderjährige Witwe den Wohnsitz ihres verstorbenen Ehemannes theilt. Das ist auch der Standpunkt des gemeinen deutschen Civilproceßrechtes, beziehungsweise der l. 22 §. 1 D. ad municipalem (50, 1), wo es heißt: *Vidua mulier amissi mariti domicilium retinet exemplo clarissimae personae per maritum factae: sed utrumque aliis intervenientibus nuptiis permutatur* (Paulus libro primo sententiarum).*) v. Canstein beruft sich für seine Ansicht auf den §. 19 C. F. N., der da vollständig lautet: „Der persönliche Gerichtsstand des Mannes gilt auch für seine Ehegattin. Der Gerichtsstand großjähriger Witwen und gerichtlich geschiedener Ehegattinnen richtet sich nach ihrem eigenen Wohnsitze.“ Der genannte Processualist versteht diesen Paragraphen offenbar in folgender Weise. Von der im ersten Satze desselben gemachten Regel, daß für die Ehegattin stets das *domicilium matrimonii* entscheidend sei, wird im zweiten Satze eine kleine Ausnahme, jedoch nur zu Gunsten der großjährigen Witwe und der gerichtlich geschiedenen Frau gemacht. Für alle übrigen Fälle, also auch für die minderjährige Witwe, bleibt es bei der Regel, das ist bei dem *domicilium matrimonii*. Diese Interpretation hat nicht allein, wie bemerkt, das gemeine Recht, die Folie unseres Civilproceßrechtes, sondern überdies auch den Vortheil für sich, daß bei Guttheilung derselben die ganze Materie vom Gerichtsstande der Ehefrauen, beziehungsweise Witwen im §. 19 C. F. N. ihre erschöpfende Regelung findet. Diese beiden Vorzüge gehen derjenigen Auslegung ab, welche Haimerl in seiner Darstellung der neuesten Kompetenzvorschriften (Jurisdictionsnormen) für die Civilgerichte in Oesterreich, dritte Auflage, S. 35, unserer Gesetzesstelle zu geben scheint. Ihm besagt sie nicht mehr, als daß das *domicilium matrimonii* nur wirksam sei für die Dauer der Ehe, und daß mit der Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (durch den Tod, die Trennung, die gerichtliche Scheidung und Ungiltig-

*) Vergl. Savigny, System des heutigen römischen Rechtes III. Bd. S. 62, 3. 1.

erklärung der Ehe) die sonstigen gesetzlichen Bestimmungen über die Begründung eines *Domiciles* (mit Ausschluß derjenigen über den relativen Wohnsitz der Ehefrau) zur Anwendung kommen, wonach also die großjährige Frau ein eigenes Domicil wählt, während die minderjährige nicht anders behandelt wird, als minderjährige Kinder überhaupt.

Muß man auch v. Canstein Recht geben, so kann doch nicht geleugnet werden, daß die Haimerl'sche Auffassung Manches für sich hat und jedenfalls den Wunsch nach einer glücklicheren Stylisirung des Gesetzes nahelegt.

VII. *)

Der (vorübergehende) Aufenthalt des zu Beklagenden an einem Orte begründet wider ihn nach österreichischem Civilproceßrechte nur in Ausnahmefällen einen persönlichen allgemeinen Gerichtsstand daselbst. Ein solcher Ausnahmefall ist im Alinea 1 des §. 18 C. F. N. geregelt, wo es heißt: „Reisende und andere Personen, welche sich an einem Orte nur vorübergehend aufhalten, können wegen Verbindlichkeiten, die sie an diesem** Orte auf sich genommen haben, auch bei dem Gerichte belangt werden, in dessen Sprengel sich dieser Ort befindet, solange sie daselbst anwesend sind.“ Die Fassung der citirten Gesetzesstelle ist nach zwei Seiten hin zweifelhaft.

Zunächst kann man über den Umfang der „Verbindlichkeiten, die sie an diesem Orte auf sich genommen haben“ müssen, verschiedener Meinung sein. Man ist vielleicht versucht zu behaupten, unser Gerichtsstand setze Verbindlichkeiten voraus, die der zu Beklagende mit seinem auf deren Übernahme gerichteten Willen auf sich genommen habe, also Obligationen aus Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen und einseitigen Versprechen, soweit letztere überhaupt Verpflichtungsgrund sind. Diese Auffassung ist unseres Erachtens zu eng. Sollte unser Gerichtsstand nicht begründet sein gegen den Reisenden, der im Hôtel, sei es aus Muthwillen, sei

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1883, Nr. 31.

***) Sowohl die Manz'sche Taschenausgabe der österreichischen Gesetze, 6. Band, 1. Abth. (9. Aufl.), S. 62, als auch die Keller'sche Ausgabe der Civilproceßgesetze enthalten hier statt „diesem“ das unpassende Wort „einem“.

es aus Fahrlässigkeit, Spiegel und Fenster zertrümmert und damit die Verbindlichkeit, den Schaden zu ersetzen, „auf sich genommen hat“? Wir glauben, daß im Sinne der citirten Gesetzesstelle derjenige „Verbindlichkeiten auf sich genommen hat“, der an seinem Aufenthaltsorte eine Handlung setzte, für die er civilrechtlich einzustehen hat. In einem ähnlichen und noch weiteren Sinne gebrauchen die römischen Quellen den verwandten Ausdruck *contrahere*.*) Daß diese weite Auslegung die richtige sei, ergibt sich zur Evidenz aus der Stellung unseres forum im Systeme der Gerichtsstände. Es wird dem Gerichtsstande des Wohnortes (§. 18 C. 3. R.) an die Seite gestellt und ebenso wie dieser als allgemeiner Personalgerichtsstand bezeichnet. Diese „Allgemeinheit“ erfordert nun, demselben ein möglichst großes Anwendungsgebiet einzuräumen.

Eine zweite Frage ist, ob dieser Gerichtsstand auch noch besteht, wenn der Reisende, nachdem er die verpflichtende Handlung gesetzt hatte, den Aufenthalt abbrach und später wieder einmal an diesem Orte anzutreffen ist, eine Frage, mit der sich unsere Gerichte bereits zu beschäftigen Veranlassung hatten und die sie bejahten (Glaser-Unger-Walther'sche Sammlung Nr. 5091).

Auch bei der Beantwortung dieser Frage darf man den Charakter unseres Gerichtsstandes nicht aus dem Auge verlieren. Man darf sich insbesondere von der irrigen Anschauung nicht beeinflussen lassen, als liege demselben der Gedanke des *forum obligationis* zu Grunde (Cavigny, System, Band VIII, S. 221 bis 223). Dem dieser ist nicht allein durch die Stellung unseres Gerichtsstandes neben dem *forum domicilii*, sondern auch durch die Schlüsselworte „so lange sie daselbst anwesend sind“ ausgeschlossen.

Vom Standpunkte derjenigen (gemeinrechtlichen) Ansicht, nach welcher die Zulässigkeit des *forum obligationis* durch die Anwesenheit des Schuldners oder wenigstens von Vermögen desselben an dem maßgebenden Orte zur Zeit der Klageanstellung bedingt ist, stünden freilich diese Worte nicht im Wege. Im Gegentheile,

*) Dirksen, *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum sub h. v. und Schloßmann, Der Vertrag, S. 23 f.* Vergl. auch l. 20 D. de iudiciis (5, 1): *Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur.*

sie möchten eher darauf hindeuten, daß ein *forum obligationis* gemeint sei.

Allein nach österreichischem Rechte ist der Gerichtsstand der *obligatio*, soweit er überhaupt im Systeme unserer Gerichtsstände Platz gefunden hat, von obigen Voraussetzungen zweifellos unabhängig. Und so wird man denn behaupten müssen, daß unser Gerichtsstand nicht als ein *forum obligationis*, sondern als ein *forum quasi-domicilii* gedacht ist, das so lange und nur so lange besteht, als der Aufenthalt dauert, in welchen das obligirende Ereigniß hineinfiel. Wir halten also dafür, daß die citirten Worte den Sinn „so lange und so oft sie daselbst anwesend sind“ nicht haben, und daß daher der Reisende nur dann vor dem Gerichte seines Aufenthaltes belangt werden kann, wenn es sich um Erfüllung einer eben während dieses Aufenthaltes übernommenen Verbindlichkeit handelt.

VIII. *)

Die Lehre von der actorischen Caution gehört zu jenen Materien des österreichischen Civilprocesses, mit denen sich die Judicatur unserer Gerichte in den letzten Jahren auffallend häufig zu beschäftigen hatte. Ein Blick auf die Glaser-Unger-Walther'sche Sammlung civilrechtlicher Entscheidungen unseres obersten Gerichtshofes zeigt, daß zu dem §. 406 allg. G. D. (§. 539 westg. G. D.) — der *sedes materiae* in unserer Civilproceßgesetzgebung — eine unverhältnißmäßig große Zahl von vielfach divergirenden Judicaten erflossen ist, eine Erscheinung, die unseres Wissens bei der Handhabung des früheren gemeinen deutschen Civilprocesses, der ja auch in dieser Rechtsinstitution für unser Recht das Vorbild abgab, nicht in gleichem Maße an die Oberfläche kam, wie dies die gemeinrechtlichen Judicaten-sammlungen, z. B. das J. N. Seuffert'sche Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, darthun.

Manche unserer das Recht auf die *cautio pro expensis* berührenden Streitfragen sind schon im gemeinen Rechte aufgetaucht, wie z. B. die Frage nach der Verpflichtung zur Proceßkostenversicherung im Concursfalle**), ferner im Falle einer *provocatio* oder *proclamatio ad agendum*; andere wieder sind dem österreichischen

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1881, Nr. 12.
**) Vgl. unten IX.

Rechte eigenthümlich, weil sie mit den reformatorischen Zuthaten zusammenhängen, welche unsere Gesetzgebung dem gemeinrechtlichen Institute der actorischen Caution aufgeprägt hat.

Die ganze Lehre von der Sicherstellung der Gerichtskosten hat in neuester Zeit zwei ausgezeichnete Bearbeitungen gefunden, freilich nicht ex professo, sondern im Rahmen größerer systematischer Arbeiten. Einmal hat nämlich v. Canstein im zweiten Hefte seines Lehrbuches der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilproceßrechtes (S. 530, 531) die diese Materie erschöpfenden Rechtsnormen im systematischen Zusammenhange dargestellt. Und ferner hat Menger in seinem gleichzeitig mit dem v. Canstein'schen zweiten Hefte erschienenen Aufsatze über die Lehre von den Streitparteien im österreichischen Civilproceß (Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. VIII, S. 647 ff.) der actorischen Caution eine eingehendere Besprechung (S. 672 bis 675) gewidmet. v. Canstein war nach dem ursprünglichen Plane seines Lehrbuches nicht in der Lage, auf die Spruchpraxis unserer Gerichte genauer einzugehen, während Menger's mehr monographische Untersuchung gerade darum erhöhtes Interesse hat, weil hier die Judicatur des obersten Gerichtshofes mit zur Darstellung gelangt ist. Es läßt sich nicht bestreiten, daß der Theoretiker ganz besonders auf dem Gebiete des Civilproceßrechtes angewiesen ist, mit der Praxis Fühlung zu behalten und bemüht sein muß, die processualischen Institute immer auch in der Gestalt vor Augen zu haben, in der sie sich im Leben darbieten. Damit soll aber keineswegs über die Frage abgesprochen werden, ob der Verfasser eines Lehrbuches sich nicht ein gewisses Maß bei Berücksichtigung von Rechtsprüchen auferlegen müsse. Menger's elegant und durchsichtig geschriebener Aufsatz läßt uns doppelt empfinden, wie sehr die Fortsetzung seines Systems des österreichischen Civilproceßrechtes erwünscht wäre.

Wenn wir nun fragen, welches denn der Grund dieser eigenthümlichen Erscheinung in unserer Gerichtspraxis sei, so ist freilich eine verlässliche Antwort schwer zu finden. Vielleicht ist es aber nicht zu gewagt, der Vermuthung Raum zu geben, daß das Institut der actorischen Caution in jüngerer Zeit als das bequemste Mittel erkannt wurde, um Chicane im Proceße zu üben. Der Beklagte, der ja regelmäßig ein Interesse daran hat, den Proceß in die Länge zu ziehen und seine Verurtheilung hinauszuschieben, begegnet

gleich an der Schwelle des Verfahrens einer Rechtsregel, durch deren, wenn auch ungerechtfertigtes Anrufen er sich vorläufig (wenigstens im Territorium der allgemeinen Gerichtsordnung) die Einlassung auf das *meritum causae* ersparen kann. Um nun den Mißbrauch dieser Rechtsregel, seine Chicane, zu verhüllen und unkenntlich zu machen, weiß der muthwillig widerstrebende Beklagte immer und immer wieder neue Gesichtspunkte aufzufinden, unter denen sein Gesuch um Gewähr für die Gerichtskosten dem Richter in einem milderen, günstigeren Lichte erscheint. Wenn man die Entscheidungen unserer Tribunale in diesen Rechtsfragen auch nur oberflächlich mustert, so wird man sofort inne, daß so manche derselben in letzter Linie nur auf das Bestreben zurückgeführt werden können, der Chicane mit Schärfe entgegenzutreten, jener tausendköpfigen Hydra, die das beste Proceßgesetz der Welt nicht vollständig ausrotten kann. Der Zweck des Institutes der actorischen Caution besteht darin, dem Beklagten für die Zahlung der ihm im Urtheile demnächst etwa zuerkannten Proceßkosten Gewähr zu leisten. Steht nun zu Beginn des Proceßes bei dem Richter fest, daß eine Verurtheilung des Klägers zum Ersatz der Gerichtskosten nicht erfolgen, oder daß die Weitreibung derselben Schwierigkeiten oder Weitläufigkeiten nicht verursachen werde, dann ist die Caution entbehrlich. Den fundamentalen Zweck derselben soll der Richter stets vor Augen haben, wenn er darüber schlüssig werden will, ob der Beklagte sich eine Chicane zu Schulden kommen ließ, das heißt wissentlich mittelst dieses Rechtsinstitutes demselben fremdartige Zwecke zum Nachtheil seines Gegners verfolgen.

Aus den vielen, dem §. 406 allg. G. D. (§. 539 weitg. G. D.) entsprossenen Zweifeln und Controversen heben wir hier eine Gruppe heraus, um sie näher zu betrachten. Sie charakterisirt sich durch die Frage, ob denn die genannten, zunächst für das ordentliche (schriftliche und mündliche) Verfahren der Gerichtsordnung erlassenen Paragraphen auch anwendbar sind in den zahlreichen außerordentlichen Proceßsystemen des österreichischen Civilproceßrechtes. Wir wollen hiebei, obgleich die Gelegenheit verlockend ist, nicht erst darüber streiten, welchen Umfang der Begriff der außerordentlichen Verfahrensarten im österreichischen Rechte habe, sondern schlecht und recht diejenigen Proceßverfahren hervorheben, in denen die angeregte Frage bisher praktisch wurde. Hiebei halten wir uns lediglich an das positive österreichische

Recht und die Spruchpraxis. Denn das gemeine Recht hereinzuziehen, wäre darum nicht empfehlenswerth, weil die meisten unserer außerordentlichen Verfahrensarten zwar dem Namen, aber kaum der Sache nach mit den gemeinrechtlichen Sonderproceduren übereinstimmen. Zudem läßt sich auch für das gemeine Recht schwerlich eine allgemeine Praxis nachweisen, welche, abgesehen vom Wechselproceß, in den besonderen Proceiduren Abweichungen von den gewöhnlichen Normen über die actorische Caution als constante Regel erkennen läßt. (Vergl. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilproceßrechtes, 2. Aufl., S. 138 und 139, und Lehrbuch des Wechselrechtes, 3. Aufl., S. 266; Schlayer in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß, Neue Folge, IX. Bd., S. 265, Anm. 325; aber Buddeus in Weiske's Rechtslexikon, Bd. II, S. 617.)

Das Gesetz vom 27. April 1873, Nr. 66 R. G. Bl., über das Verfahren in geringfügigen Rechtsstreitigkeiten (Bagatellverfahren) ist das einzige Specialproceßgesetz, welches über die actorische Caution eine ausdrückliche Norm enthält. Der §. 88 desselben verfügt bekanntlich, daß die Bestimmungen über die Sicherheitsleistung für die Proceßkosten im Bagatellverfahren keine Anwendung finden. In allen übrigen außerordentlichen Proceßsystemen kommt also, dem Gesagten zufolge, der §. 406 allg. G. D. (§. 539 westg. G. D.) suppletorisch zur Anwendung. Damit wäre unsere ganze Frage erledigt, wenn sich in der Praxis eben nicht jenes Streben eingefunden hätte, von dem wir oben sprachen, das Streben, ungerechtfertigte Cautionsgesuche möglichst fernzuhalten.

In der Entscheidung vom 15. Februar 1871 und in der Entscheidung vom 2. September 1879 (Glasjer-Unger-Walther'sche Sammlung Nr. 4053 und Nr. 7565) hat der oberste Gerichtshof erkannt, daß im summarischen Besitzrechtsstreite ein Begehren um actorische Caution unzulässig sei, weil die kaiserliche Verordnung vom 27. October 1849, R. G. B. Nr. 12 vorzugsweise ein rasches Verfahren in Besitzstörungsfällen und schnelle Entscheidung bezweckt und alle Zwischenverhandlungen und Entscheidungen, durch welche eine Verzögerung herbeigeführt werden könnte, ausschließt, daher auch einer actorischen Caution keine Erwähnung thut. Die gleiche Rechtsansicht hat der oberste Gerichtshof vertreten in einer Entscheidung vom 26. März 1879, (Glasjer-Unger-Walther'sche Sammlung Nr. 7391). Die zweite Instanz hatte sich in diesem Falle sogar zu der Behauptung verstiegen,

daß das „höchst beschleunigte“ Verfahren in Besitzrechtsstreitigkeiten, weil es einzig nur die Constatirung des letzten factischen Besitzstandes und der erfolgten Störung zum Gegenstande habe, eine Proceßführung im eigentlichen Sinne gar nicht darstelle. Alle diese Entscheidungen lassen sich in unserer Legislation nicht begründen (Menger a. a. O., S. 673, Anm. 14). Aus dem Umstande, daß das citirte Gesetz im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens manche Förmlichkeiten des gewöhnlichen Rechtsganges abschneidet, darf nicht gefolgert werden, daß auch andere der Schleunigkeit im Wege stehenden, aber nicht ausdrücklich beseitigten Proceßelemente als ausgemerzt anzusehen sind. Ubrigens gilt hier das, was der oberste Gerichtshof bei einer anderen Gelegenheit (Glasjer-Unger-Walther'sche Sammlung Nr. 2351) auszusprechen fand, daß es Sache des Klägers ist, durch schnelle Erlag der Caution den Proceß (wieder) flott zu machen.

In dem in den „Juristischen Blättern“, Jahrg. 1880, S. 436, mitgetheilten Rechtsstreite hat das Wiener Handelsgericht in seinem Bescheide vom 16. April 1880 den Rechtsatz aufgestellt, daß im Wechselverfahren die Vorschriften über die actorische Caution keine Anwendung finden. Die höheren Instanzen haben sich, und zwar der oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 1. Juli 1880, Z. 7569, mit Recht dagegen erklärt. Es handelte sich damals um das sogenannte mündliche Verfahren nach Wechselrecht und nicht um den wechselrechtlichen Mandatsproceß.

In dem Rechtsfalle der Glasjer-Unger-Walther'schen Sammlung Nr. 2351 hat das Wiener Handelsgericht in seiner Entscheidung vom 20. October 1865 die Ansicht vertreten, daß die Vorschriften der §§. 406—408 allg. G. D. auf den Executionsproceß nicht bezogen werden dürfen. Dagegen haben die höheren Instanzen mit Recht ausgeführt, daß weder der Sinn noch der Wortlaut des §. 298 allg. G. D., sowie des Hofdecretes vom 7. Mai 1839, Nr. 358 S. G. S., berechtigten, von dem, was die allgemeine Gerichtsordnung in den §§. 406 bis 408 für jede Klage im Allgemeinen und zum offenbaren Schutze des Beklagten einem in der Provinz nicht kundbar satfam bemittelten Kläger gegenüber anordnet, bei einer Executivklage eine Ausnahme zu machen, indem auch im Executivverfahren dem Beklagten gegründete Einwendungen zu Gebote stehen und durch die Proceßführung Auslagen erwachsen könnten, deren Deckung gesichert werden sollte. Die gleichen Argumente waren für die

Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 5. Juni 1879, (Glaser-Unger-Walther'sche Sammlung Nr. 7504) maßgebend.

