

IX

DIE LEHRE
VON DEN
PROCESSKOSTEN

NACH

ÖSTERREICHISCHEM PROCESS- UND PRIVATRECHT

MIT BERÜCKSICHTIGUNG DER

CIVILPROCESSORDNUNG FÜR DAS DEUTSCHE REICH

VON

DR. VICTOR WALDNER,

JURISTEN-PRÄFECT AN DER K. K. THERESIANISCHEN ACADEMIE.



DAR
PRÁVNICKÉ JEDNOTY
MORAVSKÉ.

WIEN, 1883.

ALFRED HÖLDER

K. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER

Rothenthurmstrasse 15.

SEINER EXCELLENZ

HERRN

DR. ANTON RITTER VON SCHMERLING,

Grosskreuz des Stefans- und des Leopold-Ordens etc., geheimen Rathes, Mitgliede
des Herrenhauses, ersten Präsidenten des k. k. obersten Gerichts-
und Cassationshofes, Curator der k. k. Theresianischen
Academie, Curator-Stellvertreter der kaiser-
lichen Academie der Wissen-
schaften in Wien
etc.

EHRERBIETIG GEWIDMET.

Vorwort.

Durch den Grundsatz, dass auch die unterlegene redliche Streitpartei kostenerstattungspflichtig sei, ist das Processkostenrecht auf gesunde gesetzliche Basis gestellt. Nicht so befriedigend sieht es in der deutschen und österreichischen Rechtsliteratur mit der wissenschaftlichen Darstellung der Materie — ihrer inneren dogmatischen Durchbildung — aus, die der reichen Casuistik der Praxis nicht selten die Antwort schuldig bleibt. Noch immer ist auch die juristische Natur der Rechtspflicht zum Kostenersatz eine Antwort wartende Frage. Dass sie keine Pönalpflicht sei, ist längst erkannt; dass sie keine Schadenersatzpflicht sei, wird längst gelehrt. Als eine Verbindlichkeit *sui generis* ohne privatrechtliche Wurzel erscheint sie der neueren Processwissenschaft. Ob mit Recht, möge das Folgende ergeben, das sich ein Doppeltes zum Ziele steckt. Zum Ersten: die Wiederprüfung des alten Rechtsgrundproblems auf rechtsgeschichtlicher Grundlage. Zum Andern (und mit Verwerthung der darüber gewonnenen Resultate): die schärfere und vollständigere dogmatische Detailbehandlung des Gegenstandes, unter Zugrundelegung des österreichischen Processkostenrechts, welches aber im Wesentlichen auch das der Civilprocessordnung für das deutsche Reich und des Entwurfes einer österr. Civilprocessordnung ist.

Es könnte befremden, dass der Titel des Werkes den Gegenstand auch als Theil des Privatrechts bezeichnet. Allein

die Processkosten sind ein Doppelgebilde: processualischen Ursprungs, materiellrechtlichen Wesens. Mit Unrecht haben sie die Processualisten bisher als Alleindomäne behandelt, während die Privatrechtswissenschaft von ihnen kaum gelegentlich Notiz nahm. Vielleicht vermag diese Arbeit die Ueberzeugung durchzubringen, dass ihnen ein Capitel auch im System des materiellen Rechts gebühre.

Wenn die Frage, ob auch der Vertretungsleister (Intervenant) zum Kostenersatz herangezogen werden könne, einen Excurs über das Institut der Vertretungsleistung im österr. Prozesse veranlasste, so mag diese Abschweifung durch den controversen Stand desselben in der heimischen Lehre entschuldigt sein. Und nicht minder drängte die Frage, ob als Streitgenossen beklagten und besieigten Solidarschuldern der Processkostenersatz solidarisch aufzulegen sei, eine Erörterung (des Wesens) der Gesamtschuldverhältnisse unabweislich auf.

So gebe ich denn nicht ohne Zagen diese Arbeit der Oeffentlichkeit. Möge sie die vaterländische Praxis und Wissenschaft nicht unwillkommen heissen!

Wien, im Juli 1882.

Victor Waldner.

Einleitendes.*)

Ist es zu viel, den Process mit seinen Opfern an Zeit, Geld und Mühen einen Passionsweg zu nennen? Dem enormen

*) Literatur: *Temmen, de litium expensis. Colon. 1720.* — *Leyser, Med. ad Pand. p. 83 et 84.* — *A. D. Weber, Die Processkosten, deren Vergütung und Compensation. 5. Aufl. 1811.* — *Henneman, Beiträge zur Rechtstheorie von Erstattung der Processkosten. 1789, 1792.* — *Emmerich, Ueber die Processkosten, deren Erstattung und Compensation. 1790—1792.* — *J. v. Schmidt gen. Phiseideck, Beitrag zu der Lehre von den Processkosten 1793.* — *Borst, Ueber die Erstattung der Processkosten als Schadenersatz nach Verunftprincipien und röm. Rechtsgrundsätzen. 1812.* — *Schweitzer im Arch. f. civ. Prax. I. S. 65 ff. (1820).* — *Gönnner, Handbuch I. 13, §. 7.* — *Gensler, Handbuch, Abh. 6, §. q ff. (1821).* — *Dernburg, Abh. aus dem Gebiete des gemeinen und französischen Civil- und Processrechts in vergleichender Darstellung 1849, S. 101 ff.* — *Bender im Arch. f. civ. Pr. Bd. 35, S. 240 ff.* — *Brackenköffl, Arch. f. prakt. R. W. Bd. 5, S. 85.* — *Martin, Lehrbuch §. 39 (und in seinem und Walch's Magazin I. S. 377).* — *E. H. Weber, Paraphrase zum Martin'schen Lehrb. S. 197 ff.* — *Weiske, Rechtslexikon VI. S. 198 ff.* — *Linde, Lehrbuch §. 119.* — *Heffter, System §. 276 ff.* — *Schmid, Handbuch §. 70, S. 193 ff.* — *Bayer, Vorträge S. 76 ff.* — *Osterloh, Lehrbuch des gem. Civ.-Proc. §. 158 ff. und der ord. bürgl. Proc. nach sächs. Rechte I. §. 196 ff.* — *Wetzell, System §. 46 u. §. 30.* — *Renaud, Lehrbuch §. 228 ff.* — *Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht I. §. 138.*

Koch, Preuss. Civilprocessrecht §. 537 ff. — *v. Freydnorf, Bad. Processordnung S. 493 ff.* — *Leonhard, Han. Processordnung S. 44 ff.*

Schlink, Commentar über die franz. Civilprocess-Ordnung II. S. 489 ff. — *Boncenne, Théorie de la procédure civile, t. II. p. 535.* — *Boitard, t. I. p. 520.* — *Carré-Chauveau, Lois de la procédure civile I. p. 568.*

Puchelt, Die Civilprocess-Ordnung für das deutsche Reich I. S. 316 ff. — *Endemann, Der deutsche Civilprocess. Erläuterungen I. S. 389 ff.*

Von österreichischen Schriftstellern: *Kunz, Lehre vom Ersatz und Compensation der Processkosten 1828 (ein fast wörtlicher Abdruck des Weber-Waldner, Processkosten.*

Bedarfe des modernen Staatsbudgets ist er eine durch die kostenlose Erhebungsform des Stempels ganz besonders nahegelegte Abgabenquelle; an den Richter, das gerichtliche Hilfspersonale, an Zeugen und Sachverständige sind Gebühren zu entrichten, dazu vornehmlich noch die Honorirung des Anwaltes, dessen Beistandschaft das dem Volksbewusstsein längst entwachsene Recht auch in Streitfällen ohne Anwaltszwang rätlich macht. Wie jeder Spatenstich zu einem Baue, hinterlässt jeder Schritt in dem Processaufbaue die unvermeidliche Kostenspur. Was Wunder, dass diese unerwünschte Begleitschaft des „Kampfes um's Recht“ schliesslich zu einer Summe anschwillt, die das Streitobject nicht selten übersteigt, stets doch in einem erheblichen Verhältnisse zu ihm steht.

Soll die siegreiche Processpartei diesen Aufwand auf eigener Schulter behalten? Wenn das, wäre der Process ein Selbstvernichtungsmechanismus, der das erstrittene Gut im Erstreiten verzehrte. Soll er aber um deswillen auch auf den besiegten redlichen Gegner überwältigt werden, so wird eine Verantwortung ohne Schuld aufgebürdet. Welcher Rücksicht gebührt der Vorrang?

Der römische und ihm folgend der gemeine Civilprocess mit seinen particulären Abstämmlingen (darunter der österreichischen Gerichtsordnung beider Redactionen) räumten ihn der letzteren Rücksicht ein; die Processordnung für das deutsche Reich und das österreichische Processrecht jüngster Entwicklung haben jedoch mit dieser Tradition gebrochen: sie entbinden die unterlegene, gutgläubige Streitpartei nicht mehr vom Kostenersatz; die Processkosten des Siegers sollen eine absolute, nicht mehr durch Verschulden bedingte Last des Besiegten sein.

schen Werkes. S. auch Wessely's Recension, Zeitschr. für österr. Rechtsgelehrs. 1829, III. 158—162). — Wildner, Ueber die Pflicht des Gerichtskostenersatzes im Jurist. Bd. I. (1839), S. 138—148. — Nippel, Comm. Bd. II, S. 467 bis 482. — Canstein, C. P. N. (1875), S. 70 ff. — Vornehmlich: Menger, Von den Processkosten in Grünhut's Zeitschr. Bd. VII. (1880), S. 656—664.

Erstes Buch.

A. Das historische Processkostenrecht.

I. Die Natur der Verpflichtung zum Processkostenersatz.

Die Theorien zur Lösung des Problems im Anschlusse an die Aussprüche der römischen Quellen.

§. 1.

Der wissenschaftlichen Betrachtung des Processkostenrechts steht vor Allem die Frage nach dem juristischen Wesen dieses Rechtsgebildes zu lösen, d. i. die Basis des höheren Rechtsinstitutes anzugeben, in dem es wurzelt.

Steckt diese Wurzel im Privatrecht und welches soll die privatrechtliche Mutter sein? Oder ist dieses Anhängsel jeder privaten Rechtsverfolgung selbst gar nicht privatrechtlicher Natur und ein geschlechtsloser Wildling, den man einfach für sich betrachten, doch nicht privatrechtlich subsumiren kann? Ohne diese Grundfrage klargelegt zu haben, wäre die Detaildarstellung des Kostenrechts ein fundamentloser Luftbau.

Das Problem ist noch ungelöst, nicht unbeantwortet. Seit jeher hat sich die Doctrin daran versucht, die privatrechtliche Wurzel der Kostenersatzpflicht aufzudecken. Man pflog diese Suche auf Grundlage der einschlägigen Aussprüche der römischen Quellen und diese lassen sich über die Frage der Kostenersatzung in einer sehr buntschillernden Weise aus. Während nämlich in einer Reihe von Stellen der Kostenersatz in eine ostensible Verbindung mit einem calumniösen Litigiren gebracht wird, fehlt in anderen diese Beziehung und ist nur

von einem Processiren mit oder ohne hinreichenden Grund die Rede; nach wieder anderen aber scheint der Besiegte als solcher die Kosten zu erstatten zu haben. Manche haben sich über diese antinomische Schwierigkeit dadurch hinweggeholfen, dass sie das ältere römische Recht mehr auf die Gesinnung (*calumniā*), das neuere mehr auf den objectiven Processerfolg Gewicht legen lassen. Andere halten jedoch an der einheitlichen Auffassung der justinianischen Compilation fest, und indem sie bald die eine, bald die andere Stellengruppe zum Stützpunkt nehmen, suchen sie sich mit den widerstreitenden Fragmenten, so gut möglich, abzufinden. So kommt es denn, dass sich folgende drei Anschauungen in der Doctrin festgesetzt haben: Der römische Process lege Kostenersatz auf, nur

a) wenn der Besiegte calumniös (*dolo, culpa lata*) gestritten;

b) selbst dann, wenn ihm nur der mindere Schuldgrad eines Versehens (*culpa levis*) zur Last falle;

c) ohne Rücksicht auf Verschulden, schlechthin als Folge des Processverlustes.

Mit dem zu prästirenden Schuldgrad ist nicht auch schon die Natur, der Rechtsgrund der Erstattungspflicht angegeben. Als diesen nun nimmt die Anschauung sub a die Kategorie der Privat- (Process-) Strafe. Demgemäss lehrt sie, die Auflegung des Kostenersatzes sei eine Calumnienstrafe.

Der Begründer und Vertreter der Anschauung sub b (Weber) hingegen kategorisirt den Kostenersatz als Schadenersatz *ex lege Aquilia*. Wir wollen die erste Auffassung als Straf-, die zweite als Schadenersatz-Theorie bezeichnen. Keine der beiden Theorien schlug durch. Was setzt aber die neuere Processwissenschaft, die sie ablehnt, an deren Statt? Indem sie sich principiell der Anschauung sub c zuneigt und Verschulden als Erstattungsrequisit preisgibt, musste es ihr um so schwerer kommen, ohne dieses Bindeglied den privatrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Kostenersatzpflicht zu finden. So verzweifelt sie denn überhaupt an der Existenz oder Entdeckung eines solchen und lehrt, eine privatrechtliche Begründung der Erstattungspflicht lasse sich nicht geben; die Kostenaufgabe sei eine durch den Richter verfügte Zweck-

mässigkeitsmassnahme. Im Lichte dieser Theorie sind die Processkosten mit ihrem Erstattungsrecht eine Art administratives Rechtsgebilde.

Es bleibt einer späteren Stelle vorbehalten, diese Theorien im Einzelnen kritisch zu beleuchten. Die folgende Betrachtung unternimmt es, die Frage nach dem Rechtsgrund des Kostenersatzes neuerlich aufzuwerfen und in einer von den bisherigen Anschauungen verschiedenen Weise zu beantworten. Die Antwort wird keine einheitliche und sie wird noch dazu eine verschiedene sein gegenüber dem besiegten Beklagten, denn gegenüber dem besiegten Kläger.

II. Die Haftung des besiegten Beklagten auf Ersatz der Processkosten.

Natur und Grad seiner Haftpflicht.

1. Bei Obligationsansprüchen, die dem Einflusse der Mora unterliegen.

§. 2.

Die Processkosten des siegreichen Klägers eine Folge der Mora.

Wenn der Beklagte unterliegt, so steht durch das den Anspruch anerkennende Urtheil fest, dass sein processualer Widerstand eine Rechtswidrigkeit war. Da die Processkosten des Klägers Folge dieses Widerstandes sind, so stellen sie sich zunächst als ein widerrechtlich aufgezwungener Aufwand dar. Die Widerrechtlichkeit aber wurde dadurch gesetzt, dass Beklagter sich gegen den Anspruch auflehnte und erst dem verspäteten richterlichen Zwange (Urtheil) seinen Willen beugte. Kläger erreicht erst nach und durch den Process, was er schon vor und ohne Process durch freien Willen des Pflichtigen hätte erreichen sollen. Indem der durch eine obligationäre Beziehung gebundene Wille über seine Gebundenheit sich hinwegsetzt und die Erfüllung weigert, verletzt er den Anspruch. Die Erfüllungsverweigerung erzeugt eine doppelte Folge: den Verzug und in und mit ihm den Process als Massnahme zur zwangsweisen Willenssubjectio des Schuldners.

Somit sind Verzug und Process und ihre Nachtheile, das Zeitinteresse und die Processkosten, gemeinsame Folgen ebenderselben rechtsverletzenden Ursache, der Erfüllungsweigerung. Convergiere aber Verzugsfolgen und Processkosten in demselben rechtsverletzenden Ursprungspunkte, dann müssen sie auch eines und desselben Wesens, das ist: die Processkosten eine Verzugsfolge, ein Element des Zeitinteresses, der *mora solvendi* sein. Folgegemäss können dieselben dem Beklagten nur dann und nach denselben Rechtsregeln zum Ersatz auferlegt werden, als ihm Mora imputirt werden kann. Die Frage der Kostenerstattungspflicht des (besiegten) Beklagten hat daher für Obligationsansprüche, durch deren Erfüllungsverzögerung eine Mora begründet werden kann, keine selbstständige Daseinsberechtigung; sie ist hier einfach Theil und Element der (Lehre von der) *mora solvendi*.¹⁾

Hieraus folgt, dass dieselben Umstände, die die Mora entschuldigen und nur diese auch den Beklagten vom Kostenersatz befreien können und müssen.

Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn die Beweisführung von den Entschuldigungsgründen der Mora selbst Ausgang nimmt. Diese beziehen sich entweder darauf, dass der Schuldner nicht erfüllen konnte oder nicht erfüllen wollte. Für unseren Zweck interessiren nur Entschuldigungsgründe der zweiten Art.²⁾ Hat nun der Schuldner nicht erfüllen wollen,

¹⁾ Bemerkenswerth in den fränkischen Rechtsquellen der Ausdruck *dilatatura* (-*dilatatio*, *mora* syn. mit *wirdrium*, *wirdira*), womit die Summe bezeichnet wurde, „welche neben dem Hauptgelde“ (*capitale*, *compositio*) „als Ersatz (Würdigung) der durch den Process dem Kläger erwachsenen Kosten und Schäden von dem überwiesenen Beklagten bezahlt werden mussten. Diese Zahlung erscheint somit als eine civilistische Rechtsfolge . . . des . . . rechtswidrigen Verzuges (*dilatatio*, *mora*).“ Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte (1872), III. S. 379, 380 und Note 24—26.

²⁾ Berufet sich Beklagter auf die Unmöglichkeit der Leistung und es ist dieselbe eine (unverschuldete) wirkliche, so vernichtet sie den Obligationsbestand und der Unterliegensfall des Beklagten, den wir im Auge haben, ist nicht gegeben. Ist aber die berufene Unmöglichkeit eine vom Recht als wahre nicht anerkannte, so wird das Nichterfüllen einem Nichterfüllenwollen gleich erachtet und wir haben den zweiten Fall.

so kann dies geschehen sein, obwohl er sich seiner Leistungspflicht bewusst oder weil er in einem Irrthum über Bestand oder Umfang derselben befangen war. Im ersten Falle hat er selbstredend als *dolos-moroser* Litigant Zeitinteresse wie Processkosten zu erstatten. Belangend den zweiten, tritt Folgendes zu Tage. Der Irrthum, der den Schuldner die Erfüllung weigern (verzögern) lässt, treibt ihn auch in den Process; dem Verzug und Process (Processiren des Beklagten) liegt derselbe Irrthum zu Grunde. Offenbar können nun für die Entschuldbarkeit desselben Irrthums, je nachdem er Ursache der einen oder anderen nachtheiligen Folge ist — der Verzugsnachtheile einer-, der Processkosten andererseits — nicht verschiedene Grundsätze walten. Die Entschuldigungsgründe der Mora müssen auch Entschuldigungsgründe vom Kostenersatz sein.³⁾

§. 3. (Fortsetzung.)

Die Processkosten des siegreichen Klägers eine Folge der Mora. — Quellenbelege. — Kritik der herrschenden Theorien.

Wir haben uns nunmehr noch die Frage zu stellen: Ist die Subsumption der Processkosten des (siegreichen) Klägers unter das Rechtsinstitut der Mora auch der Standpunkt der Quellen? In dieser Richtung muss allerdings betont werden, dass sie in keiner Stelle direct und ausdrücklich als Theil des Zeitinteresses, als Folge der Mora hingestellt werden. Dennoch ist die bejahende Antwort mit Strigenz zu erweisen.

In einer Reihe von Fragmenten, die sich über das Verhältniss von Mora und Process äussern, ist des causalen Zusammenhanges beider in einer Art gedacht, aus der sich, wie ich glaube, mit apodictischer Concludenz ergibt, dass die Anschauung der römischen Juristen mit der hier vertretenen übereinstimmend war. An folgenden Stellen wird sich dies bewähren:

1. *l. 63 D. de R. J. 50, 17: qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere.*

³⁾ Ueber Entschuldbarkeit des Irrthums: *Dig. de jur. et fact. ign.* 22, 6. Vergl. insb. *l. 3 pr. D. h. t.*; *l. 7 D. ad Sc. Vell.* 16, 1; *l. 5 § 1 D. pro suo* 41, 10; *l. 99 D. de R. J. 50, 17*; *l. 21, 22 D. 22, 1*; *l. 13 pr. D. 16, 3*.

2. l. 24 pr. D. de usur. 22, 1: *si quis solutioni quidam moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur facere moram: utique si iuste ad iudicium provocavit.*

3. l. 3 pr. D. de usur.: — *non facile evenire possit, ut mora non praecedente perveniatur ad iudicem....*

4. l. 47 D. de usur.: *paratum iudicium accipere, si ab adversario cessatum est, moram facere non videri.*

5. l. 21, 22 D. de usur.: *exceptio aliqua allegetur — mora facta non videtur — si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.*

6. l. 82 §. 1 D. de V. O. 45, 1: *et hic moram videtur facere, qui litigare maluit quam restituere.*

Diese Stellen durchzieht der Gedanke, dass wenn der Schuldner aus entschuldbarem Grunde ⁴⁾ die Erfüllung weigere (verzögere) und den Process provocire, ihm weder Mora noch Process zur Verantwortung falle; ein *iuste ad iudicium provocare* sei nicht Mora, so wenig als eine excusable Mora ein *injuste ad iudicium provocare* begründe; verantwortlich für den Process sei nur der Schuldner, der arglistig (*dolo malo*) denselben erzeuge, da ein solcher sich in Mora setze (l. 63 cit.); kurz: die Streitprovocation könne dem Beklagten (als eine *injusta*) nur imputirt werden, wenn sie im Stadium des Verzugs erfolge oder doch durch sie Verzugs gesetzt werde. Diese Aussprüche lassen keine Wahl, sie zwingen zu dem Schlusse, nur der morose Beklagte habe die Processkosten — diese Folge seiner injustificablen Streitprovocation — zu ersetzen.

Die Sublocirung der Processkosten des (siegreichen) Klägers unter das Zeitinteresse (Mora) in Obligationen drängt ferner der Begriff dieses und die von den Wirkungen der Mora (*debitoris*) handelnden Stellen auf.

Wenn es heisst, der (beklagte) Schuldner habe *post moram* zu erstatten: *non tantum fructus, sed omne damnum, quo affectus est fideicommissarius* (l. 26 D. 32, 2), *quantum legitarium intersit, moram factam non esse* (l. 36 §. 2 D. 7, 1); *quantum interfuerit, per eum non effectum, quo minus tunc, quum*

⁴⁾ *Iusta causa* (vgl. l. 5 D. de reb. cred. 12, 1); *iuste; sine dolo malo.*

iudicium acciperetur, homo exhiberetur ⁵⁾, — so fallen unter das *omne damnum*, das *quantum intersit* (*interfuerit*), also unter das Zeitinteresse, doch auch die (klägerischen) Processkosten, von denen man nicht minder sagen kann, sie seien eine Folge davon, dass durch den (beklagten) Schuldner *non effectum, quo minus tunc, quum iudicium acciperetur, homo exhiberetur.*

Dies wird noch weiters folgendes Betrachtungsmoment bekräftigen. Die (klägerischen) Processkosten sind ein Aufwand zur Realisirung des Anspruchs. Man sucht jedoch in aller Regel den Process zu vermeiden und durch Aufbietung friedlicher Mittel den schuldnerischen Widerstand zu brechen. Aber auch dieser aussergerichtliche Realisierungsversuch ist schon meist mit Kosten verbunden (Zeit- und Mühonorar des Anwaltes). Es steht über Zweifel, dass solche aussergerichtliche Realisierungskosten ein Element des Zeitinteresses sind und unter diesem Gesichtspunkte, aber auch nur unter diesem beansprucht werden können, so dass der Gläubiger die ohne Mitvergütung derselben angebotene Erfüllung zurückweisen darf (vgl. §§. 1413, 1415 a. b. G.), will er sie nicht als Interesserranzie besonders einklagen. Nun sind aber diese Kosten desselben Wesens als die Processkosten; beide Rechtsverfolgungsaufwand und daher Eins im Zwecke; nur die einen aufgelaufen bei Einleitung, die anderen bei potenziirter Fortsetzung der Realisierungsaction. Bei diesem genetischen Zusammenhange wäre es eine Folgewidrigkeit ohne Massen, nur die Einen unter das Zeitinteresse zu systemisiren und so das Natürlich-Gleiche juristisch verschieden zu denken und zu behandeln. ⁶⁾ Gewiss kann es kaum einen zu Tage liegenden Widersinn geben als zu sagen, der Rechtsverfolgungsaufwand bis zur Klage sei Zeitinteresse, von da ab verwandle er sich jedoch urplötzlich in ein Schadensgebilde *ex lege Aquilia*, oder nehme seine Ersatzaufgabe die Natur einer (Process-) Strafe (*poena temere litigantis*) oder einer publicistischen Massnahme processualer Rechtspolizei an.

⁵⁾ Vgl. noch l. 2 §. 3 D. de act. emp. 19, 1; l. 113 §. 1 D. de V. O. 45, 1: „*quantum litem aestimari oportet quantum actoris intersit*“; l. 114 eodem: „*consecuturum me, quantum mea intersit, moram factam non esse.*“

⁶⁾ Mit richtigem Tact nimmt denn auch die Praxis keinen Anstand, aussergerichtliche Rechtsverfolgungskosten (wie z. B. das Honorar für Mahnbrieft des Anwaltes) unter die Processkosten einzubeziehen.

Was insbesondere noch die (Weber'sche) Schadensersatztheorie mit ihrem verschärften Haftungspostulat (*et levissima culpa venit. l. 44 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2*) betrifft, so muthet sie dem römischen Rechte folgende Schlusskette zu: Weigerst Du, Schuldner, *justo errore* die Erfüllung, so erkläre ich Dich für den hiedurch bewirkten Verzug verantwortungsfrei; jedoch nur insoweit es nicht zum Process kommt; damit Du auch in diesem, wenigstens für eine bestimmte Folge Deiner Erfüllungswigerung — die (klägerischen) Processkosten — entschuldigt werdest, musst Du *justissimo errore*⁷⁾ sein; mit einem blossen *justus error* darfst Du wohl Erfüllung weigern, aber nicht processiren. Also ein doppelter Schuldmassstab für denselben Irrthum in seiner fortgesetzten Bethätigung! Der Gedankengang dieser Theorie ist: Das Processiren heische wegen der damit für den Gegner verbundenen Nachtheile ganz besondere Vorsicht; naturgemäss sei daher das geringste dabei unterlaufene Versehen zu prästiren.⁸⁾ Mit diesem vorangenen gespannten Schuldgrad hatte sie aber für die weitere Frage, welchem materiellen Rechtsinstitut der Kostenersatz einzu-reihen sei, gebundene Route — zur *lex Aquilia*, mit ihrer dem römischen Recht sonst fremden Prästationsgrenze der *culpa levis*. Diese Theorie fasst daher das Processiren (des Beklagten) als selbständige Delictsthat und derivirt den zu verantwortenden Schuldgrad der (gefährlichen, heikeligen) Natur des Schadenszufügungsmittels. In diesem Punkte ist ihr die Straftheorie verwandt, die die Kostenersatzpflicht auf den „Missbrauch der richterlichen Hilfe“⁹⁾ zurückführt. Nicht weil die Leistung vorenthalten, sondern weil dies noch dazu durch das gefährliche Mittel des Processirens geschah, also wegen des Excesses im Mittel verhängt sie den Ersatz, dann freilich consequent zur Strafe. Beide Theorien gehen daher vom Schadenszufügungsmittel (vom Processiren) aus, um zum Ersatzgrund zu gelangen.

Unser Ausgangspunkt dem hingegen ist die Leistungsvorenthaltung, näher: die durch dieselbe begangene Anspruchs-

⁷⁾ Dies auch gegen Wetzell, System S. 510, Note 67.

⁸⁾ Vgl. Weber, S. 15, 16, 136.

⁹⁾ Vgl. z. B. Emmerich, S. 88.

verletzung als Quell des Processes und der (klägerischen) Kosten. Dies ist ihr rechtlicher Urgrund. Und weil die imputable Anspruchsverletzung durch Leistungsvorenthaltung Verzug ist, darum erklären wir diese Kosten für ein Verzugsgebilde, Mora als ihr höhres Fundament. Das Processiren (des Beklagten) erscheint uns nichts als ein Verzugsmittel und dessen besonders heikeliger Charakter für das rechtliche Wesen der Kostenerstattungspflicht so gleichgiltig, als etwa für die juristische Natur eines Schadensanspruches das Moment, ob der Schaden mit einer verbotenen Waffe oder einem neutralen Steine zugefügt wurde.

§. 4. (Fortsetzung.)

Quellenbelege.

Wir haben eben die Subsumption der Kostenerstattungspflicht des besieigten Obligationsschuldners unter das Institut der Mora an den Quellenaussprüchen über diese erprobt; es obliegt zum Weiteren, diese Probe auch noch an den *ex professo* vom Kostenersatz handelnden Stellen zu machen, wobei wir hier nur jene in's Auge fassen, die nur oder auch vom (unterlegenen) Beklagten sprechen. Dies sind: *J. 4, 16 (de poen. tem. litig.)*; *l. 5 in (rest.) C. 7, 51*; und dazu noch *l. 78 §. 2 D. de leg. II (31, 1)*. Dass zunächst der „*improbus litigator*“ in *J. 4, 16* ganz in unserer Theorie liegt, wird durch eine Gegenüberstellung dieser mit der schon oben in Betracht gezogenen *l. 99 D. de R. J. 50, 17* dargethan. Diese Stelle führt die Unkenntniss der Forderungshöhe mit folgenden Worten als Entschuldigungsgrund der Mora an: *Non potest improbus videri, qui ignorat, quantum solvere debeat*. Hieraus erhellt, dass ein Beklagter, der in einem Mora exculpierenden Irrthum versirt, kein „*improbus litigator*“ und daher nicht kosten-erstattungspflichtig sei.

Nicht minder liegt in unserer Anschauung die *l. 5 pr. §. 1 in (rest.) C. cit.*, eine Stelle, die zwar an die Spitze den Grundsatz der absoluten Kostenersatzpflicht stellt, denselben aber durch die im §. 1 hinzugefügten Ausnahmen dermassen einschränkt, dass sie denn doch wieder einen redlichen Be-

klagen, also einen über Bestand, Höhe, Fälligkeit der Forderung entschuldbar Irrenden, vom Kostenersatz entbindet.¹⁰⁾

Ganz besonders aber bezeugt die Aequiparirung von Processkosten und Zeitinteresse die *l. 78 D. de leg. II. cit.*, wenn sie bestimmt, dass es mit der Frage, ob der Vertreter einer juristischen Person, der (in der Beklagtenrolle) einen grundlosen Process führt, auf die (gegnerischen) Processkosten persönlich hafte — ebenso zu halten sei (*nec aliud servabitur*), wie mit seiner Haftung für Mora und Zeitinteresse.^{11) 12)}

2. Bei dinglichen Ansprüchen.

§. 5. (Fortsetzung.)

Eine Bekräftigung empfängt endlich die zu Beweis stehende Ansicht durch die Grundsätze über die Haftung des redlichen (unredlichen) Besitzers. Der in dieser Richtung bekannte Satz: *ut post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore quo petiit, restituta esset hereditas (l. 40 pr. D. 5, 3)* hat einseitig nur das Interesse der Klagepartei im Auge; hält man aber dagegen auch die Rücksicht des (red-

¹⁰⁾ Die Stelle, die wir auch noch in anderem Zusammenhange später zu betrachten haben, führt 3 Entbindungsfälle vom Kostenersatz auf: a) wenn ein redlicher Beklagter, sowie er sich im Processverlaufe vom Bestande des Anspruchs überzeugt hat (oder haben muss), sofort erfüllt (*si conventus bona fide solverit*); oder b) ein redlicher Kläger, sowie er sich vom Nichtbestande des Anspruchs überzeugt hat (oder haben muss), den Process fallen lässt (*aut actor (sc. bona fide) lite destiterit*). Hat es aber die im Unrecht stehende Partei bis zum Urtheil kommen lassen, so soll sie c) (naturgemäss) nur bei Dubiosität des Streitfalls von der Kostenhaftpflicht liberirt sein.

¹¹⁾ Die *l. 78 D. cit.* unterscheidet zwei Fälle: a) ob die Mora erst nach dem Urtheil (*post dictam sententiam*) sich ereignete, der vorausgegangenen Processführung daher ein hinreichender Streitgrund zu Grunde lag (wie wir ergänzen dürfen), oder b) ob auch schon diese eine grundlose war und somit Verzug involvirte. Letzterenfalls käme, sagt die Stelle, auch noch die Kostenersatzfrage in Betracht. Das *si ratio litigandi (non) fuit* kömmt offenbar gleich dem *si iuste ad iudicium provocavit* in *l. 24 D. de usur. cit.* und *sine dolo malo ad iudicium provocare* in *l. 63 D. de R. J. cit.*

¹²⁾ Vgl. zur *l. 78 cit.* auch Mommsen III, 272, dem ich jedoch nicht beizustimmen vermag, dass das „*damnum si quod ex ea re fuerit secutum*“ nur von Urtheilszinsen verstanden werden könne. — Vgl. ferner *l. 3 pr. D. 22, 1* (von Papinian wie die *l. 78 cit.*), wo auch die Unterscheidung von *mora post dictam sententiam* und *ante iudicis sententiam* gemacht wird.

lichen) Beklagten in's Gewicht, so resultirt zwar von der Litiscontestation an eine schärfere Haftung desselben, aber *non — debet — mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum jus suum relinquere (eodem)*. Muss nun aber nicht der letzte Satz zu einem *propter metum huius periculi et litis sumptuum* sinngemäss erweitert werden? Gewiss kann das Furchtmotiv des sicher drohenden Kostenersatzes im Unterliegensfall viel eher einen beklagten redlichen Besitzer veranlassen, *temere jus suum relinquere*, denn die entfernte Möglichkeit eines casuellen Unterganges des Streitgegenstandes.

Da scheint mir keine Wahl. So wenig als der beklagte redliche Besitzer den während des Processes am Streitobjecte sich ergebenden casuellen Schaden zu ersetzen hat¹³⁾, kann er den im Gefolge des Processes auflaufenden Kostenschaden dem Kläger zu verantworten haben, am allerwenigsten von dem einen schon *justo*, von dem anderen erst *justissimo errore* enthaftet werden.¹⁴⁾ Wenn demnach meines Dafürhaltens unzweifelhaft angenommen werden darf, dass nur der *mala fide* processirende Besitzer kostenersatzpflichtig gewesen sei, so wäre auch für die hier einschlagenden dinglichen (absoluten) Ansprüche der Kostenersatz an den Kläger auf die Rechtsbasis der Mora zurückgeführt, wenn anders man die Haftung des *malae fidei possessor* von der Litiscontestation ab¹⁵⁾ sich überhaupt unter diesem obligatorischen Rechtsinstitut vorstellen will.¹⁶⁾

¹³⁾ So die gemeine, nicht unbestrittene (vgl. dagegen neuestens wieder Baron Pand. §. 152 b) Meinung.

¹⁴⁾ Auch hier gilt das Wort Windscheid's I, 302: „Wenn es recht ist, dass der Kläger keinen Nachtheil davon habe, dass er den Process führen muss, ist es denn recht, dass der Beklagte einen Nachtheil davon habe, dass er sich gegen einen Anspruch vertheidigt, den er für unbegründet hält?“

¹⁵⁾ Ueber das Verhältniss von Litiscontestation, *mala fides* und Mora Sav. VI, S. 81 ff. Der *b. f. p.* kam jedenfalls durch den *arbitractus iudicis* in Mora, der ihm die *b. f.* nothwendig entzog (*l. 15, §. 3, D. 6, 1* und dazu Sav. VI, S. 177 ff. Wächter, Erörterungen, 3, S. 133, Note 93a); doch konnte ihm seine Redlichkeit auch schon im Laufe des Processes vor dem Restitutionsbefehl, z. B. durch die vom Kläger producirtten Beweise genommen und er in Mora versetzt werden. Die gegentheilige Meinung Mommsen's, III, 79, Note 17, führt zur Fiction der Redlichkeit bis zum Urtheil.

¹⁶⁾ So Mommsen, III, 79; Windscheid, Heid. krit. Zeitschr. III, S. 259; dagegen Unger, II, 539₂. Meines Erachtens ist die Uebertragung

3. Bei Delictsansprüchen.

§. 6.

Auf anderem Untergrunde denn Mora, wurzelt die Kosten-erstattungspflicht des besieigten Beklagten bei Delictsansprüchen. Hier lassen sich die klägerischen Processkosten auf das Delict als wahren und letzten Grund zurückführen, daher sie dem Kläger einfach als (weitere) Delictsfolge, als Theil des durch das Delict erzeugten Interesseanspruchs zuzuerkennen sind.

Diese Genealogisirung gebietet der Interessebegriff, das Causalitätsgesetz. Darnach hat der Thäter alle Vermögens-nachtheile zu erstatten, welche im Gefolge der rechtsverletzenden Thatsache eintreten. Darunter fallen offenbar auch die Kosten der (processualen) Verwirklichung des so gewordenen Anspruchs, die demselben als neuer Nachtheil während des Processes zuwachsen. Ohne die Delictsthat sache — kein Delictsanspruch mit Process und Kosten. Es wäre eine Losreissung der Wirkung von der Ursache, des Mittels von seinem Zwecke, würde man den Processaufwand, durch dessen Aufbietung die Rechtsverletzung behoben werden soll, nicht als Folge dieser betrachten. Gehorcht man aber diesem zwingenden Causalgebot, so kann bei Ansprüchen einschlägiger Art eine Entbindung des Beklagten vom Kostenersatz wegen entschuld-baren Streitirrthums nothwendig nie platzgreifen, da mit Bejahung der Frage, ob der Beklagte die schadenzeugende Thatsache in ihren Folgen zu verantworten habe, der Kostenpunkt bereits präjudicirt und erledigt, somit jede weitere Erwägung abgeschnitten ist.

Prüfen wir das abstract Deducirte an einigen concreten Fällen.

der Mora auf dingliche Ansprüche völlig zulässig und mindestens unverfänglich, da die Haftung des *m. f. poss.* mit der Litiscontestation umfänglich der eines morosen Schuldners gleichkommt. Es kann im Wesen keinen Unterschied machen, ob die Renitenz des Verklagten sich gegen einen persönlichen oder dinglichen Anspruch richtet. Liegt doch ihre Unterscheidung nicht sowohl in einem Unterschied des Charakters als Anspruch, als vielmehr der Rechte, aus denen sie hervorgegangen. Auch der dingliche Anspruch ist eine obligationäre Beziehung, indem er, wie der obligatorische, eine bestimmte Willensbethätigung eines Andern heischt.

Den aus einem Delictsanspruch Verklagten mögen regelmässig folgende Gründe zur Streiteinlassung bestimmen: entweder das Dafürhalten, an dem schädigenden Ereigniss ausser Schuld zu sein; oder die Unbestimmtheit des Schadensumfanges, der nur mit Hilfe des Processapparates zuverlässig festzustellen sein mag; oder eine vermeintlich zu Gebote stehende Einrede (der Compensation, Verjährung etc.).

Was den ersten Streitgrund betrifft, so wäre die Annahme seiner Entschuldbarkeit ein vernunftwidriges Sophisma. Entscheidet der Richter, Verklagter habe den Schaden verschuldet und sei sonach ersatzpflichtig, so ist schon mitausgesprochen, das Streitmotiv, daran schuldlos zu sein, sei eine chicanöse Ausflucht, denn das Nichterkennen seiner Schuld kann nicht schuldlos sein, demnach auch nicht das in dieser unvollkommenen Selbsterkenntniss unternommene Processiren.

Anders ist es im zweiten Fall. Der Obligirte, der sich in den Process einlässt, um eine beruhigende Fixirung der Schadenhöhe mit ihrer verschwimmenden Grenze zu erwirken, handelt ohne Rede gutgläubig.¹⁷⁾ Allein sein an sich zu entschuldigender Streitgrund muss gegenüber der delictischen Provenienz des Anspruchs völlig ignorirt werden. Mit Hinblick auf diese hat er nicht etwa nur den Schaden überhaupt, sondern auch die Complicität seiner Massbestimmung, sohin auch die Kosten des hieraus entsponnenen Processes zu verantworten.^{18,19)} Und ähnlich verhält es sich mit dem dritten Beispiels-

¹⁷⁾ *Non potest improbus videri, qui ignorat, quantum solvere debeat.*

¹⁸⁾ Der Beklagte hat in Processen dieser Art die Zwangslage, processiren zu müssen, selbst verschuldet. Dies unterscheidet diese Processfälle von *l. 99 D. de R. J. 50, 17.* Würde freilich die Streiteinlassung des Beklagten durch offenbare Masslosigkeit des gegnerischen Schadensansatzes veranlasst worden sein, so würde der Kläger allerdings seine Kosten selbst zu tragen haben. Darüber noch an späterer Stelle.

¹⁹⁾ Die Vergleichung dieses mit dem oben unter dem Gesichtspunkte der Mora betrachteten Processfall der *l. 99 D. cit.* zeigt aber, dass derselbe Streitgrund in dem einen Prozesse den Beklagten vom Kostenersatze zu entbinden vermag, in dem andern nicht, aber auch wie verkehrt es war, wenn die Straf- und Ersatztheorie die Ersatzfrage für alle möglichen Processfälle einheitlich nach einem bestimmten apriorisch angenommenen Prästationsschuldgrad lösen wollte, anstatt die Lösung jeweils aus der besonderen Natur des strittigen Anspruchsverhältnisses abzuleiten.

falle. Mag der Irrthum des Beklagten über den Bestand einer Einrede noch so entschuldbar sein, ohne sein Delict und den daraus entsprungenen Anspruch wäre er in denselben überhaupt nicht gerathen (Verjährung), oder es hätte ihm die Möglichkeit gefehlt, durch denselben einredeweise dem Gegner zu schaden²⁰⁾ (Compensation).

Es muss nun allerdings zugegeben werden, dass diese Zurückführung der Processkosten auf das Delict als Genesis durch Quellenbelege direct bestätigt nicht wird; wenigstens ist mir keine bezügliche Stelle bekannt geworden. Allein es bedarf auch dessen nicht. Den Beweis concludiren alle über Interessebegriff, Umfang, Causalzusammenhang sich ergehenden Fragmente. Ich darf daher auf die Lehre vom Interesse überhaupt als Beweisquelle zum Erörterten verweisen.

4. Bei Obligationsansprüchen, deren ursprünglicher Inhalt durch ein obligationswidriges Verhalten des Schuldners modificirt ist.

§. 7.

Im Vorigen waren nur delictisch d. i. unabhängig von einer schon bestehenden Obligation erzeugte Ansprüche in Betracht. Wir wollen nun zu bestimmen versuchen, welcher Einfluss auf die Kostenersatzpflicht des Beklagten einem contractsverletzenden Verhalten zuzuthellen sei. Die Antwort involviret schon das über Delictsansprüche Ausgeführte. Sind dort dem Kläger die Processkosten wegen deren ursächlichen Zusammenhanges mit der zum Ersatz verbindenden Thatsache unbedingt zugesprochen worden, so müssen sie folgegемäss hier (schlechthin) demselben zuerkannt werden, dafern der Process (und sonach auch die Kosten) in dem obligationsverletzenden Verhalten seinen Entstehungsanlass hat. Dies trifft aber ein, wenn der den Obligirten in den Process treibende Grund ohne die gesetzte Obligationswidrigkeit gar nicht zu denken ist, oder sich doch nicht hätte geltend machen können. Wendet z. B. der beklagte Commodatar, dem verschuldet die Sache in Verlust gerieth, der auf das Interesse gestellten

²⁰⁾ Auch zu diesem Fall haben wir das Gegenstück in der oben unter dem Gesichtspunkt der Mora betrachteten *l. 21, 22 D. 22, 1* kennen gelernt, so dass auch hier das in der Vornote Bemerkte gilt.

Klage nebst der Behauptung des später erworbenen Eigenthums (vgl. *l. 20 §. 3 l. 29 D. 137; l. 9 §. 6 D. 19, 2*) noch die Einrede der Compensation entgegen, unterliegt jedoch in beiden Richtungen, so ist der Kostenpunkt in folgender Weise zu behandeln. Die mit dem Streitgrund der Compensation zusammenhängenden Kosten des Klägers sind schlechthin zu adjudiciren, weil ohne die durch den verschuldeten Verlust des Gegenstandes bewirkte Umwandlung des Restitutions- in einen Interesseanspruch die Compensation wegen Ungleichartigkeit des Forderungsinhaltes nicht hätte eingewendet werden können. Hingegen könnte der Beklagte von den durch den entschuldbaren Streitgrund des später erworbenen Eigenthums erregten Kosten des Klägers allerdings entbunden werden, weil dieser Streitgrund zu dem Sachverlust in keinem Causalnexus steht und auch dem Restitutionsanspruch auf den unverloren gebliebenen Gegenstand entgegengesetzt worden wäre.

Wir haben daher das überraschende Resultat, dass in demselben Prozesse zwei Streitgründe, die für sich betrachtet gleich entschuldbar sein mögen, dennoch für den Kostenpunkt verschiedentlich beurtheilt werden: der eine excusirt, der zweite ignorirt wird.

So dürfen wir sagen: Wo der Schuldner verletzend in den Obligationsinhalt eingegriffen und sich hiedurch interessepflichtig gemacht hat, sind die klägerischen Kosten insoweit nur als Interessetheil (unbedingt) zuzuerkennen, als sie durch einen Streitgrund veranlasst sind, der in der Obligationsverletzung seinen Sitz hat.

5. Bei Interesseansprüchen, die resultiren aus rechtsgeschäftlicher Haftungsübernahme.

§. 8.

Die Bindung der klägerischen Processkosten an die rechtsverletzende Ursache, aus der ein Anspruch (oder die Modification eines Anspruchs) provenirte, gebietet das Causalitätsgesetz. Man kann nun aber auf die Vermögensfolgen eines Ereignisses, das man an sich nicht zu verantworten hat, auch aufzukommen haben durch rechtsgeschäftliche Uebernahme, und

da entsteht die weitere Frage, dürfen wir nicht wie dort an das rechtsverletzende, so hier an das garantirte Ereigniss die Kosten der processualen Verwirklichung eines so gewordenen Anspruchs knüpfen, wo sie dann einfach *ex contractu* zu adjudiciren wären? Als einen einschlagenden Fall aus den Quellen, in dessen concretes Licht wir die Frage stellen wollen, sei der *cautio de rato* erwähnt. Der Processprocurator cavirt der Ratihabition des Processes durch den *dominus* d. i. stipulirt der Gegenpartei Ersatz des Interesses, wenn die Genehmigung verweigert werde.

Dies geschieht und der auf das Interesse verklagte Cavent lässt sich aus irgend einem an sich völlig entschuldbaren Streitgrund in den Process ein. Kraft seines Versprechens hat der Cavent alle Nachtheile zu verantworten, die bei erfolgter Ratihabition den Promissar nicht getroffen hätten, also den gesammten, bis zum wirklichen Ersatz sich fortentwickelnden Schaden.²¹⁾ Der Anspruch, der sich zwischen die cavirte Schadensursache und den Ersatz einschiebt, ist doch nur das Medium des wirklichen Ersatzes, kann daher seiner Bestimmung nur gerecht werden, wenn er fähig ist, alle bis zum wirklichen Ersatze (d. i. mindestens bis zum Urtheil) aus dem Nichteintritt des garantirten Ereignisses fliessenden Schäden elastisch zu erfassen und in sich aufzunehmen.

Ein solcher zuwachsender Nachtheil sind aber auch die Kosten des Interesseprocesses, die mit dem ganzen sonstigen Schaden bei geschehener Ratihabition vermieden geblieben wären. Der unterlegene Cavent hat daher zweifellos die Processkosten kraft seines Versprechens (vertragsmässig) zu erstatten, von seinem entschuldbaren Streitirrthum ist gänzlich abzusehen. Demzufolge müssen wir behaupten:

Bei Interesseansprüchen, die resultiren aus der vertragsmässig übernommenen Haftung der

²¹⁾ Vgl. l. 8 §. D. rat. rem. 46, 8: *si quis a procuratore status controversiam patiat, satis accipere debet a procuratore, ne impune saepius de suo statu conveniretur; et si dominus ... ratum non habuit quanti ea res est, ei praestetur, ... id est quanti interfuerit eius, de suo statu rursus non periclitari et propter impendia quae in litem fecerit.*

nachtheiligen Folgen eines Ereignisses, hat der beklagte besiegte Promittent die Processkosten contractsmässig zu ersetzen.

6. Bei Obligationsansprüchen, denen gegenüber die Haftung des Schuldners bis zum Zufall gespannt ist.

§. 9.

Dasselbe dürfte zu behaupten sein für Obligationsansprüche, denen gegenüber der Obligirte Haftung auf den Zufall übernommen.

Die Uebernahme des *omne periculum* lässt sich m. E. nur dahin deuten, es solle (und wolle) für alle den Inhalt des bestimmten Obligationsverhältnisses afficirenden Zufälligkeiten, die sich bis zur Erfüllung ereignen, eingestanden werden, nicht blos soweit sie den Obligationsgegenstand, sondern auch, soweit sie nur die Modalitäten der Erfüllung, insbesondere die Erfüllungszeit betreffen. Demgemäss hat ein so Obligirter auch die Folgen eines unverschuldeten Verzugs zu verantworten.²²⁾ Erinnern wir uns aber, dass wir oben erkannten, die Processkosten des siegreichen Klägers bei dem Einflusse der Mora unterworfenen Obligationen seien nichts als ein Stück Zeitinteresse und unter denselben Bedingungen zuzuerkennen, als dieses, so ist die eingängige Behauptung offenbar zutreffend. Es entspricht auch vollends der accessorischen Natur dieses seiner Provenienz und seinem Zwecke nach mit dem Hauptanspruche so innig verwobenen Nebenanspruches, dass die straffere Haftung auf den ersten auch die Haftung auf letzteren straffer spanne.

§. 10.

Resultate.

Halten wir auf dem erreichten Punkte Rückschau. Unser Ausgangspunkt war: die Processkosten des (siegreichen) Klägers sind eine Folge der Anspruchsverletzung durch Anspruchs-

²²⁾ Es liegt hier eine (technische) Mora ohne Verschulden vor. Daher ist es ungenau, wenn die herrschende Lehre (Mommson III. S. 24, Windscheid II. §. 276, Baron Pand. 380, Unger II. 545₃₀) Verschuldung dem Begriff der Mora wesentlich erachtet, während sie doch nur regelmässiges Requisite derselben ist.

verweigerung; denn ohne diese kein Process, keine Kosten.²³⁾ Der Rechtsgrund ihrer Erstattung kann daher seinen Sitz nur in dieser Verletzung haben, die die Pflicht erzeugt, sie (in ihren Folgen) zu repariren.

Da aber bei Obligationen die Anspruchsverletzung durch Anspruchsverweigerung zu dem besonderen Rechtsinstitut der Mora herausgebildet ist, müssen hier auch die Processkosten den Charakter eines Verzugsgebildes (Zeitinteresse) annehmen, während für Ansprüche ohne das mögliche Correlat einer Mora es bei der Anspruchsverletzung als Erstattungsgrund sein Bewenden haben muss.

Das römische Recht macht jedoch nur eine verschuldete Rechts- (Anspruchs-, Obligations-) Verletzung haftpflichtig: so muss zu dem objectiven Erstattungsmoment der Anspruchsverletzung noch das subjective Requisite der Verschuldung (des Beklagten) sich gesellen. Bei dinglichen, wie überhaupt bei Ansprüchen, die auf Behebung eines objectiv-rechtswidrigen Zustandes zielen, liegt in diesem die Quelle, wie des Anspruchs, so auch der Kosten seiner Realisirung. Während aber die Zuerkennung des Anspruchs selbst durch die nackte Prämisse, die thatsächliche Lage harmonire nicht mit dem Rechtsgebot, bedingt ist, tritt auf sonstige Schadensfolgen, die dem rechtswidrigen Zustande, beziehungsweise seiner Perpetuirung durch Restitutionsweigerung sich anhaften, Haftpflicht erst durch Hinzutritt des Momentes der Verschuldung ein. Von diesem Augenblicke an wird der Restitutionspflichtige interessepflichtig, d. i. für allen aus seiner Weigerung sich entwickelnden Schaden, damit und darunter auch für die klägerischen Processkosten, verantwortlich

²³⁾ Damit will nicht gesagt sein, dass nicht auch ohne vorgegangene Anspruchsverletzung durch Anspruchsverweigerung Klage angestrengt werden könne (man denke an einen mit Klage überraschten Depositar), sondern dass die Processkosten nur dort als Gegenstand des Ersatzes in Betracht kommen können, wo der Process Folge der Auflehnung des Schuldners gegen den Anspruch ist; denn anderen Falls fehlt ihnen der Charakter eines widerrechtlich verursachten Schadens, sind sie ein unaufgehohter Aufwand, ein selbstzugefügter Nachtheil, der selbstverständlich auf eigener Schulter des Klägers zu bleiben hat.

Bei Ansprüchen, die aus einer Rechtsverletzung proveniren, welche von vorneab für alle daraus quillenden Nachtheile haftbar macht, kann es nur jene sein, in der mit den übrigen Schäden, die Processkosten der Klagepartei wurzeln. Sie sind hier ein Theil des zu prästirenden Gesamtinteresses (Delictsfolge). Und dasselbe muss folgerichtig für den Fall behauptet werden, wenn die Haftung auf die nachtheiligen Folgen eines bestimmten Ereignisses rechtsgeschäftlich begründet ist; nur dass sie dort *ex delicto*, hier *ex contractu* zu erstatten sind. Unter letzterem Gesichtspunkt ist die Erstattungspflicht auch einer contractsmässigen Uebernahme des *omne periculum* gegenüber zu visiren.

Ueerblicken wir diese Resultate, so ergibt sich daraus:

1. Der Rechtsgrund der Kostenerstattungspflicht an den (obsiegenden) Kläger ist nicht Einer.

2. Welcher es im einzelnen Fall ist, hängt von der concreten, rechtlichen Natur des im Streite bestrickten Anspruchsverhältnisses ab. Darnach kann die Ersatzpflicht sein: Folge der Mora; der imputablen Anspruchsverletzung; der schuldhaft perpetuirten Leistungsweigerung; Delicts- oder Contractsfolge.

3. Es ist ebenso falsch, dass das römische Recht nur eine verschuldete Streitführung (in der Beklagtenrolle) die Kosten ersetzen lasse, als dass es in seiner Entwicklung bis zur absoluten Ersatzmaxime²⁴⁾ gediehen sei. Vielmehr gibt es Fälle, in denen nur der Processerfolg entschied, und andere, in denen es noch weiters auf Verschuldung des Beklagten ankam.

4. Die dem Kläger adjudicirten Processkosten sind ein Interessezuwachs (Interessetheil) des Hauptanspruchs: eine Erweiterung desselben von innen heraus, daher mit ihm materiell Eins.

§. 11.

Die Aussprüche des Codex- und Novellenrechts über die Kostenersatzpflicht des besieigten Beklagten.

Wir haben die aufgestellten Grundsätze noch gegen den Einwurf zu schützen, es habe das römische Recht im Con-

²⁴⁾ Ich bezeichne hier und im Folgenden mit dem Ausdruck „absolute Ersatzmaxime oder absolutes Ersatzprincip“ den Grundsatz, dass der Besiegte als solcher — ob er auch redlich gestritten — kostenersatzpflichtig sein soll.

stitutionenstadium seiner Entwicklung das Erstattungsrequisit Verschuldung, wenn auch nicht völlig über Bord geworfen, so doch ungemein dadurch herabgestimmt, dass es (principiell, wenn auch nicht ausnahmslos) normire, der Besiegte als solcher habe die Kosten zu ersetzen. In der That scheinen die einschlagenden Fragmente (*l. 5 in (rest.) C. 7, 51*), die diese Zenonische Constitution ausdrücklich bestätigende Novelle 82 c. 10 und *l. 13 §. 6 C. 3, 1* von dem absoluten Ersatzprincip auszugehen und die Absolution des (besiegten) Beklagten vom Kostenersatz als eine seltene Möglichkeit hinzustellen. Dennoch wird sich der obige Einwurf unschwer abthun und auf sein richtiges Mass zurückführen lassen.

Unzweifelhaft lassen die gedachten Stellen (wenigstens *l. 5 u. nov. 82 cit.*) eine Entbindung vom Kostenersatz bei excusabler Streitführung grundsätzlich zu. Wenn sie aber als Entschuldigungsgrund einerseits *bona fides*, andererseits Dubiosität des Streitfalles aufführen, so scheint, bei dem Umstande, als Jemand auch über einen objectiv gar nicht dubiosen Fall redlichen Sinns sein kann, der letztere Excusationsgrund allerdings die Verantwortlichkeit stärker zu spannen, als der erstere. Und dem ist in der That so; nur hat es damit folgendes naturgemässe Bewandniss. Mag immerhin der Beklagte zum Processbeginn *bona fide* sein, er wird es selten bis zum Urtheil bleiben. Die Entfaltung der gegnerischen Thatsachen und Beweise wird vielmehr schon im Processverlaufe in aller Regel den Umschlag des guten Glaubens im Gefolge haben; wo nicht, muss eben eine zweifelhafte Thatsachen- oder Rechtslage vorliegen, die nur die unparteiische Autorität des Richters entwirren kann. Wann sich die Wandlung im Bewusstsein des Beklagten unter dem Andrang der sich stets mehrenden Anspruchsgründe vollzieht, ist *quaestio facti*; gewiss ist, dass der über diesen Moment hinausprocessirende Verklagte zu einem calumniösen Litiganten wird und für einen solchen nicht etwa bloss in Betreff eines Theiles, sondern des ganzen Processes von der Klage bis zum Urtheil genommen werden muss. Denn so wenig der Beklagte die unverfrorene Prätension haben wird, auf das Vorhandensein seiner *bona fides* während eines Theiles des Processes sich zu berufen und damit seine spätere *mala*

fides einzugestehen, so wenig kann dem Richter die schwierige, wohl meist unmögliche Aufgabe zugemuthet werden, zu prüfen, ob der unterlegenen Partei, wenn auch nicht bis zum Schlusse, so doch vielleicht bis zu einem früheren Stadium des Verfahrens, guter Glaube zu Statten komme. Nein! Eine zum Theil unredliche Streitführung hat das Anrecht verwirkt, in ihrem redlichen Theile berücksichtigt zu werden. Es gibt (praktisch) keine partielle *bona fides* im Process: sie ist entweder noch im Moment der Urtheilsschöpfung oder für den Richter überhaupt nicht vorhanden.

Will der Beklagte, dessen guter Glaube im Processlaufe umschlägt, sich die Berufung auf denselben wahren, so muss er sich sofort dem Anspruche unterwerfen und erfüllen. Dies ist der Sinn des *§. 1, l. 5 in (rest.) C. cit.* wenn er einerseits schon *bona fides*, andererseits nur Dubiosität (Complicität: *nov. 82 c. 10*) der Processsache vom Kostenersatz entschuldigen lässt. Diese ist es, wenn es der Beklagte bis zum Aeussersten (zum Urtheil) treibt, jene, wenn er mit Erkenntniss seines Unrechts sofort submittirt. Es liegt keine Auferlegung einer über das Gewöhnliche gehenden höheren Diligenz, keine Haftungssteigerung von einem *justus error* etwa zu einem *justissimus error*, sondern der naturgemässe Gedanke vor, dass die Continuität des guten Glaubens bis zum Urtheil durch Zweifelhaftigkeit des Streitfalles (selbstverständlich) bedingt sei.

Nur die gegebene Interpretation erklärt die drei sogenannten Compensationsfälle der *l. 5 in (rest.) C. cit.* auf völlig befriedigende Weise. In den beiden ersten (*si conventus bona fide solverit aut actor [sc. bona fide] lite destiterit*) lässt die sich im Processlaufe ihres Unrechts bewusst werdende Partei von weiterem Processiren ab, im dritten (*si iudex inveniat, eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem*) spinnt die Partei den Process bis zum Urtheil fort. Dort können die mannigfachsten Umstände, hier nur noch der dubiose Charakter des Streitfalles den Irrthum der Partei entschuldigen.

Somit drücken die drei Compensationsfälle nur in Paraphrase den Satz aus: War die Partei (bis zum Urtheil) in entschuldbarem Irrthum (*justus error*), so ist sie vom Kostenersatz entbunden. Mit diesem Resultate ist die Anschauung

unvereinbar, die Eingangsworte der Stelle tendirten dem historischen Schuldprincip²⁵⁾ das absolute Ersatzprincip²⁶⁾ entgegenzustellen und zu betonen. Es ist ein unlöslicher Widerspruch, nicht zu sagen: Widersinn, den diese Auslegung in die Stelle legt. Hat der *justo errore* Besiegte die Kosten nicht zu erstatten, so kann sie nicht der Besiegte als solcher zu erstatten haben.

Was will aber dann das scheinbare *Vae victo!* an der Spitze des Fragments? Meines Erachtens nichts als dem Richter einschärfen, es sei jederzeit in dem Urtheile ausdrücklich auszusprechen, dass der Besiegte die Kosten zu ersetzen habe, wenn er sie — wie mit Rücksicht auf die nun folgenden Exculpationsfälle zu subintelligiren ist — überhaupt zu ersetzen habe. Der Ausspruch ist affirmativ gefasst und conditionell gemeint. Er weist jedoch den Richter nur zum condemnatorischen, nicht auch zum compensatorischen Kostenjudicat; in letzterer Richtung erhält er sein Complement durch *Nov. 82 c. 10 (hoc solum addatur (sc. zur Zenonischen l. 5 cit.) . . . si neutram partem . . . in expensas condemnandam esse . . . sententia hoc ipsum decernat)*. Ihr Schlaglicht empfangen endlich beide Fragmente durch *l. 3 C. 7, 51 (. . . victori causae restitui debere expensas . . . post absolutum enim dimissumque judicium nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia)*. Wird hier bestimmt, eine besondere Klage auf Kostenersatz habe nicht Statt, so suppliren dazu die vorgedachten Stellen die Consequenz, dass daher jederzeit des Kostenpunktes im Urtheil gedacht werden müsse.

Was endlich noch die *l. 13 §. 6 C. 3, 1* betrifft, so gibt sie zwar, wie es scheint, dem absoluten Ersatzprincip ganz unbedingten Ausdruck, aber als gelegentlicher Ausspruch muss er offenbar dem Beweisgewichte der *ex professo* den Kostenersatz behandelnden *l. 5 cit.* und *Nov. 82 c. 10 cit.* weichen und in derem Sinn interpretirt werden.²⁷⁾

²⁵⁾ Ich nenne so kurz den Grundsatz, dass nur eine schuldhafte Streitführung kostenersatzpflichtig mache.

²⁶⁾ Vgl. oben, Note 24.

²⁷⁾ Uebrigens ist die Interpretation der *l. 13 §. 6 cit.* ungemein strittig. Hennemann S. 8 ff. legt allen Nachdruck auf die den Kostenliquidationseid erwähnenden Worte und übersetzt: der im Kostenpunkt Besiegte sei umfänglich in jenem Betrage zum Kostenersatze zu verurtheilen, als der Sieger eidlich

So dürfen wir denn sagen: Wo Verschuldung als Erstattungsrequisit in der Streitführung des besieigten Beklagten überhaupt in Frage kam (was bei Delicts-, Interesseansprüchen und übernommenen *periculum casus* nicht der Fall war), haftete der besiegte Beklagte nach römischem Recht nur zufolge seiner Arglist (*dolus*) oder, was dem gleichsteht (*culpa lata*), auf Ersatz der Processkosten. Eine Haftung desselben darüber hinaus aus dem minderen Schuldgrad der *culpa levis* war dem römischen Rechte fremd.

III. Die Haftung des besieigten Klägers auf Ersatz der Processkosten.

§. 12.

Grad seiner Haftpflicht.

Die Lage des Klägers ist eine andere als die des Beklagten; jener greift an, dieser wehrt nur ab; jener entfacht den Streit,

liquidiren werde. Dieser Auslegung, obwohl im Resultat der im Text gegebenen nahekommend, steht entgegen, dass des Kostenliquidationseides schon unmittelbar vorher (§. 2) Erwähnung gethan ist und es daher überflüssig wäre, dessen nochmals und überdem *ex professo* zu erwähnen; ausserdem ist sie mit der am Schlusse der Stelle ausgesprochenen Selbsthaftung des Richters kaum zu vereinen: denn sie würde dahin führen, den Richter zum Selbstersatz der Kosten auch dann für verhaftet zu erklären, wenn er zwar im Allgemeinen, jedoch ohne den Beisatz: *quantum pro solitis expensis juraverit* — die Kosten adjudicirte, was doch kaum anzunehmen ist.

Eine Einschränkung heischt die Stelle schlechterdings schon deshalb, weil sie in ihrer weiten Fassung auch dem zweifellosen und unmittelbar vorher (§. 2 und §. 5 *eodem*) betonten Satze, dass auch der siegreiche Contumax die Kosten zu erstatten habe, widerstreitet. Die ganze Stelle scheint mir überhaupt in folgendem, gedankenmässigen Zusammenhang mit dem vorausgehenden Theile der *l. 13* zu stehen. Nachdem in demselben dem Contumax, auch wenn er obsiegt, die Kosten (zur Strafe) aufgelastet werden, will nun die Stelle weiter besagen, dass daraus nicht etwa zu folgern sei, dass, wenn die Partei nicht contumax, doch aber besiegt sei, sie vom Kostenersatze, gewissermassen zum Lohn ihres processualen Gehorsams, zu entbinden sei; vielmehr sei daran festzuhalten, dass nicht blos der besiegte Contumax, sondern auch der besiegte Nichtcontumax in die Kosten zu verurtheilen sei (wenn Letzterem, wie zu subintelligiren, nicht Schuldlosigkeit zu Gute komme).

Ich halte mit dieser Auslegung die Zweifel der Stelle (die Dernburg Abh. aus dem Gebiete des gem. u. franz. Civilrecht S. 142 für unlösbar hält) für gelöst. Der geschmacklosen Ausführungen Emerichs 94 ff. ist nicht besonders zu gedenken.

dieser wird hineingezogen; jener will sich in einen Zustand versetzen, dieser darin nur erhalten. Ist sich der Beklagte seines Unrechts nicht völlig bewusst, so steht er unter dem Drucke einer psychischen Zwangslage. Er muss die Möglichkeit annehmen, dass er mit seiner processualen Opposition eine Rechtswidrigkeit begehe, aber nicht minder die Möglichkeit des Gegentheils. Soll er in diesem Dilemma seinem möglichen Rechte entsagen, um nicht ein mögliches Unrecht zu setzen? Das römische Recht antwortet: Nein. Nur dem unzweifelhaften, klaren Rechte hat der Beklagte zu weichen. Die Opposition des Beklagten gegen einen (processualen) Angriff mit nicht vollklarem Rechte ist entschuldigter Nothstand. Und diese Opposition darf eine durchaus passive sein; eine Diligenzpflicht des Beklagten, spontan den Thatsachen und Beweisen des Klageanspruches nachzuforschen, wie sie ältere Processualisten mit Vorliebe behaupteten²⁸⁾, ist rechtlich nicht zu motiviren. Vielmehr ist es Sache des Klägers, sein Recht durch (ausser-processuale) Mittheilung von Thatsachen und Production der Beweise zur Evidenz des Gegners zu bringen und hiedurch dem Process und seinem Aufwande vorzubeugen. So lange dem Beklagten seine redliche Ignoranz nicht benommen, ist seine Streitführung exculpirt; er hat im Zweifel — und das charakterisirt seine Stellung vor der des Klägers — erst dem Urtheile zu weichen.

Ungleich anders liegt die Rolle des Klägers. Wer angreift, muss Gewissheit der Angriffsberechtigung haben; muss weiters, da nur das Erweisliche sich processual bethätigen kann, Gewissheit der Erweisbarkeit des Rechtes, endlich noch die begründete Ueberzeugung haben, dass demselben nicht Einreden entgegenstehen. Mit anderen Worten: Der gute Glaube des Klägers muss Ueberzeugtsein vom Rechte, jener des Beklagten nur Nichtüberzeugtsein vom Unrechte sein. Daher wird vom Kläger gesagt, er müsse seines Anspruchs gewiss sein,²⁹⁾ und ganz folgegемäss dieser positiven *bona fides* von

²⁸⁾ Vgl. z. B. Borst in seiner Monographie passim.

²⁹⁾ *l. 42 D. 50, 7: — qui agit, certus esse debet . . . et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere.*

ihm eine der Klage vorangehende Exploration des Anspruchsbestandes gefordert.

Diese vorerstige Selbstprüfung hat drei Fragen zu beantworten:

1. Ist der Anspruch im Rechte begründet?
2. Ist er erweisbar?
3. Stehen ihm Einreden gegenüber?

Ad 1. Ob nun das Erste der Fall, mag unzweifelhaft, kann aber auch zweifelhaft sein. Wir behaupten: Die rechtliche Zweifelhafteit des Anspruchs entschuldigt nicht die klägerische, wohl jedoch die beklagtische Processführung. Der Kläger initiirt mit der Klage eine Action, welche, indem sie die mit Kosten verbundene Reaction des Beklagten wachruft, diesem einen Schaden zufügt. Von dem Ersatze des einem Dritten verursachten Schadens kann man aus doppeltem Grunde entoben sein: entweder weil sein Eintritt ausser dem Bereiche menschlicher Voraussicht lag, oder man zur benachtheiligenden Handlung berechtigt war. Sowie man nun im ersteren Fall durch die voraussehbare Möglichkeit des Schadenseintrittes verantwortlich wird, so muss man es auch im letzteren bei Ungewissheit des Berechtigtheitsseins werden. Dort ist der Schadenseintritt, hier das Berechtigtheitszweifelhaft; dort handelt man trotz Gefahr des Schadens, hier trotz Gefahr des Unrechts. Wer im Bewusstsein der Schadensmöglichkeit gehandelt, wird sogar einem Arglistigen zur Seite gestellt; sollte der im Bewusstsein der Unrechtmöglichkeit d. i. mit zweifelhaftem Recht Handelnde verantwortungsfrei sein? Will daher Jemand einen Anspruch auf dem schwankenden Grunde eines controversen Rechtssatzes, einer Gesetzes- oder Rechtsanalogie erheben, so möge er es immerhin versuchen, aber sein Rechtsexperiment muss unnachtheilig für den in Mitleidschaft gezogenen Beklagten bleiben d. i. er hat diesem die Kosten des misslungenen Versuchs von der Schulter zu nehmen. Damit soll nicht gesagt sein, einen zweifelhaften Anspruch lieber fahren zu lassen, als seine Feuerprobe im Process zu versuchen; im Gegentheil, gerade für Ansprüche solcher Art erfüllt der Process seine eigentliche Bestimmung. Aber ein Anderes ist es, dass mit der Anstrengung eines dubiosen Anspruches kein Missbrauch des

Processinstitutes begangen wird, ein Anderes die Indemnisationsfrage gegenüber dem Beklagten. Die letztere ist nach allgemeinen Grundsätzen des Schädenrechtes im Sinne des eben Gesagten zu lösen, dem wir nur noch Folgendes beifügen möchten.

