



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.



3 2044 057 573 511

Akademische Buchhandlung  
VON  
CONRAD SKOPNIK  
Berlin N.W.  
Dorotheenstrasse 8.

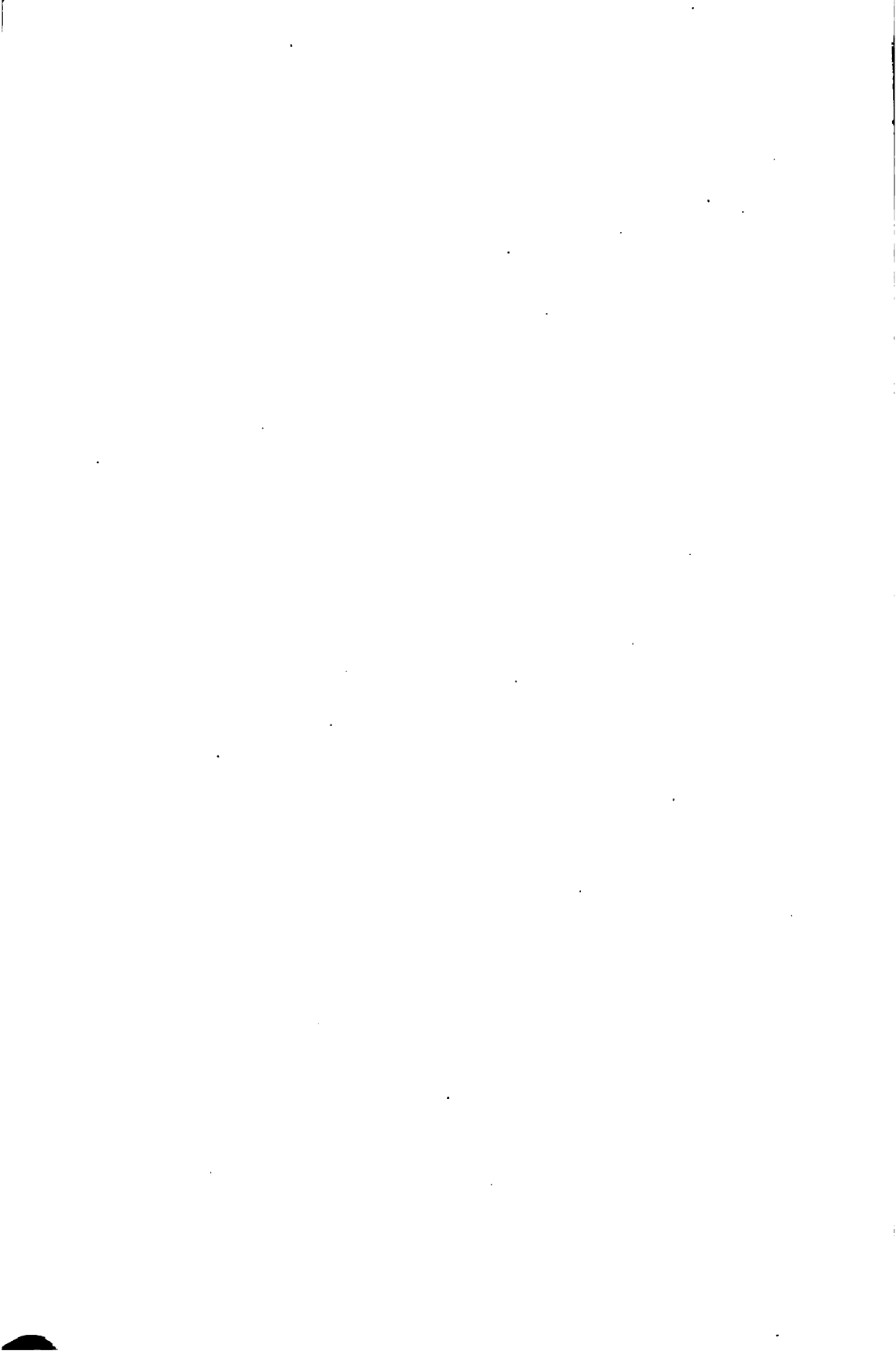


HARVARD LAW LIBRARY.