In dem in der Glaser-Unger-Walther'schen Sammlung Nr. 4888 mitgetheilten Executivproceß verweigerte der Kläger die Bestellung des Kostenvorstandes, gestützt auf die von ihm bis lang unbenützte Executionskraft des der Klage zu Grunde liegenden executionsfähigen Notariatsactes. Der oberste Gerichtshof erkannte, daß mit Rücksicht auf andere Vermögensverhältnisse des Klägers und namentlich auch mit Bedacht auf den Notariatsact die Sicherstellung für die Gerichtskosten nach §. 406 allg. G. D. nicht aufzuerlegen sei.

Es braucht wohl nicht erst betont zu werden, daß mit dieser letzteren Entscheidung nicht etwa das Princip ausgesprochen werden sollte, daß im Executivproceß die §. 406—408 allg. G. D. keinen Raum finden. Menger ist vermuthlich weit entfernt, dies zu behaupten (a. a. O. S. 673, Anm. 12); allein er stellt für das österreichische Proceßrecht den Grundsatz auf, daß „eine Verpflichtung zur Leistung der actorischen Caution im Executiv-, Mandats- und Wechselproceß wohl nicht anzuerkennen sei, weil in diesen Proceßarten schon die geltend gemachte und gehörig beurkundete Forderung als ein Vermögensstück zu betrachten ist, welches für die Zahlung der Gerichtskosten vorläufig genügende Gewähr bietet“. Wir halten diese Behauptung für zu weitgehend, wenn sie in der Weise verstanden werden soll, daß im Executiv-, Mandats- und Wechselproceß die Vorschriften über die actorische Caution überhaupt nicht anwendbar sein sollen. Für diesen Fall könnte man Menger's Ausführungen nicht zustimmen. Uns scheint so viel an denselben richtig zu sein, daß regelmäßig das der Klage zum Grunde liegende „Vermögensstück“ einen Anhaltspunkt für das Ermessen des Richters bilden mag, der da entscheidet, ob Kläger als in der Provinz kundbar satzjam bemittelt erachtet werden dürfe oder nicht. In manchen Fällen wird die Klageurkunde für die richterliche Überzeugung entscheidend sein, in anderen aber nicht.

Schließlich wäre noch eines civilprocessualen Gebildes aus dem Verfahren in Bestandstreitigkeiten nach der kais. Verordn. vom 16. November 1858, Nr. 213 R. G. Bl., zu erwähnen, wo der Praxis Bedenken aufstiegen, den Kläger zur Bestellung eines Kostenvorstandes zu verhalten. Es ist dies jener

Bestandproceß, in welchem eine in Gemäßheit der §§. 6 oder 11 des Gesetzes ergangene Aufkündigung oder ein Zurückstellungs- oder Zurücknahme-Auftrag zurückgelegt wird. Dieser Rücktrag geschieht bekanntlich mittelst sogenannter Einwendungen, welche nach §. 12 des Gesetzes als Klage zu betrachten sind. In dem in den „Juristischen Blättern“, Jahrg. 1878, S. 252, mitgetheilten Rechtsfalle hat die zweite Instanz resolvirt, daß Einwendungen gegen eine Aufkündigung in Bestandfachen nicht als erste Klage im Sinne des §. 406 allg. G. D. zu betrachten sind, sondern eine Rechtsfolge der Aufkündigung darstellen, für welche vom Gericht eine Frist ertheilt wurde; daß ferner nicht abzusehen ist, warum die kündigende Partei gleich einem Beklagten durch eine Caution für die Gerichtskosten geschützt werden solle, da es sich in diesem Proceß um die Rechtswirkung ihrer Aufkündigung handelt, der Proceß demnach durch die Aufkündigung hervorgerufen wurde. Der oberste Gerichtshof hat sich ebenfalls in seiner Entscheidung vom 5. September 1878 gegen eine Verpflichtung des Klägers zur Leistung der cautio pro expensis ausgesprochen, da in Bestandfachen Einwendungen infolge eines gerichtlichen Auftrages mit Androhung von nachtheiligen Folgen eingebracht werden müssen und nur insofern als Klage zu betrachten sind, als auf ihre Grundlage hin die weitere Verhandlung eingeleitet wird. (Glaser-Unger-Walther'sche Sammlung Nr. 7134.) Offenbar hat sich hier unsere Praxis von der im gemeinen Rechte mitunter aufgestellten Theorie leiten lassen, daß derjenige, welcher einen andern zur Klageerhebung irgendwie veranlaßt hat, chicanös handelt, wenn er vom Kläger eine cautio pro expensis verlangt und ihm so die Proceßführung erschwert, die er doch selbst herbeiführte. Dieser Grundsatz hat aber im österreichischen Rechte keine Aufnahme gefunden (vergl. z. B. Spruchrepertorium Nr. 95) und dürfte auch für das gemeine Recht kaum aufrecht zu erhalten sein. (Vergl. Schlayer a. a. O., S. 263; Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen, I. Bd., S. 314 ff.; Seuffert, Archiv, Bd. XII., Nr. 315; Linde, Lehrbuch, 6. Aufl., S. 161; Bayer, Vorträge, S. 99 und 100.)

IX. *)

Im Folgenden sollen uns zwei andere Fragen, welche gleichfalls die im vorhergehenden Aufsatze zur Sprache gebrachte Materie von der Sicherstellung der Civilproceßkosten tangiren, beschäftigen.

Um den Leser gleich von vornherein über den Weg zu orientiren, den wir in der gegenwärtigen Untersuchung zurückzulegen gedenken, sei bemerkt, daß es sich immer um solche Civilproceße handelt, die entweder activ oder passiv von einem Concursmassen-Verwalter oder — wie unsere Praxis in zwar juristisch unrichtiger aber bis zu einem gewissen Grade bezeichnender Weise sagen möchte — einer „Concursmasse“ geführt werden. Ist der in der Beklagten-Rolle stehende Concursmassenverwalter berechtigt, vom Kläger eine annehmliche Sicherstellung für die Gerichtskosten zu begehren? und ist der in der Kläger-Rolle stehende Concursmassenverwalter verpflichtet, dem Beklagten eine cautio pro expensis zu legen?

Als positive Grundlage für die Erörterung auch dieser beiden Probleme dient selbstverständlich das geltende österr. Civilproceßrecht. Hierbei kommt nach dem Stande unserer Gesetzgebung das sog. Bagatellverfahren nur negativ in Betracht. Denn der §. 88 des Gesetzes v. 27. April 1873, R. G. B. Nr. 66, über das Verfahren in geringfügigen Rechtsjachen verordnet ausdrücklich, daß im Bagatellverfahren die sonstigen Bestimmungen über die Sicherheitsleistung für die Proceßkosten keine Anwendung finden. Daß aber auch die Theorie des gemeinen deutschen Civilproceßrechtes herangezogen wird, bedarf wohl kaum der Rechtfertigung. Denn gerade jener Grundbestandtheil der österreichischen Civilproceß-Gesetzgebung, mit dem wir es hier zu thun haben, ist — wenn wir uns kurz fassen wollen — nichts anderes, als eine ziemlich gelungene Reformation und Codification dessen, was man bis nun gemeinen deutschen Civilproceß zu nennen gewöhnt ist. Und so erklärt es sich, daß dieses doctrinäre Gebilde mit seiner Dogmengeschichte für das Verständniß unserer civilproceßrechtlichen Normen eine viel größere, weil so zu sagen unmittelbarere Bedeutung hat,

*) Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Band IX., S. 44—60.

als für das gegenwärtig in Deutschland geltende Reichscivilproceßrecht.

Dazu kommt insbesondere noch, daß ganz dieselben Streitfragen, an deren Lösung wir herantreten, auch auf dem Gebiete des gemeinen Rechtes aufgetaucht sind, und hier sogar ab und zu zu einer allgemeineren Auffassung derselben geführt haben. *)

Es ist bekannt, daß die Voraussetzungen, unter welchen dem Kläger eine Caution für die Gerichtskosten auferlegt werden darf, nach österreichischem Rechte mit einer das richterliche Ermessen vielleicht zu sehr beengenden Genauigkeit umschrieben sind, während das gemeine Recht wegen der Bestimmtheit der meisten Requisite **) einer freien richterlichen Beurteilung des individuellen Falles mehr Raum gibt. Unsere Gerichtsordnung enthält (§. 406 allg. G. D. und §. 539 westg. G. D.) die allgemein lautende und u. E. auch auf alle Specialverfahrensarten mit Ausnahme des Bagatellproceßes (siehe oben Nr. VIII.) anwendbare Vorschrift: „Wenn der Kläger in der Provinz, wo der Proceß geführt werden will, nicht kundbar satzjam bemittelt ist, soll er mit der ersten Klage dem Beklagten annehmliche Sicherheit für die Gerichtsunkosten bestellen, oder zu beschwören sich erbieten, daß er diese nicht schaffen könne.“ ***)

Im gemeinen Rechte nahm man es mit den Requisite dieser klägerischen Sicherstellungspflicht bald mehr und bald weniger streng. Die herrschende Ansicht gieng u. E. dahin, daß nur jener Kläger zur Leistung eines Kostenvorstandes verhalten werden dürfe, „der Grund zur Besorgniß gibt, daß im Falle seiner Verurtheilung zum Erlaße der Proceßkosten die Beitreibung derselben für den Beklagten mit Weitläufigkeiten oder Schwierigkeiten verbunden

*) Vgl. hierüber z. B. Heise u. Cropp, Juristische Abhandlungen, Bd. I, S. 314 f., 320 f.; Schläyer Die Lehre von den Cautionen im Civilproceße in der Zeitschr. f. Civilrecht und Proceß N. F. Bd. IX, S. 263, 264; und die weiter im Verlaufe dieser Abhandlung citirte gemeinrechtliche Literatur.

**) Renard, Lehrb. des gemeinen deutschen Civilproceßrechtes, 2. Aufl., S. 138, Anm. 21.

***) Über die Lehre von der actorischen Caution nach österreichischem Rechte ist zu vergleichen: v. Canstein, Lehrb. der Geschichte und Theorie des österr. Civilproceßrechtes I, S. 530—531; dann S. 194 Z. 44 und S. 201 Z. 25; Menger, Die Lehre von den Streitparteien im österreichischen Civilproceß in Grünhut's Zeitschr. für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. VII., S. 672—675, wo der Spruchpraxis eingehendere Beachtung geschenkt ist; auch Richter in der Zeitschr. „der Jurist“ Bd. VI., S. 51—70.

sein möchte“.) Aus dem Wesen und Zweck dieser Caution ergibt sich, daß sie ebensowenig dann bestellt zu werden braucht, wenn von vornherein alle Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß der Kläger den Proceß gewinnen und zu einem Kostenersatz nicht verurtheilt werden dürfte, als auch dann, wenn zu einer Besorgniß rücksichtlich der Weitreibung der Proceßkosten ein Grund nicht vorhanden ist.**)

Wir gehen nunmehr an die Lösung unserer beiden Aufgaben, nachdem wir durch die vorangeschickten einleitenden Bemerkungen das Terrain abgesteckt haben, auf dem wir uns bewegen wollen.

1. Die erste, oben aufgeworfene Frage lautet folgendermaßen: Ist der in der Beklagten-Rolle stehende Concurssmassenverwalter berechtigt, vom Kläger eine annehmlische Sicherstellung für die Gerichtskosten in Gemäßheit des §. 406 allg. G. D. (§. 539 weisg. G. D.) zu verlangen?

Man wird uns vielleicht einwenden, es sei überhaupt überflüssig, diese Frage zu stellen, da die Gesetzgebung selbst sich mit ihr beschäftigt und sie in einer Novelle ausdrücklich verneint habe. Es bestimmt nämlich ein unter dem 13. Februar 1795, J. G. E. Nr. 217 an das innerösterreichische Appellationsgericht ergangenes Hofdecret sub lit. q wortdeutlich, wie folgt: „Ein Creditor kann bei Überreichung einer Anmeldeklage schon nie zu einer Cautionleistung angewiesen werden.“

Allerdings kann dieses Hofdecret***) nicht ignorirt werden. Es geht insbesondere nicht an, sich dasselbe etwa in der Weise vom Halbe zu schaffen, daß man sagt: „Diese Novelle hat heutzutage bei dem Bestande unserer neuen Concurssordnung vom 25. December 1868 (R. G. B. Nr. 1 für 1869) keine rechtliche Verbindlichkeit mehr.“ Denn der Artikel I, alinea 2, des Kundmachungspatentes zu dieser Concurssordnung verfügt, daß vom Tage des Inskaltretens des neuen Concurssrechtes alle bisherigen Gesetze

*) Renaud a. a. D.

***) Den Zweck des Institutes der actorischen Caution hat sich der Richter stets vor Augen zu halten und einem auf diese gerichteten Begehren des Beklagten keine Folge zu geben, wenn dieser mit demselben dem Institute fremde Zwecke (Chicane) verfolgt. Malitios non indulgendum est. Unsere Praxis müht sich allenthalben ab, dem Mißbrauch des §. 406 allg. G. D. (§. 539 weisg. G. D.) zu steuern, ohne jedoch, namentlich im Gebiete der allgemeinen Gerichtsordnung, den wünschenswerthen Erfolg zu erzielen.

****) Richter a. a. D. S. 58. Haimertl, Vorträge über den Concurss der Gläubiger. S. 91.

und Verordnungen über Gegenstände der neuen Concurssordnung außer Kraft zu treten haben, soweit sie durch dieselbe geregelt sind. Da nun des Rechtes des Concurssmassenverwalters, eine actorische Caution zu fordern, ebensowenig wie der Pflicht desselben, eine solche zu leisten, in der Concurssordnung irgendwie Erwähnung geschieht, also die Frage nach der Verpflichtung zur Leistung des Gerichtskostenvortandes in Concurssfällen nicht unter diejenigen Gegenstände gehört, die durch unsere Concurssordnung geregelt sind, so steht das citirte Hofdecret auch noch heute in Kraft.

Allein dasselbe hat — und darauf legen wir besonderen Nachdruck — im Rahmen der gegenwärtigen concursrechtlichen Normen Oesterreichs einen wesentlich veränderten, einen erheblich eingeschrumpften Gehalt empfangen, im Vergleiche zu demjenigen, welcher dem Willen des auf dem Boden älteren österreichischen Concurssrechtes stehenden Gesetzgebers entsprach. Die fundamentale Reconstruction unseres Concurssprocesses hat auch hier, wie sonst, die interessante Erscheinung zu Tage gefördert, daß einzelne dem alten Systeme entnommene Rechtsnormen in der neuen Gruppierung uns unter einem fast neuen Gesichtspunkte entgegentreten.

Wir wollen auf die berührte „Transsubstantiation“ unseres Hofdecretes näher eingehen. Das Hauptaugenmerk muß hiebei auf die Ausdrücke: „Creditor“ und „Anmeldeklage“ gerichtet werden. Denn die legislative Umgestaltung gerade dieser beiden Begriffe gehört mit zu jenen Punkten, in welchen der Fortschritt der modernen Concurssrechtsentwicklung zum entschiedensten Durchbruche gelangt ist.

Der Kreis jener „Creditoren“, welche nach unserem älteren, in seinen Grundzügen mit dem gemeinen deutschen übereinstimmenden Concurssrechte ihre Ansprüche nicht anders als im Wege einer Anmeldeklage, also durch Theilnahme an dem Concurssverfahren geltend machen konnten, war ein bei weitem größerer, als der Kreis derjenigen Personen ist, die man heutzutage als Concurssgläubiger im technischen Sinne bezeichnet. Das lehrt ein Blick auf den ersten Abschnitt des zweiten Hauptstückes im ersten Theile unserer heute geltenden Concurssordnung, welches Hauptstück von den Ansprüchen im Concurse handelt und abweichend vom früheren Rechte nur für die Ansprüche der Concurssgläubiger im heutigen Sinne, nicht aber für diejenigen der sogenannten Aussonderungsberechtigten, der Absonderungsberechtigten und der

Maſſegläubiger die Anmeldung im Concurſe vorſchreibt. *) Das moderne Concurſrecht beruht nämlich auf folgenden Grundgedanken. Der Concurſproceß bezweckt lediglich die gemeinſchaftliche Befriedigung aller auf das geſamte ſchuldneriſche Vermögen ohne Anſehung der einzelnen Theile deſſelben angewieſenen Gläubiger (Concurſgläubiger) des Gemeinſchuldners aus dem Nettoerlöſe dieſes Vermögens. Demgemäß fällt die Befriedigung aller übrigen Ansprüche an das Concurſvermögen aus dem Rahmen des modernen Concurſproceſſes heraus. Dahin gehören vor allem die Ansprüche der Ausſonderungsberechtigten, oder, wie ſie unſer Geſetz nennt, der Rückforderungsberechtigten. Zur Befriedigung der Concurſgläubiger dürfen ſelbſtredend Sachen nicht verwendet werden, die dem Gemeinſchuldner ganz oder zum Theil nicht eigenthümlich gehören. Wer nun einen Anſpruch auf Ausſonderung ſolcher Sachen ſtellt, hat denſelben heutzutage wie außer dem Falle eines Concurſes, jedoch gegen den Maſſeverwalter geltend zu machen. Das Gleiche gilt von den ſogenannten Abſonderungsberechtigten, insbeſondere den Realgläubigern, deren Ansprüche nicht an das geſamte Vermögen, an die Habe des Schuldners als Ganzes, ſondern vorzugsweiſe an einen beſtimmten zum Concurſvermögen gehörigen Gegenſtand gewieſen ſind. Auch ſie machen ihre Deckungsanſprüche außerhalb des Concurſes geltend. Ähnliches gilt ſchließlich auch von den Anſprüchen der ſogenannten Maſſegläubiger, d. i. Anſprüchen, die aus Anlaß des Concurſverfahrens, insbeſondere durch den Betrieb deſſelben und durch die Administration der Concurſmaſſe entſtehen, ſich alſo als Laſten der Maſſe darſtellen, welche vorerſt entrichtet werden müſſen, um den Nettoerlöſs herzuſtellen. Auch die Maſſeanſprüche unterliegen der Anmeldung im Concurſe nicht. (§. 137 C. D.)

Wir kommen zu folgendem Reſultate. Die Permiſſivnorm des in Rede ſtehenden Hofdecretes erſtreckte ſich, ſo lange das ältere Concurſrecht in Geltung ſtand, auf alle jene Perſonen, die nach früherem Rechte unter den Begriff der *creditores concursus* fielen, alſo nicht allein auf die Concurſgläubiger in unſerem Sinne, ſondern auch auf die Ausſonderungs-, die Abſonderungs-Berechtigten und die Maſſegläubiger; **) heutzutage dagegen, unter der Herrſchaft der Concurſordnung vom 25. December 1868, kam ſie nur mehr auf

die *creditores concursus* im Sinne dieſer Concurſordnung, die techniſch ſogenannten Concurſgläubiger bezogen werden. In den Proceſſen der „Rückforderungsberechtigten“, der Maſſegläubiger (§. 160 C. D.) und der „Realgläubiger“ gegen den Concurſmaſſeverwalter darf alſo nach heutigem Rechte, wenn anders die Vorausſetzungen des §. 406 allg. G. D. (§. 539 weſtg. G. D.) vorhanden ſind, der Letztere die Beſtellung einer actoriſchen Caution begehren.

Wir wenden uns nunmehr zu dem Ausdrücke „Anmeldungs-klage“, um auch dieſen im Lichte des neuen Concurſrechtes zu beſehen. Nach unſerem älteren Concurſrechte ſollten die Gläubiger ihre Anſprüche *ex quocunque capite* in Geſtalt einer förmlichen Klage, der ſogenannten Anmeldungs- oder Liquidationsklage, und zwar innerhalb einer Praecluſivfriſt, der ſogenannten Anmeldungsfriſt gegen den Concurſmaſſevertreter (*contradictor*) als Vertreter des Creditors anbringen. Über die Anmeldungsklage im Concurſe wurde wie über jede andere Klage verfahren und mit Urtheil erkannt. *)

Nach modernem Rechte werden die Forderungen der Concurſgläubiger in einem einfachen Geſuche angemeldet und bei der ſogenannten Liquidirungstagfahrt geprüft. Als unſtreitig gilt die Richtigkeit und die angeſprochene Rangordnung der einzelnen Forderung im Concurſe dann, wenn und inſoweit dieſelbe vom Concurſmaſſeverwalter ausdrücklich anerkannt und von keinem der hiezu befugten Concurſgläubiger angefochten wird. (§. 119 C. D.) Gläubiger, deren Forderungen bei der Liquidirungstagfahrt in Anſehung der Richtigkeit oder der Rangordnung ſtreitig geblieben ſind, haben dieſelben in ſogenannten Specialproceſſen gegen dieſenigen Perſonen geltend zu machen, welche ſie angefochten haben. (§. 124 C. D.) Die Sorge, den Specialproceß anhängig zu machen, bleibt lediglich dem Concurſgläubiger überlaſſen. (§. 129 C. D.) Die Klage, mittelſt welcher ein ſolcher Specialproceß eingeleitet wird, entſpricht unſeres Erachtens der in dem citirten Hofdecret angeführten Anmeldungsklage, jedoch nur dann, wenn ſie in Gemäßheit des §. 24 C. D. auch gegen den Concurſmaſſeverwalter angeſtrengt wird. Es ſcheint uns mindedeſtens zweifelhaft, auch die nur gegen die beſtreitenden Mitgläubiger und nicht gegen den

*) Kaſerer, Commentar zur öſt. C. D., S. 64 ff.

