

I deb 5

21-0

7
1893.

35.100



Die Aufnahme
 der
 Aufforderungs- und der Feststellungsfrage
 in
 Oesterreich.

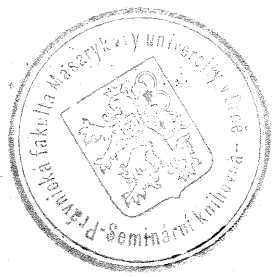
(Eine rechtsgeschichtliche Studie im Dienste der Gesetzesauslegung.)

Von

Vorrede

Hofrath Professor Dr. Emil Ott.

Separatabdruck aus der „Allgemeinen österreichischen Gerichts-Zeitung“.



Wien, 1899.

Manz'sche k. und k. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung,
 I., Kohlmarkt 20.

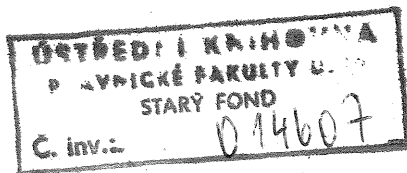
Inhaltsübersicht.

I. Aufforderungsfrage. Entstehung. Trauriger Rechtszustand Italiens Anfangs des 12. Jahrhunderts. Günstiger Einfluß der Rechtsschule zu Bologna. Anlaß zur provocatio ex lege: diffamari in den Verhältnissen des Universitätslebens. Rasche Verbreitung infolge der Anerkennung ihrer Zulässigkeit von Seiten hervorragender Rechtslehrer und der Praxis der Kirche. Eindringen in das Verfahren bei den Gerichten jenseits der Alpen mit der Aufnahme gelehrter Richter in die weltlichen Gerichte. Ungenügende gesetzliche Regelung durch die Reichsgesetzgebung in Deutschland.

Entwicklung in Oesterreich: Aufnahme in der böhmischen Ländergruppe durch die Novellen zur verneuerten Landesordnung. Unbekanntschaft des Aufforderungsverfahrens in den deutschösterreichischen Erbländern. Versuch der Einführung desselben in das einheitliche Proceßrecht Oesterreichs durch den Codex Theresianus. Ueberweisung in den Entwurf der josephinischen Gerichtsordnung und Aufnahme in dieses Gesetz.

Legislative Versuche: 1. Völlige Beseitigung des Aufforderungsverfahrens in Frankreich (trotz Einspruchs des Cassationshofes und der Doctrin) und Rußland; dagegen Befassung in Spanien. 2. Abschaffung bestehender Uebelstände durch eingehende Regelung: Baden (1831, 1851, 1864), Hannover (1850), Bayern (1869), Württemberg (1868); in gleicher Weise: Ungarn (1868, 1881), Bosnien und Herzegovina (1883), Serbien (1865). 3. Reform durch Vereinfachung der Einleitung des Verfahrens: Hannoveraner Bundescommission. (1862-66). 4. Abschaffung und Ersatz durch die Feststellungsfrage im preuß. Civilproceßentwurf 1864.

II. Feststellungsfrage. Ursprung in Baden (1851), dessen Vorbild Hessen (1857) folgt. Geschichte der Feststellungsfrage bei der Reformbewegung im Bereiche des Proceßrechtes. Bayerischer Entwurf 1861 beantragt Aufnahme der in Baden geltenden Zulässigkeit von F. Kl. betreffs eines Rechtsverhältnisses bei Vorliegen rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung oder bei Zustimmung des Beklagten. Verweisung dieser Frage in das Civilgesetzbuch nach Sachsen's Beispiel (1863); ebenso seitens der Hannoveraner Bundescommission (1862-66). Civilproceßordnung für Württemberg (1868) reformirt die Bestimmung des Gesetzes für Baden durch Ausschließung der Zulässigkeit einer F. Kl. bei bloßer Zustimmung des Beklagten. Entwurf einer Civilproceßordnung für Preußen (1864) erweitert das Gebiet der Statthaltigkeit nach französischem Muster behufs Feststellung der Echtheit von Privaturkunden, was die Civilproceßordnung für Bayern (1869) in's Rechtsleben Deutschlands einführt. Bedeutung des norddeutschen Entwurfs für den Entwurf einer deutschen Civilproceßordnung durch Ausdehnung des Gebietes der F. Kl. Einfluß der Doctrin auf endliche Gestaltung der F. Kl. in der deutschen Civilproceßordnung (Otto Bähr, Unger), vornehmlich betreffs der F. Zwischenklage. Reformversuche in Oesterreich; insbes. Entwurf Glaser's (1876) und dessen Mängel. Civilproceßordnung österr. 1895. Summarverfahren Ungarns 1893.



Nicht allen Zweigen des menschlichen Wissens ist es beschieden, in gleichem Maße durch neue Forschungsergebnisse bereichert zu werden. Mit durchdringendem Scharfblicke hat es der tiefe Denker und geistreiche Rechtslehrer *Thering* erkannt und ausgesprochen, daß den Naturwissenschaften ein unübersehbares Beobachtungsfeld und damit ein reiches Forschungsgebiet sich erschließt, das um so ertragreicher ist, als jede neue Entdeckung nicht etwa die Möglichkeit anderer benimmt, vielmehr geradezu steigert. Im Bereiche der historischen und der Rechtswissenschaften dagegen ist, wie er ausführt, das Feld der Forschung enger begrenzt; gar bald gelangt der Forscher in jene Tiefen, wo die Quelle neuer Ergebnisse versiegt und sich damit beschieden werden muß, dem bekannten Stoffe nur neue Seiten abzugewinnen.

Der Rechtsprechung bleibt es infolge ihrer Zweckbestimmung vorbehalten, neue Rechtsbeziehungen und Rechtsschutzinteressen, welche die Lebensverhältnisse in ihrer Mannigfaltigkeit hervorbringen, zumeist früher als die Rechtslehre zu entdecken. Ihre Aufgabe ist es, einerseits die neuen Verkehrsercheinungen mit kritischem Blicke zu sondern und nach wesentlichen Merkmalen genau zu scheiden, andererseits jedoch auch dem Schutzbedürfnisse neu hervorgekommener Rechtsinteressen zu genügen, in beiden Richtungen damit aber der Reformgesetzgebung den Weg zu weisen, der bei der rechtlichen Regelung solcher Erscheinungen einzuschlagen wäre. Nicht leicht läßt sich dieser Entwicklungsgang bei einer Rechtseinrichtung so genau verfolgen und sicherstellen, wie bei der Verühmungs- und der sie später ersetzenden Feststellungsfrage, deren erstere ihren Ausbau vornehmlich der Praxis der Gerichte, die letztere aber der Wissenschaft und legislativen Versuchen verdankt, weshalb in dem nachfolgenden Excurse ein kleiner Beitrag zu der Entwicklungsgeschichte beider mit besonderer Rücksicht auf Oesterreich beigebracht werden soll.

I.

Aus den Trümmern des einst die Welt beherrschenden Römerreiches erhoben sich Staaten, in denen Anführer der aus dem fernen Norden hereingebrochenen Barbarenstämme das Scepter führten. In raschem Wechsel erschienen und verschwanden während des Gedränges der Völkerwanderung die neuen Staatengebilde, wie etwa die bewegte Fluth Woge auf Woge gegen das Ufer schleudert, die aufschäumend flugs zerrinnen. Endlich wichen die schreckensvollen Zeiten, in denen fast all' das in Ruinen verwandelt wurde, was Staatskunst und Fleiß Jahrhunderte lang gezimmert und ausgebaut hatten. Im Verlaufe des 11. und 12. Jahrhunderts entstanden neue mächtige Gemeinwesen in Oberitalien, denen der Constanzer Frieden 1183 die schwer erkämpfte und sorgsam behütete Autonomie gewährte.