---

Received *Sept. 10, 1900.*











# Civilprozessordnung

und

## Berichtsverfassungsgesetz

für das Deutsche Reich.

nebst den Einführungsgesetzen.

---

Mit Kommentar in Anmerkungen

herausgegeben von

**Dr. G. von Wilmowski,**  
Geh. Justizrath,

und

**M. Lenz,**  
Justizrath.

---

Siebente vermehrte und verbesserte Auflage.

---

**Erster Band.**

---



8°

Berlin, 1895.

Verlag von Franz Vahlen.

W., Mohrenstraße 13/14.

+

Rec. Sept. 10, 1900.

## Vorwort zur ersten Auflage.

---

Die Aufgabe des nachfolgenden, die Civilprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz nebst den Reichs-Einführungsgesetzen umfassenden Kommentars war im Wesentlichen folgende: Erläuterung der Gesetze aus ihrem eigenen Zusammenhange und aus den gesetzgeberischen Vorarbeiten, möglichst scharfe Beleuchtung der Grundprinzipien und Veranschaulichung ihrer Konsequenzen, Anregung von praktischen Fragen für Anwendung der Gesetze und Versuch ihrer Lösung. Dabei waren überall die Grenzen des materiellen Rechts und des Prozeßrechts, sowie deren Berührungspunkte im Auge zu behalten und anzuzeigen. Eine Kritik der Gesetze war nicht beabsichtigt, nur beiläufige kritische Bemerkungen sind an einigen Stellen mit eingeflossen.

Die Methode folgt dem Beispiele praktisch bewährter Kommentare auf anderen Rechtsgebieten. Jeder Materie ist zum Zwecke der Orientirung eine gedrängte systematische Darstellung oder wenigstens eine kurze Uebersicht vorausgeschickt. Wiederholungen sind nicht ängstlich vermieden, vielmehr für die praktische Brauchbarkeit der Arbeit oft nützlich befunden worden. Dabei ging jedoch das Bestreben dahin, zwischen unbefriedigender Knappheit und maßloser Breite die Mitte zu finden. Soweit bestehendes Recht aufrechterhalten bleibt, ist an den geeigneten Stellen auf die Literatur, insbesondere die Präjudizien der höchsten Gerichtshöfe gebührende Rücksicht genommen. Dagegen war es leider nicht möglich, die während der Bearbeitung und des Druckes meist noch unvollständig erschienenen anderweitigen Kommentare der deutschen Justizgesetze in den Kreis der Untersuchung zu ziehen, umsoweniger, als das gegenwärtige Werk bereits seit Ende Mai d. J. im Manuscript abgeschlossen war. Eine Besprechung etwaiger Kontroversen verbot sich daher von selbst. Bei dem großen Umfange der gesetzgeberischen Leistung und der Neuheit vieler Bestimmungen werden Differenzen gewiß nicht ausbleiben, um so größeren Werth müssen aber die gleichen Resultate verschiedener, von einander unabhängiger Exegesen haben. Im Uebrigen sei bezüglich des zur Verwerthung gekommenen gesetzgeberischen Materials und insbesondere der nicht veröffentlichten Arbeiten der sog. Vorkommission auf die Einleitung zur Civilprozeßordnung verwiesen.

Der ursprüngliche Plan, den Kommentar zum Gerichtsverfassungsgesetz auf die Beziehungen desselben zur Civilprozeßordnung zu beschränken, wurde

bei dem Sineinandergreifen mancher den Strafprozeß und den Civilprozeß betreffenden Bestimmungen, sowie aus anderen praktischen Rücksichten aufgegeben.

Hinsichtlich der äußeren Anordnung sei bemerkt, daß es zweckmäßig erschienen ist, die Uebersicht des Textes nicht durch eine oft künstliche Vertheilung desselben auf mehrere Seiten zu erschweren, und dagegen jeden Paragraphen mit seinen Anmerkungen als ein Ganzes, nur durch die Größe der Schrift unterschieden und von einander getrennt durch die Allegate der entsprechenden Paragraphen des Entwurfs in der Fassung der Reichstags-Justiz-Kommission, des Norddeutschen Entwurfs als der Hauptquelle der Civilprozeßordnung und der Seitenzahlen der bezüglichen Protokolle der genannten Kommission, zum Abdruck zu bringen. Eine weitergehende systematische Quellenangabe unter dem letzten Text ist der Raumerparung wegen unterblieben; wo auf die sonstigen Quellen (Entwürfe, Motive, Protokolle, neuere oder ältere Prozeßgesetze) zur Erläuterung oder zur Andeutung des geschichtlichen Zusammenhangs zurückzugehen war, ist dies in den Anmerkungen geschehen.