**) Haimeri a. a. D. S. 110.

*) Haimeri a. a. D. S. 90 ff. Kaſerer, Jur. Blätter, 1880, Nr. 42 und 43.

Concurssmassenverwalter gerichtete Specialklage der älteren Anmeldekklage gleich zu stellen. Denn nur die Anmeldekklage und die Specialklage gegen den Concurssmassenverwalter sind, wenn anders die Ausführungen Schulze's *) richtig sind, inhaltlich congruent, nämlich Forderungsklagen aus der concreten Obligation (also die actio mutui, commodati, locati etc.); die gegen den oder gegen die bestreitenden Concurssgläubiger anzustellende Feststellungsklage dagegen hat im älteren österreichischen Concurssrechte gar kein Analogon, ist nicht die obligatorische Klage (actio mutui, commodati etc.), sondern eine actio in rem zum Schutz der Ausübung der Obligation gegen den Schuldner, gerichtet gegen einen Dritten, nämlich gegen den bestreitenden Mitgläubiger. Es würde uns zu weit führen, auf diesen Punkt hier näher einzugehen; es mag genügen, wenn constatirt wird, daß unser Hofdecret auf derartige Feststellungsprocesse kaum passen möchte. Der Specialproceß gegen den Concurssmassenverwalter ist also das einzige Gebiet, auf welchem dasselbe noch in Kraft steht. Und selbst diese eingeengte Anwendbarkeit könnte vielleicht hinwegdisputirt werden unter Hinweisung auf den §. 131 C. D., der da verordnet, daß die Specialprocesse „auch . . . in Ansehung . . . der Proceßkosten nach den Vorschriften über das ordentliche Verfahren zu verhandeln und zu entscheiden“ sind. Allein wir halten in Übereinstimmung mit früheren Behauptungen dafür, daß dem genannten Paragraphen diese auch die actorische Caution umfassende Deutung nicht gegeben werden könne, und berufen uns auf die einschlägige Stelle in dem Berichte des Ausschusses des Abgeordnetenhauses vom 18. März 1868, wo es heißt: „Die ausdrückliche Erwähnung der Proceßkosten soll klar darstellen, daß entgegen dem bisherigen Concurssverfahren und der im §. 122 rücksichtlich der Anmeldekklagen enthaltenen Vorschrift der Ersatz von Kosten der besonderen Processe auch der sachfälligen Masse zu Gunsten des Concurssgläubigers auferlegt werden kann, worin ein wesentlicher Fortschritt der neueren Concurssordnungen erblickt wird.“ **)

Damit scheint denn die Erörterung unseres ersten Problems ihr Ende erreicht zu haben. Bevor wir jedoch in die Discussion der zweiten uns gestellten Rechtsfrage eintreten, wollen wir festzustellen suchen, ob denn in unserem Hofdecrete nicht ein über den

*) Das deutsche Concurssrecht in seinen juristischen Grundlagen S. 53 ff.

**) Kaserer a. a. O. S. 193, 194.

Concurssfall hinausreichendes allgemeines Princip zum Ausdruck gekommen ist. Diese Frage führt auf die gemeinrechtliche Doctrin zurück, wie sie insbesondere zu der Zeit, als die Gerichtsordnung und unser Hofdecret geschaffen wurden, gestaltet war und wie sie sich seither weiter entwickelte. Um den status litis et controversiae in der älteren Lehre kennzeichnen zu können, muß die Bemerkung vorangeschickt werden, daß der gemeine deutsche sowie der ältere österreichische Concurssproceß auf einem mehr weniger strengen Präclusionprinzip aufgebaut waren. Alle Gläubiger wurden durch ein öffentliches Edict aufgefordert, ihre Forderungen innerhalb einer bestimmten Frist anzumelden, widrigens ihre Ansprüche aus dem gegenwärtigen Concurssvermögen nicht befriedigt werden dürften. Das moderne Concurssrecht hat das starre Princip der unbedingten Präclusion verspäteter Anmeldungen beseitigt und gestattet, daß auch solche Gläubiger, welche ihre Forderung erst nach Ablauf der Edictalfrist anmelden und liquidiren, an den Vertheilungen desjenigen Vermögens participiren, über welches zu Gunsten der übrigen noch nicht disponirt ist. Die verspäteten Gläubiger trifft nur ein nebensächlicher Nachtheil. *) In der drohenden Präclusion des älteren Rechtes lag ein wirksamere Zwang, ein stärkeres Compelle für die Gläubiger, ihre Anmeldekklagen rechtzeitig zu überreichen. Die Doctrin hat nun die Verpflichtung des Concurssanmeldekklägers zur Bestellung des Kostenvorstandes nicht in ihrer Isolirtheit zu begründen oder zu leugnen gesucht, sondern sich allgemein die Frage vorgelegt, ob ein Kläger, welcher von Seite der Gegenpartei zur Klageführung veranlaßt wird, von derselben zur Bestellung einer cautio pro expensis füglich verhalten werden könne. Man dachte dabei an die verschiedenen Fälle öffentlicher und individueller Provocationen, durch welche bekanntlich der Grundsatz Nemo ad agendum cogitur proceßrechtlich afficirt erscheint. Viele der älteren Processualisten zählten jeden zur Klageerhebung irgendwie Provocirten von der Pflicht, die Gerichtskosten sicher zu stellen, los, **) indem sie geltend

*) §. 123, 186 C. D. Schutz-Rechtstamm, Compensation im Concurse S. 43.

**) arg. Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten, 3. Theil, S. 439; Danz, Grundsätze der summarischen Processe, 3. Ausg., S. 297; Kettelbladt, Anleitung zu der prakt. Rechtsgelahrtheit §. 817; Claproth, Einleitung in sämtliche summarische Processe §. 370, 371; Buddeus in Weiskes Rechtslexikon, Bd. 2, S. 617; Bayre, Theorie des Concurss-Pro-

machten, daß der Provocat durch die Provocation genöthigt wird, gerade jetzt mit seiner Klage hervorzutreten, und daß der Provocant chicanös handelt, wenn er auf der einen Seite den Provocaten zur Anstellung der Klage nöthigt, auf der anderen Seite aber ihm die Durchführung der Klage durch die sogenannte exceptio nondum praestitae cautionis pro expensis zu erschweren sucht. Andere von den älteren Processualisten und seit einer im J. 1827 erschienenen Abhandlung von F. Cropp (siehe die Anmerkung) die meisten neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller verpflichten den Provocaten regelmäßig zur Bestellung eines Gerichtskostenvorstandes. *) Einen gesetzlichen Anhaltspunkt für die Entscheidung dieser Streitfrage enthält das gemeine Recht nicht. Das ganze Rechtsinstitut der actorischen Caution ist ja ein Gebilde der Praxis (Weßell System, 3. Auflage, S. 321, Anm. 67) und es erübrigt darum nichts Anderes, als auch diese Frage aus dem Wesen und Zweck des Institutes zu beantworten. Wesen und Zweck desselben besteht aber offensichtlich darin, daß der Beklagte für den Fall seines processualischen Sieges und der Verurtheilung des Klägers zum Proceßkostenersatz nicht der Gefahr ausgesetzt sein soll, mit dem Kostenanspruch verwickelt zu werden. „Dieser Gefahr ist aber ein Beklagter nicht weniger ausgesetzt, wenn er in Folge einer von ihm ausgewirkten Edictalladung oder Provocation belangt wird, als bei jeder anderen freiwillig wider ihn erhobenen Klage. Der Unterschied beider Fälle besteht im Wesentlichen nur darin, daß der Kläger, welcher provocirt wird, rücksichtlich der Zeit, in welcher er seine Klage anzustellen hat, beschränkt wird, während er sonst den ganzen Lauf der Verjährungszeit (bez. der gesetzlichen Frist im Falle einer Rechtstemporalität) dazu benützen dürfte.

cesses 4. Aufl., S. 168 (vgl. übrigens dessen Vorträge über den deutschen gemeinen ordentlichen Civilproceß, 10. Aufl., S. 100). Ferner auch Dabelow, Ausführliche Entwicklung der Lehre vom Concurse der Gläubiger (1801) S. 584 und Seuffert, Archiv für Entscheidungen, Bd. VIII., S. 423, 424.

*) Schweppe, System des Concurse der Gläubiger nach dem gemeinen in Deutschland geltenden Rechte, 3. Aufl., S. 241; Schlayer a. a. D., S. 263; Fuchs, das Concursverfahren (1863), S. 110; Seuffert, Archiv für Entscheidungen, Bd. XII., Nr. 315; vorzüglich aber Heise und Cropp a. a. D., S. 314—319, wo sich auch die ältere Literatur in dieser Frage (S. 314, Anm. 2 und 3) und eine Entsch. des Oberappellationsgerichtes Lübeck vom 4. Jänner 1826 (S. 319) verzeichnet finden.

Diese Beschränkung kam nun allerdings für den Provocaten sehr lästig werden, indem er gerade jetzt zur Anstellung der Klage gar nicht gerüstet ist, z. B. die erforderlichen Beweismittel nicht zur Hand hat; und diese Rücksicht muß dahin führen, keine Edictalladungen zu bewilligen und auf keine Provocationen einzugehen, wenn der Extrahent des Proclams oder der Provocant dafür keine ausreichenden rechtmäßigen Gründe geltend zu machen im Stande ist. Sind aber solche vorhanden, so darf nun auch die Begünstigung der Provocation nicht von dem Gegner dazu benützt werden, um den Provocanten in eine nachtheiligere Lage, als andere Beklagte zu bringen; und am wenigsten könnte das bei einer provocatio ex lege diffamari gestattet werden, da hier der Kläger sich die Provocation durch seine eigene Diffamation zugezogen hat. So wenig, als daher jener Umstand den Provocanten, wenn er demnächst belangt wird, nöthigt, von den ihm zu Gebote stehenden rechtlichen Vertheidigungsmitteln das Eine oder das Andere unbenützt zu lassen, ebensowenig ist ein ausreichender Grund dafür vorhanden, ihn zur Aufgabe seines ihm als Beklagten zustehenden Rechtes, eine Caution für die Kosten zu verlangen, zu verpflichten.“ *)

Wir kehren nun nach dieser Abschweifung in das Gebiet des gemeinen Rechtes, der Folie des altösterreichischen Civilproceßrechtes, zurück zu unserem Hofdecrete. In unserer früheren Darstellung sind wir stillschweigend von der Voraussetzung ausgegangen, daß durch dasselbe nur der Specialfall des Concurssammelungsproceßes getroffen worden ist. Wenn man jedoch an die Proceßdogmatik beim Ausgange des vorigen und zu Beginn unseres Jahrhunderts denkt, so kann man u. E. wenigstens nicht platterdings die Discussion darüber ablehnen, ob jenes Hofdecret nicht vielleicht lediglich der concrete Ausdruck des nach der Meinung des Gesetzgebers in österreichischen Rechtssystem etwa schon enthaltenen oder demselben einzuverleibenden Principes sei, daß jeder ad agendum provocatus im weitesten Sinne des Wortes von der Verpflichtung des §. 406 allg. G. D. (§. 539 westg. G. D.) befreit sein solle. So viel wir sehen, ließen sich für diese u. E. verwerfliche Meinung zwei Gründe anführen. Der eine wäre die Fassung des Hofdecretes selbst („schon nie“), welches ganz den Eindruck macht, als solle etwas Selbstverständliches gesagt, als solle aus einer allenthalben gültigen

*) Heise und Cropp a. a. D., S. 316, 317.

und bekannnten Rechtsregel nur eine Conſequez gezogen werden. Mit anderen Worten, das Hofdecret erſcheine nicht ſo ſehr als Novelle, denn als Declaratorie zur Gerichtsordnung. Der zweite Grund könnte der Faſſung des §. 406 allg. G. D. (§. 539 weſtg. G. D.) entnommen werden. Hier heißt es nämlich, daß der Kläger die Caution mit der erſten Klage anbieten ſoll. A contrario folgt aus dieſer Geſetzesſtelle, daß für die zweite Klage im Verfahren dieſe Pflicht nicht ſtatuiert iſt. Dies führte z. B. bei der provocatio ex lege diffamari, wenn man den Aufforderungs-Proceß und den aufgeforderten Proceß als einziges Geſamt-Verfahren anſehen wollte, zu dem Reſultate, daß nur die Aufforderungsklage als die „erſte Klage“ die Cautionsanbietung enthalten müſſe, und daß die zweite Klage hievon befreit ſei, ein Reſultat, das auf die anderen Provocationsfälle, ſo gut es eben gieng, analog ausgedehnt werden müßte. *)

Von welchen Motiven der Geſetzgeber bei Aufnahme der Worte „erſte Klage“ in den §. 406 allg. G. D. (§. 539 weſtg. G. D.) und bei Erlaſſung des Hofdecretes ausgieng, ſind wir nicht im Stande anzugeben; doch ſcheint es, als ob dem Ausdruck „erſte Klage“ etwas Anderes gegenüber bez. nachzuſtellen wäre. Denn ſonſt gieng es nicht an, auch die während des Haupt-proceſſes überreichten, Incident- oder Nebenſtreitigkeiten inaugu-rirenden „Klagſchriften“ erſte Klagſchriften zu benennen, wie dies doch das Hofdecret vom 23. April 1802 S. G. S. Nr. 561 **) thut. ***)

Wir wollen dem Ungrunde des hier vege gemachten Einwandes nicht weiter nachgehen, da wir uns auf eine ziemlich conſtante Praxis des oberſten Gerichtshofes berufen können, welcher unſeres Wiſſens die principielle Befreiheit des Provocaten von der actoriſchen Caution perhorreſcirt. Vgl. jedoch oben S. 27. Vor allem möchten wir auf die Entſcheidung Glaſer-Unger-Walther Nr. 6519 verweiſen, gelegentlich welcher der oberſte Gerichtshof die Eintragung des

*) Vgl. die Motive 2. Inſtanz bei G. U. W. Nr. 6698.

**) Weſſely, Handbuch, 3. Aufl., Nr. 1381.

***) Die Wiedereinſetzungsklage wegen neuer Behelſe (G. U. W. Nr. 4433) und wegen ſchlechter Vertretung (G. U. W. Nr. 5976) gilt in der Praxis mit Recht als erſte Klage im Sinne des §. 406 allg. G. D. (§. 539 weſtg. G. D.). Nach einer brieflichen Mittheilung v. Cauſtein's will das Wort „erſte“ die Widerklage und nur dieſe excluſiv. Böhm. L. D. B. XLV.

nachſtehenden Rechtsſatzes in das Spruchrepertorium (Nr. 95) beſchloß: „Die Beſtimmung des §. 406 allg. G. D. (und des §. 539 weſtg. G. D.) bezüglich der vom Kläger dem Beklagten für die Gerichtskosten zu beſtellenden Sicherheit findet auch im Falle der Klage eines Aufgeforderten (§. 70 allg. G. D., §. 66 weſtg. G. D.) Anwendung.“ Ferner hat der oberſte Gerichtshof in der Rechtsſache Glaſer-Unger-Walther Nr. 6698 entſchieden, daß auch der Rechnungsempfänger, welcher innerhalb der ihm vom Richter über Ansuchen des Rechnungslegers beſtimmten Rechnungsbemängelungsfrist die Rechnungsbemängelungsklage überreicht, verhalten werden kann, dem Rechnungsleger für die Proceßkosten zu caviren, eine Rechtsanſicht, von der auch in dem Rechtsſache Glaſer-Unger-Walther Nr. 6031 und in dem in den allgem. öſterr. Gerichtszeitung 1879 S. 82, 83 mitgetheilten intereſſanten Rechtsſache ausgegangen wird.

2. Auch die zweite von uns aufgeworfene Rechtsfrage, ob der in der Kläger-Rolle auftretende Concurſſmaſſeverwalter verpflichtet werden kann, dem Beklagten eine cautio pro expensis zu beſtellen, erſcheint ſchon von Schriftſtellern des gemeinen Rechtes berührt, wenn auch derſelben nicht jene Aufmerkſamkeit geſchenkt wurde, wie der ad 1. diſcutirten. Die meiſten gemeinrechtlichen Proceßualiſten erklären ſich für den Beſtand dieſer Verpflichtung. *) Doch finden ſich auch ſolche, welche den Concurſſmaſſeverwalter von derſelben loſzählen. **) Die zwei Gründe, auf welche die Vertreter der lezten Meinung hie und da recurriren, ſind u. E. nicht ſtichhältig. Denn wenn man behauptet, daß Jedermann, der zu Folge ſeiner amtlichen Verpflichtung (vi officii) klagbar aufträte, dieſe Befreiung genießen müßte, ſo beweist dieß, wenn überhaupt, zu viel und daher gar Nichts. Denn ſonſt müßte man nicht allein dem Concurſſmaſſeverwalter, ſondern auch dem Vormund und dem Curator dieſes beneficium zuerkennen,

*) Eſtor, Anfangsgründe des gemeinen und Reichsproceſſes §. 2156 lit. i; Leyſer, Medit. ad Pand. Vol. 7. spec. 491, med. 8 et 9 (et tenetur curator agens pro expensis cavere); Schwegge a. a. D., S. 102; Heiße und Cropp a. a. D., S. 320—324 ſammt einem daſelbſt S. 323 Anm. mitgetheilten Erkenntniſſe des Oberappellationsgerichtes in Lübeck vom 24. Jänner 1827, und Schlaſer a. a. D., S. 264.

**) Wandler, opuscul. minor. Vol. 2. pars 2, pag. 32; auch wohl Biener, Systema processus judicarii §. 48, Anm. 5 i. f.

was doch heutzutage Niemand ernstlich in den Sinn kommt. Der Umstand, daß die cura honorum in der Regel ihren Grund in der Dispositionsunfähigkeit des Curanden hat, während im Falle des Concursses nur die Dispositionsbefugniß des Berechtigten fehlt, kann diese Gleichstellung nicht verkümmern. Und wenn man weiter argumentirt, daß eine Concurssmasse, die gewissermaßen unter öffentlicher Autorität verwaltet wird, und deren Vertheilung an die Gläubiger nicht ohne Intervention des Concurssgerichtes erfolgen kann, dem Beklagten für seinen Gerichtskostenanspruch genügende Sicherheit biete, so vergißt man offenbar ganz auf den Zweck des Concurssprocesses, der dahin geht, daß die Masse so bald als möglich ausgeschüttet, d. i. den Concurssgläubigern mit thunlichster Beschleunigung eridamäßig zugewiesen werde.

Mehr noch als die gemeinrechtliche Lehre hat sich in jüngster Zeit die Spruchpraxis des obersten Gerichtshofes mit unserer Frage beschäftigt. Da ihr bei diesem Tribunal von ganz verschiedenen Seiten bald mit mehr bald mit weniger juristischem Geschick an den Leib gerückt wird, so verlohnt es sich der Mühe, soweit es der Zweck unserer Untersuchung heischt, auf die wichtigeren Judicate einzugehen.

Alle Entscheidungen des obersten Gerichtshofes kommen darin überein, daß „die Bestimmungen des §. 406 allg. G. D. (§. 539 wegst. G. D.) keine Anwendung finden in dem Falle, wenn der Concurssmassenverwalter (§. 76 G. D.) als Kläger auftritt“. Dieser Rechtsatz wurde gelegentlich der Entsch. Glajer-Unger-Walther Nr. 4969 sogar in das Spruchrepertorium (Nr. 50) eingetragen. In der Begründung dieses Rechtsatzes ist der oberste Gerichtshof nicht constant. Bald beruft er sich darauf, daß die „Concurssmasse“ nicht befugt sei, Sicherstellungen einzuräumen, bald darauf, daß die „Concurssmasse“ kraft der Administration, unter welcher sie steht, an sich genügende Sicherheit für die Kosten gewähre, und bald darauf, daß die „Concurssmasse“ nichts Anderes als eine arme Partei sei.