Ähnlich wie das Verständigungsmittel, dessen sich die Enkel der einstmaligen Sieger und Besiegten gleichmäßig bedienten, eine Verschmelzung der lateinischen Sprache mit germanischen Sprachwurzeln bildete, erwachsen später unter dem Einflusse einer bedächtigen Statutargesetzgebung neue Rechtsgestaltungen auf römisch-rechtlicher Grundlage. Das römische Recht behielt seiner hohen Entwicklung, seiner Angemessenheit und Consequenz wegen die Oberhand in gleicher Weise, wie im italienischen die lateinische Sprache über die in sie eindringenden fremden Sprachelemente überwiegend blieb. Hatte sich doch das römische Recht allmählig mit der fortschreitenden Entwicklung des Römerreiches von der Stufe eines nationalen Rechtes bis zur Höhe des Weltrechtes erhoben, nicht ohne die duftende Blüthe der Originalität abzustreifen im Austausch gegen die ausgereifte Frucht der Universalität des Rechtes.

Die Geißel wilder und grausamer Kriege vernichtete jedoch zum größten Theile die Errungenschaften eines reichen Culturlebens und damit auch einer weitverbreiteten und eingehenden Rechtskenntniß. In den Gerichtsstuben erhielt sich, durch starre Formen in seiner Anwendung beengt, ein karger Rest des einstens so gehaltreichen Rechtes, dessen Lehre zusehends verschwand. Die ehemals blühenden Rechtsschulen Italiens, die noch im 5. Jahrhunderte christlicher Zeitrechnung zahlreiche Besucher aus dem fernen Gallien aufzuweisen hatten, verödeten. Die Pflege der Rechtskenntniß blieb fernerhin vornehmlich den Vorträgen über Rhetorik vorbehalten, wobei insbesondere dem Proceßrechte ein regeres Interesse zugewendet wurde.

Ein unerfreuliches Bild bietet sich dem Beschauer des Rechtszustandes im Beginne des 12. Jahrhunderts dar; unklare Rechtsvorschriften, eine verkümmerte, schwerfällige Gerichtspraxis, ödes Formelwesen beim Notariate und ein dem Absterben nahestehendes Fortvegetiren des Rechtsstudiums — das waren die Elemente, mit denen man bei

Würdigung des damaligen Zustandes zu rechnen hat. Endlich raffte sich die Rechtswissenschaft aus ihrer lethargischen Versunkenheit auf, unter ihrem Einflusse sodann hob sich die Praxis der Gerichte und dies mußte die günstigsten Rückwirkungen auf die Gesetzgebung selbst äußern.

Allmählig vertieft sich der Betrieb der freien Künste zu eingehenderem Studium des Rechtes. Irnerius, mit dessen Namen die Schule der Glossatoren verknüpft wird, widmet all sein Talent und seinen eisernen Fleiß ausschließlich der Pflege des Rechtes. Seine Nachfolger im Lehramte, Placentin und Azzo, fordern energisch von ihren Schülern, daß sie den Betrieb der artes liberales vollends aufgeben. Nach harten hin- und herwogenden Kämpfen zwischen den Vertretern und Anhängern beider Richtungen des Studiums, der Rhetorik und des Rechts, siegen die letzteren nach kraftvollem Vorstoße. Der Jubelruf: Bononia docet! erschallt nicht blos in den Gefilden Italiens, sondern weit über dessen Grenzen hinaus und bald entwickelt sich ein reger Zuzug von Scholaren nach Bologna. In einer fruchtbaren Ebene gebettet, umsäumt von dem an Naturschönheiten reichen Apenninengebirge, lockt die Stadt, welche neben der Quelle ernstlichen Wissens Gelegenheit zu heiterem Lebensgenusse bietet, immer zahlreichere Schaaren von Universitätsbesuchern heran. Der Studienaufwand und die Kosten eines frühlichen Studentenlebens mögen wohl manchmal die Scholaren in die peinliche Lage versetzt haben, von der D o f r e d u s, ein launiger Rechtslehrer jener Zeit († 1265), berichtet. Es sei nämlich oftmals in dem Augenblicke, als der von der Hochschule abgehende Rechtsjünger zur Rückkehr in die Heimat sich in den Sattel schwingen wollte, plötzlich ein Gläubiger aufgetaucht, der seiner Heimfahrt wehrte. Der auf das Wohl seiner Hörer bedachte Lehrer rath in seinen Vorträgen (in tit. Cod. ut nemo invitus agere cogatur III, 7) in Fällen dieser Art richterliche Hilfe in der Weise anzurufen, daß das Gericht, um solcher Arglist zu begegnen, dem Gläubiger eine kurze Frist bestimme, binnen welcher er seinen Anspruch erweise oder, falls er sie versäumen sollte, ewiges Stillschweigen betreffs seiner Behauptung bewahre.

Rasch verbreitete sich wohl das bisher fremde Schutzmittel gegen außergerichtliche Geltendmachung oft ungegründeter Ansprüche. In üblicher Weise fanden die Glossatoren seine Bewährung in der mit dem Worte diffamari beginnenden Quellenstelle aus Justinian's Rechtscodez (titulus: de ingenuis manumissis), trotzdem dieselbe nur den Streit um persönliche Freiheit betraf. Seit der gefeierteste Proceßualist des 13. Jahrhunderts, Wilhelm D u r a n t i s, ein Franzose von Geburt und dem Berufe nach ursprünglich Richter, dann Staatsmann, in seinem „goldenen“ Gerichtsspiegel (speculum judiciale) und im nächsten Jahrhunderte der weltberühmte Rechtskennner und Lehrer zu Bologna Joannes Andreae mit ihrer Autorität den Gerichtsgebrauch bekräftigt

hatten, daß wegen stattgefundener Verühmung eine Aufforderung zur Klage dieses angeblichen Rechtsanspruchs wegen zulässig sei, da war damit die Entscheidung zu Gunsten der Aufforderungsklage wegen Verühmung gefallen.

Die Kirche mit ihrem weiten Jurisdictiongebiete anerkannte zwar den Sprößling der Doctrin nicht förmlich in ihrer Gesetzgebung, aber sie verschonte ihn auch nicht aus ihren Gerichtssälen, als er zagend und zögernd Einlaß bei kirchlichen Gerichtsstätten erbat. Und damit war seine Zukunft vollends gesichert. Denn als der Verfall des spätrömischen Gerichtswesens eintrat und das gerichtliche Verfahren der norditalienischen Städte unter dem Einflusse altgermanischen Rechtes in pedantischen Formen erstarrte, hatte die Kirche allein unter besonders günstigen Verhältnissen aus dem fragmentarisch sich entwickelnden italienischen Territorialproceß ein einheitliches Proceßrecht geschaffen. Unterstützt und gefördert wurde diese Entwicklung durch die im 11. und 12. Jahrhunderte durchgeführte Festigung ihrer hierarchischen Verfassung und durch das inzwischen gewonnene weite Gebiet ihrer Jurisdiction. Die Kirche hatte nach Ausschcheidung lebensunfähiger Proceßelemente die bewährten Einrichtungen weltlicher Gerichte im Einzelnen ausgebildet und vervollkommen, sodann aber durch beharrliches Festhalten an dem so geschaffenen Rechtsgange jenes Verfahren entwickelt, das bald als *consuetudo generalis* in Theorie und Praxis Anerkennung und in der staatlichen Gesetzgebung umfassendste Aufnahme fand. Mit dem so ausgestalteten Gerichtsverfahren wurde auch die *provocatio ex l. diffamari* recipirt, zumal sie einem dringenden Bedürfnisse Abhilfe schuf, ohne freilich gesetzliche Legitimation zu besitzen. Es erwies sich eben auch hier das Leben mächtiger als die starre Rechtsfagung, die des Ausbaues und der Fortbildung bedarf, jedoch ihrer vergeblich harret.