Es sei zum Schluß gestattet, den Wunsch auszusprechen, daß die der praktischen Thätigkeit eines angestregten Berufes abgerungene Zeit für die Wissenschaft und Praxis des deutschen Civilprozeßes nicht verloren gewesen sein und das aus der deutschen Anwaltschaft hervorgegangene Werk derselben nicht zur Unehre gereichen möge. Den Verfassern muß jetzt für ihre Pflanzung der Trost des Göthe'schen Gärtners genügen:

„Hier hilft nun weiter kein Bemühen,  
Sind's Rosen — nun sie werden blühen.“

Berlin, im Oktober 1877.

Die Verfasser.

## Vorwort zur zweiten Auflage.

Die erste Auflage dieses Kommentars ist im Buchhandel zur einen Hälfte in der Mitte des Jahres 1877, zur andern Hälfte gegen Ende desselben Jahres erschienen. Seitdem hat sich für die Bearbeitung einer zweiten Auflage eine solche Fülle von Material angehäuft, daß sich die Nothwendigkeit ergab, neben mannigfachen Zusätzen und Modifikationen bei einer großen Anzahl der bisherigen Anmerkungen und zum Theil auch bei den einzelnen Abschnitten vorausgeschickten Uebersichten und systematischen Darstellungen eine gänzliche Umarbeitung vorzunehmen, so daß das Werk trotz der Beibehaltung der ursprünglichen Ziele und Methoden als ein wesentlich umgearbeitetes vor das juristische Publikum tritt.

In erster Reihe waren die zur Ergänzung und Ausführung der Civilprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes inzwischen ergangenen Reichs-

und Landes-Gesetze, Verordnungen und sonstigen Ausführungsbestimmungen zu berücksichtigen. Hinsichtlich der partikularrechtlichen Vorschriften dieser Art war jedoch eine gewisse Beschränkung geboten, wenn das Werk nicht einen unziemlichen Umfang erreichen und an Uebersichtlichkeit einbüßen sollte. Es ist deshalb eingehender nur das Preussische Landesrecht berücksichtigt, die Ausführungsbestimmungen der übrigen Bundesstaaten sind dagegen summarischer, theils durch kurze Andeutungen des Inhalts, theils durch Hinweisungen auf einzelne Gesetzesstellen und Sammelwerke behandelt. Zu den Ergänzungs- und Ausführungsgesetzen selbst wiederum einen weiteren Kommentar zu liefern, lag außerhalb der Grenzen dieser Arbeit.