Es ist kaum eine Situation denkbar, welche die Responsibility eines Rechtsirrhums so schon in sich trüge, als die der Klagepartei. Das Bewusstsein, dass der Process ganz nothwendig für den Beklagten den Nachtheil von Geld, Zeit und Mühe nach sich ziehe, die Erwägung, dass der Widerstand desselben vielleicht doch rechtsgemäss sei, die Sorge, ob auch der rechtsgewandte Richter der eigenen Rechtsanschauung beipflichten werde, alle diese Momente drängen dem Kläger die grösste Sorgfalt bei Prüfung der rechtlichen Begründetheit des Anspruches auf. Wenn für irgend Jemanden, so muss für die Processpartei in der Klägerrolle, die *ex professo* die Berechtigung ihres Anspruchs zu untersuchen hat, der Rechtsirrhum unentschuldbar sein. Selbst die Unkunde eines zeitlich oder örtlich entlegenen Rechtssatzes, den zu erfahren es an der Gelegenheit zur Rechtsbelehrung gebrochen, kann ihr nicht zu Statten kommen. Wer klagen will, hat vollste Muße zur Rechts erkundung; fehlt die Gelegenheit heute, so trifft sie sich morgen; fehlt sie hier, so findet sie sich dort. Das Labeonische: *quod raro accipiendum*, wird hier zu einem: *nunquam accipiendum*. Es folgt ferner aus der schon mehrfach betonten, ganz besonderen Diligenzpflicht des Klägers, dass er sich seinen Rechtsrath bei einem Fachjuristen³⁰⁾ hole. Demgemäss hat der

³⁰⁾ Dem scheinen *l. 10 D. B. P. 37, 1 u. l. 2 §. 5 D. si quis ordo 38, 15* zu widersprechen, indem sie, zur Entschuldbarkeit des Rechtsirrhums, nur die Rechtsholung bei einem verständigen Laien (*diligens paterfamilias*) verlangen (*scientiam autem non hanc accipi, quae juris prudentibus sit, sed eam quam quis aut per se habeat aut consulendo prudentiores assequi potest . . . ut diligentiorum patrem familias consulere dignum sit*). In beiden Stellen handelt es sich um den Rechtsirrhum als Ursache der Fristversäumung zur *bon. poss.*, also um die Entschuldbarkeit des Rechtsirrhums im Hinblick auf einen Erwerb, der Dritten keinen (positiven) Schaden schlägt, wie dies im Process gegenüber dem Beklagten in dessen Kosten geschieht. Dass die Verantwortung für einen Rechtsirrhum mit letzterer Folge nicht an der Dosis Rechtskenntniss eines *diligens homo* gemessen werden könne, scheint doch aufliegend. Man kann für

Richter bei ihm von der Supposition vollständiger Rechtskenntniss auszugehen. Wenn wir demnach den Rechtsirrhum des Klägers für schlechthin unentschuldbar erklären, so nicht auch jenen des Beklagten; denn in Fällen zweifelhaften, controversen Rechts es auf die richterliche Entscheidung ankommen zu lassen, kann diesem mit Rücksicht auf seine Defensivstellung nicht zum Vorwurf gereichen. Auch auf die dubiose Rechtslage zielt der Satz: *non debet temere jus suum relinquere*. Es lässt sich hören, die Vertheidigung eines zweifelhaften Rechts werde entschuldigt, doch nicht der Angriff bei zweifelhaftem Rechte. Bei demselben Streitgrund (Rechtsirrhum) ist daher der (besiegte) Kläger in die Kosten zu condemniren³¹⁾, der (besiegte) Beklagte davon zu absolviren.

den Rechtsverkehr im Allgemeinen dem Einzelnen ohne Fiction füglich kein grösseres Mass von Rechtskunde zumuthen, als ein verständiger Mann sie haben kann, unmöglich aber kann im Process, wo das Recht unter Zweien ab- und zugewogen werden soll, von dieser „Jurisprudenz des täglichen Lebens“ als Verantwortlichkeitsmassstab ausgegangen werden. Hier muss allerdings *scientiam . . . hanc accipi, quae juris prudentibus sit*.

³¹⁾ Einen (indirecten) Beleg für die absolute Unentschuldbarkeit des Rechtsirrhums des Klägers möchte wohl die *l. 42 D. 50, 17 (qui agit, certus esse debet)* bieten. Ich glaube jedoch, es sei selbst ein directer den von der Entschuldbarkeit des Rechtsirrhums sprechenden Stellen zu entleiten. In dreifacher Weise kann der Rechtsirrhum nach Aussen wirken: *a)* als Ursache eines eigenen Vermögensverlustes; *b)* als Ursache des Entgangs einer Vermögensvermehrung, die sich ohne (positiven) Schaden eines Dritten vollziehen kann; *c)* als Ursache positiven Schadens eines Dritten. Das Bemerkenswerthe an den Quellenaussprüchen ist nun; dass sie, wo immer von ihnen der Rechtsirrhum für verzeihlich erklärt wird, dies stets nur in Rücksicht der Fälle *sub a* und *b* und niemals des dritten Falles *sub c* thun. So wird für verzeihlich erklärt der Rechtsirrhum, der die Zahlung einer Nichtschuld veranlasste (vgl.: *l. 10 l. 6 C. de jur. et fact. ign. 1, 18; l. 9 §. 5 D. eodem 22, 6; l. 6. 7 C. 4, 5; l. 9 C. ad leg. Falc. 6, 50*), sowie jener, aus dem die Frist zur Agnition der *bon. poss.* versäumt wurde (vgl.: *l. 1 l. 9 §. 1 D. de jur. et fact. ign. 22, 6; l. 10 D. 37, 1; l. 2 §. 5 D. 38, 15*). Dem gegenüber wird vom Rechtsirrhum bei der Ersitzung gesagt, er sei schlechterdings ungeeignet, den Erwerb zu vermitteln. (*nunquam in usucapionibus juris error prodest l. 31 D. 41, 3; dazu noch: l. 2 §. 15 D. pro emt. 41, 4*). Der Ausspruch rührt von Paulus her und das imperative „*nunquam*“ muss insbesondere bei diesem Juristen auffallen, der anderenorts die Unentschuldbarkeit des Rechtsirrhums nur als Regel aufstellt. (vgl.: *l. 9 pr. D. de jur. et fact. ign.*). Warum diese strengere Behandlung im Ersitzungsfall? Trägt er eine diese grössere Strenge fordernde Besonderheit an

Ad. 2. So wenig als der Rechtsirrtum kann den Kläger der Unterliegensgrund der Insufficienz der Beweise irgend je vom Kostenersatz befreien. Wird von ihm gefordert, dass er sich seines Anspruchs gewiss sei, so liegt darin, dass er sich auch der Erweisbarkeit desselben gewiss sein müsse. Kommt er mit seinen Beweisen nicht auf, so hat er seinen Process eben auf der schwankenden Basis nur möglichen, zweifelhaften Erfolges unternommen, auf welchem man zwar immerhin und ohne die Gefahr, als Chicaneur einer Muthwillens-

sich? Ich glaube, ja. Die Ersitzung, Erwerb auf der einen —, ist Verlust auf der andern Seite. Hier nach Umständen den Rechtsirrtum entschuldigen, hiesse, den Rechtsirrtum zum Schaden eines Andern entschuldigen. Es mag billig sein, ihn zur Abwendung eines Nachtheils vom Irrenden — wo dies ohne positiv schädigenden Eingriff in das Vermögen eines Dritten geschehen kann — zu verzeihen (wie bei Fristversäumung zur Agn. der *bon. poss.* oder Zahlung einer Nichtschuld), nicht gerechtfertigt erscheint jedoch die Verzeihlichkeit, wo der Dritte dadurch einen Vermögensverlust, einen directen Schaden litte. Demgemäss wird auch in allgemeinen Formeln, wohl die Verzeihlichkeit im ersteren Fall (*l. 7 D. h. t. juris ignorantia suum vero petentibus non nocet*; *l. 8 D. h. t. omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet*), dagegen in anderen die Unverzeihlichkeit letzterenfalls hervorgehoben. Dies geschieht durch *l. 7 D. de jur fact. ign. 22, 6: juris ignorantia non prodest adquirere volentibus*. Das *adquirere volentibus* ist offenbar der Gegensatz zu dem weiteren: *suum vero petentibus (non nocet)* der Stelle. Die Antithese liegt aber darin, dass im ersten Fall der Irrende etwas aus fremdem Vermögen erwerben, im zweiten aus eigenem verlieren soll. Dort würde der Dritte, hier nur der Irrende einen Nachtheil durch den Irrthum erleiden; darum soll ihm hier geholfen werden, dort nicht.

Denselben Gedanken, nur in anderer, allgemeiner Ausdrucksform, wiederholt die folgende *l. 8 D. h. t.*, wo der Gegensatz in die Worte: *in damnis vel compendiis* gefasst ist. *Compendia* = Erwerb auf Kosten eines Andern, wie *adquirere*; *damna* = Nachtheil, gleichviel ob positiver oder negativer des Irrenden. M. E. finden nur mit dieser Interpretation die silyllinischen *l. 7* und *l. 8 cit.* ihre befriedigende Lösung. Diese angedeutet zu haben, muss uns für unseren Zweck genügen, ohne auf das Controversengewebe, mit dem beide Fragmente umspinnen sind, hier weiter eingehen zu können. Darüber statt Aller: Vangerow §. 83, V. ff.

Der Rechtsirrtum darf nicht Ursache fremden Schadens werden; er darf nur dort ausnahmsweise verziehen werden, wo dies ohne positiv schädigenden Eingriff in das Vermögen Dritter geschehen kann. Dies ist m. E. die wahre Auffassung des röm. Rechts. Sie bestätigt voll die im Text verfochtene Unentschuldbarkeit des Rechtsirrtums der Klagepartei in Rücksicht auf die Pflicht zur Kostenerstattung an den siegreichen Beklagten.

strafe zu verfallen, einen processualen Angriff versuchen mag, aber auch den Gegner für den zugefügten Kostennachtheil zu indennisiren hat. Auch hier gilt: wer handelt bei erkennbar-möglichem Unrecht, kann so wenig schuldfrei sein, als wer handelt bei erkennbar-möglichem Schaden.

Ad 3. Dem Gläubiger kann regelmässig nicht insinuiert werden zu wissen, mit welchen Einreden (rechtsbehindernden, rechtszerstörenden Thatsachen) Schuldner dem Anspruche entgegengetreten werde. Wohl aber gebietet ihm seine Diligenzpflicht, auch nach dieser Richtung vor der Klageanbringung das Terrain dadurch zu klären und zu recognosciren, dass er den Anspruch vorerst aussergerichtlich stellt und so dem Angeforderten Gelegenheit gibt, die Gründe seiner eventuellen Anspruchsverweigerung zu entwickeln. Der Gemahnte hat es damit in seiner Gewalt, durch Eröffnung seiner Einreden und Beweise den Process mit seinem Kostenaufwande abzuwenden oder doch dem Gegner den Streitvorwand zu benehmen. Hält er seine Vertheidigungsmittel im Köcher, so hat er dem Kläger einen Entschuldigungsgrund für die Processprovocation, eine *justa causa ignorantiae* in die Hand gedrückt, während anderenfalls diesem jeder solche vorweggenommen ist. Denn entweder bringt ihre Entfaltung den Nichtbestand des Anspruchs zur Evidenz, dann ist der dem zum Trotz angestrengte Process ein arglistiger (oder doch grob verschuldeter) Act, — oder sie rückt denselben doch in's Zweifelhafte, dann ist der Process doch mindestens keine schuldfreie That.

Wo aber der Gemahnte es an der legalen Aufklärung des Anforderers mangeln lässt, beschwört er selbst den Process mit seinen Kosten gegen sich herauf. Der Mahner wird und darf einem derartigen rein passiv oppositionellen Verhalten gegenüber glauben, es gebreche demselben überhaupt an dem Rückhalte eines stichhältigen Einwandes. Daher ist in solcher Lage die Anstrengung des Processes ein Act entschuldbarer Ignoranz, dafern nicht doch dem Kläger die bestehenden Einreden bekannt waren oder sein mussten. Während wir also die Responsabilität des Klägers im Falle eines Rechtsirrtums oder der Unzulänglichkeit seiner Beweise bis zur Absolutheit steigerten, drücken wir sie hier (auf Arglist) herab. Dies

ist ganz im Sinne des materiellen Schädenrechtes, welches die Haftung des Beschädigers auf *dolus (culpa lata)* einschränkt, wo es der Beschädigte an der eigenen, nöthigen Diligenz fehlen liess, dem Schaden zu wehren.³²⁾ Normale zu prästirende Schuldform war dem römischen Rechte überhaupt nur *dolus* (dem *culpa lata* äquiparirt wurde). Die weiterreichende Verantwortlichkeit auf *culpa levis* erscheint in ihm als eine durch besondere Rücksichten gebotene Ausnahme. Diese Rücksicht war offenbar dort nicht am Platze, wo der Beschädigte schuld bare Mitursache seines Schadens ist. Gewiss ist, soweit man sich selbst vor Schaden bewahren kann, kein

³²⁾ Ein interessanter Beleg hiefür ist *l. 29 pr. D. mand. 17, 1*: Der Bürge, der eine dem Hauptschuldner zustehende Einrede nicht eingewendet, ist der Regressklage verlustig, wenn er dieselbe kannte oder nur aus unverantwortlichem Leichtsinne (*dissoluta negligentia*) nicht kannte. Ein minderes Verschulden, wiewohl im Allgemeinen als Mandatsbürge darauf verhaftet, wird ihm nicht imputirt, weil es Pflicht des Hauptschuldners gewesen wäre, dem Bürgen die Einrede mitzuthellen (*potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum*). Vgl. dazu Hasse, *Culpa* Ausg.: Beth. Hollw. §. 20, S. 82 ff. und S. 63, 65 ff. und *l. 47 i. f. D. de cond. ind. 12, 6*; *l. 8 §. 7, l. 10 §. 12 mand. 17, 1*, Stellen, in denen derselbe Gedanke vorwaltet. Man hob also die Verantwortung des Mandatsbürgen für *culpa levis* in einer bestimmten Beziehung wegen des concurrirenden Verschuldens des Hauptschuldners auf: eine Art *compensatio culpa*.

Wie der Hauptschuldner dem Bürgen, so kann und soll (*potuit atque debuit*) der Interpellat, will anders er nicht den ihm drohenden Processkostenschaden mitverschulden, dem Gläubiger Kenntniss von den wider den Anspruch bestehenden Thaten und Einreden geben. Es ist gegen Treu und Glauben, wenn der Interpellat dies nicht thut, vielmehr in gedeckter Fechterstellung den Klageangriff an sich herankommen lässt und dann erst im Processverlaufe den Schleier lüftet. Inwieweit freilich der Zauber der Rechthaberei, die Freude, sein Recht kämpfend zu ersiegen, die Vorstellung, der Gegner müsse sich den Anspruch bewusst widerrechtlich an, und getrübe Beziehungen zu demselben an einer solchen Taktik des Hinterhaltes ihren Theil haben, diese mehr ethisch-rechtsphilosophische Seite steht hier ausser Betracht (vgl. Ihering, *Kampf um's Recht* S. 23). Wir haben die Stellung der Parteien zu den Processkosten nur in dem Realismus des Schädenrechtes zu betrachten, in welchem idealen Gefühlsmotiven, misstrauischen Suppositionen kein Raum zu gönnen ist gegenüber dem Satze, dass Mitverschuldung des Schadens geringe Verschuldung des Beschädigers absorbire.

Grund vorhanden, das Thun und Lassen Anderer in die beengenden Fesseln der *culpa levis* zu schlagen.³³⁾

Allein der Kläger präservirt sich den Excusationsgrund entschuldbarer Ignoranz in Fällen, wie sie hier gedacht sind, nur dann, wenn er nach der im Processlaufe geschehenen Vorführung der Vertheidigungsmittel des Beklagten und der hierdurch ihm gewordenen Aufklärung die Klage unter Antrag auf Absolution vom Kostenersatz fallen lässt. Gelingt es ihm, in dem nur über den Kostenpunkt sich noch fortsetzenden Verfahren seine redliche Ignoranz zu erweisen, dem Beklagten nicht diesen Beweis zu entkräften, so ist Kläger vom Kostenersatz zu entbinden. Dies ist der Sinn der Worte: „*aut actor (bona fide) lite destiterit*“ in *l. 5 in (rest.) C. 7, 51*, wo offenbar auch das *bona fide* des vorausgehenden Satzes (*si conventus bona fide solverit*) herab zu beziehen ist.

Setzt Kläger aber trotz der nunmehr erfolgten Entfaltung des gegnerischen Vertheidigungsmaterials den Process bis zum Urtheil fort, so geht er des Entschuldigungsgrundes entschuldbarer Ignoranz verlustig, weil aus der Fortsetzung des Processes geschlossen werden darf, dass die vorprocessuale Eröffnung der Vertheidigungsmomente so wenig den Kläger von der Anhängigmachung des Processes abgehalten hätte, als nun ihre Eröffnung im Processe ihn zu einer besseren Ueberzeugung und damit zur Absteherung von der Klage zu bringen vermochten. Mit anderen Worten: Ist der Process bis zum Urtheil gediehen, so kömmt für den Richter die Rücksichtnahme auf eine etwa zum Processbeginn vorhanden gewesene (partielle) *bona fides* des Klägers völlig ausser Betracht; er hat vielmehr den Kläger einem solchen gleichzuhalten, dem die Vertheidigungsthaten, die sein Unterliegen bewirkten, schon vor der Klageerhebung bekannt waren d. i. er hat sein Processiren als einen benach-

³³⁾ Noch zweier Beweisstellen möge hier Erwähnung geschehen: *J. 4, 3, §§. 4 und 5*. Wer sich einem Uebungsplatz, wo Soldaten schiessen, nähert, kann, wenn verletzt, sich nicht auf ein Versehen des Verletzers berufen. — Der an einem Baume vorübergehende und durch einen herabgefallenen Ast Verletzte kann keinen Anspruch auf ein Versehen des am Baum Hackenden gründen, wenn der Baum an einer vom Wege abseits gelegenen Stelle stand. Hier war dem Passanten mehr, dem Arbeiter weniger Vorsicht geboten.

theiligenden Angriff bei zweifelhaftem Recht (erkennbar möglichem Unrecht) zu censuriren und ihm demzufolge nach allgemeinen Grundsätzen des Schädensrechtes den Kostenersatz an den Beklagten aufzuladen.

So ergibt sich denn als Resultat vorstehender Untersuchung:

Der unterlegene Kläger haftet unbedingt auf Kostenersatz, wo er den Process bis zum Urtheil getrieben; er ist nur ausnahmsweise dann davon zu entbinden, wenn er der erst im Process erfolgten Entfaltung der Vertheidigungsthaten des vorgemahnten Beklagten gegenüber die Klage fallen lässt.

§. 13.

Die Aussprüche der Quellen über die Kostenersatzpflicht des besiegten Klägers.

Ist aber dieses Resultat mit den Aussprüchen der Quellen über Kostenersatz zu vereinen? Es kommen hiebei für uns nur jene Stellen in Betracht, die allein oder auch von der Erstattungspflicht des besiegten Klägers handeln. Es sind dies: 1) *J. 4, 16 (de poena temere litigantium)*; *l. 1 §. 1 D. de vac. et excus. munerum 51, 5, l. 4 Cod. 7, 51, l. 33 C. de episc. 1, 3*; *l. 5 in (rest.) C. de fruct. et lit. exp. 7, 51*; 2) *l. 79 D. de jud. 5, 1*; *l. 1 C. Th. de fruct. et lit. imp. 4, 18*. In der ersten Stellengruppe ist der Kostenersatz in eine ostensible Verbindung mit *calumnia* gebracht, woraus die Straftheorie ihren quellenmässigen Stützpunkt schöpft. Was will diese Correspectivität von *calumnia* und Kostenersatz? Will sie besagen, die erstere sei der Grund des letzteren, oder ist sie lediglich eine nichts verfangende Satzwendung? Weder das Eine noch das Andere. Eine gewisse Beziehung von *calumnia* und Kostenersatz ist von selbst dadurch gegeben, dass, wenn er auch nicht Strafe ist, doch auf den Chicaneur strafend wirkt, dass er (zugleich) die Function einer *poena temere litigantis* ausübt, ohne es zu sein. Allein dieses pönale Element immanirt dem Kostenersatz ganz zufällig, wie überhaupt den Fällen, wo die Entschädigung dem Pflichtigen eine reine Vermögenseinbusse ist, um welcher pönalen Wirkung willen die Quellen mitunter auch reine

Entschädigungsklagen (Sav. Syst. §. 210 Note e) als *actiones poenales* (*l. 9 §. 8 l. 11 D. 42, 5*; *l. 9 §. 1 D. 27, 6*: „*factum puniunt*“) bezeichnen. Man kann daher ganz wohl den Kostenersatz (um dieses seines Effectes willen) unter den *poenae temere litigantium* aufführen, wie dies *J. 4, 16* geschieht, nur mache man nicht, wie die Straftheorie, die Folge zum Grund und leite dann aus dieser Umstellung den Haftungsgrad ab. Was insbesondere §. 1 *J. 4, 16* betrifft, steht mir fest, dass die Stelle nichts als den erwähnten Strafeffect des Kostenersatzes betonen will, im Hinblick auf welchen man ihn denn immerhin auch als ein Surrogat des einst bestandenen, dann jedoch desuet gewordenen *judicium calumniae* bezeichnen konnte. Wie der Ausdruck: *introducitur est* andeutet, will Justinian mit den Worten: *ut improbus litigator . . damnum et impensas litis inferre adversario suo cogatur* nicht disponiren, sondern einfach auf das historische Kostenersatzrecht hinweisen d. h. ihm ist hier nicht darum zu thun zu sagen, wann der Besiegte die Kosten zu erstatten habe, sondern dass die auferlegte Erstattung wie eine *pecuniaria poena* wirke. Allein diese ganze Auffassung der Stelle mag man bestreiten, und Andere (wie Dernburg, Abh.) haben gerade in ihr die cardinale Dispositivnorm über die Kostenersatzpflicht erblickt. Unbestreitbar aber ist, dass sich mit einer so allgemeinen Formel in *concreto* schlechterdings nichts anfangen lässt und dass sie den Dienst versagt, wenn man sie der reichen Fülle der Einzelfälle in ihrer mannigfachen Natur adaptiren will. Wie wäre es auch möglich, die von einander graduell völlig verschiedene Haftung des Klägers und Beklagten und die nach der Natur der einzelnen Anspruchskategorien selbst wieder differirende Haftung des Beklagten in den Rahmen einer einheitlichen Ersatzformel zu zwängen? Der bisherigen Anschauung, die glaubte, das römische Recht habe die Haftung beider Parteien und jeder Partei über einen einheitlichen Schuldleihen geschlagen, konnte freilich eine solche vermeintliche Einheitsschuldformel keinen Anstoss erregen. Uns erscheint sie wenigstens als kein Hemmschuh, die Haftung (des Klägers) in der Weise wie geschehen, individualisirend zu gestalten, wodurch sie sich freilich völlig verflüchtigt.

Bei der nahen Beziehung, in welcher die Begriffe Strafe, *calumnia* und Kostenersatz stehen, wird man auch mit der Verquickung derselben in der *l. 1 §. 1 D. de vac. et exc., l. 4 C. 7, 51, l. 33 C. de episc. cit.* nicht zu hart ins Gericht gehen dürfen, vielmehr das Unterlaufen dieser Verquickung völlig erklärlich finden. Man kann daher auch diesen Stellen kein weiteres Gewicht beilegen, als dass sie die präventiv-repressive Wirkung des Kostenersatzes gelegentlich betonen wollen.

Bedenklicher sieht es jedoch mit der *l. 5 in (rest) C. cit.* (dazu *Nov. 82 c. 10*) aus, insofern diese Stelle Dubiosität des Streitfalles ganz allgemein, sohin auch in Ansehung des besiegtten Klägers als Befreiungsgrund vom Kostenersatz aufführt.

Man wird nicht umhin können, in dieser Beziehung die Stelle einschränkend interpretieren zu müssen und die Worte: *de re dubia litigantem* nur vom besiegtten Beklagten zu verstehen. Es widerstreitet denn doch jedem gesunden Rechtsgefühl, dass wer bei zweifelhaftem Rechte einen Angriff wider die fremde Rechtssphäre unternimmt, den für den Beklagten sich daranhängenden (Kosten-) Schaden nicht zu verantworten haben soll. Wir müssten dies annehmen, wenn auch nicht anderenorts (*l. 42 D. 50, 17*) vom Kläger verlangt wäre, er habe seines Anspruchs gewiss zu sein.

Was endlich noch die *l. 79 D. 5, 1* und *l. 1 C. Th. 4, 18* betrifft, so liegen sie ganz in unserer Anschauung von der strengen Verhaftung des (besiegtten) Klägers, wenn wir die Worte: *temere (in jus vocasse)* und (*intentio petitoris*) *improba* nicht im Sinne von Unrechtsbewusstsein, sondern von Erfolglosigkeit des Processes (objectivem Unrecht) nehmen, was nach dem Sprachgebrauch der Quellen durchaus zulässig ist (vgl. Wetzell 508, 509 Note 60).

Wir haben zur Würdigung aller vom Kostenersatz handelnden Stellen noch eine allgemeine Bemerkung nachzuschicken. Nie kann es gelingen, die richtigen Grundsätze des historischen Processkostenrechts zu gewinnen, wenn man diese Aussprüche zum Pivot der Untersuchung macht, die bald das Strafprincip, bald das Ersatzprincip auf der Basis der *culpa levis*, bald das absolute Ersatzprincip buntscheckig wieder zu spiegeln scheinen. Sie prägen, wenn man sie in ihrer Gesamt-

heit überblickt, nicht etwa eine Entwicklung des römischen Rechts von *calumnia* als Erstattungsbasis zum objectiven Processerfolg als diese, sondern die Thatsache aus, dass es eine einheitliche Erstattungsbasis überhaupt nicht gibt, ein Resultat, das das wichtigste Ergebniss der bisher gepflogenen Erörterungen scheint.

§. 14.

Die Natur der Kostenersatzpflicht des besiegtten Klägers.

Mit der Umgrenzung des Haftungsmasses ist die dem unterliegenden Kläger gegenüber gesteckte Aufgabe erst halb gelöst. Noch ist auch dieser Haftung ihr civilistisches Fundament zu geben. Durch das absolutische Urtheil ist die Klage als eine Anspruchsanmassung stigmatisirt. Diese, die die oppositionelle Reaction des Beklagten hervorgerufen, ist die rechtswidrige Quelle seiner Kosten. In der durch sie gesetzten Rechtsverletzung allein kann dankbarer Weise der Erstattungsgrund gesucht werden. Ist aber überhaupt die Anspruchsanmassung schon eine Rechtsverletzung? ³⁴⁾ Sie ist es darum nicht minder, dass es ihr an physischer Thätlichkeit gebricht; und sie ist es ob ihres rechtsbedrohlichen Charakters.

Die processuale Anspruchsarrogirung als ins Werk gesetzter Versuch wirklichen Eingriffs in die fremde Rechtssphäre ist selbst schon Störung des ruhigen Rechtsgenusses auf des Bedrohten Seite.

Verletzt durch die Klageprätension erscheint aber bald ein concret-individualisirtes Recht wie bei dinglichen Klagen ³⁵⁾, bald nur der bestehende Rechtszustand des Beklagten überhaupt in einer bestimmten Beziehung. Die Haftpflicht des besiegtten Klägers ist daher delictischen Wesens; sie ist Schadenersatzpflicht und die sie erzeugende Läsion die Rechtsstörung durch Rechtsbedrohung.

³⁴⁾ Eine offene Frage. Ueber Privatrechtsverletzung im Allgemeinen die treffliche Ausführung Unger's System II. §. 109.

³⁵⁾ Vgl. auch Degenkolb Einlassungszwang und Urtheilsnorm S. 177 und Note 2 und überhaupt dessen Ausführungen über Ansprüche auf Feststellung einer Negative (*eodem* §. 13). In diesen wird eine Rechtsprätension, anstatt wie gewöhnlich vertheidigungsweise, — klagend abgewehrt; was sonst Vertheidigungsanspruch, wird hier als Klageanspruch durchgesetzt.

Für das Processrecht der beiden (öst.) Gerichtsordnungen ist gegenüber §§. 1293, 1295 a. b. G. diese Genealogisirung unbezweifelbar; in dem weiten Mantel eines widerrechtlichen Nachtheils, „welcher Jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist“, haben die Processkosten des sieghaften Beklagten vollauf Raum.

Im römischen Schädenrecht, das in eine Reihe spezifischer Delictsformen aufgelöst ist, lassen sie sich an einen bestimmten Delictstypus allerdings nicht anknüpfen.³⁶⁾ Dennoch darf so viel als in demselben bezeugt behauptet werden, dass es die durch eine processuale Anspruchsanmassung verursachten Vermögensnachtheile als delictisches Schadensgebilde beurtheilte. In *l. 33 D. de dolo 4, 3* gibt Ulpian wegen Vereitlung eines vortheilhaften Verkaufs der durch die grundlose Klage *litigios* gewordenen Sache eine *actio in factum* auf das Interesse wider den unterlegenen Kläger. Es ist dieselbe rechtswidrige Quelle, die unbegründete Klageführung, der dieser negative wie der positive Schaden der Processkosten auf Seite des Beklagten entstammt. Unmöglich können Nachtheile derselben Rechtsverletzung verschiedener Natur sein. Indess muss doch eines Unterschiedes zwischen dem Nachtheile aus der Verkaufsvereitlung und jenem der beklagtischen Processkosten gedacht werden.

In den Processkosten steckt stets ein doppelter Charakterzug. In Hinsicht ihrer Entstehungsursache sind sie (widerrechtlich erregter) Schaden, auf Seite des sie verauslagenden Streittheils sind sie Aufwand (auf einen Anspruch), Mittel zum Zweck der Durchsetzung eines Anspruchs.

Nach dieser letzteren Richtung setzen die Processkosten einen schon bestehenden Anspruch voraus, um deswillen und auf den sie gewendet werden. Diese accessorielle Zweckbeziehung zu einem bereits bestehenden unterruhenden Anspruch macht sie zu einer Anspruchsdependenz, unterwirft sie der materiellen Rechtsatmosphäre des bezüglichen Anspruchs und lässt sie sich nicht zum Range eines selbständigen Delictsgebildes erheben. Als Interesseansatz zu einem anderen Anspruch muss ihr Erstattungsgrund im engsten Anschluss an

³⁶⁾ Wie Weber dies an die *lex Aquilia* versucht.

die concrete Rechtsgestalt dieses entleitet werden. So hielten wir es mit den Processkosten des siegreichen Klägers und nicht anders kann es sich verhalten mit denen des siegreichen Beklagten. Was soll aber der diesen zu Grunde liegende (Haupt-) Anspruch sein? Scheint es doch der anspruchsnegirenden Stellung des Beklagten an einer Anspruchsbasis zu fehlen.

Allein jede Anspruchsanmassung erzeugt nothwendig die Reaction eines auf Fallenlassen derselben gerichteten contradicirenden Gegenanspruchs.³⁷⁾ Auf diesen in der Einredebitte zur Klageabweisung verstellten Conträranspruch wendet Beklagter seine Kosten. Der Anspruch ist da, ehe sich die Kosten ihm zugesellen. Er ist die unmittelbare, die Kosten die durch ihn vermittelte Folge des rechtswidrigen Klageangriffs.

Hat einmal eine Widerrechtlichkeit einen Anspruch erzeugt, so ist für Nachtheile, die sich noch daran setzen, die Frage des Erstattungsgrundes geschlossen, insofern dieser nur in jener wurzeln kann. Das Recht, das einmal eine Widerrechtlichkeit mit anspruchszuzeugender Kraft ausgestattet, erkennt damit dieselbe als Rechtsgrundquelle von Ansprüchen überhaupt an. Fällt Jemandem bei, nach einem Specialdelict zu fragen, dem sich die verstärkte Haftpflicht des Beklagten *malae fidei possessor* unterreihen lasse? Die rechtswidrige Verrückung des Besitzzustandes (das objective Unrecht) zeugt den (Eigenthums-) Anspruch, tritt Verschuldung (*mala fides*) hinzu, hängt sich der Restitutionspflicht nach Schadensersatzhaft an. Oder: Eine Servitutsprätension schlägt der Eigenthümer mit der *negatoria* ab, mit der er nicht bloß auf Nichtbestand einer gegnerischen Dienstbarkeit, sondern auch auf Ersatz des daraus erlittenen Schadens intendiren kann³⁸⁾, unter welchen aber auch die (klägerischen) Kosten des Negatorienprocesses fallen, die mit dem etwa sonstigen Schaden in

³⁷⁾ Der auch klageweise geltend gemacht werden könnte, wenn nicht das praktische Hinderniss der Schwierigkeit des Beweises einer Negative in aller Regel obwaltete. Vgl. Degenkolb a. a. O.

³⁸⁾ So Puchta Pand. §. 172, 191; Arndts Pand. §. 169; Windscheid Pand. §. 198. Dagegen Ihering Schuldmoment S. 26, Note 42a und S. 50, 51; doch lässt auch dieser das „Interesse der verhinderten Ausübung während des Processes“ in Betracht kommen, was für unseren Zweck genügt.

der präventiven Eigenthumsverletzung ihren ursächlichen Anlass und ihren Zuspuchgrund haben und nur haben können. Denken wir uns aber den Eigenthümer gegenüber der Servitutsprätension in der Beklagtenstellung. Dann macht er selbstredend in der Einredebite (implicite) denselben Anspruch geltend, als mit der Negatoria in der Klagebite; seine Processkosten haben in beiden Processen denselben Anspruch zum Untergrund, sie müssen daher auch in beiden denselben Erstattungsgrund, die rechtsverletzende Servitutsprätension, haben.

Wenn aber bei der klageweisen Prätension dinglicher Ansprüche die Kostenerstattungspflicht des besieigten Klägers in der Unrechtsform der (processualen) Anspruchsanmassung ihren Grund hat, worin sonst und warum nicht in dieser Unrechtsform sollte sie ihn auch jedem sonstigen anmasslichen Klageangriff gegenüber haben, der wenn auch noch kein bestimmtes Recht, doch den bestehenden Rechtszustand überhaupt turbirt?

Man emancipire sich nur von dem Vorurtheil, diese Kostenschadensersatzpflicht unter einen bestimmten, benannten Delictstypus beugen zu müssen, um sie civilistisch fundiren zu können. Man vergegenwärtige sich nur, dass das classisch entwickelte römische Recht, wenn es einmal aus einer Widerrechtlichkeit an sich (objectivem Unrecht) einen Anspruch hervorgehen liess, stets dem sich noch hinzugesellenden Schuldmoment die Kraft beigab, volle Schadenshaftpflicht zu erzeugen⁴⁹⁾; dass es ferner auch der Processstellung des Beklagten nicht an dieser von vorneherein gegebenen Anspruchsstütze gebricht, — hätte er doch ohne solche kein Recht zur Opposition — und man wird endlich dahin gelangen, den Grund der Kostenersatzpflicht des besieigten Klägers einfach in der Unrechtsform der (schuldhaft widerrechtlichen) Anspruchsanmassung zu suchen und zu finden und damit diese Haftpflicht für völlig befriedigend privatrechtlich genealogisirt zu halten. Der Vertheidigungsanspruch des Beklagten, seiner eigentlichen Bestimmung nach die Abwehr der Anspruchsprätension an sich bezielend, wird durch das Mitspielen des Schuldmomentes fähig,

⁴⁹⁾ Es ist das Verdienst Ihering's, diesen Zug des röm. Rechts in seiner Meisterschrift: Schuldmoment im röm. Priv. hervorgehoben und zu Gebühr gebracht zu haben. S. 21 ff., 50 ff. und *passim*.

noch weiters auch den daraus fliessenden Processkostenschaden unter Einem zum Ersatze zu verwirklichen.

Während aber Klageansprüche der verschiedensten Natur sein können, entspringt der Einredeanspruch stets demselben rechtlichen Grunde, der (rechtswidrigen) Anspruchsanmassung. Dies die Ursache, dass wohl der Processaufwand des (sieghaften) Beklagten, nicht auch jener des (sieghaften) Klägers auf ein einheitliches Ersatzprincip zurückführbar ist, welches letzterer je nach der verschiedenartigen Attractivkraft der Klageansprüche auch ihrer besonderen Natur sich anschmiegt.

§. 15.

Das Schuldprincip und seine Geschichte im gemeinen und österreichischen Process. — Kritik der herrschenden Theorien über den Rechtsgrund der Verpflichtung zum Processkostenersatz.

Das römische Schuldprincip liegt auch dem gemeinen und österreichischen Processrechte beider Gerichtsordnungen zu Grunde. Wohl schärfen beide Rechte die absolute Kostenerstattungspflicht des Besiegten ein, allein nur als Regel, von der „leichtlich nicht ohne genügsame (erhebliche) Ursachen“⁴⁹⁾ vom Richter abzugehen sei. Was sind nun aber „genügsame, erhebliche Ursachen“? Das können nur solche Umstände sein, welche die Streitführung des Besiegten als eine schuldlose erscheinen machen. Das in beiden Processrechten scheinbar an die Spitze gestellte absolute Ersatzprincip wird denn so durch die hinzugefügte Einschränkung zu einer Unwahrheit. Der Gesetzgeber schärft ein anderes Princip ein, als er aufstellt; er schiebt dem von ihm wirklich gesetzten Schuldprincip das absolute Ersatzprincip gewissermassen als Ideal voran. Und er thut dies, um die Consequenz der fast regelmässigen „Kostencompensation“, zu welcher jenes die Praxis geführt, durch den energischen Hinweis auf dieses so viel möglich zurückzudämmen. Paraphrasirt man seinen Ausspruch, so sagt er etwa Folgendes: „Richter,

⁴⁹⁾ Concept der k. R. K. G. O. von 1613 III. Tit 59 §. 9; §§. 398 A. 527 W. G. O.

Vgl. Vis: Abschied von 1713 §. 82. Ganz ähnlich gestatten die verschiedenen älteren Particular-Processordnungen die „Compensation“: aus befügten und rechtmässigen — erheblichen und in den Gesetzen wohlbegründeten — ziemlichen und ansehnlichen Ursachen.

den besiegten schuldlosen Streiter hast Du vom Kostenersatz zu entbinden, aber sehe wohl zu, ob der Besiegte ein solcher sei und nimm ihn nicht zu leicht für einen solchen.“ Das war nun allerdings eine sehr unverfängliche Warnungsclausel, welche dem Schuldprincip mit auf den Weg gegeben wurde. Wie wenig und warum sie nicht dem „gar zu sehr gemein im Gebrauche“ (üblichen) *compensationes expensarum*⁴¹⁾ zu steuern vermochte, wird dem Folgenden zu entnehmen sein.

Es waren vornehmlich zwei Ursachen, welche die Entartung des Schuldprincipes zur regelmässigen „Kostencompensation“ bewirkten:

1. Der Mangel richtiger wissenschaftlicher Grundsätze über den Rechtsgrund der Kostenerstattung;

2. die schwierige Erfassbarkeit des Streitverschuldens.

Es gibt vielleicht kein Beispiel, an dem sich wie an den Processkosten das Unheil zeigen liesse, welches eine sich über das innere Wesen einer Rechtsfigur unklare wissenschaftliche Auffassung und Lehre anzurichten vermag. Nicht als ob sie sich nicht redlich abgemüht hätte, dieses innere Wesen zu ergründen, füllt ganz im Gegentheil die Suche nach dem Rechtsgrund der Erstattungspflicht so überwiegend die Literatur über dieses Rechtscapitel, dass man darüber für die Vielseitigkeit der Betrachtung, dessen dasselbe auch noch im Einzelnen fähig ist, kein Auge hatte, viele Fragen gar nicht, andere nur höchst cursorisch der Erörterung unterzog. Freilich konnte man zur dogmatischen Detailbehandlung keinen Drang empfinden, wo die Frage nach dem Erstattungsgrund trotz aller Theorien darüber noch als ungelöstes Räthsel empfunden wurde. Diesen Theorien haben wir hier noch ein resumirendes Nachwort zu widmen und im Anschluss daran uns insbesondere mit der neueren und neuesten Anschauung abzufinden, es gebe überhaupt keinen civilrechtlichen Grund für die Verpflichtung zum Kostenersatz.

a) Die Straftheorie.⁴²⁾ Ihre Behauptung ist: Die Ver-

⁴¹⁾ Conc. d. R. K. G. O. cit.

⁴²⁾ Vertreten von Henneman, Beitrag zur Rechtstheorie von Erstattung der Processkosten, Emmerich, Ueber die Processkosten, deren Erstattung und Compensation, Dernburg, Abhandl. aus dem Gebiete des gem. u. franz. Civ. u. Processrechts, S. 101 ff.

pflichtung zum Kostenersatz entfliesst der *Calumnia* und ist Strafe dieser. Das Processiren des Besiegten kann unter einem doppelten Gesichtspunkt genommen werden: im Verhältniss zum Gegner und zum Staat in seiner richterlichen Function. Jenem gegenüber ist es in jedem Falle eine Rechtsverletzung; aber auch diesem gegenüber kann es eine solche werden, dies dann, wenn es mit Unrechtsbewusstsein geschieht. Mit dieser Zuthat wird das Processiren zu einem Missbrauch des Processinstitutes in seinem publicistischen Charakter, der das öffentliche Interesse zu seiner Ahndung hervorruft. Sonach ist *calumnia* die bewusste Anspruchsverweigerung (Anmassung), soferne sie ihren Zweck mit Hilfe des Processes erreichen will. Sie ist ein Missbrauch im Mittel, das ist ihr strafwürdiges Stigma. Nach der einen Seite hin eine an einer öffentlichen Institution geübte Frivolität, ist sie nach der anderen eine qualificirte und besonders gefährliche Form der Bedrohung der gegnerischen Rechtsstellung, eine Doppelverletzung am Staat und Gegner. Je nachdem man die Rücksicht auf das publicistische Moment oder die Privatverletzung prävaliren lässt, wird man diese Unrechtsform entweder unter öffentliche oder Privatstrafe⁴³⁾ stellen. Aber jede Calumnienstrafe will den Excess im Mittel ahnden, entnimmt daher diesem, nicht der durch die Leistungsvorenthaltung (*dolos*) verübten Rechtsverletzung an sich ihren letzten Grund.⁴⁴⁾ Legt man sonach den Kostenersatz zur Strafe der *Calumnia* auf, so wird nicht um der Anspruchsverletzung, sondern um des Mittels willen, durch welches diese begangen wurde, der Ersatz zugesprochen.⁴⁵⁾ Es ist aber eine begriffliche Absurdität,

⁴³⁾ Letzteres war bekanntlich in dem ausgedehntesten Masse im röm. Process der Fall. Vgl. jetzt auch besonders Ihering, Schuldmoment, S. 13 ff.

⁴⁴⁾ Ich kann daher Menger, Grünh. Zeitschr. VII. S. 154 nicht beipflichten, wenn er das Criminelle der *calumnia* in der bewussten Rechtsverletzung erblickt.

⁴⁵⁾ Daraus machen denn auch die Anhänger dieser Theorie gar kein Hehl. Vgl. Emmerich a. a. O. S. 88. „Das wichtige Fundament unserer Lehre liegt im Missbrauch der richterlichen Hilfe, welche durch Chicane und grobe Nachlässigkeit entstehen kann.“ In düsteren Farben schildern sie die Härte einer strengeren Haftung: „... es würde damit der redlich gesinnte Bürger eines Rechts verlustig gemacht, welches ihm von Natur (!) zustehe“ (so Emmerich, S. 153). Und Henneman, S. 111 sagt: „Der Sieger muss in dem

das Mittel einer Schadenszufügung zum Grund des Schadenersatzes zu machen und diesen nicht auf die beiden Ersatzprämissen Verschulden und Unrecht, sondern noch weiters auf den gleichgiltigen Umstand zu bauen, dass das Verschulden in die Hülle des Processes eingewickelt sei. Die Straftheorie in ihre Bestandtheile aufgelöst, sagt daher: Dem Sieger ist der Kostenschaden zu erstatten, nicht schon weil an ihm ein zurechenbares Unrecht begangen, sondern sich hiezu noch zudem des Processes als Mittel bedient wurde. Verschulden und Unrecht sondern hinreichend, die Haftpflicht auf jeden Schaden zu begründen, vermöchten es beim Kostenschaden nicht.

Die Straftheorie operirt mit dem Schaden eines Anderen als Strafmittel, indem sie die Ersatzpflicht nicht um zu ersetzen, sondern um zu strafen, verhängt. Nun ist zwar eine Verbindung von Ersatz und Strafe möglich und es ist bekannt, mit welcher Vorliebe das römische Recht diese Combination wählt. Aber dann wird durch strafweise Erhöhung des Ersatzbetrages über den Schadensumfang die Strafe dem Ersatz angehängt. Allein gegen Begriff und unwürdig ist, zu ersetzen, um zu strafen, und einer solchen Verirrung haben sich die römischen Juristen, trotz sie die Begriffe „Strafe und Ersatz“ nicht immer scharf auseinanderhielten⁴⁶⁾, doch nicht schuldig gemacht. Wird ersetzt zur Strafe, so verschlingt der Strafzweck den Ersatzzweck, wird gestraft behufs Ersatzes, so letzterer ersteren.

In dieser Verquickung schliesst ein Zweck den anderen aus; wie ein Nacheinander von Ersatz und Strafe sehr wohl, ist ein Nebeneinander unmöglich. Aber diese Theorie ist nicht blos begrifflich verwerflich, sie ist mit ihrem falschen Fundament auch unfähig, die Detailfragen der Lehre zu lösen. Sie reisst den accessorischen Anspruch aus dem inneren Verbande mit dem unterruhenden Hauptanspruche und stattet ihn mit dem Range eines selbstständigen Rechtsgebildes aus. Als

Falle, wenn der Unterliegende *bona fide* war, die Nichtevidenz seines am Ende freilich klaren Rechts als Ursache der Verwendung anklagen; sie entschuldige den Unterliegenden und lasse dem Sieger die Kosten zur Last.“

⁴⁶⁾ Darüber Savigny, System V. §. 210. Ihering, Schuldmoment, S. 66, 67.

Strafadjudicat hat er seinen Grund in sich und tritt von aüssen dem Hauptanspruche hinzu: die materiell-accessorische Natur ist ihm abgestreift.

b) Die Straftheorie ermöglichte die Kostenerstattung nur in dem selteneren Falle frivolen Processirens; in der Regel führte sie die Praxis zur „Compensation“ der Kosten und trat damit in den schneidendsten Widerstreit mit den Bedürfnissen einer rationellen Rechtspflege. Das irreparirt bleibende Kostenopfer zehrte den Anspruch ganz oder theilweise auf, überstieg ihn wohl auch: der Process war ein Selbstvernichtungsmechanismus geworden. Eine Reaction gegen diese trostlose Entartung des Processkostenrechts musste sich regen; sie unternimmt Ende des vorigen Jahrhunderts die Ersatztheorie. Ihr Begründer (Weber) erblickt die Ursache der regelmässigen „Kostencompensation“ in der durch die Straftheorie zu gering gespannten Schuldgrenze der *culpa lata*. Abhilfe schien daher nur werden zu können, wenn die Prästationsgrenze des Processverschuldens enger d. i. bis zur Verantwortung von *culpa levis* gezogen würde.

Allein den buntschillernden Quellenaussprüchen über Kostenersatz, welche die processuale Schuldgrenze bald weiter, bald enger, bald geradezu absolut zu spannen scheinen, war ein stringenter positiver Halt dafür nicht zu entwinnen. So musste denn nach einem Anknüpfungspunkt mit dem erwünschten Schuldgrade weiter in den Quellen Umschau gehalten werden und der bot sich wie von selbst in der *lex Aquilia* mit ihrem Axiom: . . . *et levissima culpa venit* dar. Zwar fand sich in den Quellen keine Spur dieser Subsumption, das brauchte aber um so weniger anzufechten, als die analogische Ausdehnung des aquilischen Gesetzes auf Processkosten nur die Methode der römischen Juristen selbst nachahmte, durch deren Interpretation dieses Gesetz ja bekanntlich weit über seinen Wortgehalt gehende Grenzen empfing. Uebrigens thut Weber den Subsumtionsscrupel mit folgendem Satze kurz ab: „Das Wesen der Sache bringt es mit sich, dass die Processkosten zu den Schäden gehören und dass derjenige, der einen anderen ungerecht in Schaden versetzt, diesen vergüten muss, war schon vor Roms Erbauung der gesunden Vernunft gemäss,

ohne dass das römische Recht sie ausdrücklich unter die *lex Aquilia* hätte reihen müssen.“⁴⁷⁾

Sieht man dieser Theorie näher auf das Wesen⁴⁸⁾, so krankt sie an demselben Mangel wie die Straftheorie. Wie diese geht sie nämlich von der Existenz eines einheitlichen Erstattungsgrundes und zu prästirenden Schuldgrades aus und entleitet jenen wie diesen der Natur des Schadenzufügungsmittels. Im Grunde ist die Quintessenz ihres Raisonnements: Das Processiren ist ein gefährlich Unterfangen, welches wegen des für den Gegner damit verbundenen Kostenschadens ganz besondere Vorsicht heischt; diese (*culpa levis*) ist daher zu verantworten.⁴⁹⁾ Beide Theorien übersehen die accessorielle Dependenz der Processkosten wie ihre ursächliche Provenienz aus dem Hauptanspruch, zu dem sie sich als Interesseansatz und mit ihm so innig verwobene Erweiterung hinzugesellen, dass ihre Geltendmachung nur in und mit demselben verstatet ist. Beide übersehen, dass diese accessoriell-causale Beziehung dieselben ganz nothwendig der materiellen Rechtsatmosphäre des Hauptanspruchs unterwirft und gebiete, den Erstattungsgrund der concreten Natur des im Streit befangenen Anspruchs zu deriviren, darnach sie bald unter dem Rechtsgrund und Schuldmassstabe der Mora, bald wie bei Delicts-Interesse-Ansprüchen einfach und absolut als weitere Delictsfolge, bald wie bei der Eigenthumsklage als Folge der schuldhaften

⁴⁷⁾ Weber, S. 15, 16.

⁴⁸⁾ Es haben sich im Wesentlichen Weber angeschlossen: v. Schmidt gen. Phiseldeck, Beitrag zu der Lehre von den Processkosten; Borst, Ueber die Erstattung der Processkosten; Schmid, Handb. I. 70; Linde, Lehrbuch §. 119; Martin, §. 39; E. H. Weber, Paraphrase von Martin's, Lehrbuch S. 198. Auch Gensler, Handb. zu Martin S. 243 ff., der zwar principiell den Besiegten nur *culpa lata* prästiren lassen will, aber zugleich eine präsumtio temeritatis zum Nachtheile des Besiegten annimmt und auf diesem Umwege wieder in die strengere Haftung, wie sie Weber verfiht, einlenkt. — Ferner Osterloh, Vom ord. Process nach sächs. Rechte I. 403 und Lehrbuch §. 158; Weiske, Rechtslexikon VI. 202 und Andere.

Von österr. Schriftstellern ist Kunz' Lehre vom Ersatz und Compensation der Kosten ein purer Wiederdruck der Weber'schen Schrift über die Processkosten; aber auch die Ausführungen Wildner's, Jurist I. 138 ff. und Nippel's, Comm. Bd. II, S. 468 fallen in den Weber'schen Gedankenkreis.

⁴⁹⁾ Weber, S. 136 und überhaupt seine Ausführungen.

Leistungsweigerung, bald wie bei Ansprüchen auf Unterlassen als Folge der durch schuldvolle Contravention geschehenen Anspruchsläsion etc. zuzusprechen sind. Im Uebrigen darf für die Verschiedenartigkeit des Erstattungsgrundes der Kosten des siegreichen Klägers, sowie die Ungleichmässigkeit des zu prästirenden Verantwortungsgrades auf früher Gesagtes⁵⁰⁾ verwiesen werden. Und was die Kosten des siegreichen Beklagten betrifft, so gelangten zwar auch wir zur Annahme eines einheitlichen delictischen Erstattungsgrundes, der widerrechtlichen Anspruchsanmassung, allein nicht ebenso eines graduell-einheitlichen Schuldmassstabes.⁵¹⁾

c) Die Theorie der Zweckmässigkeit. Keine der vorbetrachteten Theorien mit ihrem künstlich construirten einheitlichen Erstattungsgrund und Schuldgrad vermochte wissenschaftlich zu befriedigen. Die neuere Wissenschaft lehnt sie mit Recht ab.⁵²⁾ Was sie aber an ihre Stelle setzt, ist die nackte Theorielosigkeit. Sie streicht vor dem Problem des civilrechtlichen Erstattungsgrundes der Processkosten die Flagge und erklärt, ein solcher existire überhaupt nicht; die Verpflichtung zum Kostenersatz könne nicht nach privatrechtlichen Gesichtspunkten beurtheilt werden; sie werde aus Rücksichten der Zweckmässigkeit auferlegt.⁵³⁾ Diese Anschauung hat folgenden Hintergrund.

⁵⁰⁾ S. 19, 20.

⁵¹⁾ Ungeschmälert bleibt das Verdienst Weber's, den Processkosten den Charakter eines widerrechtlichen Schadensgebildes vindicirt zu haben. Daran halten alle in Note 50 aufgeführten Schriftsteller, anderer nicht zu gedenken, fest, wie sehr sie auch sonst im Einzelnen von Weber und untereinander abweichen. — Als widerrechtlichen Schaden proclamirt die Processkosten auch die Bad. P. O. §. 169, v. Freydorf, S. 493.

⁵²⁾ So Wetzell, System S. 510; Renaud, Lehrbuch S. 690 ff.; Endemann, Das deutsche Civilprocessrecht S. 506 ff. Für den österr. Process: Menger, Grünh. Zeitschr. VII. 657. Vgl. auch Puchelt, die C. P. O. f. d. deutsche Reich I. 318, der dem Standpunkt Renaud's beizupflichten scheint.

⁵³⁾ So die in der Vornote Citirten.

S. insbesondere auch Menger, Grünh. Zeitschr. VII. S. 657: „Die Verpflichtung zum Ersatze der Gerichtskosten entspringt . . . aus dem Processrechtsverhältniss (?), sie ist daher (?) öffentlich-rechtlicher Natur (?) und kann nicht nach civilrechtlichen Gesichtspunkten beurtheilt werden.“

Aber was hat die öffentlich-rechtliche Natur des Processes mit dem Kostenschaden zu schaffen? Doch nicht, dass auch dieser etwas Oeffentlich-

Schon das römische Recht letzter Entwicklung spricht principiell den Satz aus, dem Besiegten als solchem seien die Kosten aufzuladen, der gegenwärtig ohne Einschränkung Rechtens ist. Dadurch ist die Schwierigkeit, den privatrechtlichen Erstattungsgrund des Kostenersatzes zu entdecken, zur Unmöglichkeit geworden. Denn scheiterten sogar die bisherigen Versuche der Straf- und Ersatztheorie, die doch mit Hilfe des privatrechtlichen Bindegliedes der *culpa* nach demselben forschten, wie sollte dessen Auffindung nunmehr möglich sein, wo man seit Ausmerzung dieses Bindegliedes selbst der nothdürftigen und wie es scheint, einzig möglichen Anknüpfungspunkte der *calumnia* und *lex Aquilia* beraubt ist? So kam man denn dahin zu lehren: es gibt überhaupt keinen civilrechtlichen Grund der Kostenerstattung! Der Irrthum, der dieser Schlussreihe unterläuft, ist ein doppelter. Sie supponirt, dass es, wenn überhaupt, nur einen einheitlichen Erstattungsgrund geben könne, und insofern ist sie nichts als ein versteckter Ableger der Straf- und Ersatztheorie; sodann verwechselt sie, was Erstattungsrequisit ist mit dem Erstattungsgrund. Behauptet sie nämlich, der Kostenersatz werde aus Zweckmässigkeitsgründen aufgelegt, so wir dagegen, aus solchen sei nur das vormalige Erstattungsrequisit Verschulden eliminirt, die Natur der Erstattungspflicht aber im Uebrigen⁵⁴⁾ unberührt geblieben.

Rechtliches werde, weil er in dieser publicistischen Umhüllung zugefügt wird? Mit demselben Fug könnte man behaupten, der mit der Syndicatsklage zu verfolgende Ersatzanspruch, bzw. die correspondirende Verpflichtung des Richters zum Schadenersatz sei öffentlich-rechtlicher Natur, weil sie in Ausübung seines öffentlich-rechtlichen Wirkungskreises erzeugt worden sei. Es ist der alte Missgriff in neuer Form, dem Schadenszufügungsmittel, hier seiner publicistischen Seite, den Kostenerstattungsgrund ableiten zu wollen, welchem wir bei Menger begegnen. Uebrigens ist seine Anschauung nur in der Formulirung, nicht im Wesen von der anderen verschieden, welche einfach lehrt, die Kostenerstattung werde aus Zweckmässigkeitsgründen aufgelegt. Es richtet sich daher auch das im Text Ausgeführte wider sie.

⁵⁴⁾ Wetzell a. a. O.: es lässt sich eine privatrechtliche „Begründung“ (der Kostenersatzpflicht) „schwer geben . . . dem Richter ist die Befugniss zur Verhängung dieses Nachtheils aus Zweckmässigkeitsgründen beigelegt worden, um von nicht sattsam begründeten Ansprüchen abzuschrecken.“ Renaud a. a. O.: „In der That hat die Regel, dass der Besiegte dem Sieger zum Ersatz der Processkosten zu verurtheilen sei, keine civilrechtlichen Grund,

Würde es wohl Jemand verfechten, die Erstattung des Zeitinteresses fusse auf keiner privatrechtlichen Grundlage mehr, wenn die Gesetzgebung auch den unverschuldeten Verzug verantworten liesse? Hat das Schadensgebilde der Processkosten überhaupt seine Wurzel im Privatrecht, so kann hieran die statuirte Haftung ohne Verschulden nichts alteriren. Wir haben vielleicht zu viel gethan, die bekämpfte Anschauung als Theorie der Zweckmässigkeit zu bezeichnen. In Wirklichkeit ist sie nichts als die Negation der Straf- und Ersatztheorie, ohne etwas Besseres oder auch nur Anderes an die Stelle zu setzen: die Theorie der Theorielosigkeit. Dass sie ohne privatrechtliche Wurzel unfähig ist, die materiell-accessorische Natur der Processkosten und die daran sich knüpfenden zahlreichen materiellrechtlichen Einzelfragen zu erklären, ist augenfällig.

indem sie vielmehr . . . als eine Präventivmassregel zur Verminderung der Prozesse erscheint.“ Man kann die Anschauung dieser Schriftsteller auch als Theorie der Prävention (oder Abschreckung) bezeichnen. Sie condemniert nicht in den Kostenersatz, weil widerrechtlich gestritten wurde, sondern damit nicht widerrechtlich gestritten werde, und verlegt damit den Erstattungsgrund ausser vor, anstatt in den Process. Die Norm der Kostenerstattungspflicht des Besiegten ist nach ihr eine Drohung, die aufgestellt ist, um die Prozesse zu vermindern; die verwirklicht wird, weil sie aufgestellt ist. Ihr Irrthum ist, dass sie den rechtspolitischen Grund (*ratio legis*) mit dem Rechtsgrund (*ratio juris*) der Erstattungspflicht verwechselt (dagegen auch Endemann 508, Note 16) oder dass sie mit der Angabe jenes genug gethan zu haben und dieses entbehren zu können glaubt.

Die Unterstellung einer gegenseitigen Sponion (Wetzell a. a. O. und ihm folgend Endemann 507) ist eine Fiction, von den beiden Schriftstellern nur zagend angedeutet und darum wohl von ihnen selbst nicht ernst gemeint. Des Körnchens Richtigkeit, welches darin steckt, ist an späterer Stelle gedacht; es reducirt sich darauf, dass die absolute Kostenersatzpflicht des Succumbenten der Intention redlicher Processparteien entspricht, die in dem Prozesse einen Ueberzeugungskampf kämpfen und Wettern vergleichbar, für ihre Ueberzeugung Alles — Recht und Kosten — einsetzen wollen, um Alles (Beides) zu ersiegen.

Unbefriedigend sind auch die Anschauungen der französischen Schriftsteller über die Natur der Kostenersatzpflicht. Für Boitard I. pg. 520 ist sie „une dette comme une autre et rien de plus“. Für Carré (Chauveau) I. pg. 568 entspringt sie „autant un principe d'équité qu'une disposition pénale“. An den Weber'schen Standpunkt klingt hingegen an Boncenne II. pg. 138, wenn er von den Kosten sagt: *ce sont les dommages et intérêts qui réparent les préjudices réels et les vexations outrageuses.*

Wir kehren nun zur Straf- und Ersatztheorie zurück. Die supponirte Einheit des Erstattungsgrundes und zu prästirenden processualischen Schuldgrades musste diese Theorien vor die Frage führen: wann ist das Processiren des Besiegten ein grob resp. leicht verschuldetes? Obwohl man nun vermeinen sollte, es wäre darüber einfach auf den privatrechtlichen Schuld-Massstab für grobes und leichtes Verschulden zu verweisen gewesen, wurden ganz im Gegentheil nunmehr erst die eingehendsten Untersuchungen über die Natur der Processculpa angestellt. Man fühlte, die Schuldform *culpa (lata-levis)* müsse erst für den Processgebrauch adaptirt werden, damit der Richter mit ihr richtig operire.

So entstand denn in der (älteren) Processliteratur jene traurige Danaidenarbeit, welche sich die verschiedenen möglichen Fälle und Formen ungerechter Prozesse ausdachte, um dann in jedem und an jeder einzelnen zu prüfen, ob und wann eine *culpa (lata-levis)* des ungerecht Streitenden angenommen werden könne.

Da warf man denn nach dem folgenden Schema vor Allem die Frage nach der Excusabilität des Rechtsirrhums auf:

- a) bei klaren, deutlichen Gesetzen (vgl. §. 398 lit. b. A. §. 527 lit. b. W. G. O.) oder allgemeinem Gewohnheitsrecht;
- b) bei dunklen Gesetzen oder zweifelhaftem Gewohnheitsrecht;
- c) bei streitigen Rechtsfragen: divergirenden *opinionēs doctorum*, *responsa juris* oder gerichtlichen Präjudicaten⁵⁵⁾; sodann des Thatirrhums, wenn er betrifft: a) eine eigene Handlung (*factum proprium* vgl. §§. 389, 527 lit. a. A. und W.

⁵⁵⁾ Schon Weber S. 67 führt trefflich aus, dass wegen zweifelhafter, streitiger, dunkler Rechtsfragen die Kosten nicht zu compensiren seien; freilich im Widerspruch mit sich selbst; denn indem er zugeben muss, dass „in manchen solchen Fällen der Verlierende Entschuldigung verdiene“ und ihm dennoch die Kosten auflegen lässt, wirft er sein *culpa levis*-Requisit über Bord. Allein in jedem Betracht stehen seine Ausführungen hoch über der geschmacklosen Subtilitätensophistik seiner Vor- und Zeitgänger, die auf das Eingehendste Fragen wie die erörtern, ob es auf die Entschuldbarkeit des Rechtsirrhums von Einfluss zu sein habe, dass das Urtheil gegen Eine oder mehrere Stimmen gefasst wurde. Borst S. 81, 82.

G. O.); b) eine fremde Handlung (*factum alienum*)⁵⁶⁾; c) eine Handlung, die der Besiegte vor dem Prozesse erforschen⁵⁷⁾, d) eine solche, die nur durch richterliche Untersuchung ausgemittelt oder e) durch Eid erwiesen werden konnte.⁵⁸⁾ Letzteren Falles pflegte man dann noch insbesondere zu unterscheiden, ob der Eid ein deferirter oder referirter, ein suppletorischer oder purgatorischer, ein freiwilliger oder Notheid sei, und für die verschiedenen Eidesformen die Excusabilität verschieden zu lösen.⁵⁹⁾

Des Weiteren kam man dahin, für gewisse Fälle und für gewisse über den Verdacht der Chicane erhabene (!) Personenklassen eine *presumptio bonae fidei* anzunehmen. So sollten aus diesem Gesichtspunkte die Kosten compensirt werden: wenn die Partei bereits ein günstiges Urtheil erster Instanz für sich hat und erst in höheren sachfällig wird (vgl. §§. 400, 531 A. und W. G. O.)⁶⁰⁾; wenn der sachfällige Theil ein Landesherr, Magistrat, Gerichtsherr, der Fiscus⁶¹⁾, ein Mönch⁶²⁾,

⁵⁶⁾ Hier war streitig, ob der Beklagte sich um die fremde Handlung zu erkunden habe oder nicht. Dafür Borst S. 46, weil ihn schon die Neugierde dazu treiben müsse; dagegen Emmerich S. 153: weil die aussergerichtliche Erkundigung unzuverlässig sei. Der Kläger müsse solchenfalls die Compensation als Folge der Zweifel betrachten, in die sein Anspruch gehüllt sei.

⁵⁷⁾ So wurde auch die Frage aufgeworfen, ob man auf ein unerwiesenes Gerücht hin ohne Condemnation in die Kosten des Gegners klagen dürfe, und theils bejaht, theils verneint. Borst S. 173.

⁵⁸⁾ Die von Manchen (z. B. Faber bei Weber S. 123) für diesen Fall vertheidigte Compensation wurde motivirt: *quum fieri potest, ut, qui juraverit, perjuraverit et tamen vicerit*. Auch die W. G. O. statuirt diesen Compensationsfall §. 527 lit. d.

⁵⁹⁾ Insbesondere erklärte man die Ablegung des referirten Eides als Compensationsgrund, weil die Rückschiebung regelmässig *divini numinis metu* geschehe. Borst S. 190. Ebenso wenn die Entscheidung des Processes durch einen Reinigungseid erfolge. Borst §. 40.

⁶⁰⁾ Schon Weber bekämpft diesen auch in der A. u. W. G. O. recipirten Compensationsgrund: Der Partei könne es doch nicht zur Entschuldigung gereichen, dass sie den Unterrichter zu einem ungerechten Urtheil verführt habe.

⁶¹⁾ Dass dem sachfälligen Fiscus nach der G. O. nicht die *presumptio bonae fidei* und damit das Privilegium der Kostencompensation zu Statten kommen soll, schien so abnorm, dass es erst eines besonderen dies einschärfenden Hoffd. v. 27. Dec. 1782, Nr. 110 J. G. S. bedurfte.

⁶²⁾ *Quoniam si bona sua dimiserunt propter Christum, non esse presumendum, quod injuste appetant aliena.*

Pfarrer ⁶³⁾, Verwandter ⁶⁴⁾ oder überhaupt ein „unbescholtener Charakter“ ist.

Wohl zog die Ersatztheorie und ihr Begründer in beredten Worten gegen diese Auswüchse zu Felde und wies die Nichtigkeit der zahlreichen gang und gäben Compensationsgründe nach ⁶⁵⁾; wohl urgirtete man, dass nur in Fällen äusserster Rücksichtswürdigkeit die Kostencompensation verfügt werden dürfe; allein diese Mahnrufe mussten eindrucklos verhallen, da ihnen eine verfehlte, unklare und schwankende Theorie zur Seite stand. Von der Wissenschaft im Stich gelassen, folgte die Praxis einfach ihrem Gefühle und gelangte mit diesem trügerischen Leitstern und an der Hand des nichtsagenden gesetzlichen Stützpunktes, nur aus erheblichen Ursachen die Kosten zu compensiren, auch auf heimischem Boden ⁶⁶⁾ — zur regelmässigen Kostencompensation.

Doch wirkte hiezu allerdings noch ein anderer Umstand mit: die schwierige Erfassbarkeit processualen Verschuldens.

⁶³⁾ Zur Aufrechthaltung der Achtung der Pfarrkinder.

⁶⁴⁾ *Ne odia multiplicentur*. Vgl. diesen Compensationsfall noch im *code de procédure* Art. 131.

⁶⁵⁾ Schon Weber kommt zu dem Schlusse: „man dürfte es dem Endzweck der Justizpflege am angemessensten finden, wenn das Unterliegen allemal und ohne weitere Einschränkung die Verurtheilung in die Kosten zur Folge hätte“.

⁶⁶⁾ Will man sich das Bild vergegenwärtigen, wie schwankend und unsicher und rein nur von arbiträrem Ermessen geleitet, die Praxis über die Frage war, wann nach der a. G. O. die Kosten zu „compensiren“ seien, aus wie wichtigen Gründen compensirt wurde und wie sie geradezu nach Compensationsgründen suchte, so lese man noch retrospectiv die Entsch. in G. U. W. Nr. 372, 407, 584, 669, 977, 1294, 1307, 2281, 2918, 3069.

In der heimischen Processliteratur wurde kaum der schüchterne Versuch gemacht, dem Capitel über die Processkosten eine wissenschaftliche Hülle umzuhängen und gegen die fast regelmässige Kostencompensation der Gerichte die Stimme zu erheben. Nippel, Erläuterung d. allg. G. O. 468, Wildner im Jurist I. 138 erledigen die Frage nach dem Rechtsgrund der Kostenerstattung durch die einfache Beziehung des 30. Hptst. (§. 1293 a. b. G.) Dies führt sie dahin, die Kosten auch den nur in einem Versehen Versirenden erstatten zu lassen. Doch redet Nippel gelegentlich (a. a. O. 470 lit. a) auch dem Standpunkt das Wort, während Wildner (a. a. O. S. 144) seiner strengeren Anschauung noch durch die Annahme einer *presumptio culpae* Nachdruck zu geben sucht.

Durch ein Gewebe von Einwendungen, Rechtsdeductionen, durch die nicht seltene Verworrenheit und Unbestimmtheit der Thatfachen- und Beweislage soll der Richter zur sicheren Erkenntniss hindurchzudringen vermögen, ob der Sachfällige redlichen oder unredlichen Sinnes war. Kann es doch kaum einer geschickten Anwaltshand schwer fallen, durch ein künstliches Gefüge thatsächlicher und rechtlicher Einwände mindestens den Schein der Redlichkeit hervorzurufen, den Zweifel im Richter rege zu machen. Wer könnte mit diesem zu scharf in's Gericht gehen, wenn er in solcher Lage lieber zum Mildereren dirimirte und die Kosten compensirte. Diese Schwierigkeit, um nicht zu sagen Unmöglichkeit, das Streitverschulden zu erfassen, rechtfertigt in erster Linie, dass die neuere Gesetzgebung dasselbe als Erstattungsrequisit verworfen.

Zweites Buch.

B. Das geltende österreichische Processkostenrecht in systematischer Darstellung.

I. CAPITEL.

§. 16.

Das absolute Ersatzprincip¹⁾ und seine Begründung.

1. Der Natur des Rechts immanent ist die Energie, wider die Rechtsverletzung zu reagiren und dieselbe, wenn nöthig, zwangsweise zu beheben. Das Zwangsmoment erhebt das Recht erst über die ephemere Bedeutung eines guten Rathes zu einer lebendig wirkenden Macht. Recht ist aber mehr als nackte Macht. Die Vorbedingung aller materiellen, wie idealen Güter, die schützende Hülle, unter der allein sich alle Kräfte und sittlichen Potenzen des Menschen entfalten und entwickeln können, ist es um dieses seines höheren Zweckes willen eine ethische Macht und der Kampf gegen das Unrecht Pflicht.

Die Bahn, die das verletzte Recht durchlaufen muss, um zu seiner Verwirklichung zu gelangen, ist der Process. Das sittliche Moment im Recht postulirt, dass der Staat diese Verwirklichung opferlos gewähre und nicht dem Walten dieser ethischen Macht Hindernisse lege. Das gerade Gegentheil ist

¹⁾ Wie schon früheren Orts erwähnt, bezeichnen wir damit den Grundsatz, dass die Verurtheilung zum Kostenersatz durch Verschulden nicht mehr bedingt (absolut) ist. Derselbe schon im *code de proc.* Art. 130 (nicht ohne grundlose Ausnahme für eine Reihe naher Verwandter).

der Fall. Die streitige Civilrechtspflege ist eine der vornehmlichsten Einnahmsquellen des modernen Staates (Processgebühren!). Dass man für den ungestörten Genuss eines Rechtsgutes dem Staate das Steueropfer bringe, bedarf keines Wortes; dass jedoch auch die Störung desselben Ursache einer Abgabe sein, zur gewordenen Unbill auch noch eine namhafte Geldeinbusse kommen soll, um jene wettzumachen, verletzt unser Gerechtigkeitsgefühl. Die Processgebühren und sodann die Processkosten überhaupt sind eine über die Brücke zur Gerechtigkeit gespreitete Schranke. Wie kommen wir über diesen Widerspruch? Die Gerechtigkeitspflege soll unentgeltlich sein und sie ist es doch nicht. Es gibt nur Einen vermittelnden Ausweg: die schliessliche Ueberwälzung der Processkosten auf den Besiegten, gegen den sie dann noch zudem einer processualen Unrechtsbusse gleich wirken. Das absolute Ersatzprincip übt diese Function; das Postulat der Unentgeltlichkeit der contentiosen Rechtspflege ist, wenn auch auf einem Umwege, erfüllt.