In der Entsch. Glajer-Unger-Walther Nr. 4969 entband der oberste Gerichtshof den Concurssmassenverwalter von der Caution „in der Erwägung, daß zu Folge §. 11 G. D. nach der Eröffnung des Concursses wegen einer Forderung auf das in die Concurssmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners ein Sicherstellungsmittel nicht erwirkt werden kann, mithin auch das Behren des Beklagten, insoweit es auf Erlangung einer Sicher-

heit für einen eventuellen Anspruch auf Ersatz der durch die im Zuge befindliche Klage verursachten Gerichtskosten abzielt, unstatthaft ist und ebensowenig der Masseverwalter angehalten werden kann, zu beschwören, daß er nicht in der Lage sei, eine durch das Gesetz verpönte Sicherheit zu schaffen“. Über die Unhaltbarkeit dieser Motivirung ist man heutzutage einig. Der oberste Gerichtshof selbst ist in seiner Entsch. Glajer-Unger-Walther Nr. 5604 im Gegenjase zu der 2. Instanz von derselben abgegangen und jeder Kenner unseres Concurssrechtes weiß, daß durch rechtsverbindliche Handlungen der Concurssmassenverwaltung auch nach der Concursseröffnung Ansprüche jeder Art, also auch dingliche eingeräumt werden können (§. 29 Z. 2 G. D.).*)

In der Entsch. Glajer-Unger-Walther Nr. 5604**) vertritt der oberste Gerichtshof die Anschauung, „daß der Anspruch des Beklagten auf Ersatz der Kosten seiner Vertheidigung gegen die Klage der Concurssmassenverwaltung, falls diese zum Ersatz dieser Kosten verurtheilt wird, nach Z. 2 des §. 29 G. D. (eventuell Z. 1 lit. a §. 29 G. D.) eine Masse Schuld bildet, auf deren Berichtigung die Masseverwaltung nach den §§. 160 und 169 G. D. Bedacht zu nehmen und hiefür allenfalls persönlich zu haften hat; daß hierin eine auch nach §. 406 allg. G. D. annehmbare Sicherheit für die Gerichtskosten gelegen und sonach der Vorschrift des §. 406 Genüge geleistet ist“. Wir wollen nicht in Abrede stellen, daß diese Motivirung in sehr vielen Fällen zutreffend ist; allein sie reicht nicht aus, um den im Spruchrepertorium enthaltenen Rechtsatz als ausnahmslose Regel zu rechtfertigen. Denn in einem Falle hat der siegreiche Beklagte gewiß trotz der in der Concurssmasse angeblich gelegenen Sicherheit das leere Nachsehen. Nämlich dann, wenn, wie schon oben angedeutet wurde, der Proceß sich so sehr in die Länge zieht, daß die Proceßkostenerstattung erst zu einer Zeit existent wird, wo die Concurssmasse nicht mehr ausreicht, sie trotz ihrer bevorzugten Priorität zu decken. Zu dem kann das Concurssmassenvermögen gleich von vornherein so geringfügig sein, daß die Masseschulden der Z. 2 des §. 29 G. D. überhaupt gar nicht zum Zuge kommen können, mögen auch die Kosten der Concurssverhandlung noch gedeckt sein (§. 66 G. D.).

*) Menger, a. a. D., S. 673.

**) Ähnlich auch die auf der alten G. D. fußende Entsch. G. U. W. Nr. 1099.

In diesem letzteren Falle kann der Concurssmassenverwalter sich u. E. kaum auf die in der Masse liegende Gewähr, sondern viel eher darauf berufen, daß die „Concurssmasse“ die Caution nicht schaffen könne.

Aus dem einen Extrem unrichtiger Generalisirung, daß jede Concurssmasse kraft des gesetzlichen Distributionsplanes sattham bemittelt sei, um für die Gerichtskosten aufzukommen, verfällt der oberste Gerichtshof in den Entsch. Glaser-Unger-Walther Nr. 1467 und Nr. 5920 wiederum in das andere Extrem, „daß, wenn eine Concurssmasse als Klägerin auftritt, vermöge ihrer Eigenschaft als Concurssmasse angenommen werden muß, daß sie vermögenslos und nicht in der Lage sei, eine Klagecaution zu leisten.“*)

Fassen wir unsere Erörterungen zusammen, so kommen wir zu folgenden Ergebnissen. Der vom obersten Gerichtshof in das Spruchrepertorium Nr. 50 aufgenommene Rechtsatz**) kann in und wegen seiner Allgemeinheit nicht gebilligt werden. Die Bestimmungen des §. 406 allg. G. D. (§. 539 westg. G. D.) finden vielmehr auch dann Anwendung, wenn der Verwalter einer Concurssmasse als Kläger auftritt. Freilich liegt in vielen Fällen die Sache so, daß der Richter nach seinem Ermessen die Klagepartei wegen der durch den Concurssproceß geschaffenen Cautelen als „in der Provinz kundbar sattham bemittelt“ anzusehen in der Lage ist; allein nothwendig ist dies keineswegs.

X. ***)

Das Verfahren, welches durch das Justiz-Hofd. v. 24. October 1845, J. G. E. Nr. 906, eingeführt worden, ist zwar im Großen und Ganzen dem Grundstocke unseres civilgerichtlichen Verfahrens, wie er in der Gerichtsordnung beider Redactionen

*) U. E. kann auch dem Concurssmassenverwalter die eventuelle Leistung des sog. Paupertatsseides aufgetragen werden, ebenso, wie dem Vater, Vormund und Curator, der Namens des Kindes, des Mündels, des Curanden, der hereditas klagbar auftritt. Vom Paupertatsseide (und der actorischen Caution) ist nur jener Kläger befreit, welcher die Stempel- und Gebührenfreiheit genießt. Gef. vom 23. Juni 1878 Nr. 79 N. G. Bl. Dem Concurssmassenverwalter ist aber in den Activproceßen der Masse die persönliche Gebührenfreiheit nicht eingeräumt. §. 1 des Gef. vom 9. Jänner 1869 Nr. 7. N. G. Bl.

**) Entsch. vom 13. Mai 1873 J. 4821.

***) Gerichtshalle, 1880, Nr. 65.

ausgeprägt erscheint, homogen. Es läßt sich insbesondere nicht behaupten, daß das summarische Verfahren etwa in dem Maße vom ordentlichen Proceße abweiche, als das Bagatellverfahren, welches sich zum Proceße der Gerichtsordnung beiläufig so verhält, wie der Rechtsgang nach der neuen deutschen Reichs-Civilproceßordnung zu jenem theoretisch-praktischen Gebilde, das man als gemeinen deutschen Civilproceß zu bezeichnen gewöhnt ist.

Damit soll keineswegs gesagt werden, die Grundlagen unseres summarischen Verfahrens seien völlig congruent mit den Grundlagen des älteren österreichischen Civilprocesses. Sie erscheinen vielmehr im summarischen Verfahren nicht unerheblich modificirt oder, wenn man will, alterirt und geben demselben ein eigenartiges Gepräge, ein Gepräge, dessen dasselbe entbehren würde, wenn es in der That nur wäre, was es sein sollte, eine Abkürzung des ziemlich weitläufigen ordentlichen mündlichen Verfahrens der Gerichtsordnung.

Die etwas fremdartig erscheinende Structur des summarischen Verfahrens macht es erklärlich, daß in Fällen, wo dasselbe in eine mehr weniger innige Combination mit Normen des ordentlichen Processes treten muß, eine gewisse Discrepanz entsteht, die sich zuversichtlich nicht einstellen würde, wenn unsere Civilproceßgesetzgebung in einer alle Verfahrensarten umfassenden einheitlichen Civilproceß-Ordnung enthalten, also gleichsam aus einem Guß hervorgegangen wäre.

In der Praxis ereignen sich nicht selten solche Unzukömmlichkeiten. Allein sie kommen fast nie zur Entscheidung durch den obersten Gerichtshof und bleiben aus diesem Grunde nur den unmittelbar Betheiligten bekannt. Die Rechtsmittel sind eben im summarischen Verfahren vielfach eingeschränkt, zumeist auch bis zum End-Urtheile suspendirt, also erst zu einer Zeit zulässig, wo die Partei sich längst wegen der ihr früher in den Weg getretenen processualischen Unbequemlichkeit beruhigt hat.

Die meisten Complicationen ergeben sich aus dem im §. 7 des cit. Justiz-Hofd. enthaltenen Verbote, Lücken des Gesetzes aus diesem selbst zu suppliren. Insoferne nämlich nähere Bestimmungen fehlen, sind im summarischen Proceße die über das gerichtliche Verfahren überhaupt erteilten allgemeinen Vorschriften, also offenbar die Vorschriften des sog. ordentlichen mündlichen Verfahrens der Gerichtsordnung zu besorgen.

Eine Justiz-Min.-Vdg. v. 11. Sept. 1855, J. 18530 (Hye's Sammlung Nr. 2708) an die Oberlandesgerichte in Venedig und Mailand fand es sogar nothwendig, diese Vorschrift einzuscharfen.

Ich erinnere mich aus meiner richterlichen Praxis insbesondere zweier Complicationen, die hier mitzutheilen, zu erörtern und zu entscheiden der freundliche Leser mir gütig gestatten möge.

Die erste Complication führt zu einer Frage von nur formeller Bedeutung. Der Thatbestand für dieselbe war folgender. Die Klage enthielt eine zulässige Cumulation zweier von einander trennbarer Ansprüche. Der Beklagte hatte die eine der beiden klägerischen Forderungen als richtig anerkannt; nur bezüglich der anderen wurde gestritten und hieng die Entscheidung von einer Beweisführung mittelst Zeugen ab.

Es mußte auf die Vernehmung der vorgeschlagenen Zeugen abgegangen werden und zwar in einem den Bestimmungen des §. 39 C. B. entsprechenden „Bescheide“, gegen welchen ein abgeordneter Recurs nicht stattfindet (§. 46 C. B.), der vielmehr nur in der Appellation gegen das Endurtheil angefochten werden kann.

Dabei war aber auch eine Novelle zur Gerichtsordnung zu beachten (Hofd. vom 12. Sept. 1837, J. G. E. Nr. 4875), die da lautet: „Über die vorgekommenen Anfragen, ob in den Urtheilen auf den Beweis durch Zeugen oder Kunstverständige eine definitive Entscheidung über andere von diesem Beweise nicht abhängige Punkte der Hauptsache erlassen werden könnte, ist zur Erzielung einer allgemeinen Gleichförmigkeit bei den ersten und höheren Instanzen über Einvernehmung der Hofcommission in Justizgesetzessachen folgendes erklärt worden: Wenn nur in Rücksicht eines Theiles oder Punktes des Klagebegehrens ein Beweis durch Zeugen oder Sachverständige nothwendig und dagegen die Entscheidung über einen trennbaren Theil oder Punkt desselben von dem Erfolge einer Beweisführung durch Zeugen oder Sachverständige ganz unabhängig befunden wird, hat der Richter in demselben Erkenntniße, worin in Ansehung eines Theiles oder Punktes des Klagebegehrens durch Urtheil der Beweis durch Zeugen oder Sachverständige zugelassen wird, zugleich auch über den anderen Theil oder Punkt durch Endurtheil, sei es unbedingt, sei es durch Erkenntniß auf einen Eid der Parteien zu entscheiden und sohin nach der Vorschrift der Gerichtsordnung zu verfahren.“

Daß dieses Hofdecret auch im summarischen Verfahren angewendet werden müsse, kann unseres Erachtens nicht bestritten werden. Insbesondere geht es nicht an, sich für die gegentheilige Ansicht auf den §. 41 C. B. zu berufen, in welchem es heißt, daß das Urtheil nach beendigtem Zeugenverhöre zu schöpfen ist. Denn dieser Passus soll nur sagen, daß das Urtheil unmittelbar (sogleich) nach Beendigung des Zeugenverhörs, also ohne Zulassung einer Beweischrift oder einer Beweiseinrede gefällt werden müsse.

Fraglich ist nur, wie eine und dieselbe richterliche Enuntiation sich zum Theile aus einem unbedingten (oder bedingten), aber appellablen Endurtheile und zum anderen Theile aus einem die Abhörung von Zeugen verordnenden einfachen und vorläufig nicht anfechtbaren Bescheide zusammensetzen könnte?

Daß die richterliche Eröffnung zum Theile der Rechtskraft fähig, zum Theile nicht fähig ist, wäre weniger auffallend, denn dies würde bei demselben Falle im ordentlichen Verfahren auch vorkommen, seitdem den Beurtheilten auf Zeugen und Sachverständige die Fähigkeit benommen ist, die Rechtskraft zu beschreiben. (§. 17. C. B. Nr. vom 16. Mai 1874, R. G. Bl. Nr. 69).

Die Schwierigkeit liegt eben darin, daß jene richterlichen Eröffnungen, die den Namen „Bescheide“ führen, ganz formlos ergehen, während in den „Urtheilen“ zahlreiche innere und äußere Formalitäten beobachtet werden müssen.

Wir glauben, daß es hier keinen andern Ausweg gibt, als die ganze richterliche Enuntiation in ihre beiden Bestandtheile zu zerlegen, und den Beweis auf Zeugen in einem eigenen Bescheide zuzulassen, als auch die Erledigung des spruchreifen Anspruches in einem eigenen Urtheile kund zu geben. Eine Verweisung im Bescheide auf das unter Einem ergehende Theilurtheil und eine Verweisung im Theilurtheile auf den rücksichtlich des nicht erledigten Anspruches oder Punktes zugelassenen Zeugenbeweis wird den Zusammenhang der beiden Schriftstücke zur Genüge hervortreten lassen.

Die andere Frage, die wir zu besprechen beabsichtigen, ist nicht so formalistischer Natur, wie die eben erledigte. Sie greift einigermaßen in den Verlauf des Beweisstadiums ein, wie sofort dargezogen werden soll.

Der Proceßgang bis zum Urtheil zerfällt im summarischen Verfahren, ebenso wie im ordentlichen Prozesse in zwei von einander scharf getrennte Stadien, das Stadium des Parteivorbbringens und das Stadium des Beweises. Den Schluß des ersteren und den Anfang des letzteren Stadiums bildet das, was wir im Allgemeinen als Beweisverordnung bezeichnen können, gleichsam eine Cäsur mitten in dem ganzen Instructiionsverfahren.

Es gibt wohl im österreichischen Rechte besondere Verfahrensarten, die eine solche Cäsur nicht haben, in denen also Beweisstadium und Vorbringungsstadium ineinander fließen, wie z. B. das Verfahren in Besitzstörungstreitigkeiten nach der kais. Vdg. vom 27. October 1849, R. G. Bl. Nr. 12.

Aber im summarischen Verfahren ist diese Gliederung noch vollständig durchgeführt. Hieran ändert der Umstand Nichts, daß das Gericht nicht nur nach geschlossenem Vorbringungs-, sondern offenbar auch nach beendigtem Beweisverfahren die in was immer für einer Beziehung unvollständig gebliebene Verhandlung verbessern kann. Auch diese Nachtragsverhandlung wird möglicherweise derselben Gliederung zu unterziehen sein, mit einer Beweisverordnung als Cäsur in der Mitte.

Damit wäre der Gesichtspunkt gewonnen, von dem aus die Frage zu entscheiden ist, ob der Summar-Richter, der bereits eine Beweisführung durch Zeugen oder Sachverständige zugelassen hat, berechtigt sei, nach beendigter Beweisführung auf einen neuen Beweis durch Zeugen oder durch Sachverständige zu erkennen.

Im ordentlichen mündlichen und schriftlichen Verfahren ist dieß durch eine Bestimmung im §. 3 des Hofdecretes vom 22. Juni 1835, J. G. E. Nr. 42 für die Länder der allgemeinen Gerichtsordnung und durch eine ähnliche im Hofd. vom 9. August 1833, J. G. E. Nr. 2625 für die Länder der westgalizischen Gerichtsordnung ausdrücklich verboten, und die C. P. R. hat dieses Verbot unseres Erachtens nicht beseitigt.

Das Gesetz über das summarische Verfahren enthält über diesen Punkt „nähere Bestimmungen“ nicht; das genannte Verbot gilt mithin auch im summarischen Verfahren, mag immer die Praxis einer gegenheiligen Anschauung huldigen.

Freilich gilt dieses Verbot hier nur mit einer Modification, hervorgerufen durch die Möglichkeit einer Ergänzung der Summarverhandlung. Ebenso wie der Richter berechtigt ist, rücksichtlich der unvollständig gebliebenen Verhandlung einmal, aber auch nur

einmal, auf den Beweis mittelst Zeugen und Sachverständigen abzugehen, ebenso muß er auch befugt sein, rücksichtlich der Ergänzungsverhandlung dasselbe zu thun.

Man wende nicht ein, daß das Gesetz gerade dadurch, daß es die Ergänzung der „in was immer für einer Beziehung unvollständig gebliebenen“ Verhandlung zuläßt, jenes Verbot beseitigt habe, indem ein Verfahren auch dann „unvollständig“ sei, wenn im Beweisstadium ein Zeugen- oder Sachverständigenbeweis nicht durchgeführt wurde, der nachträglich als relevant erkannt wird. Denn der §. 25. C. P. spricht nur von Unvollständigkeiten, die „durch wiederholte Vorladung und Vernehmung der Parteien“ verbessert werden können.

Wir brauchen aber kaum zu bemerken, daß das genannte Verbot im summarischen Verfahren seit dem Bestande desselben und im ordentlichen Verfahren seit der C. P. R. leicht illusorisch gemacht werden kann. Denn angenommen, der Richter fühlte sich durch das Verbot nicht gebunden und wäre auf eine neue Beweisführung mittelst Zeugen und Sachverständigen abgegangen, so kann ihm im Laufe des Instructiionsverfahrens kaum Jemand Etwas anhaben, denn gegen seinen Bescheid, gegen sein Urtheil findet kein abgesonderter Recurs, keine sofortige Appellation statt. Erst gelegentlich der Appellation oder Nichtigkeitsbeschwerde wider das Endurtheil könnte der Oberrichter in die Lage versetzt werden, sich über diese Formwidrigkeit auszusprechen. Da man aber nicht behaupten kann, daß durch diesen Mangel des Verfahrens eine gründliche Entscheidung der Hauptsache unmöglich geworden sei, so wird dieses Gravamen kaum zur Aufhebung der Verhandlung führen. Die einzige Folge, die dasselbe haben könnte, wäre eine dem Unterrichter zu ertheilende Mahnung, diese Formvorschrift des Proceßrechtes künftighin besser zu beobachten.

Ubrigens kann auch der Richter, der in Übertretung seiner Amtspflicht durch Zulassung eines überflüssigen Beweises der Partei einen Schaden verursacht hat, unter den Voraussetzungen des §. 1 des Ges. vom 12. Juli 1872, R. G. Bl. Nr. 112 zum Erstage desselben verhalten werden.

Besteht also auch das weder ausdrücklich noch stillschweigend aufgehobene Verbot einer neuerlichen Zulassung des Zeugen- und Sachverständigenbeweises noch zu Recht, so ist es proceßualisch und mit Wirksamkeit für die Parteien kaum durchführbar; es ist ein Rechtsatz, dem die Fähigkeit abgeht, sich zu verwirk-

lichen, eine Norm, die ihren heute kaum erkennbaren Zweck nicht mehr erreicht, ein Zweig an dem dicht verwachsenen Baume unseres Civilproceßrechtes, der spontan abzusterben bestimmt ist.

XI. *)

Unser Strafgesetz hat im §. 153 die demselben eigenthümliche Bestimmung aufgestellt, daß sich des Verbrechens der schweren körperlichen Beschädigung auch Derjenige schuldig macht, der einen Zeugen, während derselbe in Ausübung seines „Berufes“ begriffen ist oder wegen derselben, vorsätzlich an seinem Körper beschädigt, wenn auch die Beschädigung an sich nicht die Beschaffenheit einer schweren körperlichen Beschädigung im Sinne des §. 152 St. G. an sich hat. Nach dieser Gesetzesstelle wird eine vorsätzliche körperliche Beschädigung, welche sonst nur die Übertretung des §. 411 St. G. darstellen würde, offenbar weil das Gesetz dem Zeugen während und wegen seiner Vernehmung einen erhöhten strafrechtlichen Schutz**) gegen jeden Angriff gewähren will, als Verbrechen der schweren körperlichen Beschädigung angesehen.***) Unter der „Ausübung seines Berufes“ kann wohl kaum etwas Anderes verstanden werden, als die Deposition. Auch noch an einer anderen Stelle des Strafgesetzes findet sich eine Bestimmung, die offenbar demselben legislativen Motive entspringt. Nach dem §. 300 St. G. ist nämlich Derjenige, welcher öffentlich oder vor mehreren Leuten oder in Druckwerken, verbreiteten bildlichen Darstellungen oder Schriften, durch Schmähungen, Verpötlungen, unwahre Angaben oder Entstellungen von Thatfachen Andere zum Haß, zur Verachtung oder zu grundlosen Beschwerdeführungen gegen Zeugen in Bezug auf ihre Aussagen vor Gericht aufzureizen sucht, insofern sich in dieser Thätigkeit nicht eine schwerer verpönte, strafbare Handlung darstellt, des Vergehens der Aufwiegelung schuldig.