Schwierigkeiten bot in zweiter Reihe die Bewältigung der überaus reichhaltigen Literatur, welche die deutsche Civilprozeßordnung in der verhältnißmäßig kurzen Zeit seit dem Erscheinen der ersten Auflage dieses Kommentars hervorgerufen hat; umsonst als die, schon bei anderer Gelegenheit hervorgehobene knappe Ausdrucksweise des Gesetzes, die Berührungspunkte des Prozeßrechts mit den verschiedenen in Deutschland geltenden materiellen Rechten, die durch die Mannigfaltigkeit des bisherigen Prozeßrechts herbeigeführte Verschiedenartigkeit der Auffassung gewisser Materien, und andere bei der Interpretation mitwirkende Momente zu vielen Kontroversen Anlaß gegeben haben. Wenngleich ein Theil dieser Kontroversen mehr oder weniger theoretischer Natur ist, so hat doch ein anderer nicht unbeträchtlicher Theil wesentlich praktische Bedeutung. Die Besprechung der letzteren war, der vorwiegend praktischen Bestimmung dieses Kommentars gemäß, unerläßlich; aber auch die Berücksichtigung der ersteren durfte nicht ohne Gefahr für die angestrebte wissenschaftliche Begründung der civilprozeßualischen Lehren unterbleiben. Hierzu gesellten sich mannigfache bei der praktischen Handhabung des Gesetzes entstandene Zweifelsfragen, welche bald aus offenbarem Mißverständnis, bald aus ungenügender Bekanntschaft mit dem Geiste des Gesetzes, der Ueberschätzung von Formalitäten und dgl., bald aber auch aus der unerschöpflichen, noch bei keiner gesetzgeberischen Arbeit völlig übersehenen und überwundenen Mannigfaltigkeit der praktischen Fälle, sowie aus der fast unvermeidlichen Inkongruenz des gesetzgeberischen Gedankens mit einzelnen unvorgeesehenen Gestaltungen des Lebens entsprungen waren. Daß bei Lösung aller dieser Streit- und Zweifelsfragen überall mit mathematischer Sicherheit das Richtige getroffen werde, kann bei der Natur derselben füglich nicht erwartet werden; darum aber der Lösung hier und dort auszuweichen und gewisse Fragen als offene zu behandeln, erschien nicht angemessen, vielmehr dürfte es gerade als die Aufgabe eines praktischen Kommentars erachtet werden, zu den entstandenen Streitfragen überall bestimmte Stellung zu nehmen und praktische Zweifel zu lösen. Die Methode, mit welcher versucht worden ist, dieser Aufgabe gerecht zu werden, ergibt sich von selbst aus den einzelnen Erörterungen. Der innere Zusammenhang des Gesetzes, die Entstehungsgeschichte desselben, die Anknüpfungspunkte an die verwandten Gestaltungen des gemeinen und partikularen deutschen Prozeßrechts, und, last but not least, die Berücksich-

tigung des praktischen Bedürfnisses waren die wesentlichsten Gesichtspunkte, von denen bei solchen Versuchen ausgegangen ist. Leider waren dieselben mit dem Zwange verbunden, vielfach ein größeres Maß von Polemik aufzuwenden, als in Kommentaren sonst erwünscht sein mag. Es bedarf jedoch kaum der Erwähnung, daß diese Polemik überall lediglich die Sache im Auge hat und persönliche Angriffe gänzlich fernzuhalten bestrebt war. Sollte an irgend einer Stelle der Schein eines persönlichen Angriffes entstehen, so kann die aufrichtige Versicherung gegeben werden, daß ein solcher nicht beabsichtigt war.

Von einer Kritik der Gesetze ist noch in höherem Maße Umgang genommen worden, als in der ersten Auflage. Dergleichen kritische Bemerkungen sind eher ausgemerzt als hinzugefügt, in der festen Ueberzeugung, daß zu einer fruchtbaren Kritik die Zeit erst dann gekommen sein wird, wenn das Verständniß des Gesetzes und seiner Handhabung allgemein zur vollen Reife gelangt sein wird, was für die kurze Zeit seines Bestehens jetzt nicht erwartet werden kann.

Neben der bisherigen, allerdings noch nicht sehr umfangreichen Judikatur des Reichsgerichts auf dem Gebiete des neuen Civilprozeßrechts hat namentlich die des bei weitem größten deutschen Gerichtshofes, des Landgerichts Berlin I., und des Kammergerichts möglichste Berücksichtigung gefunden.

Wenn auf diese Weise durch die Fülle des dargebotenen Stoffes eine eingehendere Behandlung und tiefere Begründung der civilprozeßualischen Fragen herbeigeführt werden mußte, so würde auf der anderen Seite eine gleichwerthige Behandlung des strafprozeßualischen Theils des Gerichtsverfassungsgesetzes über die Ziele des vorliegenden Kommentars hinausgegangen sein. Um die Gleichmäßigkeit der Darstellung nicht zu beeinträchtigen, und auch aus dem äußeren Grunde, um den Umfang des Werkes nicht zum Nachtheile seiner handlichen Brauchbarkeit anwachsen zu lassen, ist deshalb von einer Kommentirung der ihrem Text nach vollständig mitabgedruckten strafprozeßualischen Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes ganz abgesehen, dagegen der civilprozeßualische Theil desselben entsprechend vermehrt worden.

Auch die der ersten Auflage beigegebenen Formulare sind sowohl aus dem erwähnten äußeren Grunde, als auch deshalb fortgelassen, weil das Bedürfniß für dieselben nicht mehr in dem Maße besteht, wie bei dem Erscheinen der ersten Auflage und weil inzwischen umfassende Formularsammlungen erschienen sind.