2. Niemand kann die grosse Bedeutung leugnen, welche die energische Verfolgung und Unterdrückung auch des civilen Unrechts für die Aufrechthaltung der Rechtsordnung hat. Jeder rechtswidrige Zustand und sein Ununterdrücktbleiben ist für den Rechtsbrecher, wie für alle davon Wissende eine Ermuthigung zu ähnlichen Widerrechtlichkeiten, eine Erschütterung der Autorität des Rechts durch das Nahelegen der Möglichkeit, Zwecke, welche nur in den durch das Recht vorgezeichneten Bahnen erreicht werden sollen, ausserhalb diesen anzustreben, ein Ansporn zum Unrecht. Dieser Gefahr gegenüber verschlägt es nicht viel, ob die Rechtsverletzung eine bewusst oder unbewusst verursachte ist; denn einestheils supponirt der Verletzte erfahrungsgemäss fast stets das erstere, andernteils ist auch das Unreparirtbleiben des sogenannten objectiven Unrechts nicht ohne Gefahr für die Privatrechtsordnung, insofern es für darum wissende Dritte ein Impuls zu bewussten Unrechtsacten sein kann. Wo insbesondere die Rechtsverletzung einem Rechtsirrtum entspringt, würde ihre unterlassene Verfolgung eine Bestärkung im letzteren und damit ein Antrieb zu gleichem künftigen Verhalten sein. Legt der Process bei bewusstem Unrecht den rechtswidrigen Willen durch den praktischen

Misserfolg des rechtswidrigen Handelns lahm, so corrigirt er hier die nicht minder gefährliche falsche Rechtskenntniss. In beiden Fällen bedeutet er nicht blos einen Sieg des bestimmten Rechts, sondern des Rechts an sich, dort über das rechtswidrige Wollen, hier über die irrige Rechtsvorstellung. Können wir demnach dem Ausspruche Ihering's: „der Kampf um's Recht ist eine Pflicht gegen das Gemeinwesen“ (§. 45) nur beipflichten, so darf andererseits der Staat die Erfüllung dieser in letzter Wurzel das öffentliche Interesse berührenden Pflicht mit Beruhigung der Privatinitiative überlassen, die bei jeder Rechtsverletzung durch die zwei Motoren, des verletzten Rechtsgefühls und des Interesses, wachgerufen wird. Aber er darf nicht das Interessenmotiv durch die Gefahr des selbstzutragenden Kostenaufwandes wieder paralyisiren und so dem idealen Rechtsverfolgungsmotive des beleidigten Gefühls den egoistischen Mitsporn entziehen. Es heisst den Rechtssinn niederhalten, wenn man, wie in der Regel das Schuldprincip, den Kampf gegen das Unrecht mit der Last einer materiellen Einbusse belegt, die den Werth des Streitobjectes erreichen und auch überschreiten kann.

3. Process und Recht verhalten sich wie Mittel und Zweck. Das Mittel hat sich dem Zwecke unterzuordnen. Jeder Fortschritt im Prozesse will dem materiellen Rechtsschutz vollkommener genügen durch eine innigere Subordinirung des Mittels unter diesen Zweck. Welche Gestaltung des Mittels dem Zwecke besser fromme, mag gegebenen Falls zweifelhaft sein, aber eine Maxime, welche, wie das Schuldprincip, durch die regelmässige Belassung der Kosten auf der Schulter des Siegers offenbar den Processzweck ganz oder theilweise eludirt, ist als eine Vereitlung des Zweckes durch sein Mittel eine Processverirrung.

Das Schuldprincip macht den Process zu einem Selbstvernichtungsmechanismus; das zu erstreitende Gut wird im Erstreiten verzehrt. Der Sieg ist errungen, aber es ist ein Pyrrhussieg, der eine Wunde geschlossen, eine andere durch die „Kostenvergleichung“ geschlagen. Dadurch tritt diese Maxime in den schneidendsten Widerspruch mit der ökonomischen Bestimmung des Processes. Steht mir Rechtens ein Anspruch

zu, so muss mir seine Umsetzung doch mindestens den ökonomischen Gehalt des ersiegten Anspruchs zuführen. Dies Rechtspostulat ist unabweisbar, aber nichts als eine Farce, wenn mir die Umsetzungskosten aufgeladen bleiben und nach deren Abzug der ökonomische Gesamteffect meines Processes Null, wohl gar Minus ist.

Es ist Bestimmung und Wesen des Anspruchs, realisirt zu werden. So wenig die Realisirung vom Anspruch hinweggedacht werden kann, so wenig der sich daran haftende Realisirungsaufwand; und so wie jene zum Anspruch gehört, so muss es auch dieser ihr Niederschlag. Beide, Anspruch und Aufwand, sind durch ein innerlich-begriffliches Band aneinander gebunden. Dies Band ist ihr Verhältniss von Mittel und Zweck, in dem sie stehen. Wer auf den Zweck aufzukommen hat, muss es auch auf das Mittel, das dessen Erreichung ermöglicht d. i. Zuerkennung des Anspruchs muss auch Zuerkennung der Kosten nach sich ziehen.

Das Schuldprincip macht den Kostenanspruch noch von einer anderen Bedingung abhängig, als der des Rechtsanspruches. Diese Doppelbedingung ist Sieg und Verschulden. Sie zerreist damit das im Processverlaufe innig Verwobene an dessen Schlusse. Die Kosten haben dem Recht auf die Beine geholfen, nun sollen sie selbst hinkend werden und zu Fall kommen. Ist man nicht versucht zu sagen: Der Mohr hat seine Schuldigkeit gethan, nun mag er gehen?

4. Der Staat verhindert die angriffsweise Selbsthilfe und tolerirt nur die vertheidigungsweise in gewissen Grenzen. Dazu bedarf es, dass er den Weg zur gerichtlichen Staatshilfe ebne. Wer sich aber bei Anrufung dieser mit der wahrscheinlichen Gefahr eines empfindlichen materiellen Opfers bedroht sieht, dem muss namentlich bei minderwerthigen Ansprüchen diese Gefahr ein Compelle zur kostenlosen Eigenmacht sein.

Ist doch der Rechtsweg an sich schon durch seine Länge, Complicität etc. dornenvoll genug, lässt man auch noch den materiellen Processerfolg durch die selbstzutragenden Kosten vorwegnehmen, ist nur eine neue Warnungstafel vor demselben aufgerichtet. Das Schuldprincip degradirt die Unrechtsverfolgung

zu einer kaufmännischen Speculation, bei der man das Risiko des Kostenverlustes gegen den Werth des Streitobjectes abwägt; es verleitet, das Recht mit seinem ökonomischen Zwecke zu identificiren, anstatt es seiner selbst willen zu wollen, und führt damit zu einer Materialisirung des Rechtes.

5. Man hat dem absoluten Ersatzprincip den Vorwurf des rohen: *Vae victis* gemacht.²⁾ Ist er begründet? Vergewärtigen wir uns einen Processfall wie er sein soll, wo jeder Theil, von seinem endlichen Siege durchdrungen, einen Ueberzeugungskampf kämpft. Zwei entgegengesetzte Meinungen, die sich behaupten wollend gegenüberreten und zur Zeit noch ungewiss, welche die richtige: die Kriterien einer Wette, mit dem streitigen Rechte als Einsatz und den Kosten als bewährende Zugabe; jenes und diese zu erringen, Ziel und Erwartung beider Parteien. Erwartung beider Parteien? Man frage jede Partei zu Beginn des Processes, was sie vorziehe, sichere Aussicht auf Kostenersatz in ihrem —, gegen sicheren Ersatz der Kosten im gegnerischen Siegesfalle oder Selbsttragung ihrer Kosten im ersten —, gegen Entbindung von den gegnerischen Kosten im zweiten Falle; die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Die Partei, die die letztere Alternative wählte, würde damit bekennen, dass die Chance ihrer Niederlage jene ihres Sieges überwiege; dass sie in Wahrheit ein verkappter Figurant sei, der sich den Schein einer festen Ueberzeugung geben wolle, ohne sie zu haben. Hieraus folgt: das absolute Ersatzprincip entspricht der Intention redlicher Processparteien.³⁾ Damit aber fällt der obige Vorwurf seiner Härte dahin.

6. In jedem Prozesse wird in einem gewissen Grade das litigiose Recht auf's Spiel gesetzt, insoferne es dem Unfalle eines irrigen Urtheils preisgegeben ist. Mit richtiger Empfindung drückt der Volksmund dies Glückselement im Prozesse in, der Form aus: Der Process sei gewonnen — verloren.

²⁾ Dernburg in seinen Abh. aus dem gem. und franz. Civilrecht und Process.

³⁾ Hierauf führt sich die von einigen Processualisten (Wetzell 510; Endemann 507) angenommene Unterstellung einer Sponson als Rechtsgrund der Kostenerstattungspflicht zurück. Vgl. auch oben I. Buch, Note 54.

Warum soll diesem Aleatorischen des Processes nur das Recht, nicht auch die Kosten unterworfen sein? Das Schicksal des Rechtes soll auch das Schicksal seiner Kosten sein.

7. Der Process ist eine in dem Urtheil auslaufende Einheit; die beiderseitigen Processhandlungen in dem Urtheil convergirende Complemente. Diesem einheitlichen Charakter des Processes ist es offenbar gemäss, bei ungetheiltem Erfolg auch das Schicksal seiner Kosten nicht zu spalten, sondern diese insgesamt der Misserfolgsseite zu überladen. Wie die aus wirklicher Ueberzeugung processirende Streitpartei den Processverlust selbst nicht als ungerechte Härte, sondern als Unfall von dem sie betroffen, empfinden muss, so kann sich ihrer Empfindung auch die Tragung des gesammten Kostenaufwandes nur als weitere (natürliche) Folge dieses Unfalls aufdrängen.

8. Was endlich processpolitisch vor Allem das absolute Ersatzprincip rechtfertigt, ist die praktische Unbrauchbarkeit des Schuldprincips. Die Schwierigkeit der Erfassung des processualen Verschuldens, die Unanwendbarkeit des vorwiegend für ausserprocessuales schuldhaftes Verhalten construirten Schuldmasstabes auf das Processverschulden, namentlich soferne es, wie wohl die Regel, auf die Beurtheilung des Excusationsgrundes der Dubiosität ankömmt, haben die auf sich selbst gestellte Praxis zu einer geradezu souverän-arbiträren Behandlung des Kostenpunktes und zur regelmässigen Entbindung des Besiegten vom Kostenersatze geführt.

Die vorstehende Begründung des absoluten Ersatzprincips, obwohl vornehmlich auf die Klagpartei formulirt, trifft gleichermassen für den siegreichen Beklagten zu. Für den Kläger, wenn er obsiegt, verwirklicht es zudem das vom römischen Recht in einer Stelle ausgesprochene Ideal: er habe durch den Process dasjenige zu erhalten, was er hätte, wenn ohne Process erfüllt worden wäre — nun doch nach der Richtung des Kostenpunktes hin. Freilich ist hiedurch auch ein eigenthümlicher Widerspruch in die durch den Streitbeginn erzeugte Haftung des Beklagten gekommen. Während er nämlich für die sonstigen nachtheiligen Folgen, die dem Kläger

aus der Erfüllungsverzögerung zufolge des Processes erwachsen, nur bei Verschulden, hat er nunmehr für eine bestimmte Folge, die Processkosten, auch ohne Verschulden (absolut) aufzukommen.

Die Idee, die dem absoluten Ersatzprincip innewohnt, möchten wir aber schliesslich in die Devise zusammendrängen: der Rechtsschutz darf den Rechtserfolg nicht schmälern.

§. 17.

Das historische Processkostenrecht und seine Fortbildung durch das absolute Ersatzprincip.

Das absolute Ersatzprincip begründet für das bestimmte Schadensgebilde der Processkosten Haftung ohne Verschulden. In der Eliminirung des Schuldrequisites liegt die einzige, durch dasselbe an dem historischen Kostenrecht bewirkte Veränderung. Von den zwei vormals haftbegründenden Factoren: Unrecht-Verschulden, ist nach Heraushebung des letzteren ersterer als Alleinbasis der Ersatzpflicht geblieben. Das ergibt für den nunmehrigen Rechtsgrund der Erstattungspflicht folgendes Resultat:

A. In Ansehung des besiegten Beklagten.

a) Reminisciren wir uns, was sich an früherer Stelle *) ergeben. Wir erkannten: „Die Processkosten des (siegreichen) Klägers sind eine Folge der Anspruchsverletzung durch Anspruchsverweigerung . . . Der Rechtsgrund ihrer Erstattung könne daher seinen Sitz nur in dieser Verletzung haben, die die Pflicht erzeuge, sie (in ihren Folgen) zu repariren. Da aber bei Obligationen die Anspruchsverletzung durch Anspruchsverweigerung zu dem besonderen Rechtsinstitut der Mora herausgebildet sei, müssten hier auch die Processkosten den Charakter eines Verzugsgebildes (Zeitinteresse) annehmen, während für Ansprüche ohne das mögliche Correlat einer Mora ⁵⁾ es bei der Anspruchsverletzung sein Bewenden haben müsse.“ Dies gilt völlig auch dem absoluten Ersatzprincip gegenüber, mit der einzigen Massgabe, dass, während sich

*) Oben S. 19, 20.

⁵⁾ Z. B. ein Unterlassen beinhaltende Ansprüche.

vor dem zu dem objectiven Erstattungsmoment der Anspruchsverletzung (Verzögerung) noch das subjective der Verschuldung gesellen musste, um die Erstattungspflicht zu begründen, nunmehr das erstere allein als Erstattungsgrund(lage) übrig bleibt. Das absolute Ersatzprincip hat bei Ansprüchen mit möglicher Mora den klägerischen Processkosten die Verzugsprovenienz nicht abgestreift. Wenn es jedoch nunmehr diese Verzugsfolge auch ohne Schuldhaftigkeit des Verzugs verantworten lässt, so macht es damit einen Schnitt in das Dogma der sogenannten subjectiven Mora und bringt den wunderlichen Widerspruch hervor, dass, wo mit den Processkosten noch andere Verzugsnachtheile concurriren, ein Theil des Zeitinteresses mangels Verschuldens aberkannt werden kann, ein anderer — nämlich die Processkosten — trotz dieses Mangels zuerkannt wird. Man wird daher wohl nicht umhin können, hinkünftig in die Theorie der Mora die Unterscheidung von verschuldeter (subjectiver) und unverschuldeter (objectiver) Mora aufzunehmen, um für die vielleicht praktisch wichtigste Verzugsfolge — die Processkosten — die materiell rechtliche Basis zu schaffen. ⁶⁾

⁶⁾ Verschulden ist überhaupt kein begriffliches, sondern nur regelmässiges Element der (technischen) Mora. Wir müssen doch von Mora (im technischen Sinne) auch dort sprechen, wo der Schuldner von vorneab auch einen unverschuldeten Verzug zu verantworten sich verbindet. Insbesondere begründet m. E. die vertragsmässig übernommene Haftung bis zum Zufall auch die unbedingte Haftung auf Einhaltung der Erfüllungszeit; denn der Schuldner, der in einem Obligationsverhältnisse den *casus* schlechthin auf sich nimmt, hat damit für alle den Obligationsinhalt, also auch die Erfüllungszeit, afficirenden Zufälligkeiten einzustehen erklärt; er hat daher auf das volle Zeitinteresse auch ohne schuldhaften Leistungsverzug aufzukommen.

Damit ist die Unterscheidung der (technischen) Mora in eine objective und subjective von selbst aufgenöthigt, während der Ausdruck objective Mora zur gemeinsamen Bezeichnung der von Wolf darunter zusammengefassten uneigentlichen Verzugsfälle weder nothwendig noch zweckmässig ist, weil diese Fälle, die unter sich nichts Gemeinsames haben, auch keines gemeinsamen Ausdrucks bedürfen.

Die Processkosten des siegreichen Klägers fanden bisher keine Erwähnung in der Lehre vom Verzug, wohl deshalb, weil man in ihnen überhaupt nie ein Verzugsgebilde erblickte. Die Civilisten betrachteten sie mehr als Domäne des Processrechtes; kaum dass ihnen in den Systemen ein gelegentlicher Notenvermerk gewidmet wird (Vangerow, Arnolds z. B. erwähnen ihrer gar nicht).

b) „Bei dinglichen, wie überhaupt bei Ansprüchen, die auf Behebung eines objectiv-rechtswidrigen Zustandes zielen, liege,“ sagten wir seinerzeit, „in diesem die Quelle, wie des Anspruchs, so auch der Kosten seiner Realisirung. Während aber die Zuerkennung des Anspruchs selbst durch die nackte Prämisse, die thatsächliche Lage harmonire nicht mit dem Rechtsgebot, bedingt sei, trete auf sonstige Schadensfolgen die dem rechtswidrigen Zustande, beziehungsweise seiner Perpetuirung durch Restitutionsweigerung, sich anhaften, Haftpflicht erst durch Hinzutritt des Momentes der Verschuldung ein.“ Das fällt nun hinweg und es bleibt die Rechtswidrigkeit, die dem Anspruch Entstehung gab, als Ursache und Entstehungsgrund seiner Kosten allein zurück.

c) Völlig einflusslos auf das historische Kostenrecht blieb das absolute Ersatzprincip in jenen Streitfällen, in denen schon unter der Herrschaft des Schuldprincipes die Kostenhaftpflicht des Beklagten eine absolute war. Dies war, wie an früherer Stelle gezeigt, der Fall:

α) Bei Ansprüchen delictischen Ursprunges (a. b. G §. 1295), da hier die Klagprocesskosten in ihrem letzten und eigentlichen Grunde sich lediglich als eine Weiterfolge der anspruchzeugenden Delictsthat darstellen, ihre Zuerkennung daher einfach Ersatzaufgabe eines ferneren aus jener entstandenen Nachtheils ist.

β) Bei Ansprüchen, wo Schadensersatz nicht den ursprünglichen, sondern den zu Folge eines obligationswidrigen Verhaltens erst nachfolgenden Forderungsinhalt bildet, dafern die concrete *ratio litigandi* des Beklagten ohne das imputable, obligationverletzende Verhalten und die dadurch bewirkte Umwandlung des Anspruchs in einen Schadensanspruch nicht zu denken ist.

γ) Bei Ansprüchen aus Forderungen, in denen durch Parteidisposition die Haftung des Schuldners (generell) bis zum Zufall gespannt ist, sowie endlich

Und doch sind die Processkosten ein materiell-rechtliches Gebilde von eminenter Bedeutung, dem in den Privatrechtssystemen ein Wort *ex professo* (etwa im Schadenrecht) wohl gebühren würde. Vielleicht gelingt es dieser Arbeit, diesem bisherigen Stiefkinde des Civilrechts das privatrechtliche Bürgerrecht zu erringen.

δ) bei solchen, die aus der vertragsmässig übernommenen Haftung für das an den Ein- oder Nichteintritt eines Ereignisses sich knüpfende Interesse eines Dritten hervorgehen.

Nach wie vor bleibt es wahr, dass bei delictischen Ansprüchen (mit Schadensersatz als ursprünglichen und je nach Beschaffenheit des Streitgrundes auch als nachfolgenden Inhalt) die Kostenerstattungspflicht des Beklagten aus der zum Ersatz verbindenden Thatsache provenirt, während in den Fällen γ und δ derselbe nunmehr sowohl vertragsmässig als *ex lege* auf die Kosten absolut verhaftet ist.

B. In Ansehung des besiegtten Klägers.

Den Grund der Kostenersatzpflicht des besiegtten Klägers erkannten wir oben in der Unrechtsform der (widerrechtlichen) Anspruchsanmassung, beziehungsweise der durch diese gesetzten Rechtsstörung durch Rechtsbedrohung. Er bleibt auch für das absolute Ersatzprincip aufrecht, nur bedarf es nun des mitspielenden Verschuldens nicht mehr. Auch hier muss auf den durch die absolute Haftpflicht geschaffenen Widerspruch hingewiesen werden, der dann entsteht, wenn dem Beklagten noch andere (positive) Nachtheile aus der processualen Anspruchsanmassung entspringen denn die Processkosten, und darin besteht, dass aus derselben Unrechtsthat provenirende (positive) Nachtheile theils ohne Verschulden theils nur bei Verschulden reparirt werden müssen.⁷⁾

⁷⁾ Wird z. B. der den Eigenthumseintrag mit einer Löschungsklage anfechtende Intabulat abgewiesen, so kann dem Beklagten — abgesehen von dem Kostenschaden — durch die in Folge der Streitmerkung publik gemachte Litigiosität des Buchobjectes ein vortheilhafter Verkauf desselben vereitelt, denkbarer Weise auch wohl ein positiver Nachtheil ihm noch bereitet worden sein. Auf die eine Folge der Anspruchsanmassung — die Processkosten — wird der Kläger schlechterdings, auf die sonstigen durch dieselbe bewirkten Nachtheile nur bei Verschulden zum Ersatz herangezogen, so dass sich für ähnliche Fälle nach österr. Recht folgende Stufenleiter der Haftung für die Folgen derselben Unrechtsform (processuale Anspruchsanmassung) aufstellen lässt:

Für den positiven Nachtheil der Processkosten — unbedingte Haftung; für weitere positive Nachtheile — bei *culpa levis*; für entgangenen Gewinn — bei *dolus*.

Vgl. den mit dem erörterten analogen Fall in *l. 33 D. de dolo 4, 3*.

§. 18.

Die Processkostennovelle vom 16. Mai 1874 Nr. 69 R.-G.-B. in ihrem Verhältniss zu dem früheren Kostenrecht.

Nach dem Vorgeschickten ist Inhalt und Tragweite der Novelle gegenüber dem Rechte beider Gerichtsordnungen in die knappe Formel zu fassen: Entschuldbarkeit des Processirens entbindet vom Kostenersatz nicht (mehr). In diesen principiellen, im §. 24 (§. 74 Gesetz über das Bagatell-Verfahren) ruhenden Gedanken drängt sich die ganze, durch das Gesetz vollzogene Rechtsveränderung zusammen. Alle sonstigen Bestimmungen der Novelle sind theils selbstverständliche Consequenzen aus dieser Abstossung des Schuldmomentes (wie die Anordnung des §. 26 über die Kosten der Rechtsmittelinstanz), theils nicht bloß dies, sondern galten sie auch schon nach dem Rechte der Gerichtsordnungen (wie §. 25). Ihrem Zwecke hätte die Novelle Genüge gethan, wenn sie sich auf eine einfache Negation des Schuldnerfordernisses zur Kostenerstattung beschränkt hätte; denn im Uebrigen ist trotz ihrer umfänglicheren Fassung das historische Kostenrecht durch sie nicht berührt oder doch nur bestätigt worden.

II. CAPITEL.

§. 19.

Begriff und Grenzen der Processkosten.

Klage und Urtheil sind die Grenzpunkte des Processes, nicht auch der Process- (Gerichts-) Kosten. Es ist bekannt, dass dem Prozesse regelmässig ein aussergerichtlicher (ausserprocessualer) Realisierungsversuch mit daran sich knüpfenden Kosten voranzugehen pflegt. Nicht selten verursacht ferner die Vorbereitung des processualen Instructionsmateriales (Erhebung und Sammlung von Beweisen) erhebliche Kosten. Seit jeher hat die Praxis keinen Anstand genommen, in den Kreis der Processkosten auch solche ausserprocessuale Kosten aufzunehmen, hierbei mehr einem juristischen Instincte, als einer über das „warum“ und „wie weit“ dieser Einbeziehung klaren Ueberzeugung folgend. Weiters können auch nach beendigtem

Processe noch mit diesem connexe⁸⁾ Kosten auflaufen, betreffs welcher sich die Frage aufdrängt, ob auch sie der Begriff Processkosten noch umfasse.

Sowie die Processkosten im engsten Sinne in ihrem letzten Grunde als widerrechtlich verursachter Schaden sich darstellen, so kann die Ersatzfrage auch für den vorprocessualen Aufwand nur insofern und insoweit aufgeworfen werden⁹⁾, als er dies ist. Ein vorprocessualer Aufwand daher, dem noch keine Rechtsverletzung vorangegangen, als dessen Folge er entsprungen, ist kein Gegenstand des Ersatzes. Es fehlt ihm an der ersten Ersatz bedingenden Voraussetzung der (objectiven) Widerrechtlichkeit. Wenn also z. B. ein Erbe Grund zur Vermuthung hat, ein Dritter sei in Schuld gegen den Erblasser gestanden, ohne jedoch genügende Anhaltspunkte über *quale* und *quantum* der Schuld zu haben, und vorerst mit Kosten verbundene Erhebungen pflegt, auf deren Ergebniss hin er dann erst interpellirt, so wird er diesen Aufwand auf eigener Schulter behalten müssen. Denn dieser Aufwand war lediglich ein Aufwand zur Selbstinformation und durch kein vorhergegangenes rechtswidriges Verhalten des, wie wir annehmen, noch gar nicht interpellirten und in Verzug gesetzten Schuldners bewirkt. Anders hingegen, wenn umgekehrt der Gläubiger den vom Bestand einer erblasserischen Schuld keine Kenntniss habenden Erben anfordert, dieser die Erfüllung verweigert und in dessen Folge jener dann Kosten verursachende Erhebungen behufs Beschaffung des processualen Beweismateriales pflegen muss. Hier erscheint dieser präparatorische Aufwand als Folge der anspruchsverletzenden Erfüllungsweigerung, beziehungsweise des damit introducirten Verzugs, und ist daher jedenfalls ein durch (wenn auch nur objectiv) widerrechtliches Verhalten des Schuldners verursachter Schaden. Dass nun ein solcher Aufwand bei schuldhaftem Verzug unter dem Gesichtspunkt des Zeitinteresses zuerkannt werden muss, darf darum nicht minder bezweifelt werden, dass die Schriftsteller über Mora den vorprocessualen Aufwand unter den Verzugsfolgen nicht

⁸⁾ Z. B. Kosten der Actenextrahirung, der Löschung einer Vormerkung wider den abgewiesenen Justificirungskläger u. s. w.

⁹⁾ Dieselbe wird m. W. hier zum ersten Male erörtert.

aufzuführen pflegen. Aber die uns hier beschäftigende Frage ist die: Kann ein solcher Aufwand dem Begriff „Processkosten“ sublocirt werden und darf daher das absolute Ersatzprincip auch auf ihn ausgedehnt werden?

Was nun für die bejahende Beantwortung der Frage vor Allem ins Gewicht fällt, ist das innere, bedingende Band, das den vorprocessualen und eigentlich processualen Aufwand umschlingt. Der Process ist und soll nicht das, sondern nur das äusserste Mittel der Rechtsverfolgung sein. Ihm soll regelmässig ein friedlicher (ausserprocessualer) Versuch vorangehen, nach dessen Scheitern erst zum Ultimatum vorzuschreiten ist. Jedenfalls muss es dem Gläubiger zu Gute gehalten werden, wenn er den Widerstand des Anspruch verweigernden Schuldners zunächst durch friedliche Mittel (wiederholte Mahnung, Klarlegung des Anspruchs unter rechtsfreundlicher Intervention, Producirung der Beweise etc.) zu brechen und dem Prozesse vorzubeugen sucht.¹⁰⁾ Auch in dieser friedlichen Form verfolgt der Gläubiger schon sein Recht. Der friedliche, aussergerichtliche Realisirungsversuch ist daher die naturgemässe Vorstufe des Processes und es wäre schlechterdings nicht zu fassen, weshalb der hiebei gemachte Aufwand nicht mit dem folgenden eigentlichen Processaufwande zusammengefasst und juristisch vollständig gleich behandelt werden soll.¹¹⁾

Steht der friedliche Realisirungsversuch mit dem Prozesse in einem naturgemässen Zusammenhang, so hängt dagegen die Präparation des Instructions-(Beweis-)Materiales mit demselben nothwendig vorbedingend zusammen. Der Impetrant mit der *actio quanti minoris* (b. G. B. §. 902), der selbst nicht sachkundig ist, muss offenbar vorerst die Werthminderung des Gegenstandes zufolge des Gewährleistungsmangels durch

¹⁰⁾ Unter diesen Gesichtspunkt fällt auch die den Bezirksgerichten in Wien durch J. M. E. v. 8. Nov. 1855, Z. 12976, in zum summarischen Verfahren geeigneten Rechtsfällen eingeräumte Befugniss, auf Anmelden des Klägers vorerst beide Theile zu einem Termin zu bescheiden, um die friedliche Beilegung des drohenden Processes zu versuchen, und erst nach Fruchtlosigkeit dieses Versuches die Klage an- oder aufzunehmen.

¹¹⁾ Vgl. auch oben § 3.

einen Sachverständigen fixiren lassen, um das bestimmte Klagebegehren formuliren zu können. Soll er das bezügliche Honorar nicht in und mit den Processkosten beanspruchen dürfen? Ein vorbereitender Aufwand, der den Process erst ermöglicht, gehört innerlich doch ebenso zum Process, als der eigentliche Processaufwand. Jener geht in diesen nothwendig über, ohne dass eine scharfe Grenzlinie zwischen beiden sich ziehen liesse. Eins im Zwecke, sind sie nur äusserlich darin verschieden, dass der eine ein Aufwand zur, der andere zur und während der Processführung ist. Und so können wir sagen: Kraft der Gleichheit des Zweckes fallen unter den Begriff „Processkosten“ auch der vorbereitende Processaufwand, aber auch der Aufwand des friedlichen Realisirungsversuchs.

Die Processnovelle vom 16. Mai 1874 Nr. 69 R. G. B. hat im §. 24 diese Erweiterung der Processkostengrenze damit ratificirt, dass sie den üblichen Ausdruck Processkosten (Gerichtskosten, Gerichtskosten) durch die Bezeichnung Rechtsverfolgungs-(Vertheidigungs-)Kosten ersetzt. Rechtsverfolgend ist auch der dem Process vorangehende friedliche Realisirungsversuch; zur Rechtsverfolgung nothwendig und zugehörend ist offenbar auch der dieselbe vorbereitende (ermöglichende) Aufwand. Dagegen lässt das Gesetz über das Bagatellverfahren (vom 27. April 1873 Nr. 66 R. G. B. §. 74) die unterliegende Partei nur die durch den „Rechtsstreit“ der Gegenpartei verursachten Kosten ersetzen und scheint damit den vorprocessualen Aufwand denselben nicht zuzuzählen, da der nachfolgende Rechtsstreit doch nicht den vorgehenden Aufwand verursachen kann. Fasst man jedoch das Wort Rechtsstreit nicht = Process, sondern begreift auch schon den vorprocessualen Rechtsconflict darunter — und es ist kein Grund vorhanden, den Ausdruck nicht in dieser weiteren Bedeutung zu nehmen — so stellt sich die Differenz beider Gesetze als eine wohl nur terminologische dar.¹²⁾

¹²⁾ Die R. C. P. O. (§. 87) bezeichnet die Processkosten als Kosten des Rechtsstreits, von welchen die dem (siegreichen) Gegner erwachsenen zu erstatten seien, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Rechtsvertheidigung) nothwendig waren. Aehnlich lässt der österr. Entw. (§. 251) die

An die gegebene principielle Bejahung der eben erörterten Frage reiht sich nun die weitere an: Wie weit darf der vorprocessuale (Realisirungs-, präparatorische) Aufwand in die Processkosten einbezogen werden? Lässt sich in dieser Richtung eine juristische Grenzlinie ziehen? In dieser Grenzbestimmung gerade liegt die Schwierigkeit und herrscht völlige Unklarheit in der Praxis. Wir wollen die Antwort auf empirischem Wege, im Anschlusse an verschiedene Anspruchskategorien und concrete Fälle, zu gewinnen versuchen.

An der Oberfläche liegt sie bei Ansprüchen auf Interesse (Schadensersatz). Diese bezielen Erstattung des gesamten auf die Ersatz verbindende Thatsache ursächlich zurückführbaren Schadens, d. i. aller jener Nachtheile, welche ohne das in seinen Folgen zu verantwortende Ereigniss das Vermögen des Beschädigten nicht vermindert hätten. Dieses causale Band knüpft aber auch den etwa aus Anlass eines solchen Anspruchs (zweckmässig) gemachten vorprocessualen Aufwand an die Ersatz begründende Thatsache, ebenso wie wir dies an anderer Stelle für die Processkosten eingeklagter Interesseansprüche überhaupt betont haben. Bei Ansprüchen dieser Art ist daher der vorprocessuale Aufwand einfach als Theil des Interesses in und mit den Processkosten zuzuerkennen, woraus folgt, dass es für die Einbeziehung desselben ausser der Schranke der Zweckmässigkeit und umfänglichen Nothwendigkeit gar keine Grenze gibt. Lässt demnach der Beschädigte, zur richtigen Formulirung des Ersatzpetites und um den Erweis der Schadenshöhe gegen spätere Einstreuungen des Beklagten zu sichern, den Schaden erst aussergerichtlich schätzen, so kann er die an die Sachverständigen ausgelegten Schätzungskosten zweifelsohne unter den Processkosten mitbeanspruchen.¹³⁾ Nicht minder wird er die zur Eruirung des

Kosten ersetzen, welche der Gegenpartei durch den Rechtsstreit erwachsen sind und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig waren. Die österr. weitere Formulirung ist vorzuziehen, weil sie auch die nachprocessualen Kosten (siehe im Texte später) noch mitumfasst. Beide Formulirungen wollen offenbar auch den vorprocessualen Aufwand mitumrahmen.

¹³⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 1307.

Beschädigers verausgabten Kosten als einen die processuale Rechtsverfolgung vorbedingenden Aufwand den Processkosten einreihen dürfen, von weiteren Beispielen abzusehen. Freilich steht nichts entgegen, einen solchen processpräparatorischen Aufwand auch in das Klagebegehren aufzunehmen¹⁴⁾ und in dem übrigen Schaden mitzubeanspruchen, allein die Locirung unter die Processkosten scheint mir deshalb richtiger, weil die Schadenserhebung, Erforschung des Beschädigers, Bedingungen der (processualen) Schadensverfolgung sind und sonach schon zum Prozesse gehören.

Der (mit der publicianischen — Eigenthums-Erbschaftsklage §§. 366, 372, 824 b. G. B.) belangte unredliche Besitzer haftet nach österreichischem Rechte (§§. 324, 824 a. b. G. B.) auf „allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden“, indem er vom Beginne seines (unredlichen) Besitzes an als in schuldhaftem Verzug stehend gilt. Folgegемäss hat er auch den (zweckmässig und umfänglich nothwendig gemachten) vorprocessualen Aufwand zu verantworten. Musste daher der Kläger behufs Beschaffung der zur Instruirung der Klage erforderlichen Beweise mit Auslagen verknüpfte Erhebungen pflegen, so wird er diese unter den Processkosten mitansetzen können.

So hat auch in Obligationsfällen der in (schuldhaftem) Verzug versirende Schuldner kraft seiner Haftung auf das Zeitinteresse auch die processpräparatorischen Auslagen zu vergüten, deren Aufwendung dem Gläubiger durch die Erfüllungsweigerung aufgenöthigt wurde.

Aber auch wenn der Beklagte seinen Verzug zu exculpieren vermag oder redlicher Besitzer ist, wird der Kläger den zur ordnungsmässigen Klageinstruction vorgemachten Aufwand so weit in das Kostenverzeichnis setzen dürfen, als er als Folge der wenn auch schuldlosen Leistungsweigerung sich darstellt, weil er immer doch ein widerrechtlich verursachter Schaden und wegen seines genetischen Zusammenhanges mit dem Process ein (mittelbarer) Processaufwand, daher seit der absoluten Ersatzmaxime Verschulden zu seinem Ersatz nicht mehr gefordert ist.

¹⁴⁾ Wie dies z. B. Kläger in G. U. W. Nr. 1307 that.

Aus dem gleichen Gesichtspunkte werden ferner auch bei Obligationen auf Unterlassen, wo das obligationswidrige Thun die zum Process nöthigende Anspruchsverletzung ist, die in dessen Folge impendirenden streitvorbereitenden Auslagen den Processkosten eingefügt werden dürfen.

Diese Beispiele dürften genügen, um die für die Einbeziehung eines streitvorbereitenden Aufwandes in die Processkosten massgebende Prämisse aufzustellen. Diese kann nur sein, dass derselbe zufolge des widerrechtlichen, zum Process zwingenden Verhaltens des Beklagten gemacht werden musste, beziehungsweise in dem rechtswidrigen Processanlass seine Ursache habe. Daher werden als Processkosten z. B. nicht angesetzt und begehrt werden dürfen die oft bedeutenden Kosten, die auf die Erhebung und Klarstellung der Verwandtschaftsbeziehung zu einem Erblasser vorauslagt werden müssen, um sodann zur Erbschafts- (Erbrechts-) Klage vorschreiten zu können; denn den Ausweis der Erbberechtigung hätte der Prätendent, um sich in den Besitz der Erbschaft zu setzen, auch ohne Gegenprätendenten der Abhandlungsinstanz gegenüber erbringen müssen. Der bezügliche Aufwand ist deshalb nicht auf die Erbrechtsanmassung des Dritten ursächlich zu setzen. Ebenso wenig werden Kosten von Vorerhebungen, die man pflog, um sich selbst erst die Ueberzeugung von dem Bestande eines Rechts zu verschaffen, unter den Processkosten dem Gegner zugelastet werden können¹⁵⁾, weil dieselben nicht unter dem Drucke und als Folge des rechtsverweigernden Verhaltens des Gegners, zur Vorbereitung des Processes, sondern vielmehr zur Selbstinformation über den Rechtsbestand aufgewendet wurden, sonach in dem Kläger selbst und seiner Rechtsungewissheit ihre nächste und eigentliche Ursache haben.¹⁶⁾ Und in nicht seltenen Fällen werden Vorerhebungs-

¹⁵⁾ Vielleicht darf sich auch hierfür auf das: „*qui agit, certus debet esse . . . et ante debet rem diligenter explorare et tunc ad agendum procedere*“ in l. 42 de reg. jur. D. 50, 17, berufen werden.

¹⁶⁾ z. B. dem Erben stösst in den Nachlasspapieren eine unbestimmte Andeutung des Erblassers über eine Forderung wider einen Dritten auf, welche ihn veranlasst, weitere Erhebungen über den Forderungsbestand zu pflegen und auf deren sicheres Ergebniss hin dann erst zu interpelliren und zu klagen. Die Vorerhebungskosten wendete der Erbe zunächst zur eigenen Aufklärung, nicht unter der Pression bereits erfolgter Rechtsverweigerung auf.

kosten diesen in erster Linie mehr explorativen, als die Klageanstrengung schon bestimmt in's Auge fassenden Zweck haben. Wie häufig müssen verdunkelte Rechte erst geklärt und auf die Basis sicherer Beweise gestellt werden, ehevor zu ihrer Verfolgung geschritten werden kann! Freilich wird dem Richter die Beurtheilung der angedeuteten Unterscheidung oft schwer fallen, ob die Vorauslagen schon unter der Pression der Verweigerung des dem Kläger klar bewussten Rechts oder zunächst zur Selbstinstruction über dessen Bestand, somit noch unter keinem gegnerischen Drucke gemacht wurden. Im Allgemeinen wird man jedoch statuiren dürfen, dass Vorauslagen, welchen bereits eine aussergerichtliche Anspruchserhebung vorausging, nicht mehr zur eigenen Rechtsvergewisserung, sondern schon zur Vorbereitung des bestimmt in Plan genommenen Rechtsstreites gemacht worden seien.

Manchmal werden vom Berechtigten Kosten zur Conservirung von Beweisen für einen künftig möglichen Process voraufgewendet¹⁷⁾, wo eine Rechtsverweigerung seitens des Gegners noch gar nicht geschehen oder geschehen sein konnte.¹⁸⁾ So wenn jener die Abhörung eines Zeugen, dessen Entgang in Gefahr steht, zum ewigen Gedächtnisse erwirkt. Es dünkt dem ersten Blick, dass solche Vorauslagen unter den Kosten des sodann wirklich entbrannten Processes nicht nachbegehrt werden könnten, da sie, weil der Anspruchsverweigerung (Anspruchsanmassung) vorgehend, des Charakters eines widerrechtlich verursachten Schadens ermangeln. Wägt man jedoch, dass sie in Voraussetzung der drohenden Rechtsverletzung des künftigen Processes aufgewendet werden, so wird man wohl bei Zutreffen dieser Voraussetzung sagen dürfen, es werde denselben nach rückwärts der Stempel der Widerrechtlichkeit und damit die Qualität von Processkosten aufgedrückt.¹⁹⁾

¹⁷⁾ Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse §. 179 A. 251 W. G. O., §§. 188 A. 260 W. G. O.

¹⁸⁾ z. B. bei noch nicht eingetretener Forderungsfälligkeit.

¹⁹⁾ Vielleicht dürfen wir für das Schädensrecht überhaupt den Satz aussprechen, dass ein in Besorgniss einer drohenden Rechtsverletzung vorbeugend gemachter Aufwand zu erstatten sei, wenn sich die Grundhaltigkeit der Besorgniss ex post ergibt d. i. die Rechtsverletzung wirklich eintritt oder doch

(Ob die Kosten des Verfahrens einer Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniss auch Gegenstand eines selbständigen Spruches sein können, darüber das Nähere unten.)

Dagegen sind die Kosten eines voreingeholten Rechtsgutachtens nie zu erstatten, weil die Rechtsunkunde der Partei nicht zu Gute kommen darf und von einer Rechtsverfolgung mit dem Appendix von zu ersetzenden Kosten erst dann die Rede sein kann, wenn die Partei sich über den Bestand ihres Rechtes selbst im Klaren ist.²⁰⁾ Kein Zweifel kann walten, dass die Kosten der Anmerkung der Hypothekarklage²¹⁾, der Streitankündigung²²⁾, der Vormerkung²³⁾, einer provisorischen Sicherstellungsmassnahme²⁴⁾ unter den Kosten des künftigen (Justificirungs-) Processes mitliquidirt werden dürfen.

Schon Eingangs haben wir berührt, dass auch dem Urtheile nachfolgend noch mit dem Prozesse connexe Kosten auflaufen können.

Solcher Art sind z. B. die Kosten des Verfahrens zur Ablegung eines sententionirten Eides (des Eidesantrittsgesuches, des Eidesablegungstermines); die Kosten der sogenannten Exrotulirung, der Löschung einer bücherlichen Anmerkung (Streitanmerkung, Vormerkung) auf Grund des gegen den Protestations- (Justificirungs-) Kläger abweislich ersiegten Urtheiles u. s. w. Aus nichtig-formalistischen Skrupeln und dem Begriff „Processkosten“ ganz an's Wort fassend (Processkosten = Kosten des Processes: Anfangspunkt — Klage, Endpunkt — Urtheil) schwankt die Praxis, ob die Zuliqidirung

nur wegen der vorbeugenden Massnahme abgewendet wird. Oder sollte ich nicht Lohnersatz für den aus Furcht, eine gewisse gefährliche Person werde mein Haus in Brand stecken, aufgestellten Wächter begehren dürfen, wenn sich meine Furcht als gegründet erweist, das Individuum thatsächlich einen Brandlegungsversuch unternimmt?

²⁰⁾ Die von Menger Grünh. Ztsch. VII. S. 6f0 Note 23 hiefür berufene Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 lit. m. J. G. S. („beigelegte *consilia juridica* dürfen vom Richter in gar keine Rücksicht genommen werden“) hat diese Frage nicht im Auge.

²¹⁾ Gb. G. §. 59.

²²⁾ Gb. G. §. 61.

²³⁾ Gb. G. §§. 35, 42.

²⁴⁾ §§. 275, 281, 283, 290, 293 a. G. O.

solcher Kosten als Nachhang zu den im Urtheile zuerkannten Processkosten zulässig sei.²⁵⁾ Allein der Umstand, dass die diese Kosten verursachenden Acte jenseits des Urtheils fallen, kann denselben unmöglich die Natur von Processkosten nehmen, da sie doch ebenso als Folgen des Processes sich darstellen, als die dem Urtheile vorgehenden Handlungen, deren über das Urtheil hinausreichende Consequenzen sie einfach sind. Es trifft eben nicht immer zu, dass das Verfahren schon stets mit dem (rechtskräftigen) Urtheile gänzlich finalisirt sei und sich nicht in einzelnen Beziehungen noch darüber hinaus fortspinnen könnte. Solchen Nachwirkungen des Processes in ihren Kosten die Zugehörigkeit zum Process und seinen Kosten abzusprechen, heisst das Causalitätsgesetz auf den Kopf stellen. Von Rechtswegen sind dem Sieger die Kosten der Rechtsverfolgung (Rechtsvertheidigung) zu erstatten. Kann es nun einen wunderlicheren Widerspruch gegen das Gesetz geben als den, dem Sieger aus einem durch Eid bedingten Endurtheil die Kosten der Eidesablegung, also gerade jenes Actes, durch welchen sein Sieg erst begründet wird, auf eigenem Rücken zu lassen? Man möchte doch glauben, wenn überhaupt, müssten die Kosten dieser Entscheidungsthat ihm adjudicirt werden.²⁶⁾ Die Actenexrotulirung ist ferner doch nur die Folge der Acteninrotulirung und beide Folgen des Processes. Trotzdem will man nur die Kosten der letzteren und nimmt Anstand, auch jene der ersteren zu adjudiciren, unbekümmert, dass man damit den Causalnexus zweier Acte zerreisst, deren einer nichts als die Rücklösung des andern ist. Man mag es unterlassen, dem Besiegten die Kosten gewisser zweckloser Acte des Gegners aufzubürden, aber nimmermehr zu fassen, dass er wohl für die Kosten einer bestimmten Handlung (Inrotulirung), nicht aber

²⁵⁾ Vgl. die divergirenden Entscheidungen in G. U. W. a) Exrotulirungskosten Nr. 5813, 6022 (contra), 6206, 6227, 6295 (pro). b) Eidesablegungskosten Nr. 693, 717 (contra), 895 (pro), 1004 (contra), 1275, 1841, 2347, 2851 und 3977 (pro).

²⁶⁾ So auch Menger, Grünh. Zeitschr. VII. S. 659 Note 19.

Entsch. G. U. W. Nr. 717 spricht dem Sieger die Kosten der Eidesablegung ab: „weil sie durch Erfüllung einer als Bedingung des Obsiegens auferlegten Verpflichtung erwachsen und daher von der am Eide stehenden Partei zu tragen seien“ (!).

auch für jene der nothwendigen Folgehandlung (Exrotulirung) soll eintreten müssen. Man bringt zur Rechtfertigung der gerügten Folgewidrigkeit vor: nur die Inrotulirungskosten dienten zur Rechtsverfolgung (Rechtsvertheidigung) und seien daher nach §. 24 P. N. zu erstatten, die der Exrotulirung jedoch nicht mehr.²⁷⁾ Aber mit demselben Fug könnte man nur die Kosten der Eisenbahnfahrkarte zur Tagfahrt, nicht auch jene der Rückfahrt in Anschlag bringen; dient doch letztere nicht der Rechtsverfolgung; gerade im Gegentheil: der Advocat fährt von der Rechtsverfolgung.

Gegen die bekämpfte Folgewidrigkeit kann man auch mit der Berufung nicht aufkommen, dass die G. O. (§. 403 A. §. 534 W. G. O.) Kosten, die nicht in und mit dem Urtheil zuerkannt werden, präcludiren²⁸⁾; denn diese Verfügung hat offenbar nur die bis zum Urtheil aufgelaufenen Kosten im Auge. Und sowie dieselbe keinen Richter hindert, die Executionskosten zuzuliquidiren, kann auch in ihr kein Hinderniss zur Zuliquidirung sonstiger nachprocessualer Kosten liegen.²⁹⁾ Wie die Kosten der Eidesablegung und Exrotulirung, so und aus denselben Gründen sind dem im Buchprocesse siegreichen Beklagten noch die Kosten der Löschung der Anmerkung (der Klage, des Streitens, der Vormerkung) nachzuliquidiren; ebenso dem obsiegenden Kläger die Erfolglassungskosten der erlegten acto-

²⁷⁾ Gründe der 2. Inst. in G. U. W. Nr. 5813.

²⁸⁾ Gründe der 3. Inst. in G. U. W. Nr. 693.

²⁹⁾ So auch Menger a. a. O. S. 660 Note 20. Würde nach dem geltenden Processrechte wie nach dem Entwurf, im Urtheil nur die Kostenersatzpflicht im Allgemeinen auszusprechen, die Kostenbestimmung aber einem besonderen nachfolgenden Feststellungsverfahren nach Umständen vorbehalten sein (§§. 260, 261 Entw.), so würden die bekämpften Bedenken gegen die Nachliquidirung von Kosten gewiss Niemandem aufgestiegen sein.

Im letzten Grunde beruht die schwankende Judicatur über nachprocessuale Kosten auf unklarer Vorstellung über Wesen und Tragweite der formell-accessorischen Seite der Processkosten, worüber das Nähere in dem bezüglichen Capitel (s. unten §. 47).

Vgl. auch G. U. W. Nr. 1478: A erwirkt zugleich mit der Miethzinsklage pfandweise Beschreibung der *invecta et illata* (Hfd. v. 3. Nov. 1819, Nr. 1621 J. G. S.); B wendet diese durch gerichtlichen Erlag des Miethzinses ab; in dem nun folgenden Processe wird A sachfällig; mit Recht wurden von der 1. und 3. Instanz dem B die Erfolglassungskosten des Erlags nachliquidirt.

rischen Caution; dem Beklagten die Kosten der Löschung des im Wege der Execution zur Sicherstellung im Laufe eines Verfahrens vom Kläger erwirkten Pfandrechtes etc.

Nunmehr diese Grenzen der Processkosten gesteckt, möchte ihr Begriff dahin richtig zu bestimmen sein: Sie sind der Aufwand, welcher aus Anlass einer streitigen (aussergerichtlichen und sodann gerichtlichen) Rechtsverfolgung (Rechtsvertheidigung) zweckmässig von der Partei gemacht wurde.

§. 20.

Insbesondere von den Kosten der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse. — Kosten des über Antrag zur Wahrung der Rechte Dritter bestellten Curators.

1. Wenn der Probat an dem Beweisverfahren zum ewigen Gedächtnisse Theil nimmt, entsteht für die Regulirung des Kostenpunktes folgendes Dilemma: suspendirt man dieselbe, wie der Natur der Sache gemäss zu sein scheint, bis zur künftigen Entscheidung in der Hauptsache, so ist wegen der Ungewissheit, ob es überhaupt zum Hauptprocesse kommen wird, die Erstattung der Kosten des Anschlusses des Probaten an das Beweisverfahren gefährdet; legt man aber umgekehrt dem Probanten sofort (wenn auch provisorisch) den Kostenersatz an den Probat auf, so ist die Ersatzpflicht ohne Rücksicht auf den künftigen Ausgang der Hauptsache, von welchem sie offenbar abhängig ist, ausgesprochen und damit präjudicirt. Das Dilemma hat eine fortdauernd widersprechende Judicatur erzeugt. Je nachdem im einzelnen Falle die eine oder andere Rücksicht überwiegt, wird die Entscheidung über diese Kosten bald dem seinerzeitigen Hauptprocesse vorbehalten, bald sofort zu Gunsten des Probaten geschöpft.³⁰⁾

Wir dirimiren für die erstere Lösung. Das Beweisverfahren zum ewigen Gedächtniss ist nichts als ein anticipirtes Stück Hauptprocess; desselben Kosten müssen daher das Schicksal dieses theilen, an das sie durch ihre processpräparatorische Function untrennbar gebunden sind. Gebietet so schon die Natur der Sache die Suspension dieses Kostenjudicates, so fehlt es seit dem Hofdecret vom 22. Juni 1835 Nr. 42 J. G. S.,

³⁰⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 4818 (pro), 5804, 5850, 5980 (contra), 6219, 6499, 7062, 7090, 7239 (pro).

welches die Entscheidung über die Kosten eines in den Processlauf fallenden Zeugen- (Sachverständigen-) Beweises bis zum Endurtheil aufschieben lässt, dafür auch nicht an einem analogen gesetzlichen Halt.³¹⁾ Jedes (spruchreife, processuale) Kostencondemnat -- dessen sei noch ferner ganz besonders erinnert -- setzt voraus, dass die Kosten des einen Theiles sich als ein durch den anderen widerrechtlich zugefügter Schaden darstellen. Kostenersatz ist immer Schadenersatz.³²⁾ Wie soll nun in unserem Falle ein Schadenscondemnat gefällt werden, wo noch dahin steht, wessen Kosten wider Recht erregt sind? Das hiesse, den Probaten zum vorläufigen Delinquenten stempeln.

Dem Kreise jener Anschauung, welche in der Pflicht zum Kostenersatz eine aus Zweckmässigkeitsgründen zu tragende Last öffentlich-rechtlicher Natur erblickt³³⁾, liegt freilich der Gedanke nicht so ganz ferne, den Probaten die Kosten erstatten zu lassen; denn in Wahrheit ist es nur der fürsorgliche Zweckmässigkeitskrupel, dass der Probat möglicherweise um seine Kosten komme, der unsere Gerichte treibt, dies Kostenjudicat ohne Sieger und Besiegten zu schöpfen.³⁴⁾

Aber selbst dieser Skrupel hält näherer Prüfung nicht Stand. Ist der Probat der mögliche Kläger, so hat er in der Klage das Mittel zur Hand, sich die Kosten seiner Theilnahme am Beweisverfahren zu holen. Greift er zu demselben nicht zu, so hat entweder der Beweis gegen ihn ausgeschlagen oder es fehlte ihm überhaupt die Absicht künftiger Klageführung. Das Eine beweist wider sein Recht, das Andere lässt seine Mitwirkung am Beweisverfahren zwecklos erscheinen. Keines von Beiden rechtfertigt jedoch die Fürsorge, ihm über- und voreilig die Kosten von der Schulter zu nehmen.

Ist aber der Probat der künftig mögliche Beklagte, so

³¹⁾ Dem Hfd. ruht, wenn auch in concreter Beziehung, der naturgemässe Gedanke inne, dass über den Ersatz von Kosten insoweit nicht erkannt werden kann, als die Ersatzpflicht vom Ausgange der Hauptsache abhängig ist (vgl. dieselbe Bestimmung nur in allg. Fassung im Entw. §. 258).

³²⁾ Der Erweis dieser Wahrheit durchzieht diese ganze Schrift.

³³⁾ Menger a. a. O. S. 657.

³⁴⁾ Vgl. die Motive der Note 30 (pro) cit. Entsch. Menger a. a. O. S. 662 Note 34 in fin.

hat er in dem Aufforderungsverfahren das Mittel, den Hauptprocess und in demselben³⁵⁾ auch die Nachliquidirung des Voraufwandes durchzusetzen. Macht er davon keinen Gebrauch, so mag es wohl auch mit seinem Rechte recht zweifelhaft bestellt sein und er es vorziehen, lieber das kleine Kostenübel zu verschmerzen, als in einem unglücklichen Prozesse noch grössere Einbusse zu erleiden. Sache des Gerichtes ist es nun gewiss nicht, fürsorglicher für die Partei als diese selbst zu sein.

Es wurde wohl auch versucht, die Kostenadjudicirung an den Probaten aus dem §. 193 a. G. O. zu deduciren, „weil dieser Paragraph den Grundsatz enthalte (?), dass der Beweisführer vorläufig alle Kosten zu tragen habe.“³⁶⁾ Allein diesen Grundsatz enthält der Paragraph nicht, sondern nur den anderen, dass die Gebühren für Kunstverständige (Zeugen) der Richter *ex officio* vom Beweisführer beizutreiben habe.³⁷⁾ Dieser Grundsatz würde nun höchstens dahin führen, dass das Gericht auch des Probaten Kosten im Amtswege vom Probaten beizutreiben und an jenen sodann zu verabfolgen habe, in welcher Form die (provisorische) Kostenerstattung an den Ersteren den Charakter einer officiosen und damit von dem processualen Kostenersatzrecht völlig unabhängigen Massnahme empfinde, welcher man noch einigen Geschmack abzugewinnen vermöchte, wenn der Stützpunkt des §. 193 cit. solider wäre. Sofort soll jedoch hinzugefügt werden, dass auch eine solche provisorische Kostenerstattung officiosen Charakters überwiegende Bedenken, selbst *de lege ferenda*, hervorruft, so dass wir Entw. §. 333 Abs. 3 lieber unterdrückt sehen möchten.³⁸⁾ Irren wir nicht, so ist der unsere Gerichte immer wieder zum Kostenzuspruch an den Probaten bestimmende Grund nicht sowohl der rein opportünäre der künftigen Ungewissheit des Hauptprocesses, als vielmehr der einer Art *negotiorum gestio* des Probaten zu Nutz und Frommen des Probaten, weil die Beweisaufnahme lediglich im Interesse

³⁵⁾ Uebrigens kann der Aufforderungskläger schon in dem Aufforderungsverfahren sich die Kosten der früheren Beweisaufnahme auf den Fall der Nichteinbringung der aufgeförderten Klage zuliquidiren lassen.

³⁶⁾ G. U. W. Nr. 6219.

³⁷⁾ Was gewiss, nur zu billigen ist.

³⁸⁾ Der offenbar durch die gegenwärtige schwankende Praxis veranlasst ist Die R. C. P. O. enthält eine analoge Verfügung nicht.

dieses stattfindet.³⁹⁾ Die Verkehrtheit dieses Zuspruchsmotives liegt am Lichte. Es muss aber umsomehr dagegen Front gemacht werden, als es auch sonst noch verwirrend in die Praxis des Processkostenrechtes hineinspielt.⁴⁰⁾

Nun ist es zwar richtig, dass die Beweisaufnahme im Interesse des Probaten geschieht, aber was soll daraus? Ein Gestionsanspruch des Probaten müsste ja zur Voraussetzung haben, dass seine Intervention bei der Beweisaufnahme im Interesse des Probaten stattfindet (a. b. G. §§. 1037 flg.). Das gerade Gegentheil ist aber der Fall; der Eine will den Beweis-aufbau des Andern verhindern: sie sind Geschäftsantipoden, und es muthet wie Ironie an, dass der Beweisführer die oppositionelle Theilnahme des Gegners am Beweisaacte noch indemnisiren soll. So mag man dann den Kostenanspruch an den Probaten im Lichte des Processkostenrechtes oder materieller Rechtsgrundsätze betrachten, immer erscheint er als eine Anomalie, zu welcher im letzten Grunde nichts als ein unklares Gefühl von der unbeauftragten Geschäftsführung Pathe steht, das durch die Hülle officioser Fürsorge hindurch unschwer zu erkennen ist. Es darf daher wohl ebenso dem Wunsche Ausdruck geliehen werden, dass die bekämpfte Praxis verlassen⁴¹⁾, als auch, dass der dieselbe recipirende §. 333 Abs. 3 des Entwurfes ausgemerzt werde.⁴²⁾

Von selbst versteht es sich jedoch, dass der Probat, wenn er der Zulassung der Beweisaufnahme ohne Erfolg opponirt, zum Ersatz der durch seinen unbegründeten Widerspruch dem Imploranten verursachten Kosten, sowie im Gegenfalle auch dieser sofort zum Kostenersatz an jenen zu verurtheilen ist. Hier gewinnt das Verfahren (theilweise) die Structur eines Incidenzprocesses.⁴³⁾ Doch sind die Kosten der Beweisaufnahme und des Gesuches jederzeit auszuscheiden.

³⁹⁾ Vgl. die Motive der sub Note 30 (pro) cit. Entsch.

⁴⁰⁾ Wie demnächst betreffs der Kosten eines über Antrag einer Partei bestellten *curator absentis* gezeigt werden soll.

⁴¹⁾ A. A. Menger a. a. O. S. 662 Note 34, welcher ihr aus dem im Texte kritisirten Zweckmässigkeitsgrunde: „weil es immerhin zweifelhaft sei, ob der Hauptprocess werde eingeleitet werden“ — beipflichtet.

⁴²⁾ Der zudem noch mit §. 258 Abs. 2 Entw. im Widerspruche steht.

⁴³⁾ Vgl. auch Menger a. a. O. S. 662 Note 34.

2. Aus ähnlichen Motiven, wie in dem betrachteten Falle dem Probaten, adjucirt die Praxis ab und zu auch dem über Antrag einer Processpartei bestellten Curator eines abwesenden Gegners, auch wenn dieser in dem folgenden Prozesse unterlegen, den Ersatz seiner Kosten wider jene.⁴⁴⁾ Das befremdliche Adjudicat⁴⁵⁾ wird nämlich einfach damit begründet, die Bestellung des Curators sei durch den Antrag der Partei veranlasst worden und in ihrem Interesse erfolgt.

Welch' ein offensichtiger Widersinn! Dem abwesenden Beklagten wird der Kostenersatz an den (obsiegenden) Kläger und diesem hinwiederum Kostenersatz an jenen zu Handen seines Curators auferlegt. Solchen officios-arbiträren Massnahmen gegenüber hört die wissenschaftliche Kritik auf; in das schlüpfrige Gebiet des billigen Ermessens vermag sie nicht zu folgen. Nur des Einen sei noch erwähnt. Es ist nicht vielleicht eine Rechtslücke, welche durch die gerügte Judicatur ausgefüllt werden soll, sondern eine Rechtscorrectur, welcher sie sich schuldig macht. Es ist in unseren Gesetzen in der unzweideutigsten Weise ausgesprochen, dass der zur Wahrung der Rechte Dritter bestellte Curator auf Entlohnung nur gegen die vertretene Partei, auf Vergütung der baren Auslagen auch gegen den Staatsschatz einen Anspruch habe.⁴⁶⁾ Das Deservit gebührt daher demselben nur, insoferne er es aus den Zahlungsmitteln des Curanden erholen kann. Die Gefahr, dasselbe wegen Mangels solcher oder Verschollenheit des Vertretenen einzubüssen, ruht auf des Curators Schulter, und es ist wider Rechtens, dieselbe durch die Heranziehung der Gegenpartei zur vorschussweisen Indemnisirung des Curators auf diese andere Schulter zu übertragen. Die Bestellung des Curators ist ein Act staatlicher Obsorge zum Schutze der Rechte des Curanden. Er handelt gleich dem Vormund kraft öffentlichen Auftrags und Amtes. Die ihm aufgebürdete Thätigkeit und

⁴⁴⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 52, 2828, 7258 (pro), 304, 1221, 1904, 1919, 3028, 3057, 4151, 4577, 4865, 5118 (Spruchrep. Nr. 69 mit trefflichen Gründen) (contra). Vgl. auch contra Nr. 6868, 6366, 6568.

⁴⁵⁾ Dagegen auch Menger a. a. O. S. 658 Note 12.

⁴⁶⁾ Adv. Ordg. §. 18; prov. C. P. O. für Ungarn §. 580; §. 391 A. und §. 510 W. G. O.

Mühehaltung ist daher als eine öffentliche Last zu betrachten, so weit er für dieselbe nicht vom Curanden entlohnt werden kann.⁴⁷⁾

Es ist unrichtig und verwirrend zu sagen, ein solcher Curator werde im Interesse der darauf antragenden Partei bestellt; nein, er wird wohl über Veranlassung dieser, aber im Interesse der (abwesenden, verschollenen) Gegenpartei berufen; denn der Inhalt seiner Geschäftsführung — und nur auf diesen kommt es an — zielt nur auf das Interesse des Curanden ab, welches dem der anderen Partei geradezu entgegengesetzt ist. Und so bleibt es denn eine juristische Ungeheuerlichkeit, dass A den im Interesse des B gegen ihn (A) und zu seiner widerrechtlichen (processualen) Bekämpfung gemachten Aufwand dem Curator ersetzen und diesen für seine Opposition noch gewissermassen belohnen soll.

Das Gesagte gilt übrigens auch gegen den Kostenzuspruch an einen zur Wahrung von Rechten Dritter im officiosen Verfahren bestellten Curator.⁴⁸⁾

III. CAPITEL.

§. 21.

Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz.

Die Processkosten sind ein Schadensgebilde; ihr Umfang steht unter dem Causalitätsgesetz und den Regeln des materiellen Schädenrechtes. Im Gebiete dieses ist es nichts Besonderes, dass Jemand durch eine rechtswidrige Vorenthaltung oder einen widerrechtlichen Angriff zu einem Aufwand genöthigt wird. Die Strenge des Causalitätsgesetzes im Schädenrecht wird jedoch durch den Grundsatz gemildert, dass die Ersatzpflicht einen Schaden nicht mitzuumfassen hat, welcher durch Sorglichkeit des Beschädigten vermeidbar, abwendbar war.⁴⁹⁾ Wie es Pflicht

⁴⁷⁾ Vgl. §§ 21, 269, 276 a. b. G.

⁴⁸⁾ Würde die Bestellung des Curators grundlos veranlasst, so ist ihm die Partei nach allg. Grunds. (§ 1295 a. b. G.) verantwortlich und kann sofort die Ersatzpflicht wider sie ausgesprochen werden (Hfd. v. 18. Mai 1790 Nr. 23 J. G. S., §. 510 W. G. O.) Menger a. a. O. S. 658 Note 12 in fin.

⁴⁹⁾ *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (l. 203 D. R. J. 50, 17, Po np.). Vgl. auch l. 11 §. 12 D. de act. empt. 19, 1,

dieses ist, dem Fortwirken des schadenzeugenden Causalismus entgegenzutreten, wenn es in seiner Macht liegt, so nicht minder, den Aufwand, zu welchem er durch die rechtsverletzende Thatsache veranlasst wird, nicht unnöthig zu vergrössern, sondern mit Schonung des Beschädigers auf das nothwendige, zweckentsprechende Mass einzuschränken. Diese Diligenzpflicht des Beschädigten ist nur der Ausdruck des tieferliegenden juristischen Gedankens, dass ein von seiner Seite vermeidbarer Aufwand vielmehr in seinem ungezwungen freien Willen, denn in dem zwingenden Drucke der Ersatzthatsache seinen Grund habe. Vermeidlich ist aber ein Aufwand für Processhandlungen, wenn diese ohne Gefährdung des Processzweckes entbehrt werden können oder auch mit minderen Kosten durchführbar sind. Die Beurtheilung, ob das Eine oder Andere der Fall, ist eine Frage des freien richterlichen Ermessens, erschöpfende Regeln diesem zu ziehen, nicht thunlich. Dennoch wird es von Vortheil sein, an einigen wichtigen Fällen das aufgestellte Princip zu erproben.

1. Schon für die Klage ergibt sich die Frage, ob deren Anbringung nothwendig war? Der Process ist nicht das einzige, sondern äusserste Mittel der Rechtsverfolgung. Naturgemäss hat demselben ein friedlicher Realisirungsversuch voranzugehen. Der Process ist das Mittel zur Bezwungung des gegen den Anspruch sich auflehrenden gegnerischen Willens.

l. 23 §. 8 D. de Aed. Ed. 21, 1; l. 16 pr. D. de pecul. leg. 33, 8. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II. 157 ff. und §. 4, Note 25. — A. b. G. §. 1304. Dazu nunmehr Pfaff Schadenersatz (Gutachten) S. 34 ff. (Die in diesem Paragraphe verfügte verhältnissmässige Repartition des selbst(mit-)verschuldeten Schadens unter Beschädiger und Beschädigten hat für den Processkostenschaden nicht statt. Der Grund ist, weil er die Natur eines Aufwandes, einer Verwendung hat, und auf einen solchen die Repartitionsregel des §. 1304 naturgemäss keine Anwendung finden kann; denn es ist Sache des Beschädigten und in seiner Macht allein, einem Schaden der ihm durch Aufzwingung eines Aufwandes bereitet wird, von vorneab Mass und Ziel zu setzen. Unsere Schriftsteller haben diese Ausnahme von §. 1304 bisher übersehen. Auch Pfaff a. a. O. erwähnt ihrer nicht.) — Vgl. §. 24 der Nov.: „Die . . . unterliegende Partei hat . . . die . . . zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten zu ersetzen.“

Bevor daher zu diesem Zwangsmittel vorgeschritten werden kann, muss doch die Auflehnung wider den Anspruch constatirt sein. Einen Willen bezwingen wollen, der sich noch gar nicht widersetzt, ist ein Kampf gegen einen supponirten Gegner, ein Angriffsexcess.

Dass nun die Kosten einer zwecklosen, überflüssigen Klage als selbst verschuldet dem Kläger nicht zu ersetzen sind, bedarf keines weiteren Wortes.⁵⁰⁾ Es muss aber weiter gegangen und behauptet werden, es seien umgekehrt dem Beklagten die durch die zwecklose Klage erregten Gegenkosten zu erstatten.⁵¹⁾ Denn (was noch an späterer Stelle allgemeiner zu betonen sein wird) der Process ist nur insoweit ein erlaubtes Mittel, als die Entfaltung seines kostspieligen Apparates zur Verwirklichung einer Rechtsverfolgung (oder Vertheidigung) nothwendig ist (oder doch mit Grund dafür gehalten wird). Sowie und soweit er, auch auf Seite der obliegenden Partei, diese Schranke überschreitet, wird er ein schuldhaftes Unrecht an dem Gegner und jene diesem ohne Rücksicht auf den Processerfolg haftpflichtig.⁵²⁾

⁵⁰⁾ Auch die Praxis ist darüber einig G. U. W. 6026, 6157, 6596, 7687.

⁵¹⁾ Eine Anschauung, die auch in der österr. Praxis daran ist, sich durchzuringen. Während G. U. W. 6026 noch die Kosten des Verfahrens über eine zwecklos angestrenzte Excindirungsklage gegenseitig aufhebt, überladen Nr. 6157 und 7687 mit Recht dieselben insgesamt auf den Kläger.

Uebereinstimmend auch Wetzell S. 513; Renaud S. 693; Endemann I. S. 511 und II. 622. R. C. P. O. §. 89; österr. Entw. §. 254.

⁵²⁾ Man könnte entgegenwenden, die Anstellung einer nativirten Klage sei Ausübung eines bestehenden Rechts und *qui jure suo utitur, neminem laedit*; folglich seien wohl dem Kläger die Kosten der überflüssigen Klage auf der Schulter zu belassen (Kostenvergleichung), nimmer aber könne er zum Ersatz der gegnerischen condemnirt werden. Aber jene Rechtsregel ist längst auf ihr richtiges Mass reducirt worden durch die ziemlich allseitig anerkannte Schranke, dass rücksichtslose Ausübung eines Rechts zu fremdem Schaden ohne eigenen Vortheil verantwortlich macht (oder doch machen kann). Windscheid I. §. 121 Note 2 und 3. Mages, Nachbarrecht S. 5, 6 passim; Pfaff, Schadenersatz S. 42 ff. In dieser rücksichtsbaren chicanösen Rechtsübung nach der Seite der processualen Geltendmachung des Rechts, in dem „*neque malitios est indulgendum*“ erblicke ich die materiell rechtliche Begründung dieser Haftpflicht des wenn auch siegreichen Klägers, die Endemann, der deutsche Civilprocess, Erläuterungen I. 397, daher mit Unrecht für eine völlig für sich hinzunehmende, rein processualische Vorschrift erklärt.