Durch das Gesetz über das Verfahren in geringfügigen Rechtsstreitigkeiten (Bagatelverfahren) vom 27. April 1874, R. G. Bl. Nr. 66, ist eine dem gemeinen deutschen und dem früheren öster-

*) Allg. öst. Gerichtszeitung, 1880, Nr. 99.

**) Schrutka-Rechtensam, Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang, S. 179 ff.

***) Das Verbrechen des §. 153 St. G. enthält eine besondere Art der Körperbeschädigung, welche sowohl in subjectiver als in objectiver Hinsicht von den im §. 152 St. G. geforderten Merkmalen verschieden ist.

reichischen Civilproceßrechte unbekannte Institution bei uns eingeführt worden, die sogenannte eidliche Vernehmung der Parteien als Zeugen. Die Vernehmung der Parteien als Zeugen in eigener Sache, regelmäßig unter Eid, trat in geringfügigen Rechtshändeln an die Stelle des normirten Parteieneides.

Es entsteht nun die zunächst für den Strafrichter erhebliche Frage, ob auch die Parteien als Zeugen Object der beiden oben erwähnten Delicte des §. 153 und des §. 300 St. G. sein können, mit anderen Worten, ob die Ausdrücke „Zeuge“ und „Ausgabe“ in den genannten Gesetzesstellen auch die Begriffe „Partei als Zeuge“ und „Vernehmung der Partei als Zeuge“ in sich schließen? Die Beantwortung dieser Frage ist unseres Erachtens auf dem Gebiete des Civilproceßrechtes zu suchen. Dieses hat sich darüber klar zu werden, ob die als Zeuge vernommene oder zu vernehmende Partei wirklich Zeuge und die von ihr unter Eid abgegebene Erklärung auch eine Zeugenaussage im technisch=proceßualen Sinne sei.

Eine ähnliche Frage, nämlich die, ob eine von der Partei als Zeuge in eigener Sache vor Gericht abgegebene falsche Aussage als ein vor Gericht abgelegtes falsches Zeugniß oder als ein in eigener Sache vor Gericht abgelegter falscher (Parteien-)Eid (§. 199 lit. a St. G.) anzusehen sei, ist im Bagatellgesetze ausdrücklich entschieden. Der §. 58 desselben bestimmt nämlich: „Die von einer Partei als Zeuge abgelegte Aussage ist, wenn sie falsch ist, als ein vor Gericht abgelegtes falsches Zeugniß anzusehen.“

Wenn v. Liszt meint, es hätte dieser ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes nicht bedurft, da ja die Aussage der Partei, wenn auch in eigener Sache abgelegt, immer als ein eigentliches Zeugniß erscheint,*) so können wir demselben nicht beipflichten. Keineswegs darf man aus dieser singulären Gleichstellung im Bagatellgesetze folgern, daß der Strafrichter sich in allen Fällen, wo an ihn die Frage herantritt, ob die eidliche Abhörung der Partei in eigener Sache einer Zeugenvernehmung gleich zu halten sei, für die Gleichstellung entscheiden müsse.

Der Gegensatz zwischen der Partei im Civilproceße und dem Zeugen ist nach unseren Rechtsanschauungen und Rechtsnormen ein unverwundlicher, so daß man im Zweifel eher der Nicht-Gleich-

*) Die falsche Aussage vor Gericht oder öffentlicher Behörde nach deutschem und österreichischem Recht. S. 23. Vgl. a. a. D., S. 67.

Behandlung derselben wird das Wort reden müssen. Zeugenhaft und Parteistellung sind in unserem Civilproceßrechte einander ausschließende Dinge; die Partei ist eine im Proceße höchst befangene, der Zeuge eine am Proceße nicht betheiligte Person, wegen dieser Eigenschaft dem Richter und dem Sachverständigen vergleichbar, welche Personen ebenfalls unter den Strafchutz der §§. 153 und 300 St. G. gestellt sind. *Nemo testis in causa sua.**) Damit soll natürlich nicht gesagt sein, daß überhaupt Begriff und Function des Zeugen nicht ganz wohl auf die Partei selbst unter gewissen Voraussetzungen anwendbar sind.***) Allein im Bagatellverfahren ist u. E. nicht einmal der Versuch gemacht, diese Möglichkeit zu realisiren und im Rechtsleben einzubürgern. Das ergibt sich aus nachstehenden Erwägungen. Auch das Bagatellgesetz unterscheidet ebenso, wie das altösterreichische civilgerichtliche Verfahren zwischen einem Zeugnisse (im weiteren Sinne des Wortes), welches die Partei selbst, und demjenigen, welches dritte am Proceße nicht betheiligte Personen abgeben, mit anderen Worten zwischen der eidlichen Parteiaussage (Parteieneid) und der (eidlichen) Zeugenaussage (Zeugeneid).***) Die Neuierung des Bagatellverfahrens in diesem Punkte besteht lediglich darin, daß dasselbe die Form des Parteieneides reformirt hat, indem es an die Stelle der normirten, gestabten (eidlichen) Parteiaussage eine freiere, in den Formen des Zeugenverhöres zu erstattende Aussage setzt. Die eidliche Vernehmung der Partei als Zeuge ist nichts Anderes, als der alte Parteieneid, umgegossen in die Form des Zeugeneides. Das Wesen der eidlichen Vernehmung der Partei als Zeuge entspricht materiell dem Parteieneide, nicht dem Zeugen-

*) Groß, die Beweistheorie im kanonischen Proceß mit besonderer Rücksicht auf die Fortentwicklung derselben im gemeinen deutschen Civilproceß II., S. 6; Heusler (in Basel), die Grundlagen des Beweisrechtes im Archiv für die civilistische Praxis LXII., S. 278, 279; Wendt, Beweis und Beweismittel, ebenfalls im Archiv für die civilistische Praxis LXIII., S. 271.

**) Groß a. a. D. Note 2. v. Bar, Recht und Beweis im Civilproceße, S. 149 ff. Bentham, Traité des preuves judiciaires: c. par Dumont I., S. 192.

***) Die Praxis und die Gesetzgebung bedient sich der Ausdrücke „Parteieneid“ und „Zeugeneid“, um mit dem ersteren die unter Eid abgegebene Parteiaussage, und mit dem letzteren die unter Eid abgegebene Zeugenaussage zu bezeichnen. Vgl. z. B. §. 140 allg. O. D. und §. 214 westg. O. D. Schrutka-Mechtenstamm, a. a. D., S. 106 Note 14. In diesem Sinne sind die Ausdrücke auch im Texte zu verstehen.

eide. Das ergibt sich hauptsächlich aus zwei Momenten. Die Abhörung der Partei als Zeuge darf nach dem §. 53 B. V. erst dann zugelassen werden, wenn der Beweis durch die von den Parteien sonst angebotenen Beweismittel nicht hergestellt ist. Damit ist auch diesem Beweisgebilde jener Stempel der Subsidiarität aufgedrückt, die ein Hauptmerkmal des Parteieneides bildet, welcher ja wegen seiner geringen Verlässlichkeit als die ultima ratio bei der Beweisführung gilt. Doch können wir auf dieses Moment kein besonderes Gewicht legen, da ja eine gesetzliche Bestimmung an und für sich nicht sinnlos wäre, die den Richter anweist, von den zur Zeugenhaft geeigneten Personen zunächst die verlässlicheren heranzuziehen und erst in letzter Linie auf die befangenen zu recurriren. Entscheidend erscheint uns vielmehr das zweite Moment, daß die eidliche Vernehmung der Parteien als Zeugen im Bagatellverfahren durch ein sehr wesentliches, ja spezifisches Requirit von der eigentlichen Zeugen-Beweisführung unterschieden ist. Nur für den Zeugen existirt nämlich ein Zeugnißzwang, nicht für die Partei, die als Zeuge zu vernehmen ist. Nur gegen den Zeugen können Maßregeln angewendet werden (*executio ad faciendum*),*) die trotz seiner Weigerung, auszusagen, eine Zeugendeposition erzwingen. Einem solchen Zwangsverfahren kann die Partei auch im Bagatellverfahren nicht unterworfen werden. Dasselbe ist mit dürren Worten durch §. 62 des Gesetzes ausgeschlossen, der da sagt: „Die Anwendung von Zwangsmaßregeln, um eine Partei zur Ablegung der Aussage zu verhalten, ist unstatthaft.“ Man kann dagegen nicht einwenden, es existire wenigstens insoferne ein Zeugnißzwang auch gegen die Proceßpartei selbst, als sie gewisse proceßualische (*Contumacial*-) Nachtheile erfährt, wenn sie die eidliche Abhörung oder die Beantwortung einzelner Fragen verweigert. Einen Zwang im technischen Sinne kann man dieses Compelle ebensowenig nennen, wie etwa die dem Berechtigten drohende Verjährung, insoferne sie ihn verhalten möchte, von seinem Klagerrechte innerhalb der Verjährungsfrist Gebrauch zu machen, ein Einflanzungszwang oder die im Artikel 37 H. G. B. normirten Rechtsfolgen der verweigeren Vorlegung der Handelsbücher ein Urkundeneditionszwang sind,**) wenn anders man mit dem Ausdrucke

*) Schrutka-Mechtenstamm, a. a. D., S. 152—161.

**) Die Vorlegung der Handelsbücher im Proceße kann man nicht in dem Sinne erzwingen, wie z. B. die Edition von Urkunden im Falle des §. 1358 a. b. G. B.

Zwang überhaupt einen juristisch-technischen, brauchbaren Begriff verbinden will. *) Man wird im Gegentheil sagen müssen, daß in der Möglichkeit, zeugeneidlich vernommen zu werden, eher eine Befugniß der Partei, als eine Pflicht derselben gelegen ist, eine Befugniß, auf welche sie ohne Angabe von Gründen verzichten kann, wenn sie die Gefahr nicht scheut, daß das Gericht ihre Weigerung zu Ungunsten der von ihr intendirten Beweisführung oder Gegenbeweisführung (nach sorgfältiger Erwägung der etwa geltend gemachten Ablehnungsgründe und aller sonstigen Umstände) auslegen mag. (§. 62 A. 4 B. V.)

Ähnlich verhält es sich auch mit dem Parteieneide des älteren Verfahrens, auf dessen Ausschwörung die Partei ja auch verzichten kann, wenn sie gewillt ist, die mit der Eidesdesertion verbundenen processualischen Folgen (Verlust des Processes, Ausschluß einer processualischen Handlung) über sich ergehen zu lassen. Erst dann, wenn eine Gesetzgebung die Partei dem Zeugnißzwange ausdrücklich unterwirft, kann und muß man die Partei, die als Zeuge zu vernehmen ist, einem Zeugen gleichstellen, oder genauer gesprochen, der Zeugen überhaupt beizählen. Doch würde dies eine fundamentale Umgestaltung unseres Civilprocesses voraussetzen**) und die Aufstellung einer Wahrheitspflicht der Parteien***) bedingen, die mit dem Dispositionsprincipe in unserem Civilproceß nicht gut verträglich ist.

*) Der Unterschied zwischen einem Zwange im juristisch-technischen und einem solchen „Compelle“ im nicht technischen Sinne ist aufliegend. Der Product wird zur Vorlage seiner Handelsbücher, der Zeuge zur gerichtlichen Deposition der Wahrheit aufgefordert. Der erstere kann sich ohne Weiteres von der ihm angeonnenen Leistung befreien, er braucht sich nur den Rechtsnachtheilen des Art. 37 H. G. B. zu unterwerfen. Vom Zeugen kann man das Gleiche nicht behaupten. Oder sollte es richtig sein, zu sagen, der Zeuge kann sich die Zeugnißpflicht vom Halse schaffen, wenn er nur erklärt, die im §. 160 allg. G. D. (§§. 32 weisg. G. D.) stehenden Geld- und Arreststrafen bezahlen, resp. abtügen zu wollen? Gewiß nicht. Dennoch spricht v. Canstein von einem Zeugnißzwang auch gegenüber der Partei, in seiner höchst interessanten und lehrreichen Schrift: „Die Grundlagen des Beweisrechtes“ — Separatabdruck aus der Zeitschrift für deutschen Civilproceß Bd. II. — S. 19. Anderer Meinung ist Wach, Vorträge über die Reichs-Civilproceßordnung, S. 163. v. Canstein's Schrift ist zunächst gerichtet gegen Heuser's oben S. 50, Note * citirte Abhandlung.

**) Wendt, a. a. D., S. 271.

***), Für die Statuirung dieser Wahrheitspflicht *de lege ferenda* erklärt sich v. Canstein, Die rationellen Grundlagen des Civilprocesses I, S. 12

Die hier ins Auge gefaßte Möglichkeit findet sich übrigens gewissermaßen im Strafproceße verwirklicht. Wenn nämlich der Beschädigte selbst als (Privat-)Ankläger auftritt (§§. 46, 48 St. P. D.), so steht Nichts im Wege, ihn trotz seiner Parteieigenschaft als Zeuge zu vernehmen und zu beedigen. Und zwar ist er eigentlicher, wahrer Zeuge im processualisch-technischen Sinne; auf ihn haben alle über die Zeugenvernehmung erteilten Vorschriften (also das ganze 13. Hauptstück der St. P. D.) Anwendung. (§. 172 St. P. D.) Weigert derselbe die Zeugenschaft, so unterliegt er dem Zeugnißzwange ebenso, wie jeder am Strafproceße nicht betheiligte Zeuge. Er steht daher ebenso zweifellos unter dem besonderen Strafschutze der §. 153 und §. 300 St. G., als der im Bagatelverfahren vernommene Parteizeuge diese Rechtswohlthat nicht in Anspruch nehmen darf.

Anders stünde die Sache selbstverständlich dann, wenn unser Strafgesetz ausdrücklich auch die den Parteieneid leistenden Parteien in den gleichen strafgerichtlichen Schutz nehmen würde, wie die den Zeugeneid leistenden Zeugen. Davon ist aber weder im §. 153, noch im §. 300 St. G. die Rede. Und mit Recht. Denn am häufigsten werden die genannten Delicte von Jenem begangen werden, der auf die fragliche Aussage hin den Proceß verliert, bez. verloren hat. Rührt die Aussage von der Gegenpartei her, so findet der Unmuth des im Proceße Überwundenen noch insbesondere in der Erwägung Nahrung, daß der Aus sagende bei der Aussage ein ganz egoistisches Interesse hatte, daß derselbe nicht nur den ungünstigen Ausgang des Processes verursacht, sondern selbst den Proceß durch seine Aussage gewonnen habe. Dieser das Verschulden in einem milderen Lichte zeigende Umstand greift dem Zeugen gegenüber nicht Platz, als für welchen nur das Interesse an der Wahrheit überhaupt maßgebend ist und der von dem Ausgange des Processes nicht berührt erscheint.

XII. *)

Man pflegt als wesentliche Aufgabe des Civilprocesses mit gutem Grunde die Feststellung von Privatreechten zu erklären.**)

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1882, Nr. 4.

**) Schulte, Das deutsche Concurzrecht in seinen juristischen Grundlagen, 1880, S. 136 f. Seiner Definition des Civilproceßbegriffes hat sich vollinhaltlich angeschlossen R. Löning, Die Widerlage im Reichscivilproceß. 1881.

Sie vollzieht sich im richterlichen Urtheile. Dieses ist gerichtliche Formalisirung subjectiver Privatrechte. Schon das Wort „gerichtliche Formalisirung“ deutet darauf hin, daß der richterliche Spruch nicht eine Feststellung schlechthin, sondern eine autoritative Feststellung sei (rei judicatae autoritas), eine Feststellung, die, abgesehen von ihrer Unabänderlichkeit, wenn sie eine Leistungspflicht des Beklagten bejaht, mittelst staatlicher Zwangsübung vollstreckt werden kann. In der Theorie herrscht Streit darüber, ob die Execution auch noch als Bestandtheil des Civilprocesses angesehen werden müsse.*) Nach der Ansicht mancher Schriftsteller fällt sie aus dem Rahmen des Civilprocesses heraus, der mit der rechtskräftigen Feststellung sein Ende erreicht. Es ist hier nicht der Ort, auf diese schwierige Controverse einzugehen. Nur so viel mag bemerkt werden, daß es irrig ist, zu glauben, dem Civilproceß sei ein eigenes Executionsverfahren in dem Sinne wesentlich, daß es einen dem Cognitions- oder Feststellungsverfahren coordinirten Proceßbestandtheil bildet. Zu dem Wesen des Civilprocesses gehört vielmehr nur die rerum judicatarum autoritas, deren eine Wirkung bei eigentlichen Condemnationen die Vollstreckbarkeit (Executionen) ist. Die Execution nun ist das Verfahren, in welchem diese Seite der rerum judicatarum autoritas in die gerichtliche Erscheinung tritt. Und darum steht sie mit der Cognition in einer so engen Verbindung, daß sie in vielen positiven Rechten noch als Civilproceß angesehen und behandelt wird. Das gilt vornehmlich vom österreichischen Proceßrechte,**) nach welchem ja, im Gegensatz zu neueren Gesetzen, die Übung des Zwanges ebenjotig Aufgabe der Gerichte ist, wie die Formalisirung des Rechtes selbst. Hier spricht für die Einbeziehung der Execution in den Civilproceß auch der Umstand, daß die Bewilligung des ersten Executionsgrades stillschweigend einen Ausspruch des Proceßrichters darüber enthält, daß das Urtheil executionenreif geworden sei, eine Eigenthümlichkeit, kraft welcher bei uns Execution und Cognition unauffällig zusammenfließen. Vom Standpunkte unseres positiven Gesetzes ist somit Civilproceß das auf civilgerichtliche Feststellung von Privatrechtsansprüchen gerichtete Verfahren, welches in eine Zwangsvollstreckung des formalis-

*) v. Bar, Das deutsche Civilproceßrecht, 1880, S. 1.

**) v. Canstein, Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilproceßrechtes, S. 2, 315; Wenger, System des österreichischen Civilproceßrechtes, S. 325—327.

sirten Anspruches auslaufen kann. Also nicht Feststellung bis zur Executionenreise, sondern Feststellung mit der Execution im Gesolge macht das Wesen unseres Civilproceßbegriffes aus.

Das, was unsere heutige Praxis „Executivproceß“ (im Gegensatz zur Execution) nennt, ist ein so verwässerter Begriff, daß der Ursprung, aus dem derselbe emporgewuchert ist, nur mehr aus dem Worte errathen werden kann. Es ist ein Verdienst Chorinsky's, in seinem „Österreichischen Executivproceß, ein Beitrag zur Geschichte der allgemeinen Gerichtsordnung, Wien 1879“ den historischen Entwicklungsgang dieses Begriffes aufgedeckt und den richtigen Sinn der beiden Theile des §. 298 allg. G. D. (§§. 396 und 397, 398 weisg. G. D.) erfaßt zu haben. Wir sehen die Ergebnisse dieser interessanten und für die rechtshistorische Behandlung unseres Proceßrechtes mustergiltigen Studie als bekannt voraus und bemerken lediglich, daß sich der historische Ausgangspunkt dieses Specialverfahrens im gemeinen Rechte: die sogenannten instrumenta confessionata coram notario, wiederpiegelt in jenem der modernen österreichischen Rechtsentwicklung angehörenden (wahren) Executivproceße, welcher auf Grund eines den Requisiten des §. 3 der N. D. vom 25. Juli 1871, Nr. 75 N. G. W., entsprechenden Notariatsactes eingeleitet wird.

Über das Verfahren in diesem Executivproceße (κατ' ἐξοχήν) enthält unsere Gesetzgebung keine detaillirten Normen, wenn wir absehen von der Sonderbestimmung des §. 4 N. D. über die vorläufige Einstellung der Execution und von dem im §. 3 N. D. ausgesprochenen allgemeinen Principe, daß die Notariatsacte des §. 3 N. D. „gleich den vor Gericht abgeschlossenen Vergleichen“ executionenfähig sind (vergl. auch §. 121 G. D.).