Die während des Druckes hervorgetretenen ergänzenden Bestimmungen und literarischen Arbeiten sind, soweit es möglich war, noch bei Gelegenheit der Korrektur berücksichtigt; soweit dies nicht möglich war, in einem kleinen Anhange nachgetragen.

Dem Sachregister ist, wie bei der ersten Auflage die möglichste Sorgfalt zugewandt.

Die nachsichtsvolle Beurtheilung, welche die erste Auflage dieses Kommentars allseitig erfahren hat, und die, wie wir glauben, geschehene Bethätigung unseres ernstlichen Bestrebens, ein für die Praxis des deutschen Prozeß-

rechts wahrhaft förderliches Werk zu schaffen, giebt uns frohe Hoffnung, daß auch diese neue Bearbeitung trotz unausbleiblicher Mängel und Irrthümer eine wohlwollende Aufnahme finden möge.

Berlin, im Oktober 1880.

Die Verfasser.

---

## Vorwort zur dritten Auflage.

---

Das Erscheinen einer neuen Auflage würde bei einem Werke von dem Umfange, wie dieser Kommentar, für die Besitzer der früheren Auflage minder unerfreulich sein, wenn es möglich wäre, Veränderungen und Zusätze an den bisherigen Text nur äußerlich anzureihen, wie dies z. B. bei den wiederholten Auflagen des Koch'schen Kommentars zum Allgemeinen Landrecht vor dessen bekannter Neubearbeitung der Fall war. Leider konnte diese Methode bei der dritten Auflage dieses Buches so wenig wie bei der zweiten befolgt werden. Wissenschaft und Praxis des neuen deutschen Civilproesses sind in ununterbrochenem Flusse und in unaufhörlichem Wettstreit für Klärung, Sichtung, Vertiefung und Bereicherung des vorhandenen Materials geblieben. Aus beiden Quellen nach Möglichkeit schöpfend kamen wir nicht selten in die Lage, unsere bisherigen Ansichten zu berichtigen oder eingehender zu begründen, und waren andererseits genöthigt, zur Gewinnung von Raum für neue theoretische Erörterungen und neues praktisches Material erhebliche Kürzungen nicht bloß in der Form der Darstellung, sondern auch sachlicher Natur, namentlich in rein historischen und polemischen Excursen eintreten zu lassen. So hat die neue Auflage an vielen Stellen wiederum ein gegen die frühere Auflage verändertes und, wie wir hoffen, auch verbessertes Aussehen erhalten müssen.

Neben der reichhaltigen civilproessualischen Literatur und den eigenen praktischen Erfahrungen war der Hauptfaktor dieser Neugestaltung die schon ihrem Umfange nach gegenwärtig äußerst stattliche Erscheinung der reichsgerichtlichen Judikatur auf dem Gebiete des deutschen Civilproesses. Von derselben haben nicht bloß die in den ersten sieben Bänden der offiziellen Reichsgerichts-Entscheidungen enthaltenen Erörterungen über civilproessualische Materien, sondern auch die uns theils durch die Praxis selbst, theils durch private Veröffentlichungen in Zeitschriften (Beiträge von Rastow und Künzel, Juristische Wochenschrift, Seuffert Archiv, Wallmann Deutsche Juristenzeitung u. a.) bekannt gewordenen civilproessualischen Entscheidungen des Reichsgerichts Berücksichtigung gefunden. Ein Theil der letzteren ist in den erst nach vollendetem Drucke dieser Auflage erschienenen achten Band der Reichsgerichts-Entscheidungen aufgenommen, die übrigen in diesem Bande abgedruckten sind in dem hier beigegebenen Nachtrage angedeutet. Die Stellungnahme zu der reichsgerichtlichen Rechtspredung ist für die Signatur eines