Was die Gesetzgebung schroff versagt hatte, gewährte freigiebig die Praxis der Gerichte, die bei dem zerklüfteten Staatswesen des späteren Mittelalters um so weniger auf Abhilfe durch die Gesetzgebung hoffen konnte und deshalb sich nicht verschließen durfte vor den unabwieslichen Bedürfnissen des praktischen Rechtslebens. Jenseits der Alpen in fernen Landen fand gar bald die Aufserlegung ewigen Stillstehens zufolge mangelnden Nachweises gegründeter Rechtsberühmung Eingang in die Gerichte der Kirche, zeuge der noch erhaltenen Gerichtsurkunden bischöflicher Gerichte Währens (1278, 1283). Je zahlreicher sodann gelehrte Richter sich die Aufnahme in die Richterbänke weltlicher Gerichte verschafften, um so häufiger spielte sich vor so besetzten Tribunalen die Rechtsführung in den Formen der *provocatio ex lege: diffamari* ab, bis sie in den Ordnungen des Reichskammergerichts im Verlaufe des 16. Jahrhunderts und neuestens im jüngsten Reichsabschiede 1654 (§ 83) eine theilweise, leider im Wesentlichen unzureichende gesetzliche Regelung fand.

Die natürliche Folge davon war, daß kaum irgend eine andere Institution des Proceßrechtes als die gemeinrechtliche Aufforderungsklage einen günstigeren Nährboden für Controversen abgab, an deren Lösung die tüchtigsten Köpfe vergeblich ihren Scharfsinn verschwendeten. —

Es möge nunmehr gestattet sein, mit einigen knappen Bemerkungen den Entwicklungsgang zu streifen, den die osterwähnte Proceßgestaltung in den österreichischen Ländern genommen hat.

In der böhmischen Ländergruppe des nachmaligen österreichischen Einheitsstaates, wo das gemeine Recht verständnißvollster Pflege und Ausbildung begegnet war, feierte die *provocatio ex lege: diffamari* ihren Einzug in die Gesetzgebung erst nach dem Abschlusse der Aufnahme römisch-canonischen Gerichtsverfahrens. Versetzt wäre es, in dem Gebote der böhmischen Stadtrechte (1579; G. 14), daß der Gläubiger seinen Rechtsanspruch nur im Rechtswege und nicht durch Schmähungen zur Geltung bringen mag, ein Verbot der Diffamation zu erblicken. Vielmehr dürfte diese Vorschrift als ein Ausfluß des Widerstrebens wider die eigenthümliche Schuldbefestigung durch das sogenannte Schelmenshelten erscheinen, wogegen wenige Jahrzehnte später selbst ein hervorragender Staatsmann Währens, Karl von Zierotin, seine entschiedene Mißbilligung an den Tag legte. Die Kenner des gemeinen Rechts, denen nach der Weißenberger Schlacht die Umarbeitung der älteren Landesordnung für Böhmen (1564) rückfichtlich der Proceßvorschriften anvertraut wurde, die beiden Reichshofräthe Dr. Otto Melander und Dr. Hillebrand, hatten wohl mit glücklicher Hand die Reception des gemeinen Proceßrechtes in der „verneuernten“ Landesordnung (1627) vollzogen. Aber erst mit den *Novellae declaratoriae* zu diesem Gesetzeswerke (1640) gelangte die Schöpfung italienischer Doctrin und Praxis in das heimatliche Recht. Mit überzeugungsvollen Worten begründen die erwähnten Novellen (B. h. 25) die Aufnahme des Aufforderungsverfahrens und regeln dasselbe im Wesentlichen übereinstimmend mit einer damals nach Anerkennung ringenden geläuterten gemeinrechtlichen Anschauung, wonach nur *diffamationes, quae non ad honorem, sed ad bona pertinent* für zulässig erachtet werden sollten. Freilich wird dies in den Novellen durch die unpassende Formel, „in realibus“ sei die Aufforderungsklage statthaft, ausgedrückt. In ähnlicher Weise findet man in einer Monographie des Syndicus von Eger Dr. Mundius von Rodach, die bereits ein Jahr nach der verneuernten Landesordnung erschienen war, das Gebiet der Zulässigkeit einer Aufforderungsklage abgesteckt.

Als die Codification des gesammten öffentlichen und Privatrechtes für die böhmische Ländergruppe über Weisung Josef's I. in Angriff genommen wurde, hat ein gründlicher Kenner der Theorie und Praxis, der Prager Rechtslehrer Neumann von Buchholz in seinem, das Proceßrecht betreffenden Entwurf (1725) eingehende Vorschriften über

den allgemeinen Aufforderungsproceß und über den besonderen anläßlich einer beabsichtigten Vausführung aufgenommen. Die letzteren sollten offerbar die Pragis stabilisiren, die sich im Anschlusse an die Bestimmung der böhmischen Stadtrechte (1579, K 32) in Vausachen entwickelt hatte. Während der Kriegswirren, welche die ersten Regierungsjahre der verwaisten Kaiserstochter Maria Theresia mit schweren Sorgen erfüllten, fehlte es an der Ruhe und Muße, die allein einen glücklichen Abschluß bedächtiger gesetzgeberischer Arbeit verbürgen, weshalb das gründliche Operat Neumann's bloß treffliches Material für spätere legislative Versuche auf diesem Felde blieb. Die Proceßpragmatik der großen Kaiserin vom 23. Jänner 1753 regelt nichts Wesentliches, sondern nur das Fristenwesen im Aufforderungsproceße (Art. V § 3).

Hält man Umschau darüber, welche Entwicklung der Aufforderungsproceß des gemeinen Rechtes in den deutschen Erbländern der Monarchie nahm, so erkennt man unschwer, daß er hier noch während des 17. Jahrhunderts ein wenig bekannter Fremdling geblieben war. Zu der Zeit, als in Deutschland seit mehr als hundert Jahren der Ausspruch des Juristen Blarer galt, daß die Aufforderungsklage wie eine Königin über all' den übrigen Klagen als bloßen Mägden herrsche, und dort Beschwerde geführt wurde über die allzu große Ausdehnung des Gebietes ihrer Zulässigkeit, bestätigten Praktiker aus verschiednen deutschen Erbländern, daß eine Aufforderungsklage zu den seltensten Erscheinungen in den hierländischen Gerichtsstuben zähle; so insbesondere Suttinger (1650) für die Pragis niederösterreichischer und Beckmann (1688) für den Gerichtsgang vor steierischen Gerichten. Vergeblich sucht man in den Schriften gleichzeitiger Schriftsteller über Proceßrecht [Weingärtler 1674, Finsterwalder 1687] eine nähere Belehrung über den Provocationsproceß, ohne Erfolg werden die Folianten des Codex austriacus nachgeschlagen, um Spuren des Entwicklungsganges einer Rechteinrichtung zu verfolgen, die in Deutschland die Gesetzgebung nicht selten beschäftigte.