Wann darf aber gesagt werden, die Klage war zwecklos? Muss die Unterwerfung des Beklagten unter dieselbe mit Erfüllung verbunden sein, oder genügt schon Anerkennung des Anspruchs?

Diese Frage ist gegenstandslos für Anerkennungsklagen, wo die Anerkennung den Anspruch erschöpft. Auch gibt es noch einige andere zweifellose Fälle, in denen schon die Anspruchsanerkennung genügen muss. So wenn der im Verzug stehende Gläubiger (b. G. B. §. 1419), ohne vorher durch Erklärung seiner Annahmehbereitschaft den Verzug purgirt zu haben, etwa klagen möchte. Hier hat der Schuldner die Wirklichkeit seines Erfüllungswillens schon durch seine frühere Oblation bethätigt. Ebenso wenn der Gläubiger erst nach der Klageanbringung, jedoch vor Erstattung der Einrede in Mora versetzt wurde. Man kann sagen: die Anerkennung des Anspruchs muss dann hinreichen, wenn der Schuldner seine Erfüllungsbereitschaft schon vorher bethätigt hat und es nur an dem klagenden Gläubiger liegt, dass nicht schon erfüllt ist.

Ausserdem kann die Anspruchsanerkennung ohne Erfüllung nicht genügen, um den Kläger mit den Kosten des Verfahrens zu belasten. Denn die blosser Anerkennung des Anspruchs rechtfertigt noch nicht den Schluss, dass die Klage überflüssig war und auch schon der aussergerichtliche Realisirungsversuch zum Ziele geführt hätte. Wie wenn der Beklagte trotz Anerkennung den Anspruch nun nicht erfüllt und der Kläger zur Execution schreiten muss? Ist dann nicht ex post constatirt, dass die Klage nicht überflüssig war und der ausserprocessuale Verwirklichungsversuch fruchtlos gewesen wäre? Aus der Anerkennung des Anspruchs folgt nur, dass der Beklagte auch aussergerichtlich anerkannt, nicht, dass er auch erfüllt hätte. Daher ist zu behaupten: die Kosten des Verfahrens über eine ohne vorausgegangenen Realisirungsversuch angestrengte Klage hat — abgesehen von den vorerwähnten Ausnahmefällen — nur dann der Kläger zu tragen, wenn der Beklagte bis zur Erstattung der Einrede (beziehungsweise in Bagatellsachen bis zum oder am Verhand-

lungstermine über die Klage) den Klageanspruch erfüllt hat.⁵³⁾

Es ist aber hiezu noch des Weiteren erforderlich, dass der Kläger nicht Grund zur Ergreifung des Processweges gehabt. An einem solchen fehlt es vor Allem bei Verzug des Schuldners nicht, gleichviel ob schuldhaften oder schuldlosen. Fließt die Zahlung zum Termin oder innerhalb der Zahlungsfrist nicht ein, so ist die sofortige Klageanstellung ohne frühere Interpellation jedenfalls begründet. Diese Entscheidung folgt von selbst aus der im b. G. B. angenommenen Regel: *dies interpellat pro homine* (b. G. B. §. 1334). Die Klageanstrengung ohne ausserprocessualen Realisierungsversuch muss ferner auch dann immer dem Kläger zu Gute gerechnet werden, wenn für seinen Anspruch Gefahr im Verzug ist, ihm Umstände wenigstens eine solche Gefahr nahelegen. Oder sollte wirklich ein Gläubiger, der auf ein glaubhaftes Gerücht der drohenden Insolvenz seines Schuldners hin wider diesen sofort Klage erhebt, um rasch sich noch Deckung zu schaffen, die Klagekosten zu tragen haben, wenn der Beklagte wider Erwarten den Anspruch erfüllt? Sollte es ihm wirklich auferlegt werden können, zunächst den fernen Schuldner zu interpelliren, die Fruchtlosigkeit des Interpellationsactes abzuwarten und erst dann zur Klage zu greifen?

Es muss ferner nachdrücklichst betont werden, dass es an sich nicht darauf ankommt, ob der Schuldner durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben (wie der R. C. P.

⁵³⁾ Wir haben die obige Erörterung eingehender gepflogen, weil die Frage: ob Anerkennung oder Erfüllung — in dem geltenden österr. Processkostenrechte nicht ausdrücklich entschieden ist und weil sowohl der R. C. P. (§. 89) als der österr. Entwurf (§. 254) der entgegengesetzten Auffassung (der auch Wetzell, §. 46 S. 513, Note 74 beistimmt) Raum geben (Entw.: „Hat der Beklagte zur Erhebung der Klage nicht Veranlassung gegeben und den in der Klage erhobenen Anspruch sofort anerkannt, so fallen dem Kläger die Processkosten zur Last“). Nach dem geltenden Kostenrechte ist die Frage der reinwissenschaftlichen Lösung überlassen; daher der von uns verfochtenen Anschauung kein Gesetzesbedenken entgegensteht. Es wäre aber erwünscht, wenn der Entwurf in diesem Punkte seiner Zwillingschwester — dem R. C. P. — nicht folgte und in seiner Fassung den hier vertretenen Standpunkt zum Ausdruck brächte.

[§. 89] und der österr. Entwurf [§. 254] annehmen), sondern nur ob überhaupt für den Kläger ein, wenn auch vom Beklagten nicht veranlasster Grund zur unmittelbaren Klageerhebung vorlag. Hat z. B. der Gläubiger den entfernten Schuldner brieflich interpellirt, so darf er jedenfalls von der Voraussetzung ausgehen, der Brief sei an seine Adresse gelangt, und dem Unbeantwortetbleiben desselben die Klage folgen lassen. Würde nun aber der Mahnbrief in Verlust gerathen und dem Adressaten nicht zugekommen sein, so hätte der Beklagte zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben und der Kläger doch Grund zur Klage und damit Anspruch auf Ersatz der Kosten.

Des Vorausgehens eines aussergerichtlichen Realisierungsversuchs werden ferner Klagen nicht bedürfen, die aus einer dolos-delictischen Handlungsweise des Beklagten entspringen, weil die Annahme wohl gestattet ist, dass eine absichtliche Rechtsverletzung nicht gutwillig werde reparirt werden.

Demnach können wir formuliren: die Unterwerfung unter die ohne vorprocessualen Realisierungsversuch erhobene Klage hat nur dann Ueberlastung der Kosten des Verfahrens auf den Kläger zur Folge, wenn dieser nicht Grund zur Annahme hatte, Beklagter werde nicht freiwillig dem Anspruche gerecht werden.

Diesem Satz soll sofort sein Gegenstück angefügt werden. Die Kosten des Verfahrens über eine Klage, deren Erhebung der aussergerichtlich interpellirte Beklagte durch Verschweigung seiner Gegenbeweise veranlasst hat und die Kläger nach Enthüllung dieser zurückgenommen, hat der Beklagte zu tragen.

Ein Erbe findet im Nachlass einen Schuldschein. Der gemahnte Schuldner verweigert die Zahlung, behauptet zwar dieselbe schon geleistet zu haben, verschweigt jedoch die in seiner Hand befindliche Quittung oder beruft sich zwar im Allgemeinen auf zur Verfügung stehende Beweise, lehnt jedoch die Production derselben ab. Geklagt, enthüllt er nun erst mit der Einrede seine Beweise. Der Kläger steht sofort von der

Klage ab; hat er die Kosten des Verfahrens zu tragen? So wenig als in dem früheren Fall der Beklagte. Wie dort die aussergerichtliche Anspruchsverfolgung, so würde hier die aussergerichtliche Vertheidigung wider den Anspruch zum Ziele geführt haben. Dort wurde zwecklos geklagt, hier zwecklos klagen gelassen. Auch der Beklagte hat vor Beginn des Processes, was an ihm ist, zu thun, um den Process abzuwenden. Er darf nicht den Klageangriff in gedeckter Fechterstellung erwarten, sicher des Sieges, wenn er mit seinen Waffen die Arena betreten werde. Er darf nicht, will er sich verantwortungsfrei halten, dem mit Grund anforderndem Kläger die diesem unbekanntem, den Nichtbestand des Anspruchs darthuenden Gegenbeweise verhehlen und in dem redlichen Kläger durch eine Erfüllungsweigerung *pur et simple* den Glauben erwecken, er wolle überhaupt nicht leisten. Vielmehr hat er schon der aussergerichtlichen Mahnung seine Defensionsmittel entgegensetzen, um damit der Klage und dem processualen Vertheidigungsaufwand vorzubeugen. Thut er es nicht und documentirt der Kläger durch sofortige Absteherung von der Klage, dass er bei früherer Declarirung der Vertheidigungsmittel überhaupt nicht geklagt hätte, so erweist sich die ganze Procedur als ein vom Beklagten provocirtes nutzloses Scheingefecht, dessen Kosten denn auch nur ihn treffen können.

Und nun noch eine zusammenhängende weitere Frage. Wenn der mit dem Forderungsbestand unbekanntem Interpellat (z. B. ein Erbe) von dem Interpellanten Einsicht oder Namhaftmachung der Beweise begehrt, dieser aber, ohne dem Verlangen zu willfahren, Klage erhebt, Beklagter aber auf die Production der Beweise im Prozesse sich sofort unterwirft, wem sind die Kosten zuzulasten?

Der Fall ist von dem erstbetrachteten insofern verschieden, als der Kläger hier der Klageerhebung einen friedlichen Realisirungsversuch vorgehen liess, ja sogar eine Erfüllungsweigerung des Interpellaten gegeben ist. Dennoch kann seine Entscheidung keine andere sein. Der Kläger hat durch die Verweigerung ausserprocessualer Aufklärung über den Bestand des Anspruchs den Widerstand der Gemahnten und

damit den Klageanlass selbst heraufbeschworen; er konnte jenem und dieser durch den begehrten Aufschluss vorbeugen. Die sofortige Subjection auf die processuale Production der Anspruchsbelege hin gestattet einen Rückschluss auf ein gleiches Verhalten des Beklagten bei vorprocessualer Aufklärung über den Forderungsbestand.⁵⁴⁾

Den übermüthigen Processführer, der, seines Erfolges sicher, den über die wirkliche Rechtslage schuldlos irrenden Gegner nur durch die Entfaltung des kostspieligen Processapparates überzeugen will, wird kein gesundes Rechtsgefühl mit den Kosten des Verfahrens verschonen.

Unter der Herrschaft des Schuldprincipes lag schon in diesem der Impuls zur aussergerichtlichen Aufklärung des irrenden Gegners; der Processkostenersatz konnte nur dadurch gesichert werden, dass vor dem Streitbeginn der Irrthum des Gegners behoben oder ihm doch die Excusabilität benommen wurde. Das Schuldprincip war insofern eine natürliche Schranke wider nutzlose Prozesse, deren Zweck ebensogut ausserprocessual erreicht werden konnte; die Gefahr der „Kostencompensation“ trieb den berechtigten Theil von selbst an, erst äusserstenfalls es zum Prozesse kommen zu lassen und früher jedmöglichen entschuldbaren Streitvorwand dem Gegner vorwegzunehmen. Was nunmehr unter dem absoluten Princip noch Schutz gegen zwecklose Prozesse gewähren kann, ist lediglich die strenge Durchführung des nach wie vor geltenden Grundsatzes, dass, wenn das Verhalten des Besiegten den Schluss verstattet, der Sieger hätte bei loyaler Bekanntgabe seiner Anspruchs-, beziehungsweise Vertheidigungsgründe sein Ziel auch auf kostenlosem friedlichen Wege erreicht, dieser mit den Kosten des Verfahrens belegt werde. Darin liegt eine nicht gering anzuschlagende Milderung des absoluten Ersatzprincipes, eine Wehr gegen rücksichtslose Processprovocationen eines rechtsbewussten Siegers gegen einen über Thatsachen und Beweise in schuldloser

⁵⁴⁾ Der Fall passt nicht in den Wortlaut des §. 254 Entw. (§. 89 d. R. C. P.) und ist doch gleich zu entscheiden. Er ist ein eclatanter Beleg, dass nach Umständen der Beklagte zur Klage wirklich Veranlassung gegeben, ja geradezu die Erfüllung verweigert haben mag, und dennoch der Kläger die Processkosten zu tragen hat.

Unkenntniss stehenden Gegner. Der Process kann und darf kein Krieg ohne Ultimatum, kein Ueberfall aus dem Hinterhalte dem Gegner unbekannter Thatsachen und Beweise, er soll das Mittel sein, bei zweifelhafter Rechtslage das Recht zu finden und den wider Recht sich auflehnen Willen unter das Recht zu beugen. Wie nur bis zu einem gewissen Punkte Selbsthilfe geübt werden darf, so soll auch nur von einem gewissen Punkte ab die gerichtliche Hilfe angerufen werden.

2. Es kann aber ferner der siegende Streittheil zwar nicht durch die Processprovocation, wohl aber durch die Art und Weise der Processführung seinen Processaufwand nutz- und zwecklos vergrössert haben. Die in dem Gesetze vorgezeichnete Form des Verfahrens ist ja nur der dehnbare äusserliche Rahmen, innerhalb dessen sich das processuale Handeln der Partei zu bewegen hat und den sie mit einem unbegrenzten Materiale füllen kann. Gibt es eine Grenze für ihr thatsächliches Vorbringen und ihre Rechtsausführungen? Kann nicht in einem Bogen zusammengefasst werden, was auf 20 und mehr verdünnt ist? Kann nicht ein Rechtsgedanke in x facher Weise variirt und wieder variirt, zur Sache gar nicht oder doch nur äusserlich Gehörendes vorgebracht werden? Können nicht Zeugenbeweise angeboten, die sich bei der Abführung als erfolglos ergeben, wissentlich wahre Thatsachen widersprochen und damit ein kostbilliger Beweis provocirt, Einreden, die schliesslich nicht stichhalten, vorgeschützt, Termine und Fristen zahllose Male erstreckt werden — und dies Alles von Seiten des Siegers? Nicht in dem absoluten Ersatzprincip, in dieser Expansibilität des Processaufwandes des siegenden Theiles liegt die Gefahr einer ungebührlichen Härte wider den Besiegten. Und es ist nicht der geringste Mangel des schriftlichen Verfahrens, dass das Parteinvorbringen sich in demselben der restringirenden Disciplinirung durch den Richter so gut wie ganz entzieht und dem oft eine einfache Streitsache zu einem Foliobande anschwellenden Schreibeifer der Parteienanwälte kein Damm entgegensteht. Und fragt man sich nach dem Grunde dieser masslosen Schreibelust, die das Einfache complicirt, das Disparateste verquickt, Wesentliches und Unwesentliches ver-

mennt, principiell jede gegnerische Angabe widerspricht und sich in end-, saft- und kraftlosen Wiederholungen ergeht, so kann man ihn leider nur in dem Bestreben, den anwaltlichen „Verdienst“ aus dem Prozesse zu steigern, erblicken. Der Anwaltsprocess ist zugleich Erwerbsquelle.

Welche zeitraubende Mühe legt diese Processmethode dem entscheidenden Richter auf! Bis er sich durch das ins Ungeheuerliche angeschwollene Satzschriftenconvolut hindurchgearbeitet, das Wesentliche vom Irrelevanten gesichtet, was widersprochen, nicht widersprochen, was ausdrücklich zugestanden, zusammengelesen und den Streitfall aus der Umklammerung des Ueberflüssigen, des blos Wiederholten etc. losgeschält! — ein wahrer Passionsweg! — in dessen Windungen dem Richter nur zu leicht der leitende Gedanke abhanden kömmt und sein klares Urtheil in der Sache getrübt wird. Es darf aber andererseits den Gerichten der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass sie an der charakterisirten Processmethode auch ihr gut Theil Schuld treffe, durch die vielfach ganz mechanische Art, mit der sie bei der Kostenbestimmung vorgehen. Darf es Wunder nehmen, dass die Satzschriften in's Masslose anwachsen, wenn ihr Werth nach der Bogenzahl bemessen wird, wenn eine in wenige Bogen concentrirte geistige Arbeit Gefahr läuft, unverhältnissmässig niedriger taxirt zu werden, als wenn dieselbe Arbeit in breiter Verdünnung geboten wird?

Der bezeichneten Processmethode kann nur durch die Kostenbestimmung der Krieg erklärt werden, mit welcher sie in ursächlichem Zusammenhange steht. Man bemesse das Honorar einer sachgemässen, concentrirten geistigen Arbeit nicht mit Krämerelle, aber gebe auch der Missbilligung über nutzlose Wiederholungen, platte und endlose Rechtsdeductionen und nebensächliches Redewerk, in einer erheblichen Reduction des angesetzten Palmars, sowie in den Urtheilsgründen⁵⁵⁾

⁵⁵⁾ Die Praxis pflegt sich über das Kostenjudicat mit der blossen Hinweisung auf das Gesetz zu begnügen. Die ständige Formel ist: „Die Entscheidung über die Processkosten ist durch das Gesetz vom 16. Mai 1874 Nr. 69 R. G. B. begründet.“ Eine Motivirung des festgesetzten Kostenmasses ist nicht üblich, selbst wenn die von dem Anwalt verzeichneten Ansätze erheblich

unverhohlenen Ausdruck und die Wirkung wird nicht ausbleiben. Die Kostenbestimmung hat im schriftlichen Verfahren zugleich die Function eines Disciplinarmittels.

3. Im Anschlusse an das Gesagte soll nun noch Einzelnem insbesondere ein Wort gewidmet werden. Eine vornehmliche Ursache der Mehrung der Processkosten sind im mündlichen und summarischen Verfahren die zahllosen einverständlichen Tagsatzungserstreckungen durch die Parteienvertreter, zu welchen freilich auch die Patronanz des Instructionsrichters kein Weniges beiträgt.⁵⁶⁾ 3—4 Erstreckungen bis zur Erstattung der nächsten Rede, 12—16 bis zum Schluss des Instructionsstadiums gehört nicht zum Ungewöhnlichen. Rechnet man den Termin (Protokollstempel, Wagen, Zeitversäumniss, Mühewaltung des Anwalts) mit auch nur 2 fl., so hat die besiegte Partei blos an Kosten für Terminerstreckungen rund 30 fl. an die siegreiche Partei und ebensoviel ausserdem an ihren Anwalt, zusammen daher blos an Erstreckungskosten 60 fl. zu bezahlen, und das vielleicht bei einem Klagepunctum von gleicher Höhe. Es ist ein Gebot der Gerechtigkeit und Billigkeit, die besiegte Partei vor solchen überflüssigen Terminmultiplicationen durch Ausscheidung der bezüglichen Kostenansätze zu schützen, aber freilich ist noch weiters erforderlich, dass der Instructionsrichter nicht wie gemeinhin zu denselben Pathe stehe.

Kann es aber in dem Berufe des Richters liegen, eine durch die Zustimmung der besiegten Partei bereits sanctionirte Erstreckung noch auf ihre Nothwendigkeit und Zweckmässigkeit zu prüfen und so gewissermassen die Partei gegen sich selbst in Schutz zu nehmen? Man wird unterscheiden müssen,

reducirt werden. Der Anwalt, sowie der Richter der Rechtsmittelinstanz, bleibt daher über das „warum“ der Reduction vollständig im Dunklen. Die Kostenbestimmung wird dadurch zu einem in seinen Gründen uncontrolirbaren Act souveränen richterlichen Ermessens. — Vgl. zu dem Texte noch §§. 417, 426, 427, A. G. O. Hofd. v. 25. Oct. 1784 Nr. 356 J. G. S. *lit. b*; u. v. 24. Nov. 1785 Nr. 497 J. G. S. *lit. c*.

⁵⁶⁾ Es hängen diese zahllosen Terminprorogationen freilich mit dem zwar gesetzlich verpönten (Hofd. v. 25. November 1839, Z. 5779), aber doch durchwegs tolerirten Usus zusammen, dass, wenn Anwälte interveniren, nicht der Richter die Parteireden protokollirt, sondern jene. Die vom Anwalt in Protokollform concipirte Rede wird bei Gericht eingelegt und durch die Signatur des Richters einfach zum Gerichtsprotokoll erklärt.

ob seinerzeit dem Besiegten oder dem Sieger die Erstreckung verwilligt ward. Im ersteren Fall können die Erstreckungskosten dem Sieger wohl nicht aberkannt werden, da nicht ihn, sondern den Besiegten, der die Erstreckung veranlasste⁵⁷⁾, wegen derselben der Vorwurf trifft und dem Sieger nicht zur Last gelegt werden kann, einen vom Gegner gewollten Aufwand nicht vermieden zu haben. Das hiesse ihm auferlegen, den Gegner gegen sich selbst zu schützen. Anders im zweiten Falle. Hier gab der Sieger den Anstoss zur verschleppenden Erstreckung. Die Zustimmung des Gegners purgirt diesen Vorwurf nicht; sie vermag den überflüssigen Prorogationsact nicht zu einem nothwendigen, die bezüglichen Kosten des Siegers nicht zu unvermeidlichen (zweckentsprechenden) umzugestalten. Die Kosten von einverständlichen Terminerstreckungen, zu denen der Sieger den Anstoss gab, sind daher nur dann zu adjudiciren, wenn angenommen werden kann, die Erstreckung sei durch die Umstände geboten gewesen und hätte auch bei Opposition des Besiegten durch den Richter bewilligt werden müssen. Nach dem herrschenden Rechtszustande hat es daher der Richter nur halb in der Hand⁵⁸⁾, zwecklosen Erstreckungen durch Unterdrückung der bezüglichen Kostenansätze entgegenzuwirken. Würde dieses Ziel nicht viel besser und einfacher durch die naturgemässe Bestimmung erreicht werden können, dass die Kosten einverständlich erstreckter Termine als gegenseitig aufgehoben gelten sollen?⁵⁹⁾

4. Eine Weiterung des Kostenaufwandes kann ferner durch Zuziehung eines Advokaten in Processen ohne Anwaltszwang verursacht werden. Es fehlt nicht an der Auffassung

⁵⁷⁾ D. i. sie seinerzeit vom Gegner begehrte, was von allen Erstreckungen supponirt werden kann, die einer vom Besiegten erstatteten Processrede vorher gehen.

⁵⁸⁾ Man könnte zwar versucht sein, die Hofd. v. 22. März 1784 Nr. 264 und vom 6. Juli 1787 Nr. 689 J. G. S., die den Richter ermächtigen, der processverschleppenden Ertheilung von Conventionalfristen durch Herabsetzung des Advokatenverdienstes entgegenzuwirken, analog auch auf conventionale Terminerstreckungen auszudehnen; allein die Verfügung der cit. Hofd. ist offenbar etwas ganz Singuläres, dessen analoge Erweiterung nicht zulässig erscheint.

⁵⁹⁾ Es würde sich gewiss empfehlen, eine solche Anordnung in den öst. C.-P.-Entw. aufzunehmen.

in der Praxis ⁶⁰⁾, dass ein solcher Mehraufwand als zwecklos und unnothwendig nicht zuzuliquidiren sei. Ob in dieser Anschauung nicht etwas Verletzendes gegen den Stand selbst, dieser zweiten Säule der Rechtspflege, liege, soll hier nicht untersucht werden; sicherlich ist sie aber unrichtig. Ist es auch nicht Pflicht, so ist es doch Recht der Partei, sich eines Rechtsbeistandes zu bedienen, und es heisst einen vom Gesetze gewiss nicht intendirten ⁶¹⁾ indirecten Zwang zur Selbstvertretung, mithin zur Anwaltsausschliessung üben, wenn der mit der Anwaltsintervention verbundene Mehraufwand aberkannt wird. Die Frage der Nothwendigkeit oder Zweckmässigkeit der Rechtsbeistandschaft ist überhaupt gar nicht aufzuwerfen; sie ist nach dem Geiste unserer Gesetze für alle Fälle als nicht un Zweckmässig zu supponiren. ⁶²⁾ ⁶³⁾

⁶⁰⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 998, wo die Kosten aus der Beiziehung eines Advokaten im summarischen Verfahren nicht zugesprochen wurden, weil diese Beiziehung nicht gesetzlich nothwendig sei. Anders jedoch G. U. W. Nr. 1911, wo die Mehrkosten adjudicirt werden, weil die Beiziehung gesetzlich zulässig sei. Ebenso Nr. 2913 (Besitzstörungsverfahren). — Borst: Ueber Erstattung der Processkosten S. 60 leitet aus der Vernunft ab, dass, wenn die Gesetze nicht die Beiziehung eines Anwalts vorschreiben, die Advokatengebühr nicht zuzubilligen sei. Auf rationalistischem (?) Wege kommt er auch (S. 64) zu dem Resultate, dass den Advokaten für ihre Satzschriften nur so viel zuerkannt werden dürfe, als die Erstattung ihres Inhalts zu Protokoll gekostet hätte. — Die Zubilligung der Mehrkosten aus der Beiziehung eines Anwalts stellt in das Ermessen des Richters auch Endemann 511.

⁶¹⁾ Vgl. z. B. die Ausdrucksweise §. 8. Sum. Verf.: „Im summarischen Verfahren steht . . . den streitenden Parteien frei, sich eines Advokaten zu bedienen oder nicht.“ Aehnlich §. 9. Ges. über das Bag.-Verf. — Uebereinstimmend Menger, Grünhut's Zeitschr. VII. 660 u. Note 24.

⁶²⁾ Vergl. die vorige Note. Dagegen sind die Mehrkosten aus der Zuziehung eines fernem Advokaten, wo ein näher domizilirender zur Verfügung stand, allerdings abzusprechen. Vgl. G. U. W. Nr. 768 (wo die Kosten eines von ferne her zu einer Tagfahrt entsandten Advokaten nicht zuerkannt wurden). Aehnlich Nr. 1218 (wo unnöthig ein Vertreter zu einer Execution von Wien nach Graz gesandt wurde).

⁶³⁾ Der österr. Entwurf hat diesen, wie ich glaube, traditionellen Standpunkt des österr. Processrechts verlassen. §. 252 Abs. 2 stellt es dem richterlichen Ermessen anheim, Kosten, welche durch die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Verfahren vor Bezirksgerichten entstanden, zuzubilligen oder nicht. Da der Entwurf nicht unterscheidet, so sind unter dem Ausdruck Bevollmächtigte jedenfalls auch Advokaten mitbegriffen. Also über 300 fl. (Verfahren vor den Landesgerichten

5. Kann die Partei auch für ihre persönliche Mühewaltung eine Vergütung in den Processkosten ansprechen? Wir haben keine bezügliche Bestimmung in dem geltenden Processkostenrechte, doch kann die verneinende Beantwortung der Frage nicht zweifelhaft sein. Nur ein der obsiegenden Partei aus dem Prozesse erwachsener directer oder indirecter Vermögensschaden

§. 22 Entw.) Advokaten-Zwang (§. 100), unter 300 fl. nur Zulässigkeit eines Advokaten, dafern es der Bezirksrichter gut befindet. Ich halte diese Bestimmung weder für consequent noch dem Ansehen und der Würde des Advokatenstandes zuträglich. Indem der Entwurf den Bezirksrichter anweist, bei der Kostenbestimmung zu prüfen, ob die Beiziehung des Rechtsbeistandes nothwendig war, unterwirft er die Vertretungsbefugniss der Landadvokaten dem Gutdünken des Bezirksrichters. Die Bestimmung erscheint um so bedenklicher, als der Entwurf durch die Einschränkung der Jurisdiction der Bezirksgerichte auf Ansprüche bis zu 300 fl. *eo ipso* den Wirkungskreis der Landadvokaten empfindlich trifft. Für Parteien vom Lande wird es minder kostspielig sein, die Vertretung ihrer Prozesse vor den Landesgerichten an Advokaten an dessen Spitze zu übertragen, da die mündliche Verhandlung die Gegenwart des Vertreters erfordert. Der Landadvokat muss an den Sitz des Landesgerichts reisen und bei Terminerstreckungen vielleicht mehrmals: welche Kostenquelle! Die Parteien werden sich daher an die billigeren Advokaten am Sitze des Landesgerichts wenden. Es ist wohl nicht gewagt zu behaupten, dass nach dem Entwurf der Wirkungskreis des Landadvokaten auf die beschränkte Jurisdictionssphäre der Bezirksgerichte werde eingeengt sein. Stellt man nun auch noch in dieser die Honorirung seiner Intervention in das richterliche Gutbefinden, so scheint mir nach dem Entwurf die Landadvokatie überhaupt der Bedingungen ihres Bestandes zu entbehren. Hingegen bestimmt die R. C. P. O. (§. 87 Abs. 2): „die Gebühren und Anlagen des Rechtsanwaltes der obsiegenden Partei sind in allen Processen zu erstatten.“ Ich halte die Reception dieser durchaus angemessenen Anordnung in dem Entwurf für geboten. Es ist überhaupt der Partei nicht von vorneherein die Beurtheilung zuzumuthen, dass sie auch ohne Rechtsbeistand ihren Process werde zum Besten zu führen vermögen. Einem dem Volksbewusstsein längst entwachsenen Rechte und dem Grundsatz gegenüber, dass mit Rechtsunkenntniss sich Niemand entschuldigen könne, darf die Anrufung eines Rechtsbeistandes nicht mit einem Kostenopfer gehandelt werden. — Auf dem Standpunkte der R. C. P. O. stand Bayern, Art. 106 und Württemberg, Art. 147; auf dem des Entwurfes die bad. P. O., §. 171 (dazu v. Frey dorf S. 494). — Dagegen sind die durch Intervention anderer processualischer Vertreter, denn Advokaten, hervorgerufenen Mehrkosten nach Umständen allerdings auszuscheiden. Doch ist es zu weit, wenn Manche wie Menger, Grünhut's Zeitschr. VII. 660, sie schlechterdings nie berücksichtigt haben wollen, während doch auch die Bestellung eines solchen Bevollmächtigten sich gegebenen Falls als durchaus zweckmässig und durch die Umstände geboten darstellen kann.

ist ihr in den Processkosten zu vergüten. Dahin gehört allerdings der Schaden aus Zeitversäumniss, aber nicht die aufgewendete Mühe, die sich als inästimabel der richterlichen Schätzung entzieht, dafern sie nicht einen Vermögensnachtheil aus Zeitversäumniss implicirt.⁶⁴⁾ Nicht eine pekuniäre Genugthuung für gehabte Mühen, Sorgen und Plackereien, lediglich Ersatz pekuniären Schadens soll die Kostenerstattung sein. Jener immaterielle Müheaufwand ist der ideale Tribut und Einsatz, der als Preis des Rechtskampfes unter allen Umständen zu entrichten ist. Auch die geistige Arbeit der Partei an sich ist nicht zu äquivaliren; sie mag ihre Sache selbst, trefflich wie ein Anwalt, führen, ihre in dem Prozesse verwertheten Kenntnisse, ihre ganze auf den Process aufgewendete geistige Thätigkeit darf in den Processkosten nicht veranschlagt werden. Es kann daher z. B. einem für das Richteramt Geprüften, der in einem schriftlichen Prozesse sich selbst vertritt (Hofd. v. 29. Jänner 1813 Nr. 1028 J.-G.-S.), ein Honorar für die erstatteten Processreden nicht zuliquidirt werden.

Auch nicht dem Advokaten, der sich selbst vertritt? Bei diesem liegt der Fall anders. Die Selbstvertretung entzieht ihn der Parteienvertretung, seinem Berufserwerbe; sie bewirkt daher einen Verdienstentgang durch Zeitversäumniss. Aus diesem Gesichtspunkte ist sie zu honoriren. Es muss angenommen werden, dass der Advokat sich das zugebilligte Honorar ohne den eigenen Process in fremder Vertretung erworben hätte.⁶⁵⁾

Der Entwurf (§. 252 Abs. 3) spricht ausdrücklich aus, dass persönliche Bemühungen der Partei nicht zu vergüten seien. Obwohl dies schon aus dem Begriff der Processkosten als reinen Vermögensschadens folgt, so ist die besondere Hervorhebung doch darum zu billigen, weil in der Praxis die Honorirung der Parteibemühung, ihrer aufgewendeten geistigen Arbeit, gang und gäbe ist und die klare Vorstellung mangelt, dass dies nur so weit zulässig sei, als die Parteibemühung einen Schaden durch Zeitversäumniss birgt.

⁶⁴⁾ Daher unrichtig oder ungenau Menger, wenn er Grünhut's Zeitschr. VII. 660 *in fin.* lehrt, die Partei könne Ersatz für ihre Mühewaltung verlangen.

⁶⁵⁾ §§. 404 A. 535 W. G. O. billigt daher mit Recht dem Advokaten als Processpartei das Honorar zu.

§. 22.

Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz. Das Erstattungsrequisit der Zweckmässigkeit des Processkostenaufwandes.

Die Frage ist: wie beschaffen muss die Processhandlung sein, um die daran gewendeten Kosten als zweckmässige bezeichnen zu können? Die Frage ist offen⁶⁶⁾; es wird nicht unmöglich sein, ihr eine Antwort zu gewinnen.

Gesetzt, der Beklagte habe dem Anspruch mehrere Einreden entgegengestellt: mit der einen dringt er durch, mit der anderen fällt er durch. Ist ihm auch der auf letztere gemachte (vielleicht den vornehmlichen Theil seiner Kosten bildende) Aufwand zu ersetzen? Objectiv genommen, war sie zwecklos, weil erfolglos; es könnte demnach scheinen, Beklagter habe trotz seines Obsiegens diesen Theil seines Aufwandes auf eigener Schulter zu behalten.

Nichts wäre verkehrter, als eine solche das Erstattungsrequisit der Zweckgemässheit lediglich nach dem Erfolg beurtheilende Auffassung. Man wäge nur die Lage der Partei im Prozesse: sie steht unter dem Drucke eines civilistischen Nothstandes; denn das Schicksal des strittigen Rechtes entscheidet sich unwiderrufflich in dem anhängenden Streite. Was natürlicher, als dass sie das Aeusserste anbietet, um den Erfolg auf ihre Seite zu ziehen; dass sie das ihrem Standpunkt nur irgend günstig sein Könnende vorführt. Thut es der eine Anspruchsgrund oder Einwand nicht, so vielleicht doch der zweite, der dritte. Es ist eine combinirte Angriffs- (Vertheidigungs-) Action mit neben- und hintereinander gestellten Geschützen, die eine Gesamtwirkung erzeugen oder nacheinander in Dienst treten sollen. Ein gewisser Spielraum, innerhalb dessen sich die Processaction ohne Verantwortung bewegen kann, muss der Partei eingeräumt und für einen gelegentlichen Fehl- oder -Schuss über das Ziel muss der Sieger bis zu einer gewissen Grenze ebenso exculpirt sein, als wer im Zwangsstande der Nothwehr das richtige Abwehrmass überschreitet.

Welche ist nun diese Grenze? Damit die Kosten eines erfolglos gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels

⁶⁶⁾ Nicht unberührt: Endemann, der deutsche Process, S. 392 princ.

zugebilligt werden können, muss sich die (siegreiche) Partei über den Erfolg desselben in gutem Glauben befunden haben. Alles kommt jedoch auf den Inhalt dieses guten Glaubens an. Dieser muss nicht Ueberzeugtsein vom Erfolge, sondern nur Nichtüberzeugtsein vom Misserfolge sein⁶⁷⁾ d. h. die Gründe *pro* brauchen die Gründe *contra* nicht zu überwiegen; Zweifelhaftigkeit des Erfolges entschuldigt.⁶⁸⁾

Dem Ausgeführten zufolge ist es zu eng, wenn die Process-Novelle (§. 24, ebenso die R. C. P. O. §. 87 und der Entwurf §. 252) formulirt, die „zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (Vertheidigung) nothwendigen“ Kosten seien zu ersetzen, während doch auch die Kosten jener Angriffs- (Vertheidigungs-) Acte, die, weil erfolglos, zwecklos sind, aber (nicht ohne Grund) für zweckmässig gehalten werden, stets dem Obsieger zu erstatten kommen.

§. 23.

Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz.

In doppelter Weise kann der Process von der einen zum Nachtheil der anderen Partei missbraucht werden. Die eine ist, dass man bewusst einen Process wider Recht führt, die andere, dass man im Laufe des Verfahrens in einzelnen Beziehungen grundlos Processhandlungen unternimmt und provocirt, durch welche der eigene wie der gegnerische Processaufwand unnöthig vergrössert wird. Auch der schliessliche Sieger kann sich dieser partiellen Chicane schuldig machen, dem verhassten Gegner ein recht empfindliches Kostenopfer zu bereiten. Er bestreitet eine wahre vom Gegner angeführte Thatsache und nöthigt ihm damit einen mit Kosten verbundenen Beweis auf. Er behauptet selbst Thatsachen, die sich durch die geführten Beweise nicht bestätigen. Er stellt processualische Anträge, die den Widerspruch des Gegners erregen und vom Richter als unbegründet zurückgewiesen werden u. s. w.

⁶⁷⁾ Mit dieser negativen *bona fides* wird der im Text verfochtene weitere Spielraum für das Parteivorbringen im Process gewonnen.

⁶⁸⁾ Ob der Irrthum, auf dem der gute Glaube fusst, ein That- oder Rechtsirrtum, ist gleichviel; auch letzterer wird entschuldigt (a. b. G. §§. 326, 1431; dazu: Pfaff-Hoffmann Commentar I. 1. 155).

Dass nun der Aufwand auf solche chicanöse, grundlose, überflüssige processualische Handlungen dem Sieger nicht zuerkannt werden könne und bei der Kostenliquidirung zu eliminiren sei, leuchtet von selbst ein und wurde bereits an früherer Stelle (§. 22) betont. Eine andere Frage ist aber, ob nicht vielmehr in solchen Fällen der Sieger zum Ersatz der durch sein zweckloses, processualisches Verhalten in der bestimmten Beziehung dem Gegner verursachten Kosten zu verhalten sei.

Bei Beantwortung dieser Frage wollen wir zunächst den Fall betrachten, wo ein im Verlaufe des Verfahrens gestellter processualischer Antrag einen Incidenzstreit provocirte; diesem nach sodann den andern, wo die grundlose, kostenmehrende Processhandlung unabgeschieden in den Hauptprocess eingesprengt ist.

Die Regulirung des Kostenpunktes in Nebenstreiten.

§. 24.

Im Allgemeinen.

Ein Incidenzstreit im Prozesse ist gegeben, wenn über einen processualischen Antrag sich ein selbständiges, vom Hauptprocess abhebendes contradictorisches Neben- (Zwischen-) Verfahren entspinnt, über welches sofort entschieden wird. Schon nach der Gerichtsordnung war über den Kostenpunkt in Nebenstreiten zugleich mit der Incidenzentscheidung und ohne Rücksicht auf den Erfolg in der Hauptsache nach den allgemeinen Ersatzgrundsätzen zu erkennen⁶⁹⁾ und von der Eliminirung des Schuldmomentes als Erstattungsrequisites abgesehen, hat die Processnovelle diesen Grundsatz unberührt gelassen.⁷⁰⁾

Doch ist in Ansehung des Masses der dem Obsieger zu adjudicirenden Incidenzkosten die Stellung des Impetraten und Impetranten nicht immer eine völlig gleiche. Dem obsiegenden Ersteren sind stets alle durch den Zwischenconflict verursachten Kosten zu ersetzen, nicht immer auch dem obsiegenden Letzteren.

⁶⁹⁾ §§. 401 a. 532 W. G. O.

⁷⁰⁾ So richtig G. U. W. 5604.

In Betreff der Kosten dieses müssen meines Erachtens diejenigen, welche mit dem processualischen Zwischenantrage (z. B. auf Legung von Neuerungen) nothwendig oder doch naturgemäss d. i. nicht zufolge grundlosen gegnerischen Widerspruchs verbunden sind (wie die Kosten des Legungsgesuches, des darüber abgehaltenen Termins und der etwa vom Gegner begehrten Ablegung des Calumnieneides) — von den aus grundlosem gegnerischen Widerspruch hervorgegangenen geschieden werden. Nur letztere sind sofort zu adjudiciren; erstere sind Kosten der Hauptsache und dem Kostenspruche in dieser vorzubehalten. Unzweifelhaft können die Kosten des Legungsgesuches und des darüber gepflogenen Termines kein Gegenstand sofortigen Zuspruchs sein, wenn der Impetrat der Legung zustimmt⁷¹⁾; sie können es also auch nicht (nach rückwärts) werden, wenn er ihr im Termin opponirt. Das Schicksal der Kosten des Legungsantrages (Gesuches) müssen aber auch theilen die Kosten des sich daranschliessenden Beweis- (Bescheinigungs-) Verfahrens. Das bedingende Band, das Antrag und Beweis umschlingt, zwingt offenbar zu gleicher Behandlung der Kosten beider Processacte. In der Praxis pflegt man die berührte Distinction nicht zu machen⁷²⁾; man spricht dem siegreichen Impetranten stets die gesammten mit dem Zwischenverfahren zusammenhängenden Kosten zu.⁷³⁾

⁷¹⁾ Der entgegengesetzte Standpunkt in G. U. W. Nr. 7499 entbehrt jedes inneren Haltes. Von demselben aus motivirt auch G. U. W. Nr. 6542 eine in der Sache richtige Entscheidung. (Vgl. auch §. 25, Note 77.) Der processualische Zwischenantrag, dem die Gegenpartei sich nicht widersetzt, ist im Kostenpunkte nicht einer Klage gleich zu behandeln, der sich Beklagter unterwirft; offenbar ging die gerügte Praxis aus dieser falschen Analogisirung hervor. Der Unterschied beider Fälle ist aber offensichtlich: die Kosten der anerkannten Klage werden, wiewohl kein Streit vorliegt, zugesprochen, weil in der Sache selbst entschieden wird, während die Kosten eines Incidenzpunktes nur sofort zusprechbar sind, sofern und soweit sie durch Widerspruch gegen den Antrag erregt sind. Darüber hinaus sind sie nothwendige Betriebskosten der Hauptsache und ist daher nur mit dieser über sie zu entscheiden.

⁷²⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 7499.

⁷³⁾ Man könnte einwenden, der §. 401 A. G. O. wisse von einer Kostenscheidung wie der im Texte verfochtenen nichts, woher also die Ermächtigung dazu? Allein §. 401 fusst noch auf dem Schuldprincip; nach ihm hatte der im Incidenzstreit besiegte Impetrat dem Gegner nur die schuldhaft verursachten

Wie am Schlusse des Hauptprocesses haben auch am Schlusse des Nebenstreites die Parteien bei sonstiger Präclusion ihre Kosten zu liquidiren. Die Präclusion tritt mit Fällung der Incidenzentscheidung ein: die Nachholung der Kostenliquidirung in und mit den Kosten des Hauptprocesses ist (regelmässig) nicht mehr zulässig.⁷⁴⁾

Ist der Sieger im Incidenzprocesse Beklagter im Hauptprocesse, so kann er die adjudicirten Zwischenkosten dem Klageanspruche *compensando* entgegensetzen.⁷⁵⁾ Er kann dies im Laufe des Vorbringungsverfahrens ausdrücklich oder bei Einlegung des Kostenverzeichnisses durch Mitverzeichnung derselben thun. Sie sind sodann den Kosten des (in der Hauptsache) siegreichen Gegners, eventuell dessen Hauptanspruche abzuschlagen. Natürlich steht es auch dem Kläger frei, in ähnlicher Weise zuerkannte Zwischenkosten wider Kosten des Gegners zur Aufrechnung zu bringen.

Dieser allgemeinen Vorbemerkung wollen wir eine kurze Betrachtung über die Regulirung des Kostenpunktes in einigen bestimmten Incidenzstreiten anschliessen.

§. 25.

Kosten des Incidenzstreites über Bestellung der actorischen Caution.

1. Die Praxis hat der actorischen Caution den Charakter einer Processvoraussetzung (§. 406 A. G. O.) genommen. Auch

Kosten zu ersetzen. Nun kann aber gerade von jenen Kosten des Impetranten, die wir als Hauptprocesskosten reclamirt haben, regelmässig nicht gesagt werden, sie seien schuldhaft erregt (wie die Kosten des Incidenzantrages selbst und des Erweises seiner Voraussetzungen). Solche Kosten waren daher „in dem Spruche, der in dem Nebenstreite ergeht“, schon nach der A. G. O. nicht dem succumbirenden Imploraten aufzulegen d. i. sie waren auszuscheiden und dem Kostenspruch in der Hauptsache zu reserviren. Die Proc.-Nov. hat hieran nichts geändert: denn welche von den Kosten eines Incidenzstreites der Hauptsache vorzubehalten seien, über welche hingegen sofort zu judiciren, ist eine Frage des Causalzusammenhanges, nicht des Ersatzprincipes.

⁷⁴⁾ Diese Präclusion ist zwar für Kosten in Nebenstreiten nicht insbesondere ausgesprochen, ergibt sich aber aus §. 401 im Zusammenhalt mit §. 403 A. G. O. und mit Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 J. G. S. Vgl. auch §. 424 A. G. O. und unten §. 47 Z. 1.

⁷⁵⁾ Es scheint ebenso zweckmässig als bedenkenlos, den durch den Process erzeugten connexen Gegenanspruch im Processe aufrechnen zu dürfen.

ohne dass der Kläger zugleich mit der Klage dem Beklagten „annehmliche Sicherheit für die Gerichtskosten“ bestellt oder sich zum Paupertätseid erbiethet, wird das Verfahren *ex primo decreto* eingeleitet. Erst über Initiative des Beklagten wird über Ob und Höhe der Cautionsleistung in einem Termine verhandelt. Die Erledigung dieses einmal beregten Incidenzpunktes stellt sich in der Regel als Nebenstreit dar. Aber auch wenn der Kläger sich im Termine ohne Widerspruch dem Cautionsbegehren in der angesprochenen Höhe unterwirft und es zu einem Streit nicht kommt, hat er dem Beklagten die Kosten dieses Incidenzpunktes zu erstatten. Denn er hat durch die Ausserachtlassung der gesetzlichen Pflicht, die Cautionsbestellung mit der Klage zu verbinden, schuldhafter Weise den Incidenzpunkt provocirt und damit dem Beklagten in dem damit verknüpften Aufwand einen Schaden verursacht, den er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§§. 1294, 1295 a. b. G. B.) zu ersetzen hat. Er hat daher diesen Schaden nicht als im Streite Besiegter — denn ein solcher war gar nicht entsponnen — sondern als Beschädiger durch Unterlassung eines rechtlich gebotenen Thuns (vgl. §. 1294 *princ.* und §. 1295 *in fin.* mit §. 406 A. G. O.) zu verantworten.⁷⁶⁾

Dem gegenüber könnte sich vom Kläger nicht darauf berufen werden, das Gericht versire in einem Widerspruch mit sich, wenn es einestheils den *usus contra legem* tolerire, im Kostenpunkt dann doch wieder als pflichtwidrige Unterlassung behandle. Denn dieser *usus* behebt nicht die Pflicht zur, sondern ignorirt nur die auf die Unterlassung gleichzeitiger Cautionsbestellung mit der Klage gesetzte Sanction: Abweisung der Klage wie angebracht. Er hat die Anordnung des §. 406 A. G. O. zu einer *lex minus quam perfecta* herabgedrückt.⁷⁷⁾

⁷⁶⁾ Wir werden nach unten des Näheren auszuführen haben, dass, inso weit ein Streittheil dem anderen in der einen oder andern Richtung im Laufe des Verfahrens zwecklos und schuldhaft einen Aufwand verursacht, jener diesem erstattungspflichtig werde.

⁷⁷⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 6542, wo die 2. und 3. Instanz übereinstimmend gegen die erste dem Beklagten die Kosten des Incidenzpunktes wegen Bestellung der Caution, obwohl es wegen sofortiger Submission des Klägers zu keiner Streitverhandlung kam, dennoch zuerkannte, freilich aus völlig haltloser

2. Wenn der Kläger bei der Incidenzverhandlung über die actorische Caution zwar nicht seine Cautionspflicht, wohl aber die Angemessenheit der angesprochenen Cautionshöhe bestreitet, so wirft sich die weitere Frage auf, welchen Einfluss die richterliche Moderirung der Caution auf das Kostenadjudicat zu üben habe? Hat dieser Streitpunkt besondere Kosten überhaupt nicht verursacht (und es ist dies die Regel, da der Kläger es meist dabei bewenden lässt, die Caution in der begehrten Höhe als übermässig und mit den nach der Structur des Klageanspruches dem Beklagten in Aussicht stehenden Aufwand in keinem Verhältnisse stehend zu rügen und eine entsprechende Abminderung zu begehren), so liegt in der Thatsache der Moderirung an sich noch offenbar kein Grund zu einer umfänglichen Herabsetzung der an den Beklagten zu erstattenden Kosten oder gar zu einer gegenseitigen Aufhebung der Kosten. Würde aber selbst der Streit über die Cautionshöhe eine erhebliche Mehrung des Incidenzaufwandes zur Folge gehabt haben, so würde auch dann die Moderirung eine verhältnissmässige Theilung oder gegenseitige Aufhebung der Kosten nur in dem Falle rechtfertigen, wenn die Caution in offenbar exorbitanter Höhe begehrt wäre und demnach den Beklagten ein Verschulden an der Provocation des Conflictes über die Cautionshöhe träfe. Denn stets bleibt es doch wahr, dass in letztem Grunde der Kläger durch die gesetzwidrige Unterlassung spontaner Sicherheitsbestellung den Incidenzpunkt mit seinem Aufwande schuldhaft veranlasst und daher auf denselben dem Beklagten nach allgemeinen Grundsätzen insoweit aufzukommen hat, als nicht ein Verschulden des Beklagten selbst mitunterläuft (§§. 1295, 1304 a. b. G.). Nun

Begründung. Denn wenn die von der 3. Instanz gebilligten Gründe der 2. Instanz den Zuspruch dahin motiviren, „dass der Kläger in dieser Zwischensache sachfällig geworden und es dabei gleichgiltig sei, ob er in Folge Eingeständnisses oder trotz seines Widerspruches sachfällig wurde“, so ist hiergegen zu bemerken, dass die Kosten eines unwidersprochen gebliebenen Zwischenantrages — von dem zu Betracht stehenden Fall abgesehen — niemals dem Antragsteller sofort zu adjudiciren, sondern der Entscheidung mit der Hauptsache vorzubehalten sind. Nicht aus §. 24 der Processnovelle, sondern aus den allgemeinen Grundsätzen über Schadenersatz (aus §. 1295 a. b. G. im Zusammenhalt mit §. 406 a. G. O.) ist das Kostenadjudicat zu motiviren. Vgl. auch Note 71.

kann aber diesem nicht zugemuthet werden, gerade jene Cautionshöhe zu treffen, welche dem richterlichen Ermessen genügend scheint.⁷⁸⁾ Ein gewisser Spielraum muss in Fällen, wo die Feststellung der Höhe eines Anspruches vom richterlichen Gutbefinden abhängt, auch dem Parteienermessen eingeräumt werden, ohne sich verantwortlich zu machen.⁷⁹⁾

3. Keiner besonderen Betrachtung bedarf der Fall, wenn über die Pflicht zur Cautionsbestellung contradicirt wird. Hier liegt dann ein Nebenstreit *in optima forma* vor, dessen Kosten natürlich dem Succumbenten zur Last zu fallen (G. U. W. Nr. 5588) haben.

Die vorausgeschickte Erörterung führt endlich zu dem allgemeinen Satz, dass über die Kosten des Incidenzpunktes wegen Bestellung einer actorischen Caution stets und unter allen Umständen, ober als Nebenstreit oder in friedlicher Form sich abspielt, sofort zu judiciren und das Judicium darüber nie der Endentscheidung vorzubehalten sei! Dies die Folge der Natur der Cautionspflicht als Processvoraussetzung.⁸⁰⁾⁸¹⁾

§. 26.

Kosten des Incidenzpunktes einer Frist- oder Termin-
erstreckung.

a) Fristerstreckungen.

1. Die Kosten eines bewilligten Fristgesuches sind niemals sofort zuzuerkennen; sie bilden einen Theil der Hauptprocess-

⁷⁸⁾ Vgl. die Entschdg. der vorigen Note.

⁷⁹⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 6501: „wo die ziffermässige Bestimmung eines erhobenen Anspruches dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt und überdies auch die Höhe des Anspruches nicht der Gegenstand besonderer Erörterungen und Beweisführungen zwischen den streitenden Parteien gewesen ist, kann in der von Seiten des Gerichts erfolgten Beschränkung des Anspruches ein die verhältnissmässige Theilung oder gegenseitige Aufhebung der Kosten (§. 25 Proc.-Nov.) begründendes theilweises Obsiegen und Unterliegen nicht erkannt werden.“

⁸⁰⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 6673, abändernd mit Recht das Erkenntniss der 2. Instanz, welches die Entscheidung über diesen Incidenzpunkt der Endentscheidung vorbehielt, „weil Beklagter, wenn er in der Hauptsache unterliege, die Kosten des Incidenzstreites selbst zu tragen hätte“. (!)

⁸¹⁾ Nach dem österr. Entwurf §. 263 ist dem Beklagten nur auf sein Verlangen Sicherheit für die Processkosten zu leisten. Damit ist der act. Caution der Charakter einer Processvoraussetzung abgestreift. Zu bestellen haben sie nach dem Entwurf überhaupt nur mehr Ausländer (übereinstimmend R.-C.-P.-O. §. 102).

kosten selbst dort, wo das Fristgesuch gegen eine negative Aeusserung (§. 9 Proc.-Nov.) durchgedrungen; denn diese Kosten hätte der Fristwerber auch ohne die Gegenäusserung (vorläufig) zu tragen gehabt, es kann ihm daher nicht ihr sofortiger Ersatz wegen der Gegenäusserung gebühren.

2. Die Kosten eines (zur Gänze) abgeschlagenen Fristgesuches sind entweder sofort abzuerkennen oder doch seinerzeit bei der Kostenliquidirung in der Hauptsache auszuscheiden.

3. Dagegen sind die Kosten der negativen Aeusserung gegen ein Fristgesuch, wenn sie vollen Erfolg hat, stets sofort zu adjudiciren; denn sie stellt den Fristantrag in Streit und begründet, wenn ihr dessen Abschlag gelingt, einen (incidenten) Succumbenzfall des Fristwerbers.⁸²⁾

4. Erzielte die negative Aeusserung nur einen Theilerfolg, so liegt eine partielle Succumbenz des Fristwerbers vor; denn er ist mit seinem processualischen Antrag der Opposition des Gegners (theilweise) unterlegen. Nicht wohl ist daher zu bezweifeln, dass in der Structur des Falles die Bedingungen zu einem sofortigen Zuspruch der Aeusserungskosten gegeben seien. Und zwar sind dieselben, trotz des theilweisen Misserfolges der Aeusserung, regelmässig voll zuzubilligen, da sie durch die zu weit gehende Opposition keine (oder doch keine erhebliche) Mehrung erfuhren und somit als in Gänze zweckmässig aufgewendet sich darstellen.⁸³⁾

Befremdlich ist an dem Fall nur, dass trotz theilweisen Obsiegens und Unterliegens beider Theile nicht eine gegenseitige Aufhebung der Kosten erfolgen soll.⁸⁴⁾ Dies würde aber einen sofortigen Zuspruch der Fristgesuchskosten⁸⁵⁾ involviren, was wie Eingangs motivirt, unzulässig ist. Die sofortige Adjudication der Aeusserungskosten implicirt jedoch nicht den Abspruch

⁸²⁾ Einen Fall mit vollem Erfolge der Aeusserung, soweit sie negativ war, in G. U. W. Nr. 5947 mit zutreffender Entscheidung in allen Instanzen.

⁸³⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 5698 mit der dem Texte conformen Anschauung der 1. und 3. Instanz.

⁸⁴⁾ Eine solche verfügte unrichtig die 2. Inst. in G. U. W. Nr. 5698.

⁸⁵⁾ Mit sodann vollzogener Compensation. — Wir werden noch unten darauf zurückkommen, dass die sogenannte gegenseitige Kostenaufhebung im Wesen gegenseitiger Kostenanspruch mit darauf folgender Compensation ist.

der Fristgesuchskosten; nur kommen diese erst eventuell in den Kosten des Hauptstreites zu liquidiren.⁸⁶⁾

5. Ist die Aeusserung nicht negativ, sondern die Frist, wenn auch mit der Einschränkung: als letzte (§. 9 Proc.-Nov.), bewilligend, so kann von einem (sofortigen) Zuspruch der Aeusserungskosten selbstverständlich nicht die Rede sein; denn weder war das Fristbegehren unbegründet (wie die Bewilligung beweist), noch in Streit gestellt.⁸⁷⁾

b) Terminerstreckungen.

1. Im ordentlichen (und summarischen) Verfahren.

„Wenn eine Tagsatzung durch richterliche Entscheidung (?) erstreckt wird, so ist der Partei, auf deren Seite der Grund der Erstreckung eingetreten ist, auf Antrag der Gegenpartei der Ersatz der durch die Erstreckung verursachten Kosten aufzuerlegen“ (§. 15 Proc. Nov.).

Darunter sind lediglich die Kosten des vereitelten Termines, d. i. des fruchtlosen Erscheinens zum Termine, zu verstehen.

Ist der Erstreckungsbewilligung ein Streit vorangegangen, so sind die mit der Streitverhandlung zusammenhängenden Kosten, gleichwie in jedem sonstigen Nebenstreit, von dem Succumbenten zu tragen. Einerseits kommen also diesem die Kosten des fruchtlosen Erscheinens, andererseits hingegen dem Erstreckungswerber seine Streitkosten zu erstatten, was eine ganze oder theilweise Aufhebung der ersteren ergeben kann.⁸⁸⁾

Die Regel des §. 15 P. N. ist eine Singularität im Kostenrecht.⁸⁹⁾ Sie legt den Ersatz eines Kostennachtheils auf,

⁸⁶⁾ Denn immerhin war das Fristgesuch mit Grund, wenn auch im Begehren zu weit, gestellt.

⁸⁷⁾ Mit Unrecht hat die 2. Instanz in einem solchen Fall die Aeusserungskosten zuerkannt G. U. W. Nr. 5641.

⁸⁸⁾ In der Praxis pflegt man m. W. die Erstreckungskosten von den Kosten des Erstreckungsstreites nicht zu trennen, was offenbar zu rügen ist. (Vgl. jedoch neuestens G. U. W. Nr. 7692.) Diese Scheidung empfiehlt übrigens auch eine präventive Rücksicht. Sie schneidet die Gefahr ab, dass der Opponent, des Ersatzes der gesammten Kosten sicher, seine Opposition gegen den Erstreckungsantrag (Grund) zu einer ungebührlich weiten Protokollarverhandlung aufbausche.

⁸⁹⁾ Doch ist sie nicht ohne Seitenstück. Es unterruht ihr derselbe Gedanke als dem Patent. v. 1. Juli 1790 Nr. 31 J. G. S., welches die durch eine Frist-

ohne dass dieser das Stigma trage, widerrechtlich oder schuldhaft verursacht zu sein. Sie statuirt den nackten Causalismus als Ersatzgrund: das *casum sentit dominus* in neuer Anwendung. Die processpolitische Tendenz der Regel ist allerdings zu Tage liegend: sie soll der Processverschleppung vorbeugen und Erstreckungsanträge auf die Fälle wirklicher, nicht simulirter Hinderungsgründe reduciren. Man sieht von Verschulden ab, weil dieses einestheils bei einem so rasch abzuthuenden Incidenzpunkt sich leicht der richterlichen Ermittlung entzieht, anderntheils mit Erstreckungsanträgen bekanntlich nicht selten einem Wunsche des Gerichtes selbst entgegengekommen wird, das hinwiederum dieses Entgegenkommen durch Anlegung eines milderen Schuldmassstabes an den Antragsteller quittirt.

Mag man nun auch aus diesen Erfahrungsgründen im Allgemeinen der Regel des §. 15 P. N. beipflichten, so führt sie in ihrer Peremptorietät doch dort zu weit, wo die Erstreckung nicht durch äussere Umstände, sondern durch den Processgang selbst veranlasst wird. Ist die Terminübertragung aus dem Gesichtspunkte zweckentsprechender Rechtsverfolgung (Verteidigung) geboten, wie wo die in der Protokollarrede des Gegners vorgeführten Thatsachen und Beweise vorerst Gegen-erhebungen erheischen, so tritt die Regel des §. 15 in Widerstreit mit der Hauptsache, indem sie Kosten, die aus der gedeihlichen Führung dieser selbst erwachsen, von ihr losreisst und ohne Rücksicht auf den Erfolg in dieser sofort überlastet.⁹⁰⁾

restitution verursachten Kosten dem Restitutionswerber aufladet. Der ganze Gedanke erscheint aber doch nur als der stecken gebliebene Ansatz zu einem Princip des weiteren Inhalts, dass bei einem ausserordentlichen Mehraufwand, den eine Partei in Folge eines auf ihrer Seite eingetretenen Zufalls im Laufe des Processes der Gegenpartei verursacht, dieser stets (sofort) zu vergüten sei. Wer um Legung von Neuerungen oder Fristerstreckung wirbt, hat mit dem darüber anberaumten Termine, resp. der veranlassten Aeusserung, dem Gegner einen Mehraufwand bereitet, für dessen Erstattung dieselben Gründe sprechen, als für den Ersatz der Restitutions- oder Kosten der Terminvereitelung (siehe diese Empfindung auch ausgedrückt in den Gründen 2. Instanz G. U. W. 5947), und doch bleiben diese Mehrkosten nach dem geltenden Recht auf der Schulter des Impetraten.

⁹⁰⁾ Der Entwurf hält zwar principiell an dem Grundsatz des §. 15 Proc. Nov. fest (§. 190, Abs. 2), stellt jedoch dem Richter frei, die Entscheidung über die Terminskosten „von dem Ausgang in der Hauptsache abhängig“ zu

Es ist aber die Regel des §. 15 selbst noch näher zu besehen. Ihrem Wortlaut nach verfügt sie die (sofortige) Ueberlastung der Terminvereitlungskosten nur bei der doppelten Voraussetzung, dass der Erstreckungsgrund in einer Partei liege und die Erstreckung zufolge einer richterlichen Entscheidung erfolgt sei. Ihr Princip aber ist, die Termini-kosten jener Partei aufzuladen, welche die (wenn auch nur zufällige) Ursache der Erstreckung ist. Darnach müssen auch Terminerstreckungen, die der Richter von Amtswegen decretirt, darunter fallen, wenn der (amtlich wahrzunehmende) Erstreckungsgrund in der Partei, nicht im Gerichte sitzt. Denn die Officialnatur desselben lässt die *ratio* des Falles unberührt. War es Tendenz der Novelle, durch die Bestimmung des §. 15 die Processverschleppung einzudämmen, so wäre die ganze Massregel eine inconsequente Halbheit, sollten Erstreckungsfälle von Amtswegen auszunehmen sein. Denn gerade amtlich zu berücksichtigende Erstreckungsgründe bilden ein ganz besonders gefährliches Verschleppungsmittel, weil sie der Partei von vorneab die Erstreckungsgewissheit geben.⁹¹⁾ Der (ungenau) Ausdruck: „richterliche Entscheidung“ im §. 15 Nov. kann daher nicht den Gegensatz zur Erstreckung von Amts-

machen, wenn kein Verschulden einer Partei zu ermitteln ist (l. c.). Wann soll aber diese Suspension gerechtfertigt sein? Darüber schweigt der Entwurf. Diese Lücke birgt die Gefahr, dass das „richterliche Ermessen“ aus den bereits im Text angedeuteten Gründen von dieser Suspension regelmässigen Gebrauch machen und damit einfach wieder den Zustand vor der Novelle — Terminerstreckungen und kein Ende — herbeiführen werde. Wird doch die voraussehbare Clausel im Erstreckungsbescheide: „Die Entscheidung über die Termini-kosten wird der Hauptsache vorbehalten,“ auch jeder Motivirung entheben. Eine dirigirende Bestimmung im Entwurfe, wann diese Suspension Platz zu greifen habe, scheint daher sehr wünschenswerth. Sie ist auch unschwer zu geben, und wird die Suspension namentlich dort geboten sein, wo der Erstreckungsantrag durch den Processgang selbst d. i. die gedeihliche Führung des Processes, als Act zweckentsprechender Rechtsverfolgung (Vertheidigung) aufgezwungen wird.

⁹¹⁾ Solche Gründe sind: „Die einer verständlichen Aeusserung über ihre Rechtsangelegenheiten“ nichtfähige Partei muss zur Zuziehung eines Advokaten angewiesen werden (§. 8 Sum. Verf.); zur Verhandlung im Termine erscheint statt der Partei ein nicht durch Vollmacht legitimirt oder nicht gehörig informirt Dritter (§§. 21, 9 Sum. Verf.) oder eine zur Processvertretung unfähige oder davon auszuschliessende Person (Minorenne, Frauen, Winkelschreiber §. 9 Sum. Verf.).

wegen, sondern nur zur Erstreckung durch Einverständniss der Parteien betonen wollen. In der Praxis ist aber die Anschauung ziemlich gang und gäbe, dass bei Terminerstreckungen von Amtswegen §. 15 Nov. cessire.^{92) 93)}

Dies vorausgeschickt, sind die Grundsätze über Tragung der Kosten einer Terminerstreckung dahin zu formuliren:

Dieselben sind aufzuerlegen:

1. jener Partei, die ein Verschulden an der Erstreckung trifft⁹⁴⁾; mangels solcher 2. jener, auf deren Seite der Erstreckungsgrund sich ereignet.⁹⁵⁾ Hingegen ist 3. über die Kosten einverständlich oder von Amtswegen erstreckter Termine, vorausgesetzt, dass im letzteren Falle der Behinderungsgrund im Gerichte liegt⁹⁶⁾, ein incidenter Kostenspruch nicht zu fällen.

⁹²⁾ Die Unrichtigkeit dieser Anschauung ergeben übrigens auch die Motive zur Proc. Nov., die den §. 15, ohne zwischen Erstreckungen von Amtswegen und solchen über Parteiantrag zu unterscheiden, dahin erläutern, es sei der Partei in der Erwägung, dass sie auch die Folgen eines auf ihrer Seite eintretenden Zufalls zu tragen habe, die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten der durch sie veranlassten Erstreckung unter allen Umständen — sobald es die Gegenpartei verlangt — aufzuerlegen. (Vgl. die Motive in den Verh. des Abgh. 1873—1874, S. 1446.)

⁹³⁾ Diese Praxis kommt zum Ausdruck in den Gründen der 3. Instanz bei G. U. W. 6000: In einem Executivprocesse wurde der erste Termin wegen noch nicht herabgelangter Entscheidung über die im Recurswege angefochtene Form des Verfahrens erstreckt. Mit Recht wurde der Kläger mit seinem Begehren auf Ersatz des durch den interponirten Recurs des Gegners vereitelten Termins abgewiesen. Diese Abweisung erfolgte aber mit der (unrichtigen) Motivirung, der §. 15 Proc. Nov. beziehe sich nur auf Fälle, wo über Parteiantrag eine Tagfahrt zu erstrecken sei. Richtig war die Abweisung dahin zu motiviren, dass im gegebenen Falle der Erstreckungsgrund nicht durch die Partei (den Beklagten), sondern durch das Gericht (2. Instanz) veranlasst sei, weil dessen Entscheidung noch ausstand.

⁹⁴⁾ Vgl. §. 25 A. G. O.; §. 22 *in fin.* Sum. Verf. Ein Verschulden wird in der Regel auch mit den in Note 91 aufgeführten, amtlich wahrzunehmenden Erstreckungsgründen implicirt sein. Vgl. auch G. U. W. 2302, wo es als Verschulden der Partei bezeichnet wird, einen nicht gehörig informirten Vertreter zur Tagfahrt entsandt zu haben.

⁹⁵⁾ Ein Fall dieser Art ist auch dort gegeben, wo ein Theil von der Tagsatzung ausgeblieben, der erschienene aber, anstatt zu contumaciren, Erstreckung begehrt. Schon nach der A. G. O. (vgl. §. 29), noch zweifelloser nach der W. G. O. (§. 25) konnte der Letztere Ersatz der Erstreckungskosten verlangen. So richtig G. U. W. 3172; entgegengesetzt G. U. W. 564.

⁹⁶⁾ Siehe einen Fall dieser Art in G. U. W. 6000; oben Note 93.

Terminskosten werden nur über besonderen, bei der Tagfahrt darauf gestellten Antrag sofort zugesprochen (§. 15 P. Nov.). Unterlassung dieses Antrages präcludirt nicht ihre spätere Liquidirung unter den Kosten der Hauptsache.

Auch ist Zuspruch derselben an die eine — nicht Abspruch der Gegenkosten der anderen Partei.⁹⁷⁾ Vielmehr können diese, abgesehen von dem Fall einer verschuldeten Erstreckung, noch immer seinerzeit unter den Kosten der Hauptsache angesetzt werden.

2. Im Bagatellverfahren.

Im Widerspruche mit dem durch §. 15 Proc. Nov. in das ordentliche (und summarische) Verfahren betreffs Tragung der Kosten erstreckter Termine eingeführten Grundsatzes steht die noch dem älteren Recht der Gerichtsordnungen conformé Bestimmung des Gesetzes über das Bagatellverfahren, dass nur der Partei, welche durch ihr Verschulden⁹⁸⁾ eine Tagsetzungserstreckung veranlasst hat, der Ersatz der Erstreckungskosten aufzuerlegen sei.

Der Kostenpunkt bei einer processualischen Restitution.

§. 27.

Einleitendes.

In der Processführung einer Partei unterläuft ein Mangel und bewirkt oder kann bewirken den ungünstigen Ausfall der Sache. Ein Termin, eine Frist ist versäumt, und das an den einen oder die andere geknüpfte processuale Handelndürfen

⁹⁷⁾ Denn diese Conträrwirkung setzt den Fall des Obsiegens auf der einen, Unterliegens auf der anderen Seite voraus, wo sie nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochen ist. §. 15 Proc. Nov. sagt nicht, dass die Partei, auf deren Seite der Erstreckungsgrund eingetreten, die Kosten des Termines, also auch die eigenen Kosten des Termines (definitiv) zu tragen habe, sondern nur, dass ihr der Ersatz der bezüglichen Kosten an die Gegenpartei aufzulegen sei. Die Nachliquidirung der eigenen Terminskosten in den Kosten der Hauptsache steht daher gesetzlich offen und mit vollem Recht: denn die Erstreckung kann ein Act zweckentsprechender Processführung gewesen sein. — Anders, wie es scheint, der Entwurf (§. 19 Abs. 2, *arg. verb.*: „Die Kosten [auch die eigenen?] sind aufzuerlegen“), wo aber die Bestimmung durch die mögliche Suspension des Kostenspruches auf das richtige Mass reducirt wird.

⁹⁸⁾ Ein solches wird jedesmal in den Fällen der §§. 21, 22, 25 Bag. Verf. anzunehmen sein. Vgl. G. U. W. 2302 und oben Note 94.

präcludirt. Thatsachen und Beweismittel kommen erst verspätet hervor, welche, wenn in dem Prozesse verwerthet, vielleicht einen besseren Erfolg desselben erzielt hätten. Ein in dem Process geführter und (mit Beirurtheil) zugelassener Zeuge fällt durch Tod oder aus anderem Grunde vor der Abhörung hinweg und an dessen Statt soll ein Anderer (oder Andere) in den Process eingeführt werden. Der Anwalt der Partei versieht sich eines Etwas im Prozesse, macht informationswidrig ein Zugeständniss oder unterlässt das Vorbringen relevanter Umstände und Beweise. Es ist der Partei die Möglichkeit gegeben, diese Mängel im Verfahren, wenn ohne ihr Verschulden demselben anhaftend, zu saniren durch das ausserordentliche Rechtsmittel der Restitution, das Restitutionsverfahren. Sein Ziel ist, einen bereits geschaffenen processualischen Thatbestand zu retorquieren und damit die Bahn zum Aufbau eines neuen, mit dem früheren Mangel nicht mehr behafteten, zu ebnen.