Kommentars zur Deutschen Civilprozeßordnung ein ausschlaggebendes Moment. Bei der hohen Auffassung, die wir von der Autorität und dem Verufe des obersten deutschen Gerichtshofes haben, und bei dem hervorragenden praktischen Zwecke unserer Arbeit wird man es erklärlich finden, daß bei Abwägung der Gründe in Zweifelsfällen die Aussprüche des Reichsgerichts für uns wesentlich mitbestimmend waren. In erster Reihe gilt dies von der Auffassung und Begrenzung desjenigen Rechtsmittels, zu dessen Entscheidung der höchste Gerichtshof vorzugsweise berufen ist. In solchen Fragen jedoch, in welchen wir eine bestimmte wissenschaftliche Ueberzeugung gewonnen haben, glaubten wir an derselben auch gegenüber abweichenden Ansichten des Reichsgerichts festhalten zu müssen (z. B. Civilprozeßordnung Anm. 1 zu § 94, Anm. 1 zu § 138 in Verbindung mit Anm. 4 zu § 272, Anm. 1 zu § 304, Anm. 2 zu § 531, Anm. 1 zu § 574; ferner Einföhrungsgezet zur Civilprozeßordnung Anm. 1 zu § 23), indem wir annehmen, daß zu einer erneuten Prüfung jener Fragen vor dem Reichsgericht noch manche Veranlassung sein wird, und die Entscheidung derselben noch nicht als eine abgeschlossene zu betrachten ist.

Die Literatur waren wir bemüht, in erschöpfender Weise zu verwerthen und zu citiren; die dennoch vorgekommenen Omissionen bitten wir bei der Fülle des Stoffes zu entschuldigen.

Der partikularen Gesetzgebung, namentlich der preussischen, bis einschließ- lich des Gesetzes vom 13. Juli 1883 über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen haben wir, wie bisher, unsere Aufmerksamkeit zugewendet. Das Register endlich ist entsprechend vermehrt und berichtigt.

So entlassen wir denn diese dritte Auflage in die juristische Welt ebenso dankerfüllt für die bisherige Gunst und Rücksicht derselben, wie beseelt von dem Wunsche, unsere Arbeit auch fernerhin von dem ungeschmälernten Wohlwollen ihrer Freunde und Gönner getragen zu sehen.

Berlin, im September 1883.

Die Verfasser.

---

## Vorwort zur vierten Auflage.

---

Bei der Bearbeitung der vierten Auflage dieses Kommentars sind Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung nach Möglichkeit berücksichtigt und verwerthet worden. Da der Druck des Werkes indessen trotz aller Beschleunigung einen Zeitraum von gegen sechs Monaten in Anspruch genommen hat, so mußte manches aus jüngster Zeit, wie schon bei den früheren Auflagen, in den „Nachtrag“ verwiesen werden, auf welchen wir uns auch wegen einiger Ergänzungen zu den Angaben über die außerpreussische Partikulargesetzgebung Bezug zu nehmen gestatten. Für die Berücksichtigung mehrerer größerer, erst während des Drucks erschienenen und meist noch unvoll-



endeten Literatur-Werke (der 3. Aufl. von Seuffert's Kommentar, des Lehrbuchs von Hellmann, der 2. Abth. Bd. 1 des A. Förster'schen Kommentars, sowie der etwa die Mitte zwischen einem vollständigen Kommentar und der inzwischen von uns für den täglichen praktischen Gebrauch veranstalteten Handausgabe haltenden Reinde'schen Bearbeitung) bot der Nachtrag freilich keinen geeigneten Platz. Im Uebrigen haben wir das Werk von Neuem einer sorgfältigen Durchsicht unterworfen und überall, wo es nöthig schien, die bessernde Hand angelegt — zur Berichtigung von Irrthümern, zur Bereicherung des Kommentars mit praktischem Material, sowie zur Gewinnung weiterer theoretischer Erkenntniß der prozessualischen Rechtsinstitute nach ihrem dogmatischen Inhalt und ihrer geschichtlichen Entwicklung. Reiche Anregung gewährten uns hierzu unausgesetzt die noch immer in vollem Flusse befindliche civilprozessualische Literatur, die Rechtsprechung der deutschen Gerichtshöfe, namentlich des Reichsgerichts und unsere eignen forensischen Erfahrungen. Zur Polemik hatten wir mehrfache Veranlassung, hauptsächlich aber gegen solche theoretische Versuche, welche die Gefahr in sich bergen, den Boden des Gesetzes und der Praxis auf lustigen Konstruktionswegen aus den Augen zu verlieren. Die materiellen Rechte, insbesondere auch das preussische Civilrecht haben wir nicht geglaubt in weiterem Maße als bisher berühren zu müssen, um nicht die natürlichen Schranken eines Kommentars zu Prozeßgesetzen zu überschreiten. Ohnedies hat das Buch wiederum zu unserem Bedauern eine Vergrößerung seines Umfanges erfahren. Wir hoffen gleichwohl, daß sich daselbe die Gunst und Nachsicht der juristischen Kreise erhalten werde.