Erst nachdem an die Schaffung eines einheitlichen Proceßrechtes für Oesterreich gegangen wurde, fand auch für diese Ländergebiete die Aufforderungsklage ihre gesetzliche Regelung. Die einschlägigen Bestimmungen wurden vorerst in den unter dem Namen des Codex Theresianus bekannten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches (1766) in dem Abschnitte von den Verbindlichkeiten aus verbotenen Handlungen (III. Theil Cap. XXI Artikel IV § XXIV Absatz 239—246) eingereiht. Sie stimmen mit den Anordnungen der für Böhmen erlassenen Novellae declaratoriae überein; nur fehlt die irrthümlich aufgefaßte Beschränkung auf die actiones in realibus (Codex Theres. III. Bb. S. 372 Anmerkung). Mit gutem Grunde wurde jedoch im weiteren Verlaufe der Codificationsarbeiten die legislative Gestaltung der Aufforderungsklage als eines

processualen Rechtsinstituts der für die Ausarbeitung einer Gerichtsordnung bestellten Commission überlassen. Deshalb blieb auch im Horken'schen Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches die ganze Materie unbeachtet (vgl. Ausgabe Karasowsky's S. 518). Im Schooße der erwähnten Commission traten zwei Strömungen hervor, indem die Vertreter des sogenannten böhmischen schriftlichen Proceßes mit den Anhängern des bei den deutsch-österreichischen Gerichten üblichen Verfahrens darüber stritten, welcher dieser beiden Proceßgestaltungen in der zu schaffenden Civilproceßordnung der Vorzug einzuräumen sei, bis endlich die erstere Richtung den Sieg davontrug. Anlangend die Aufforderungsklage kam ein Widerstreit der Anschauungen nur betreffs eines einzigen Punktes hervor. In der am 19. Juli 1779 abgehaltenen Sitzung der Compilationscommission der josefinischen Gerichtsordnung befürworteten nämlich die Hofräthe der obersten Justizstelle v. Kronenfels und v. Wiesensthal, von denen jener zuvor beim Prager Appellationsgerichte, der letztgenannte aber beim Brünnner Tribunal das Richteramt verwalteten (v. M a a ß b u r g: Geschichte der obersten Justizstelle, II. Auflage, S. 150, 162), die Zulässigkeit der Aufforderungsklage im Gerichtsstande des aufgeförderten Diffamanten nur für den Fall, wenn beide Streittheile in demselben Lande sich befinden, „um nicht gegen das den Böhmen competirende privilegium de non evocando anzustoßen“, womit offenbar die Bestimmung der goldenen Bulle Karls IV. 1356 (Art. 8) gemeint war. Gleichwohl ist dem Texte des § 66 der josefinischen Gerichtsordnung klar zu entnehmen, daß dieser Vorschlag nicht die Zustimmung der Commissionsmehrheit fand. In Kürze sollte es sich zeigen, wie wohlbegründet im Hinblick auf die damaligen staatsrechtlichen Verhältnisse des deutschen Reiches der gedachte Vorschlag war. fand sich doch Josef II. — ein Herrscher, der im Streben nach Stärkung des Staatswesens als Ganzen die Rechte seiner organischen Theile minder beachtete — bereits im ersten Jahre der Geltung der josefinischen Gerichtsordnung bestimmt, mit der Resolution vom 3. August 1782, J. G. S. Nr. 71, kategorisch zu erklären: „Es müsse der Irrwahn benommen werden, als ob in dem Königreiche Böhmen kein privilegium de non evocando existire; dieses schließe eine Unterwürfigkeit in sich, welches jedoch bei Böhmen als einem unabhängigen Reiche nie und am wenigsten in Ansehung des Königs von Preußen anwendbar sein könne.“

Der ehrwürdige Zeuge einer fernern Vergangenheit, die josefinische Gerichtsordnung, hat das Aufforderungsverfahren in Verühmungsfällen umsichtig in Anlehnung an die im Codex Theresianus enthaltenen Vorschläge geregelt und damit die feste Grundlage einer Proceßinstitution geschaffen, die in Deutschland eben dadurch zur Brutstätte von Streitfragen wurde, weil ihr in entscheidenden Punkten eine genaue Regelung von Seiten der Gesetzgebung mangelte.

Längst sind die Tage gewichen, da die *provocatio ex lege*: diffamari mit begeisterten Worten als Panacee gegen Rechtsbeeinträchtigungen durch Verühmung gefeiert wurde. Die in's Maßlose gesteigerte Zulässigkeit der Aufforderungsklage seitens der Doctrin rief eine vollberechtigte Reaction hervor. Gegenüber den Lobpreisungen des Marburger Rechtslehrers Oldendorp († 1564), der in ihr ein untrügliches Heilmittel gegen jede Erdichtung von Rechtsansprüchen erblickte, hat sie schon im 16. Jahrhunderte der strenge *Conradus* entsprechenderweise als ein bequemes Mäntelchen unjäglicher Chicone gegen Gläubiger gekennzeichnet, die in ihren Aeußerungen gegenüber böswilligen Schuldnern allzu unvorsichtig waren. Das Labyrinth bestrittener Rechtsfragen rücksichtlich dieser Proceßeinrichtung veranlaßte legislative Versuche verschiedener Tragweite auf ihrem Gebiete.

Am entschiedensten griff der Code de procédure 1806 ein, indem er die Aufforderungsklage schlanke weg beseitigte, freilich im Gegensatz zu den noch in unseren Tagen herrschenden Anschauungen des Cassationshofes zu Paris und zahlreicher Juristen Frankreichs mit dem hervorragenden Merlin an der Spitze, aber auch ohne die Billigung eines so einschneidenden Vorgehens bei der Doctrin in Belgien und Holland zu finden. Ebenso behielt Spanien trotzdem seine sog. *accion de jactancia* bei und verpflanzte sie sogar über den Ocean. Die Proceßordnung für Rußland vom 20. November 1864 dagegen blieb in diesem Punkte dem französischen Rechte getreu.

Die particuläre Gesetzgebung der zum ehemaligen deutschen Bunde gehörigen Staaten schlug andere Bahnen ein. Aehnlich wie die alte preußische Gerichtsordnung 1793 (lit. 32) suchten die bedeutendsten deutschen Proceßgesetze dieses Jahrhunderts das Uebel an der Wurzel zu fassen und durch eine eingehende gesetzliche Regelung des in Frage stehenden Rechtsinstituts der gemeinrechtlichen Hydra von Streitfragen den Garaus zu machen. So wurde vorgegangen in den größeren Staaten Deutschlands, vornehmlich in Baden (1831 § 761 ff.; 1851 § 725 ff.; 1864 § 673), in Hannover (1850 § 492 ff.), in Bayern (1869 Art. 569 ff.) und in Württemberg (1868 Art. 799 ff.), wobei insbesondere auch die Aufforderungsklage anlässlich der Verühmung bei Bauführungen (mit Ausnahme von Bayern) Berücksichtigung fand. In ähnlichen Grenzen bewegt sich weiters die legislative Gestaltung des Provocationsprocesses im Königreiche Ungarn (Ges. Art. LIV im Jahre 1868 § 514 ff.; Ges. Art. LIX vom Jahre 1881 § 80), woran bei Erlassung des Gesetzes über summarisches Verfahren nichts geändert wurde (Ges. Art. XVIII vom Jahre 1893 § 16). Ebenso griff nur eine genaue Normirung, keineswegs aber Neugeschaltung des Aufforderungsverfahrens Platz in Bosnien und der Hercegovina mit der Civilproceßordnung vom 14. April 1883 (V. Hauptstück) unter Anlehnung an die österr. Regierungsvorlage einer Civilproceßordnung

vom Jahre 1881 und schließlich in Serbien mit dem Gesetze über gerichtliches Verfahren vom 20. Februar 1865 (§ 346 ff.).

Neben den erwähnten legislativen Versuchen, die das besprochene Rechtsinstitut in seinem Wesen beibehielten, es aber eingehend regelten, ist der Anlaufe Erwähnung zu thun, die den verkümmerten und verzögerlichen Aufforderungsproceß durch Reformen ungeschädlich zu gestalten bestrebt waren.

Ein richtiger Gedanke war bereits im kurheffischen Verfahren des vorigen Jahrhunderts (1745) für den Fall der Verühmung wegen außerehelicher Schwängerung zum Durchbruche gelangt, indem bei Eingeständniß der Verühmung kurzweg die Ueberleitung des Aufforderungsverfahrens in das Verfahren auf Anerkennung der Waterschaft eintrat. (Dr. Georg Wagner: Kurheff. Gerichtsverfahren, S. 382.) Die Idee, daß Verühmung wohl Anlaß zum Streite, nicht aber Streitobject sein solle, gelangte später zu voller Anerkennung.