Die besondere Natur dieses mehr durch Rücksichten der Billigkeit als strenge processuale Consequenz motivirten Verfahrens ist Ursache einer von den allgemeinen Kostenersatzgrundsätzen abweichenden Behandlung des mit demselben verbundenen Kostenaufwandes geworden; insofern ist diesen Kosten eine besondere Betrachtung zu widmen. Doch wird diese vorerst von dem positiven Rechte absehen und zu bestimmen versuchen, welche Gestaltung des Kostenpunktes die Natur dieses Verfahrens (*de lege ferenda*) zu heischen scheine.

1. Kein Zweifel kann walten, dass dem mit seinem Begehren unterliegenden Restitutionswerber jedesfalls die Kosten des Verfahrens aufzulegen sind. Zweifelhaft ist nur, ob eine billige Rücksicht auf den Imploraten dies nicht auch für den Siegesfall des Imploranten heische. Diese Rücksicht fällt offenbar dort hinweg, wo der Implorat in der Hauptsache *in dolo* versirt. Hier ist vielmehr dieser verantwortlich für das Restitutionsverfahren, dessen schuldhaft mittelbarer Provocant er in letzter Ursache ist, da mit dem Hauptprocess, den er veranlasst, auch die Restitutionsepisode vermieden worden wäre. Allgemeinen Grundsätzen gemäss (§§. 1295, 979, 965, 1311 a. b. G.) wären daher solchenfalls dem Imploraten die Kosten des Restitutionsverfahrens aufzubürden. Da aber dessen

Verschulden in der Hauptsache erst bei der Entscheidung dieser constatirt zu werden vermag, so erübrigt nur die Suspension des Spruches über die Restitutionskosten bis zur Hauptsentenz.

2. Es kann aber auch die Opposition wider das Restitutionsbegehren für sich und unabhängig von dem Hauptstreite Verschulden impliciren. Denn auch sie darf keine Opposition um jeden Preis sein. So weit sie den begründeten Restitutionsanspruch mit nichtigen Vertheidigungsmitteln bekämpft und zur Chicane ausartet, wird sie dem Oppositen für den dadurch bewirkten Mehraufwand verantwortlich.⁹⁹⁾ Hier drängt sich eine Theilung der Kosten in solche, die nur die grundlose Opposition und Vercomplicirung des Restitutionsverfahrens hervorrief, und jene, die davon abgesehen mit ihm verknüpft sind, von selbst auf; der Ersatz ersterer wäre sofort mit der Restitutionsentsentz dem Opponenten aufzulegen, der Spruch über diese aber wie im vorigen Falle zu suspendiren. Welche Rolle die Chicane in Restitutionsprocessen spielt, kann Niemandem, der Acten solcher Processe einsieht, entgangen sein. Kaum irgendwo sonst ist die Versuchung dazu so gegeben. Eine processuale Position ist erklimmen und soll nun wieder preisgegeben werden. Kein Wunder, dass der Bedrohte das Aeusserste aufbietet, um seinen processualen Besitzstand zu behaupten, und nur mit hartnäckigster Gegenwehr daraus weichen will.

3. Wie ist es aber mit den Kosten des Restitutionsverfahrens dann und insoweit zu halten, als kein Verschulden des Imploraten in der Hauptsache, noch ein chicanöses Verhalten in jenem vorliegt? Soll nicht den mit diesem Verfahren verknüpften ausserordentlichen Aufwand stets der Implorant allein tragen? Wenn man raisonnirt, dieses Verfahren entspringe einem Zufall, von dem der Implorant betroffen worden, so liegt es nahe, ihn die Folgen dieses Zufalles selbst tragen zu lassen. Könne er es doch nicht als hart empfinden, für die ausserordentliche Rechtswohlthat dieses Opfer bringen zu müssen, noch als ungerecht, wenn dem an dem Restitutions-

⁹⁹⁾ Weber, Paraphrase des Martin'schen Civilprocess-Lehrbuches 303 bis 304. Wetzell S. 644, Note 127; Renaud §. 190 *in fn.*

grunde ganz unbetheiligten Imploraten dieser aussergewöhnliche Aufwand abgenommen werde. Gewiss scheine dies billig. In der That hat, von ähnlichen Erwägungen geleitet¹⁰⁰⁾, eine bis in den Anfang des vorigen Jahrhunderts zurückreichende constante Praxis¹⁰¹⁾ im gemeinen Process, die nicht ohne Rückwirkung auf die heimische Gesetzgebung und Judicatur blieb, den Restitutions-Imploranten stets diese Kosten tragen lassen.¹⁰²⁾

Näher besehen vermag diese Billigkeitsregel — von Frist- und Terminrestitutionen etwa abgesehen — wissenschaftlich nicht ratificirt zu werden.¹⁰³⁾ Sollte an ihr, ausser dem vielgeliebten Irrwisch: *casum sentit dominus*, nicht auch jener Billigkeitsgeist mitgezeugt haben, der, dem besiegten Streittheil ja kein Wehe zuzufügen, in aller Regel die Processkosten „compensirte“? Wenn es billig schien, die besiegte Partei, deren Verschulden nicht auflag, vom Kostenersatz zu entbinden, obwohl den Process ein Mangel auf ihrer Seite (der Irrthum, in dem sie befangen war) veranlasste, warum ihr nicht geradezu die Kosten zuerkennen, wenn sie nicht blos am Verfahren schuldlos war, sondern noch überdem, wie in unserem Falle, der processbewirkende Mangel auf der Seite des Siegers lag? War man ja doch nur stets bedacht, auf den Besiegten, nie auf den Sieger billige Rücksicht zu nehmen. Diesem falschen Empfinden hat nunmehr das absolute Ersatzprincip ein rasches Ende bereitet und wie mir dünkt, sein tieferer Gedanke: der Rechtsschutz darf den Rechtserfolg nicht schmälern — auch unserer Billigkeitsregel. Die Belastung des Siegers mit den Restitutionskosten ist eine (ganze oder theilweise) Absorption des Erfolges in der Hauptsache, und wo dieselben dem Werthgehalt dieser die Wage halten,

¹⁰⁰⁾ Leyser, Medit: I. 57 n. 3. (*justum tamen est, ut damnum, quod inde proficiscitur, in ipsum potius, quam in adversarium redundet.*)

¹⁰¹⁾ Ein anderer Schriftsteller: Wernher Obs. I 4 obs. 113 motivirt mehr formalistisch als richtig diese Praxis: *ut omnia in pristinum statum deducantur.*

¹⁰²⁾ Wetzell, S. 643. Renaud, §. 190 *in fn.* 191 *in fn.* Endemann, S. 511.

¹⁰³⁾ Mit Recht hat der Entwurf nur für Frist- und Terminrestitutionen an ihr festgehalten (§. 202).

möchte es wohl klüger sein, unter Entsagung von weiterer Rechtsverfolgung sich Mühe und Zeit zu sparen, als in Fortsetzung derselben materiell einen Nulleffect zu erringen.

Auch die präventive Rücksicht, durch das drohende Kostenopfer Restitutionsstreite auf die Fälle wirklich unverschuldeter Restitutionsgründe einzuschränken, rechtfertigt die Regel höchstens bei Frist- und Terminrestitutionen. Die Restitution gegen ein Urtheil bleibt stets ein gefährliches Experiment mit dubiosem Erfolg, das leichtsinnig heraufzubeschwören ohnehin das eigene Interesse verbietet. Dagegen muss die sichere Aussicht auf Kostenersatz die Oppositionslust des Imploraten zu ungebührlicher Bekämpfung des Antrages wecken, so dass den präventiven Effect der Kostenregel auf der einen, der angedeutete impulsive auf der anderen Seite aufwiegt.

§. 28.

Das geltende (österreichische) Recht.

a) Frist- und Terminrestitutionen.

Kraft besonderer Gesetzesbestimmung (Patent vom 1. Juli 1790 Nr. 31 J. G. S.; §. 494 W. G. O.) hat die durch eine Fristrestitution verursachten Kosten der Restitutionswerber zu tragen.¹⁰⁴⁾ Die analoge Ausdehnung dieser Bestimmung auf Terminrestitutionen, schon vor der Processnovelle von der Praxis mit Recht¹⁰⁵⁾ geübt, ist seitdem ein Gebot zwingender

¹⁰⁴⁾ Es hätte denn dieselbe der Restitut (schuldhaft) veranlasst. Z. B. Es wäre unter den Parteien aussergerichtlich eine Fristerstreckung beredet und demungeachtet vom Gegner Acteninrotulirung erwirkt worden. Oder: es wäre aussergerichtlich unter ihnen bestimmt worden, dass bei Nichterscheinen eines Theils zum Termine der Erschienene lediglich Erstreckung des Termins zu erwirken habe, während dieser der Verabredung zuwider den Abwesenden contumaciren lässt und hiedurch das Ausbleibens-Rechtfertigungsverfahren provocirt. Siehe einen Fall dieser Art (richtig entschieden) G. U. W. Nr. 1380; einen anderen G. U. W. Nr. 4434, wo jedoch die Kosten nicht gegenseitig aufzuheben, sondern dem (schuldhaften) Impetraten zur Gänze aufzulegen waren (dafern, was aus der Entscheidung nicht ersichtlich, doch wahrscheinlich, auch Impetrant seine Kosten liquidirt haben sollte); einen ferneren (unrichtig entschieden) G. U. W. 6928.

¹⁰⁵⁾ In einer (anderen) Beziehung, nämlich ob die in dem cit. Pat. normirte Unzulässigkeit des Recurses wider eine bewilligte Fristrestitution auch auf Terminrestitutionen analogisch auszudehnen sei, wurde die völlige Analogie

Consequenz. Den Bestand der Specialbestimmung selbst hat die Processnovelle nicht tangirt.¹⁰⁶⁾ Denn wie schon an früherem Ort ausgeführt, erschöpft sich die Rechtsveränderung, die sie an dem historischen Kostenrecht vollzogen, in der Eliminirung des Schuldmomentes als Requisit der Kostenerstattungspflicht der unterliegenden Streitpartei, während in dem zu Betracht stehenden Falle gerade umgekehrt dem (im Restitutionsstreite) siegreichen Theile die Kosten aufgelastet werden sollen. Bei der cursorischen Behandlung, mit welcher solche Restitutionsanträge abgethan zu werden pflegen, der ein latentes Verschulden am Versäumniss um so leichter entgeht, je indulgender sich die Praxis gegen derlei Anträge (theils um nicht der Form die Sache zu opfern, theils weil ihre Bewilligung irrecurreibel ist) verhält, ist zudem die Ausnahmsbestimmung eine an sich zu billigende präventive Schranke.

Die Kosten, die dem Restitutionswerber zu Lasten fallen, begreifen sowohl die Kosten des Restitutions- als auch des durch die Restitution unwirksam gewordenen Verfahrens¹⁰⁷⁾; erstere jedoch nur, soweit sie nicht unbegründetem Widerspruche des Gegners entstammen, welche vielmehr dieser zu tragen hat.¹⁰⁸⁾

beider Restitutionsfälle gesetzlich anerkannt (Hofd. v. 11. October 1822, Nr. 1900 J. G. S., das zwar nur an das dalmatinische Appell-Gericht und demnach zur W. G. O. erfloss, aber durch die Aufnahme in die J. G. S. auch für die Jos. G. O. mit Gesetzeskraft ausgestattet wurde. Vgl. Hofd. v. 29. December 1785, Nr. 509 u. v. 20. November 1818, Nr. 1519 J. G. S.). Der Parallelismus beider Restitutionsfälle ist aber im Kostenpunkte nicht minder stringent und nunmehr noch durch den Grundsatz des §. 15 Proc. Nov. verstärkt, in dessen Geiste es vollends liegt, dass die Kosten des Ausbleibens-Rechtfertigungsverfahrens der Antragsteller zu tragen habe. Ueberdem verfügt dies §. 19 Sum. Verf. noch ausdrücklich.

¹⁰⁶⁾ Ausgesprochen in G. U. W. 5675, 5835, 6416.

¹⁰⁷⁾ Das Pat. v. 1. Juli 1790 oben cit. und §. 494 W. G. O. sprechen allerdings nur „vom Ersatz der durch die Wiedereinsetzung verursachten Kosten“. Naturgemäss müssen aber darunter auch die zu Folge der Wiedereinsetzung fruchtlos aufgewendeten Kosten des restituirten Verfahrens befasst werden. Der Entwurf präcisirt dies ausdrücklich (§. 202), nicht auch die R. C. P. O. (§. 216).

¹⁰⁸⁾ Durch Znlastung der durch unbegründeten Widerspruch erregten Kosten auf den Impetraten wird sich nicht selten der Fall einer gegenseitigen Aufhebung der Kosten ergeben.

Zuspruch der Kosten an den Impetraten implicirt Anspruch der Gegenkosten des Impetranten: deren Nachliquidirung unter den Kosten der Hauptsache ist daher unzulässig.

b) Die übrigen Restitutionsfälle.

Für die Kosten des Restitutionsprocesses wider ein Urtheil ist ein Besonderes nicht bestimmt. Ein derlei Streit soll sich „wie jede andere Klagesache“ abspielen (Res. v. 11. Sept. 1784, Nr. 335 J. G. S.; §. 491 W. G. O.). Es haben daher die allgemeinen Kostenersatzgrundsätze (§§. 24—26 Proc. Nov.) zur Anwendung zu kommen.¹⁰⁹⁾ Jene gemein processuale Praxis, die unterschiedslos in Restitutionsfällen den Antragsteller mit den Kosten belud, ist im österreichischen Process nur für Frist- (Termin-) Restitutionen recipirt. Doch schwankt die heimische Praxis, ob sie den Grundsatz nicht auch in den übrigen Restitutionsfällen üben soll.¹¹⁰⁾ Mit völligem Unrecht: die analoge Ausdehnung der Singularnorm ist an sich unstatthaft; es drängt auch kein wissenschaftliches Bedürfniss zur Verallgemeinerung des in sich haltlosen Grundsatzes.

Dieser Rechtszustand wird aber dadurch wieder zu einem unbefriedigenden, dass nach dem geltenden österreichischen Processrechte die Verhandlung und Entscheidung über das Restitutionsbegehren nicht mit der Wiederverhandlung und Entscheidung der Hauptsache cumulirt wird, sondern nach verwilligter Restitution über letztere ein neuer, selbstständiger Process angestrengt werden muss. Diese Verselbstständigung des Restitutionsverfahrens zu einem losgelöst von der Hauptsache sich abwickelnden separaten Vorprocesse nöthigt den Richter, über die damit zusammenhängenden Kosten unabhängig von dem künftigen Erfolg der Hauptsache präjudiciren zu müssen. Unterliegt nun der siegreiche Restitutionskläger wiederum in dem späteren Hauptprocesse, so werden ihm

¹⁰⁹⁾ Eine Ausnahme besteht für die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens aus dem Grunde mangelhaft rechtsfreundlicher Vertretung, welche dem schuldtragenden Advokaten aufzuerlegen sind (Pat. v. 1. Juli 1790, Nr. 31 J. G. S., Abs. 2). Mangelhafte Vertretung durch nicht advokatische Bevollmächtigte ist überhaupt kein Wiedereinsetzungsgrund.

¹¹⁰⁾ Vgl. die Entsch. G. U. W. 892 (pro); 5835 (pro); 5974 (contra); 6685 (contra); 7110 (contra).

zwar die Kosten dieses aufgebürdet, hingegen bleibt mit den Kosten des Restitutionsprocesses der Restitut belastet und hiedurch sein Erfolg in der Hauptsache nach der Seite des materiellen Effectes hin vielleicht erheblich geschmälert und vorweggenommen. Soweit er freilich seinerzeit den Restitutionsantrag grundlos bekämpfte, lasten diese Kosten mit Recht auf seiner Schulter; soweit dies aber nicht der Fall, stellt sich ihre früher auf ihn verfügte Auflage nunmehr *ex post* geradezu als begangene und nicht mehr zu reparirende Ungerechtigkeit dar: es wurden und bleiben die Kosten eines Processes, der sich nachträglich als ein materiell-rechtswidriger Angriff blosslegt, dem widerrechtlichen Angreifer (!) zugesprochen.

Hier gäbe es nur einen Ausweg: die Suspension des Spruches über die Restitutionskosten, soweit sie nicht durch grundlosen Widerspruch erzeugt sind, bis zur Entscheidung in der Hauptsache. Können wir uns aber hiezu ermächtigt halten? Es würde eine Praxis, die sich dahin entschlösse, kaum verfehlen, durchzuschlagen. Stützende Gründe ständen ihr genug zur Seite. Heisst es doch ein irreparables Präjudiz schaffen, ein noch nicht spruchreifes Judicat fällen; und ist es doch ein nackter Bruch des Causalzusammenhanges, über Kosten, die in letztem Ziele zur Durchsetzung eines materiellen Anspruchs präparatorisch aufgewendet werden, unter Absehung von dem Erfolg mit diesem vorzuurtheilen. In einem einzelnen Falle (für den Kostenpunkt in Beurtheilen) erkennt dies das Gesetz ausdrücklich an¹¹¹⁾; in manchem anderen Falle liess sich schon die Praxis von gleicher Empfindung leiten.¹¹²⁾ Zuletzt bemerke man wohl den Unterschied zwischen einem Restitutions- und dem eine materielle Rechtsfrage zum Austrage bringenden Process. Hier liegt die *causa litigandi* stets im besieigten Streittheil: seiner Unkenntniss thatsächlicher oder irriger Beurtheilung rechtlicher Momente, — dort jedoch in dem Restitutionswerber: dem auf seiner Seite vorgefallenen Mangel im ersten Processe. Und geht es auch nicht an, schon ob dieses causalen Verhältnisses letzteren mit den Kosten zu

¹¹¹⁾ Vgl. Hofd. v. 22. Juni 1835, Nr. 33 J. G. S.

¹¹²⁾ Vgl. z. B. G. U. W. 6483, 5804, 5860, 5980 (letztere 3 Entsch., den Kostenpunkt bei Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniss betreffend).

belegen, so ist das entgegengesetzte Extrem nicht minder inconvenient. Nur wenn ausnahmsweise sich der Restitut als die (schuldhafte) Ursache des Restitutionsgrundes ergibt, ist dessen sofortige Belastung mit den Gesamtkosten des Verfahrens bedenkenlos (arg. §. 1295 a. b. G.) geboten.¹¹³⁾

c) Der Restitutionskostenpunkt im Bagatellverfahren.

Der vorgerügte Mangel beider Processordnungen, der in der Zerspaltung des Restitutionsprocesses und des restituirten Processes in zwei selbstständige, unabhängige Verfahren liegt, ist in dem Gesetze über das Bagatellverfahren sanirt.¹¹⁴⁾

Nach demselben hat die Wiedereinsetzungsklage auch das Begehren in der Hauptsache zu enthalten und ist über die mit der Verhandlung in der Hauptsache verbundene Wiedereinsetzungsverhandlung mittelst desselben Urtheiles zu entscheiden (§. 86 B. G.)¹¹⁵⁾

Durch diese Unificirung sind aber auch die Schwierigkeiten beseitigt, die aus der formalen Trennung beider Prozesse für die Regulirung des Restitutionskostenpunktes entspringen, und der Richter hat ungehemmte Macht, hierauf den Erfolg oder Misserfolg in der Hauptsache Einfluss nehmen zu lassen. Den Kosten der Restitutionsverhandlung ist damit jede Eigenthümlichkeit abgestreift, sie sind ein integrierender Theil der Kosten des (meritalen) Hauptprocesses, zu welchem sich die Restitutionsfrage als formal-präjudicielle Vorfrage verhält, wie dies in so vielen anderen Fällen möglich.¹¹⁶⁾

Hiebei soll nur vor dem Missgriff gewarnt werden, das von keinem Erfolg in der Hauptsache begleitete Obsiegen

¹¹³⁾ Vgl. Burchardi: die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand S. 556 unter Billigung Wetzell's System S. 644, Note 127. Man denke z. B., dass Beklagter eine für den Process relevante Urkunde des Klägers abhanden kommen machte, bei deren Wiedererlangung sodann Letzterer Restitution begehrt.

¹¹⁴⁾ Nicht minder im Entwurf. Vgl. über den Kostenpunkt des „Wiederaufnahmeverfahrens“ Entw. § 258 in Verb. mit §. 565 Z. 3, 567 insb. Abs. 3.

¹¹⁵⁾ Damit ist das neuere österr. Processrecht zur gemeinrechtlichen Praxis, welcher sich auch schon die prov. ung. C. P. O. angeschlossen hatte (§. 366, 369), zurückgekehrt.

¹¹⁶⁾ Man denke z. B. an die (wie im sum. Verf.) zugleich mit der Hauptsache verhandelte Incompetenzrede (vgl. §. 26 Sum. Verf.).

im Restitutionspunkte als ein theilweises Obsiegen und Unterliegen zu nehmen und die Kosten gegenseitig aufzuheben. Dies wäre so wenig zutreffend, als wenn z. B. der im Uebrigen zur Gänze obsiegende Beklagte darum als zum Theil unterliegend behandelt würde, weil er mit einem seiner Vertheidigungsmittel nicht durchgedrungen, wenn auch mit den anderen. War die Opposition gegen den Restitutionsantrag keine grundlose, so wird sie dem in der Hauptsache siegreichen Opponenten zu Gute gehalten werden müssen, wenn auch dem Restitutionsantrage stattgegeben wurde (vgl. §. 22).

Der Wiedereinsetzungsgrund wegen schlechter Vertretung ist für das Bagatellverfahren mit Recht beseitigt.¹¹⁷⁾

Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz.

§. 29.

Verantwortlichkeit des Siegers auf den dem Besiegten schuldhaft verursachten Mehraufwand.

Nichterstattung eines vermeidlichen Aufwandes, insbesondere auf zwecklose Processhandlungen, ist die eine Schranke gegen die Rücksichtslosigkeit des Siegers. Aber sie ist nur ein halber Schutz; sie mindert wohl den Umfang der Ersatzpflicht, aber behebt nicht den in Folge jener zwecklosen Processacte gemachten Gegen Aufwand des Besiegten. Denn regelmässig ruft jede Action des einen Processtheiles eine Gegenaction und damit einen Gegen Aufwand des andern hervor, daher sich nunmehr die weitere Frage aufdrängt: ist blos dem Sieger für den auf nicht zweckentsprechende Processacte gemachten Aufwand nicht Ersatz zu leisten, oder ist ihm auch der Ersatz des dadurch erregten Gegen Aufwandes aufzulegen?

Für diese Frage findet sich in dem geltenden Processkostenrechte keine Antwort. Zu ihrer, wie zur Lösung so mancher anderen Frage unseres Gegenstandes ist auf die Grund-

¹¹⁷⁾ Die Hilfe wider die *culpa procuratoris* im Prozesse liegt in der Mandatsklage wider den Vertreter. Die Rücklösung der durch diesen Namens und Vollmachten der Partei gesetzten nachtheiligen Processacte ist eine Verletzung anerkannter Grundsätze des materiellen Rechts über das Mandat (a. b. G. 1012, 1017), die Rücksichten der Billigkeit nicht zu rechtfertigen vermögen.

sätze des materiellen Schädenrechtes zurückzugreifen, welches überhaupt die subsidiäre Ergänzungsquelle des Kostenrechts bildet.

Der Process ist Mittel zum Zweck. Durch diesen bestimmt sich sein Inhalt und Mass. Harmonie zwischen beiden liegt vor, wenn beide sich decken, ein Excess jenes über diesen, wenn das Mittel über den Zweck hinausgeht und der schliesslich obsiegende Theil zwecklose d. i. solche Processhandlungen einflücht, welche die Erreichung des Processzweckes nicht fördern. Soweit solche Processhandlungen freilich in entschuldbar-vermeintlicher Annahme ihrer Zweckgemässheit, d. i. ihres Erfolges gesetzt werden, müssen sie (wie an früherer Stelle (§. 22) ausgeführt) dem Obsieger zu Gute gehalten werden. Dafern sie aber dieses Charakters entbehren, sind sie eine an dem besiegten Gegner begangene und zu sühnende Widerrechtlichkeit. Demnach muss es als ein, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochenes, so doch nicht minder geltendes Axiom erklärt werden, dass der Processapparat nur soweit ein erlaubtes Mittel sei, als dessen Entfaltung zur Durchsetzung des Angriffs- oder Vertheidigungszweckes wirklich nothwendig ist oder doch mit Grund dafür gehalten wird. Ist diese Schranke überschritten, wird der Process ein schuldhaftes Unrecht wider den Besiegten, sowie die Selbsthilfe (Nothwehr) durch den Angriffs- oder Vertheidigungsexcess in's Unrecht umschlägt und verantwortlich macht. Kein Zweifel daher, dass der Sieger nicht blos den durch seine Chicane sich aufgeladenen Aufwand selbst zu tragen, sondern auch den dadurch provocirten Gegenaufwand dem Besiegten zu erstatten hat.^{118) 119)}

¹¹⁸⁾ Richtig weist ein älterer Gelehrter (*Scaecia* bei Weber Note 24) auf die *culpa vel malitia victoris* hin. Vgl. *Cap. 1 pr: in 6^{to} de restitut. spoliat. 2, 5; cap. 1 in 6^{to} de exc. 2, 12; cap. 5 X de dolo et cont. 2, 14*. Auch bair. G. O. cap. 17 §. 4 (dazu Wendt, Handbuch I. 191); Renaud 702; Endemann 510, Note 32; Han. P. O. §. 47 (dazu Leonhardt S. 45).

¹¹⁹⁾ Weder das geltende Processkostenrecht noch der Entwurf enthält eine ausdrückliche Bestimmung in dieser Richtung. Obwohl nun darum das Gesagte nicht minder auch nach dem Entw. gilt, so erachte ich es doch der grösseren Deutlichkeit wegen und namentlich als sicheren Stützpunkt für die Praxis für angemessen, der Haftung des Siegers insbesondere zu erwähnen, wie dies auch in der R. C. P. O. geschehen (§. 91: „Die Kosten eines ohne Erfolg

Eine Ausnahme möchte jedoch dann zu machen sein, wenn der Besiegte in der Hauptsache Calumniant ist. Es hindert ja diesen diesfalls nichts, den durch das chicanöse Verhalten des Gegners octroyirten Aufwand durch Fallenlassen der unge-rechten Processführung von sich abzuwenden!¹²⁰⁾

Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz.

§. 30.

Kostenersatz bei theilweisem Obsiegen.

1. Gegenstand des Ersatzes können nur jene Kosten sein, die zur Er kämpfung des Anspruchs, soweit er berechtigt war, aufgewendet wurden. Nicht blos aber, dass die mit dem aberkannten Anspruchstheile zusammenhängenden Kosten zum Nachtheile des Klägers abzuschlagen sind, sind ihm hiezu noch von des Beklagten Kosten jene zur Erstattung aufzulegen, welche zur Abwehr des Anspruchsexcesses aufgewendet erscheinen.¹²¹⁾ So wäre denn bei theilweisem Obsiegen zu Gunsten jeder Partei ein Kostenadjudicat zu fällen. Doch hat der Richter die sich so gegenübertretenden Ansprüche von Amtswegen zu compensiren, wodurch sie gegenseitig aufgehoben werden, wenn sich nicht für die eine Partei ein Ueberschuss ergibt. In der Urtheilssentenz kommt nur das Resultat der Compensationsoperation zum Ausdruck.¹²²⁾

gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt“).

¹²⁰⁾ Es sind also solchen Falls weder die Kosten des chicanösen Zwischenactes noch die dadurch erregten Gegenkosten für den Einen oder Anderen in Anschlag zu nehmen. Man könnte geneigt sein, hier eine Art *compensatio doli* anzunehmen. Dies wäre aber durchaus unzutreffend. Das chicanöse Handeln des Obsiegers würde damit exculpirt und folgegемäss wäre ihm der darauf gemachte Aufwand zu ersetzen, was doch offenbar verwerflich wäre und Unrecht mit Unrecht bekämpfen für erlaubt erklären hiesse.

¹²¹⁾ Die Regel: bei theilweisem Obsiegen und Unterliegen seien die Kosten verhältnissmässig zu theilen (aufzuheben), ist nur eine Anwendung des Satzes, der unterliegende Theil habe (sc. so weit er unterliegt) des Gegners Kosten zu ersetzen. Endemann, 509 Note 29 und: Der deutsche Civilprocess. Erläuterungen. S. 395, Abs. 1.

¹²²⁾ Es ist daher unbegründet, wenn Menger, Grünhut's Zeitschrift, VII. 661 Note 26 den Ausdruck: Compensation der Processkosten als unpassend schlechthin verwirft, „weil es gerade am wichtigsten Momente, nämlich an zwei

2. Allein die scharfe Theilung der beiderseitigen Kosten nach dem angedeuteten Gesichtspunkte ist regelmässig unmöglich; es muss genügen, derselben annähernd nahezukommen. Das Mass des Erfolges wird zu dem Behufe nicht immer der richtige Theilungsschlüssel sein. Ueberhaupt gestattet die Grösse des Erfolges an sich noch gar keinen Schluss auf die Höhe des correspondirenden Aufwandes. Dessen sei um so nachdrücklicher erinnert, als die mechanische Kostentheilung nach dem Bequemlichkeitsschlüssel des Erfolges sich nur zu gerne dem richterlichen Ermessen aufdrängt. Immer wird die sorgfältige Prüfung der Frage, ob die Geltendmachung des Anspruchstheiles mit dem Kläger unterlag, mehr oder weniger erheblich zur Mehrung der beiderseitigen Kosten beigetragen, das richterliche Ermessen vornehmlich¹²³⁾ (wenn auch nicht allein) zu bestimmen haben. „Unterliegt die Partei mit einem verhältnissmässig geringfügigen Theile, dessen Geltendmachung besondere Kosten nicht veranlasst hat“, so kann der Gegenpartei auch der volle Kostenersatz auferlegt werden (§. 25 Proc. Nov.).¹ Hieraus folgt: unterliegt sie zu einem verhältnissmässig nicht mehr geringfügigen Theile, so ist keinesfalls auf vollen Kostenersatz mehr zu erkennen, möchte auch die Geltendmachung des aberkannten Theiles besondere Kosten nicht veranlasst haben. Dem Gesetze (§. 25 cit.) ruht daher der Gedanke inne, dass bei Theilung der Kosten auch der Erfolg einen Mitbestimmungsfactor des richterlichen Ermessens zu bilden habe.

sich entgegenstehenden Forderungen mangle“. Zu weit ging allerdings die Anwendung des Ausdruckes bei den älteren gemeinrechtlichen Processualisten, wenn sie im Anschluss an den Sprachgebrauch der deutschen Reichsgesetze (vgl. z. B. Concept der K. G. O. III. 59, §. 9) mit demselben die Entbindung des besiegt redlichen Streiters vom Kostenersatz bezeichneten, während er, wie schon ein älterer Schriftsteller (Faber bei Weber, S. 150, Note 4) zutreffend hervorhebt, doch nur für den Fall theilweisen Obsiegens am Platze ist. A. u. W. G. O., Proc. Nov., Entw. u. R. C. P. O. gebrauchen den Terminus „Aufhebung der Processkosten“ (Gerichtskosten), der im Grunde nichts Anderes denn eine Uebersetzung des Ausdruckes Compensation ist (vgl. a. b. G. 1438, verb.: . . . „so entsteht . . . eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation)“.

¹²³⁾ Ich kann daher Menger a. a. O. S. 661 nicht völlig beipflichten, wenn er das Mass, in welchem jede Processpartei obgesiegt hat oder unterlegen ist, als den wichtigsten Gesichtspunkt für die Vertheilung der Kosten bezeichnet.

3. Darf man im Allgemeinen vom Kläger mit Recht und bei sonstiger Einbusse an Kosten verlangen, dass er seinem Anspruche die richtige Grenze stecke, so muss ihm doch billigerweise ein gewisser Spielraum ohne Kostenopfer in Fällen eingeräumt werden, wo die Höhebestimmung einer Forderung vom richterlichen oder dem Ermessen von Sachverständigen oder gegenseitiger Berechnung abhängt.¹²⁴⁾ Doch ist zu unterscheiden. Hat der Beklagte den Anspruch nur *in quanto* bestritten, ist also gerade der vom Kläger gemachte Höhenansatz der Kosten zeugende Conflictspunkt, so muss jede Moderirung desselben auch im Kostenspruch proportionalen Ausdruck finden.¹²⁵⁾ Andernfalls, d. i. wenn auch der Forderungsbestand bestritten ist und nicht daneben auch der Kampf um die Höhe einen namhaften Inhalt der Verhandlung bildet, wird der Richter selten die Moderirung des Anspruchs zum Anlass einer Minderung der klägerischen Kosten zu nehmen haben.¹²⁶⁾ Besonders hervorzuheben sind noch Entschädigungsansprüche aus Verschulden. Die Unbestimmtheit des Schadens und der daraus erwachsende Nachtheil, dass jener meist der processualen Schätzungsprocedur unterworfen werden muss, hat hier der Beklagte ebenso zu verantworten, als den Schaden selbst. Die Schätzungsnothwendigkeit fliesst aus der Natur des Anspruchs; dieser aus dem Verschulden seines Urhebers; so müssen denn nach allgemeinen Grundsätzen des Schädenrechtes auch die Schätzungskosten auf diesen fallen, mögen sie aussergerichtliche¹²⁷⁾ oder gerichtliche sein.¹²⁸⁾ Die Schadenshöhe

¹²⁴⁾ G. U. W. Nr. 1517, 3068, 3552, 6501, 7036. Vgl. auch Entw. §. 253; R. C. P. O. §. 88 und schon die Hannover'sche Processordnung: Leonhardt, §. 47.

¹²⁵⁾ Mit Ausnahme von Entschädigungsansprüchen. S. das Folgende im Texte.

¹²⁶⁾ Vgl. auch Nippel, Erläuterung der allg. G. O. S. 472, Z. 5. In G. U. W. Nr. 6501 wurden trotz Herabsetzung der in der Höhe von 150 fl. beehrten actorischen Caution auf 40 fl.; in G. U. W. Nr. 7036 selbst trotz Reduction eines wegen grundlos erwirkten provisorischen Personalarrestes in der Höhe von 16.000 fl. gestellten Genugthuungsbegehrens wegen Schimpf und Schande auf 300 fl. (!) die Processkosten voll zugesprochen.

¹²⁷⁾ G. U. W. Nr. 1307.

¹²⁸⁾ Sie sind „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge“ mit Schadensansprüchen verbunden (§. 1293 a. b. G. B.).

bestimmung ist eine Sache des Ermessens. Es ist unmöglich oder nur zufällig möglich, dass die Aestimation des Beschädigten das richterliche Ermessen anticipirend treffe, und daher thatsächlich ein von vorneab quantitativ unbestimmter Anspruch, der zur Judicatur unterbreitet wird. Es muss dem Beschädigten zu Gute gehalten werden, dass er in dem Schätzungsprocesse alle Factoren zur Geltung bringe, welche nur irgendwie geeignet sein können, auf das richterliche Ermessen mitbestimmend einzuwirken; möchte es dann auch dem Beklagten gelingen, das Gewicht des einen oder anderen durch das entworfenene Gegenbild abzuschwächen. Die Processkosten des Schadensklägers sind nichts als eine weitere Schadensfolge. Unter diesem Gesichtswinkel¹²⁹⁾ muss ihr Zuspruch umfänglich erfolgen. Von demselben aus sind dem beschädigten Kläger alle Kosten zuzubilligen, deren Aufwendung nicht auf von vorne herein als erfolglos erkennbare processuale Acte geschah, d. i. in Ansehung deren ihm kein Verschulden imputirt werden kann.¹³⁰⁾ Die Moderirung des Schadens- (Genugthuungs-) Ansatzes begründet an sich ein solches noch nicht. Theilweises Unterliegen des Schadensklägers darf demnach hier kein Kostentheilungs- und Aufhebungsgrund sein.¹³¹⁾ Soweit sein Verhalten im Processe kein schuldhaftes (chicanöses) ist, hat er die Kosten des Beklagten nicht zu verantworten.¹³²⁾

IV. CAPITEL.

Die Processkosten in der Rechtsmittelinstantz.

Die Behandlung des Kostenpunktes bei Einlegung eines Rechtsmittels gestaltet sich verschieden in Appellations- (Revisions-), Recurs- und Nichtigkeitsfällen.

¹²⁹⁾ Nicht dem des §. 25 C. P. N.

¹³⁰⁾ Vgl. die zutreffenden Ausführungen von Kompass, Jurist., 3. Bd., 71 flg. über einen einschlägigen Fall.

¹³¹⁾ A. A., wie es scheint, Menger (a. a. O. S. 661 und Note 28).

¹³²⁾ Die in Note 126 citirten Entscheidungen fussen auf dem verfochtenen Standpunkte; man könnte ihnen ungetheilten Beifall zollen, wenn das richtige Gefühl, dem sie entsprungen, sich zu schärferer Begründung abgeklärt hätte.

A) Im Appellations- (Revisions-) Verfahren.¹³³⁾

§. 31.

Die Einlegung der Appellation devolvirt den Process an den Obergericht, der nunmehr an Stelle des Unterrichters in den Rechtsstreit und die Befugniss, ihn zu entscheiden, tritt. Nochmals verfechten die Parteien ihren bisher festgehaltenen Standpunkt, bekämpfen, beziehungsweise vertheidigen das Unterurtheil, erörtern oder kritisiren die Processlage: ein letzter Ueberzeugungsversuch. Daraus ergibt sich: das durch die Appellation hervorgerufene Verfahren ist kein selbstständiger Neben- (Zwischen-) Streit, sondern die Wiederaufnahme und Fortsetzung der Hauptsache, und das eingelegte Rechtsmittel einfach ein weiterer Rechtsverfolgungs- (Rechtsvertheidigungs-) Act¹³⁴⁾ in dem hängenden Processe, dem es sich als neue Partei-rede integrirend einflucht und anreicht. Schluss- und Convergierungspunkt des ganzen Processes wird nun das Appellationsurtheil, welchem gegenüber das angegriffene Urtheil kraft des Devolutiv- und Suspensiveffectes des eingelegten Rechtsmittels zu nicht mehr als einem logischen Informativdocument, einer kritischen Vorarbeit herabgedrückt und formal definitiv hinfällig geworden ist. Selbst wenn das Appellationsurtheil bestätigend lautet, gelangt formal nicht das Unterurtheil wieder zu Kräften. Jenes ist in jedem Falle ein selbstständiges, neues, wenn auch nicht inhaltlich anderes. Die Bestätigung des ersten Urtheils ist nicht im Sinne ratihabirender Genehmigung, sondern als Urtheilsneuschöpfung zu betrachten, bei deren Formulirung nur der Kürze und Einfachheit halber auf das erste Urtheil verwiesen wird.

Dies vorangeschickt, kann über das Princip der Behandlung der Rechtsmittelkosten kein Zweifel walten: sie theilen das Schicksal der übrigen Processkosten, gehen in denselben auf, und das zufällige Moment, dass sie in der höheren Instanz auflaufen, drückt ihnen keine Eigenart auf. Wenn es heisst, der unterliegende Theil habe dem Gegner die Kosten zu ersetzen, so umfasst schon diese Formel auch

¹³³⁾ Was für die Appellationskosten, gilt auch für die Revisionskosten.

¹³⁴⁾ Vgl. auch die Motive in G. U. W. 7249.

die Kosten der Rechtsmittelinstanz; denn unterliegend ist, wer in letzter Instanz unterlegen.¹³⁵⁾ Demgemäss wäre es eigentlich unnöthig, von den Kosten der Rechtsmittelinstanz noch insbesondere zu handeln und dafür lediglich auf die allgemeinen Ersatzgrundsätze zu verweisen. Nur weil über diese Kostensorte mancher Irrthum noch im Umlauf ist und sich bei ihr sonst ungewöhnliche Complicationen ergeben können, rechtfertigt es sich, darauf noch näher casuistisch einzugehen.

1. Appellant obsiegt (mit der Appellation und in der Hauptsache): es sind ihm seine Processkosten sammt und sonders, somit auch die Kosten der Rechtsmittelinstanz zuzuerkennen.

2. Appellant unterliegt mit der Appellation, obsiegt aber trotzdem in der Hauptsache. Dieser Fall kann sich bei Anfechtung eines durch Eid bedingten Endurtheils ergeben, wenn die unbedingte Condemnation oder Absolution an Stelle der bedingten oder eine Aenderung in der Formulirung des Eides-thema's erwirkt werden will, die Appellation verworfen wird, schliesslich sich aber die Bedingung doch zu Gunsten des Appellanten erfüllt. Vor Allem mag betont werden, dass einer legislativen Bestimmung, welche die durch ein ohne Erfolg eingelegtes Rechtsmittel hervorgerufenen Kosten jederzeit den Interponenten tragen liesse, aus präventiver Rücksicht beizupflichten wäre. Dem geltenden Kostenrecht fehlt eine ähnliche Bestimmung.¹³⁶⁾ Andererseits steht nach demselben fest, dass der Kostenpunkt der Rechtsmittelinstanz nicht nach dem Fusse eines Nebenstreites d. i. dem Erfolg oder Misserfolg des Rechtsmittels, sondern stets im Hinblick auf den Erfolg in der Streitsache zu reguliren ist. Nun haben wir bereits früheren Orts (§. 22) dem Grundsatz Ausdruck gegeben, dass auch die Kosten jener Processacte (Angriffs-Vertheidigungsmittel) dem Sieger zuzubilligen sind, die zwar erfolglos waren, doch

¹³⁵⁾ Vgl. Proc. Nov. §. 26 und dazu die Spruchrepertorial-Entscheidung G. U. W. 5736: für „die Appellations- und Revisionskosten ist . . . nur das Obsiegen oder Unterliegen in der Hauptsache, nicht . . . der Erfolg der Beschwerdeführung . . . massgebend . . .“

¹³⁶⁾ Ebenso dem Entwurf. Vgl. jedoch R. C. P. O. §. 92, Abs. 1. Dazu Endemann, der deutsche Civilprocess. Erläut. 400, 401.

aber von ihm entschuldbar für zweckmässig gehalten wurden, wohingegen dieselben ihm abzuerkennen (nicht mitzuliquidiren), ja die correspondirenden Gegnerkosten ihm aufzubürden seien, wenn dies nicht der Fall, sondern ein Act partieller Chicane vorliegt. Damit ist die Regulirung des Kostenpunktes im gegebenen Appellationsfalle vorgezeichnet. Der muthwillige Appellant ist unter Abspruch seiner Kosten sofort und unbedingt in den Ersatz der Appellations-Einredekosten zu condemniren. Wo dagegen die Appellationsführung durch eine *justa causa appellandi* entschuldigt ist, sind dem Appellaten die Einredekosten stets nur bedingt zuzuerkennen. Was die Kosten des Appellanten belangt, sind sie entweder abzuerkennen oder wo die Actenlage die Appellationsführung als Act unvermeidlicher Vorsicht geboten erscheinen lässt, sogar bedingt zuzubilligen.¹³⁷⁾

¹³⁷⁾ Unrichtig, weil zu weit, ist daher das oberstgerichtliche Judicat im Judicatenbuch Nr. 96 (in G. U. W. Nr. 5960; G. Z. 1876 Nr. 2): Dass der Partei, welche gegen ein durch Eid bedingtes Urtheil die Appellation oder Revision ohne Erfolg ergriffen hat, der Ersatz der der Gegenpartei hiedurch verursachten Appellations- oder Revisionskosten ohne Rücksicht auf das Ergebniss der Beweisführung aufzuerlegen ist. Man nehme nur den Fall, dass der Appellant den Beweis in der Unterinstanz noch durch andere Beweismittel, als durch den Haupteid, versucht habe, und dass es zweifelhaft, ob der Beweis nicht schon als durch diese erbracht anzunehmen sei. Kann bei solcher Lage der Partei zugemuthet werden, sich ohne weiters der ungewissen Chance der Beweisführung durch den Haupteid auszusetzen, ohne erst die Autorität des Oberrichters angerufen zu haben? Muss nicht vielmehr gesagt werden: sie habe *justa causa appellandi* für sich? Wenn nicht bezweifelt werden kann, dass dem Sieger die Kosten z. B. eines ohne Erfolg, doch nicht ohne entschuldbaren Grund, geführten Zeugenbeweises mit den übrigen Kosten zuzuliquidiren seien, warum nicht auch jene einer zwar ohne Erfolg, doch nicht ohne entschuldbaren Grund eingelegten Appellation? Wer liesse aber gar sich beifallen, in dem angegebenen Zeugenbeweise nicht blos die Kosten des Beweisactes dem Beweisführer nicht mitzuliquidiren, sondern umgekehrt die correspondirenden Gegenkosten dem Gegner zu adjudiciren, bzw. zu dessen Gunsten in Abschlag zu bringen? Das Judicat, welches die vorerflossene Spruchrepertorial-Entscheidung (Spruchrepertorium Nr. 79, G. U. W. 5736): „Bei der Entscheidung . . . über die Appellations- und Revisionskosten . . . ist nur das Obsiegen oder Unterliegen in der Hauptsache, nicht aber der Erfolg in der Beschwerdeführung als massgebend zu betrachten“ — auf ihr richtiges Mass einschränken will, schiesst daher selbst weit über das Ziel. Das Judicat verletzt die gleichberechtigte, paritätische Stellung der Parteien; denn bei erfolgloser Appellation sollen dem Appellaten

3. Appellant obsiegt in erster Instanz nur zu einem Theile; in Betreff des anderen unterliegt er auch in der Appellationsinstanz. Hier ist eine doppelte Möglichkeit gegeben: a) Es appellirt nur ein Theil; b) es appelliren beide Theile. Im Falle sub a) setzt sich der Rechtsstreit in zweiter Instanz nur zum (angefochtenen) Theile fort, zum anderen ist er bereits in der Unterinstanz zu rechtskräftigem Abschluss gediehen. Die bei solcher Lage fruchtlos eingelegte Appellation begründet ein vollständiges, nicht theilweises Unterliegen des Appellanten (vgl. G. U. W. 5736, Motive *in fin.*): es haben ihm die Gesamtkosten der Rechtsmittelinstanz zur Last zu fallen. Im Falle sub b) setzt sich dagegen der Rechtsstreit im ganzen Umfange *in appellatorio* fort. Nun mögen beide Appellationen muthwillig eingebracht sein: dann sind beiden Appellanten die Einredekosten zuzuerkennen, und wenn sie sich die Wage halten, zu compensiren. Oder es kommt beiden Appellationen entschuldbare *ratio litigandi* zu Statten: dann

die Kosten unbedingt, hingegen bei erfolgreicher dem Appellanten seine Kosten nur bedingt zugesprochen werden. Es behandelt im ersten Falle das Appellationsverfahren auf dem Fusse eines (für sich zu beurtheilenden) Neben- (Zwischen-) Streites, in dem anderen als integrierenden Theil der Hauptsache. Irrig wie der Tenor, ist auch die Motivirung des Judicats. Denn wenn diese sich darauf beruft, „dass nach §. 26 (Proc. Nov.) bei abändernden Entscheidungen der höheren Instanzen selbst eine Partei, welche bereits einen Spruch der unteren Instanz für sich hat, doch zum Gerichtskostenersatze in Gemässheit der §§. 24 und 25 verurtheilt werden kann, dass sonach (?) auch der günstige Erfolg des Urtheils in der Hauptsache der Verurtheilung des in der Hauptsache Obsiegenden zum Ersatze der durch seine ungegründete Beschwerdeführung dem unterliegenden Gegner verursachten Kosten nicht entgegenstehen kann“ — so ist diese Deduction ein aufliegender Fehlschluss und übersieht, dass §. 26 *in fin.* nicht disponiren, sondern (§. 400 a. G. O.) aboliren will. Und wenn die Motivirung fortführt: „dass der Kostenersatz das Mittel zur Hintanhaltung ungegründeter Streitführung sein soll“ (!?), so ist davon so viel richtig, dass ihm dieser Effect anhängt, falsch aber, dass dies Tendenz, Rechtsgrund der Erstattungspflicht sei. Der Kostenersatz wirkt präventiv, tendirt aber nicht Prävention. Der wahre Grund, dass in dem Judicatsfalle nach Umständen dem Appellanten die Gegnerkosten aufgelastet werden können und müssen, liegt in der wider den Appellaten geübten Chicane, in der bewussten Ueberschreitung des processualen Angriffs-Vertheidigungsmasses und der damit an dem Gegner begangenen Widerrechtlichkeit (a. b. G. §. 1295). Das Judicat macht das *de lege ferenda* Wünschenswerthe zur *lex lata*.

sind die beiderseitigen Rechtsmittelkosten auf dem Fusse und nach dem Schlüssel der übrigen Processkosten zu behandeln. Oder endlich: es erscheint nur eine Appellation als muthwillig interponirt, während die andere entschuldbaren Grund für sich hat: dann sind diesem Appellanten seine Einredekosten ganz, seine Appellationskosten hingegen nach dem Quotenverhältnisse der übrigen Processkosten zuzusprechen.

4. Appellant, in erster Instanz vollständig unterlegen, obsiegt, doch nur zum Theile: die Rechtsmittelkosten theilen den Repartitionsschlüssel der übrigen Processkosten.

5. Appellant ficht das seine vollständige Sachfälligkeit erkennende Urtheil nur im Kostenpunkte an und mit Erfolg. Vor Allem ist hier (wie sub 3a) gegenwärtig zu halten, dass nur über die Kosten noch der Streit forthängt, und derselbe daher selbständig und ohne Rückblick auf den Erfolg in der Hauptsache zu beurtheilen ist. Sodann ist bestimmend für den Fall das weitere Moment, dass der Anspruch auf Kostenersatz ein Entschädigungsanspruch ist, bei dessen Massbestimmung der Partei ein gewisser arbiträrer Spielraum gelassen und zu Gute gehalten werden muss. Stellen wir uns im gesteckten Falle auf den Standpunkt des Appellanten, so müssen wir sagen: seine Appellation gegen die Kostenhöhebestimmung sei in letzter Wurzel eine Folge der umfänglichen Unbestimmtheit, die jedem Schadensanspruch naturgemäss anhängt und für die er nicht minder verantwortlich zu halten sei, als für den Kostenschaden des Gegners selbst. In aller Regel haben somit die Kosten seiner Appellation auf seiner Schulter zu bleiben. Nur wenn die Appellation als schuldhaft erregt sich darstellt, z. B. durch Einstellung erdichteter Kostenposten oder durch die offenbare Exorbitanz der einzelnen Ansätze, ist dem Appellaten um desswillen der Ersatz der Appellationskosten aufzutragen. Ist der Appellation eine Einrede entgegengesetzt, so ist zu bemerken, dass, sowie in Entschädigungsprocessen eine mässige Herabsetzung des angenommenen Schadens noch kein Grund zur Kostenaufhebung¹³⁸⁾, auch die über eine Appellation verfügte Kostenmoderirung an

¹³⁸⁾ Vgl. überhaupt §. 30 sub 3.

sich noch kein Grund zur gegenseitigen Aufhebung der Kosten der Rechtsmittelinstanz ist.¹³⁹⁾

6. Ficht der in erster Instanz vollständig unterlegene Appellant das Urtheil zur Gänze an, erzielt aber nur im Kostenpunkt einen Theilerfolg, so hat er dem Gegner jedenfalls die Appellations-Einredekosten insoweit zu erstatten, als sie mit der Hauptsache zusammenhängen, während der mit der Anfechtung des Kostenpunktes verknüpfte Aufwand nach sub 5 zu behandeln wäre. Daraus wird aber regelmässig resultiren, dass die Einredekosten dem Appellaten ganz zu ersetzen seien, weil einerseits die Anfechtung des Kostenpunktes keinen erheblichen Theil der Kosten ausmachen wird, andererseits die Kostenansätze Sache freien Ermessens sind und dem Appellaten nicht zum Vorwurf gereichen kann, in seinen Ansätzen nicht gerade die dem Obergerichter convenirende Grenze getroffen zu haben. Von einem Zuspruch der Appellationskosten kann regelmässig keine Rede sein.¹⁴⁰⁾

B. In Recursfällen.

§. 32.

1. Die Kosten eines im Verlaufe eines Rechtsstreites ergriffenen Recurses. —

Es gilt für sie nichts Eigenthümliches. Ihr Zuspruch ist regelmässig von dem Erfolg der Hauptsache abhängig, mit deren übrigen Kosten sie zum Schlusse des Verfahrens mitzuliquidiren sind. Nur wo der processuale Anlass des Recurses eine Chicane des Gegners offenbart, sind sie von der Recursinstanz dem erfolgreichen Recurrenten unter Absehung von dem künftigen Ausgang der Sache sofort zu adjudiciren; und umgekehrt sind sie sofort (definitiv) abzuerkennen, wenn der (verworfenen) Recurs muthwillig eingelegt erscheint.

2. Die Kosten eines (erfolgreichen) Recurses gegen die ein Gesuch bewilligende Entscheidung,

¹³⁹⁾ In der Praxis scheint die Ansicht vorzuherrschen, dass bei erfolgreicher Appellation im Kostenpunkte jedenfalls die Rechtsmittelkosten gegenseitig aufzuheben, wo nicht dem Appellanten zuzusprechen seien. Vgl. die Motive in G. U. W. 6610. — Vgl. auch Entw. §. 256, Abs. 1 mit §. 253, Abs. 2; m. E. sind diese Bestimmungen des Entwurfes schon jetzt geltendes Recht.

¹⁴⁰⁾ Vgl. G. U. W. 6610.

der keine contradictorische Verhandlung (keine Anhörung des Recurrenten) vorherging. —

Mit Unrecht adjudicirt die Praxis (des obersten Gerichtshofes) in den einschlagenden Fällen die Recurskosten nicht.¹⁴¹⁾ Darum ist ihnen ein besonderes Wort zu widmen.

Argumentiren wir an dem concreten Falle in G. U. W. Nr. 6939. Der siegreiche Kläger begehrt *pendente appellatione* Execution zur Sicherstellung (a. G. O. §. 259). Das Begehren wird in erster Instanz bewilligt, in zweiter und dritter abgewiesen; doch werden dem Impetraten die Kosten des Appellationsrecurses (in dritter Instanz) nicht zuerkannt, „weil die Entscheidung über das Sicherstellungsbegehren nicht auf Grund eines vorausgegangenen contradictorischen Verfahrens erfolgt ist und daher (?) die Bestimmungen des Gesetzes vom 16. Mai 1874 R. G. B. Nr. 69 über den Kostenersatz hier nicht zur Anwendung kommen.“¹⁴²⁾ Aber ist denn nicht jenes Sicherstellungsbegehren durch den Appellationsrecurs in Streit gestellt worden? Hat nicht eben dadurch das Verfahren die contradictorische Structur mit Bitte und Gegenbitte, Rede und Widerrede, Gründen und Gegengründen gewonnen? Die Entscheidung des ersten Richters ist allerdings nicht auf dem Untergrunde eines litigiosen Verfahrens erflossen, wohl aber die des zweiten und dritten. Was noch nicht Rechtsstreit war in erster, wurde es in höherer Instanz.

Es liegt am Tage, dass es für den Kostenpunkt einer streitbegründenden Widerrede völlig gleich gelten muss, ob diese Widerrede schon vor dem Unterrichter oder erst in Form eines Recurses vor dem Obergerichter einem Gesuchsbegehren entgegengestellt wird. Vor diesem ist die Prämisse der Proc. Nov.: das Unterliegen des Impetranten in einem Rechtsstreit, gegeben und ohne Frage sind daher die Kosten eines siegreichen Recurses in Fällen wie den hier gedachten, ausnahmslos zuzuerkennen.

¹⁴¹⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 5841, 6939.

¹⁴²⁾ Aehnlich auch die Motive in der vorcirtirten Entscheidung G. U. W. 5841. Vgl. auch die Motive in G. U. W. 6635 und die Kritik dieser Entscheidung §. 47 sub 4, Note.

C. Der Kostenpunkt in Nichtigkeitsfällen.

§. 33.

Die Frage, wie der Kostenpunkt eines nichtigen Processverfahrens zu reguliren sei, ist auf sich selbst gestellt: weder der gemeine noch der österreichische Process¹⁴³⁾ bestimmen darüber, noch ist sie m. W. wissenschaftlich untersucht.¹⁴⁴⁾ Und doch zeigen die schwankenden Entscheidungen der Praxis, dass ihre Lösung nicht immer an der Oberfläche liegt. Die Antwort gestaltet sich verschieden, je nachdem die Nichtigkeit eine verschuldete oder (unverschuldete) partielle oder (unverschuldete) totale ist.

1. Die Nichtigkeit ist durch den Richter oder die Partei verschuldet. —

Nach allgemeinen Grundsätzen (a. b. G. B. §. 1295) sind hier die Kosten des nichtigen Verfahrens dem Schuldträger aufzulegen. Betreffs des schuldigen¹⁴⁵⁾ Richters verfügen die Gerichtsordnungen ausdrücklich (§. 264 A. 345 W. G. O.). Doch hat berichtliche Vernehmung des Richters vorauszugehen.¹⁴⁶⁾ Das Verschulden des Richters muss in einer zur Begründung der Syndicatsklage (Ges. v. 12. Juli 1872, Nr. 112 R. G. B. zu Art. 9 des St. G. G. v. 21. Dec. 1867, Nr. 144 R. G. B.) geeigneten Pflichtverletzung bestehen.¹⁴⁷⁾ Die

¹⁴³⁾ Abgesehen von dem Fall eines mitspielenden Verschuldens.

¹⁴⁴⁾ Auch von Fischer „Lehre von der Nichtigkeit der Civilurtheile“ präterirt.

¹⁴⁵⁾ Die A. G. O. §. 264 weist zwar den oberen Richter an, dem unteren jedesmal den Ersatz der Kosten des cassirten Verfahrens aufzutragen, indess ward nie bezweifelt, dass Verschulden des Richters zu unterstellen sei. So ausdrücklich die W. G. O. §. 345. Vgl. Wetzell §. 60, Note 128 und die dort angeführten.

¹⁴⁶⁾ Dies bestimmt zwar nur die W. G. O. (§. 345), hat aber offenbar auch nach der A. G. O. zu geschehen. Wetzell §. 60, Note 127; Mynsinger Obs. III, 82.

¹⁴⁷⁾ Das Gesetz über die Syndicatsklage hat zwar nur auf einen durch den Richter zugefügten Schaden Bezug, „gegen welchen die in dem gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmittel eine Abhilfe nicht gewähren“; indess versteht es sich von selbst, dass die Verantwortung des Richters auch in diesen anderen Fällen nur mit dem Schuldmassstabe der Syndicatsklage gemessen werden kann; es wäre absurd, die Verantwortung des Richters verschieden zu spannen, je nachdem sie in einem selbstständigen Process verfolgt werden muss oder nicht. Da das Gesetz über die Syndicatsklage über den Grad des von dem Richter

Parteien sind vom Oberrichter zur Vorlage ihrer belegten Kostenverzeichnisse innerhalb einer gesetzten Präclusivfrist anzuweisen (Hofd. v. 10. Mai 1784, Nr. 286 und v. 14. Nov. 1785, Nr. 494 J. G. S. §. 345 W. G. O.). Die Geltendmachung des Schadensanspruches im selbstständigen Processwege der Syndicatsklage ist unzulässig (§. 1 des cit. Gesetzes über diese Klage). Dem in den Kostenersatz condemnirten Richter steht der Recursweg offen (Hofd. v. 22. April 1796, Nr. 293 und v. 15. Jänner 1787, Nr. 619 J. G. S. §. 348 W. G. O.).¹⁴⁸⁾

zu prästirenden Verschuldens nichts bestimmt, ist nach allgemeinen Grundsätzen auch Versehen (*culpa levis*) zu verantworten (a. b. G. §§. 1294, 1295, 1297, 1302, 1324, 1332), was im gemeinen Process strittig ist (Wetzell, §. 36, Note 14). Der kategorischen Fassung des §. 264 A. G. O. kommt diese Schuldgrenze nur entgegen, während sie andererseits auch das „offenbare Verschulden“ der W. G. O. (§. 345) auf sein richtiges Mass zurückleitet.

¹⁴⁸⁾ Der Entwurf enthält eine Bestimmung, dass bei Verschulden des Richters dieser in die Kosten des nichtigen Verfahrens zu condemniren sei, nicht. §. 256, Abs. 3 lässt die Kosten eines aufgehobenen Verfahrens ausser dem Falle eines Parteiverschuldens gegenseitig aufheben. Damit ist der Richter der Verantwortung des durch ihn verschuldeten Processkostenschadens entledigt, was im Widerspruch mit der durch das Staatsgrundgesetz (über die richterliche Gewalt Art. 9) statuirten Verhaftung richterlicher Beamter für „in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit verursachte Rechtsverletzungen“ steht. Diese Verhaftung des Richters ist eine ausnahmslose und zu deren Verwirklichung entweder der Rechtsmittel- oder (wenn dieser nicht beschreibbar) der (selbstständige) Klageweg eröffnet. Oder sollte die Absicht des Entwurfes nur dahin gehen, ein Kostenjudicat wider den Richter im hängenden Prozesse abzuschneiden, damit aber der Syndicatsklage auf Ersatz der verursachten Kosten nicht präjudiciren zu wollen? Zweifel zu beseitigen würde es sich wohl empfehlen, dies ausdrücklich anzudeuten; doch verstösse es gegen alle Processökonomie, den Parteien zuzumuthen, ihren Ersatz erst im Wege eines beschwerlichen Syndicatsprocesses zu suchen, während das Ersatzjudicat unter Einem mit der Cassation des Verfahrens gefällt werden kann. Wenn der Entwurf anderen Orts den Grundsatz aufstellt, dass der durch Verschulden dritter am Prozesse Betheiligter bewirkte Mehraufwand sofort diesen aufzulegen sei (Zeugen: Entwurf §. 378; Sachverständige: §. 399), so wäre es nur consequent, daran auch betreffs des Richters und damit an einer historischen Maxime festzuhalten, deren Wurzel bis in den römischen Process zurückreicht [(l. 13, §. 6 *Cod. de jud.* 3, 1) und die eine nicht gering anzuschlagende Gewähr für ein pflichtgemässes, sorgliches Verhalten des Richters bei der Processleitung und Entscheidung bietet. — Zwar hat auch die R. C. P. O. die Kostenhaftpflicht der Richter „nach vergeblichen Versuchen fallen gelassen“ (§. 97 R. C. P. O., Endemann, Erläuterungen I, 407), aber der österr. Gesetzgeber ist durch das Staatsgrundgesetz gebunden.

Aber auch die Partei, welche den Nichtigkeitsgrund verschuldet, ist erstattungspflichtig.¹⁴⁹⁾ Die verursachte Nichtigkeit ist eine processwidrige Störung des ordnungsmässigen Verfahrensganges, auf den die Gegenpartei unter allen Umständen gesetzmässigen Anspruch hat, somit eine wider diese begangene Widerrechtlichkeit, deren zurechenbare Bewirkung verantwortlich macht.

2. Die Nichtigkeit ist eine (von keiner Seite verschuldete) partielle d. i. nur einem Theile des Verfahrens anhaftende. —

Solchenfalls ist der Spruch über die mit dem cassirten Theile des Verfahrens verknüpften Kosten (einschliesslich jener der Rechtsmittelinstanz) zu suspendiren und ihr Schicksal von dem späteren Erfolg in der Hauptsache abhängig zu machen.¹⁵⁰⁾ Schon anderen Orts (§. 22) wurde der Grundsatz ausgesprochen und begründet, dass dem Sieger im Prozesse nicht blos der wirklich zweckmässige d. h. der Aufwand auf jene Processhandlungen, welche (direct oder indirect) zur Erzielung des Processerfolges beigetragen, sondern auch der nicht ohne Grund für zweckmässig gehaltene, wenn auch sodann erfolglos gebliebene Aufwand jederzeit zu ersetzen sei. Ein Anwendungsfall dieses Grundsatzes liegt auch hier vor. Man stelle zwei Processfälle vergleichend gegenüber, in deren beiden Kläger einen Zeugenbeweis führt. In dem einen bleibt der Zeugenbeweis erfolglos, in dem anderen werde die Beweisprocedur wegen Formwidrigkeit annullirt. Doch siege der Kläger schliesslich dennoch in beiden Processen: in dem einen mit Hilfe eines subsidiär noch deferirten Haupttheides, in dem anderen nach formgerechter Erneuerung des Beweisverfahrens. Es steht fest, dass trotz Erfolglosigkeit des Beweisactes im ersten Falle dem Kläger die daran hängenden Kosten unter den übrigen Kosten mitzujudiciren sind, dafern er den Misserfolg nicht voraussehen konnte. Liegt aber im Kostenpunkte der zweite Fall nicht wie der erste? In beiden war der Beweisact

¹⁴⁹⁾ Entw. §. 256, Abs. 3 bestimmt dies ausdrücklich; in den Gerichtsordnungen fehlt eine bezügliche Bestimmung.

¹⁵⁰⁾ Der Entwurf verfügt verkehrterweise die gegenseitige Aufhebung der Kosten in solchem Falle (§. 256, Abs. 3).

erfolglos, dort überhaupt, hier der erste; nur dort wegen Insufficienz der Beweise, hier des Beweisverfahrens. Die verschiedene Natur des Erfolglosigkeitsgrundes fällt für den Kostenpunkt ausser Gewicht, wenn kein Verschulden mitspielt.

3. Die Nichtigkeit ist eine totale d. i. dem Verfahren *ab initio* anhaftende.¹⁵¹⁾ —

a) Im Allgemeinen. Der Kostenpunkt eines cassirten total nichtigen Processverfahrens gewinnt durch den Umstand ein Eigenthümliches, dass seine Regulirung nicht suspensibel und wenn überhaupt, mit der Cassationsverfügung erfolgen muss. Es fehlt nämlich in Fällen dieser Art die Möglichkeit, bis zum späteren Erfolg in der Hauptsache den Kostenspruch auszusetzen. Denn ein mit solchem Mangel behaftetes Verfahren wird vollständig rückgelöst und durch die Cassation schlechthin abgethan; und wird selbst dieselbe Streitsache unter Sanirung des vorbestandenen Mangels wieder anhängig gemacht, so liegt doch ein völlig neuer Rechtsstreit, keine Erneuerung oder Fortsetzung des früheren vor. Der total nichtige Process ist eine Streitsache für sich und mit seinem Kostenpunkte auf sich selbst gestellt. Wie ist über diesen zu judiciren?

Argumentiren wir an der Hand eines concreten Falles.

Ueber eine Administrativsache wurde das civile Processverfahren eingeleitet. Der Mangel wird erst vom höheren Richter aufgedeckt: das Verfahren von Amtswegen aufgehoben. Die Parteien haben nur in der Sache gehandelt und der Beklagte den obwaltenden Mangel nicht gerügt. Dem ersten Blick dünkt es naturgemässest, die Kosten eines also cassirten Verfahrens gegenseitig aufzuheben: scheint doch von einem Obsiegen oder Unterliegen keines Theiles die Rede sein zu können, da, soweit ein Streit entsponnen, über das *meritum*, dieser rückgelöst, und zum Andern der Nichtigkeitsgrund selbst nicht zum Streitpunkt geschürzt ist. Dies ist der Standpunkt der österreichischen Praxis¹⁵²⁾ (und des Entwurfes). Er ist völlig verkehrt. Gehen

¹⁵¹⁾ Dies ist der Fall bei Mangel einer Processvoraussetzung. Dazu Heyssler: die Processvoraussetzungen nach österr. Recht, Grünhut's Zeitschr. I. 114 ff. Bülow, Die Lehre von den Processenreden und Processvoraussetzungen. Giessen 1868.

¹⁵²⁾ Der in mehreren Entscheidungen (vgl. G. U. W. 3657, 5995, 7034, 7087; vgl. auch 5637 u. 7119) zum Ausdruck kommt.

wir zunächst von der Supposition aus, Beklagter hätte in dem zu Betracht stehenden Falle den Administrativcharakter der Streitsache gerügt und vielleicht zu einem vornehmlichen Conflictspunkte neben dem Meritalstreite gestaltet. Kaum dürfte einer solchen Processstructur gegenüber Jemand Bedenken tragen, dem Kläger die Kosten des annullirten Verfahrens in vollem Umfange aufzuladen. Denn in dem Streite über die mangelnde civile Natur des Anspruchs hat Beklagter gesiegt: demzufolge sind ihm seine Processkosten zu erstatten und zwar auch jene des Streites *in merito*, in den er sich vorsichtsweise eingelassen, nach dem mehrbetonten Grundsatz, dass auch die Kosten von Processacten, deren Nutzlosigkeit nicht von vorneab erhellte, zu vergüten sind. Man könnte vielleicht dem Gesagten entgegenhalten: Beklagter hätte schon gegen die nichtige Einleitung des Processes die Oberinstanz anrufen können; dies unterlassen zu haben, mache ihn mitverantwortlich für die vor der Unterinstanz nutzlos zu Ende geführte Processverhandlung; mit Fug habe er daher die Kosten mitzutragen.¹⁵³⁾ Allein man wäge wohl, dass der Weg des Nullitätsrecurses nicht kostenlos ist und die Aussicht, gegen die Autorität des Unterrichters aufzukommen, mindestens zweifelhaft erscheinen muss. So kann denn die Nichtbeschreitung des Recursweges dem Beklagten gewiss nicht zum Vorwurf gereichen. Vorerst darf also so viel behauptet werden: in Processen, denen eine totale Nichtigkeit anhaftet, seien dem Beklagten jedenfalls dann die (gesamten) Kosten des cassirten Verfahrens zu erstatten, wenn der Nichtigkeitsgrund selbst einen Streitpunkt im Prozesse bildete.

Schärfer zugesehen, kann aber der wahre Grund der Kostenerstattungspflicht des Klägers doch nicht in dem ephemeren Momente der Litigiosität des Nichtigkeitsgrundes liegen. Litigios ist dieser schon, wenn der Beklagte ihn mit Einem Worte gerügt und sich darüber auch keine weitere mit Kosten verbundene contradictorische Erörterung entwickelte. Und dann ist es ja in dem concreten Falle an dem Richter, den Administrativcharakter der Streitsache amtlich wahrzunehmen und aus eigener Initiative diese niederzuschlagen;

¹⁵³⁾ So motiviren G. U. W. 5995, 7087.

unmöglich kann demnach dem Beklagten daraus ein nachtheiliges Präjudiz (im Kostenpunkte) erwachsen, dass er den Mangel nicht blossgelegt und zum Kampfpunkt gemacht habe. Aus welchem Moment aber, wenn nicht aus der Litigiosität des Nichtigkeitsgrundes, soll sich die Ersatzpflicht des Klägers ableiten lassen? Dies ergibt sich sofort, wenn man sich—von der irrigen Vorstellung löst, die Cassation eines total nichtigen Verfahrens hinterlasse weder Sieger noch Besiegten. Diese Cassation ist nämlich in unserem Falle doch nichts Anderes als die Umhüllung des Ausspruchs: die Klage werde als zum civilen Rechtsweg ungehörig oder wie angebracht (*ab instantia*) zurückgewiesen. Aber man pflegt in den einschlagenden Fällen nicht in dieser, sondern in der Form zu sententioniren: es werde das Urtheil und das Verfahren als nichtig aufgehoben (vgl. z. B. G. U. W. 5995). Und es ist die in der Praxis herrschende Ungewissheit, ob der Kläger in einem total cassirten Prozesse kostenersatzpflichtig zu halten sei, vornehmlich diesem gang und gäben Formulierungsschema zuzuschreiben, das die Vorstellung nahelegt, es existire in diesen Fällen eigentlich kein Succumbent. Hält man sich aber klar, dass in denselben in Wahrheit nichts als eine Entbindung des Beklagten von der Instanz („von der Klage, wie angebracht“) vorliegt, so ist ihnen sofort ihre scheinbare Eigenart abgestreift. Sie stehen, was den Kostenpunkt belangt, auf einer Stufe mit allen übrigen Processfällen, in denen der Beklagte nicht vom Anspruch, sondern von der Instanz losgesprochen wird. Ob der Grund des Misserfolges der Klage dieser oder jener, die Thatsache des Misserfolges bleibt davon unberührt. Man müsste in allen Fällen der Entbindung von der Instanz den Kläger nicht als Succumbenten betrachten, wollte man dies in Fällen totaler Nichtigkeit nicht. Der Kläger unterliegt, wenn er, gleichviel aus welchem Grunde, mit seiner Klage nicht durchdringt. Ob er dann in der Sache oder dormalen oder nur vor diesem Gerichte oder vor den Gerichten überhaupt abgewiesen wird, immer bleibt der Echech.