Berlin, im Oktober 1885.

Die Verfasser.

---

## Vorwort zur fünften Auflage.

Bei der vorliegenden Auflage sind, wie bei den früheren, Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur nach Möglichkeit berücksichtigt. Dies hat manigfache Zusätze und Umarbeitungen verursacht, doch ist der äußere Umfang des Werkes nicht wesentlich vergrößert. Auf die einschlägigen Bestimmungen des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ist an den geeigneten Stellen verwiesen. Zum Schluß sei es wiederum gestattet, auf den Nachtrag, besonders auch wegen der darin angeführten Beschlüsse der vereinigten Civil-Senate des Reichsgerichts zu §§ 32, 87 und 230 C.P.D. aufmerksam zu machen.

Berlin, im September 1888.

Die Verfasser.

---

## Vorwort zur sechsten Auflage.

Bei Herausgabe der sechsten Auflage dieses Kommentars können wir nicht umhin, für das ungeschmälerete Wohlwollen, welches das juristische Publikum unserem Werke während der vierzehn Jahre seit seinem ersten Erscheinen entgegengebracht hat, aufrichtigen Dank zu sagen. Wir glaubten, diesen Dank nicht besser bethätigen zu können als durch unablässige Bemühungen um die Verbesserung des Werkes. So haben wir auch dieses Mal dasselbe einer gründlichen Revision in allen seinen Theilen unterzogen mit sorgfältiger Benutzung der einschlägigen Literatur, Rechtsprechung und Gesetzgebung. Wenn wir dabei unserem ursprünglichen Plane getreu unser Hauptaugenmerk stets auf die Bedürfnisse der Praxis gerichtet hielten, so glauben wir doch auch um die wissenschaftliche Förderung des Civilprozeßrechts und der Grenzgebiete des materiellen Rechts redlich bemüht gewesen zu sein, ohne zu verkennen, wieviel wir dabei den verdienstvollen Arbeiten anderer Kommentatoren und Rechtslehrer verdanken.

Wir schließen mit dem Wunsche, daß auch die vorliegende Auflage den berechtigten Anforderungen unserer Fachgenossen entsprechend befunden werden möge.

Berlin, im Oktober 1891.

Die Verfasser.

## Vorwort zur siebenten Auflage.

Die siebente Auflage des nachfolgenden Kommentars erscheint wiederum in erweiterter Gestalt. Trotz der Erhöhung des Formats hat der Umfang des Werkes um etwa fünf Druckbogen vermehrt werden müssen. Wie in den früheren Auflagen ist das neue, sehr reichliche Material nicht mechanisch angegeschlossen, sondern organisch eingearbeitet worden. Zur Gewinnung einer besseren Uebersicht werden hoffentlich die vielfachen, durch das ganze Buch hindurchgehenden, Hervorhebungen der Stichworte und wichtigen Sätze im Druck Einiges beitragen. Die Hinweisungen auf die erste Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich sind aus naheliegenden Gründen gestrichen. Sonst ist an der bisherigen Methode nichts geändert. Ungeachtet der größten Beschleunigung des Drucks sind die „Nachträge und Berichtigungen“, welche abermals der geneigten Berücksichtigung empfohlen werden, etwas stärker ausgefallen als in den früheren Auflagen. Dabei hat auch der jüngst ausgegebene 34. Band der Reichsgerichts-Entscheidungen noch berücksichtigt werden können.

Berlin, im Juni 1895.

Die Verfasser.