Als nämlich die Bundescommission zu Hannover das schwierige Werk in Angriff nahm, für die zum deutschen Bunde gehörigen Staaten ein einheitliches Proceßrecht zustande zu bringen, wurde bei den Berathungen dieser Vereinigung tüchtiger Proceßualisten (1862—66) die Frage erörtert, ob es sich bei dem Aufforderungsverfahren um ein eigentliches Klagerrecht oder nur um einen processualen Antrag behufs Veranlassung des Hauptverfahrens handle. In Erwägung, daß eine Klage durch ein Privatrecht bedingt sei, als welches die processuale Befugniß, den sich Verühmenden zur Klagerhebung zu nöthigen, nicht betrachtet werden könne, wurde im § 509 des von der Commission endgiltig genehmigten Entwurfs die Provocation nicht als Klage bezeichnet. Ein einfacher processualer Antrag sollte genügen. Maßgebend war hierbei noch die praktische Rücksicht, unrichtige Folgerungen rücksichtlich des Klagsüberganges auf die Erben zu vermeiden, die bei der Einleitung des Aufforderungsverfahrens durch Klage unabweislich waren. Bald brach sich jedoch die Ueberzeugung Bahn, daß Palliativmittel nicht genügen.

Den für das Schicksal des Diffamationsprocesses in der modernen Gesetzgebung Deutschlands entscheidenden Schritt machte zuerst Preußen, welches an den Arbeiten der Bundescommission in Hannover keinen Antheil genommen hatte. In dem nach französischem Vorbilde aufgebauten Verfahren, das der Entwurf einer Proceßordnung für den preußischen Staat (1864) umfaßt, ist kein Raum für den Provocationsproceß. Die Gründe hierfür sind unschwer zu finden; das auf Feststellung eines Anspruches abzielende Diffamationsverfahren erwies sich als ein „langwieriger und kostspieliger Umweg“ (Motive S. 50), um das gesteckte Ziel zu erreichen. Zeit und Kosten konnten gespart und der angestrebte Zweck leichter und sicherer erreicht werden durch Aufnahme der Fest-

stellungsklage, für welche Theorie und Praxis übereinstimmend eintraten und die in die Gesetzgebung einzelner deutscher Staaten bereits neben dem Aufforderungsverfahren Eingang gefunden hatte.

Seither war der endliche Sieg der mächtig aufstrebenden neuen Proceßschöpfung, der Feststellungsklage, über den althergebrachten Aufforderungsproceß nur noch eine Frage der Zeit.

II.

Wird das Filiationsverhältniß der Bestimmungen der österreichischen Civilproceßordnung vom 1. August 1895 über Feststellungsklagen zu den einschlägigen Vorschriften der Civilproceßordnung für das deutsche Reich vom 30. Jänner 1877 im Auge behalten, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß eine richtige Erfassung des geltenden Rechtes dadurch angebahnt wird, wenn man dessen Entstehung bis zu der Urquelle verfolgt.

Am frühesten wurde das Rechtsschutzbedürfniß durch bloße Feststellung eines Rechtsverhältnisses mittels richterlichen Spruchs in Baden empfunden. Es führte dazu die Erwägung, daß bereits Verühmung mit einem Anspruche zur Einleitung des Aufforderungsverfahrens und bloße Wahrscheinlichkeit einer Gefährdung des Rechtes zur Erwirkung von im Arrestproceße zu rechtfertigenden Sicherstellungsmitteln genüge, während im Regelfalle freilich Nichtbefriedigung eines zu einem bestimmten Verhalten dermal schon verpflichtenden Rechtsanspruches die Voraussetzung des Begehrens um Rechtsschutz bilde. So insbesondere bei persönlichen Klagen das Ausbleiben der Leistung zur hiefür bestimmten Zeit, bei dinglichen Rechten die Verhinderung der thatsächlichen Ausübung oder die Beeinträchtigung seines Inhalts. Man erwog, daß bei wiederkehrenden Leistungen durch Verweigerung einer derselben bei ihrer Fälligkeit unter gleichzeitigem Inabredestellen des Bezugsrechtes, ähnlich wie bei Miethsverhältnissen, wenn über deren Dauer zwischen den vertragschließenden Theilen Streit entsteht, es nöthig erscheine, sofort eine richterliche Entscheidung herbeizuführen, um die sonst drohenden Nachteile abzuwenden. Zumal im letzteren Falle mußte baldigst Klarheit geschaffen werden, damit der Vermiether das Bestandsstück anderweitig vermieten könne und der Miether nicht etwa zwei Wohnungen gleichzeitig in Bestand haben müsse.

Von diesen zutreffenden Erwägungen geleitet, gestattete bereits der Entwurf eines Gesetzes für das Großherzogthum Baden betreffend das Verfahren bei Amtsgerichten 1848 (§ 39), daß Streitigkeiten über das Recht oder den Umfang eines Rechtes an Liegenschaften und solche über die Rechtsbeständigkeit, die Tragweite, die Dauer und den Inhalt eines Vertrages auch vor dem Eintritte des Zeitpunktes, in welchem das bestrittene Recht seine praktische Wirksamkeit äußern soll,

gerichtlich ausgetragen werden dürfen, wenn nur gewiß ist, daß dieser Zeitpunkt eintreten wird.

Bei der Revision der älteren badischen Proceßordnung vom 31. December 1831, deren Ergebnisse mit Gesetz vom 12. April 1851 in's Leben traten, wurde eine Bestimmung (§ 278) neu eingefügt, vermöge deren auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten auch ohne die Voraussetzung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung geklagt werden kann, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt, oder Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Entscheidung hat. Es ist dies der Ursprung der noch im heute geltenden Rechte festgehaltenen Forderung eines Feststellungsinteresses. Bei dieser Anordnung verblieb es in Baden auch nach Erlassung der jüngsten dort in Geltung gestandenen Proceßordnung vom 18. März 1864 (§ 256). Unverrückbar wurde daran festgehalten, daß mittels Klage auch „nur ein Anspruch darüber, was Rechtens sei, begehrt werden könne“ (Motive zum Entwurfe 1848).

Als man im Jahre 1857 im Großherzogthum Hessen daran ging, eine neue Civilproceßordnung zu schaffen, benützte man als Grundlage hiefür die in Baden bestens bewährte, welche mit der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit die Vortheile des gemeinrechtlichen Verfahrens verband. Im Art. 289 des Entwurfes fand aber die oben hervorgehobene Bestimmung des badischen Rechtes mit der unpassenden Modification Aufnahme, daß Feststellungsklagen nur bei Einwilligung des Beklagten für zulässig erklärt wurden.

Bald zog die Reformbewegung im Bereiche des Proceßrechtes immer weitere Kreise; in rascher Folge entstanden in den einzelnen Staaten Gesetzentwürfe betreffend das gerichtliche Verfahren, denen Feststellungsklagen nicht fremd blieben.

Der bayerische Entwurf einer Proceßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten 1861 fußte wohl direct auf französischem Rechte, das durch lange Übung in den deutschen Gebieten am linken Rheinufer erprobt worden war, und auf den Reformen, die der französische Proceß im Genfer Canton und in Belgien erfahren hatte. Doch gesellte sich zu der grundlegenden Berücksichtigung französischer Rechteinrichtungen die Beachtung der in anderen deutschen Staaten unternommenen Versuche, das Proceßrecht den Bedürfnissen der Neuzeit entsprechend zu formen. Daraus erklärt sich auch die unveränderte Aufnahme der Bestimmung des badischen Rechtes (P. O. 1851 § 278) im Entwurfe (§ 151), gemäß dessen Feststellungsklagen entweder bei Vorliegen des rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung oder bei Zustimmung des Beklagten zulässig erscheinen. In die Proceßordnung für Bayern vom 29. April 1869 fand jedoch diese

Anordnung des Entwurfes keinen Eingang, weil nach Anschauung des Gesetzgebungsausschusses der Kammer (Verhandlungen desselben, III. Band, Abth. 1, S. 246) nicht die Proceßordnung, sondern ein Civilgesetzbuch bestimmen soll, ob und inwieweit auf Feststellung zu Klagen statthaft sei.