Oder sollte in dem angenommenen Betrachtungsfalle vielleicht die Officiosität¹⁵⁴⁾ des Abweisungs- (Nichtigkeits-)

¹⁵⁴⁾ Auch darauf wird in den Entscheidungen der Praxis öfters Bezug genommen, um die Unzulässigkeit der Condemnation des Klägers in die Kosten

Grundes zu einem anderen Resultate führen? Das wäre nun freilich die unbegreiflichste Logik: bei einem nur über Einwand des Beklagten zu berücksichtigenden Abweisungsgrunde ihm seine Kosten zu-, bei einem amtlich wahrzunehmenden ihm hingegen deren Ersatz abzuerkennen und damit die im Kostenpunkte zum Ausdruck gelangende Verantwortlichkeit des Klägers in's umgekehrte Verhältniss zur Wichtigkeit und Bedeutung des der Klage anhaftenden Mangels zu setzen.

Die Frage daher, ob in Fällen totaler Nichtigkeit dem Beklagten die Kosten zu erstatten seien, geht in der weiteren auf, ob dies in Entbindungsfällen von der Instanz zu geschehen habe, was unterschiedslos zu bejahen ist.

b) Besonderer Betrachtung bedarf noch der Kostenpunkt in dem Falle, wenn eine der Processfähigkeit entbehrende Person mit Umgehung ihres gesetzlichen Vertreters geklagt wird oder klagt. Bekanntlich macht hier der österreichische Process die Unterscheidung, ob der Mangel sich schon vor oder erst nach Schöpfung des Urtheils erster Instanz aufdeckt. Ersterenfalls soll von Amtswegen, „was bis dahin geschehen, aufgehoben, das Verfahren sogleich eingestellt und die Sache in die Ordnung geleitet werden“; letzterenfalls „steht nur dem gesetzmässigen Vertreter der Partei bevor, die Nullität des Urtheils . . . mittelst eines Gesuches anzuzeigen und die Einleitung eines neuerlichen Verfahrens anzusuchen“ (Hofd. vom 4. Juni 1789, Nr. 1015 lit. f. und vom 14. October 1803, Nr. 629 J. G. S.). Doch ist diese Verschiedenheit für den Kostenpunkt einflusslos, bleibt daher ausser weiterem Betracht.

Die Regulirung des Kostenpunktes in dem zur Rede stehenden Fall gestaltet sich verschieden, wenn der processunfähige Theil in der Kläger- oder Beklagtenrolle steht. Es fragt sich erstens: können ihm als Kläger die Kosten des Gegners auferlegt werden; sodann zweitens: sind ihm als Beklagten seine Kosten zuzusprechen?

Dass nun das erstere nicht der Fall sein könne, springt in die Augen: wer unfähig ist, bindend processual zu handeln,

zu motiviren. Es steckt diese Anschauung z. B. in G. U. W. 5637 (in den Gründen der I. Instanz) und G. U. W. 7119 (in den Gründen der II. und III. Instanz).

kann nicht wie jeder Andere den nachtheiligen Niederschlag dieses Handelns — die Kosten des Gegners — zu verantworten haben. Die Processunfähigkeit bedingt Unverantwortlichkeit auf die Processkosten.

Hingegen ist sie selbstredend kein Hinderniss zum Zuspruch der Kosten des annullirten Verfahrens an den processual Handlungsunfähigen, wenn sich dieser in der Beklagtenstellung befindet. Trifft zu, was soeben erörtert wurde, dass die Annullirung eines total nichtigen Processverfahrens ein Unterliegen des Klägers, ein Obsiegen des Beklagten involvire, so gilt dies natürlich auch von dem zu Betracht stehenden Cassationsfall. Nur kann das Kostenadjudicat an den Beklagten nicht ohne frühere Zuziehung und Anhörung des gesetzmässigen Vertreters gefällt werden, da der Processact der Kostenliquidirung nur durch diesen rechtlich wirksam gesetzt werden kann.

Die dem handlungsunfähigen Beklagten erwachsenden Kosten hängen zumeist mit der officiosen Erhebung des rege gemachten Mangels (z. B. der Minorennität) zusammen. Weil diese „amtliche Erhebung keine ordnungsmässige Streitverhandlung“ sei, nimmt die Praxis Anstoss, demselben diese Kosten zu adjudiciren.¹⁵⁵⁾ Dieser Irrthum ist nur möglich, wenn man diese amtliche Erhebung selbständig für sich und losgelöst von dem processualen Unterboden, der sie veranlasst, in's Auge fasst. Ist sie denn aber nicht eine Folge des der Klage anklebenden Mangels? Sind somit die ihr anhängenden Kosten nicht durch die Klage bewirkt, demnach Streitkosten? Der unterliegende Kläger hat die zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung nothwendigen Kosten zu ersetzen; Cassation des ganzen Verfahrens ist ein Unterliegen des Klägers, die Einwendung der Minorennität ein Act zweckentsprechender Vertheidigung gegen die Klage wie angebracht: es ist eine offensichtliche Verirrung der Praxis, hier die Prämissen des §. 24 Proc. Nov. nicht gegeben zu erachten.¹⁵⁶⁾

¹⁵⁵⁾ Vgl. G. U. W. 5637 (I. Instanz), 7119 (II. u. III. Instanz).

¹⁵⁶⁾ Wir setzen in dem letztbetrachteten Falle natürlich voraus, dass der zu eigenen Händen geklagte Minor nicht Schuld an dem Irrthum des Klägers über die mangelnde Handlungsunfähigkeit sei. Ja, es wäre umgekehrt der minorene Beklagte zum Kostenersatz an den Kläger zu verurtheilen, wenn

c) Die Praxis über den Kostenpunkt in Fällen totaler Nichtigkeit. Das Recht des Entwurfes. —

Die festgestellten Grundsätze sind weit entfernt, in der österreichischen Praxis schwankenlose Geltung zu haben. Vielmehr herrscht darüber völlige Unklarheit. Man vergleiche nur die Entscheidungen in G. U. W. Nr. 3657, 5637, 5995, 7034, 7087 und 7119. In 3657 (Cassation eines Besitzstörungsverfahrens wegen Incompetenz der Gerichte) präterirt die erste Instanz einfach den Kostenpunkt, „weil eine Entscheidung weder in der Hauptsache noch über einen Incidenzstreit erfolgte, sondern das Verfahren lediglich (!?) eingestellt wurde“. 5995 (Incompetenz der Gerichte) condemnirt die zweite Instanz den Kläger in die Kosten des cassirten Verfahrens, während die dritte dieselben gegenseitig aufhebt, „weil über die Klage in der Sache selbst nicht entschieden wurde, der Kläger daher als in dem Rechtsstreit vollständig (?) unterliegend nicht (?) angesehen werden könne, und der Geklagte dadurch, dass er in die gerichtliche Verhandlung sich eingelassen¹⁵⁷⁾, die ihm hieraus erwachsenen Kosten mitverschuldet habe“ (?). Aus denselben Gründen heben in dem analogen Falle Nr. 7034 beide höheren Instanzen die Kosten des nichtigen Verfahrens gegenseitig auf, während in dem gleichen Falle Nr. 7087 die zweite Instanz wieder den Kläger zum Kostenersatz verurtheilt, die dritte die Kosten consequent gegenseitig aufhebt, „weil der Beklagte gegen die absolute Incompetenz des Gerichtes nicht einmal recurirt, noch diese Incompetenz im Laufe der Ver-

sein Verschulden jene Qualification an sich trüge, die erforderlich ist, um ihn wegen Fiction der Handlungsfähigkeit verantwortlich machen (a. b. G. §§. 248, 866). Der durch Simulation der Handlungsfähigkeit z. B. zu einem Creditgeschäft Verleitete wird regelmässig auch noch zum Moment der Klageerhebung in dem erzeugten Irrthum befangen sein. Die Haftung des Minor für die nachtheiligen Folgen der Irreleitung muss sich auch auf die Kosten des durch dieselbe veranlassten fruchtlosen Klageversuchs erstrecken. Nur würde freilich der dupirte Kläger das qualificirte Verschulden des belangten Minor zu erweisen haben, so dass solchenfalls noch eine längere, unter Zuziehung des gesetzlichen Vertreters zu pflegende Verhandlung über den Kostenpunkt der Cassationsverfügung vorgehen müsste, die dem Kläger, da ihm der selbstständige Klageweg auf Processkosten versagt ist, nicht verweigert werden könnte.

¹⁵⁷⁾ Ist denn aber die Einlassung des Beklagten nicht processuale Pflicht? Kann er sich der Gefahr eines Contumacial-Urtheiles aussetzen?

handlung eingewendet“. In Nr. 5637 (Mangel der Processfähigkeit des Beklagten) legen beide Oberinstanzen dem Kläger die im Gefolge des obwaltenden Mangels dem minderjährigen Beklagten erwachsenen Kosten auf, während die Unterinstanz (H. G. Wien) die Kosten gegenseitig aufhebt, „weil die Erhebung der Minderjährigkeit eine officiose Amtshandlung sei, somit (?) auf selbe die Vorschriften des Gesetzes vom 16. Mai 1874 keine Anwendung finden“, während demhingegen in dem identischen Falle Nr. 7119 die erste Instanz die Kosten dem beklagten Minderjährigen adjudicirt, zweite und dritte die Kosten gegenseitig aufheben, weil nur (?) eine „amtliche Erhebung über die Nullität der Klage . . . , keineswegs eine ordnungsmässige Streitverhandlung stattgefunden habe“.

In diesen Entscheidungen spiegelt sich die Eingangs erwähnte vollständige Unsicherheit der Judicatur über die Regulirung des Kostenpunktes in Fällen totaler Nichtigkeit ab. Doch wiegt die Anschauung vor, diese Kosten seien gegenseitig aufzuheben. Die Haltlosigkeit dieses Standpunktes, sowie der Gründe, mit denen ihn die Praxis zu stützen pflegt, wurde in der vorausgeschickten Betrachtung zu widerlegen versucht.^{158) 159)}

¹⁵⁸⁾ Auch der Entwurf (§. 256, Abs. 3) steht auf dem unrichtigen Standpunkt, dass bei Aufhebung des Verfahrens (in Folge eines Rechtsmittels oder von Amtswegen) — abgesehen vom Verschulden einer Partei — die Kosten gegenseitig aufzuheben seien. Der Standpunkt des Entwurfes ist um so unbegreiflicher, als er doch anderen Orts (§. 513) in der totalen Cassation eines Verfahrens zugleich eine Zurückweisung der Klage erblickt und daher folgerichtig darin auch ein Unterliegen des Klägers erblicken muss. Die Bestimmung des Entwurfes steht demnach in Widerspruch mit seinem anderen Grundsätze, die unterliegende Partei habe die Processkosten zu ersetzen. Und ist es nicht widersinnig, dass der wegen Incompetenz des Gerichtes abgewiesene Kläger die Kosten zu erstatten haben, der wegen Incompetenz der Gerichte Abgewiesene hingegen von der Erstattung entbunden werden soll (§. 512, Z. 5 mit §. 256, Abs. 3 Entw.)? Eine Aenderung des §. 256, Abs. 3 des Entwurfes scheint mir durchaus geboten, sollte man nicht vorziehen, den Absatz ganz zu unterdrücken, da die richtige Lösung schon durch wissenschaftliche Deduction aus §. 252, Abs. 1 Entw. zu gewinnen ist. Auch die R. C. P. O. übergeht den Kostenpunkt in Nichtigkeitsfällen mit Stillschweigen.

¹⁵⁹⁾ Zweifelhafte scheint nach dem Entwurf auch, wie es mit den Kosten in dem Prozesse über die Nichtigkeitsklage wider ein rechtskräftiges

V. CAPITEL. (Anhang.)

Die Tragung der Kosten im Eheverfahren (Hofd. v. 23. Aug. 1819, Nr. 1595 J. G. S.)

§. 34.

A. Im Verfahren wegen Ungiltigkeit und Trennung der Ehe.

1. Bei Verschulden eines oder beider Eheheile an dem Lösungsgrunde.

Nach allgemeinen Grundsätzen des Schädenrechtes haben hier die Kosten des Verfahrens dem, resp. den Schuldtragenden zur Last zu fallen (a. b. G. §§. 1295, 1302, 1265 und 102). Da das Schuldmoment in dem über den Bestand der Ehe geschöpften Urtheil constatirt werden muss (Hofd. cit. §. 12), so ist damit zugleich die Basis zur Anfügung des Kostenjudicates geschaffen. Dieses zu veranlassen, bedarf es wie sonst nur der Liquidirung der Kosten am Schlusse des Verfahrens, deren Unterlassung auch hier den bezüglichen Anspruch verwirkt (A. G. O. §. 403).¹⁶⁰⁾ Die Kostenfrage bietet unter der angenommenen Voraussetzung keine Eigenthümlichkeit: sie löst sich auf dem Boden des materiellen Rechts. Anders jedoch:

2. Bei mangelndem Verschulden eines Eheheils an dem Lösungsgrunde.

Hier drängt sich die Frage auf, ob die allgemeinen, von Verschulden absehenden Kostenersatzgrundsätze auch in Eheungiltigkeits- und Trennungsprocessen anwendbar seien. Die Frage ist nicht *a priori* zu entscheiden. Ihre Antwort gestaltet sich verschieden, je nachdem die Ungiltigkeit auf einem öffentlichen oder privaten Ehehindernisse beruht. Dem letzteren Falle gleich ist sie für Trennungsprocesses zu beantworten.

Urtheil, das auf Grund eines ohne Zuziehung des gesetzlichen Vertreters der Partei abgeführten Verfahrens geschöpft wurde (§. 557, Z. 2), zu halten sei, da nach §. 256, Abs. 3 u. §. 512, Z. 4 bei Aufhebung eines solchen Verfahrens vor rechtskräftigem Urtheil die Kosten gegenseitig aufzuheben sind und über die Kosten im Fall der Nichtigkeitsklage nichts bestimmt wird.

¹⁶⁰⁾ Die *ratio* der Ausschliessung einer besonderen Klage auf Kostenersatz (*post absolutum . . . dimissumque iudicium nefas est litem alteram consergere ex litis primae materia l. 3 Cod. de fruct. et lit. exp. 7, 51*) trifft hier wie in sonstigen Processfällen zu.

a) Für Ungiltigkeitsprocesses aus einem öffentlichen Hindernisse lässt die verneinende Antwort nach der officios-inquisitorischen Structur des ganzen Verfahrens, wie es theils im a. b. G. B. (§§. 97 flg.), theils in dem Hofd. v. 23. Aug. 1819 cit. geregelt ist, keinen Zweifel. Das von der Untersuchungsmaxime vollständig beherrschte Verfahren ermangelt jeder contradictorischen Gliederung in entgegengesetzter Parteistellung: es ist kein Parteienstreit, sondern eine amtliche Untersuchung ohne Sieger oder Besiegten. Der Staat durch das Ehegericht inquirirt, er streitet nicht, und die betheiligten Ehegatten haben die Rolle von Inquisiten, nicht von Streitparteien. Die Kosten des Verfahrens behält daher Mangels eines Ersatzgrundes Jedes auf seiner Schulter.

b) In Processen wegen Ungiltigkeit aus einem privaten Hindernisse oder auf Trennung muss hingegen zwischen dem Falle der Abweisung und der Stattgebung der Bestreitungs- (Trennungs-) Klage unterschieden werden.

1. Im letzteren Falle wird man vergebens nach einem unterliegenden Gegner suchen, der zum Kostenersatz verurtheilt werden könnte, selbst wo die Lösung der Ehe gegen den Widerspruch des anderen Eheheils durchgesetzt wurde. Diesem fehlen schlechterdings die Attribute einer Processpartei. Es kommt ihm überhaupt keine Disposition über die „Streitsache“ (A. G. O. §. 203) zu. Ob er dem Klageantrage sich unterwirft oder entgegenstellt, ist ohne Belang: sein Geständniss befreit den Kläger nicht von der Beweispflicht (Hofd. cit. §. 13, a. b. G. §. 99), sein Widerspruch incumbirt sie ihm nicht erst. Der Kläger hat die Lösung der Ehe gegen den publicistisch interessirten Staat (das Ehegericht), nicht gegen den Gatten zu erkämpfen. Dieser spielt im ganzen Streite nichts als die Rolle eines Privatbetheiligten, der die amtlichen Erhebungen über den Bestand des Lösungsgrundes unterstützen mag oder nicht. Er ist nicht die Ursache, dass der Bestreitungskläger die Klage erheben und die mit Mühe und Kosten verbundene Procedur zur Erwirkung der Lösung durchmachen muss, sondern diese Ursache ist die imperative Gesetzespflicht, „die Ungiltigkeit der Ehe oder das Recht, die Auflösung derselben zu ver-

langen, . . . , klar zu erweisen“ (Hofd. cit. §. 14). Es gebricht daher an jeder causalen Beziehung des opponirenden Eheheils zu den Kosten des mit Erfolg durchgeführten Processes, um sie ihm aufbürden zu können.¹⁶¹⁾ Der wahre Gegner des Ungiltigkeits- und Trennungsklägers ist der Staat, der kraft seines öffentlichen Interesses an der Aufrechthaltung eines nicht absolut behinderten oder Forterhaltung eines, wenn auch getrübbten Ehebandes als Selbstinteressent durch das Ehegericht an dem Verfahren theilnimmt, mit dem Vertheidiger des Ehebandes als amtlichem Hilfsorgan zur Seite. Scharf belegt sich diese publicistische Parteifunction des Ehegerichtes mit seinem Defensionsadlatus durch die ihm gesetzlich (Hofd. cit. §. 14) auferlegte Pflicht, „eine giltige Ehe gegen jede willkürliche Anfechtung von Amtswegen in Schutz zu nehmen“. Wenn daher überhaupt Jemand, so könnte einer stattgegebenen Ungiltigkeits- oder Trennungsklage gegenüber nur der Staat (das Ehegericht) als Succumbent behandelt werden. Allein dem steht entgegen, dass die Parteifunction des Staates unabgeschieden mit seiner richterlichen in demselben Organe (dem Ehegerichte) verquickt ist¹⁶²⁾

¹⁶¹⁾ Eine Ausnahme hievon bietet jedoch §. 135 a. b. G., nämlich der auf die Trennung einer Judenehe angestrengte Process, welcher „gleich einer anderen Streitsache behandelt werden“ soll. Es ist dies eine Consequenz aus der freien, einverständlichen Trennbarkeit der Judenehen (§§. 133, 134 a. b. G. B.), zu Folge welcher die für den Erweis des Trennungsgrundes bei den Ehen anderer Confessionen (§. 115 a. b. G. B.) aus Rücksichten der Collusion ausgeschlossenen Beweismittel des Geständnisses und Eides (§§. 99 und 115 *in fin.* a. b. G. B.) hier allerdings zulässig sind (vgl. auch Rittner, Eherecht 354). Damit gewinnt aber die auf Trennung geklagte jüdische Ehegattin die freie, dispositionsfähige Stellung einer Processpartei, als welche sie im Succumbenzfalle dem Kläger nach §. 24 der Proc. Nov. die Kosten zu erstatten hat. — Die Frage, ob der bezügliche Trennungsprocess in den Formen des besonderen Eheverfahrens nach dem Hofd. v. 23. Aug. 1819 cit. oder der A. G. O. abzuspielden habe, ist mit Grassl, das österr. Eherecht der Juden 247 fig. und mit Stubenrauch (gegen Kirchstetter 102, Note 11) im letzteren Sinne zu entscheiden. Das Hofd. v. 23. Aug. 1819 über das besondere Eheverfahren hat der Bestimmung des §. 135 a. b. G. keineswegs, wie Kirchstetter a. a. O. meint, derogirt, da es seiner vorausgeschickten motivirenden Erläuterung gemäss nur „das in den §§. 94, 97 und 107 a. b. G. . . angedeutete ämtliche Verfahren . . . näher bestimmen“ will.

¹⁶²⁾ Nicht mehr so nach dem Entwurfe, wo die Vertretung des öffentlichen Interesses in Ehesachen an die Staatsanwaltschaft als Parteiorgan übertragen ist. Darüber am Schlusse dieses Capitels das Nähere.

und man doch unmöglich den Eherichter als einen Besiegten betrachten und ihm eine Art Selbstverurtheilung in die Kosten ansinnen kann. Es muss daher auch in diesem Falle jeder Theil die Kosten auf eigener Schulter behalten.

2. Anders stellt sich jedoch die Sache, wenn die Ungiltigkeits- oder Trennungsklage abgewiesen und damit die Unbegründetheit des erhobenen Anspruchs constatirt wird. Es steht nichts dawider, solchenfalls in dem Kläger einen Succumbenten zu erblicken und ihm die (gesamten) Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. An der Bedingung dafür: dem „rechtsstreitigen“ Charakter des Verfahrens, fehlt es nicht, wo der präterdirte Anspruch durch die, ich möchte sagen, combinirte Opposition des Eherichters, des *defensor matrimonii* und in aller Regel auch des anderen Eheheils bekämpft und in's Litigiose gestellt wird; und die Officiosität der Procedur ändert nichts an der Litigiosität des Anspruchs. Zudem wäge man wohl, dass der Bestreitungs- (Trennungs-) Kläger in der That *dominus litis* ist und das Verfahren in jedem Stadium durch Fallenlassen seines Antrages abbrechen kann, ganz anders als der contrastirende Gatte, dessen Submission unter den Antrag dem Fortlaufe des Processes nicht vorzubeugen¹⁶³⁾ vermag. So wäre denn das Resultat: die allgemeinen Kostensatzgrundsätze leiden im Eheverfahren nur auf den succumbirenden Trennungs-, ferner den Bestreitungs- kläger aus dem Grunde eines privaten Hindernisses Anwendung.¹⁶⁴⁾

Der abgewiesene Kläger hat nicht blos den gegnerischen Gatten¹⁶⁵⁾, sondern auch den Staat in den Kosten schadlos zu halten. Was noch die Kosten des letzteren betrifft, werden sie zumeist in dem an den Ehedefensor zu vergütenden Aufwand bestehen, über den noch ein besonderes Wort hier seinen Platz finde. In der Praxis begegnet die Frage nicht

¹⁶³⁾ Daher es keine Inconsequenz ist, wohl jenen im Falle der Klageverwerfung zum Kostenersatz (an diesen), nicht aber auch diesen im Gegenfalle zum Ersatz an jenen zu condemniren.

¹⁶⁴⁾ Dies will sagen, dass Schuldhaftigkeit der Streitprovocation keine Ersatzbedingung sei.

¹⁶⁵⁾ Resp. die gegnerischen Gatten, wenn die Bestreitung von dritter Seite (Vater, Vormund, Curator a. b. G. §. 96) ausgeht.

selten Zweifel¹⁶⁶⁾, in welchem Umfange und ob direct gegen den ersatzpflichtigen Theil dem Ehedefensor ein Kostenanspruch zustehe. Nach der Natur seiner Stellung kann sein Anspruch nur gegenüber dem Staate bestehen und sich nur auf die Erstattung der Barauslagen, mit Ausschluss der Honorirung der aufgewendeten Arbeit, erstrecken. Denn die Stellung des Ehedefensors ist eine durchaus amtliche: er ist das vom Staate zur Vertretung des öffentlichen Interesses an der Aufrechthaltung des Ehebestandes jeweilig bestellte Organ. Der Ehedefensor steht daher in keiner directen Rechtsbeziehung zu den beteiligten Privatinteressenten, noch in einer privatrechtlichen zum Staate (Ehegerichte). Er übt eine amtliche Function kraft öffentlichen Auftrags aus, somit kann er unter einem privatrechtlichen Titel (Mandat-Lohnvertrag) nach keiner Seite hin eine Honorirung seiner Thätigkeit, die eine öffentliche Last ist, begehren.¹⁶⁷⁾ Dagegen sind ihm die Barauslagen als Commissionskosten¹⁶⁸⁾ aus dem Staatsschatze zu ersetzen.¹⁶⁹⁾

B. Im Verfahren wegen nicht einverständlicher Scheidung (§§. 107 flg. a. b. G. §§. 1—12 Hofd. v. 23. Aug. 1819 cit.).

Hier begegnet die Kostenersatzfrage keiner Schwierigkeit. Beide Ehegatten — der beklagte wie der klagende — haben trotz der auch im Scheidungsverfahren sonst vorherrschenden Untersuchungsmaxime doch noch immer die freie dispositive Stellung von Processparteien: der Kläger, indem er in jedem Stadium seine Klage fallen lassen, der Beklagte, indem er sich derselben unterwerfen und damit den Scheidungsprocess durch eine einverständliche Scheidung abschliessen kann. Die

¹⁶⁶⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 6366.

¹⁶⁷⁾ G. U. W. Nr. 6366, wo der oberste Gerichtshof mit Recht, allerdings nur mit Berufung des §. 18 Adv.-Ord., gegen die unteren Instanzen entschied.

¹⁶⁸⁾ Ueber deren Ersatz: Mayrhofer, Handbuch f. d. pol. Verw. I. S. 82 ff.

¹⁶⁹⁾ Dafür spricht übrigens auch die unabweisbare Analogie des §. 18 Adv.-Ord. G. U. W. Nr. 6366, 6568, 6868. Damit jedoch das Ehegericht in der Lage sei, im Urtheile den Staat gegen diesen Anspruch des Ehedefensors zu regressiren, wird es in Fällen, wo die Kosten einem beteiligten Privatinteressenten zur Last zu fallen haben, den Ehedefensor vor Urtheilsschöpfung zur Liquidirung seiner Barausgaben zu veranlassen haben.

Anwendung der allgemeinen Kostenersatzgrundsätze ergibt sich daraus von selbst. Der unterliegende Beklagte hat daher, auch wenn er an dem Scheidungsgrunde¹⁷⁰⁾ schuldlos ist, des Klägers Kosten zu erstatten. Sind beide Theile an der Scheidung verschuldet, so sind die Kosten gegenseitig aufzuheben¹⁷¹⁾; die Declarirung der Mitschuld des Klägers in dem Scheidungsurtheile kommt einem theilweisen Unterliegen desselben gleich. Dasselbe ist in gleichem Falle auch für Trennungsurtheile zu sagen.¹⁷²⁾

¹⁷⁰⁾ Vgl. §. 109 a. b. G. in *fin.*: „anhaltende mit Gefahr der Ansteckung verbundene Leibesgebrechen“.

¹⁷¹⁾ Vorausgesetzt, dass der Kläger den vom Beklagten zur Begründung seines Verschuldens angeführten Umständen widersprochen und diese Frage dadurch zu einem Streitpunkt geschürzt hat.

¹⁷²⁾ Der Entwurf präterirt den Kostenpunkt im Eheverfahren (§§. 625 bis 645 und dazu die Motive S. 163 ff.) wie das geltende Recht mit Still-schweigen. Nur hat er die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen, dass die durch die Bestellung des Vertheidigers des Ehebandes verursachten Kosten aus dem Staatsschatze zu bestreiten seien (§. 639 in *fin.*). Obwohl der Entwurf das geltende Eheverfahren erheblich modificirt hat, so bleiben die eben für dasselbe entwickelten Kostenersatzgrundsätze doch auch für das Eheverfahren nach dem Entwurfe massgebend. Nur wirft sich die Frage auf, ob, wenn der Staatsanwalt als klagende Partei auftritt (§. 637 Entw.), um die Ungiltigerklärung einer Ehe zu erwirken, welcher ein von Amtswegen zu verfolgendes Ehehinderniss entgegensteht, nicht im Falle der Abweisung der Klage der Staat als Succumbent zu betrachten und den belangten Ehegatten die Kosten zu ersetzen habe. Die Frage ist zu bejahen. Durch die normirte Mitwirkung der Staatsanwaltschaft im Eheverfahren hat der Entwurf die Parteifunction, das in dieses Verfahren regelmässig hineinspielende öffentliche Interesse zu vertreten, dem Ehegerichte genommen und wie im Strafprocesse an ein selbstständiges staatliches Parteiorgan geknüpft. Damit ist jene Verquickung der richterlichen und Parteirolle in dem Ehegerichte, die wir oben als Hinderniss erklärten, den Staat gegebenenfalls als Succumbenten zum Kostenersatz zu condemniren, gefallen. Der die Ungiltigerklärung einer Ehe mit Klage verfolgende Staatsanwalt hat die freidispositive Stellung einer Processpartei, kraft welcher er die Klage in jedem Momente zurücknehmen kann und welcher es entspricht, dass er, resp. der Staat bei Zurückweisung der Klage als unterliegende Partei behandelt und folgemäss mit dem Kostenersatz belegt werde, der auch die Kosten der etwaigen Intervention eines Advokaten für die obsiegenden Ehegatten umfassen würde. (Die deutsche R. C. P. O. bestimmt denn auch ausdrücklich: „In den Fällen, in welchen der als Partei auftretende Staatsanwalt unterliegt, ist die Staatscasse zur Erstattung der dem obsiegenden Gegner erwachsenen Kosten . . . zu ver-

VI. CAPITEL.

Die Haftung von und an Streitgenossen auf Ersatz der Processkosten.

I. Im Allgemeinen.

A. Die durch das Wesen des Verhältnisses postulirten Ersatzgrundsätze.

§. 35.

a) Die Streitgenossen unterliegen.

Wo mehrere als Streitgenossen an der activen oder passiven Parteiseite eines Processverfahrens stehen, entsteht die Frage, ob und von welchem Einfluss die Verflechtung der mehreren Rechtsstreite in Ein Verfahren auf die Kostenersatzungspflicht der unterlegenen Consorten sei und ob sie insbesondere solidare Haftpflicht bewirke. Von vorneab liegt gewiss nichts in der Natur des streitgenössischen Verhältnisses, was diese Solidarität der Verhaftung verlangte. Jeder Streitgenosse ist selbstständige Partei eines selbstständigen Processes¹⁷³⁾, dessen Zusammenschweissung mit den Processen der Consorten diese seine unabhängige Stellung in keiner (wesentlichen) Beziehung alterirt. Demgemäss kann die Processführung der einzelnen Streitgenossen in rechtlicher und thatsächlicher Form ein durchwegs verschiedenes Gepräge haben und ist es rein äusserlich zufällig, wenn die nicht seltene Gleichförmigkeit der Angriffs-Vertheidigungsthatfachen und Beweismittel vielfach eine völlig uniforme, ineinanderfliessende Gestaltung der vereinigten Rechtsstreite zu erzeugen pflegt.¹⁷⁴⁾ Dieser materiellen Selbstständigkeit jedes Streitgenossen thut es auch keinen Abbruch, wenn vorgeschrieben ist¹⁷⁵⁾,

urtheilen“ (§. 591 R. C. P. O.). Ob diese Anschauung und Consequenz in der Absicht des Entw. liegt, mag umsomhr dahingestellt bleiben, als im Strafverfahren dem freigesprochenen Angeklagten ein Ersatzanspruch auf die Vertretungskosten gegen den Staat aberkannt ist (§. 390, 393 St. P. O.). Ueberhaupt möchte es wohl nicht überflüssig sein, wenn der Entw. das Hauptstück über das Verfahren in Ehesachen durch einen Zusatz über den Kostenpunkt ergänzte.

¹⁷³⁾ Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten 409 *in fn.* Menger, Grünhut's Zeitschr. VII. 683.

¹⁷⁴⁾ Planck 405.

¹⁷⁵⁾ §. 388 A. 509 W. G. O. Hfd. v. 5. März 1847 Nr. 1042 J. G. S und vom 23. August 1799 Nr. 474 J. G. S.

dass sie einen gemeinsamen Schriftenempfänger (Zustellungsbevollmächtigten)¹⁷⁶⁾ zu bestellen, in einer Satzschrift (in demselben Termine) ihrer Vorbringungspflicht zu genügen haben und dass die Entscheidungen über Alle in Ein Urtheil zusammenzufassen seien: denn innerhalb dieser Formschränken mag Jeder in seiner Weise offensiv oder defensiv thätig sein. Endlich ist es nur eine begünstigende Erweiterung der streitgenössischen Parteistellung, dass der nicht „Rede und Antwort Gebende“ durch den handelnden Genossen kraft Rechts präsumtiv vertreten wird.¹⁷⁷⁾ Mit dieser Massgabe hat denn der Richter den Rechtsstreit jedes einzelnen Streitgenossen für sich in's Auge zu fassen und aus sich heraus zu entscheiden.¹⁷⁸⁾ Und so wäre denn wie der Rechtsstreit auch der Kostenpunkt wider jeden unterlegenen Consorten für sich in Betracht zu ziehen und selbstständig zu erledigen.

Allein dem stellt sich ein factisches Hinderniss in den Weg: die Unscheidbarkeit der wider die mehreren Succumbenten aufgewendeten Kosten nach dem Verhältnisse, in dem sie ursächlich auf die Einzelnen sich vertheilen. Und hier zwingt das Causalitätsgesetz folgende Analysirung des Gesamtaufwandes des Siegers auf. Zunächst werden sich in demselben nicht selten Kosten finden, deren causale Beziehung zu einem bestimmten Streitgenossen allein zu Tage liegt. Dass solche Kosten auch nur ihrem Alleinurheber aufzulasten sind, darüber ist man einig; es folgt von selbst aus der Unabhängigkeit seiner processualen Stellung.¹⁷⁹⁾ Sodann aber werden sich in demselben auch meist solche Kosten erkennen lassen, die auf alle Streitgenossen als concurrirende Ursache zurückzuführen sind. Diese Kosten machen geradezu den Haupttheil des zu ersetzenden Gesamtaufwandes dort aus, wo die streitgenössische Processführung auf den gleichen Angriffs-Vertheidigungsthatfachen und Beweismitteln ruht und durch den Mund eines gemein-

¹⁷⁶⁾ Canstein, Streitgenossenschaft und Nebenintervention S. 8, sagt irrthümlich: Processbevollmächtigten.

¹⁷⁷⁾ Hfd. v. 4. September 1801 Nr. 535 J. G. S.

¹⁷⁸⁾ Planck a. a. O. 413₂.

¹⁷⁹⁾ Planck 430 Note 2; R. C. P. O. §. 95 Abs. 3; Entw. 255 Abs. 2; Menger a. a. O. 687 hebt dies nicht scharf genug hervor.

samen Anwaltes in eine uniforme Einheit zusammenfließt. Dies ist sogar die Regel der Fälle, da eine solche congruierende Processführung durch einen gemeinschaftlichen Processbevollmächtigten wegen des geringeren Kostenaufwandes im eigensten Interesse der Streitgenossen liegt.¹⁸⁰⁾ Wo aber Streitgenossen concurrirende Ursache von gegnerischen Kosten sind, da sind sie es in der Regel nicht in dem Sinne, dass nur das Participationsverhältniss, in welchem jeder Einzelne dieselben miterzeugen geholfen, unbestimmbar wäre, wiewohl ein solches bestünde, sondern sie sind Solidarurheber dieses Schadens, d. i. der (Eine) Aufwand ist von Jedem zur Gänze verursacht. Wie der Sieger, wenn er die Streitgenossen in separaten Processen (gleichzeitig) verfolgt hätte, gegen Jeden jenen Aufwand hätte ganz impendiren müssen, so macht er ihn nun bei formaler Fusion der mehreren Rechtsstreite zwar nur Einmal, aber doch auch jetzt gegen Jeden ganz. Was er behauptet, was er beweist, das ist in vollem Umfange sowohl gegen A als gegen B behauptet, bewiesen: ein Kampf gegen Mehrere mit Einer Waffe. Die Processschrift wird nicht umfänglicher, die Terminsverhandlung nicht länger, weil sie wider eine Mehrzahl loszielt. Denn sie sagt und beweist nur Einmal und Eines, aber dies gegen Alle.¹⁸¹⁾ Diese Einheit des Processstoffes auf Seite des Siegers muss auch die daran hängenden Kosten erfassen: das einheitliche Wesen des Erzeugenden muss sich auch dem Erzeugten ausdrücken. So zwingt denn die Natur der Sache, solche Kosten nicht nach Köpfen zu zerspalten, sondern einheitlich (solidar) zum Ersatze aufzulegen.

Zu demselben Resultate führt auch ein anderer Betrachtungsstandpunkt, nämlich der oberste Grundsatz dieses Verhältnisses selbst: der Richter habe jeden Streitgenossen als in einem besonderen Prozesse befangen zu beurtheilen. Er thue es und halte daran auch im Kostenpunkte, und die Solidarität der Verhaftung auf die gemeinschaftlich wider die besiegten Streitgenossen aufgewendeten Kosten fällt ihm von selbst in den Schoss. Denn er hat darnach jedem besiegten Streitgenossen den Ersatz der durch ihn verursachten Kosten des Gegners auf-

¹⁸⁰⁾ Planck 405₃.

¹⁸¹⁾ Planck 405₃, 409₄.

zuladen. Welche sind aber dies? Zunächst jene, die eine ausschliessliche Beziehung zu ihm haben; nicht minder aber auch jene, die zwar eine gemeinschaftliche Beziehung haben, doch aber von Jedem ganz verursacht, wider Jeden ganz aufgewendet wurden. Man kann sich die Erkämpfung des Sieges gegen den Einzelnen und jeden Einzelnen nicht ohne die Aufwendung jenes gesammten gemeinschaftlichen Aufwandes vorstellen: ein Aufwand, dem ein Sieg gegen Mehrere entspringt, dessen volle Aufwendung aber auch nothwendig war, um den Sieg gegen jeden Einzelnen zu erringen, ein solidarischer Gesamtaufwand daher. Die selbstständige Behandlung des Kostenpunktes des Rechtsstreites jedes unterlegenen Streitgenossen muss dahin führen, diesen Aufwand des Siegers Jedem ganz d. i. solidarisch aufzulegen. Die Repartition desselben nach Kopftheilen enthaftet den Streitgenossen (zum Theile) von Kosten, welche, und trotzdem sie *in toto* den Erfolg wider ihn ersiegen geholfen, und sonach im vollen Umfange wider ihn aufgewendet werden mussten. Sie ist eine ungerechtfertigte, naturwidrige Begünstigung besiegtter Streitgenossen zum Nachtheile des Siegers.

Schälten wir den Solidaritätsfall aus seiner processualen Hülle in seine einfache, materiellrechtliche Gestalt, so stellt er sich folgendermassen dar. Es haben Mehrere simultan, jedoch materiell unabhängig von einander einem Dritten rechtswidrig einen Aufwandschaden aufgebürdet, der jeden Einzelnen ganz zum Urheber hat, weil er dem Beschädigten auch erwachsen wäre, wenn er nur den Angriff (die Opposition) des Einzelnen abzuschlagen gehabt hätte. Die Solidarität der Haftpflicht wird daher nicht durch ein delictisches Zusammenwirken, durch eine sich gegenseitig ergänzende und ineinandergreifende Gesamttaction (*communi consilio*)¹⁸²⁾, sondern lediglich durch die Identität des Leistungszweckes (Leistungsinhaltes) mehrerer ursächlich selbstständiger Ersatzverbindlichkeiten begründet, eine Erscheinung, die dem materiellen Rechte nichts Befremdliches ist.¹⁸³⁾ Wenn die Solidarschuldner A und B

¹⁸²⁾ Aus diesem verfehlten Boden argumentirt G. U. W. Nr. 5001.

¹⁸³⁾ Auch hier lässt sich sagen: *quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. l. 15 §. 2 D. 43, 24.*

uno tempore in Verzug verfallen, so verantworten sie aus gleichem Grunde das Zeitinteresse solidarisch; wiewohl der Verzug jedes Einzelnen unabhängig vom Andern wirkt, ist doch jeder Vollurheber der Zögerungsnachteile.

Die innere Haltlosigkeit der *pro rata*-Haftung auf gemeinschaftliche Kosten zeigt sich insbesondere an dem Falle, wenn die Rechtsstreite der Streitgenossen einen verschiedenen Ausgang nehmen. A und B haben sich durch einen Bevollmächtigten völlig gleichförmig vertheidigt. Das Urtheil wird für jeden Streitgenossen auf den Eid gestellt. Beide legen den Eid nicht ab; sie werden *pro rata* zum Kostenersatz condemnirt. A legt den Eid ab, B nicht; B unterliegt daher. Wird B auch nur Theilersatz auferlegt werden? Folgerichtig ja. Aber wäre A nicht mit im Prozesse gestanden, so würde B die gesammten Kosten des Gegners zu tragen haben; warum nicht auch nun bei Theilnahme des A, wenn diese doch keinen inneren Verband zu B schafft und keine Steigerung des gegnerischen Aufwandes bewirkte? Es muss zugestanden werden, dass C seinen Sieg über B nicht erfochten hätte, ohne den gegebenen Processstoff, beziehungsweise die durch denselben erforderten Kosten ganz zu entfalten; dennoch soll B nur die Hälfte der Kosten erstatten, die seine Niederlage bewirkt. So steht denn die Theilhaftung von Streitgenossen auf gemeinschaftlich wider sie gewendete Kosten im Widerspruche mit den Grundsätzen des Schädenrechtes¹⁸⁴⁾, wie mit dem anerkannten Satze, dass sie in ihrer processualen Stellung von einander unabhängig seien. Hiezu kömmt, dass in streitgenössischen Processen gerade diese Kosten den Haupttheil zu bilden pflegen. Es ist die grosse Regel, dass sie durch

¹⁸⁴⁾ Ueber diese Grundsätze: Mages, Gesamtschuldverh. 37, Hasenöhrli, öst. Obligationenrecht 121, Stubenrauch III. 404 Abs. 6, 1. Satz (der 2. Satz ist falsch und steht im Widerspruche mit §. 1302 a. b. G. Darüber später). Uebrigens ist es nicht schwer, einen mit unserem Betrachtungsfall correlaten Schadensfall auch sonst noch zu construiren. Gesetzt A erhält einen Brandbrief von B; um dieselbe Zeit auch einen von C, den wir uns ganz unabhängig von B vorstellen. Niemand wird zweifeln, dass A einen etwa darob gemachten Sicherheitsaufwand (z. B. durch Aufstellung einer gedungenen Nachtwache bei seinem Gehöfte) solidarisch von B und C beanspruchen könne. Der Eine Aufwand ist zwar gegen B und C, aber wider Jeden ganz verauslagt.

einen gemeinsamen Anwalt geführt werden und in der einen Hand bei Gleichartigkeit des Angriffs- oder Vertheidigungsmateriales in eine stoffliche Einheit verwachsen.

Aber man könnte einwenden, die scharfe Absonderung der gemeinschaftlich-solidaren Kosten von jenen, die nur eine Beziehung zu dem einzelnen Streitgenossen haben, sei oft unthunlich; die Rücksicht, schwierige Theilungscomplicationen dem Richter zu ersparen, empfehle schon die Haftung *pro rata*. Ich bin nun weit entfernt, dieses Zweckmässigkeitsmoment zu übersehen oder von mir zu weisen. Aber ich räume ihm nur soweit Geltung ein, als es fordert, d. i. die Theilungsschwierigkeit besteht. Dies ist aber nur dort der Fall, wo die streitgenössische Processführung verschiedene Bahnen läuft. Hier, wo es gewiss ist, dass an dem Aufwand des siegreichen Gegners die Streitgenossen in verschiedenem Masse ursächlich Theil haben und nur das Participationsverhältniss unbestimmbar ist, erübrigt allerdings nichts, als dass der Richter die Kosten entweder wenigstens annähernd dem bestehenden Verschiedenheitsverhältnisse quotisire oder den Knoten durch Gleichtheilung zerhaue. Wo aber, wie so häufig, die Streitgenossen mit gleicher Waffe processiren und demzufolge auch der Gegner in der Lage ist, sie mit einer Waffe und einem Aufwand (solidar) zu bekämpfen, da gibt es weder eine Theilungsschwierigkeit noch eine Theilungsmöglichkeit, weil jeder Streitgenosse Ganzurheber dieses solidarischen Gesamtaufwandes ist, der denn auch Jedem ganz (*in solidum*) zum Ersatz aufzulegen ist.

Somit wären die der Natur des streitgenössischen Verhältnisses gemässen Ersatzgrundsätze folgende:

1. Von unterliegenden Streitgenossen hat Jeder die durch ihn verursachten Kosten zu erstatten, und zwar:

- a) Diejenigen allein, die nur zu ihm eine Beziehung haben;
- b) diejenigen solidar mit den übrigen, die eine gemeinschaftliche (solidare) Beziehung auf Alle haben.

2. Bei erheblicher Verschiedenartigkeit der Processführung sind die Kosten entweder nach Massgabe der verschiedenen Bethheiligung zu quotisiren oder gleichzuthellen.¹⁸⁵⁾

¹⁸⁵⁾ Die herrschende Lehre lässt die durch den einzelnen Streitgenossen allein verursachten Kosten diesen allein, den wider sämmtliche gemachten

b) Die Streitgenossen obsiegen.

Ohne Schwierigkeit löst sich die Erstattungsfrage in diesem Falle. Grundsatz ist auch hier: jedem Streitgenossen sind die ihm verursachten Kosten zu ersetzen. Demgemäss hat Jeder das Recht, seine Kosten (besonders) zu liquidiren. Verzeichnen sie jedoch, wie gewöhnlich, die Kosten ungeschieden und unscheidbar in einer Kostennote, so ist ihnen Ersatz nach Kopftheilen zuzuerkennen, dafern nicht eine (erheb-

gemeinsamen Aufwand aber Alle *pro rata* tragen. Für den gemeinen Process Planck 430 Note 2, Wetzell 511 Note 69 b, Osterloh Lehrbuch §. 110 Note 2, Renaud Lehrbuch 647 und 59 a. E., Endemann I. 261. Dagegen verfechten, doch aus verfehltm Gesichtspunkt, Solidarhaft unterlegener Streitgenossen, Martin Lehrbuch §. 39 (und in seinem und Walch's Magazin I. H. 3, S. 377), Schmid Handb. I. S. 140, Heffter System §. 112, Weiske Rechtsl. VI. 204, Brackenhöft Arch. f. prakt. Rechtswiss. V. S. 77 ff. Für den österr. Process lehren Menger, Grünhut's Zeitschr. VII. 687 und Canstein a. a. O. 13 *pro rata*-Haftung. Die von Plank a. a. O. berufene Analogie der Lage des Gegners, welcher jedem Streitgenossen im Falle des Unterliegens nur die *rata* ersetzt haben würde, trifft nicht zu: Von siegreichen Streitgenossen ist es gewiss, dass sie nur *pro rata* zu dem gemeinsamen Aufwand beizutragen hatten (vgl. unten *sub b*), während es gegenüber Besiegten ebenso gewiss ist, dass der Aufwand wider sie nicht *pro rata* gemacht wurde. Wetzell lehnt Solidarhaft ab, weil zufolge der Selbstständigkeit der mehreren Rechtsstreite „der Kostenpunkt für jeden besonders beurtheilt werden muss“, ein Ausgangspunkt, der uns gerade zu dem entgegengesetzten Resultat geführt hat. — Für den österr. Process ist die *pro rata*-Haftung entschieden unrichtig. S. unten *sub B*. — Ausdrücklich verfügen Solidarhaft die bad. P. O. §. 106, v. Frey-dorf S. 433; der Entwurf der preuss. P. O. §. 1350; der bayr. Entw. Art. 109 (jedoch nur als Strafe für Streitmuthwillen); die preuss. P. O. §. 29 (jedoch nur subsidiäre Solidarhaft), Koch S. 556. — Entw. §. 255 u. R. C. P. O. §. 95 normiren *pro rata*-Haftung; R. C. P. O. jedoch wie nach der Textirung scheint, mit subsidiärer Solidarhaft der Uebrigen, wenn von Einem der Kopftheil nicht beitreibar ist (S. Endemann Erläut. I. 404). Aber beide Gesetze wollen auch „eine nach den Vorschriften des bürgl. Rechts begründete Verpflichtung (von Streitgenossen) wegen der Kosten solidarisch zu haften“ unberührt lassen. Wie reimt sich jene mit dieser Bestimmung, wenn zutreffend ist, was im Text zu beweisen versucht wurde, dass eben nach diesen bürgl. rechtlichen Vorschriften gemeinschaftlich wider Streitgenossen impendire Kosten solidarisch zu erstatten seien. R. C. P. O. und Entwurf hindern daher nicht die Solidarauflage dieser Kosten. Wenn Puchelt die Civ.-Proc.-Ord. für das deutsche Reich I. 334 in den Abs. 4 (§. 95) die Voraussetzung eines der Streitgenossen-schaft unter ruhenden Solidarschuldverhältnisses legt, so ist dies eine willkürliche Einschränkung des allgemein gefassten Gesetzestextes.

liche) Ungleichmässigkeit der Betheiligung das richterliche Ermessen zu einem anderen Theilungsschlüssel drängt.¹⁸⁶⁾ In keinem Falle sind die Kosten solidarisch zuzusprechen: denn es ist gewiss, dass von dem gemeinsamen Aufwand Jeder nur einen (im Zweifel gleichen) Theil zu tragen hatte.¹⁸⁷⁾

B. Das österreichische Recht.

§. 36.

Den oben entwickelten, dem Wesen des Verhältnisses entnommenen Kostenersatzgrundsätzen für unterliegende Streitgenossen tritt im österreichischen Prozesse noch der materielle Rechtssatz gegenüber, dass bei einer (im Gegenstande) concurrirenden Schadenszufügung durch Mehrere die Unbestimmbarkeit des Participationsverhältnisses solidare Haftpflicht zur Folge habe (§. 1302 a. b. G.).¹⁸⁸⁾ Es fragt sich um die Anwendbarkeit dieses Rechtssatzes auf unseren Fall, die eine nähere Darstellung seiner dogmatischen Natur erheischt.

Zum Dasein dieses Solidaritätsgrundes wird lediglich erfordert, dass ein entstandener Schade ursächlich auf das (von einander unabhängige¹⁸⁹⁾ Verhalten Mehrerer zurückzuführen und nicht bestimmbar sei, wie viel vom Gesamtschaden auf die Einwirkung je des Einzelnen entfalle. Aus dem hiedurch geschaffenen Beweisnothstand erlöst das Gesetz den Beschädigten dadurch, dass es die genaue Schadensrepartition dem Regresszuge der Beschädiger unter sich zuwälzt, dem Beschädigten sie hingegen solidar haften lässt.¹⁹⁰⁾ Gleichgiltig ist, ob schon die Handlungsweise jedes Einzelnen genügt hätte, den ganzen Schaden zu erzeugen, oder ob es gewiss ist, dass der Einzelne nur Ursache eines Schadens-theiles, doch unbestimmbar, eines wie grossen sei; gleichgiltig ferner, als der Gesamtschaden durch ein gleichzeitiges oder aufeinanderfolgendes Verhalten der Mehreren hervorgerufen wurde. Haben z. B. Viehstücke des A auf dem Grunde des C

¹⁸⁶⁾ So auch Renaud 698 Note 28. Planck, Mehrheit von Rechtsst. 430 Note 2.

¹⁸⁷⁾ R. C. P. O. und Entwurf erwähnen dieses Falles nicht.

¹⁸⁸⁾ Ebenso Allg. Landr. I. 6 §§. 29, 32.

¹⁸⁹⁾ d. i. nicht *communi consilio* bestimmte.

¹⁹⁰⁾ Vgl. Zeiller Commentar III. 724₃.

Schaden gestiftet und vor Erhebung desselben noch weiteren solche des B, werden A und B solidarisch auf Ersatz belangt werden können, weil die Schadenstheilung regelmässig unthunlich sein wird. Wohl aber ist der Rechtssatz in einer anderen Beziehung einzuschränken. Es geht zu weit, wenn man bei Unbestimmbarkeit der Antheile schlechthin Solidarhaft annimmt. Dies weckt den Irrthum, es komme nur an, dass die Schadenstheile nicht präcisibel seien. Aber die Alternative: bei Bestimmbarkeit der Antheile — Partialhaftung, bei Unbestimmbarkeit — Solidarität, ist ein Sprung über ein Mittelglied, nämlich über die Combination beider Haftungsarten. Wenn sich nicht im Ganzen genau aliquotisieren lässt, wie viel vom Schaden die Viehstücke des A, wie viel die des B angerichtet, wird dies doch vielleicht zu einem Mindestmass des Schadens möglich sein. So kann z. B. ganz wohl zu erheben sein, dass das Vieh des Einen und des Andern jedenfalls je $\frac{1}{3}$ des Schadens verursacht, und nur der letzte Drittheil irrepartibel sein. Natur der Sache und Consequenz nöthigen nur die solidarische Verhaftung auf letzteren auf. Gewiss ist eine solche gemischte Haftpflicht¹⁹¹⁾ auch im Sinne des Gesetzes. Diesem ist die Gesammthaftung in Fällen dieser Art überhaupt nur ein nothgedrungenener Ausweg aus dem unentwirrbaren Schadensknoten. Als eigentliches Princip schwebt ihm für concurrirende Schadensstiftung Contingentirung nach Mass der Einwirkung vor. Dies ist nach §. 1302 pr. a. b. G. unzweifelhaft. Allein das Gesetz paralytirt in aller Regel dieses sein Ideal selbst wieder dadurch, dass es den Beschädigten von der nach allgemeinen Grundsätzen ihn treffenden Beweislast der Schadensrepartition enthebt und diesen Beweis den Schadensstiftern zuschiebt. Und in dieser eigenthümlichen Beweislage, respective Beweisverschiebung liegt der Schlüsselpunkt des zu Betracht stehenden Solidarfalles. Aus ihr muss die Gesammthaftung freilich hervorgehen, wenn und soweit die Schadensstifter den Reparitionsbeweis nicht erbringen. Aber dieselbe ist dann rein processualer Natur: Folge des nicht erbrachten Reparitionsbeweises und nicht dispositive Anordnung des materiellen Rechts. Die Beweisverstellung ermöglicht es dem Beschädigten,

¹⁹¹⁾ Unsere Schriftsteller thun derselben keine Erwähnung.

auf die einzige Prämisse hin, dass die ihm durch Mehrere zugefügten Vermögensnachtheile als ein objectiv einheitlicher, cohärirender Schadenscomplex sich darstellen, *in solidum* zu klagen. Mit anderen Worten: das Gesetz nimmt in solchem Falle provisorisch (widerlegbar) im Interesse des Beschädigten jeden Mitschadensstifter als ursächlich verantwortlich für den ganzen Schaden: es präsumirt Gesamtverantwortung. Die Solidarklage aus §. 1301 und 1302 ruht daher auf dem gleichen Grunde der Gesamtverantwortlichkeit, nur dort wirklicher, hier präsumirter, und unser Solidarfall löst sich *fine finali* in eine Beweisregel auf, die nur hier nicht in dem sonst üblichen Gewande der Vermuthung auftritt.¹⁹²⁾ Principiell und der Tendenz nach wird in den §§. 1301 und 1302 Gesammthaftung nur disponirt, wenn jeder Mitschadensstifter für den ganzen Schaden verantwortlich ist. Dies ist immer der Fall, wo sie *communi consilio*, kann sich aber auch ereignen, wo sie unabhängig von einander (*dolos* oder *culpos*) gehandelt.¹⁹³⁾ Factisch wird aber auch in den letzteren Fällen die mehrerwähnte Umstellung der Repartitionsbeweislast regelmässig Gesammthaftung der Schadenstheilhaber (ganz oder theilweise) zur Folge haben.¹⁹⁴⁾

¹⁹²⁾ Es ist daher schief, wenn Hasenöhr, österr. Obligationenrecht 121 sagt, dass bei nicht bestimmbarren Antheilen 1302 den Einzelnen für die Folgen der Handlung des Andern haften lasse.

¹⁹³⁾ Mages Gesamtschldv. 39 ff.

¹⁹⁴⁾ Die Commentationen unserer Schriftsteller zu §§. 1301 u. 1302 sind wenig befriedigend: sie bestehen zumeist in einer paraphrasirenden Wiedergabe des Gesetzestextes, dessen Ungenauigkeiten sie kritiklos wiedergeben. Die Einen (z. B. Zeiller III. 724, ihm folgend: Stubenrauch III. 403 ff.) verlangen als Voraussetzung beider Paragraphen Gemeinschaftlichkeit der Schadenszufügung, verstehen aber darunter nicht blos den Fall eines *commune consilium* (vgl. w. g. G. B. §. 459: gemeinschaftlich = „mit vereinigten Kräften und Willen“), sondern wie es scheint, auch den einer *culposen* Schadensstiftung, dafern sie bei einer gemeinsamen Gelegenheit (z. B. einer Jagd) erfolgte. Allein eine solche Gelegenheitsbeziehung — ohne geistiges (*dolosos*) Band unter den Beschädigern — ist juristisch völlig irrelevant: Jeder hat unabhängig und unbeeinflusst vom Andern zum Schaden mitgewirkt; die Handlungen der Einzelnen treffen sich erst in ihrer Wirkung (im Gegenstande), sie congruiren nicht schon in ihrer Ursache (*communi consilio*) (vgl. dagegen auch Pfaff: zur Lehre vom Schadenersatz, Gutachten 33 Note 99). So musste es freilich kommen, dass Stubenrauch a. a. O. den Fall eines durch mehrere Personen nicht „gemeinschaftlich“ (in seinem Sinne; er sagt zwar: „ohne Einverständniss“; nach dem Zusammen-

Und so möchte denn der Rechtsgehalt der §§. 1301 und 1302 kurz in folgende Formel zu verdichten sein: Nach österreichischem Rechte haften concurrirende Schadensstifter im Zweifel *in solidum*.

Ist aber diese Gesammthaft, die aus dem künstlichen Umwege einer Beweisverstellung factisch resultirt, auch auf die Kostenersatzpflicht besiegtter Streitgenossen übertragbar?

Es ist nicht einzusehen, warum nicht. Denn als ihre einzige Voraussetzung haben wir das Merkmal einer rein äusserlichen, um nicht zu sagen, zufälligen Schadenscohärenz erkannt; dieses ist aber bei den wider Streitgenossen aufgewendeten Kosten, die sich stets in einen (bald mehr bald weniger) un-scheidbaren Complex verschlingen, offenbar gegeben, während es andererseits doch nicht zu bezweifeln ist, dass das Schadensgebilde der Processkosten, soweit es nicht besonderen Normen, (subsidiär) dem gemeinen Schädennrecht untersteht. Das Eigenthümliche an dem Falle ist nur, dass bei dem Ausfall eines Beweisverfahrens in Betreff des Kostenpunktes die Repartition völlig an die officiose Hand des Richters devolvirt.

Im Anschlusse an das Vorausgeschickte ist daher für den geltenden österreichischen Process folgende Ersatzformel aufzustellen:

Unterliegende Streitgenossen haften für die Kostenersatzung insoweit solidarisch, als nicht eine Scheidung der durch den Einzelnen erregten Kosten thunlich ist.

Letztere wird namentlich für die Kosten eines besonderen

hang zum Vorgesagten meint er aber offenbar: „nicht gemeinschaftlich“) herbeigeführten Schadens im Gesetze nicht entschieden fand und diese selbstgeschaffene Gesetzeslücke dann unrichtig durch die §§. 839, 888 (im Zweifel: gleiche Antheile) ausfüllt. (Vgl. dagegen auch Pfaff a. a. O., Mages, Gesamtschuld. 93, Hasenöhrli Obl. 121.) Zum Andern legen unsere Schriftsteller ein Hauptgewicht auf die Unterscheidung, ob der Schade durch die Mehreren vorsätzlich oder aus Versehen verursacht wurde, indem sie nur letzterenfalls bei Bestimmbarkeit der Antheile Haftung *pro rata* lehren, (Winiwarter IV. 560, Kirchstetter 613). Mit Unrecht. Auch mehrere vorsätzliche Schadensstifter haben nach §. 1302 einen repartiblen Schaden nur *pro rata* zu tragen, wenn sie nicht *communi consilio* gehandelt (Vgl. auch Pfaff a. a. O., Mages, Gesamtschuld. 93, Hasenöhrli, Obl. 121).

Angriffs- oder Vertheidigungsmittels, dessen sich ein Streitgenosse bedient hat, möglich sein.¹⁹⁵⁾

Die Solidar- Condemnation ist von Amtswegen zu fällen; ein darauf gestellter Parteiantrag ist so wenig erforderlich, als ein Antrag auf Kostenanspruch überhaupt. Dagegen versteht sich die Solidarhaft unterlegener Streitgenossen keineswegs von selbst, wie die bisherige Erörterung genugsam ergeben. Ohne Solidaritätsclausel zum Kostenersatz verurtheilte Streitgenossen haften daher nur nach Kopftheilen (§§. 888, 889 a. b. G).¹⁹⁶⁾

Die Praxis ist über alle einschlägigen Fragen völlig unsicher.¹⁹⁷⁾ Sie schwankt, ob die Haftung besiegtter Streitgenossen auf Kostenersatz selbstständig nach §§. 1301, 1302 a. b. G. oder abhängig von dem zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisse d. i. dessen solidarischer oder nicht solidarischer Natur zu lösen sei. Auf dem letzteren Standpunkte stehen ältere¹⁹⁸⁾, auf dem ersteren neuere¹⁹⁹⁾ Entscheidungen. Jener verstösst gegen das oberste Axiom des streitgenössischen Verhältnisses: die selbstständige Processstellung jedes Streitgenossen, — doch werden wir dem Irrthum noch an späterer Stelle eingehender nahetreten. Dieser begegnet uns mit einer unrichtigen Verwerthung der massgebenden Gesetzesstellen (§§. 1301, 1302). Es wird nämlich Gewicht gelegt, ob die besiegtten Streitgenossen mit Unrechtsbewusstsein gestritten, und nur

¹⁹⁵⁾ Kaum hervorgehoben zu werden braucht, dass mit Rücksicht auf das absolute Ersatzprincip die Anwendung von §. 1302 a. b. G. Satz 2 auf besiegte Streitgenossen keineswegs durch eine *culpose* Streiftührung derselben mehr bedingt ist.

¹⁹⁶⁾ So richtig G. U. W. Nr. 745, 2616, 2687. Unrichtig: Nr. 3798, 7168. Vgl. auch *l. 43 D. de re jud. 4. 21*: — *qui una sententia in unam quantitatem condemnati sunt, pro portione virili ex causa iudicati conveniri*.

¹⁹⁷⁾ Die österr. Process-Schriftsteller lehren einmüthig Haftung nach Kopftheilen. Nippel, Erl. z. G. O. II. S. 469. Menger, Grünhut's Zeitschr. VII. 687, Note 39. Canstein Streitgenossenschaft und Nebenintervention 13. Wie der letztere Schriftsteller sich nebeneinander auf §§. 888 und 1302 als Belegstellen berufen kann, ist unerfindlich, da beide Paragraphe eher Antipoden als Correlate sind. 888 sagt: im Zweifel Kopftheilung; 1302: im Zweifel Solidarität.

¹⁹⁸⁾ G. U. W. Nr. 745, 2616, 2687.

¹⁹⁹⁾ G. U. W. Nr. 3798, 5001, 7167, vgl. auch 3871 (gegen die Behandlung des Vertretungsleiters als Streitgenossen Nr. 3111).

unter dieser Voraussetzung Gesamthaft verfügt. Man scheint solchenfalls von der Annahme einer widerrechtlichen, einem dolosen gemeinsamen Beschlusse (*commune consilium*) entsprungenen Gesamttaction²⁰⁰⁾ der Streitgenossen auszugehen, welche Jeden auch für das Processiren des Andern verantwortlich mache. Dieser Anschauung unterruht derselbe Verstoss wie der vorigen: sie übersieht die von einander gänzlich unabhängige processuale Position der Streitgenossen, der es widerstreitet, dass sie gegenseitig für ihr Processiren und dessen Kostenfolgen verantwortlich sein sollten, was nur bei Delictsnatur eines eingeklagten Solidarschuldverhältnisses behauptet werden kann.²⁰¹⁾

2. In Solidarschuldverhältnissen.

A. Bürgschaft.

§. 37.

Während vorangehend die Haftung besiegtter Streitgenossen auf Ersatz der Processkosten unter völliger Absehung von der Natur des dem Verfahren zu Grunde liegenden materiellen Rechtsverhältnisses festgestellt wurde, ist noch zu erörtern, ob nicht auch diesem, wenigstens in Solidaritätställen, ein Einfluss auf jene einzuräumen sei.

Wir reihen voran den Solidaritätsfall der Bürgschaft und fragen:

Hat der als Streitgenosse mit dem Hauptschuldner belangte Bürge kraft seiner Stellung nicht auch für die Processkosten Jenes zu haften?

Dies führt uns auf den Umfang der bürgschaftlichen Haftung überhaupt, oder näher auf die Frage, ob der Bürge auch auf Erweiterungen der Hauptschuld von innen heraus: Verzugszinsen, Früchte etc. einzustehen habe.

²⁰⁰⁾ Vgl. G. U. W. Nr. 5001 verb.: „in dem gegenwärtigem Falle (kann) die in dem §. 1302 a. b. G. B. bezeichnete und nach demselben die solidarische Ersatzpflicht der Beschädiger begründende Vorsätzlichkeit bei der Schadenszufügung nicht verkannt werden, nachdem die Klage von den Klägern in voller Uebereinstimmung untereinander und im gemeinsamen Interesse angestellt (worden ist).“

²⁰¹⁾ Worüber später.

Wenn wir uns nun aus Früherem zurückrufen, dass wir bei Obligationsansprüchen in den Processkosten des siegreichen Klägers ihrem juristischen Wesen nach ein Verzugsgebilde, ein Element des Zeitinteresses, gefunden, so vereinfacht sich unsere Frage in die andere: Haftet der Bürge für die Mora des Hauptschuldners und deren Folgen?

Die Frage ist nach dem a. b. G. eine offene. Seine kärgliche Bestimmung über den Umfang der bürgschaftlichen Haftung: „die Bürgschaft kann nicht weiter ausgedehnt werden, als sich der Bürge ausdrücklich erklärt hat“ (§. 1353), hilft über ihre Lösung nicht hinweg. Zwar hegt Zeiller Com. 4, 19 im Hinblick auf diese kategorische Interpretationsregel keinen Zweifel, dass „eine Bürgschaft für eine Hauptforderung nicht auch auf Zinsen, Früchte, Schäden, Kosten . . . ausgedehnt werden könne“²⁰²⁾; und wenn man sich der Provenienz der Regel aus dem preuss. Landrecht erinnert, aus welchem sie fast wörtlich herübergenommen wurde (vgl. L. R. I, 14, §. 258), und in welchem sie durch einen unmittelbar darauffolgenden §. (L. R. I, 14, §. 259) ausdrücklich in dem Zeiller'schen Sinne gedeutet wird²⁰³⁾, so ist es auch zweifellos, dass Zeiller mit seiner Ansicht die Absicht der Redactoren wiedergibt und dass man der Nichthaftung des Bürgen auf „Zinsen, Schäden und Kosten“ nur der zur Richtschnur genommenen Knappheit und Kürze zu Liebe, d. i. in der Voraussetzung nicht besonders erwähnte, dieselbe schon durch die allgemeine Umfangsregel in §. 1353 mit genügender Bestimmtheit mitausgesprochen zu haben.

Obwohl ich das Gewicht dieses historischen Interpretationsargumentes sowenig als verkenne, dass die zur Frage stehende Regel ganz wohl ihrem Wortlaute nach die restrictive Zeiller'sche Deutung zulässt, vermag ich mich doch für diese nicht zu entscheiden.

Jene Regel lässt zumeist im Stich. Verbürgungen erfolgen nämlich nicht selten in ganz allgemeiner Form (man stehe gut

²⁰²⁾ Wie Zeiller auch Ellinger, Handb. des österr. Civ.-R. S. 593.

²⁰³⁾ Vgl. auch Code civ. 2015: *le cautionnement ne se présume point: il doit être exprès et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté.*

u. A. m.), ohne dass der Garantie eine bestimmte Grenze gezogen wird. So fehlt es denn in vielen Fällen; namentlich mündlicher Verbürgung, an dem, was das G. B. voraussetzt: an der ausdrücklichen Erklärung, wie weit gutgestanden werden wolle. Die Regel ist daher in ihrer wörtlichen Gestalt entweder unbrauchbar, oder man muss ihrer Buchstäblichkeit einen Abbruch thun, um sie praktisch verwerthbar zu machen. Auf ihren wahren Sinn umgesetzt, kann sie nur besagen wollen: im Zweifel sei zu Gunsten des Bürgen zu entscheiden²⁰⁴⁾, was aber schon nach einer anderen Gesetzesstelle (§. 915 a. b. G. B.) feststeht. Wie verkehrt es wäre, unsere Umfangsregel wörtlich zu nehmen, belegt übrigens §. 1353 selbst (2. Satz). „Wer sich für ein zinsbares Capital verbürgt“, haftet auch für die Zinsen. Mit welcher Beschränkung, interessirt für unseren Zweck nicht. Es bedarf aber zu dieser Haftung nicht, dass der Bürge seinen Willen dahin „ausdrücklich erklärt“ habe, wenn ihm die verbürgte Forderung als „zinsbare“ bekannt war und er die Haftung auf die Zinsen nicht abgelehnt hat. Die Interpretation dieses bestimmten Falles durch das Gesetz selbst beweist aber nicht blos, wie kaum ernst es ihm mit dem kategorischen ersten Satze sei, sondern dass auch das: „im Zweifel zu Gunsten des Bürgen“ — nicht auf die Spitze getrieben werden dürfe. Denn fragt man sich, warum das Gesetz bei Vertragszinsen gegen den Bürgen dirimirt, so bewirkte dies offenbar die Vorstellung, damit dem muthmasslichen Willen des Bürgen und der Natur des Falles zu entsprechen. Und so gehen wir ganz im Sinne des Gesetzes vor und copiren nur seine eigene Methode, wenn wir bei der Grenzziehung des Umfangs bürgschaftlicher Haftung den Zweifel erst dort beginnen lassen, wo uns der präsumtive Bürgschaftswille, resp. das dem Wesen der Bürgschaft und des concreten Falles Gemässe verlässt. Wir sind demnach an dem Punkte, den Bürgen für die Mora des Hauptschuldners einstehen zu lassen, wenn die Natur der Bürgschaft es gebietet, was zu erweisen nicht schwer halten wird.²⁰⁵⁾

²⁰⁴⁾ So fassen auch die preuss. Juristen die analoge Regel des L. R. Dernburg II. 688 und Note 3. L. R. I. 14 §§. 258—260.