Die Form des Executionsverfahrens richtet sich in unserem Proceßrechte principiell nach der Verfahrensart, in welcher die Cognition sich abspielte. Für das summarische Verfahren ist dies ausdrücklich zu entnehmen aus dem Hofdecrete vom 23. Juni 1847, Nr. 1069 J. G. S. (Geller, Civilproceßgesetze Nr. 647). Dieses Princip verläßt uns natürlich im Executivproceße nach §. 3 N. D. Denn hier findet ein Cognitionsverfahren überhaupt nicht statt. Man müßte höchstens jene Verfahrensart ins Auge fassen, welche platzgreifen würde, wenn der vollstreckbare Anspruch aus irgend einem Grunde dennoch zur Cognition zu bringen wäre. Die Frage nach der Form des Executionsverfahrens ist nicht ohne praktische Bedeutung. Einmal wegen der Erleichte-

rungen, welche das summarische Verfahren für die Mobilarexecution durch Zusammenlegung der Pfändung und Schätzung und durch Restriction der drei Feilbietungstermine auf zwei gewährt; und dann wegen der beschränkten Zulässigkeit der Rechtsmittel und der kürzeren Fristen zu denselben in den Specialprocessen. Was den ersten Punkt, die sogenannte summarische Mobilarexecution anbelangt, so gilt diese Vereinfachung (§§. 53, 54 des Justizhofdecretes vom 24. October 1845, Nr. 906 Z. G. S.) kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften nicht bloß im summarischen Verfahren, sondern auch im Bagatellverfahren, im Mandatsproceß, im Mahnverfahren, im Verfahren in Bestandstreitigkeiten und im Verfahren in Wechselsachen. Was den zweiten Punkt, die Beschränkung des Recurses und die Recursfrist anbelangt, so ist in der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 3. September 1872, Nr. 19 Spruchrepertorium, ausgesprochen, daß außerordentliche Revisionsrecurse gegen Bescheide, welche im Executionsverfahren auf Grundlage eines im summarischen Proceß gefällten Urtheiles ergehen, unzulässig sind; ferner hat der oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 28. Juli 1874, Nr. 73 Spruchrepertorium, entschieden, daß die im §. 12 lit. d der Vorschrift über das Verfahren in Wechselsachen (Justizministerialverordnung vom 25. Jänner 1850, Nr. 52 R. G. Bl.) vorgesehene kürzere Recursfrist von drei Tagen auch für Bescheide gelte, welche in der wechselrechtlichen Executionsführung, sei es nun vom Handelsgerichte, sei es von der deswegen vermöge der Jurisdictionsnorm angegangenen Realinstanz, ertheilt werden. In der Entscheidung vom 13. October 1874, Nr. 90 Judicatenbuch, hat der oberste Gerichtshof diesen Spruch dahin eingeschränkt, daß die kürzere Frist im wechselrechtlichen Executionsverfahren nur insoferne zu gelten habe, als es sich um Bescheide handelt, welche vom Erkenntnißgerichte (Handelsgerichte) selbst ergangen sind.

In der Praxis sind insbesondere drei Ansichten über die Form geltend gemacht worden, in welcher die Execution auf Grund vollstreckbarer Notariatsacte durchzuführen sei.

Die erste Ansicht geht dahin, daß nur diejenigen Normen maßgebend sein können, welche für die Vollstreckung im ordentlichen (mündlichen und schriftlichen) Verfahren aufgestellt sind. Für diese Ansicht, welche der oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 22. Mai 1878 (Glaser-Unger-Walther Nr. 6989) vorträgt, spricht insbesondere das Argument, daß überall dort, wo

unsere Civilproceßgesetzgebung abweichende Vorschriften nicht getroffen hat, die Normen des ordentlichen Verfahrens zur Anwendung kommen müssen. Consequenz liegt jedenfalls in dieser Motivirung; sie stimmt aber nicht mit den sonst zu Tage tretenden Anschauungen unserer Praxis überein, die z. B. auf Grund von rechtskräftigen über privatrechtliche Ansprüche ergangenen strafgerichtlichen Erkenntnissen die Execution im summarischen Verfahren abführt, wenn der Anspruch des Privatbetheiligten 500 fl. nicht übersteigt.

Das führt uns auf die zweite, vom obersten Gerichtshofe in der Entscheidung vom 22. Jänner 1878 (Glaser-Unger-Walther Nr. 6807), dann auch in der Entscheidung vom 19. Februar 1878 (Glaser-Unger-Walther Nr. 6843) aufgestellte Ansicht, daß das jeweilig einzuhaltende Verfahren von der Höhe des in dem vollstreckbaren Notariatsacte ausgesprochenen Schulbetrages abhängig sei. Hier wird also als maßgebend jenes Verfahren angesehen, das platzgreifen müßte, wenn der im Notariatsacte formalisirte Anspruch erst einzulagen wäre. Für diese Ansicht könnte vielleicht ein Argument aus dem §. 3 N. O. hergeholt werden. Es heißt hier nämlich, daß die fraglichen Notariatsacte „gleich den vor Gericht abgeschlossenen Vergleichen“ executionsfähig sind. Ob nämlich ein vor Gericht abgeschlossener executionsreifer Vergleich nach den Grundsätzen des summarischen oder des ordentlichen Verfahrens vollstreckbar sei, das richtet sich zweifellos nach der Natur der ihm zu Grunde liegenden Klage, beziehungsweise des eingeklagten Anspruches.*)

Eine dritte, zwar nicht vom obersten Gerichtshofe, aber von unteren Instanzen (Glaser-Unger-Walther Nr. 6807, 6989) vertretene Ansicht geht dahin, daß der Executivproceß auf Grund vollstreckbarer Notariatsacte immer in den Formen des summarischen Verfahrens abzuführen sei. Diese Ansicht hat etwas Bestechendes. Sie könnte mit einem argumentum a majori ad minus etwa in folgender Weise raisonniren: Der Proceß auf Grund der qualificirten Notariatsacte des §. 3 N. O. erscheint als eine radical gekürzte Nachbildung des auf Grund von Notariatsacten überhaupt in Gemäßheit der kais. Verordnung vom 21. Mai 1855, Nr. 95 R. G. Bl., zulässigen Mandatsproceßes. Da nun der

*) Der §. 19 der Vorschrift über das Verfahren in Wechselsachen bleibt hier als ganz exceptionell außer Betracht.

§. 8 der citirten k. k. Verordnung für die Execution der auf Grund einfacher Notariatsacte ergangenen Mandate die Vorschriften des summarischen Verfahrens gelten läßt, so müssen diese Vorschriften offenbar auch dort gelten, wo es sich um eine noch kürzere Procedure auf Grund von Notariatsacten handelt. Gegen diese Schlußfolgerung könnte allerdings eingewendet werden, daß es unzutreffend sei, unseren Executivproceß als eine Nachbildung des Mandatsprocesses mit Notariatsacten zu bezeichnen, indem sich diese Proceduren nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ erheblich unterscheiden, da ja der Mandatsproceß immerhin für eine Cognition Raum hat, während diese in unserem Executivproceße nach §. 3 N. D. ganz und gar ausgeschlossen ist. Gewiß hat dieser Einwand Berechtigung dort, wo es sich um die Charakterisirung dieser beiden Proceduren handelt; er ver schlägt aber nichts für unsere Frage, die über den Rahmen der Execution nicht hinaus will. Denn wer sagen möchte, daß es billig sei, den Parteien da, wo jede Cognition wegfällt, für alle Fälle größeren Spielraum im Executionsstadium zu gewähren, um ihnen das, was man denselben auf dem einen Punkte des Processus genommen hat, auf einem anderen zu ersetzen, der vergißt, daß Cognitionen- und Executionsverfahren ungleichartige Größen sind, die einander nicht jurrogiren können.

XIII. *)

Auch über die Competenz zur Einleitung des Executivprocesses auf Grund vollstreckbarer Notariatsacte enthält unsere Gesetzgebung keine besonderen Vorschriften. Es muß darum auch die Frage, welches Gericht um die Vollstreckung eines in Gemäßheit des §. 3 N. D. formalisirten Privatrechtes angegangen werden dürfe, nach den allgemeinen Grundsätzen über die sachliche und örtliche Competenz im Vollstreckungsverfahren entschieden werden.

Ausgangspunkt für unsere Normen über die sachliche und örtliche Competenz im Vollstreckungsverfahren ist der im §. 69 C. F. N. (derog. §. 401 weitg. G. D.) ausgesprochene Grundsatz, daß der erste Grad der Execution bei demjenigen Richter anzufuchen ist, von welchem das Erkenntniß erster Instanz er-

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1882, Nr. 4, S. 27.

gangen oder bei welchem der zur Execution geeignete Vergleich geschlossen worden ist. Dieser Paragraph ver sagt bei vollstreckbaren Notariatsacten. Denn weder von dem Grundjaze cuius est cognitio, illius est et executio kann hier die Rede sein, weil eine richterliche Cognition gar nicht stattfindet, noch kann der Amtsiß des Notars, von dem der Act aufgenommen wurde, kompetenzbestimmend sein. Man könnte auch hier höchstens zu dem Auskunftsmittel greifen, jenen Richter für competent zu halten, dem die Cognition zufiele, falls es zu einer solchen aus irgend einem Grunde dennoch käme. Diese Lösung des Problems wäre unseres Erachtens viel zu complicirt, um dem praktischen Bedürfnisse entsprechen zu können. Denkt man nur an das forum generale, dann erscheint freilich die Sache einfach; allein man muß auch die zahlreichen fora specialia mit in Betrachtung ziehen und sich auf allerlei Recurse wegen der Competenz in einzelnen Fällen gefaßt machen. Wir sind also genöthigt, andere gesetzliche Anhaltspunkte heranzuziehen. Es wird sich hiebei empfehlen, vorerst bei der örtlichen Competenz stehen zu bleiben und erst dann die sachliche ins Auge zu fassen.

Man sollte erwarten, daß unsere Gesetzgebung für alle jene Fälle, wo die Execution in Osterreich nachgesucht wird auf Grund von Executionstiteln, welche nicht von inländischen Gerichten geschaffen worden sind, eine einheitliche Competenzvorschrift enthalte. Dem ist leider nicht so, wie sich aus dem Folgenden ergeben wird.

Unanwendbar auf vollstreckbare Notariatsacte ist unseres Erachtens die im §. 75 des Gesetzes vom 14. Mai 1869, Nr. 63 R. G. Bl., über die Errichtung von Gewerbegerichten, enthaltene singuläre Competenzbestimmung, nach welcher die Bewilligung der Execution der von dem Gewerbegerichte gefällten Urtheile und der vor dem Gewerbegerichte abgeschlossenen Vergleiche bei dem Bezirksgerichte anzufuchen ist, in dessen Sprengel das Gewerbegericht seinen Sitz hat.

Anders ist die Competenz zur Vollziehung der scheidrichterlichen Erkenntnisse geregelt (§. 305 weitgal. G. D. und die zur allgemeinen Gerichtsordnung ergangene Resolution vom 31. October 1785, Nr. 489 F. G. S., lit. pp.; Geller, Civilproceßgesetze Nr. 380). Wenn der staatliche Richter um den Vollzug des Schiedspruches anzugehen ist, was nach der weitgalizischen Gerichtsordnung immer erfordert wird, so hat sich der Executionsführer an den „ordentlichen Richter des Unterliegenden“, das ist

also an das forum generale sive personale des Executen, zu wenden.

Am nächsten liegt der im §. 79 C. F. N. ausgesprochene Grundsatz, daß der Vollzug der Erkenntnisse ausländischer Gerichtsbehörden von jenem Gerichtshofe erster Instanz bewilligt werden soll, in dessen Sprengel die Execution zu vollziehen ist. Ähnlich lautet auch eine Bestimmung des §. 18, Alinea 1 des Gesetzes vom 12. Juli 1872, Nr. 112 R. G. Bl., betreffend den Syndicatsproceß, in welchem bekanntlich die Oberlandesgerichte als Spruchbehörden erster Instanz, nicht aber als Executionsbehörden erster Instanz, einschreiten. Das ist der sogenannte Gerichtsstand der Zwangsbereitschaft, wie ihn die Civilproceßordnung für das Deutsche Reich als Regel aufstellt, und wie ihn die Jurisdictionsnorm auch sonst, zum Beispiele bei Gesuchen um Bewilligung sogenannter provisorischer Sicherstellungsmittel wenigstens als facultatives Forum kennt. Für diesen Gerichtsstand spricht insbesondere die processuale Ökonomie, da es zweifellos entsprechender ist, unmittelbar das Gericht der Zwangsbereitschaft um die Execution anzugehen, als sich vorerst an ein anderes Gericht zu wenden, welches dann doch noch wegen Vornahme der Execution das Gericht der Zwangsbereitschaft requiriren müßte.

Ist die örtliche Kompetenzrückficht gefunden, so entsteht die weitere oben ausgelegte Frage nach der sachlichen Competenz. Wenn der im Notariatsacte formalisirte Privatrechtsanspruch seiner Natur nach zur Causalgerichtsbarkeit gehört, so läge der Gedanke nahe, die Executionsbewilligung dem Causalgerichte zu überlassen. Uns scheint jedoch diese Anschauung zu weit zu gehen. Denn die eigenthümliche Verfassung und Geschäftsgebarung der Causalgerichte kommt doch immer nur im Cognitionsverfahren und nicht im Executionsstadium zur Geltung und Wirksamkeit. Damit vereinfacht sich die Frage nach der sachlichen Competenz ganz wesentlich.

Es erscheinen zur Einleitung unseres Executivprocesses berufen die Landes- und Kreisgerichte und die (ländlichen) Bezirksgerichte. Nach den Anschauungen unserer Praxis hätten sich überdies auch die städtisch-delegirten Bezirksgerichte, und zwar mit jenen Executivprocessen zu befassen, die mit ihren Ansprüchen die Competenzgrenze der städtisch-delegirten Bezirksgerichte (§. 15 F. N.) nicht überschreiten.

XIV. *)

Die Concursgläubiger haben ihre Forderungen im Concurse anzumelden. Die Anmeldung darf selbst dann nicht wegfallen, wenn die Concursforderung bereits in einem richterlichen Urtheile rechtskräftig festgestellt ist. Bei der Liquidirungstagfahrt wird über die Richtigkeit der angemeldeten Forderungen und über die für dieselben in Anspruch genommene Rangordnung verhandelt. In dem Falle, als über die angemeldete Forderung bereits eine richterliche Entscheidung ergangen ist, hat sich die Verhandlung in Betreff der Richtigkeit dieser Forderung lediglich auf jene Thatsachen zu beschränken, welche der Entscheidung nachgefolgt sind (§. 115, Alinea 2 C. D.). Im Allgemeinen werden also hier nur jene facta subsequencia zur Sprache gebracht werden dürfen, welche sonst zu einer Oppositionsklage im Sinne des §. 2 des Hofdecretes vom 22. Juni 1836, Nr. 145 F. G. S. (Seller. Civilproceßgesetz Nr. 540) berechtigen. Das Resultat der Verhandlung über die Richtigkeit einer Concursforderung kann ein zweifaches sein. Entweder die Forderung wird als richtig festgestellt für den Concurse, das heißt: ihrer Berücksichtigung bei der Vertheilung der Concursmasse steht von nun an kein Hinderniß mehr entgegen. Das ist der Fall, wenn und insoweit die Forderung vom Concursmassenverwalter ausdrücklich anerkannt und von keinem der widerspruchsberechtigten Concursgläubiger angefochten ist (§. 119 C. D.). Oder die Forderung wird bei der Liquidirungstagfahrt bestritten. In diesem Falle bleibt dem Liquidanten nichts Anderes übrig, als in einem Specialproceße seine Forderung gegen diejenigen Personen geltend zu machen, welche an der Bestreitung Theil genommen haben. Die Sorge, den Specialproceß anhängig zu machen, bleibt nach österr. Concursechte lediglich dem Liquidanten überlassen, und zwar nach der allgemeinen Vorschrift des §. 129 C. D. selbst dann, wenn dessen Anspruch in einem rechtskräftigen gerichtlichen Erkenntnisse formalisirt und wegen facta subsequencia bei der Liquidirungstagfahrt bestritten worden ist. Das Begehren in diesem Specialproceße wird gerichtet sein auf Gestattung der Theilnahme am Concurse mit und wegen der im Urtheile formalisirten Forderung; gegen dieses Petit werden rechtsaufhebende

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1882, Nr. 5.

facta subsequencia geltend zu machen sein. Auch die Concursordnung für das Deutsche Reich überläßt es regelmäßig dem liquidirenden Gläubiger, die Feststellung der streitig gebliebenen Forderung zu betreiben; nur gegen eine Forderung, für welche ein mit der Vollstreckungsclausel versehener Schuldittel, ein Endurtheil oder ein Vollstreckungsbefehl vorliegt, muß der Widersprechende den Widerspruch verfolgen (§. 134 D. R. G. D.).

Gilt das vom Liquidanten, dessen Anspruch in einem gerichtlichen Urtheile formalisirt ist, Gesagte auch für den Liquidanten, der sich auf einen vollstreckbaren Notariatsact (§. 3 N. D.) stützt?

Nur bei oberflächlicher Betrachtung kam diese Frage platterdings bejaht werden. Nach Exner*) ähnelt der Notariatsact des §. 3 N. D. wegen seiner Executionsclausel der altrömischen nexi obligatio; „hier wie dort statuiren die Parteien zum Voraus einverständlich das Urtheil — damnas esto — und machen dadurch dem Gläubiger ein nachfolgendes Liquidirungsverfahren entbehrlich“. Diese geistreiche Parallele darf nicht dahin verstanden werden, daß die fraglichen Schuldurkunden in jeder Beziehung als Surrogate von gerichtlichen Urtheilen angesehen werden sollen. Nichts wäre unrichtiger als dieses. Die Praxis hat das in den bezüglichen Erkenntnissen (Glaser-Unger-Walther Nr. 6926) ganz richtig herausgeföhlt, wenn auch ohne die zutreffende Begründung zu finden. Der Sachverhalt lag damals so: A. meldete im Concurs des B. eine in einem vollstreckbaren Notariatsacte formalisirte Darlehensforderung an. Bei der Liquidationstagfahrt erhob der Concursmasseverwalter die exceptio non numeratae pecuniae. A. beehrte auf Grund des §. 115, Alinea 3, Zurückweisung dieser exceptio, „weil sie kein factum subsequens im Sinne dieses Paragraphen sei“. Von beiden Untergerichten wurde dessen Begehren abgewiesen, „weil das Alinea 3 des §. 115 C. D. nur von der richterlichen Entscheidung handelt, welcher, da sie ein vorhergegangenes Streitverfahren voraussetzt, ein mit der Executionsclausel versehener Notariatsact oder ein gerichtlicher Vergleich nicht gleichgehalten werden kann, und weil auch das Hofdecret vom 22. Juni 1836, Nr. 145 J. G. S., für die Gleichstellung dieser Urkunden in Bezug auf ihre rechtliche Wirksamkeit im Concurs nicht herangezogen werden darf, zumal im Concurs nicht nur das Interesse des Gemeinschuldners, son-

*) Österreichisches Hypothekenrecht, S. 325, Anm. 3.

dern auch das der Gesamtheit der Gläubiger zu berücksichtigen ist, deren Rechte nicht durch einseitige Acte des Schuldners geschmälert werden dürfen“. Der oberste Gerichtshof verwarf den außerordentlichen Revisionsrecurs des A., weil die untergerichtlichen Entscheidungen keine Veranlassung geben, dieselben auf Grund des §. 16 des kais. Patentens vom 9. August 1854, Nr. 208 R. G. Bl., im Revisionswege abzuändern.

Der Grund, welcher gegen die Behandlung des vollstreckbaren Notariatsactes als Urtheilsurrogates spricht, liegt in dem Umstande, daß dem Notariatsacte ein Moment fremd ist, ohne welches nach unseren Rechtsanschauungen ein gerichtliches Meritalerkenntniß nicht gedacht werden kann, nämlich die Fähigkeit, die Rechtskraft zu beschreiten, unabänderlich zu werden. Die Executionskraft des Notariatsactes darf nicht irreföhren. Der §. 4 N. D. jagt ja zweifellos, daß diese Executionskraft keine unabänderliche ist, was sie sein müßte, wenn man aus deren Vorhandensein zurückschließen dürfte auf die Unabänderlichkeit der im Notariatsacte enthaltenen Rechtsformalisierung. Ein außergerichtlich abgegebenes Schuldanerkenntniß ist nie Feststellung des Schuldverhältnisses mit der Wirkung der exceptio rei judicatae.*) Es hat ja nicht einmal das im Proceße abgegebene Anerkenntniß des Beklagten als solches diese Wirkung. Sie tritt erst ein mit dem dieses Anerkenntniß formalisirenden richterlichen Urtheile. Nach römischem Rechte schloß sogar, wie Demelius in seinem klassischen Buche: „Die confessio im römischen Civilproceße und das gerichtliche Geständniß der neuesten Proceßgesetzgebungen“ nachweist, die confessio in jure die Feststellung des Rechtsverhältnisses mit Wirkung der exceptio rei judicatae aus, und es ist unrichtig, in den römischen Grundsatz Confessus pro judicato est**), der sich nur auf die Vollstreckbarkeit des confessum bezieht, den Sinn confessio pro veritate accipitur hineinzutragen.

*) Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 2. Aufl., S. 182.

**) Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. L. 1 D. de confessis (42, 2) (Paulus).

XV. *)

Die neue deutsche Reichs-Civilproceß-Ordnung enthält folgende Bestimmungen:

„Die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer mit der Vollstreckungsclausel versehenen Ausfertigung des Urtheils (vollstreckbare Ausfertigung). Die vollstreckbare Ausfertigung wird von dem Gerichtsschreiber des Gerichtes erster Instanz und, wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gerichte anhängig ist, von dem Gerichtsschreiber dieses Gerichtes erteilt. (§. 662.) Die Vollstreckungsclausel: „Vorstehende Ausfertigung wird dem u. j. w. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung erteilt“, ist der Ausfertigung des Urtheils am Schlusse beizufügen, von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen. (§. 663.) Von Urtheilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalte von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritte einer anderen Thatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird. (§. 664.) Eine vollstreckbare Ausfertigung kann für den Rechtsnachfolger des in dem Urtheile bezeichneten Gläubigers — erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird. (§. 665.) In den Fällen der §. 664, 665 darf die vollstreckbare Ausfertigung nur auf Anordnung des Vorsitzenden erteilt werden. Vor der Entscheidung kann der Schuldner gehört werden. (§. 666.) Kann der nach den §§. 664, 665 erforderliche Nachweis durch öffentliche Urkunden nicht geführt werden, so hat der Kläger bei dem Proceßgericht erster Instanz aus dem Urtheile auf Ertheilung der Vollstreckungsclausel Klage zu erheben. (§. 667.)“

Die beiden Fälle, welche durch die vorstehenden Bestimmungen der deutschen Reichs-Civilproceß-Ordnung getroffen werden, sind folgende:

1. A. hat im Proceße gegen B. eine Forderung ersiegt. Doch lautet die Verurtheilung nicht auf eine pure zu prästirende Leistung; die Leistung des B. an den A. ist von dem Eintritte irgend

*) Gerichtshalle, 1880, Nr. 61 und 62.

einer Thatsache, also von einer Bedingung abhängig gemacht, deren Erfüllung A. zu beweisen hat, wenn er die Vollstreckung des Urtheils begehrt.

„Wo solchergestalt erst der Eintritt einer Thatsache erheischt wird, erscheint es bedenklich, die Vollstreckbarkeit der bedingten Verurtheilung ohne Weiteres zu bewilligen und dem Gerichtsvollzieher die Prüfung zu überlassen, ob die Bedingung erfüllt ist. Andererseits hat man nochmaligen Anruf des Gerichtes um Erledigung durch ein Urtheil ersparen wollen. Deshalb wird der zuverlässige und wie man annimmt, unschwierige Beweis durch öffentliche Urkunde gefordert. Indessen ist der Beweis durch öffentliche Urkunde, wenn man es auch in der Regel mit einem einfachen notariellen oder sonstigen öffentlichen Zeugniß zu thun haben wird, ein solcher, der eine Prüfung nach legalen Regeln verlangt. Deshalb wird doch die Erledigung nicht dem Gerichtsschreiber allein übertragen. (§. 666, Abf. 1.)“ (Endemann, D. C. P. III. S. 140, 141.)

2. C. hat gegen B. eine Forderung ersiegt. Die Forderung erscheint also durch ein Urtheil formalisirt. An die Stelle des obstehenden Gläubigers C. tritt nun sein Rechtsnachfolger A., der ebenjogut ein Singularsuccessor in das Recht aus dem Urtheile als ein Universalsuccessor sein kann. Die Vollstreckungsclausel kann in diesem Falle zu Gunsten des A. erteilt werden, trotz des Wechsels in der Person, aber nur unter der Bedingung, daß die Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird. Andernfalls hat A. auf Ertheilung der Vollstreckungsclausel gegen B. eine neuerliche Klage zu erheben und auch seinerseits ein Urtheil gegen denselben zu erwirken.

Wir haben diese beiden Fälle an der Hand der deutschen Reichs-Civilproceß-Ordnung exponirt, um nunmehr jene Rechtsätze festzustellen, die in unserem Civilproceße auf dieselben Anwendung finden. Hierbei legen wir unser vorzüglichstes Augenmerk auf den zweiten Fall, der in der Praxis fast regelmäßig mißverstanden und falsch entschieden wird. Des ersteren Falles gedenken wir hier nur aus dem Grunde, weil er eine entfernte Analogie mit dem zweiten an sich trägt.

Vorausgeschickt mag hier noch die Bemerkung werden, daß im österreichischen Proceßrechte regelmäßig nur das Proceßgericht berufen ist, die Vollstreckbarkeit seines Urtheiles zu prüfen (Hfd. vom 10. Nov. 1804, J. G. S. Nr. 702) und den ersten Ere-

cutionsgrad zu bewilligen, resp. wegen dessen Vornahme das Erforderliche zu veranlassen.

ad 1. Dieser Fall ist in unserer Civilproceßgesetzgebung ausdrücklich vorgehen. Ein Hofd. v. 10. Feb. 1785, J. G. S. Nr. 387, verordnet nämlich wie folgt: „Wenn das Urtheil die Bezahlung auf ein vorläufiges Bedingniß gesetzt hat, kann ein solches nur bedingnißweise ergangenes Urtheil die unmittelbare allsogleiche Execution nicht nach sich ziehen, sondern wird ein zweites Urtheil erfordert, welches erkennt, ob das in dem ersten Urtheile bestimmte Bedingniß erfüllt sei.“

Die Erfüllung der Bedingung muß also durch eine Urkunde nachgewiesen werden, die die gleiche processualische Kraft hat, wie das „bedingnißweise ergangene Urtheil“ selbst, mit anderen Worten durch eine Urkunde, die sonst geeignet wäre, einen Executionstitel abzugeben. (§. 298 allg. G. D.) Es genügt also nach österreichischem Rechte nicht, wie dies nach der deutschen Reichs-Civilproceß-Ordnung der Fall ist, daß die Erfüllung der Bedingung (die sog. Purification des Urtheils) durch eine öffentliche Urkunde, die den Voraussetzungen des §. 298 allg. G. D. bez. der diesen Paragraphen ergänzenden gesetzlichen Normen nicht entspricht, dargethan wird.

Anderß steht die Sache dann, wenn das Urtheil auf einen Eid lautet, wenn dasselbe also nicht materiell, sondern formell bedingt ist. Für diesen Fall processualischer Bedingtheit bestimmt das Hofd. v. 15. Dec. 1794, J. G. S. Nr. 207, Folgendes: „Über den Haupt- oder Erfüllungseid, der durch Urtheil vorbehalten oder aufgetragen worden, bedarf es keines weiteren Urtheiles, sondern es ist nur der Fall, ob der Eid abgelegt oder nicht abgelegt worden, mittelst Bescheides von Gerichtswegen zu bezeugen.“ Das richterliche Zeugniß besteht hier bekanntlich entweder in einer Abschrift des Rathsprötokolles, in das der abgeschworene Eid eingeschaltet worden ist, oder in der Erledigung des Gesuches, mittelst dessen die Tagssatzung zur Abschwörung des Eides ange-sucht worden war. (Hofd. vom 19. Oct. 1784, J. G. S. Nr. 63.)

ad 2. Die Frage, die hier vom Standpunkte des österreichischen Civilproceßrechtes zu beantworten ist, ist folgende: Unter welchen Voraussetzungen ist ein Executionsgesuch zu bewilligen, welches sich stützt auf ein Urtheil oder einen sonstigen Executionstitel, der nicht erst vom Executionsführer, sondern schon von seinem Rechtsvorgänger erlangt worden war?

Darf man nach österreichischem Rechte, ähnlich wie im deutschen Reichs-Civilproceße behaupten, dem Executionsgesuche müsse schon dann stattgegeben werden, wenn die Rechtsnachfolge bei Gericht notorisch oder im Executionsgesuche durch beliebige öffentliche Urkunden nachgewiesen ist? Oder soll auch im letzteren Falle das Executionsgesuch abschlägig beschieden und dem Executionsführer die Weisung ertheilt werden, vorerst seinerseits ein Urtheil oder einen Executionstitel gegen den B. zu erwirken, in welchem als der Berechtigte nicht der Rechtsvorgänger C., sondern er, der B., bezeichnet erscheint?

Principiell wird man sich für das Letztere entscheiden müssen. Dem besondere Bestimmungen für den Fall der Rechtsnachfolge in einen urtheilsmäßig formalisirten Anspruch finden wir in unserer ganzen Civilproceßgesetzgebung nicht. An der Spitze (§. 298) des von der Execution handelnden (31.) Capitels unserer Gerichtsordnung steht der Grundsatz, daß die Execution nur über einen sog. Executionstitel ertheilt werden solle. Und von diesem Grundsatz sind Abweichungen, wie sie die deutsche Reichs-Civilproceß-Ordnung kennt, überhaupt nicht zugelassen. Der Successor, der um Execution ansucht, muß also nicht allein in einer dem §. 298 allg. G. D. entsprechenden Weise darthun, daß seinem Rechtsvorgänger der zu vollstreckende Anspruch zustand, sondern er muß auch — und zwar ganz in derselben Weise, d. i. durch einen richterlichen Spruch, einen gerichtlichen Vertrag oder einen anderweitigen sog. Executionstitel — seine Succession in das Recht seines Vorgängers dem Beklagten gegenüber nachweisen.

Die Thatsache der Rechtsnachfolge kann also nach österreichischem Rechte dem Richter nicht gewiß gemacht werden durch öffentliche, dem Executionsgesuche beiliegende Urkunden, die nicht sog. Executionstitel abgeben; auch genügt es nicht, wenn diese Thatsache dem Gerichte offenkundig wäre.

Dieses aus dem Wortlaute des Gesetzes folgende und unseres Erachtens unanfechtbare Resultat wollen wir nunmehr in seiner Anwendbarkeit auf einzelne Fälle näher betrachten.

Eine urtheilsmäßig erstrittene Forderung kann auf einen Andern übergehen entweder im Wege der Universalsuccession, oder im Wege der Singularsuccession. Die erstere erfolgt nur mortis causa in der Erbfolge; die letztere bald inter vivos, wie im Falle der Cession, und bald ebenfalls mortis causa, wie beim Legat.

a) Der Erbe, der auf Grund des vom Erblasser erwirkten Urtheiles um die Execution ansucht, wird dem Executionsgesuch nebst dem rechtskräftig gewordenen Urtheile auch die Einantwortungsurkunde anschließen, aus welcher hervorgeht, daß ihm der Nachlaß, zu dem auch der fragliche Anspruch gehört, gerichtlich eingewantwortet worden sei. Unserer Praxis genügt diese vollkommen; kein Richter in Oesterreich wird ein solches Executionsgesuch zurückzuweisen bereit sein. Und doch kann unseres Erachtens die aufrecht erfolgte Erledigung eines solchen Executionsgeschäftes mit den einschlägigen Bestimmungen unserer Gesetzgebung nicht in Einklang gebracht werden. Verfehlt wäre es insbesondere, sich auf den §. 19, Alln. 3 des kais. Patentes vom 9. August 1854, R. G. Bl. Nr. 208, über das Verfahren außer Streitfachen zu berufen, der da jagt: „Auf die in nicht streitigen Rechtsachen ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen kann auch die Execution nach den Vorschriften der Civilproceßordnung geführt werden.“ Denn es ist wohl recht bedenklich, die „Einantwortungsurkunde“ eine richterliche „Entscheidung“ zu nennen; und zudem kann die Execution auf Grund der im Verfahren außer Streitfachen ergangenen Verfügungen nur gegen jene Personen stattfinden, welche bei dem bezüglichen officiösen Verfahren unmittelbar theilhaft sind. (Schuster, Commentar zum Gesetze über das Verfahren außer Streitfachen, 2. Aufl. S. 38). Es wird aber Niemand behaupten wollen, daß durch die Verlassenschaftsabhandlung die Frage der Rechtsnachfolge in rechtskräftiger Weise den Schuldnern gegenüber entschieden worden sei.

b) Dasselbe gilt wohl auch vom Legatar, der die ihm legitirte und bereits für den Erblasser in einem Urtheile formalisirte Forderung eintreiben will. Auch hier wird sich die Praxis mit einer den Forderungsübergang bestätigenden Urkunde der Verlassenschaftsinstanz begnügen. Doch kann man auch eine solche Beurkundung nicht als eine Entscheidung gelten lassen, die dem an dem Abhandlungsverfahren nicht theilhaftigen Schuldner präjudiciren und das Recht benehmen soll, den Rechtsbestand der legitirten Forderung anzufechten.

c) Am häufigsten kommt es vor, daß der Cessionar, der Gläubiger wurde, erst nachdem der Cedent die Forderung im Proceße erjagt hatte, eine Execution gegen den debitor cessus anstrengt und seinem Gesuche lediglich das Urtheil und die von dem

Cedenten dem Cessionar ausgestellte Cessionserklärung — in der Regel also eine Privaturfunde — beilegt.

In einem derartigen Falle hat der oberste Gerichtshof die richtige Ansicht mit treffenden Worten vertreten und es ist nur zu bedauern, daß die damals ausgesprochenen Erwägungen bei den Gerichten noch immer nicht allenthalben Anklang gefunden haben. Die Entscheidung wurde seiner Zeit in der Gerichtshalle (1869, S. 127) mitgetheilt und findet sich auch in der Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes, von Glaser, Unger und v. Walthner, VI. Band, Nr. 3153. Es ist dies die Entscheidung vom 10. Nov. 1868, Nr. 10742 (Aufhebung der Decrete des B. G. Mariahilf in Wien vom 11. August 1868, Nr. 12567 und des österreichischen D. L. G. vom 26. August 1868, Nr. 16194). Der Sachverhalt ist folgender. Dem rechtskräftigen Urtheile, wodurch B. dem C. zur Zahlung von 15 fl. condemnirt worden war, indossirte C. die Cession der Forderung an A., welcher nun unter Vorlage dieses Documentes die Execution gegen B. begehrte. Das in erster Instanz abgewiesene Gesuch wurde vom D. L. G. bewilligt. Auf den Recurs des B. hat der oberste Gerichtshof „in Erwägung, daß A. die in seinem Executionsgesuche gegen B. geltend gemachten Rechte, soweit sie ihm persönlich zustehen, aus einer Privaturfunde, nämlich aus der Cession ableitet, auf deren Grund er wohl nach §. 298 allg. G. D. zu einer Executionsklage, allein nicht zur unmittelbaren Executionsführung im Sinne des §. 301 ebendort berechtigt ist“, mit Abänderung der untergerichtlichen Verordnungen dem Gerichte erster Instanz die Vorbecheidung des Gesuches des A. als Executionsklage nach §. 298 allg. G. D. und Hofd. vom 7. Mai 1839, J. G. S. Nr. 358, aufgetragen.

Einer anderen Anschauung huldigte der oberste Gerichtshof in einer Entscheidung vom 12. Dec. 1877, J. 14575. (Bestätigung der gleichförmigen Decrete des Bezirksgerichtes Neutitschein vom 22. August 1877, J. 6913 und des Oberlandesgerichtes Brünn vom 9. Oct. 1877, J. 9637.) Hier handelte es sich um folgenden Fall. C. cedirte die Forderung von 463 fl. 35 kr., beziehungsweise von 158 fl. 35 kr., welche ihm mit dem Urtheile vom 11. Nov. 1868 gegen B. zuerkannt worden war, an A. Als A. von B. mit der Klage vom 1. Juli 1876 auf Zahlung von 225 fl. geklagt wurde, suchte A. auf Grund des obigen rechtskräftigen Urtheiles und der Cession vom 27. Sept. 1870 gegen

B. um die executive Pfändung der Forderung per 225 fl., welche C. gegen ihn eingeklagt hat und eventuell gegen ihn erliegen wird, an. In erster und zweiter Instanz wurde die angesuchte Pfändung bewilligt, weil die Einwendung des Recurrenten B., daß A. einen richterlichen Spruch gegen ihn nicht erwirkt habe, daß die Cession ohne seine (B.) Beziehung zu Stande gekommen sei, und daß er den A. als redlichen Übernehmer der Forderung nicht anerkenne, im Gesetze nicht begründet ist, da die Rechte des Cessionars mit den Rechten des Cedenten rücksichtlich der übertragenen Forderung die gleichen sind (§. 1394 a. b. G. B.), da die Beziehung des Cessus zur Cession nicht erforderlich ist und demselben das Recht der Oppositionsklage (!) auf Grund des §. 1395 a. b. G. B. unbenommen bleibt. Dem a. o. Revisionsrecurse des B. wurde vom obersten Gerichtshofe nicht stattgegeben. (Gerichtszeitung, 1878, Nr. 77.)

Unrichtig ist auch die Entscheidung des österr. Oberlandesgerichtes vom 11. Sept. 1878, Z. 15913 (abändernd die Entscheidung des Bezirksgerichtes Burkersdorf vom 29. Juli 1878, Z. 3277). Hier hatte die erste Instanz ein Gesuch der Sparcasse der Stadt E. als Cessionarin der Firma Brüder R. um neuerliche Anordnung einer dritten Teilbetungstagsfahrt zur executiven Veräußerung der den Schuldnern Franz und Leopoldine B. gehörigen Realitäten abgewiesen. Die Abweisung wurde folgendermaßen motivirt. Wenn es auch in der vorgelegten, mit der legalisirten Unterschrift der beiden Executen versehenen Cession heißt, daß die Firma Brüder R. der Sparcasse in E. einen Theilbetrag von 4000 fl. c. s. c. sammt den erworbenen Executionen abtritt, so kann doch weder diese Abtretung noch das urkundliche Einverständnis der Executen den mangelnden Executionstitel ersetzen. Ein solcher besteht gemäß §. 298 allg. G. D. ausschließlich in einem gerichtlichen Spruch oder gerichtlichen Vertrage, wozu nach §. 3 der Not. Odg. noch die vollstreckbaren Notariatsacte hinzukommen. Es kann demgemäß ein Executionsanspruch weder durch einen (nicht nach §. 298 allg. G. D. formalisirten) Vertrag erworben, noch ein bereits erworbener im Wege der (nicht nach §. 298 allg. G. D. festgestellten) Einzelnachfolge übertragen werden. Das Oberlandesgericht hat dem Recurse der Sparcasse E. als Cessionarin der Firma Brüder R. Folge gegeben, und zwar in der Erwägung, daß die Brüder R. als Cedenten der Recurrentin, in Ansehung ihrer Forderung per 5450 fl. c.

s. c. bereits die Realexecution wider die Executen erwirkt hatten, und daß in Durchführung derselben bereits der dritte Termin zur executiven Versteigerung der den Executen gehörigen Realitäten angeordnet worden ist, in der Erwägung, daß die Brüder R. laut der Cession vom 21. Februar 1878 von dieser ihrer Forderung nunmehr einen Theilbetrag von 4000 fl. sammt Nebengebühren nebst allen in Ansehung ihrer Forderung erworbenen Executionen an die Recurrentin cedirten und in der Erwägung, daß die Rechte des Cessionars gemäß §. 1394 a. b. G. B. mit jenen des Cedenten identisch sind, weshalb der Recurrentin als Rechtsnachfolgerin nach den Brüdern R. nicht verjagt werden kann, von dem auf sie übertragenen Rechte durch Fortsetzung der bereits eingeleiteten Execution gegen die Schuldner Gebrauch zu machen. (Gerichtszeitung, 1878, Nr. 104.)