Ehe noch der größte Staat des ehemaligen deutschen Bundes, Preußen, an die Umgestaltung des geltenden gerichtlichen Verfahrens nach dem Principe der Mündlichkeit und Oeffentlichkeit herantrat, war bereits im bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 2. Jänner 1863 (§ 147) verordnet worden, daß auf Rechtsanerkennung geklagt werden dürfe, wenn der Kläger an der Feststellung eines Rechtsverhältnisses ein gegenwärtiges rechtliches Interesse hat, welchem nicht auf andere Weise genügt werden kann. Zu der gleichen Zeit erging auch ein kurhessisches Gesetz vom 28. October 1863, womit (§ 33) die Zulässigkeit von Feststellungsklagen im Allgemeinen functionirt wurde.

Mittlerweile hatten die Bestrebungen nach Rechtseinheit in Deutschland bezüglich des Gerichtsverfahrens eine bestimmtere Gestalt angenommen. Die von der deutschen Bundesversammlung zur Abfassung einer allgemeinen deutschen Civilproceßordnung bestellte Commission zu Hannover, deren bereits oben Erwähnung geschah, war zusammengetreten, lehnte jedoch alle Anträge, welche die Zulassung von Feststellungsklagen betrafen, insbesondere auch einen die Bestimmung der badischen Proceßordnung (1851, § 278) aufnehmenden Antrag aus dem formalen Grunde ab, daß alle solche Vorschriften in das bürgerliche Recht eingreifen.

Unbeeinflusst von derartigen principiellen Bedenken beschritt die Proceßordnung für Württemberg vom 3. April 1868 (Art. 319) den richtigen Weg in der Sache selbst durch Gestattung von Klagen zur Geltendmachung eines Anspruches auch ohne vorausgegangene Rechtsverletzung, sofern der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß der Anspruch alsbald durch das begehrte Urtheil festgestellt werde. Mit vollem Grunde wurde die dem badischen Rechte bekannte zweite Alternative der Zulässigkeit von Feststellungsklagen „bei Einwilligung des Beklagten“ nicht aufgenommen, weil die Klagbarkeit eines Rechtes nur durch das Gesetz und nicht durch Privatwillkür bestimmt werden kann. Als ein Vorzug gegenüber den gleich zu erwähnenden preussischen Proceßreformversuchen war es anzusehen, wenn die württembergische Proceßordnung nicht blos Klagen auf Feststellung einer bestrittenen, erst künftig realisirbaren Forderung, sondern auch auf Anerkennung eines Rechtsverhältnisses zuließ, bei welchem eine entsprechende Forderung gegen den Beklagten nicht in Frage kommen kann.

In Preußen war inzwischen infolge königlichen Befehls bereits 1864 der schon erwähnte Entwurf entstanden, welcher einen anerkenntwerthen Fortschritt rücksichtlich der Feststellungsklagen bedeutete. Neben der Aufnahme der dem badischen Rechte bekannten Feststellungsklage unter Voraussetzung des klägerischen Interesses an alsbaldiger Feststellung eines Anspruches, insbesondere einer noch nicht fälligen oder bedingten Forderung wurde auch die Möglichkeit eröffnet, auf Anerkennung der Echtheit einer Privaturkunde zu klagen (§ 224). Es äußerte sich hierin, wie in vielen anderen Beziehungen, der Einfluß des französischen Rechtes auf den preussischen Entwurf. Nach Art. 193 ff. des Code de procéd. erscheint nämlich eine Klage auf Feststellung der Echtheit einer Privaturkunde zulässig, mag dieselbe vom Kläger für die Handschrift des Beklagten ausgegeben oder einer dritten Person beigelegt werden, wobei es mit Benützung herbeigeschaffter Vergleichsobjecte zum Echtheitsbeweise unter Mitwirkung von drei Sachverständigen oder durch Zeugenabklärung kommt, falls der Beklagte die Echtheit nicht selbst anerkennt oder durch Verschumnitzurtheil feststellen läßt. Dieses Verfahren hat die unter der officiellen Bezeichnung loi sur la procédure civile bekannte Bearbeitung des Code de procéd. für den Canton Genf (1820) vereinfacht und durch Zulassung eines Zeugenbeweises über das außergerichtliche Geständniß der Echtheit auch bei Werthsummen über 150 Frs. passenderweise ergänzt (Art. 231 ff.), was im französischen Rechte mit Rücksicht auf die hergebrachte Beschränkung des Zeugenbeweises bei Sachen höheren Werthes ausgeschlossen war (art. 1355, 1341 code civil).

Da der preussische Entwurf 1864 nicht Gesetzeskraft erlangte, war es für die endliche Gestaltung des modernen deutschen Proceßrechtes in dem hier interessirenden Punkte von großer Bedeutung, daß die bereits erwähnte Proceßordnung für Bayern (1869 Art. 579—582) trotz der Ablehnung der Feststellungsklage betreffs eines Rechtsverhältnisses aus gesetztechnischen Gründen, dennoch das Feststellungsverfahren rücksichtlich der Echtheit von Privaturkunden wenigstens für den Fall aufnahm, wenn der aus der Urkunde sich ergebende Anspruch noch nicht klagbar war und die Feststellung gegen die als Aussteller bezeichnete Person begehrt wurde. Als Hauptzweck schwebte der bayerischen Legislative hierbei die Förderung des Hypothekarcredits auf Grund von Privaturkunden, deren Echtheit auf dem gedachten Wege urtheilsmäßig festgestellt wurde, vor Augen (art. 2123 code civil).

Auf den bisher gegebenen Grundlagen baute nach der Entstehung des norddeutschen Bundes die Gesetzgebungscommission weiter, welche unter Zugrundelegung des hannoverschen Entwurfes und gleichmäßiger Berücksichtigung des preussischen Entwurfes für den neuen Staatenbund ein einheitliches Proceßrecht auszuarbeiten berufen war. Ihr Operat, der norddeutsche Entwurf (§ 195) hat nicht nur die

Zulässigkeit von Feststellungsclagen, womit der Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsverhältnisses klargestellt werden soll, ausgesprochen, sondern auch Klagen auf Feststellung der Echtheit selbst öffentlicher Urkunden und auf Feststellung der Unechtheit welcher Urkunden immer für statthaft erklärt. Für Feststellungsurtheile war damit ein neues Object und eine neue Richtung gewonnen.

Zur Zeit, als die norddeutsche Commission ihre Arbeiten beendigte, entbrannte der große Kampf Deutschlands gegen Frankreich; an die im Felde errungenen Erfolge schloß sich die Gründung des Deutschen Reiches. Der von dem trefflichen Kenner des Hannoveraner Proceßrechtes und damaligen preußischen Justizminister Dr. Leonhardt umgearbeitete norddeutsche Entwurf blieb der Kern zweier späteren Entwürfe, aus denen die Proceßordnung für das Deutsche Reich vom 30. Jänner 1877 hervorging. In diesem Gesetzeswerke gelangte die Rechtsanschauung des in der Fachpresse unermüdtlich thätigen Reichsgerichtsrathes Otto Bähr zum Siege, die er in der zweiten Ausgabe (1867) seiner geist- und gehaltreichen Schrift über die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (S. 315) mit Wärme und Eindringlichkeit vertheidigt hatte. Der § 231 der Civilproceßordnung gestattet Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unechtheit derselben, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde. Zugleich fand auch eine allgemeine Bestimmung Aufnahme, wonach dem Kläger die Proceßkosten zur Last fallen, wenn der Beklagte durch sein Verhalten zur Klagshebung keine Veranlassung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt hat (§ 89). Offenbar hatte die Legislative diese allgemeine Vorschrift, wofür das Vorbild im französischen Feststellungsverfahren nur betreffs der Urkundenechtheit gegeben war, unter dem Einflusse der nach der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung (I. Theil, Titel 28, § 16 und § 4 Z. 1) statthaften Capitalsaufkündigungsclage aus dem preußischen Entwurfe § 224 II durch Vermittlung des norddeutschen Entwurfes § 195 herübergenommen.