²⁰⁵⁾ Gemeinrechtlich ist man auf bestimmte Quellenbelege hin einig, dass der Bürge die Mora des Hauptschuldners zu verantworten habe. Girtanner,

Wer vorbehaltslos für eine fremde Schuld gutsteht, tritt m. E. nicht für das Schuldobject, sondern das Schuldverhältniss ein, zu welchem aber ausser jenem auch die Erfüllungsmodalitäten nach Zeit und Ort gehören. Er bürgt nicht nur, dass die Leistung überhaupt, sondern dass sie in der in dem concreten Schuldverhältnisse bestimmten Weise (nach Zeit und Ort) eingehen werde. Wir nehmen daher den Bürgen nur beim Wort (§. 1353 a. b. G.), wenn wir seine Haftpflicht auch auf die Erfüllungsmodalitäten beziehen. In diesem Sinne kann man, selbst ohne Anhänger der correalen Einheitstheorie zu sein, sagen: die Bürgschaftschuld sei (materiell) identisch mit der Hauptschuld, da sie deren ganze concrete Gestalt nach Gegenstand und mit allen Qualitäten in sich aufnehme. Die Einschränkung der (vorbehaltslosen) Bürgschaft auf den Obligationsgegenstand ist eine Verwechslung dieses mit der (verbürgten) Obligation²⁰⁶⁾, die selbst in dem für den Bürgen scheinbar so fürsorglichen §. 1353 a. b. G. vergeblich ihren Halt sucht.²⁰⁷⁾

die Bürgschaft S. 409 ff. Hasenbalg die Bürgschaft S. 265 ff. Mommsen, Mora 276 ff. Arndts §. 354. Windscheid II. §. 477. Baron, Pand. S. 416. Dazu: l. 24 §. 1 D. 22, 1 (*quum reus moram fecit, et fidejussor tenetur*). l. 88 D. 45, 1 (*mora rei fidejussori quoque nocet*). l. 58 §. 1 D. 46, 1. l. 49 pr. l. 91 §. 4 D. 45, 1. — Nach diesen Stellen ist es unbezweifelbar, dass das röm. Recht den Bürgen principiell für die durch Mora herbeigeführte Erweiterung der Hauptschuld aufkommen liess. Wenn nach anderen (l. 54 pr. D. 19, 2. l. 8 C. 4, 26. l. 10 C. 8, 41) es den Anschein hat, als ob eine bestimmte Verzugsfolge, die Verzugszinsen — auszunehmen wäre, so findet diese Besonderheit in der strengen Formalmatur der *fidejussio* ihren hinreichenden Erklärungsgrund (Girtanner 416), principlos aber ist es, auch im heutigen Recht, wo diese formale Fessel nicht mehr waltet, noch daran festzuhalten (wie neuerlich erst Hasenbalg 276 aus m. E. nichtigen Gründen, die ihm selbst „sehr erhebliche Bedenken rege machen“ a. a. O. 277).

²⁰⁶⁾ Dieser Verwechslung macht sich das preuss. L. R. schuldig, wenn es (I. 14 §. 258) bestimmt: „Dass sich der Bürge über die Capitalssumme, auch für Früchte, Schäden, Kosten und Conventionalstrafe verpflichtet habe, wird nicht vermuthet.“

²⁰⁷⁾ Die Commentationen der österr. Schriftsteller zu §. 1353 a. b. G. B. sind zumeist unbefriedigend. Theils lassen sie die Frage, ob der Bürge die Verzugsfolgen mitzuverantworten habe, überhaupt unerörtert (Winiwarter V. S. 12) theils flüchten sie mit einer kurzen Paraphrase, aus der sich weder ein entschiedenes pro noch contra ergibt, darüber hinweg (Stubenrauch III. 447).

Hat aber der Bürge für die Einhaltung der Erfüllungszeit einzustehen, so hat er folgegемäss auch den hauptschuldnerischen Verzug und dessen Folgen, somit auch die wider den Hauptschuldner aufgewendeten Processkosten ²⁰⁸⁾ mitzuverantworten.

Mit dem gewonnenen Resultate könnten wir es für unseren Zweck genügen lassen. Um Missdeutungen vorzubeugen, fügen wir jedoch bei, dass, wenn wir den Bürgen für den hauptschuldnerischen Verzug principiell haftbar erklären, dies keineswegs stets auch auf alle Folgen desselben gemünzt sein will. Vielmehr werden Verzugsfolgen, die der Bürge füglich nicht voraussehen konnte, aus seiner Haftung auszuschneiden sein, da nicht anzunehmen ist, er habe auch für solche ungewöhnliche Folgen eintreten wollen. Dies kann zwar nie Verzugszinsen und Processkosten treffen, welche sich als ständige Folgen an die Mora heften, wohl aber z. B. ein über das Mass der wirklichen Verzugsnachtheile hinausgehendes Strafgeding (§. 1336 a. b. G. B.). Es liegt im Geiste der besonderen Fürsorge des b. G. B. für den Bürgen, von welcher der ganze bezügliche Abschnitt durchzogen ist (vgl. §§. 1353, 1356 *in fin.*, 1358, 1359, 1360, 1362, 1364, 1365) und im Geiste jener Diligenzpflicht, die das G. B. dem Gläubiger, den Bürgen vor Schaden zu bewahren, auflegt (vgl. §§. 1356 *in fin.*, 1358, 1360, 1362, 1364 *in fin.*), wenn wir es als des Gläubigers

Kirchstetter 633 recipirt kurzhin die gemeinrechtliche Lehre, ohne auch nur zu versuchen, das nach seinem Wortlaut eher gegen als für sprechende Gesetz (1353) damit in Einklang zu bringen. Vgl. aber jedoch die eingehendere Erörterung von Mages Gesamtschldv. S. 165.

²⁰⁸⁾ Wie sehr die Natur der Sache zwingt, die Processkosten (des Gläubigers) in Obligationsverhältnissen als Verzugsfolge zu betrachten, zeigt die Thatsache, dass man unter den Erweiterungen der Hauptschuld, für die der Bürge kraft seiner Haftung für die hauptschuldnerische Mora aufzukommen habe, unbedenklich auch die Processkosten aufzuführen pflegt. Vgl. z. B. Hasenbalg 276. Kirchstetter 634. Mages a. a. O. 165. Stubenrauch III. 474. Vgl. auch *Code civ.* 2016: *le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution*, und die Entsch. in Seuffert B. III. Nr. 325: „die Processkosten sind ebenso wie die Verzugszinsen zu behandeln.“

Pflicht erklären, dem Bürgen von möglichen ungewöhnlichen Verzugsfolgen vorher Kenntniss zu geben, um dessen Haftung in dieser weiteren Richtung zu begründen, und wenn irgend etwas, kann diese Schranke der Umfangsregel des §. 1353 derivirt werden; denn so viel ist nach derselben sicher: es darf die Haftung des Bürgen nicht über den präsumtiven Verbürgungswillen hinaus ausgedehnt werden. Sie hat daher Folgen, die der Bürge nicht übersehen und in sein Calcül aufnehmen konnte, nicht mitzuumfassen.

Was speciell noch die Kosten des wider den Hauptschuldner geführten Processes betrifft, so inhärrt die Möglichkeit, dass der Anspruch wider denselben werde im Processweg realisirt werden müssen, jenem, wie jedem klagbaren Anspruch von selbst. Andererseits verweist schon der subsidiäre Charakter der Bürgschaft den Gläubiger, die Anspruchsrealisirung zuerst an dem Hauptschuldner zu versuchen. Zwar genügt schon die fruchtlose Interpellation an diesen, um wider den Bürgen vorgehen zu können, sicherlich aber kann es regelmässig dem Gläubiger nicht zum Vorwurf gereichen, wenn er spontan ein Mehreres thut, den Hauptschuldner vor dem Bürgen anklagt und freilich damit auch den verbürgten Anspruch um die Processkosten steigert.

Wenn nun aber — und damit schliessen wir die Betrachtung dieses Falles — der Bürge selbst auf die Processkosten des früher und alleinbeklagten Hauptschuldners aufzukommen hat, so um so mehr auf jene des als Streitgenossen mitbeklagten, wo noch hinzukommt, dass der Bürge durch die grundlose Erfüllungsweigerung seinerseits auch den Process gegen den Hauptschuldner mitheraufbeschworen. Die an die Spitze dieses Capitels gestellte Frage, ob der als Streitgenosse des Hauptschuldners mitbeklagte Bürge solidarisch auf den Ersatz der wider jenen aufgelaufenen Processkosten zu haften habe, ist daher für das österreichische Recht entschieden bejahend zu beantworten.

Die Stellung des Hauptschuldners gegenüber dem Bürgen bietet keine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen streitgenössischer Haftung auf Kostenersatz.

B. Die übrigen Fälle von Solidarität.

§. 38.

Ist mehreren als Streitgenossen belangten Solidar- (Correal-) Schuldnern aus dem Grunde der Solidarität (Correalität) des materiellen Verpflichtungsverhältnisses der Processkostensersatz solidarisch aufzulegen?

Auch hier wieder vereinfacht sich die Frage in die andere: Hat der Solidar- (Correal-) Schuldner die mitschuldnerische Mora und damit auch deren Folge: die Processkosten des Mitschuldners zu vertreten — eine Frage, die nach dem b. G. B. gleichfalls eine offene ist.

Zwar berührt sie das G. B. (§. 1303: „Inwieweit mehrere Mitschuldner bloß aus der unterlassenen Erfüllung ihrer Verbindlichkeit zu haften haben, ist aus der Beschaffenheit des Vertrages zu beurtheilen“), aber nur, um sie — nicht zu entscheiden. Der Verweis auf die „Beschaffenheit des Vertrages“ bringt uns der Lösung nicht näher und muthet uns etwas Selbstverständliches zu: denn auch ohne ihn müssten wir zu dieser „Beschaffenheit“ unsere Zuflucht nehmen. Seinem Wortlaut nach ist daher der Paragraph ein reines Discursivum.

Nimmt man jedoch auf seine Stellung unter der Marginalrubrik: „Von dem Verschulden mehrerer Theilnehmer“ und zu den unmittelbar vorhergehenden §§. 1301 und 1302, sowie auf das von Zeiller (III. 725) zu demselben Vermerkte Bedacht, so will sein Sinn allerdings tiefer gehen, als sein nichtsagender Text. Offenbar dünkt ihm die unterlassene Erfüllung einer Gesamtschuld als Fall einer „gemeinschaftlichen Beschädigung“ (vgl. Zeiller a. a. O.), den er daher zu den früheren Fällen (§§. 1301, 1302) noch enumeriren will. Allein auch mit dieser Erkenntniss ist die Lösung unserer Frage um keinen Schritt weiter gerückt: denn das ist ja unzweifelhaft, dass sich auch bei mehreren Mitschuldnern (und vielleicht eher als auf selbstständig delictische Art) eine „gemeinschaftliche Beschädigung“ mit Solidaritätsfolge ergeben kann. So werden Mitschuldner, die gleichzeitig in Verzug fallen, solidarisch auf die Verzugszinsen haftbar, einfach aus dem Grunde, weil Jeder aus seinem Verzug selbstständig und ganz auf diesen Nachtheil verantwortlich ist; so kann der Schuld-

gegenstand durch concurrirendes Verschulden der Mitschuldner deteriorirt oder untergegangen sein. In Fällen dieser Art wird aber die Solidarhaft auf die Folgen der Obligationsverletzung dadurch erzeugt, dass letztere gemeinsam, von Allen verschuldet (mitverschuldet) ist (§. 1301, 1302).

Unsere und die Frage, die §. 1303 zu beantworten hätte, ist aber: ob nicht durch das Wesen der Solidarität („Beschaffenheit des Vertrages“) postulirt werde, dass ein Mitschuldner — ohne eigenes Verschulden — für *mora* und *culpa* des Mitschuldners zu stehen habe, und darauf bleibt uns der Paragraph die Antwort schuldig. Nicht so Zeiller.²⁰⁹⁾ Wie wenig durchdacht seine Commentationsglosse ist, zeigt die Anführung des Solidarfalles wegen Untheilbarkeit der Leistung in diesem Zusammenhange, von dem es nach dem G. B. (arg. §§. 888—890) und nach Ausführungen Zeiller's an anderer Stelle²¹⁰⁾ selbst unzweifelhaft ist, dass er eine Haftung für mitschuldnerisches Verschulden nicht bewirke. Ueberhaupt ist der obige Vermerk Zeiller's zu §. 1303 ein dispositiver Schluss aus einer nicht dispositiven Gesetzesprämisse, hat daher für uns keinen bindenden hermeneutischen Werth.²¹¹⁾

²⁰⁹⁾ Zeiller III. 725: „Ist . . . die Verbindlichkeit eine Correal-Verbindlichkeit, oder betrifft sie untheilbare Gegenstände, so haften für die Unterlassung Alle für Einen und Einer für Alle. Ausserdem aber ist jeder nur für sein Verschulden verantwortlich (§. 888).“

²¹⁰⁾ Zeiller III. zu §§. 888—890, insbesondere Schlusssatz zu §. 889, wo Zeiller wohl §. 1302, aber nicht §. 1303 unter den Solidaritätsfällen bei theilbarer Leistung aufführt.

²¹¹⁾ Von unseren Schriftstellern ist §. 1303 wenig gewürdigt. Winwarter IV. 561, Ellinger 573, Stubenrauch III. 404 begnügen sich mit einer nichtssagenden Paraphrase; Kirchstetter S. 612 findet gar nichts zu demselben zu bemerken; auch Hasenöhrle öst. Obl.-R. S. 149 glaubt die Frage der Haftung für mitschuldnerische *culpa* erörtern zu können, ohne sich mit demselben vorerst abzufinden, und ignorirt ihn einfach. Anders Mages, Gesamtschuld. v. 121, 122, der aus ihm diese Haftung (jedoch nur bis zur Aestimation des Schuldobjectes) herauszulesen vermag, was diesem Schriftsteller darum nicht schwer fallen konnte, als er die Correalitätsclausel involviren lässt, „für den anderen haften zu wollen“ (a. a. O. S. 121 und 129) und daher im *Correus* einen Solidarschuldner und Bürgen zu erblicken scheint (dagegen Hasenöhrle a. a. O. 150 Note 76 *in fin.* und die dort angeführten). Auch die Protokolle (darüber Pfaff, Schadenersatz-Gutachten 32) geben keinen m. E. befriedigenden Aufschluss über den Paragraphen.

So sind wir denn zur Lösung unserer Frage auf die Natur der Solidarschuldverhältnisse gewiesen und ein Eingehen hierauf unerlässlich. Der monographische Zweck dieser Arbeit wird es jedoch entschuldigen, wenn dies nur in dem nothwendigsten Masse geschieht.²¹²⁾

Wir induciren von einem concreten Fall aus. A und B nehmen gemeinsam ein Darlehen auf. Wird nichts weiter beredet, ist Jeder zur Hälfte rückzahlungspflichtig.²¹³⁾ Es sind zwei von einander unabhängige Darlehen, nur simultan contrahirt und von der an Beide gegebenen Valuta wird präsumirt, dass sie Jedem zur Hälfte zu Gute gekommen sei. Ein juristischer Connex unter den beiden Obligationen besteht nicht. Ein solcher kann aber dadurch hergestellt werden, dass A und B sich in correaler Weise zur Rückzahlung verbinden. Welche Veränderung bringt in den beiden Theilobligationen der Hinzutritt der Solidaritätsclausel hervor?

Soweit A und B auch ohne letztere verpflichtet waren oder wären, also in Ansehung der Theilobligationen, muss sie offenbar einflusslos bleiben. Die Solidaritätsclausel soll nur zur Haftung, soweit sie schon besteht, die weitere Haftung auf die Theilobligation je des Andern hinzufügen. Sie ist die Erklärung, ohne Beschränkung auf das, was man von der Valuta erhalten oder was doch präsumirt wird, dass man erhalten (die Hälfte), also im Umfang der ganzen Valuta selbstschuldnerisch haften zu wollen, oder sie ist der Verzicht auf den Einwand, die Valuta nicht zur Gänze (allein) empfangen zu haben. Jeder erklärt demnach, so verpflichtet sein zu wollen, als hätte er das Ganze allein erhalten. Da aber Mehrere dasselbe Ganze nicht zur Gänze empfangen können, so steckt in der Solidaritätsclausel eine Fiction, ein als ob wäre, was nicht oder doch theilweise nicht ist.

Denn Niemand kann auf natürlich-juristischem Wege aus

²¹²⁾ Zu dem Problem erschöpfend Stellung zu nehmen und die im Folgenden niedergelegte Anschauung des Verfassers gegen die herrschenden Theorien eingehender zu vertheidigen, bleibt einer besonderen Abhandlung vorbehalten.

²¹³⁾ §§. 888, 889 a. b. G. l. 11 §. 1, 2 D. 45, 2; l. 85 pr. §. 1, D. 45, 1; l. 31 §. 10 D. 21, 1; l. 43 D. 42, 1.

dem Realvertrage des Darlehens auf mehr Selbstschuldner (*proprio nomine*) werden, als mit ihm re contrahirt wurde, d. i. von der Valuta auf ihn abfiel. Das natürlich Unmögliche kann nur künstlich dadurch möglich gemacht werden, dass sich jeder Paciscent (vertragsmässig) insoweit als Eigenschuldner fingirt, als ihm keine Valuta zufiel. Die Verpflichtung des Correalschuldners ist daher theils eine materiell-eigene: dies soweit er auch ohne correale Verbindung obligirt wäre — theils eine fingirt-eigene: dies soweit er es ohne jene nicht wäre. Der Correalschuldner ist ein (zum Theil) fingirter Eigenschuldner.

Aber wozu diese Fiction? Ist es nicht einfacher und genug zu sagen, der Correalschuldner nehme zur Verbindlichkeit, wie sie ihn ohne Correalitätsclausel träfe, auch noch die gleichförmige seines Contractsgenossen auf sich und *vice versa*. Allein der Correalschuldner soll durchaus als Selbstschuldner, nicht theilweise als dies, theilweise als Intercedent (als eine Art Principal-Bürge) dem Gläubiger stehen. Und gerade darin liegt das „Charakteristische“²¹⁴⁾ correaler Haftung, dass ihr nach aussen jeder Intercessionsbeisatz abgestreift und die ganze Schuld als völlig eigene des Correalen angesehen und behandelt wird. Dieses Characteristicon kann aber nur durch Zuhilfenahme der Fiction constructiv dargestellt und versinnlicht werden.

Aber kommt man über den Widerspruch, dass man auf ein Ganzes als Eigenschuldner (*ex mutuo*) verpflichtet sein soll, ohne doch das Ganze empfangen zu haben, nicht besser dadurch hinaus, dass man sagt: nur entweder der Eine oder der Andere ist auf das Ganze leistungspflichtig; welcher, wird spätere Wahl entscheiden? Das Trügerische des entweder — oder zeigt sich jedoch sofort daran, dass man es ganz wohl durch ein sowohl — als auch ersetzen kann. Bleibt es doch immer wahr, dass, mag auch nur entweder der Eine oder der Andere das Ganze zu erfüllen haben, doch sowohl der Eine als der Andere auf die Erfüllung des Ganzen verpflichtet ist (*in obligatione est*). Demonstrieren wir an unserem Darlehensfall.

²¹⁴⁾ Arndt's Pand. § 213 Note 5 zu Brinz' Vertretungsprincip.

Das ursprünglich nicht correal contrahirte Darlehen spaltet sich in zwei Theilobligationen: beide Schuldner sind noch copulativ obligirt. Nun verbänden sich dieselben correal, d. i. Jeder übernimmt zu seiner bisherigen Verpflichtung noch die des Andern in Selbstschuld. Dadurch aber, dass man zur Verpflichtung A noch die B und zu jener B noch die A addirt, kann doch das bisher copulative Verhältniss von A und B nicht in ein alternatives verwandelt worden sein. So ist denn die Vorstellung, der sich die Gesamtschuld als eine Obligation mit unbestimmtem Subject ²¹⁵⁾ auf der einen Seite, als eine Art zwischen mehreren möglichen Subjecten hin- und herschwingendes und schliesslich durch Wahl vor Einem stillehaltendes Pendel versinnlicht, abzulehnen.

Im Sinne des Gesagten ist aber auch der Auffassung der Gesamtschuld als objectiv Einer nicht beizupflichten. ²¹⁶⁾ Die Unitätstheorie implicirt einen logischen Widersinn gegen den Obligationsbegriff, der es nicht Wunder nehmen lässt, wenn die noch unverschrobene Denkungsart der Studirenden sie nicht zu fassen vermag und sich dagegen aufbäumt. Es kann nur je Ein Subject auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite einer Obligation geben. Die Obligation ist stets nur eine Beziehung zwischen zwei Personen. Die Verpflichtung eines Andern mag mit meiner gleichartig sein; sie mag dasselbe rechtliche Ziel haben, aber sie ist und kann nicht die meine sein. Die Obligation legt mir eine Bethätigung meines Willens, dem Correas eine Bethätigung seines Willens auf. So wenig Zwei Eins ist, so wenig können die Willensbethätigungen

²¹⁵⁾ Girtanner, Bürgschaft 399 ff. Fitting die Natur der Correalobligation S. 136 ff. (zustimmend Stintzing krit. Viertelj. I, 509 ff. Goldschmidt's Zeitschr. für H. R. 3, 267 ff.).

²¹⁶⁾ So wenig für das gemeine als für das österr. Recht. Der Versuch Mages, Gesamtschldv., den Unitätsstandpunkt in das österr. Recht zu verpflanzen, muss als misslungen bezeichnet werden (vgl. auch Harum, Grünhut's Zeitschr. I. 201 ff.; Pfaff, Schadenersatz-Gutachten 33). Mit nichten hat Hasenöhrl Obl. 101 das „Phänomen der Solidarobligation“ durch die Formel erklärt: „Einheit der Obligation im sachlichen Elemente, in der Leistung, Mehrheit der Personen, welche in der Obligation stehen.“ Sehe ich recht, so haben wir in dieser Formulirung nur einem versteckten Ableger der herrschenden Einheitstheorie vor uns, im Ausdruck, nicht in der constructiven Grundlag: von ihr verschieden.

Zweier, beziehungsweise die auf die Wachrufung derselben abzielenden obligationären Beziehungen Eins sein. Dies ist einfach logisch unmöglich. Aber die Einheitstheorie trägt ja dieser logischen Forderung Rechnung, indem sie nur objectiv Eine Obligation, subjectiv aber eine Mehrheit von Beziehungen annimmt? Was soll nun aber dieser Zwitter? Eine Obligation, die doch wieder nicht Eine ist? Was heisst „subjective Beziehung“? Wo fängt sie an, wo hört sie auf? Wer hat es mit einigem Erfolg versucht, sie zu definiren? Ist sie etwas Anderes, als das Verlegenheitspfortchen, durch welches der Unitarier sich rettet, wenn ihn die objective Einheit bei Lösung einer Frage im Stich lässt? Gehört z. B. die Erfüllungszeit zur objectiven Einheit oder zur subjectiven Beziehung? Zur letzteren, ist die Antwort, weil der Gläubiger dem einen Correas ohne den anderen Stundung gewähren kann. Aber die Aenderung der Erfüllungszeit, und so denn Alles, was nur die sogenannte subjective Beziehung des einen Correas modificirt, ist doch jedenfalls auch eine Aenderung in dem objectiven Charakter der Obligation dieses Correas, da die Modification in subjectiver Beziehung ohne Rückwirkung in objectiver Richtung gar nicht denkbar ist. Und nimmt man eine solche an, so muss die Obligation des bezüglichen Correas sich von der unverändert gebliebenen des anderen Correas abdiffenzieren und eine andere sein.

Die Haltlosigkeit des Unitätsstandpunktes wird noch aus Folgendem völlig sich zeigen. Schon früher wurde betont, dass, wenn A und B zur Rückzahlung eines gemeinsam aufgenommenen Darlehens nachträglich correal sich verbinden, durch die Correalitätsclausel in dem Bestande und in der Natur der bereits begründeten Theilobligationen keine Veränderung vor sich gehen kann. Soweit Jeder schon verpflichtet war, will er, wie bisher, verpflichtet bleiben und nur überdem noch je die Obligation des Andern in Eigenschuld übernehmen. Sollte sich nun — und dies würde der Unitätsstandpunkt verlangen — eine Art Fusion dieses Obligationencomplexes zu Einer Obligation vollziehen? Das würde einer Aufhebung der ursprünglichen Theilobligationen gegen Schaffung einer dritten neuen, der Einheitsobligation, also einer Novation gleichkommen: ein doch bestimmt abzulehnendes Ergebniss. M. E. wird durch

Hinzukunft der Correalitätsclausel nicht aus den zwei Theilobligationen Eine (neue) Obligation geschaffen, sondern es werden ganz im Gegentheil zwei neue Obligationen den bisherigen Theilobligationen hinzugefügt, so dass also eigentlich das neue Gesamtschuldverhältniss nicht aus Einer, sondern aus einer Composition von vier Obligationen bestände. Diese Zweierheit des Obligationsverhältnisses jedes Correatus wird freilich regelmässig äusserlich sich verwischen und die beiden Obligationen ineinander fliessen; auch praktisch werden beide Obligationen durchwegs als Eine behandelt werden; immerhin ist aber die theoretische Unterscheidung des dualistischen Charakters des Obligationsbandes jedes Correatus für die richtige Vorstellung des ganzen Verhältnisses von Wichtigkeit.

Hat aber das Gesagte nicht einen blos casuistischen, d. i. auf den vorgestellten Fall der nachträglichen Verwandlung einer gemeinschaftlichen Theilobligation in eine Correalobligation zutreffenden Werth? Keineswegs. Die juristische Structur des ganzen Verhältnisses bleibt dieselbe, auch wenn sofort bei Contrahirung des gemeinsamen Darlehens correatale Rückzahlung zu ungetheilter Hand versprochen wird. Denn auch in diesem Falle kann die Solidaritätsclausel nur dahin gedeutet werden, die Creditnehmer wollten zu dem, wozu Jeder auch ohne die Clausel (*re*) verpflichtet sei (vgl. §§. 888, 889 und 839 b. G. B.), noch auch je für die Verpflichtung des Andern wie Eigenschuldner haften.

Die Correalitätsclausel kann gedankenmässig die Spaltung des gemeinsamen Darlehensgeschäftes in zwei Theilobligationen nicht verhindern, aber sie macht die Spaltung gleichzeitig unschädlich, indem sie auf dem Umwege der gegenseitigen Schuldübernahme mit Fiction der Selbstschuldnerschaft das auf natürlich-juristischem Wege Unmögliche, nämlich: dass von mehreren Darlehensnehmern Jeder auf dasselbe Ganze selbstschuldnerisch verpflichtet sein soll, wo Jeder doch nicht das Ganze empfangen haben und daher auch nicht auf das Ganze obligirt sein kann, auf künstlich-juristischem Wege, d. i. mit Hilfe der Fiction möglich.

Während in Correalitätsfällen selbstschuldnerisch-solidare Haftung nur in der angegebenen künstlichen Weise begründet

werden kann, liegt sie bei den sogenannten „blos solidarischen“ Obligationen in der Natur der Sache und folgt hier aus natürlichen juristischen Grundsätzen. Haben mehrere concurrirend (*communi consilio*) delinquirt, so muss ihre Ersatzpflicht nach allgemeinen Ersatzgrundsätzen eine solidare sein. Denn da der Schaden durch das Zusammenwirken Aller verursacht wurde, kann supponirt werden, dass er, wenn der Einzelne seine Mitwirkung versagt hätte, auch nicht eingetreten wäre, dass mithin jedem Einzelnen der ganze Schaden imputirt werden könne und ihn demzufolge auch Haftung auf den ganzen Schaden treffen müsse.²¹⁷⁾

Damit ist auch der Unterschied dieser und ähnlicher Fälle gegenüber den Correalitäten markirt. Ein solcher besteht allerdings, aber nicht in einer Obligationeneinheit in dem einen und einer Mehrheit in dem anderen Falle, sondern in dem eben betonten Momente, dass Correalitäten künstlich durch Fiction geschaffene, andere Solidarfälle aber aus der Natur der Sache fliessende selbstschuldnerische Solidaritäten sind.

Beiden gemein ist die Identität des Leistungszweckes²¹⁸⁾, welcher ist, einen concret bestimmten Vermögenswerth zu verschaffen, resp. einen bestimmten Schaden zu erstatten.

Aber die Leistung des „blossen Solidarschuldners“ zielt nur auf Erfüllung der eigenen Schuld, ohne auch die Verpflichtungen der Uebrigen lösen zu wollen; die Leistung des Correatschuldners will hingegen auch die Verpflichtung der Mitschuldner lösen. Daher hebt die Zahlung in diesem Fall den Obligationencomplex direct, in jenem nur indirect (*causa finita*) auf.

Beide Obligationencomplexe durch eine verschiedene Nomenclatur auseinanderzuhalten und für die künstlichen Solidaritäten im Gegensatz zu den natürlichen Solidaritäten den Ausdruck „Correalität“ beizubehalten, scheint trotz des fallen zu lassenden Differenzierungsmomentes der Obligationseinheit noch immer am Platze.

Als das Specificum der Correalitäten erkannten wir die

²¹⁷⁾ Baron, Pand. §. 246. 1 a; Mages 39; Hasenöhr 102.

²¹⁸⁾ Hasenöhr Obl.-R. 101 sagt mit Andern m. E. unzutreffend: Einheit der Leistung.

künstlich geschaffene Selbstschuldnerschaft. In dieser eigenschuldnerischen (*proprio nomine*) Haftung liegt der Angelpunkt, von dem aus die Theorie dieser Schuldverhältnisse construiert werden muss. Aus ihr folgt zunächst, dass dem Gesamtschuldner, entgegen dem Bürgen, Einreden des Mitschuldners, z. B. Stundung, Gegenforderung etc. nicht zu Statten kommen; dass die Verjährung zu Gunsten jedes Correas selbstständig läuft und die Unterbrechung der Verjährung wider den Einen auf die Schuld des Anderen einflusslos bleiben muss. Es folgt aber auch weiter daraus, dass es keinen Gesamtverzug aller Mitschuldner geben kann, d. i. dass Jeder nur seinen und nicht auch den Verzug seines Obligationsgenossen und ferner Keiner das Verschulden des Anderen zu prästiren hat. Die Annahme einer Haftung für mitschuldnerisches Verschulden würde in das Correalverhältniss einen Verbürgungsbeisatz ²¹⁹⁾ mischen, der der Idee und Natur dieses Verhältnisses an sich nicht zu entleiten ist. Der Correal Schuldner ist kein selbstschuldnerischer Bürge („Bürge und Zahler“ §. 1357 a. b. G.), sondern wirklicher (fingirter) Selbstschuldner. Indem die Verbindlichkeit des Correal Schuldners, auch soweit sie eine cumulative Schuldübernahme ist, zur Stärke einer Selbstschuld erhoben wird, streift sie damit nothwendig den Intercessions- (Bürgschafts-) Charakter ab.

In dem Entstehungsprocess der Correal Schuld sind gedankenmässig drei Entwicklungsstadien zu unterscheiden: die von einander unabhängigen Theilschulden, die ohne Hinzukunft der Correalitätsclausel sichtbar in's Leben treten würden; dann kraft Hinzukunft dieser Clausel die gegenseitige Uebernahme der Theilobligationen (Intercession) und sodann die Abstossung des Intercessionscharakters von den übernommenen Verbindlichkeiten, d. i. Erhebung derselben zur Kraft und Stärke von Eigenschulden. Hiedurch wird die Obligationspflicht des Correas auf eigene Füsse gestellt und aus jeder Dependenz von der des Mitschuldners losgelöst; nur die Identität des Leistungs-

²¹⁹⁾ Diesen nimmt Mages Gesamtschuldv. 29, 121 in der That in den Begriff seiner Correalobligation nach österr. Recht auf, um dann (allerdings consequent) die Haftung für mitschuldnerisches Verschulden anzunehmen. Vgl. folgende Note.

zweckes bleibt als Bindeglied noch zurück. Der Correal Schuldner will Selbstschuldner werden, und demzufolge haften, wie ein Alleinschuldner. Er steht für die ganze Schuld als eigene — das charakterisirt seine Stellung — und eben darum nicht als eine fremde ein.

Dann aber das Bedeutungsvollste. Der Correal Schuldner könnte für das mitschuldnerische Verschulden höchstens nur soweit einzustehen haben, als seine Schuld die übernommene des Mitschuldners ist: denn soweit dieselbe auch ohne Correalitätsclausel seine Eigenschuld ist, beziehungsweise wäre, d. i. soweit die Obligation ihn auch ohne correale Verbindung betroffen hätte, hat ein Haften für mitschuldnerisches Verschulden auch nicht den Schein einer Berechtigung, sowenig als die Haftung des Hauptschuldners für den Bürgen.

Die Correalverbindung ist keine gegenseitige Verbürgung; ohne eine solche aber kann sie auch keine Haftung für mitschuldnerisches Verschulden bewirken.

Wollen die Correal Schuldner sich auch noch gegenseitig verbürgen, so steht dem Nichts entgegen; als Eigenschuldner, als welche sie erscheinen, kann jeder auch für den anderen noch gutstehen; allein dann muss zur Correalitätsclausel auch noch eine besondere Verbürgungsclausel kommen (z. B. „wir verbinden uns solidarisch und als Bürgen“). Von selbst ist letztere in ersterer nicht ²²⁰⁾ enthalten.

²²⁰⁾ A. A. Mages a. a. O. 29, 121, der in der correalen Verbindung nach österr. Recht ein „bewusstes Einstehen des Einen für den Andern“, eine Erklärung Jedes, für den Andern haften zu wollen“, sieht; mit anderen Worten (was eben im Text abgelehnt wurde): nicht blos ungetheilte Haftung, sondern noch gegenseitige Verbürgung; und es bildet diese Annahme den Ausgangs- und Mittelpunkt seines Plaidoyers für die *una eademque obligatio* auch im österr. Recht. Seine Anschauung ist nicht ohne einen gesetzlichen Halt. §. 891 a. b. G. sagt: „Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand dergestalt, dass sich Einer für Alle und Alle für Einen ausdrücklich verbinden, so haftet jede einzelne Person für das Ganze.“ Darnach möchte es scheinen — und Mages scheint S. 29 auch daran zu halten, — als ob das Gesetz zur ungetheilten Haftung es nicht genügend fände, dass man nur überhaupt zur ungetheilten Hand sich obligirt erkläre, sondern dass noch überdem die Mitschuldner Einer für Alle, Alle für Einen, also für sich gegenseitig einstehen (verbürgen) müssten und dass ohne diese verstärkte Verbindung von einer Correalität mit den Wirkungen des Gesetzes (§§. 891—896) nicht die Rede

Wenn wir nun nach dem Ausgeführten zur Beantwortung der an die Spitze dieses Capitels gestellten Frage rückkehren, so ergibt sich diese von selbst dahin: Die Solidarität (Correalität) des materiellen Verpflichtungsverhältnisses ist kein Grund, beklagten und besiehten Streitgenossen den Ersatz der Processkosten an den Kläger solidarisch aufzulegen.²²¹⁾

Hievon möchte jedoch im Falle einer delictischen Solidarität eine Ausnahme zu machen sein. Wo Mehrere durch concurrirtendes delictisches Verhalten (*communi consilio*) einen Schaden zugefügt, kann man nicht bloß sagen, es sei jeder Delinquent selbst zum ganzen Schaden verschuldet, weil dieser ohne seine Mitwirkung nicht oder vielleicht nicht eingetreten wäre, sondern man muss noch weiters sagen, Jeder sei auch für die Schadenszufügung durch den Anderen verantwortlich, weil diese ohne sein Mitthun seitens des Anderen nicht oder vielleicht nicht erfolgt wäre. Oder Jeder ist nicht bloß verantwortlich, dass der Schaden durch ihn, sondern auch, dass er durch den Mitdelinquenten reparirt werde. Hieraus folgt aber, dass Jeder auch auf den zur Realisirung des Schadensanspruches wider den Andern gemachten Processkostenaufwand aufzukommen, d. i. auf den Ersatz der durch einen solchen Streitgenossen verursachten Processkosten solidarisch einzustehen habe. Dasselbe Resultat gibt noch ein anderer Deductionsweg. Jeder Mitschuldige haftet dem Beschädigten auf Ersatz des Interesses, d. i. jenes Plus, mit welchem das Vermögen desselben sich ohne die Schadensthatsache gegenwärtig darstellen würde. In Ermanglung der Mitwirkung des

sein könne. — Allein wir haben schon im Texte nachgewiesen, dass im Wesen der Correalschuld ein sich gegenseitiges Verbürgen nicht liege. Es wäre nun doch eine unerträgliche, durch nichts gerechtfertigte Fessel der Souveränität des Parteiwillens, könnte er sich nur entweder solidarisch und als Bürge oder überhaupt nicht solidarisch binden. Eine solche Anomalie kann doch unmöglich dem Gesetze zugemuthet werden. Nur so viel kann zugegeben werden, dass, wenn die correale Obligirung durch die Formel: Einer für Alle etc. erfolgt, diese zugleich im Sinne einer gegenseitigen Verbürgung zu deuten sei.

²²¹⁾ Dass unterlegene Correalgläubiger als Streitgenossen nicht solidarisch zum Kostenersatz haften, bedarf nach dem über Correalschuldner Festgestellten wohl keiner besonderen Ausführung.

Einen wäre es nun überhaupt zu keinem Schaden, daher auch nicht zu dem Processkostenaufwand behufs Reparaturung des Schadens wider die Mitthäter gekommen; die wider diese aufgewendeten Kosten bilden daher einfach einen Theil des von jenem zu prästirenden Interesses.

VII. CAPITEL.

Haftung am Prozesse beteiligter Dritter auf Kostenersatz.

1. Haftung gesetzlicher und bestellter Vertreter.

§. 39.

1. Das Erforderniss der Schuldhafteigkeit der Streiführung, um die unterliegende Partei zum Kostenersatz condemniren zu können, führte in Fällen, wo der Process durch einen gesetzlichen Vertreter (Vormund, Curator, Repräsentanten einer juristischen Person) geführt wurde, ganz nothwendig dahin, anstatt der schuldlosen Partei den schuldigen Vertreter zum Ersatz heranzuziehen. So schon das römische Recht.²²²⁾ Ihren tieferen Grund hatte freilich diese Ueberwälzung in dem Rechtssatze, dass der Mündel (Curand etc.) für das Verschulden seines Vertreters nicht einzustehen habe²²³⁾, er sei denn aus demselben bereichert. Auch für den österreichischen Process muss noch retrorespectiv, d. i. bis zur Einführung des absoluten Ersatzprincipes durch die Processnovelle die Zulässigkeit einer solchen Ueberwälzung der Kosten von der Partei auf ihren schuldhaften Vertreter verfochten werden. Zwar ist die gesetzliche Ermächtigung hiezu keinem principiell allgemeinen Ausspruche, wohl aber der Anordnung in einzelnen bestimmten Fällen zu entleiten. Wenn bei einer durch den Richter verschuldeten Nichtigkeit oder einer durch den ad-

²²²⁾ l. 6 Cod. de adm. tutor. 5, 37: non est ignotum, tutores vel curatores, si nomine pupillorum . . . scientes calumniosas instituunt actiones, eo nomine condemnari oportere . . . ; l. 78 §. 2 D. de leg. II, 31, 1.

²²³⁾ Vgl.: l. 13 §. 6 D. de act. emt. vend. 19, 1; l. 3, 4 D. quando ex fact. 26, 9; l. 1 §. 2 D. si quis jus dic. 2, 3; l. 15 pr. D. de dolo 4, 3; l. 17 §. 1, 2 D. de damn. inf. 39, 2; l. 4 D. de tab. ech. 43, 5; l. 5 §. 12, l. 11 §. 6 D. de int. quod vi aut cl. 43, 24; l. 198 D. de R. J. 50, 17. Glück XXXI. S. 18 ff.; Rudorff, Das Recht der Vormundschaft II. S. 340 ff.

vokatischen Vertreter verschuldeten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand die Kosten des nichtigen, respective des Wiedereinsetzungsverfahrens dem schuldtragenden Richter und Advokaten, wenn ebenso dem Masseverwalter im Concourse „wegen muthwilliger Processführung der Ersatz der Processkosten aus eigenen Mitteln auferlegt“ werden soll (C. C. O. §. 133), so liegt diesen einzelnen Aussprüchen doch stets nur der principielle Grundgedanke unter: wenn und so weit nicht die Partei, sondern dritte Betheiligte, am Prozesse Schuld tragen, sind diese zur Kostenerstattung zu verurtheilen.²²⁴⁾ Es liegt nun gewiss innerhalb der im österreichischen Civilprocessrechte der analogen Rechtsanwendung gesteckten Grenzen²²⁵⁾, den erkannten Grundsatz über seine casuelle Einschränkung hinaus, insbesondere auch auf den Fall einer (schuldhaft) rechtswidrigen Processführung durch einen gesetzlichen Vertreter oder das Repräsentationsorgan einer juristischen Person auszudehnen.²²⁶⁾

²²⁴⁾ Nach §. 424 a. G. O. u. Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 J. G. S. lit. e. f. soll wider den die Einlegung des Kostenverzeichnisses unterlassenden Advokaten der Verlust des Expensaranspruchs an die mit ihren Kosten präcludirte Partei ausgesprochen werden.

²²⁵⁾ §. 437 a. G. O. in Verbindung mit dem der Analogie im C. P. einen arbiträren Spielraum einräumenden Patente vom 22. Febr. 1791 Nr. 115 J. G. S.; im Wesentlichen gleichförmig mit diesem Patente §. 573 w. G. O. — Menger, System S. 121 ff.

²²⁶⁾ *Ne sub pretextu nominis pupillorum propter suas similtates secure lites suas exercere posse existiment* (Rescript des Kaisers Alexander: l. 6 Cod. de adm. tutor. 5, 37). Ob wir noch weiter gehen und behaupten dürfen, dass aus dem berührten Gesichtspunkte auch einem Zeugen (Sachverständigen) die Kosten des durch ungerechtfertigtes Ausbleiben vereitelten Vernehmungstermines interlocutorisch auferlegt werden könnten, mag dahingestellt bleiben. Der Fall hebt sich von den im Text angeführten insoferne ab, als erst eine besondere Incidenzverhandlung erforderlich wäre, um das Verschulden des säumigen Zeugen festzustellen und damit die Basis für das Kostencondemnat zu gewinnen, während in den anderen Fällen sich das Verschulden (des Richters, Vertreters) schon aus dem *eo ipso* vorliegenden processualischen Thatbestande ergibt. Deshalb bin ich eher geneigt, für den säumigen Zeugen die zur Frage stehende Consequenz nicht zu ziehen, damit aber freilich auch eine Lücke in dem geltenden Processrecht zu constatiren. — Vgl.: jedoch jetzt §. 378 ff. Entw.: „Gegen einen ordnungsmässig vorgeladenen Zeugen, welcher bei der zur Vernehmung bestimmten Tagfahrt nicht erscheint, ist von Amtswegen die Verpflichtung zum Ersatz der durch sein Ausbleiben verursachten Kosten auszusprechen.“ Ebenso betreffs des Sachverständigen §. 399 ff. Entw. Ueberein-

2. Diesem Rechte der Gerichtsordnungen tritt nun die Frage gegenüber, ob und inwieweit die Ueberwälzungsmöglichkeit der Kosten von der (schuldlosen) Partei auf schuldige Drittbetheiligte am Prozesse mit dem nunmehr herrschenden absoluten Ersatzprincip vereinbar sei. Hiebei erhellt zunächst so viel klar: Da durch dasselbe die Ersatzpflicht der Partei auch ohne ihr Verschulden und lediglich durch den Misserfolg des Processes begründet wird, so muss diese Ersatzpflicht auch bei einem in dem Prozesse mitspielenden Verschulden Drittbetheiligter, im Verhältniss zu dem obsiegenden Gegner, unberührt bleiben. Mit anderen Worten: die Ersatzpflicht der Partei ist wie von ihrem eigenen, so auch und eben deshalb vom Verschulden aus dritter Seite losgelöst und unabhängig gestellt, und eine Ueberbindung der Kostenersatzpflicht von der unterlegenen Partei auf ihren Vertreter ist seit dem absoluten Erstattungsprincip rechtlich nicht mehr zulässig.²²⁷⁾ Demzufolge ist durch die Civ. Proc. Nov. (§. 24) die Bestimmung der Concursordnung (§. 133), dass einem muthwillig processirenden Masseverwalter an Stelle der Masse der Ersatz der Kosten aus eigenen Mitteln auferlegt werden könne, insoferne derogirt, als jedenfalls auch in einem solchen Falle nunmehr die Masse die Kosten zu tragen hat; ob daneben auch der calumniöse Massevertreter auf dieselben einzustehen habe, soll sich weiter unten ergeben. Gleichermassen sind hinfort auch Mündeln (Curanden) die Kosten muthwilliger, durch ihre Repräsentanten geführter Prozesse auf eigene Schulter zu lasten. Hiedurch erhält der auch im österreichischen Recht

stimmend d. R. C. P. O. §§ 345, 374. — Nach dem herrschenden Processrechte kann daher die (unterliegende) Partei den Ersatz der Kosten des vereitelten Termines nur im Wege einer besonderen auf §§. 160, 185 a. G. O. §. 1295 a. b. G. gestützten Klage wider den Zeugen (Sachverständigen) durchsetzen.

²²⁷⁾ G. U. W. Nr. 6396: Mit Recht, wenn auch mit nicht durchschlagender Begründung, hat deshalb der oberste Gerichtshof in dieser Entscheidung die Ueberbindung der Kosten des Wechselprocesses von der (unterlegenen, im Auslande weilenden) Partei auf den nach dem Hofd. vom 11. Mai 1833 J. G. S. Nr. 2612 bestellten Curator *od actum*, der durch die erfolglose Bestreitung der Echtheit des Wechsels grundlos den Process provocarthe, gegen die Ansicht der beiden unteren Instanzen abgelehnt.

geltende Satz, dass Mündel (Curanden) für das Verschulden ihrer Vertreter nicht aufzukommen haben (§. 1309 a. b. G.), eine wichtige Ausnahme betreffs des Processverschuldens der Vertreter. Dagegen steht das absolute Ersatzprincip der Ueberbindung der Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens *ex culpa procuratoris* und des durch den Richter verschuldeten nichtigen Verfahrens auf diesen, beziehungsweise den schuldhaften Rechtsfreund nicht entgegen. Denn betreffend zunächst den Wiedereinsetzungsfall, wird hier nicht die Erstattungspflicht des im Restitutionsprocess Besiegten, sondern ganz im Gegentheil diejenige des Siegers überbunden, die hier aus dem materiellrechtlichen Grundsatz entspringt, dass der Mandant das Verschulden seines mit unbeschränkter, offener Vollmacht ausgestatteten Mandatars zu verantworten habe (§§. 1012, 1017 a. b. G.). Das absolute Ersatzprincip bezieht sich dem hingegen nur auf den Fall, wo die Erstattungspflicht des Besiegten zur Frage steht, und berührt daher den vorliegenden Restitutionsfall nicht. Aber auch den Fall einer durch den Richter verschuldeten (partiellen) Nichtigkeit lässt es unberührt, weil die Condemnation des Richters auch unter der Herrschaft des Schuldprincipes sofort und ohne Rücksicht auf die etwa später erfolgende Verurtheilung der succumbirenden Partei in den Kostenersatz geschehen musste.

3. Wenn wir eben aus dem absoluten Ersatzprincip die hinkünftige Unzulässigkeit der Ueberwälzung der Kostenerstattungspflicht von der (besiegten) Partei (Mündel, Curand, Concursmasse, juristische Person) auf ihren Vertreter erwiesen, so ist damit nicht gehindert, dass dem calumniös processirenden Vertreter der Ersatz neben der Partei und zu ungetheilter Hand mit ihr imponirt werde. Das absolute Ersatzprincip widerstreitet nur der Condemnation des Vertreters an Statt, nicht neben der Partei. Insbesondere kann und soll in calumniösen Processen diese Mithaftung auch wider den bestellten Rechtsfreund verfügt werden ²²⁸⁾, zum mindesten dann, wenn über den-

²²⁸⁾ §§. 409 a. 538 w. G. O.: Wenn die beiden Gerichtsordnungen diese Mithaftung nicht ausdrücklich, sondern nur anordnen, den bestellten Rechtsfreund solchenfalls sammt der Partei „mit einer angemessenen Strafe am Gelde (oder Leibe) anzusehen“, so ist daraus nichts gegen die Zulässigkeit der soli-

selben eine Muthwillensstrafe verhängt wird oder werden könnte, mit welcher die Mitverhaftung auf die Kosten den disciplinären Effect gemein hat.

2. Insbesondere von der Ersatzpflicht (und Ersatzberechtigung) des Nebenintervenienten.

§. 40.

Die Frage, ob der Nebenintervenient an der Pflicht zur und an dem Recht auf Kostenerstattung zu participiren habe, ist nur aus der Natur der Stellung des Nebenintervenienten zu beantworten. ²²⁹⁾

Das Institut der Nebenintervention scheidet sich im österreichischen Prozesse in zwei von einander grundverschiedene Formen: 1. Die Vertretungsleistung nach den beiden Gerichtsordnungen; 2. Die Intervention nach Art. 194, 195 und 226 H. G. B. und §. 9 des Gesetzes vom 24. April 1874, Nr. 49 R. G. B. So ist denn auch die Behandlung des Kostenpunktes bei beiden Interventionsformen eine völlig verschiedene.

a) Der Kostenpunkt bei Vertretungsleistung.

Wie dürftig auch die beiden Redactionen der G. O. in ihrem 4. Capitel das Institut der Vertretungsleistung ausgeprägt, das Eine ist doch zum unzweifelhaften Ausdruck gebracht: dass das processuale Handelndürfen des Vertretungsleisters in dem Willen der Partei Quell und Grenze habe.

daren Condemnation des Rechtsfreundes in die Kosten zu entleiten: denn diese Mithaftung leidet schon nach dem allgemeinen Schädennrecht keinen Zweifel (§§. 1295, 1301, 1302 a. b. G. B.) und die Ermächtigung des Richters, dieselbe sofort und anhangsweise dem Urtheile wider die Partei anzufügen, wird durch die Analogie der bereits im Texte erwähnten Fälle gegeben. Es wäre denn doch der widersinnigste Formalismus, wollte man erst einer besonderen auf den Ausspruch dieser Mithaftung gestellten Klage wider den Advokaten das Wort reden, wo das Condemnationssubstrat schon in dem abgeführten Prozesse zu Tage liegt.

²²⁹⁾ Bei dem controversen Charakter des Instituts der Nebenintervention im österr. Prozesse (Vgl. Heyssler, Gegenwart und Zukunft der access. Intervention, Grünhut's Zeitschr. II. S. 78 ff.; Menger *eodem* VII. S. 691 ff., §. 10 α und γ ; Canstein, Streitgenossenschaft und Nebenintervention S. 25 ff.) war die Stellungnahme des Verfassers in dem folgenden Excurs nicht zu umgehen.

Der österreichische Process beider G. O. kennt nur ein Recht auf, kein Recht zur Intervention. Die Partei nur kann sie vom Dritten, nicht dieser wider Jene begehren. Hätten wir auch nicht den ausdrücklichen Beleg hiefür in dem Hofd. vom 21. October 1793, Nr. 130 J. G. S. (verb.: der Fall der Vertretung kann nur (?) dann stattfinden, wenn sie wider einen solchen, der weder als Kläger noch als Beklagter bei dem Streite eingetreten ist, angesonnen wird . . .), er springt als selbstverständliche Voraussetzung zwischen allen Zeilen dieses Capitels hervor.

Die Intervention in der Gestalt der Vertretungsleistung ist daher ein lediglich im Interesse der (Beihilfe bedürftigen) Partei eingeführtes Institut und dem am Prozesse interessirten Dritten ist die Möglichkeit, sich zu eigenem Interesse seine Mitwirkung an demselben zu erzwingen, abgeschnitten.²³⁰⁾

Ist aber der Intervenient in der Figur des Vertretungsleiters nur der Interessenanwalt der Partei, so kann er auch nur das Willensorgan der Partei und es muss ihm versagt sein, sein eigenes Interesse über deren Willen hinweg zu verfolgen. Wie es freier Wille der Partei ist, ihn sich zur Seite zu ziehen, so und darum hängt es nur von ihrem Willen ab, ihn sich zur Seite zu lassen oder seinem Mitthun ein jähes Ende zu bereiten; mit anderem Worte: die Position des Vertretungsleiters ruht in ihrer Entstehung, Dauer und Entfaltung auf dem Untergrunde des interventischen Willens oder der Intervenient der beiden G. O. ist nichts als ein (qualificirter) Processprocurator²³¹⁾, von der Partei gerufen, an ihrer Statt oder an ihrer Seite und unter ihren Augen, in ihrem Namen zu handeln (§. 59 a. §. 50 w. G. O.). Zu dieser procuratorischen

²³⁰⁾ Abgesehen von den Fällen in Art. 194, 195 und 226 H. G. B. und §. 9 des Gesetzes v. 24. April 1874 Nr. 49 R. G. B.

²³¹⁾ Vgl. auch Gesterding, Nachforschungen I. p. 112, V. Abth. I. p. 169, der schon den Intervenienten (nicht völlig zutreffend) mit einem Advokaten vergleicht. — Als Procurator bezeichnet den Intervenienten, der es ist mit Willen des Intervenienten, auch Brauer, Archiv für civ. Prax. Bd. 24 S. 464, während Maxen die access. Intervention (Giessen 1864 S. 95, 96) gegen diese Subsumption ohne genügenden Grund Front macht, die auch Fuchs die Litisdenunciation, Archiv für pract. Rechtswiss. (Bd. II. 327—425 u. III. 1—67) §. 19 verfiicht.

Function wird er befähigt, durch ein in jedem Processmomente widerruffliches *mandatum præsumentum* (Berührungspunkt mit der Streitgenossenschaft), kraft welches bis zum (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Widerruf sein Handeln als das der Partei gilt.

Die Mandatspräsuntion entfällt natürlich für ein Handeln, welches das der Partei kreuzt; hier wird jenes durch dieses lahmgelegt: die Partei kann Collidirendes nicht wollen. Aber sie kann wohl Cumulirendes und sie kann durch den Vertretungsleister wollen: dessen Thätigkeit ist daher nur als eine complementäre und substitutionäre von Wirkung für die Partei. Wir möchten dies auch dahin sagen: er könne wohl *confirmandi* und *supplendi*, doch nicht *corrigeni causa* handeln. Wie und weil die Partei dem Vertretungsleister den Process zur Gesamtführung überlassen kann, so kann sie seine Mitwirkung auch auf eine nur partielle, ergänzende Ingerenz einschränken, auf so weit, als sie selbst nicht ingerirt.

Hieran schliesst sich nun noch die doppelte Frage: a) was die Mandatspräsuntion in einzelnen Beziehungen ausschliesse; b) was das Mandat überhaupt löse?

Die erste Frage haben wir schon dahin beantwortet: ein Conflict des intervenientischen mit dem interventischen Handeln; die einfache Antwort auf die zweite ist: Widerruf des Mandats oder formeller Abschluss des Processes (durch rechtskräftiges Urtheil, Vergleich, Klagezurücknahme seitens der Partei).

Im Sinne des Vorstehenden kann der Vertretungsleister nicht das von der Partei Anerkannte (mit Wirkung) widersprechen, nicht den von der Partei verglichenen oder durch Klagezurücknahme finalisirten Process fortsetzen, noch das eine oder andere verhindern; nicht ein Rechtsmittel interponiren, auf welches die Partei, sei es von vorneab oder nach der Einlegung durch Zurücknahme, verzichtet hat²³²⁾; wohl aber selbst wirksam für die Partei den Process durch Vergleich, Klagezurücknahme, Submission unter dieselbe, beendigen; Beweise anbieten, Eide deferiren und leisten, Rechtsmittel anstatt der Partei ergreifen etc., und zwar dies Alles auch

²³²⁾ Daher richtig G. U. W. Nr. 2781 und 3456, falsch (trotz Hofd. vom 13. Februar 1793 Nr. 401 J. G. S.) Nr. 1340.

dann, wenn er in Gemeinschaft mit der Partei den Process führt, die Partei aber in einzelnen Beziehungen oder von einem erreichten Processmomente ab unthätig ist. Daher wird z. B. der bei einem von der Partei versäumten Termine von dem Vertretungsleister über die Klage geschlossene Vergleich wider die Partei Wirkung haben. Ueberhaupt präjudicirt das bei Dauer der Mandatspräsumtion gesetzte processuale Handeln des Vertretungsleisters der Partei, dafern daraus dem Gegner bereits Rechte erwachsen, dagegen ist sie befugt, durch jenen gesetzte Processacte, die lediglich ihren Vortheil bezielen, z. B. die Einlegung eines Rechtsmittels zu desavouiren und redressiren. —

Gibt aber in der That die entwickelte Auffassung das Recht beider G. O. wieder? Dies wird des Weiteren noch durch zwei Belegmomente unbezweifelbar. Zum ersten durch die gesetzliche Terminologie: „Vertretung, Vertreter, Vertretungsleistung“, welche, wenn anders das Wort seinen Sinn wiedergibt (was wir keinen Anlass haben zu bezweifeln), direct auf die Natur unseres Institutes als einer Processprocuratie mit dem Hintergrunde eines präsumirten Mandates hinweist; zum zweiten durch jene Gesetzesworte, welche die einzige Andeutung über die Rechtsstellung des Vertretungsleisters enthalten. Es heisst nämlich im §. 59 a. G. O.: „Es hängt von der Willkür des Vertretungsleisters ab, ob er mit (dem Vertreter) einverständlich und zugleich den Process führen oder aber dessen Führung dem Vertreter allein ohne seine Einschreitung überlassen wolle“ (im Wesentlichen conform §. 50 w. G. O., nur ist dem „einverständlich“ der Zusatz: „und als Streitgenossen“ beigefügt).

So nebenhin, nur gelegentlich eingestreut, in diesen Worten die Rechtsstellung des Vertretungsleisters gestreift ist, so erhellt doch daraus das Eine bestimmt, dass die Position des Vertretungsleisters auf den (fortdauernden) Willen, das Einverständnis der Partei gebaut ist, welches bei Ueberlassung der ganzen Processführung *ipso facto* für alle vom Vertretungsleister zu unternehmenden Processacte, sonst dadurch erklärt wird, dass die Partei jenen neben sich und unter ihrer Controle handeln lässt: die Begriffsmerkmale eines *mandatum praesumptum*.

Nur ist dieser Processprocurator insofern qualificirt, als er an dem Prozesse auch das eigene (latente) Interesse seiner Rückendeckung hat, zur Processführung nicht durch Information, sondern durch eigenes (besseres) Wissen von der Sache und damit zur Leistung von Eiden befähigt ist; endlich keiner besonderen Processvollmacht, sondern nur der auf seine Beziehung als Vertretungsleister formlos von der Partei abgegebenen Erklärung bedarf.²³³⁾

Das mit Vorstehendem über die Vertretungsleistung des österreichischen Processes gewonnene Bild zeigt aber zugleich, wie weit entfernt sie sei, eine Streitgenossenschaft²³⁴⁾ zu sein. Abgesehen von dem ganz äusserlichen Aehnlichkeitsmomente der formalen Einheit des Verfahrens berühren sich beide Institute nur noch mit dem *mandatum praesumptum*, das jedoch für den Vertretungsleister in viel weiterem Umfange gilt, als für Streitgenossen. Insbesondere entbehrt ersterer der völlig unabhängig gestellten processualen Selbständigkeit und Actionsfreiheit des Streitgenossen. Die Identificirung Beider kann daher nur Unheil anrichten, ihre Parallelisirung mag hingegen, wenn sie zur Hervorhebung der Unterscheidungs-punkte geschieht.

Die Vertretungsleistung des österreichischen Processes ist also keine Form des Litisconsortiums, sondern der Stellvertretung im Prozesse und dies auch nach der w. G. O. (§. 50), trotzdem diese den Vertretungsleister geradezu als Streitgenossen bezeichnet. Derselbe Satz, der diese Taufe vornimmt, enthält auch den Widerlegungsbeleg. „Es hänge,“ sagt der Paragraph, „von dem Einverständnisse des Vertretungswerbers und des Vertreters ab, . . . ob sie den Process einverständlich und zugleich als Streitgenossen führen wollen.“

Wie ist es aber möglich, den Process einverständlich

²³³⁾ Keine dieser Qualifikationen ist jedoch der intervenientischen Vertretung allein eigenthümlich. Das eigene Interesse der Rückendeckung kann auch z. B. der gesetzliche Vertreter der handlungsunfähigen Partei haben, sowie ebenso dieser durch sein Wissen von der Sache zur Leistung von Eiden befähigt wird (§. 207 a. §. 280 w. G. O.), anderer Fälle nicht zu erwähnen.

²³⁴⁾ Wie Haimerl, Parteien und deren Stellvertreter §. 17 und nun auch Menger a. a. O. S. 697 lehren.

führen zu müssen und zugleich Streitgenossen zu sein? ²³⁵⁾ Ist dies nicht eine aufliegende *contradictio in adjecto*? Müssen zwei einen Process einverständlich führen, dann sind sie eben darum keine Streitgenossen, weil der Eine der dem Begriff eines Streitgenossen wesentlichen eigenen Actionsfreiheit entbehrt. Der Ausdruck „Streitgenosse“ im §. 50 w. G. O. ist daher Nichts, als eine verwirrende Worthäufung, die der subrogatorischen Tendenz dieser Redaction ganz überflüssig in die Feder lief.

Nach dieser Klärung der Stellung des Vertretungsleisters ergibt sich die Antwort auf die an den Eingang über den Kostenpunkt gestellte Frage von selbst. Als Processprocurator kann ihm nach österreichischem Process ein Kostenersatz überhaupt nicht zuerkannt, wohl aber (solidarisch mit der Partei) auferlegt werden, wenn er mit der Partei unterliegt und sei es allein oder mit ihr im groben Verschulden versirte. ²³⁶⁾

b) Der Kostenpunkt bei Intervention

nach Art. 194, 195 und 226 H. G. B. und §. 9 des Gesetzes v. 24. April 1874, Nr. 49 R. G. B. ²³⁷⁾

Die Intervention in diesen später creirten Fällen ist wesentlich verschieden von der Vertretungsleistung der Gerichtsordnungen.

²³⁵⁾ Siehe auch Canstein a. a. O. S. 43 *in fin.*

²³⁶⁾ Mit Recht hat daher der oberste Gerichtshof in G. U. W. Nr. 3871 den Vertretungsleister, welcher den Besitzstörungsact gemeinsam mit dem Beklagten gesetzt hatte, in den Solidarersatz der Kosten des Besitzprocesses mitverfällt. Vgl. jedoch auch Nr. 3111, wo die Haftung des Vertretungsleisters auf die Kosten mit der Motivirung abgelehnt wurde, „weil derselbe den Process nicht in eigenem Namen führe und der Kostenersatz nur“ (? auch bei Verschulden?) die vertretene Partei treffen könne“. Soweit aus dem Publicat zu entnehmen, war übrigens die Entscheidung *in merito* richtig, da sie gegen die unrichtige Auffassung der Unterinstanzen: Vertretungsleistung sei Streitgenossenschaft, erfloss.

²³⁷⁾ Da über die durch diese Fälle geschaffene Interventionsart processuale Normen fehlen, müssen sie (wissenschaftlich) der Natur dieser Fälle derivirt werden.

Die Vertretungsleistung beider G. O. ist ein Recht der Partei; die Intervention in den angeführten Fällen ein Recht gegen die Partei. ²³⁸⁾

Es leuchtet ein, dass dieser fundamentale Unterschied von einschneidender Rückwirkung auf die processuale Gestalt beider Betheiligungsformen sein muss, so dass jede nur für sich in's Auge gefasst werden kann. ²³⁹⁾

Wo die Betheiligung am Prozesse ein Recht wider die Partei ist, folgt hieraus von selbst, dass sich die Einflussnahme des Dritten auf den Process von dem Willen der Partei unabhängig, also auch gegen deren Willen und in Conflict mit

²³⁸⁾ Ueber diese Unterscheidung Maxen a. a. O. S. 11, 12. Brauer a. a. O. S. 467 (aufgeforderte, unaufgeforderte Intervention). Heyssler a. a. O. S. 113. Was in diesen Fällen das Interesse des Dritten am Prozesse zu einem Recht an demselben theilzunehmen, verdichtet, ist die Irreparabilität des Rückschlages der Niederlage des Intervenenten auf seine Rechte als Commanditist, Actionär etc., indem das Urtheil Rechtskraft wider alle Interessenten wirkt. Wo hingegen, wie in den Fällen der Vertretungsleistung, das Interesse des Dritten am Prozesse darin gipfelt, nicht regresspflichtig zu werden, ist es unnöthig, es mit dem Rechte zur Theilnahme am Prozesse auszustatten. Denn zieht ihn die Partei nicht bei oder zwar bei, verkümmert ihm jedoch seine helfende Mitwirkung durch ihren Widerspruch gegen seine Anträge und Beweise, durch Zurücknahme (Einräumung) der Klage, Vergleich, Verzicht auf Rechtsmittel, so wird er unter Hinweis darauf den Regressanspruch abzuschlagen vermögen. Ein Bedürfniss, dem Adhärenten hier eine weitere als procuratorische Stellung zu geben, ist nicht vorhanden; wohl aber muss er in den ersteren Fällen vom Willen der Partei unabhängig gestellt werden.

²³⁹⁾ Menger a. a. O. §. 10 α und γ identificirt völlig die Vertretungsleistung und Intervention kraft eigenen Rechts. Er ignorirt die procuratorische Stellung des Vertretungsleisters nach beiden G. O.; und während sich uns mit dieser Auffassung alle Fragen über den Befugnisskreis des Vertretungsleisters unschwer lösen, muss er zu dem künstlichen und in dem von ihm berufenen §. 50 w. G. O. nur einen scheinbaren Halt findenden Auskunftsmittel der Streitgenossenschaft greifen, um für die Vertretungsleistung eine principielle Basis zu gewinnen. Doch empfindet auch Menger die Widerhaarigkeit seines Constructionsprincipes, indem er anerkennt, dass „zahlreiche Modificationen“ unerlässlich seien, um die Streitgenossenschaft für den Vertretungsleister zu adaptiren. Von dem verfehlten Ausgangspunkte gelangt denn Menger auch zu durchaus abzuweisenden Resultaten. Für den Vertretungsleister ist es nämlich gewiss unrichtig, dass er „in dem Rechtsstreit abweichende, ja entgegengesetzte Anträge und Erklärungen stellen könne“. Richtige Gesichtspunkte vertritt Heyssler a. a. O.

ihrem processualen Handeln muss bethätigen können. Allein diese Einflussnahme muss ihre Grenzen haben. Denn stände es in der Macht des Nebenbetheiligten, nach freiem Belieben Acte der Partei zu paralysiren, so würde durch sein Recht die Stellung des Interventen als Processpartei (ihr *dominium litis*) verschlungen²⁴⁰⁾ oder doch auf sein (des Intervenienten) Niveau herabgedrückt, und wir hätten eine Partei mit zwei (sich gegenseitig behindernden) Köpfen.

Diese Grenze zieht der Zweck der Intervention, der ist, der Sache zu dienen. Ausser den interventionären Machtkreis muss es daher fallen, ihr (bewusst oder aus Ungeschick) zu schaden. Nach dieser Seite hin lassen sich die möglichen Processhandlungen des Intervenienten in drei Kategorien theilen:

a) in solche, welche der Sache nur dienlich, nicht schädlich sein können;

b) in solche, bei denen vorerst noch dahin steht, ob sie der Sache nützen oder schaden werden, wo aber die eventuell mögliche nachtheilige Wirkung sanirt und gebunden werden kann; endlich

c) in solche, deren mögliche nachtheilige Wirkung irreparabel ist.

Handlungen von der Beschaffenheit sub a liegen ganz innerhalb der Zweckgrenze seines Beitritts.²⁴¹⁾ Nicht minder kann er aber auch Handlungen von der Beschaffenheit sub b setzen; nur sind diese, wenn sie zum Nachtheil der Sache ausschlagen, als nicht gesetzt zu erachten.²⁴²⁾ Handlungen

²⁴⁰⁾ Heyssler a. a. O. S. 111 ff.

²⁴¹⁾ Solche wären: die Fortsetzung der vom Interventen fallen gelassenen Klage; das Einlegen von Rechtsmitteln (mag der Intervent nicht gewillt sein oder verzichtet haben, das Urtheil anzufechten).

²⁴²⁾ Eine solche Handlung wäre z. B. die Annahme eines vom Interventen zurückgeschobenen Eides durch den Intervenienten; das Erbieten zum Erfüllungseid an Stelle des von jenem deferirten Haupteides. Ein möglicher Nachtheil kann sich an diese Acte bei späterer Desertion des Eides knüpfen (§§. 210 a. 283 w. G. O.). Liesse man hier die gesetzliche Folge, dass „das Widerspiel dessen, was Intervenient zu beschwören gehabt hätte, für wahr zu halten wäre,“ eintreten, so läge es in seiner Hand durch derlei Acte der Sache zu schaden, im Widerspruch mit seiner Stellung und Bestimmung. Wollte man

von der Beschaffenheit sub c sind ihm hingegen nicht gestattet.²⁴³⁾

Aus dieser Betrachtung ergibt sich, dass diese Intervention so wenig Vertretungsleistung als (nach dem geltenden Rechte) Streitgenossenschaft ist.²⁴⁴⁾ Doch ist sie mit letzterer durch zwei Beziehungen verwandt. Einmal: dass das Mitprocessiren des Intervenienten auf eigenem Rechte fusst; zum Andern: dass nichts dawider steht, dem handelnden Intervenienten gegenüber dem säumigen Interventen gleich einem Streitgenossen das präsumirte Vertretungsmandat zuzuerkennen.

Nach dieser Stellungnahme zum Interventionsproblem drängt sich die zu beantwortende Regulirung des Kostenpunktes von selbst auf. Der kraft eigenen Rechtes am Prozesse theilnehmende Intervenient hat die durch ihn verursachten Kosten selbst (und allein) zu erstatten²⁴⁵⁾, da es diesen an jeder causalen Beziehung zum Interventen gebricht. Ihn nach dem Massstabe eines Streitgenossen auf Ersatz eintreten zu lassen, stände im Missverhältnisse zu seiner subsidiären und untergeordneten Mitwirkung am Prozesse. Auch kann die Abschichtung der durch ihn erregten Kosten,

ihm aber derlei Acte versagen, so wäre seine Stellung unterbunden und ihm wichtige Beweismittel versagt, durch die er der Sache zu dienen vermöchte. Das Dilemma löst sich, wenn ihm solche Acte, jedoch ohne nachtheiliges Präjudiz für die Sache, gestattet werden, so dass die Eidesannahme durch die Eidesdesertion ausser Kraft und die Processlage auf den Punkt zurücktritt, als ob Intervenient den Eid nicht angenommen hätte.

²⁴³⁾ Eine solche wäre: die Fortführung des Processes einem vom Interventen über die Klage abgeschlossenen Vergleich gegenüber. Es muss denn doch dafür gehalten werden, dass der unter dem Drucke eines viel stärkeren Interesses stehende Intervent die Rätlichkeit eines Vergleiches nach der Processlage besser zu beurtheilen vermöge, als der vielleicht nur mit einem minimen Betrage interessirte Intervenient; und als Waffe gegen Collusionsvergleiche wird das Einspruchsrecht des Intervenienten um den Preis der Gefahr, dass er es auch gegen redliche Vergleiche gebrauche, viel zu theuer erkaufte. Bedarf es übrigens der Zustimmung des Dritten nicht zu einem vor dem Process über die Sache abgeschlossenen Vergleich, wie sollte es derselben bedürfen bei einem in dem Process abgeschlossenen? (Dies gegen Maxen a. a. O. S. 102, der unter Berufung auf *l. 5 §. 1—4 D. 49, 1* das Gegentheil lehrt.)

²⁴⁴⁾ Der Intervenient ist Adhärent zur Parteibitte eines Dritten; der Streitgenosse Selbstpartei mit eigener Parteibitte.

²⁴⁵⁾ Wetzell, Syst. S. 40; Renaud S. 698.

die doch nur mit den von ihm ohne oder wider Willen des Interventen vorgenommenen Acten zusammenhängen, kaum Schwierigkeit bereiten.

Umgekehrt sind aber auch im Siegesfalle dem Interventienten die Kosten seiner Intervention direct vom Gegner zu ersetzen.²⁴⁶⁾ Hat er sie doch auch aus Eigenem verauslagen müssen. Interventient hat daher am Schlusse des Verfahrens seine Kosten abgesondert zu liquidiren.²⁴⁷⁾

VIII. CAPITEL.

I. Der Nebenanspruch auf Processkostenersatz in seinem Verhältniss zum Hauptanspruche (materielle Accessorietät der Processkosten).