Zum Schlusse möge uns noch die Bemerkung gestattet sein, daß die Praxis häufig das Indossament auf dem Wechsel einer Cession der Wechselforderung von Seite des Indossanten an den Indossatar gleichstellt. Hat nun der Indossant vor der Girirung des Wechsels eine Zahlungsaufgabe gegen den Acceptanten erwirkt, die inzwischen rechtskräftig geworden ist, so hat das Indossament nach der Anschauung unserer Gerichte die Wirkung, daß das Executionenrecht auf den Indossatar übergeht. (Vgl. Gerichtszeitung, 1858, Nr. 142 und Gerichtshalle, Jahrg. II., Nr. 25.) Zu welchen Inconvenienzen diese Ansicht führt, zeigt der folgende in neuerer Zeit dem obersten Gerichtshofe vorgelegene Fall (Entsch. vom 30. Juli 1878, Z. 18719; Bestätigung des Decretes des Handelsgerichtes Wien vom 13. April 1878, Z. 63167, Abänderung des Decretes des österreichischen Oberlandesgerichtes vom 28. Mai 1878, Z. 9086.). C., welcher einen Wechsel durch Giro erworben hatte, erwirkte gegen den Acceptanten B. die wechselrechtliche Zahlungsaufgabe, worauf er, am 2. März 1878, den Wechsel sammt allen erworbenen Rechten an A., welcher Aussteller und Girant des Wechsels war, girirte. Das von A. gegen B. eingebrachte Gesuch um executive Mobilarpfändung wurde in erster Instanz bewilligt, dagegen über den von B. ergriffenen Recurs in zweiter Instanz abgewiesen, weil A. Aussteller des Wechsels war und B. als Acceptant desselben bisher keine Gelegenheit hatte, die ihm aus diesem wechselrechtlichen Verhältnisse gegen A. zustehenden Einwendungen geltend zu machen, weshalb letzterer aus dem Giro vom 2. März 1878 umsoweniger ein Executionenrecht gegen B.

ableiten kann, als er durch Einlösung des Wechsels nur seine Regreßpflicht erfüllte und daher, wenn er seinerseits gegen den Acceptanten vorgehen will, mit einer neuerlichen Klage gegen ihn aufzutreten hat. Über den von A. ergriffenen Revisionsrecurs bestätigte der oberste Gerichtshof die Entscheidung der ersten Instanz in der Erwägung, daß durch den Giro vom 2. März 1878 alle dem C. wider den Beklagten zugestandenen Rechte, rüchftlich Klage- und Executionrechte an den Recurrenten übergegangen sind, und daß, da die von C. gegen B. erwirkte Zahlungsauf- lage in Rechtskraft erwachsen ist, sofort dem vom Recurrenten gestellten Begehren um Bewilligung der executiven Mobilien- pfändung Folge zu geben war und nicht darauf eingegangen werden konnte, daß Recurrent auch Aussteller des Wechsels ist.“

Der Fall ist aus zwei Gründen unrichtig beurtheilt. Einmal kann man nicht sagen, daß die Forderung des C. durch das Giro auf A. übergegangen ist und dann ist dieser Übergang, falls man ihn auch gelten lassen wollte, nicht im Sinne des §. 298 allg. G. O. formalisirt.

XVI. *)

Materielle Voraussetzung der rechtsgiltigen Execution ist, daß auch noch im Momente der Executionsbewilligung der Executionstitel, im materiell-rechtlichen Sinne des Wortes, also z. B. wie Judicatsobligation fortbesteht. Es ist also eine Execution nicht rechtsgiltig, wenn die Judicatsobligation durch dem Urtheile nach erfolgte Facta, wie Zahlung, Novation, Erlassung der Schuld wieder aufgehoben worden ist. Daraus folgt aber keineswegs, daß der Executionsführer in seinem Gesuche nicht allein die Entstehung der Judicatsobligation, sondern überdies noch nachweisen müsse, daß die Forderung nicht gezahlt, nicht novirt, nicht erlassen worden sei u. Es muß auch hier „Sonne und Wind gleich vertheilt werden“ (Unger). Die Execution wird bewilligt, wenn aus dem Executionsgesuche die Entstehung des Executionstitels apparirt, und es bleibt dem Executen überlassen, liberirende facta subsequenteria nachträglich darzuthun und die Execution oder deren Erfolg rückgängig zu machen (Hofdecret vom 22. Juni 1836, Nr. 145 J. G. E.). Der Richter hat es also vorläufig für wahr

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1882, Nr. 6.

zu halten, wenn der Executionsführer das Ausgebliebensein der schuldigen Zahlung ausdrücklich oder stillschweigend behauptet. Falsch ist es, in dem Ausbleiben der Zahlung eine Bedingung des Executionrechtes im technischen Sinne des Wortes zu sehen. Das Ausbleiben der Zahlung kann nicht einmal eine sogenannte *conditio juris* des Executionrechtes genannt werden. Dies freilich nur dann nicht, wenn der Begriff der *conditio juris* nicht identificirt wird mit Voraussetzung eines Rechtserfolges überhaupt, sondern auf jene Fälle beschränkt wird, wo die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäftes, gleichwie durch eine gewillkürte Bedingung, von Rechtswegen durch ein künftiges, noch ungewisses Ereigniß suspendirt ist. (D. H. Wendt, Das bedingte Forderungsrecht, S. 19.)

Wie steht aber die Sache dann, wenn es sich um Vollstreckung eines gerichtlichen Vergleiches handelt, in welchem zur Zahlung der eingeklagten und anerkannten Forderung eine Frist mit zwischenweiliger Verzinsung oder die Abstattung in Raten mit der Clausel festgesetzt ist, daß im Falle eines Saumsfalls in der Berichtigung der Zinsen oder der Capitalsraten ohne Weiteres mit Verlust jedes Termines die ganze Schuld in Haupt- und Nebensache eingetrieben werden könne? Es scheint hier die Berechtigung, die ganze Forderung zu erequiren, von einer Bedingung abhängig gemacht zu sein, nämlich von der negativen Bedingung, daß eine Zinsen- oder eine Ratenzahlung ausbleibt. Für Executionstitel, in welchen die Leistungspflicht nicht pure, sondern conditionaliter formalisirt ist, kommt regelmäßig das Hofdecret vom 10. Februar 1785, Nr. 387 J. G. E. zur Anwendung, des Inhaltes, daß, wenn ein Urtheil die Bezahlung auf ein vorläufiges Bedingniß gesetzt hat, daselbe die unmittelbare und alljogleiche Execution nicht nach sich zieht, sondern ein zweites Urtheil erfordert, welches erkennt, ob das in dem ersten Urtheile bestimmte Bedingniß erfüllt sei. (Vgl. oben Nr. XV.) Unsere Praxis hat mit gesundem Blicke erkannt, daß dieses Hofdecret auf unsere Vergleiche nicht paßt, vielmehr die Bestimmungen über die Vertheilung der Beweislust bei Geltendmachung einer Conventionalstrafe anwendbar sind. Es kann unseres Erachtens keinem Bedenken unterliegen, bei derartigen Vergleichen in der Verpflichtung, die ganze Capitalforderung sammt Nebengebühren sofort oder auf einmal zahlen zu müssen, eine Conventionalstrafe zu erblicken, welche den Beklagten trifft, falls er die im Vergleiche stipulirten Zinsen oder Raten-

zahlungen nicht pünktlich einhält. Der Schuldner, von dem die Zahlung der Conventionalstrafe in Anspruch genommen wird, hat die Erfüllung seiner durch Conventionalstrafe gesicherten Verpflichtung darzuthun; es braucht nicht der Gläubiger den Beweis der Nichterfüllung zu führen. Man sieht die Sache so an, als sei nur die Conventionalstrafe in obligatione, u. z. pure geschuldet, die andere Leistung des Schuldners dagegen in solutione. Die römischen Juristen bezeichneten die zur Sicherung einer Obligation geschlossene Pönalstipulation bloß der äußeren Formähnlichkeit wegen als sub conditione geschlossene Stipulation, behandelten sie aber in vielen wesentlichen Punkten, namentlich bezüglich der Nativität der Klage und bezüglich der Bestandtheile ihres Klagegrundes, ganz verschieden von der unter einer wirklichen Bedingung im engeren Sinne geschlossenen Stipulation (Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes, 5. Aufl., 2. Bd., S. 111; Wegell, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., S. 150, 151; H. Gerber, Beiträge zur Lehre vom Klagegrunde und der Beweislast, S. 81 ff.; Maxen, Über Beweislast, Einreden und Exceptionen, S. 221 ff.). Auf unsere Vergleiche angewendet, gibt das Gesagte als Resultat: Beklagter ist vermöge gerichtlichen Vergleiches bei Execution verpflichtet, die ganze Forderung sogleich zu bezahlen; er kann aber dieser Verpflichtung auch dadurch gerecht werden, daß er, wie vereinbart, Raten zahlt, beziehungsweise mittlerweile Zinsen entrichtet. Der Executionsführer verlangt Execution wegen der ganzen verfallenen Forderung; dem Executen bleibt es überlassen, darzuthun, daß er die Ratentermine pünktlich eingehalten, die Zinsen rechtzeitig entrichtet habe (vgl. Glaser-Unger-Walther Nr. 6292).

Se einfacher und befriedigender die hier im Einklange mit der täglichen Übung der Gerichte gefundenen Ergebnisse sind, desto mehr muß es befremden, daß der oberste Gerichtshof mitunter dem hier entwickelten Gedankengange zuwider judicirte, offenbar stutzig gemacht durch den Umstand, daß der fragliche Vergleich nicht in einem gerichtlichen Instrumente, sondern in einem vollstreckbaren Notariatsacte (§. 3 N. D.) enthalten war. Wir finden diesen Mißgriff in der Entscheidung vom 13. October 1874, (Glaser-Unger-Walther Nr. 5501) und in der Entscheidung vom 11. Jänner 1877 (Glaser-Unger-Walther Nr. 6348). Es scheint da fast, als ob der oberste Gerichtshof den in dem §. 3 N. D. ausdrücklich enthaltenen Passus, daß die qualifizierten

Notariatsacte „gleich den vor Gericht abgeschlossenen Vergleichen executionsfähig“ seien, übersehen, oder der Ansicht gehuldigt habe, die Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner sei inhaltlich eine andere, je nachdem sie vor dem Richter oder vor dem Notar getroffen und redigirt werde. Es fehlt übrigens nicht an entgegengeetzten, also richtigen Entscheidungen des obersten Gerichtshofes in derselben Frage. Dahin gehören die Entscheidung vom 1. Juni 1875 (Glaser-Unger-Walther Nr. 5742); die Entscheidung vom 21. Nov. 1876 (Glaser-Unger-Walther Nr. 6292); auch wohl die Entscheidung vom 2. April 1878 (Glaser-Unger-Walther Nr. 6895).

Dieses Hin- und Herchwanken des obersten Gerichtshofes war natürlich für die betheiligten Kreise befremdlich. Es ist auch Nichts nachtheiliger für die Rechtspflege, als wenn die Gerichte in Rechtsfragen heute schwarz, morgen weiß und übermorgen wieder schwarz entscheiden. Wir möchten da an die goldenen Worte Heyßler's erinnern, der sagt: „Für das praktische Leben ist Stetigkeit der Spruchpraxis noch wichtiger, als die Trefflichkeit der einzelnen Entscheidung. Auch gegen eine irrige Jurisprudenz, wenn sie consequent gehandhabt wird, weiß sich die Praxis zu helfen: abspringende Heuristik aber, die jedem Proceß Chancen gewährt, demoralisirt Parteien und Vertreter“ (Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. II., S. 100, Anm. 40). Am meisten empfand dies in unserer Frage der Stand der Notare, und es ist begreiflich, wenn dem obersten Gerichtshofe die Anregung zu einer principiellen Entscheidung derselben von einem Notar (Dr. Giorgio Piccoli in Triest) gegeben wurde. Das Präjudicat erließ am 16. October 1877, ist im Judicatenbuche sub Nr. 100 eingetragen und lautet: „Zur Bewilligung der Execution auf Grund einer mit den Erfordernissen des §. 3 der Notariatsordnung vom 25. Juli 1871, Nr. 75 N. G. B., versehenen notariellen Verpflichtungsurkunde über eine Forderung mit der Clausel der Fälligkeit der ganzen Summe beim Eintritte eines Saumsjals in der Berichtigung gewisser Zins- oder Capitalsraten — wenn wegen eines solchen Saumsjals unmittelbar der Weg der Executionsführung zur Hereinbringung der verfallenen Zahlung des ganzen Capitals oder Capitalsrestes betreten wird — ist nicht erforderlich, daß von dem Executionsführer auch noch überhaupt und insbesondere durch eine öffentliche Urkunde ein Beweis darüber bei-

gebracht werde, daß die betreffende Zins- oder Capitalsrate nicht berichtigt worden sei.“ Bezüglich der sorgfältig gearbeiteten Motive zu diesem Plenarbeschlusse verweisen wir auf die Glaser-Unger-Walther'sche Sammlung Nr. 6577, Bd. XV. S. 330 bis 332, und bemerken nur, daß dem obersten Gerichtshofe der von uns vertretene, unseres Erachtens entscheidende Gesichtspunkt unbekannt geblieben zu sein scheint.

XVII. *)

Oben sub Nr. XV. haben wir die formellen Voraussetzungen erörtert, unter welchen auf Grund eines vom Rechtsvorgänger erwirkten Urtheiles der Rechtsnachfolger die Execution ansuchen dürfe und sind dabei zu dem unbefriedigenden Ergebnisse gelangt, daß das österreichische Civilproceßrecht, auch was die Succession in die Parteienrollen im Executionsstadium anbelangt, eine erhebliche Lücke aufweist, eine Lücke, die zwar unserer Praxis bisher nicht recht zum Bewußtsein kam (vergl. jedoch Glaser-Unger-Walther Nr. 3153), die aber unseres Erachtens jedenfalls eine Ausfüllung durch den Rechtsatz heischt, daß die Execution dem Rechtsnachfolger des im Urtheile bezeichneten Gläubigers schon dann, aber auch nur dann auf sein bloßes Gesuch hin ertheilt werden dürfe, wenn die Rechtsnachfolge bei dem Gerichte offenkundig ist, oder durch öffentliche Urkunden nachgewiesen wird (vergl. z. B. §. 665 der deutschen C. P. O.).

Setzt wollen wir den Fall in Betracht nehmen, daß eine Succession eintritt in eine Forderung, welche zu Gunsten des Rechtsvorgängers in einem vollstreckbaren Notariatsacte (§. 3 N. O.) formalisirt ist.

In dem Eingang's citirten Aufsätze haben wir nachgewiesen, daß nach dem strengen Wortsinne unserer Civilproceßgesetze der Executionsführer alle Thatfachen, aus denen ihm ein vollstreckbares Recht gegen den Schuldner erwachsen ist, durch solche Instrumente liquid zu stellen habe, welche zu der Kategorie der sogenannten Executionsmittel im formell-rechtlichen Sinne des Wortes gehören. Ein Ausfluß dieses Principes ist das Hofdecret vom

10. Februar 1785, Nr. 387 J. G. S., betreffend die Purification eines ein suspensiv bedingtes Recht formalisirenden Urtheiles.

Verlassen ist diese unseres Erachtens ohnedies nicht haltbare Formenstrenge im §. 3, Alinea 2 N. O., welcher, wenigstens für die vollstreckbaren Notariatsacte, verordnet, es sei für den Fall, als die Verbindlichkeit von dem Eintritte einer Bedingung oder eines nicht kalendermäßig festgestellten Zeitpunktes abhängig ist, zur Vollstreckbarkeit nur erforderlich, daß der Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunktes durch eine öffentliche Urkunde, die nicht gerade Executionstitel zu sein braucht, nachgewiesen werde. Für die die Succession in das Gläubigerrecht begründenden Thatfachen hat aber die Notariatsordnung diese Erleichterung nicht geschaffen, offenbar da die Praxis es mit diesen Thatfachen ohnedies viel lazer nimmt. Der principielle Standpunkt, welchen unsere Gerichte einhalten, ist nämlich der, daß sie für den Thatbestand der Succession nur einen mehr oder weniger verlässlichen primafacie-Ausweis des Executionsführers dem Richter gegenüber verlangen, ähnlich dem Ausweise, den der für die Partei einschreitende Vertreter als solcher dem Richter unterbreitet. Die Gleichbehandlung der legitimatio ad causam mit der legitimatio ad processum ist Einem nahegelegt durch den Gedanken an die Geschichte der Cession, welche sich aus einem mandatum ad agendum durch das Medium der procuratura in rem suam herausbildete. Obige Auffassung der Praxis ist im Hinblick auf unser positives Recht ganz inconsequent, indem für den einen Bestandtheil des Thatbestandes, für die objective Existenz der Forderung, Feststellung inter partes, und für den anderen Bestandtheil, nämlich das Verknüpftsein der Forderung mit der Person des gegenwärtigen Executionsführers, nur eine einseitige Glaubhaftmachung dem Richter gegenüber gefordert wird.

Zu den verschiedenen Successionsfällen möchten wir folgende Bemerkungen machen. Der Erbe, der auf Grund eines für den Erblasser geschaffenen vollstreckbaren Notariatsactes um Execution nachsucht, wird dem Executionsgesuche auch die Einantwortungsurkunde anschließen, aus der hervorgeht, daß ihm der Nachlaß, zu dem auch die fragliche Forderung gehört, eingantwortet sei. Unserer Praxis genügt diese Darlegung vollkommen; kein Richter in Oesterreich wird ein solches Executionsgesuch zurückzuweisen bereit sein.

*) Zeitschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 1882 Nr. 6, S. 42 f.

Daselbe gilt wohl auch vom Legatar, der die ihm legirte, schon für den Erblasser in einem vollstreckbaren Notariatsacte formalisirte Forderung eintreiben will. Auch hier wird man sich mit einer den Forderungsübergang bestätigenden Urkunde der Verlassenschaftsintanz begnügen.

Jedenfalls sollte aber die Praxis die Execution nicht ohne Weiteres bewilligen in dem Falle, wenn der Cessionar, der Gläubiger wurde, erst nachdem für den Cedenten ein vollstreckbarer Notariatsact geschaffen worden ist, die Execution gegen den debitor cessus anstrengt und seinem Gesuche lediglich den Notariatsact und die von dem Cedenten dem Cessionar ausgestellt Cessionserklärung — in der Regel also eine Privaturfunde — beilegt. (Glaser-Unger-Walther Nr. 7121?) Wir sagten „nicht ohne Weiteres“. Damit wollten wir andeuten, daß die Praxis von einem sonst häufig angewendeten Auskunftsmittel auch hier Gebrauch machen könnte, um über die Schwierigkeiten der Gesetzeslücke hinwegzukommen. Es genügte unseres Erachtens, die Successionsfrage als Incidenzpunkt zu behandeln und dieselbe in dem durch die Resolution vom 11. September 1784, Nr. 335 S. G. S. (Geller, Civilproceßgesetze, Nr. 87) vorgezeichneten sog. Fußarenproceße (Wriegleb) incidenter inter partes festzustellen.

Wesentlich anders liegt der Fall dann, wenn die Forderung des ursprünglichen Gläubigers im Executionswege dem neuen Gläubiger eingewantwortet und dem Ersteren der Notariatsact durch den Gerichtsvollzieher abgenommen und sohin dem Letzteren übergeben worden ist (§. 314 allg. G. D., §. 415 weifgal. G. D.). Hier wird wohl dem Executionsbegehren gegen den debitor cessus auf Grund des Notariatsactes und des executiven Einantwortungsbescheides ohne Weiteres stattgegeben werden.

In der Praxis kommt mitunter ein eigenthümlicher Fall einer Succession in die Parteienrolle des Beklagten, vor. Es kann nämlich in einem vollstreckbaren Notariatsacte (§. 3 N. D.) der Schuldner, außerdem, daß er persönlich zu haften erklärt, dem Gläubiger zu dessen Sicherheit auch eine Hypothek an seinem Gute bestellen und sich sowohl in seiner Eigenschaft als Personal-, als auch in seiner Eigenschaft als Hypothekarschuldner der sofortigen Execution unterwerfen. Wenn in einem solchen Falle das Pfandrecht auf dem Immoblie einverleibt ist und das Gut in

das bürgerliche Eigenthum eines Successors übergeht, so entsteht die Frage, „ob der Gläubiger berechtigt ist, gegen den Successor als Hypothekarschuldner mit dem Executionsproceße im Sinne des §. 3 N. D. vorzugehen“. Die Frage ist nach Exner, Osterreichisches Hypothekenrecht, S. 325, Anm. 4, damit zu bejahen, „wenn die sofortige Vollstreckbarkeit, sei es im Contexte des Einverleibungsvermerkes oder in einer besonderen Anmerkung, grundbücherlich apparirt“. In diesem Sinne entschied auch der oberste Gerichtshof in der Entscheidung vom 24. October 1876 (Glaser-Unger-Walther Nr. 6264) und das österreichische Oberlandesgericht in den bei Exner zusammengestellten Erkenntnissen. Eine andere Auffassung zeigt die Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 18. November 1873 (Glaser-Unger-Walther Nr. 5140) und die Entscheidung vom 28. Mai 1878 (Glaser-Unger-Walther Nr. 7000).