Mit der Schöpfung der Feststellungsclage als eines an sich zulässigen selbständigen Rechtsschuzmittels war die mit der deutschen Civilproceßordnung vom 30. Jänner 1877 durchgeführte Reform nicht abgeschlossen. Oesterreichs Civilisten können mit gerechtem Stolze darauf hinweisen, daß ihr genialer Altmeister Unger nicht nur lange vor Bähr 1859 für die Zulässigkeit einer allgemeinen Feststellungsclage nachdrücklichst in die Schranken getreten war (System des österreichischen Privatrechtes II, S. 375, N. 21), sondern auch durch seine scharfsinnigen Ausführungen über die Rechtskraft des Urtheils den Anstoß gegeben hat, zu der in der deutschen Proceßordnung aufgenommenen

Feststellungsclage, die für die Proceßconcentration und Streitbeschleunigung, aber auch für die Verhütung widerstreitender Richtersprüche von unschätzbarem Werthe ist. „Das Urtheil darf nicht weiter gehen, als die Absicht der Parteien gegangen war, und nicht Folgen erzeugen, deren sie im Laufe des Proceßes sich nicht bewußt waren“; so lehrte Unger (System des österreichischen Privatrechtes II, S. 628, N. 21 d) und wies den Weg, auf welchem über ein im Laufe des Proceßes streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreites abhängt, eine der Rechtskraft fähige Entscheidung zu erwirken ist (Unger, a. a. O. S. 629, 630 N. 22, S. 640 N. 38).

Die Zusammentretung ausgezeichneter Mitglieder der höchsten deutschen Gerichtshöfe, welche als Commission für die Ausarbeitung des Entwurfes einer Proceßordnung für den norddeutschen Bund einberufen wurde (1868), hat im § 196 ihres Operates die präjudicielle Incidentfeststellungsclage bei den Streittheilen eingeräumt, um ihnen dadurch die Möglichkeit zu bieten, ein über den unmittelbaren Gegenstand des Rechtsstreites hinausreichendes Rechtsverhältniß rechtskräftig feststellen zu lassen. Da diesfalls im Sinne der Unger'schen Auffassung der Parteiwille entscheidend bleiben sollte, hatte gemäß des citirten Paragraphes der Kläger durch Erweiterung des Klagsantrages, der Beklagte durch Erhebung einer Widerclage deutlich seinem Willen Ausdruck zu geben, inwieweit die Feststellung eines präjudiciellen Rechtsverhältnisses mit Rechtskraftwirkung ihm erwünscht sei.

Bei Schaffung der deutschen Civilproceßordnung wurde dieser fruchtbare legislative Gedanke in den § 253 seinem wesentlichen Gehalte nach herübergenommen, dabei aber die im norddeutschen Entwurfe vorbehaltene Möglichkeit, mit Zustimmung des Gegners auch noch nach dem Schlusse der Hauptverhandlung Anträge auf Präjudicialentscheidung zu stellen, fallen gelassen. Es geschah dies gewiß mit vollem Rechte, da im Berufungsverfahren, trotzdem es in der deutschen Civilproceßordnung als ein novum judicium gestaltet wurde, dennoch neue Ansprüche (von Ausnahmefällen abgesehen) überhaupt nicht geltend gemacht werden können (§ 491 II), übrigens die Ueberprüfung des Urtheils erster Instanz sodann unter Benützung eines erst in zweiter Instanz beschafften Präjudicialpunktes erfolgen würde, wodurch den Parteien in dieser Hinsicht eine Instanz verloren ginge.

Das in Oesterreich gepflanzte edle wissenschaftliche Reis war herrlich erblüht und hatte in der Ferne köstliche Früchte getragen, die freilich viel früher hätten im Heimatlande gewonnen und gepfückt werden sollen.

Später, als die Gesetzgebung in Deutschland, war die geläuterte Praxis des österreichischen obersten Gerichtshofes (Spruchrepert. Nr. 46) zu der längst von Unger vertretenen Rechtsüberzeugung gelangt, daß

auch bei lediglich drohendem Streite die urtheilsmäßige Feststellung eines concreten Rechtsverhältnisses verlangt werden könne. Endlich mußte auch Oesterreichs Legislative sich zu dieser Anschauung bekehren.

Nachdem in dieser Reichshälfte eine Reihe von Proceßgesetzentwürfen, die sämmtlich auf den Grundlagen des Hannoveraner Entwurfes aufgebaut waren und somit die Feststellungsklage nicht kannten, das Geschick ereilt hatte, bloß schätzbares Material für weitere Versuche auf diesem Felde der Gesetzgebung zu liefern, hat Oesterreichs großer Strafrechtslehrer *Glafer* mit seinem Entwurfe einer Civilproceßordnung 1876 die selbstständige und Incidentfeststellungsklage in das österreichische Proceßrecht in jener Gestalt einzuführen geplant, in welcher sie in den Entwürfen einer Civilproceßordnung für das Deutsche Reich vom Jahre 1871 (Umarbeitung des norddeutschen Entwurfes durch den preussischen Justizminister *Dr. Leonhardt*) und 1872 (vom Bundesrath des Deutschen Reiches überprüfter Entwurf) Aufnahme gefunden hatten. Doch sollte nach seinen Vorschlägen das alsbaldige Interesse an der Feststellung bei der selbstständigen Feststellungsklage nur bescheinigt werden und neben der eben erwähnten Klage die althergebrachte Aufforderungsklage fernerhin aufrecht erhalten bleiben. Endlich wollte die Incidentfeststellungsklage nur dem Kläger zur Verfügung gestellt werden. Die bloße Bescheinigung des Feststellungsinteresses rechtfertigten die Motive (S. 99, Beilage Nr. 535 der stenographischen Protokolle des Abgeordnetenhauses) damit, daß das Vorhandensein eines solchen Interesses nur indirect dargethan werden könne, weshalb es genügen dürfte, wenn der Causalzusammenhang, aus welchem es sich ergeben soll, mit der Kraft der Wahrscheinlichkeit dargethan werde. Die Festhaltung an der Aufforderungsklage neben der negativen Feststellungsklage wurde aber damit begründet (S. 221 cit.), daß bei der letzteren der Diffamat die Grundlage der Verühmung entkräften müßte, während es der Natur der Sache und der Stellung der Parteien in Betreff der Beweislast entspreche, daß derjenige, der sich des Rechtes berühmt hat, zur Geltendmachung dieses Rechtes angewiesen werde.

In beiden Punkten irrten die damaligen Motive; in ersterer Beziehung vermengten sie indirecte Beweisführung und Wahrscheinlichmachung, verschlossen damit aber auch die Benützung eiblicher Parteienabführung über die Grundlagen indirecter Beweisführung (§ 421 *Glafer* Entwurf). Versetzt war die beantragte Bestimmung außerdem an sich, da alsbaldiges Feststellungsinteresse nicht bloße Proceßvoraussetzung, vielmehr Klagegrundlage und daher eventuell beweisbedürftig ist.