A) Im Allgemeinen.

§. 41.

Der zur (processualen) Durchsetzung eines Anspruchs gemachte Aufwand ist ein Anwachs zu demselben von innen heraus, den Verzugszinsen gleich. Er entquillt der durch die Auflehnung wider den Anspruch (Verzögerung der Erfüllung) gesetzten Läsion des Anspruchsrechtes und wächst als Interessebeisatz dem Anspruch zu, wie sonst das Zeitinteresse. Es erweitert sich um denselben der Anspruch selbst und beide schmelzen in Eins zusammen. Aeusserlich zwar als Haupt- und Nebenanspruch geschieden, sind sie innerlich-juristisch doch nur ein Ganzes, der Nebenanspruch ein Stück Hauptanspruch. Alle Qualitäten dieses, ob vortheilhaft, wie eine damit verknüpfte Sicherstellung (Pfand, Bürgschaft, ein Rangprivilegium) oder nachtheilig (wie die postlocirte Rangirung gewisser Forderungen²⁴⁸⁾ im Concourse) imprägniren sich auch jenem. In diesem Sinne kann daher auch von den adjudicirten

²⁴⁶⁾ Siehe die Vornote.

²⁴⁷⁾ Entw. §. 255 behandelt im Kostenpunkte den Nebeninterventienten unterschiedslos als Streitgenossen. Hiedurch geräth er zum Theil mit sich selbst in Widerspruch, da er anderen Orts den Nebeninterventienten nur dann Streitgenosse der Partei sein lässt, wenn das Urtheil auch für ihn Rechtskraft wirkt. Folgerichtig hingegen die R. C. P. O. §. 96.

²⁴⁸⁾ Schenkungs- und Strafforderungen C. C. O. §. 48.

Processkosten des siegreichen Klägers gesagt werden: *accessorium cedit principali*: der Kostenanspruch nimmt die Natur des Hauptanspruchs an.

Von der richtigen Anschauung des Verhältnisses des Processkostenanspruchs zu dem Hauptanspruche hängt die Lösung einer Reihe namentlich in die Lehre vom Pfandrecht einschlagender Fragen ab. Wir widmen Einzelnem im Folgenden ein Wort.

B) Im Einzelnen.

I. Die Stellung des Pfandschuldners zu den Kosten des Personalschuldprocesses.

§. 42.

Das für einen Anspruch bestehende Pfandrecht (Hypothek) ergreift von selbst auch den Anspruchszuwachs der Processkosten (vgl. §. 912 a. b. G.; §. 16 G. B. G.; §. 36 C. C. O.) in gleicher Priorität. Ob jedoch nur die Kosten des Pfandprocesses²⁴⁹⁾ oder auch jene des Processes mit dem sogenannten Personalschuldner, wenn das Pfand in dritter Hand steht, ist noch näher festzustellen.

a) Zunächst für das bewegliche Pfand. Der Gläubiger ist nicht gebunden, es steht ihm aber frei, in erster Linie seinen Anspruch gegen den Personalschuldner processual zu verfolgen und erst nach fruchtloser Ausklagung dieses die Pfandklage gegen den Drittbesitzer des Pfandes anzustrengen. Weil das Vorausgehen des Schuldprocesses keine Bedingung des Pfandprocesses, sondern ganz dem Belieben des Gläubigers anheimgegeben ist und daher vom Standpunkte des dritten Pfandbesitzers als ein für die Realisirung des Pfandrechtes überflüssiger Voract erscheinen mag, ist man geneigt, die aufgeworfene Frage zu Gunsten des Pfandbesitzers zu verneinen.²⁵⁰⁾

²⁴⁹⁾ Dies steht unbestritten fest. Doch ist es schief, wenn man dies damit motivirt, dass die Kosten des Pfandprocesses den Verwendungen auf die Pfandsache gleichzustellen seien (Dernburg, Pfandrecht I. 552; Leyser, med. spec. 224 n. 6; Sintenis, Pfandrecht 443 d), während sie vielmehr den Verzugsaccessorien unterzureihen sind. Vgl. auch Exner, Oesterr. Hyp. Recht 270. G. U. W. Nr. 522, 918, 1336, 1773, 1961.

²⁵⁰⁾ So Dernburg, Pfandrecht §. 76 S. 552. (Da die Kosten der vorgängig angestellten persönlichen Klage „nicht direct und nicht allein zum Zwecke

Allein dieser Anschauung muss mindestens in ihrer Allgemeinheit entgegengetreten werden. Wenn es richtig ist, dass in Obligationsverhältnissen die Processkosten dem Zeitinteresse zu sublociren sind, so folgt daraus von selbst, dass die Frage, ob das Pfandrecht sich auch auf die Kosten des (selbstständig geführten) Schuldprocesses ausdehne, unter dem Gesichtspunkte des Verzugs gelöst werden muss. Mit anderen Worten: Das Pfand in dritter Hand hat für die Kosten des Schuldprocesses dann aufzukommen, wenn es auch das Verzugsinteresse (also namentlich die Verzugszinsen) zu tragen hat oder hätte. Denn da beide Schäden, die Processkosten und die Verzugsnachtheile, als Folgen derselben rechtsverletzenden Ursache, der Erfüllungsweigerung (Erfüllungsverzögerung), entspringen, so würde man gegen die Rechtsconsequenz verstossen, wollte man das ursächlich Gleiche accessoriell verschieden behandeln. Folglich ist die zur Lösung stehende Frage dahin umzustellen: Hat das in dritter Hand ruhende Pfand auch die Verzugsfolgen (Verzugszinsen) auf sich zu nehmen? Diese Frage bejahen auch jene Schriftsteller, die sonst die Haftung des Pfandes für die Kosten des Schuldprocesses verneinen.²⁵¹⁾ Folgegemäss muss auch die Frage der Verhaftung des Pfandes auf die Kosten des Schuldprocesses bejaht werden. Man durchdenke sich nur scharf den Parallelismus von Verzugsfolgen (Verzugszinsen) und Kosten des Schuldprocesses an einem concreten Fall, und das scheinbar Befremdliche dieses Schlusses wird schwinden. Der Gläubiger hat die Forderung dem Schuldner und dritten Verpfänder gekündigt. Die Leistung bleibt aus. Dem Verzug des Schuldners entspringt dessen persönliche Verhaftung auf die Verzugsfolgen, insbesondere die Verzugszinsen, aber auch das Pfand wird darauf verhaftet. Der Verzug treibt den Gläubiger aber weiter

der Realisirung der Pfandansprüche gemacht werden“; ausnehmend nur den Fall, wenn der Process mit dem Schuldner durch Vorschützung des *beneficium excussionis* vorgängig aufgenöthigt wird.) Exner, Hyp.-Recht 271 Note 33. (Der gemeinrechtlichen Ansicht nicht bloss für die Hypothek, sondern auch, wie es scheint, für das bewegliche Pfand beipflichtend.) Dagegen unterscheiden Sintenis, Pfandrecht 443 d; Gesterding, Die Lehre vom Pfandrecht 655, nicht zwischen den Kosten des Pfand- und jenen des Schuldprocesses.

²⁵¹⁾ Dernburg, Pfandrecht II. 297, I. 551. Exner, Hypothekenrecht S. 267.

zur Klageführung wider den morosen Personalschuldner. Der nun gemachte und doch ebenfalls durch den Verzug bewirkte Aufwand soll das Pfand nicht mehr belasten, und zwar darum nicht, weil es des besonderen Processes gegen den Personalschuldner nicht bedurfte, sondern der Gläubiger sich sofort mittelst der Pfandklage aus dem Pfande erholen konnte.²⁵²⁾ Aber wenn darum, dann dürfte dem Gläubiger auch das Pfand nur auf jene Verzugsfolgen, auf so viel Verzugszinsen haften, als dem Zeitraum der Abwicklung des Pfandprocesses und der Pfandrealisierung entspricht. Denn es steht ja in des Gläubigers Macht, den Verzug durch die sofortige Anstrengung der Pfandklage auf die kürzeste Dauer einzuschränken und dadurch wie dort den Kosten des selbstständigen Schuldprocesses, so hier dem unnöthigen Anschwellen des Zeitinteresses vorzubeugen.

Es wird ferner nicht bezweifelt, dass, wenn der Rechtsbestand der Schuld in dem Pfandproceß selbst einen Streitpunkt bildet und zur präjudiciellen Entscheidung gelangt, die damit verknüpften Kosten das Pfand zu beschweren hätten. Ob aber die Bestreitung der Pfandschuld vom Pfandbesitzer (etwa unter Intervention des Schuldners) oder von diesem als Beklagtem ausgeht, kann doch auf die accessorielle Natur der daraus erwachsenden Kosten von keinem Einfluss sein, oder könnte es nur dann, wenn der Gläubiger durch die priore Ausklagung des Personalschuldners eine ihm rechtlich obliegende Rücksicht gegenüber dem Pfandinhaber verletzen würde, die aber diesem gegenüber nirgends zur Pflicht gemacht ist. Und wird es in der Regel der Fälle nicht zutreffen, dass, wenn der vorverklagte Schuldner im Processwege die Schuld bekämpft, diess bei primärer Anstrengung des Pfandprocesses aus denselben Gründen auch der Pfandinhaber unter Intervention jenes hätte thun müssen, schon darum, um seinen eventuellen Regressanspruch ausser Anfechtung zu setzen? Gewiss wird kein beklagter vorsichtiger Pfandbesitzer es unterlassen, sich mit dem Schuldner über die mögliche Bekämpfung der Schuld in's Einvernehmen zu setzen und, wenn irgend möglich, dann

²⁵²⁾ So auch Exner H.-R. 271.

unter der Interventionsägide den Schuldprocess im Pfandpro-
cesse führen.

Die den Pfandinhaber protegirende Ansicht entbindet daher diesen, wenn der Personalschuldner vor ihm ausgeklagt wird, von der Haftung für einen Nachtheil, den er bei eigener primärer Verklagung in aller Regel selbst verwirkt haben würde. Ist hingegen der Schuldbestand bereits wider den Schuldner durch Urtheil liquid gestellt, so wird auch der Pfandbesitzer sich meist diesem Präjudicium beugen und ihm damit die Selbstführung des Schuldprocesses erspart sein. Und steht es nach Eintritt des Verzugs dem dritten Pfandschuldner nicht frei, den Verzugsfolgen und so denn auch dem Process wider den Personalschuldner sammt seinen Kosten durch seinerseitige Leistung vorzubeugen? Worin liegt die Härte, wenn man ihm, der mit verschränkten Armen den Schuldprocess entbrennen und sich abspielen lässt, nun in dem Pfande die bezüglichlichen Kosten aufbürdet, von denen er ebensogut das Pfand freihalten konnte? Es möchte freilich nicht unspiculativ sein, so in Passivität, ohne die Gefahr der Vergrösserung der Pfandhaftung, erst den Ausgang dieses Vorprocesses abzuwarten, bevor man das Pfand löst, erst auf dem Rücken des proces-
sirenden Gläubigers zu speculiren und dann bei fehlgeschla-
gener Erwartung diesem die Speculationsspesen aufzuladen.

Es wird ferner doch selten ohne zwingende Umstände vorkommen, dass der Personalschuldner vor dem Pfandschuldner gerichtlich in Anspruch genommen werden wird. Umstände solcher Art wären, dass das Pfand gegenwärtig nicht volle Deckung böte, wegen vorgehender Pfandgläubiger oder ungünstiger Werthconjunctur. Der Gläubiger klagt daher lieber vorerst den noch solventen Personalschuldner, als nach dem zweifelhaften Versuch, sich aus dem überbelasteten Pfande zu befriedigen, einen insolventen vorzufinden. Oder: der Personal- und Pfandschuldner veräussert während des wider ihn obschwebenden Processes das Pfand; das Urtheil wirkt bekanntlich gegen den dritten Erwerber nicht Rechtskraft; sollten auch die Kosten des nun in seinem materiellen Erfolg vereitelten Processes dem Pfande sich nicht anhaften?

Wenn nun zwar principiell den Kosten des prioren Schuldprocesses²⁵³⁾ die Pfandhaftung zu vindiciren ist, so doch nicht ausnahmslos. Vor Allem für den Fall nicht, als die Schuld nur dem Personalschuldner und nicht auch dem Pfandschuldner gekündigt worden sein sollte. Hier wird aber das Pfand auch für die Verzugszinsen nicht aufzukommen haben. Sodann aber auch nicht, wenn der Gläubiger die von dem Drittbesitzer des Pfandes offerirte ordnungsmässige Leistung zurückgewiesen haben sollte oder der Realisirung des volle Deckung bietenden Pfandes den Schuldprocess selbst dort vorangehen lässt, wo der dritte Pfandinhaber dem Rechte des Gläubigers keinen Widerspruch entgegensetzt.

b) Für die Hypothek.

Im Gegensatz zum beweglichen Pfand geniessen bei der Hypothek kraft gesetzlicher Anordnung (G. B. G. §. 16)²⁵⁴⁾ nur die Kosten des Hypothekarprocesses und der hypothekarischen Execution²⁵⁵⁾ Pfandhaftung. Zwar sagt dies der Ausdruck: „Process- und Executionskosten“ in G. B. G. §. 16 nicht deutlich genug, doch gebietet die Rücksicht auf den Realcredit, der unter der Gefahr der Verhaftung des Buchobjectes für bücherlich nicht ersichtliche Lasten leidet, dem Ausdruck die restrictive Tendenz zu unterstellen.²⁵⁶⁾

²⁵³⁾ Was von den Kosten des Schuldprocesses, gilt gleichermassen auch von den Kosten der im weiteren Verlaufe in das Vermögen des Personalschuldners geführten Execution.

²⁵⁴⁾ G. B. G. §. 16: „Das für eine Forderung erworbene Pfandrecht kommt, abgesehen von besonderen Bestimmungen, auch den Process- und Executionskosten zu.“

²⁵⁵⁾ Nur diese; daher nicht die Kosten einer früher oder daneben gegen wen immer geführten Mobilarexecution (G. U. W. Nr. 2385, 2595). Dagegen ist in dem Falle einer solchen Doppelexecution für dieselbe Forderung der Gläubiger berechtigt, sich den Empfang aus der Mobilarexecutionsmasse zunächst auf die Kosten des Processes gegen den Personalschuldner und der Mobilarexecution aufzurechnen und die Hauptforderung insoweit in diese nicht zum Zuge kommen zu lassen. Dass dem Pfandgläubiger diese Freiheit der Anrechnung zustehe, darüber: *l. 101 §. 1 D. de sol. 46, 3; l. 35 pr. D. de pign. act. 13, 7* und Windscheid II. §. 343 *in fin.*; vgl. a. b. G. §. 1416.

²⁵⁶⁾ Vgl. auch Exner, Hyp.-Recht S. 62 und Note 19 und §. 37 c.

2. Geniessen die Kosten von Liquidirungs- und Rangprocessen Pfandhaftung? §. 43.

Wenn im Liquidirungsstadium einer pfandrechtlichen Zwangsvollstreckung der Bestand einer Pfandforderung im Processwege (aggressiv oder defensiv) bestritten wird, so ist die Frage, ob die dem Sieger im erfolgreich durchgeführten Anfechtungsprocess zugesprochenen Kosten dem erkämpften Pfandansprüche zuwachsen? Sie ist zu bejahen, wenn der bestreitende Theil der Execut ist ²⁵⁷⁾; denn diesem gegenüber ist der Liquidirungsprocess nichts als der Pfandprocess im Liquidirungsstadium. Mit völligem Unrecht ist man sie aber auch auf den Fall zu bejahen geneigt, ²⁵⁸⁾ als der Forderungsbestand gegen den Einspruch eines oder mehrerer Mitpfandgläubiger gewahrt werden muss. Wenn man dies damit motivirt, dass „das Hypothekarrecht nur durch den Liquidirungsprocess mit den Mithypothekaren hindurch zu seiner gesetzmässigen Befriedigung gelangen könne“ ²⁵⁹⁾, so leidet diese Motivirung an dem Irrthum, als ob aus der Nothwendigkeit eines Aufwandes zur Realisirung eines Anspruches schon von selbst dessen Attraction an und durch diesen Anspruch folge. Diese Attraction hat aber nur statt, wenn der Anspruch wider den passiven Anspruchsträger durchzusetzen ist. In dem Liquidirungsprocess mit den Mithypothekaren wird aber der Pfandanspruch wider diese, nicht wider den in Execution stehenden Anspruchsträger erkämpft, der im Gegentheil durch Anerkennung des Anspruches das Seine zu dessen Verwirklichung beihalf.

Allerdings ist der Abschlag des Seitenangriffes der Hypothekare ein „gesetzlich nothwendiger Schritt auf dem Wege zur Realisirung des Hypothekarrechts“ ²⁶⁰⁾; aber wäre in demselben Zwangsverhältniss nicht auch ein Hypothekar, der vorerst durch einen Process ein auf seiner Hypothek lastendes (materiell nicht mehr aufrechtes) Superpfandrecht zu

²⁵⁷⁾ Gleichviel dann, ob der Gläubiger den Process in der Kläger- oder Beklagtenrolle führt.

²⁵⁸⁾ Exner H.-R. 583.

²⁵⁹⁾ Exner H.-R. 583.

²⁶⁰⁾ Exner a. a. O.

rescindiren hätte, um seine Meistbotsquote zu erlangen? Niemand wird behaupten, dass die Kosten dieses Processes „einen Anhang des zu liquidirenden Hypothekarrechtes“ zu bilden hätten. Und doch ist der Kampf gegen den Rückenangriff des Afterhypothekars ein ebenso nothwendiges Durchgangsstadium zur Realisirung des Hypothekarrechtes, als dort der Kampf gegen den Seitenangriff des Mithypothekars.

Ueberhaupt fehlt es an jeder rechtlichen Beziehung zwischen Executen und den bestreitenden Hypothekaren, woraus die (dingliche) Ersatzpflicht jenes auf den durch diese verursachten Kostenschaden abzuleiten wäre und es bedürfte einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung, um eine solche Haftung für das Unrecht Dritter zu begründen. ²⁶¹⁾ ²⁶²⁾

So gebührt denn nur den Kosten des (siegreichen) Liquidirungsprocesses wider den Executen der Ersatz aus dem Meistbote in dem Rang der erstrittenen Forderung. ²⁶³⁾ ²⁶⁴⁾

Aus den Gründen, wie den Kosten von Liquidirungsprocessen mit den Mitpfandgläubigern, ist auch den Kosten in Rangprocessen mit diesen der pfandbelastende Charakter abzusprechen. ²⁶⁵⁾

²⁶¹⁾ Dem könnte nicht entgegengewendet werden, der wider die Mithypothekare ersiegte Anspruch sei doch der Pfandanspruch, also liege nichts Anomales vor, die aufgewendeten Kosten diesem zuwachsen zu lassen. Allein der Anspruch auf Anerkennung des Anspruches wider einen Dritten (Executen) ist doch nicht dieser Anspruch selbst und in der Identificirung beider Ansprüche steckt der letzte Irrthum der bekämpften Auffassung.

²⁶²⁾ Unsere Gesetze entscheiden die Frage nicht. Auch §. II der Immo.-Exec.-Ordg. für Tirol (Hofd. v. 19. November 1839 Nr. 388 J. G. S.) sagt nur, dass die Kosten der Liquidirungsprocesses keine Verzugspost bilden und lässt es im Uebrigen auf sich bewenden, ob ihnen im Rang der erstrittenen Forderung pfandmässige Sicherheit zukomme; von der particulären Geltung dieses Hofdecretes ganz abzusehen.

²⁶³⁾ Aehnlich wie im Concourse nur die Kosten in Liquidirungsprocessen mit dem Masseverwalter aus der Masse zu theilen sind.

²⁶⁴⁾ Keines Wortes bedarf, dass auch den Kosten des wenn auch mit Erfolg geführten Rescissionsprocesses der bestreitenden Hypothekare die Pfandmasse nicht hafte. Exner, H.-R. 583.

²⁶⁵⁾ So auch Exner, H.-R. 597. Ist es jedoch nicht offensichtlich inconsequent und in sich widersprechend, wenn Exner nur den Kosten des Vorrangs-, nicht auch denen des Liquidirungsprocesses wider die Mithypothekare

3. Die privilegierte Rangstellung der Schätzungs- und Feilbietungskosten eines executiv versteigerten Pfandobjectes.

§. 44.

Schätzungs- und Feilbietungskosten eines executiv versteigerten Pfandobjectes haben bei der Befriedigung aus dem Meistbote den Rang vor allen Pfandposten. Wir widmen diesem ungeschriebenen Rangprivilegium²⁶⁶⁾ ²⁶⁷⁾ ein Wort, weil es die Praxis mit völlig unzureichenden Gründen stützt²⁶⁸⁾, wiewohl es ihm keineswegs an einem befriedigenden gesetzlichen Halt gebricht, wie das Folgende ergeben wird.

den pfandbelastenden Charakter aberkennt? Handelt es sich doch auch letzterenfalls „um ein Rechtsverhältniss zwischen zwei (oder mehreren) Mithypothekaren, dessen processualischer Austrag nur auf ihre Kosten, nicht auf Rechnung des Eigenthümers und der übrigen Mithypothekare geschehen kann“. Exner, H.-R. 272.

²⁶⁶⁾ Das die Praxis schwanke los festhält. Vgl. G. U. W. Nr. 1773, 1961, 2265, 2354 (Plen.-Entsch.), 2373, 2385, 2595, 2852, 3095, 3312, 3318, 3739, 4251, 4897, 5416.

²⁶⁷⁾ Die Immobilienexecutions-Ordnung für Tirol (Hofd. v. 19. Nov. 1839 Nr. 388 J. G. S. §. 11) stellt es übrigens für das Geltungsgebiet des Gesetzes ausdrücklich auf; ebenso die prov. C. P. O. für Ungarn (§. 564).

²⁶⁸⁾ Unzureichend ist es, wenn sich die Praxis für den allgemeinen Bestand des Rangprivilegiums auf das in der Vornote cit. Hofd. v. 19. Nov. 1839 unter Zuhilfenahme der Hofd. v. 29. Dec. 1785 Nr. 509 J. G. S. und vom 20. Nov. 1818 Nr. 1519 J. G. S. beruft (wie G. U. W. 1773, 1961; dagegen auch Exner a. a. O. 474 Note 25 und Menger, System 96 Note 20); völlig verkehrt jedoch die Ableitung des Rangprivilegiums aus dem Gesichtspunkte der unbeauftragten Geschäftsführung oder *in rem versio* (Vgl. G. U. W. 1773, 2354, 2373, 2739, 5416). Wie soll denn der Executionsführer für den persönlichen Anspruch auf Ersatz der Schätzungs- und Feilbietungskosten wider die Vorgläubiger ein Pfandrecht an dem Executionsgute haben können? Forderung gegen den Einen — gesetzlicher Pfandrechtserwerb an der Sache eines Dritten (!) Ganz zu schweigen, dass es mit dem supponirten Gestions- oder Versionsanspruch wider die Vorgläubiger sein gut' Bewenden hat. Kann doch die Action des Executionsführers für diese geradezu zum Schaden sein, so wenn sie vorzeitig unternommen ist. Gegen die Motivirung aus a. b. G. §§. 1041, 1042 auch Exner a. a. O. 475. Menger, System 96, Note 20. (Doch ist es unrichtig, wenn Menger das Rangprivilegium als ein Product gewohnheitsrechtlicher Rechtsbildung bezeichnet, während es mit Stringenz unserem positiven Rechte zu entleiten ist.) — Für die Motivirung der Praxis (verworren) Platz, Zeitsch. f. österr. Rechtsgelehrrs. 1835, III, 236 ff.

Nach dem Realisirungsmodus des Pfandrechtes im österr. Recht kann dasselbe nur durch die Stadien der Schätzung und Feilbietung des Pfandes hiedurch zur gesetzmässigen Befriedigung gelangen.²⁶⁹⁾ Die Nothwendigkeit dieses Realisirungsmodus ist jedem Pfandanspruche von vorneab imprägnirt. Da aber die von Gerichtswegen zu bewirkende Umsetzung des Pfandes in Geld mit (Schätzungs- und Feilbietungs-) Kosten verbunden ist, die gleichfalls aus dem Pfanderlöse ihre Befriedigung heischen, so ist klar, dass sich für jeden Pfandanspruch von vorneherein der Werth des Pfandes nicht auf den vollen, sondern den um die Umsatzkosten (der Schätzung und Feilbietung) geminderten Verkaufswerth stellt. Fasst man zunächst nur die Pfandlage für den ersten Pfandgläubiger in's Auge, so ist, so lange er als einziger ohne Nachconcurrenten an dem Pfande haftet und als solcher auch selbst den executiven Umsatz des Pfandes künftig zu besorgen hat, für diesen jedenfalls der Werth des Pfandes nur m (= Meistbot) — k (= Schätzungs- und Feilbietungskosten). Diese seine Lage kann aber durch den Umstand keine Veränderung erfahren, dass sich ihm später Nachpfandgläubiger zugesellen und von diesen einer die Pfandversteigerung auf seine Kosten durchführt. Würde man die (Schätzungs- und Feilbietungs-) Kosten eines solchen nicht vor dem erstrangirenden Pfandanspruche zum Zuge kommen lassen, so wäre dieser der ihm von Anfang an (potentiell) anhängenden Realisirungslast entlöst und in diesem Masse ökonomisch zum Besseren gewendet. Dies wäre aber ein dem Erstpandgläubiger ohne jedweden rechtlichen Grund (*sine causa*) auf Kosten der Nachinteressenten von rückwärts zufallender Vortheil. Das Sicherheitsmass (s_1) des Erstpandgläubigers war *ab initio* nicht der volle, sondern der um die Schätzungs- und Feilbietungskosten geminderte Meistbot ($s_1 = m - k$). Dieses Sicherheitsmass kann durch die Hinzukunft von Nachpfandansprüchen nicht steigen noch sinken. Das Sicherheitsmass jedes folgenden Pfandanspruches muss gleich sein dem Sicherheitsmasse des vorgehenden Pfandanspruches, weniger diesen selbst. Dies festgehalten, lässt sich folgende Formel aufstellen:

²⁶⁹⁾ A. b. G. §. 461; A. G. O. §§. 322, 323, 326.

Sicherheitsmass des	$\left. \begin{array}{l} \text{primo loco} \dots\dots\dots s_1 = m - k \\ \text{secundo „} \dots\dots\dots s_2 = s_1 - f_1^{270)} \\ \text{tertio „} \dots\dots\dots s_3 = s_2 - f_2^{271)} \\ \text{u. s. w.} \end{array} \right\} \text{Pfund-ansprüche}$
	$s_1 + s_2 + s_3 = (m - k) + (s_1 - f_1) + (s_2 - f_2)$ $s_3 = m - k - f_1 - f_2$

Die gewonnene Formel belegt die obige Entwicklung zur Evidenz. Sie ergibt, dass wenn der dritte Pfandgläubiger Executionsführer ist, seine Forderung nur dann mit dem ihr rechtlich zukommenden Sicherheitsmasse zur Befriedigung gelangt, wenn die Pfandumsetzungskosten (k) allen Pfandansprüchen voran an erster Stelle aus dem Meistbote gedeckt werden. Die Kosten der pfandrechtlichen Execution sind nicht bloss Durchsetzungskosten des Pfandrechtes des Executionsführers, sondern auch der übrigen Pfandrechte, indem durch die Action des Einen auch die Pfandrechte aller Uebrigen zur Befriedigung kommen. Sie haben daher die Natur einer allgemeinen Realisirungslast, eines (Pfand-) Massepassivums, welches als ein Vorweg aus der Masse zu begleichen ist.²⁷²⁾

4. Sind die Kosten des Pfand- (Hypothekar-) Processes nur dinglicher Natur?

§. 45.

Es ist ein in der Praxis nicht seltener Irrthum, für die Kosten des Pfandprocesses nur das Pfand, nicht auch den Pfandeigenthümer persönlich, verhaftet zu halten. Warum, wenn der Hauptanspruch nur auf das Pfand gewiesen ist, nicht auch sein Kostenanhang? Allein wenn der beklagte Eigenthümer sich der Pfandklage widersetzt und einen Process provocirt, so verletzt er durch diese Auflehnung den Pfand-

²⁷⁰⁾ f_1 = Pfandforderung des ersten Pfandgläubigers.

²⁷¹⁾ f_2 = Pfandforderung des zweiten Pfandgläubigers.

²⁷²⁾ Vgl. auch Exner a. a. O. 475, 476. Den Vorrang geniessen auch die Kosten einer Relicitation (G. U. W. 2852; Exner a. a. O. 477 α), nicht jedoch einer fallen gelassenen (G. U. W. 4251: weil den Executionserfolg nicht bewirkend), noch des blossen Anschlusses an eine schon im Zuge stehende Execution (G. U. W. 5416: weil überflüssig zur Herbeiführung des Executionserfolges).

anspruch und wird hiedurch auf die gegnerischen Kosten — diese Folge seines Widerstandes — nach allgemeinen Grundsätzen (b. G. B. §. 1295) auch persönlich verantwortlich.²⁷³⁾ Anders hingegen, wenn der beklagte Pfandschuldner sich dem Pfandansprüche unterwirft, sei es durch ausdrückliche Anerkennung oder Unbeantwortetlassen. In solchem Falle können ihm die Kosten der Pfandklage und des (Geständniss-Contumaz-) Urtheils allerdings nicht zum persönlichen Ersatz auferlegt werden, weil es hier an der Voraussetzung einer von seiner Seite vorausgegangenen Anspruchsverletzung gebricht. Doch werden die Klage- und Urtheilskosten stets, auch wo es der beklagte Pfandschuldner zum Process treibt, aus den von ihm persönlich zu verantwortenden Kosten auszuschneiden und lediglich auf das Pfand zu verweisen sein, weil sie²⁷⁴⁾ vom Pfandkläger auch in dem Falle der Submission des Pfandschuldners behufs Erwirkung des Executionstitels hätten aufgewendet werden müssen und daher ihren ursächlichen Anlass nicht in dem Widerstande des Pfandschuldners haben. Richtig formulirt wird daher das Petit einer Pfandklage zu lauten haben: Beklagter sei schuldig, die klägerische Forderung pr. . . sammt . . . Zinsen und Kosten executiv aus dem Gute A tilgen zu lassen und im Falle eines Widerspruchs gegen die Klage die hiedurch erregten Kosten auch persönlich zu erstatten.²⁷⁵⁾

II. Die unselbstständige Klagbarkeit des Processkostenanspruchs (formelle Accessorietät).

§. 46.

Aus Rücksichten processualer Oekonomie ist dem Nebenansprüche auf Ersatz von Processkosten die selbstständige Klag-

²⁷³⁾ Unrichtig daher G. U. W. Nr. 7218, wo in einem siegreichen Pfandprocess, in dem auch der Concursmasseverwalter beklagt war, den Kosten die Befriedigung aus der Masse aberkannt wird, „weil Kläger nur als Realgläubiger eingeschritten und ihm als solchen hinsichtlich der Processkosten, die sich nur (?) als Nebengebühren der eingeklagten Forderung darstellen, ein Executionsrecht nur (?) auf das Pfand, keineswegs auch auf das übrige Concursvermögen zustehe“.

²⁷⁴⁾ Dem geltenden Rechte gemäss §. 298 a. G. O.

²⁷⁵⁾ Unrichtig daher im Kostenpunkte, weil zu eng, die übliche, auch von Exner H.-R. 238 gegebene Petitsformulirung: „um Erkenntniss, Kläger sei berechtigt, für seine Forderung pr. . . sammt . . . Zinsen und Kosten aus dem Gute A im Executionswege die Befriedigung zu suchen“.

barkeit versagt. Der Process soll nicht Quelle eines weiteren Kostenprocesses, und dessen Aufwand vielleicht wieder Anlass eines dritten Processes u. s. f. sein können.²⁷⁶⁾ Dieser formell-accessorische Charakter²⁷⁷⁾ ist bei den Processkosten nicht ohne einen allein eigenthümlichen Zug. Wo sonst ein Nebenrecht selbstständiger Klagbarkeit entbehrt, steht und fällt es mit der materiellen Klagebefugniss aus dem Hauptanspruche; die (beiderseitigen) Processkosten hingegen sind Accession des anhängenden Klaglibells, an den sie sich gesetzt; mit diesem, d. i. mit der Klage wie angebracht stehen und fallen sie.²⁷⁸⁾ Es mag daher zu Zeiten das Klagerecht aus dem Hauptanspruche noch aufrecht stehen und dennoch das Geltendmachen pertinirender Processkosten nicht mehr zulässig sein. So kann der Beklagte seine Kosten aus einer verfrüht angebrachten oder zurückgenommenen Klage (die später wieder angestrengt wird) in dem erneuerten Prozesse nicht mehr geltend machen; so bleiben die bei Erwirkung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren nicht mitbegehrten Kosten verwirkt, wenn auch der Zahlungsbefehl seine Executionskraft verliert und die (materielle) Klagebefugniss wieder auflebt (§. 16 Mahn-Verf.).

1. Ueber die Processkosten ist im Anschluss an die Entscheidung in der Sache zu sprechen.²⁷⁹⁾ Mit dem Ausspruche über die Ersatzpflicht sind zugleich die der ersatzberechtigten Partei (bereits) aufgelaufenen Kosten umfänglich festzustellen.²⁸⁰⁾ Demgemäss obliegt den Parteien²⁸¹⁾, am Schlusse des Ver-

²⁷⁶⁾ *l. 3 C. de fruct. et lit. exp. 7, 51 . . . post absolutum enim dimissumque iudicium nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia.* Vgl. auch *l. 5 in (rest.) C. 7, 51; Nov. 82 c. 10; l. 13 §. 6 C. de jud. 3, 1.* §§. 403 A. 533 W. G. O. 583 prov. ung. C. P. O. Vgl. auch §§. 424 A. 555 W. G. O.; Res. v. 14. Juni 1784 Nr. 306 J. G. S. lit. e.

²⁷⁷⁾ Derselbe ist im österr. Rechte den Processkosten allein eigen. Unger, System I. 605; Randa, Lehre von den Zinsen und der Conventionalstrafe (1869) 25, Note 59; Hasenöhr, öst. Obligationenrecht 270, Note 15 *in fin.*

²⁷⁸⁾ Diese Besonderheit in der accessorischen Natur der Processkosten ward bisher übersehen. Vgl. z. B. die in der Vornote angeführten Schriftsteller.

²⁷⁹⁾ §§. 403 A. 533 W. G. O. Auch in Nebenstreiten §§. 401 A. 532 W. G. O.

²⁸⁰⁾ §§. 403 A. 533 W. G. O. 401 A. 532 W. G. O.

²⁸¹⁾ Auch in Nebenstreiten §§. 401 A. 532 W. G. O.

fahrens, über das entschieden wird, die schon aufgewendeten Kosten verzeichnet den Acten einzulegen, widrigens dieselben verwirkt sind.²⁸²⁾ Das Kostenjudicat hat also einen doppelten Inhalt zum Ausdruck zu bringen: 1. Die Pflicht des A überhaupt (*in quali*) zur Erstattung der Processkosten an B; 2. den Betrag, mit welchem dem B seine bisher aufgelaufenen Kosten liquidirt werden. Es ist von Tragweite, dass das Judicat diesen Doppelinhalt auseinander halte.²⁸³⁾ Denn die Erstattungspflicht des besieigten Streittheiles braucht (und pflegt) mit den vom Gegner bis zum Schlusse des Verfahrens aufgewendeten Kosten, deren Liquidirung vorerst allein erfolgen kann, umfänglich nicht erschöpft zu sein, da auch dem Urtheile nachfolgend noch durch den Process veranlasste Kosten auflaufen können. Auch diese Spätkosten sind noch Processkosten.²⁸⁴⁾ Als solche müssen sie aber mangels selbstständiger Klagbarkeit und soll ihrer Präclusion vorgebeugt werden, vor dem Uebergang (Untergang) der Klage in das (dem) Definitivum der *res iudicata*, d. i. schon im Urtheil anticipativ (*in quali*) adjudicirt werden, was durch die aufgestellte Judicatsformel erzielt wird. Dies geschehen, bedarf es sodann künftig nur noch der „Bestimmung“ solcher Kosten, die aber durch ein einfaches Gesuch bewirkt werden kann.²⁸⁵⁾

²⁸²⁾ §§. 403 A. 533 W. G. O. — Dies gilt auch von den Kosten in Nebenstreiten; deren Nachliquidirung unter den Kosten des Hauptstreites ist nicht mehr zulässig. Vgl. §. 555 W. G. O., wo dies unzweideutig statuiert ist. Anders nach gemeinem Prozesse: Wetzell 514; s. aber auch Bayer, Vorträge 84.

²⁸³⁾ Die vorgeschlagene Judicatsformel hat auch den Text der Gerichtsordnungen für sich. §§. 402 A. 533 W. G. O. gebieten dem Richter zunächst ganz allgemein, „die Gerichtskosten demjenigen, dem sie zu ersetzen sind, zuzuerkennen“. In besonderer Gesetzesstelle (§§. 403 A. 534 W. G. O.) wird er sodann erst angewiesen, die bereits aufgelaufenen, d. i. die verzeichneten Kosten zu „mässigen“. Der Entwurf hat zutreffend (§§. 260, 261) den Ausspruch über die Verpflichtung zum Kostenersatz und die Kostenliquidirung getrennt. Nur ersterer muss in dem Urtheil erfolgen, letztere kann demselben auch nachfolgen. So schon das gemeine und röm. Processr. Wetzell 515; *l. 3 C. 7, 51.*

²⁸⁴⁾ Z. B. Kosten der Exrotulirung, des Eidesverfahrens etc. Vgl. oben Seite 72–74.

²⁸⁵⁾ Ungehörig erkennt die Praxis über den Kostenpunkt in der eingalterten Formel: z. B. A sei schuldig, dem B die Summe von . . . zu zahlen

Wurde von der Partei die Kostenverzeichnung zum Urtheil unterlassen, so hat sie die Kosten bis dahin verwirkt; nicht auch jene von da ab, die sie noch gar nicht verzeichnen konnte. Immerhin ist daher um dieser willen auch in solchem Falle die Pflicht zum Kostenersatz im Allgemeinen auszusprechen, doch unter Verwirkerklärung derer, die schon zu liquidiren waren. ²⁸⁶⁾ ²⁸⁷⁾

2. Ueber die Processkosten ist von Amtswegen ²⁸⁸⁾ zu

und die mit . . . bestimmten Gerichtskosten zu ersetzen. Allein diese die Verpflichtung zum Kostenersatz im Allgemeinen mit dem bisher aufgelaufenen Kostenbetrage verquickende und identificirende Formel adjudicirt nur die Kosten *pro praeterito* und es ist begreiflich, dass mit ihr die Praxis auf den Scrupel stiess, ob die dem Urtheile nachfolgend noch durch den Process veranlassten Kosten (der Exotulirung, des Eidesverfahrens u. s. w.) zusprechbar seien. (Vgl. G. U. W. Nr. 693, 717, 1004, 5813, 6022 (contra); 895, 1275, 1841, 2347, 2851, 3977, 6206, 6227, 6295 (pro). Vgl. dazu auch das oben S. 72 bis 75 Gesagte.) Im Anschluss an die gerügte Zuspruchsformel sind sie es consequent nicht; denn da mit derselben nur die Kosten bis zum Urtheil adjudicirt, jene nach dem Urtheile aber mangels selbstständiger Klageberechtigung nicht mehr adjudicirbar sind, so werden diese durch jene Formel in der That verwirkt, will man nicht in dem Adjudicat *pro praeterito* auch jenes *pro futuro* subintelligiren und damit in den klaren Urtheilstext Etwas wider seinen Wortlaut hineininterpretiren. Sache der Partei wäre es, ein so zu eng formulirtes Judicat im Rechtsmittelzuge zu reformiren.

²⁸⁶⁾ Ist der Processerfolg ein getheilter und von beiden Parteien die Verzeichnung der Kosten unterlassen, so sind die Kosten Beider bis zum Urtheile, ist sie nur von Einer unterlassen, nur die Kosten dieser bis zum Urtheile für verwirkt (präcludirt) zu erklären und folgegемäss die von der Gegenpartei auf den ersiegten Theil gewendeten Kosten voll zuzuerkennen.

²⁸⁷⁾ Die postume Geltendmachung präcludirter Processkosten ist durch die Einrede der entschiedenen Sache zu behindern. Sie besagt näher inhaltlich: Da dieser Nebenanspruch nur so lange währe, als die Klage, die ihn erzeugt, so sei sein Geltendmachen nach dem Uebergang der Klage in den Zustand der *res judicata* in der That eine mittelbare Erneuerung der bereits abgethanen Klage.

²⁸⁸⁾ §§. 402 A. 533 W. G. O. Von Amtswegen ist nicht blos ihre gegenseitige Aufhebung, auch ihre Zuerkennung auszusprechen. Unrichtig m. E. lehrt trotz Hofd. v. 30. Sept. 1785, Nr. 473 J. G. S. lit. b. Menger, Grünhut's Zeitschr. VII. 663, 664, dass nur erstere von Amtswegen zu verfügen sei, zu letzterer es aber der Vorlegung des Kostenverzeichnisses, beziehungsweise des darin liegenden (stillschweigenden) Begehrens um Kostenanspruch bedürfe. Die Vorlegung des Expensars bezieht nur die Liquidirung des bis zum Urtheil gemachten Aufwandes. Da jedoch auch von da ab Processkosten aufaufen

sprechen. Die Präterition des Kostenspruches ist ein Nichtigkeitsgrund; bleibt sie unangefochten, hat sie Verwirkung der Processkosten bis zum Urtheil und von da ab zur Folge. ²⁸⁹⁾

3. Für die Processkosten bis zum Urtheil ist der Schluss des Instructionsverfahrens als präclusiver Liquidirungstermin gesetzt. Hingegen ist für die Liquidirung jener Processkosten, die erst nach dem Urtheil erwachsen können, sowie der Executionskosten eine zeitige Grenze nicht gezogen. Soll also die Liquidirung solcher Kosten *in aeternum* verstatet sein? Wenn die Gerichtsordnungen für die Kosten des Instructionsverfahrens dessen Schlusspunkt als Liquidirungsgrenze setzen, so weiten wir diese Bestimmung nur streng analogisch aus, wenn wir ihr

können, deren anticipative Adjudication im Urtheil erfolgen muss, so ist um dieser willen die Pflicht zum Ersatz (von Amtswegen) auch auszusprechen, wenn keine Note über den bisher gemachten Aufwand eingelegt wurde, und nur unter Einem die Präclusion dieses auszudrücken. Demnach ist auch die weitere Behauptung Menger's a. a. O., dass ein Kostencondemnat mit Vorbehalt nachträglicher Liquidirung im österr. Prozesse unzulässig sei, nur betreffs der bis zum Urtheil erwachsenden Kosten zutreffend. Der Irrthum Menger's (wie auch der Praxis vgl. Note 285) ist, dass er die Kostenersatzpflicht umfänglich mit den Kosten bis zum Urtheil zusammenfallen lässt, während sie sich doch auch noch auf die Nachurtheilskosten erstreckt. Die Anschauung Menger's hat allerdings in dem Hofd. v. 30. Sept. 1785, Nr. 473 J. G. S., lit. b. einen dem Anscheine nach gesetzlichen Halt. Interpretirt man jedoch das Hofdecret im Zusammenhalt mit §. 402 A. G. O., und erwägt man, dass die dem Urtheile nachfolgenden Kosten doch unmöglich schon zum Urtheile verzeichnet werden können, andererseits aber doch mangels selbstständiger Klagbarkeit schon im Urtheile adjudicirt werden müssen, so zwingt die Natur der Sache wie das Gesetz den hier verfochtenen Standpunkt auf.

²⁸⁹⁾ Die herrschende Anschauung, dass solchenefalls die Kosten als compensirt zu betrachten seien (Bayer, Vorträge 84; Wetzell 514; Renaud §. 152, Note 24 und S. 699; Endemann 513) halte ich für unzutreffend, weil mit Rechtskraft des unvollständigen Urtheils die Kostenansprüche auch ohne diese künstliche Supposition schon kraft ihres formell accessorischen Charakters präcludirt sind und es daher ebenso überflüssig als unstatthaft ist, ein stillschweigendes richterliches (Compensations-) Judicat supplirend in den Urtheilstext hineinzulegen. Und es ist nicht ohne Consequenzen, ob man die Wirkung der Präterition in der einen oder anderen Weise ausdrückt; nach unserer ist die Präterition des Kostenpunktes Nichtigkeits-, nach der anderen Appellationsgrund, woraus weiter folgt, dass nach der einen der Richter zum Ersatz der durch die ordnungswidrige Unterlassung verursachten Mehrkosten herangezogen werden kann (§§. 264 A. 345 W. G. O.), nach der anderen nicht.

anfügen: die Kosten des Executionsverfahrens müssen bis zum, resp. am Schlusse desselben liquidirt werden.²⁹⁰⁾ Als dieser Schlusspunkt drängt sich der Liquidirungstermin zum Behufe der Meistbotsvertheilung von selbst auf.²⁹¹⁾ Andere dem Urtheil nachfolgend erwachsende wie die Exrotulirungskosten, müssen entweder im Anschlusse an das sie erzeugende Gesuch, oder wie die Eidesablegungskosten, zum Schlusse des besonderen (Eides-) Verfahrens, d. i. am letzten Termin in demselben liquidirt werden. Starken analogischen Halt findet zum Weiteren die entwickelte Anschauung in der gesetzlichen Bestimmung, dass auch die Kosten des Appellations- (Revisions-) Verfahrens im Anhange zur Rechtsmittelschrift liquidirt werden müssen (§§. 424 A. 554, 555. W. G. O. Res. v. 14. Juni 1784, Nr. 306 J. G. S. lit. e. f.). In die gezogene Analogie fällt auch, dass die Kosten der Erwirkung des Zahlungsbefehls im Mandats-, Wechsel- und Mahnverfahren schon mit der Klage (Gesuch) zu liquidiren sind.²⁹²⁾ Doch tritt selbstredend hier die Kostenpräclusion nur ein, wenn das Mandat ohne Einwendungen (Widerspruch) in Rechtskraft erwächst.

4. Im Bisherigen wurde vorausgesetzt, dass die hängende Klage, an welche die beiderseitigen Kostenansprüche geheftet sind, durch richterliche Sentenz in den Zustand der entschiedenen Sache über-, beziehungsweise in ihm untergehe. Dieser

²⁹⁰⁾ Nach Entwurf §. 780: Spätestens binnen einem Monate nach der letzten Executionshandlung: ein sehr flüssiger *dies a quo*, der eine fruchtbare Streitquelle werden kann.

²⁹¹⁾ In der Praxis ist es üblich, im Anschluss an jedes einzelne in das Executionsstadium fallende Gesuch die bis zu diesem (incl.) aufgelaufenen Kosten zu liquidiren, ein Vorgang, wider den nichts einzuwenden. — Vgl. G. U. W. Nr. 3588, wo dem Executionsführer auferlegt wird, schon in dem Feilbietungsgesuche seine Kosten zu liquidiren. Vgl. jedoch auch G. U. W. Nr. 3354, wo die Ansicht ausgesprochen scheint, dass die Liquidirung von Executionskosten an keine zeitliche Grenze gebunden sei (doch ist der Thatbestand der Entscheidung nicht sicher zu entnehmen). Auch Menger a. a. O. 663 hält dafür, dass Nachurtheilskosten mangels eines ausdrücklich gesetzten Liquidirungstermines „in jedem beliebigen Zeitpunkte“ liquidirt und zugesprochen werden könnten, was gewiss nicht im Geiste unseres Processrechtes ist.

²⁹²⁾ E. d. o. Ghf. v. 13. Juni 1858 (J. B. 30); Menger a. a. O. 619, ohne jedoch auch des Mahnverfahrens zu erwähnen.

Zustand kann aber auch durch Parteienvergleich herbeigeführt werden. Wie reagirt hier das formale Princip?

Die formale Bindung der Kosten an die Klage zwingt, sie in den Vergleich einzubeziehen.¹⁵⁶⁾ Ist daher der Vergleichschluss unter Präterition des Kostenpunktes perfect zu Stande gekommen, so kann ein späteres Kostenbegehren nicht mehr gestellt werden. Das Nebenrecht ist mit dem (Haupt-) Klage-recht mituntergegangen und wider seine postume Geltendmachung die Einrede der verglichenen Sache erwachsen.²⁹³⁾

Es ist schief und irreleitend, wenn dies die herrschende Lehre dahin ausdrückt: die (präterirten) Kosten eines abgeschlossenen Vergleiches seien als gegenseitig aufgehoben anzusehen.²⁹⁴⁾ Denn diese gegenseitige Aufhebung der Kosten könnte sich bei einem Vergleich doch nur durch den Willen der Transigenten vollziehen. Jene Ausdrucksweise statuirt daher eine Vermuthung, und zwar des Inhalts, dass das Schweigen der Parteien über den Kostenpunkt die Annahme eines gegenseitigen Verzichtes auf die Kosten gestatte. Wäre aber wider eine solche Vermuthung nicht nach Umständen Gegenbeweis möglich? Würde man sie aber mit der Stärke einer *praesumptio juris et de jure* ausstatten, so käme jene Ausdrucksweise im Effecte zwar auch auf den Untergang (Präclusion) der im Vergleich präterirten Kostenansprüche hinaus, nur wäre auf künstlich-constructivem Umwege veranschaulicht und erreicht, was sich als natürliche Folge des formal-accessorischen Charakters der Processkosten von selbst ergibt.²⁹⁵⁾

²⁹³⁾ Vgl. Note 287.

²⁹⁴⁾ So auch Entw. §. 257; R. C. P. O., §. 93.

²⁹⁵⁾ Nicht selten vergleichen sich die Parteien über den Kostenebenpunkt dahin, dass der eine Theil dem anderen die Kosten in dem vom Gericht zu bestimmenden Betrage zu erstatten habe. In einem solchen Falle hält es die Praxis für unzulässig, die Kosten des erfolgreichen Recurses gegen die zu niedrige Kostenbestimmung der Unterinstanz zuzuliquidiren, weil „bezüglich der Bemessung der erstrichterlichen Kosten eine contradictorische Verhandlung nicht stattgefunden, somit die Bestimmungen des Ges. v. 16. Mai 1874 keine Anwendung fänden“ (G. U. W. Nr. 6635). Die Ansicht ist unrichtig, die Motivirung schief. Ueber die Kostenbemessung findet auch sonst keine contradictorische Verhandlung statt und dennoch werden bezügliche Recurskosten zu-

5. Noch ist die Frage, wie das formale Princip bei Finalisirung des Processes durch Rücknahme der Klage wirke.²⁹⁶⁾ Sie ist näher dahin zu stellen: in welchem Momente hat Beklagter seine Kosten zu liquidiren, um ihrer Präclusion vorzubeugen? Die bisherige Betrachtung hat ergeben, nur auf Basis der noch aufrecht stehenden Klage sei eine Kostenadjudication möglich; andererseits leuchtet ein, dass es nicht in der Macht des Klägers stehen kann, den Kostenanspruch des Beklagten durch Vorwegentziehung des Klageuntergrundes mittelst Klagerücknahme zu verwirken; so kann die Antwort nur dahin lauten: die Rücknahme der Klage trete erst mit dem Kostenzuspruch an den Beklagten in rechtliche Kraft und bleibe bis dahin um derer willen suspendirt.²⁹⁷⁾ In die processuale Praxis übersetzt, besagt dies: über die Rücktritts-erklärung ist zur Liquidirung der Kosten des Beklagten ein Termin zu geben und sodann unter Einem die Beendigung des Verfahrens und das Kostenadjudicat an den Beklagten auszusprechen. Ungehörig ist daher der Vorgang, die Rücktritts-erklärung ohne frühere Anhörung des Beklagten zur Kenntniss zu nehmen und sodann noch, also nachdem die Klage bereits zu existiren aufgehört, des Beklagten Kosten zu adjudiciren.²⁹⁸⁾

gebilligt. Der zu Betracht stehende Fall des Vergleiches liegt ganz gleich dem, wenn der obsiegende Kläger gegen die Kostenbestimmung im Urtheil ein Rechtsmittel einlegt. Wird man zweifeln, dass die Kosten des mit Erfolg beschrifteten Instanzenzuges als eines weiteren Rechtsverfolgungsactes zuzuliquidiren seien? Was aber im Falle des Urtheils gilt, muss auch in dem des Vergleiches gelten; sowie jenem, können auch diesem noch Kosten nachfolgen, die wegen ihres genetischen Zusammenhanges mit dem früheren Rechtsstreit sich als Processkosten darstellen. Dem Abspruch der Recurskosten in der citirten Entscheidung unterruht derselbe Irrthum, wie dem Abspruch der Kosten der Actenextrahirung, des Eidesablegungsverfahrens in den oben (Note 285) aufgeführten Entscheidungen.

²⁹⁶⁾ Es ist ausdrücklich bestimmt (§§. 399 A. 530 W. G. O.), dass solchenfalls die Kosten dem Beklagten zu erstatten sind.

²⁹⁷⁾ Man möchte zur Variation versucht sein: *remanet propter expensas act.o.*

²⁹⁸⁾ Wie dies in G. U. W. Nr. 1528 geschehen. Der Vorgang ermöglicht zudem die Inconvenienz, Kosten einer längst abgethanen Sache noch nach Jahren sich zusprechen lassen zu können. Vgl. auch §§. 49 A. 8 W. G. O.

Uebersicht des Inhaltes.

Vorwort.

Einleitendes. Literatur S. 1—2.

Erstes Buch.

A. Das historische Processkostenrecht.

I. Die Natur der Verpflichtung zum Processkostenersatz.

- §. 1. Die Theorien zur Lösung des Problems im Anschlusse an die Ansprüche der römischen Quellen. Natur und Wesen der Pflicht zum Processkostenersatz: die zu lösende Grundfrage. Wurzel diese Pflicht im Privatrecht oder nicht? Schwankender Charakter der Quellenaussprüche über die Pflicht zum Processkostenersatz. Theorien, die im Anschlusse an dieselben über den Grund der Ersatzpflicht aufgestellt wurden. Die Straf-, die Schadenersatztheorie; die neuere Anschauung. Versuch einer neuen Lösung des Problems S. 3—5.

II. Die Haftung des besiegtten Beklagten auf Ersatz der Processkosten.

Natur und Grad seiner Haftpflicht.

1. Bei Obligationsansprüchen, die dem Einflusse der Mora unterliegen.
- §. 2. Die Processkosten des siegreichen Klägers eine Folge der Mora. Zeitinteresse und Processkosten, Folgen derselben rechtsverletzenden Ursache: der Erfüllungsweigerung, daher desselben Wesens und die Kostenerstattungspflicht des besiegtten Beklagten ein Element der *mora solvendi*. Die Entschuldigungsgründe der Mora müssen auch Entschuldigungsgründe vom Kostenersatz sein. S. 5—7.
- §. 3. (Fortsetzung.) Die Processkosten des siegreichen Klägers eine Folge der Mora. — Quellenbelege. — Kritik der herrschenden Theorien. Nach den Quellenaussprüchen über Mora hat nur der morose Beklagte die Processkosten zu ersetzen. Die Sublocirung unter das Zeitinteresse gebietet auch der Interessebegriff. Die Kosten des aussergerichtlichen Realisierungsversuches: ein Element des Zeitinteresses. Wesensgleichheit derselben mit den eigentlichen Processkosten. S. 7—9. — Die Schadenersatztheorie führt zu einem doppelten Schuldmassstab für denselben Irrthum in seiner fortgesetzten Bethätigung S. 9—10. — Ausgangspunkt der Schadenersatztheorie, der Straftheorie und der eigenen Anschauung S. 10—11.
- §. 4. (Fortsetzung.) Quellenbelege. Der Aequiparirung von Processkosten und Zeitinteresse widerstreiten nicht die Quellenaussprüche über Kostenersatz S. 11—12.

2. Bei dinglichen Ansprüchen.

§. 5. (Fortsetzung.) Haftung des redlichen (unredlichen) Besitzers auf Kostenersatz S. 12—13.

3. Bei Delictsansprüchen.

§. 6. Die Processkosten (des Klägers) bei Delictsansprüchen eine weitere Delictfolge. Nähere Begründung dieser Subsumption. Inexcusabilität des Streitirrhums des Beklagten in einschlagenden Processen S. 14—16.

4. Bei Obligationsansprüchen, deren ursprünglicher Inhalt durch ein obligationswidriges Verhalten des Schuldners modificirt ist.

§. 7. Hier sind die durch einen Streitgrund, der in der Obligationsverletzung seinen Sitz hat, veranlassten klägerischen Kosten als Interessetheil (unbedingt) zuzuerkennen S. 16—17.

5. Bei Interessenansprüchen, die aus rechtsgeschäftlicher Haftungsübernahme resultiren.

§. 8. Hier sind die klägerischen Processkosten contractsmässig zu ersetzen S. 17—18.

6. Bei Obligationsansprüchen, denen gegenüber die Haftung des Schuldners bis zum Zufall gespannt ist.

§. 9. Die unbedingte Haftung in diesen Fällen erstreckt sich auch auf die Pflicht zum Processkostenersatz S. 19.

§. 10. Resultate S. 19—21.

§. 11. Die Aussprüche des Codex- und Novellenrechts über die Kostenersatzpflicht des besiegten Beklagten. Inhalt und Tragweite der l. 5 in (rest.) C. 7, 51, Nov. 82 c. 10 und der l. 13 §. 6 C. 3, l. Die Haftung des besiegten Beklagten auf Kostenersatz aus dem Schuldgrad der *culpa levis* war dem römischen Rechte fremd S. 21—25.

III. Die Haftung des besiegten Klägers auf Ersatz der Processkosten.

§. 12. Grad seiner Haftpflicht. Verschiedenheit der klägerischen und beklaglichen Processstellung S. 25—26. — Inhalt des guten Glaubens des Beklagten und des Klägers S. 25. — Rechtsirrtum entschuldigt die Processführung des Klägers niemals S. 27—29. — Aber auch nicht der Unterliegensgrund der Insufficienz der Beweise S. 30. — Und nur ausnahmsweise die entschuldbare Unkenntniß gegnerischer Vertheidigungsthat-sachen S. 31—34.

§. 13. Die Aussprüche der Quellen über die Kostenersatzpflicht des besiegten Klägers. Bedeutung der Verbindung von *calumnia* und Kostenersatz in denselben; insbesondere §. I J. 4, 16, l. 5 in (rest.) C. 7, 51 und Nov. 82 c. 10. S. 34—37.

§. 14. Die Natur der Kostenersatzpflicht des besiegten Klägers S. 37—41.

§. 15. Das Schuldprincip und seine Geschichte im gemeinen und österreichischen Prozesse. — Kritik der herrschenden Theorien über den Rechtsgrund der Verpflichtung zum Processkostenersatz. Die Auflage des Kostenersatzes nach den Aussprüchen der Reichsgesetze und der (österr.) Gerichtsordnungen. Ursachen der regelmässigen „Compensation“ der Kosten S. 41—42. — Wesen und Kritik der (Weber'schen) Schadenersatztheorie S. 45—47. — Kritik der neueren Anschauung über das Wesen der Rechtspflicht zum Kostenersatz (Theorie der Zweckmässigkeit) S. 47—49. — Die Kostencompensationsgründe der älteren Doctrin und die Praxis S. 50—53.

Zweites Buch.

B. Das geltende österreichische Processkostenrecht in systematischer Darstellung.

I. CAPITEL.

- §. 16. Das absolute Ersatzprincip und seine Begründung S. 54—60.
 §. 17. Das historische Processkostenrecht und seine Fortbildung durch das absolute Ersatzprincip. Der nunmehrige Rechtsgrund der Kostenerstattungspflicht: A. In Ansehung des besiegten Beklagten S. 60—63. — B. In Ansehung des besiegten Klägers S. 63.
 §. 18. Die Processkostennovelle vom 16. Mai 1874, Nr. 69 R. G. B. in ihrem Verhältniss zu dem früheren Kostenrecht S. 64.

II. CAPITEL.

- §. 19. Begriff und Grenzen der Processkosten. Der den Process vorbereitende Aufwand und der Aufwand des friedlichen Realisierungsversuchs. Subsumirbarkeit eines derartigen Voraufwandes unter den Begriff „Processkosten“, insbesondere nach der Processnovelle S. 64—67. — Voraussetzungen, damit dessen Mitliquidirung unter den Processkosten zulässig sei, einzelne bestimmte Fälle S. 68—72. Auch die dem Urtheile nachfolgenden, durch den Process veranlassten Kosten zählen noch zu den Processkosten; Nachliquidirung derselben S. 72—75.
 §. 20. Insbesondere von den Kosten der Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtnisse S. 75—78. — Kosten des über Antrag zur Wahrung der Rechte Dritter bestellten Curators S. 79—80.

III. CAPITEL.

- §. 21. Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz. Die Kostenersatzpflicht steht in Ansehung ihres Umfanges unter den Regeln des materiellen Schädensrechtes S. 80—81. — Die Kosten des Verfahrens über eine überflüssig angebrachte Klage hat der Kläger zu tragen S. 81—82. — Doch genügt Anerkennung des Klageanspruchs (regelmässig) nicht S. 83. — Auch darf Kläger nicht (entschuldbarer) Grund zur Klageerhebung gehabt haben S. 84—85. — Die Kosten des Verfahrens über eine überflüssig provocirte (zurückgenommene) Klage hat Beklagter zu tragen S. 85—86. — Die Expansibilität des Kostenaufwandes im schriftlichen Verfahren und ihr Gegenmittel S. 88—90. — Dürfen Kostenansätze für einverständlich erstreckte Termine unterdrückt werden? S. 90—91. — Das Honorar des Advokaten ist auch in Processen ohne Anwaltszwang zu liquidiren S. 91—92. — Die persönliche Mühewaltung (der Partei) als solche ist nicht zu vergüten S. 93—94.
 §. 22. Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz. Das Erstattungsrequisit der Zweckmässigkeit des Processkostenaufwandes S. 95—96.
 §. 23. Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz. Die Vergrößerung des Kostenaufwandes durch chicanös provocirte einzelne Processacte S. 96—97.
 §. 24. Die Regulirung des Kostenpunktes in Nebenstreiten. Allgemeine Grundsätze S. 97—99.
 §. 25. Kosten des Incidenzstreites über Bestellung der actorischen Caution S. 99—102.
 §. 26. Kosten des Incidenzpunktes einer Frist- oder Terminserstreckung. Fristerstreckungen S. 102—104. Terminserstreckungen S. 104—108.

Der Kostenpunkt bei einer processualischen Restitution.

- §. 27. Einleitendes: Gründe und Ziel der Restitution S. 108—109. — Die durch die Natur des Restitutionsverfahrens postulirten Erstattungsgrundsätze; insbesondere die Billigkeitsregel, dass die Kosten dieses Verfahrens der Restitutionsimplorant zu tragen habe S. 109—112.
- §. 28. Das geltende (österreichische) Recht: *a)* Frist- und Terminrestitutionen S. 112—114. — *b)* Die übrigen Restitutionsfälle S. 114—116. — *c)* Der Restitutionskostenpunkt im Bagatellverfahren S. 116—117.
- §. 29. Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz. Verantwortlichkeit des Siegers auf den dem Besiegten schuldhaft verursachten Mehraufwand. Begründung dieser Verantwortlichkeit S. 117—119.
- §. 30. Umfang der Verpflichtung zum Processkostenersatz. Kostenersatz bei theilweisem Obsiegen. Grundsätze für die Kostencompensation (Kostentheilung) bei theilweisem Obsiegen S. 119 bis 120. — Insbesondere bei Ansprüchen, deren Höhebestimmung vom Ermessen abhängt (Entschädigungsansprüche) S. 121—122.

IV. CAPITEL.

Die Processkosten in der Rechtsmittelinstanz.

- §. 31. *A.* Im Appellations- (Revisions-) Verfahren: Die Kosten der Appellations- (Revisions-) Instanz theilen das Schicksal der übrigen Processkosten. Ableitung dieses Grundsatzes S. 122—124. — Casuistik einzelner Fälle S. 124—128.
- §. 32. *B.* In Recursfällen: 1. Die Kosten eines im Verlaufe eines Rechtsstreites ergriffenen Recurses S. 128. — 2. Die Kosten eines (erfolgreichen) Recurses gegen die ein Gesuch bewilligende Entscheidung, der keine contradictorische Verhandlung (keine Anhörung des Recurrenten) vorherging S. 129.
- §. 33. *C.* Der Kostenpunkt in Nichtigkeitsfällen: 1. Wenn die Nichtigkeit durch den Richter oder die Partei verschuldet ist S. 130 bis 132. — 2. Wenn sie eine (von keiner Seite verschuldete) partielle, d. i. nur einem Theile des Verfahrens anhaftende ist S. 132—133. — 3. Wenn sie eine totale, d. i. dem Verfahren *ab initio* anhaftende ist S. 133—136. — Insbesondere wenn der Nichtigkeitsgrund Mangel der Processfähigkeit ist S. 136—137. — Die Praxis über den Kostenpunkt in Fällen totaler Nichtigkeit. Das Recht des Entwurfes S. 138—139.

V. CAPITEL. (Anhang.)

Die Tragung der Kosten im Eheverfahren.

- §. 34. *A.* Im Verfahren wegen Ungiltigkeit und Trennung der Ehe: 1. Bei Verschulden eines oder beider Eheheile an dem Lösungsgrunde S. 140. — 2. Bei mangelndem Verschulden eines Eheheils an dem Lösungsgrunde: *a)* Für Ungiltigkeitsprocesse aus einem öffentlichen Hindernisse S. 141; — *b)* in Processen wegen Ungiltigkeit aus einem privaten Hindernisse oder auf Trennung, 1. wenn der Bestreitungs- (Trennungs-) Klage stattgegeben wird S. 141—142; 2. wenn sie abgewiesen wird S. 143. — Die Stellung des Vertheidigers des Ehebandes in Rücksicht des Kostenpunktes S. 143 bis 144. — *B.* Im Verfahren wegen nicht einverständlicher Scheidung S. 144—145.

VI. CAPITEL.

Die Haftung von und an Streitgenossen auf Ersatz der Processkosten.

1. Im Allgemeinen.

- A.* Die durch das Wesen des Verhältnisses postulirten Ersatzgrundsätze.
- §. 35. *a)* Die Streitgenossen unterliegen S. 146—151. — *b)* Die Streitgenossen obsiegen S. 152—153.

B. Das österreichische Recht.

- §. 36. Die Grundsätze des österr. Rechtes über concurrirende Schadensstiftung (§§. 1301, 1302 a. b. G.) und deren Anwendbarkeit auf die Kostenersatzpflicht besiegt Streitgenossen S. 153—156. — Die Praxis S. 157 bis 158.

2. In Solidarschuldverhältnissen.

- §. 37. *A.* Bürgschaft, Haftung des Bürgen auf die wider den Hauptschuldner aufgewendeten Processkosten S. 158 — Umfang der bürgschaftlichen Haftung nach österr. Recht; insbesondere der Rechtsgehalt des §. 1353 a. b. G.; Haftung des Bürgen für die *mora* des Hauptschuldners S. 159 bis 163.
- §. 38. Die übrigen Fälle der Solidarität. Ob besiegte Solidar- (Correal-) Schuldner auf die Processkosten solidarisch haften, hängt von der Vorfrage ab, ob sie gegenseitig auf *mora* und *culpa* einzustehen haben S. 164. — Diese Frage ist im a. b. G. ungelöst; insbesondere der Rechtsgehalt des §. 1303 a. b. G. S. 164—165. — Sie muss daher aus dem Wesen der Gesamtschuldverhältnisse beantwortet werden S. 166. — Das Wesen der Correalschuld; der Correalschuldner ist ein (zum Theil) fingirter Eigenschuldner S. 166—167. — Die Theorie Girtanner-Fitting S. 167—168; — die Theorie Keller-Ribbentrop S. 168—169. — Die Haltlosigkeit des Unitätstandpunktes S. 169—170. — Die Bedeutung der Correalitätsclausel S. 170. — Die sogenannten „blos solidarischen Obligationen“ S. 171. — Folgerungen S. 171—172. — Der Entstehungsprocess einer Correalschuld S. 172—173. — Aus diesem ergibt sich, dass der Correalschuldner für mitschuldnerisches Verschulden nicht haftet. Die Anschauung Mages. S. 173, Note 220. — Die Eingangsfrage ist, mit Ausnahme delictischer Solidaritäten, zu verneinen S. 174—175.

VII. CAPITEL.

Haftung am Prozesse beteiligter Dritter auf Kostenersatz.

- §. 39. Haftung gesetzlicher und bestellter Vertreter. Nach dem Rechte vor der Processnovelle: Haftung des am Prozesse schuldigen Vertreters auf Kostenersatz an Stelle der schuldlosen Partei S. 175—176. — Unzulässigkeit der Entbindung der schuldlosen Partei vom Kostenersatz seit der Processnovelle S. 177. — Doch sind die Kosten des Wiedereinsetzungsverfahrens *ex culpa procuratoris* auf den schuldigen Rechtsfreund nach wie vor zu überbinden S. 178. — Mithaftung des schuldhaften Vertreters auf Kostenersatz neben der Partei (seit der Processnovelle) S. 178—179.
- §. 40. Insbesondere von der Ersatzpflicht (und Ersatzberechtigung) des Nebenintervenienten. Die zwei Formen der Nebenintervention im österr. Prozesse S. 179. — *a)* Der Kostenpunkt bei Vertretungsleistung. Das Wesen des Instituts der Vertretungsleistung im österr. Prozesse S. 179—184. — Hieraus für den Kostenpunkt folgende Grundsätze S. 184. — *b)* Der Kostenpunkt bei Intervention kraft eigenen Rechts. Natur dieser Interventionsform im österr. Prozesse; Folgerungen betreffs des Kostenpunktes S. 184 bis 188.

VIII CAPITEL.

Der Nebenanspruch auf Processkostenersatz in seinem Verhältniss zum Hauptanspruche.

(Materielle Accessorietät.)

A. Im Allgemeinen.

§. 41. Die materiell-accessorielle Beziehung des Kostennebenanspruchs zum Hauptanspruche im Allgemeinen S. 188—189.

B. Im Einzelnen.

§. 42. Die Stellung des Pfandschuldners zu den Kosten des Personalschuldprocesses. *a)* Für das bewegliche Pfand S. 189 bis 193. — *b)* Für die Hypothek S. 193.

§. 43. Geniessen die Kosten von Liquidirungs- und Rangprocessen Pfandhaftung? S. 194—195

§. 44. Die privilegirte Rangstellung der Schätzungs- und Feilbietungskosten eines executiv versteigerten Pfandobjectes S. 196—198.

§. 45. Sind die Kosten des Pfand- (Hypothekar-) Processes nur dinglicher Natur? S. 198—199.

II. Die unselbstständige Klagbarkeit des Processkostenanspruches.

(Formelle Accessorietät.)

§. 46. Grund der unselbstständigen Klagbarkeit. Unterschied gegenüber sonstigen unselbstständig klagbaren Nebenrechten S. 199—200. — Liquidirungstermin; Inhalt des Kostenjudicates; Nachurtheilskosten sind schon im Urtheil zu adjudiciren S. 200—201. — Folge der unterlassenen Kostenverzeichnung S. 202. — Wirkung der Präterition des Kostenanspruches S. 203. — Liquidirungstermin für Nachurtheils- und Executionskosten; für die Rechtsmittelkosten; für die Kosten im Mandats-, Wechsel- und Mahnverfahren S. 203—204. — Wirkung der Präterition des Kostenpunktes bei Abschluss eines gerichtlichen Vergleiches S. 204—205. — Der Kostenpunkt bei Finalisirung des Processes bei Rücknahme der Klage S. 206.