In Rücksicht der Begründung einer Zulassung von Aufforderungs- neben negativen Feststellungsklagen unterließ in den Motiven der Irrthum, daß nur die Parteistellung und nicht die materielle Beweislast Beachtung fand, indem auch bei der negativen Feststellungsklage allgemeinen

Rechtsgrundsätzen zufolge derjenige Streittheil, der ein Recht für sich in Anspruch nimmt, seiner Parteistellung nach hier der Beklagte, die Entstehung, d. i. den Erwerbgrund des ihm vermeintlich zustehenden Rechtes, dagegen der Streittheil, der sich der Geltendmachung dieses Anspruches zu erwehren trachtet, hier sonach der Kläger, die Aufhebung deselben zu beweisen hat.

Was endlich die Beschränkung der Feststellungszwischenklage auf den Kläger des anhängig gewordenen Hauptprocesses anlangt (§ 283 *Glafer's* Entwurf) scheint man besorgt zu haben, daß bei Einräumung dieses Rechtes auch dem Beklagten der Rechtsstreit allzu sehr erweitert und verzögert werden könnte. Wenigstens wird die beantragte Bestimmung (zeuge der Motive cit. S. 101) damit begründet, daß hiebei nicht zu besorgen ist, „daß der Rechtsstreit in einer die Vertheidigung des Beklagten beeinträchtigenden Weise ausgedehnt würde“.

Bekanntlich wurde gewissermaßen zur Säcularfeier der allgemeinen Gerichtsordnung der *Glafer'sche* Entwurf im Jahre 1881 mit einigen Abänderungen und ergänzt durch Bestimmungen über das Sicherungs- und Vollstreckungsverfahren von dem damaligen Leiter des Justizministeriums *Pražák* dem Abgeordnetenhaufe neuerlich vorgelegt. Der in dieser Umarbeitung unterbreitete Entwurf wies in den oben besprochenen Momenten keine Aenderungen auf (§ 277, 284, 646 ff.).

Der letzte glänzend gelungene Versuch unserer Proceßreform, welcher mit der seit 1. August 1895 (R. G. Bl. Nr. 113) zum Gesetze erhobenen Regierungsvorlage vom Jahre 1893 unternommen wurde, hat unter Beseitigung der Aufforderungsklage die selbstständige und die Incidentfeststellungsklage nach dem Muster der deutschen Proceßordnung vom 30. Jänner 1877 geregelt. Allerdings handelte es sich der Legislative hiebei nicht um ein einfaches Herübernehmen bestehender Vorschriften, weshalb einige Details genauer hervorzuheben sind.

Vor Allem kennt § 228 österr. C. P. O. neben der Feststellung des Bestandes und Nichtbestandes von Rechtsverhältnissen auch die positive und negative Feststellungsklage betreffend *e i n z e l n e R e c h t e*, die aus einem unbestrittenen Rechtsverhältnisse abgeleitet werden, womit eine im deutschen Rechte nach Beseitigung des Aufforderungsprocesses verbliebene Lücke passenderweise ausgefüllt wurde.

Die Absicht der Justizverwaltung, Feststellungsklagen betreffs jeder rechtserheblichen Thatsache zuzulassen (§ 239 Beil. Nr. 688 stenogr. Protokoll des Abgeordnetenhauses XI. Session) scheiterte an dem gerechtfertigten Widerstande der zur Berathung der Vorlage in Gemäßheit des Gesetzes vom 5. December 1894, R. G. Bl. Nr. 2271, bestellten Permanenzcommission des Abgeordnetenhauses. Mit richtigem Scharfblicke erkannten die ihr angehörigen bewährten Praktiker, daß dadurch jedes thatsächliche Element eines Rechts-

verhältnisses an und für sich zum Gegenstand eines Processes gemacht werden könnte (Auschußbericht Nr. 968 Beil. stenogr. Protokoll des Abgeordnetenhauses XI. Session).

In Anbetracht dessen wurde nur die Feststellung der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde im Anschlusse an das deutsche Proceßrecht ausnahmsweise für statthaft erklärt (§ 228 österr. = § 231 deutsche C. P. O.).

Anlangend die Incidentfeststellungs-klage hat die österreichische Civilproceßordnung (§§ 236, 259) im Einklange mit dem deutschen Proceßrechte die in den vorerwähnten zwei Entwürfen festgehaltene Beschränkung auf den Kläger fallen lassen. Jedoch wurde nicht ausdrücklich hervorgehoben, daß der Kläger den Feststellungsantrag durch Klagerweiterung zu stellen habe, obwohl nur diese Form genügen kann, da gesetzlicher Weisung nach die Entscheidung mit Urtheil (§§ 236, 393) erfolgen soll, was ein vorgängiges Klagsbegehren zur unerläßlichen Voraussetzung hat (§§ 404, 391 C. P. O., § 62 C. D.). Damit im Einklange steht die Beschränkung der Zulässigkeit des Feststellungsantrags in Fällen, wenn „über den Gegenstand des neuen Antrags nur in einem besonderen, ausschließlich vorgeschriebenen Verfahren verhandelt werden kann“ (§ 236 II). Ingleichen läßt die Ausschließung der Statthaftigkeit des Antrags, wenn die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte der beantragten Entscheidung im Wege stehen (§ 236 II) keine andere Deutung zu, als daß eine Klagerweiterung vorausgesetzt werde (arg. § 235 I). Soweit des Beklagten Feststellungsantrag in Frage kommt, gedenken der bezüglichlichen Widerklage die Vorschriften des § 96 I F. R., welche mit § 259 C. P. O. in Verbindung zu bringen sind.

Eine Consequenz der Ausdehnung der selbstständigen Feststellungs-klage auf Feststellung einzelner Rechte im subjectiven Sinne war es, wenn die letzteren auch als Gegenstand der Incidentfeststellungs-klage erklärt wurden. In Uebereinstimmung mit den Anordnungen der deutschen Civilproceßordnung und der Natur der Sache wurde die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde der Erörterung in Folge von incidenten Feststellungsanträgen entzogen, da angeichts der Bestimmungen über Urkundenbeweis (§ 310 ff.) diese Frage innerhalb des Rahmens des ursprünglichen Rechtsstreites erschöpfende Erörterung finden muß.

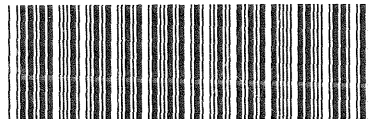
Die alte Aufforderungsklage aber wurde zu den Todten gebettet (Art. XXXVIII, XXXIX C. P. O.).

Schließlich möge die kurze Bemerkung hier Platz finden, daß Ungarns Legislative Auerkennungsklagen für das Bereich des summarischen Verfahrens (bis zur Werthshöhe von 500 fl.) innerhalb der vom deutschen Proceßrechte (§ 231) gesteckten Grenzen Raum gibt. (Gej. Art. XVIII vom Jahre 1893 § 1 B. 4 und § 16.)

Wird zum Schlusse dieser Ausführungen Rückschau gepflogen auf die hier dargestellte Entwicklung zweier für das Rechtsleben bedeutungsvoller Rechtsinstitute, so drängt sich die begründete Ueberzeugung auf, daß es betreffs der Aufforderungsklage vorwiegend die Praxis der Gerichte war, die, dem Bedürfnisse des Lebens entgegenkommend, ihren Ausbau förderte. Dagegen gebührt der Proceßwissenschaft das unleugbare Verdienst, der Auerkennungsklage, die ursprünglich von der Praxis und Particulargesetzgebung nur zagend und tastend in's Rechtsleben eingeführt wurde, ihre volle Legitimation erkämpft und der neuen Rechtsinstitution ein weites Feld überaus wohlthätiger Bethätigung erobert zu haben. Praxis und Theorie haben aber bei ihrem geschilderten Wirken lediglich dem vollbewährten Grundsätze gehuldigt: l'intérêt est la mesure des actions!

REV15

ÚK PrF MU



3129S14607