# Inhalt.

Vorwort . . . . .	Seite III—X
Inhaltsverzeichnis . . . . .	" XI—XIII
Abkürzungen . . . . .	" XIV
Nachträge und Berichtigungen . . . . .	" XV—XXVI

Einleitung . . . . .	Seite 1—20
----------------------	------------

## Civilprozeßordnung.

### Erstes Buch.

#### Allgemeine Bestimmungen.

Erster Abschnitt. Gerichte . . . . .	§§ 1—49	Seite 21—94
Erster Titel. Sachliche Zuständigkeit der Gerichte . . . . .	" 1—11	" 21—37
Zweiter Titel. Gerichtsstand . . . . .	" 12—37	" 37—80
Dritter Titel. Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte . . . . .	" 38—40	" 80—86
Vierter Titel. Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen . . . . .	" 41—49	" 87—94
Zweiter Abschnitt. Parteien . . . . .	" 50—118	" 94—213
Erster Titel. Prozeßfähigkeit . . . . .	" 50—55	" 94—108
Zweiter Titel. Streitgenossenschaft . . . . .	" 56—60	" 109—118
Dritter Titel. Betheiligung Dritter am Rechtsstreite . . . . .	" 61—73	" 119—145
Vierter Titel. Prozeßbevollmächtigte und Beistände . . . . .	" 74—86	" 145—163
Fünfter Titel. Prozeßkosten . . . . .	" 87—100	" 163—191
Sechster Titel. Sicherheitsleistung . . . . .	" 101—105	" 191—200
Siebenter Titel. Armenrecht . . . . .	" 106—118	" 201—213
Dritter Abschnitt. Verfahren . . . . .	" 119—229	" 213—367
Erster Titel. Mündliche Verhandlung . . . . .	" 119—151	" 213—260
Zweiter Titel. Zustellungen . . . . .	" 152—190	" 260—311
Dritter Titel. Ladungen, Termine und Fristen . . . . .	" 191—207	" 311—332
Vierter Titel. Folgen der Veräumung, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . . .	" 208—216	" 232—344
Fünfter Titel. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens . . . . .	" 217—229	" 344—367

### Zweites Buch.

#### Verfahren in erster Instanz.

Erster Abschnitt. Verfahren vor den Landgerichten . . . . .	§§ 230—455	Seite 368—713
Erster Titel. Verfahren bis zum Urtheil . . . . .	" 230—271	" 368—484
Zweiter Titel. Urtheil . . . . .	" 272—294	" 484—528

Dritter Titel. Verschämniskurtheil . . . . .	§§ 295—312	Seite 528—553
Vierter Titel. Vorbereiten des Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen . . . . .	" 313—319	" 553—560
Fünfter Titel. Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme . . . . .	" 320—335	" 560—573
Sechster Titel. Beweis durch Augenschein . . . . .	" 336—337	" 573—576
Siebenter Titel. Zeugensbeweis . . . . .	" 338—366	" 576—611
Achter Titel. Beweis durch Sachverständige . . . . .	" 367—379	" 611—626
Neunter Titel. Beweis durch Urkunden . . . . .	" 380—409	" 626—662
Zehnter Titel. Beweis durch Eid . . . . .	" 410—439	" 662—704
Elfter Titel. Verfahren bei der Abnahme von Eiden . . . . .	" 440—446	" 704—708
Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises . . . . .	" 447—455	" 708—713
Zweiter Abschnitt. Verfahren vor den Amtsgerichten . . . . .	" 456—471	" 713—724

### Drittes Buch.

#### Rechtsmittel.

Erster Abschnitt. Berufung . . . . .	§§ 472—506	Seite 725—767
Zweiter Abschnitt. Revision . . . . .	" 507—529	" 768—798
Dritter Abschnitt. Beschwerde . . . . .	" 530—540	" 798—814

### Viertes Buch.

Wiederaufnahme des Verfahrens . . . . .	§§ 541—554	Seite 814—831
---	------------	---------------

### Fünftes Buch.

Urkunden- und Wechselprozeß . . . . .	§§ 555—567	Seite 831—854
---------------------------------------	------------	---------------

### Sechstes Buch.

#### Ehesachen und Entmündigungssachen.

Erster Abschnitt. Verfahren in Ehesachen . . . . .	§§ 568—592	Seite 854—879
Zweiter Abschnitt. Verfahren in Entmündigungssachen . . . . .	" 593—627	" 879—903

### Siebentes Buch.

Mahnverfahren . . . . .	§§ 628—643	Seite 903—922
-------------------------	------------	---------------

### Achtes Buch.

#### Zwangsvollstreckung.

Erster Abschnitt. Allgemeine Bestimmungen . . . . .	§§ 644—707	Seite 922—1020
Zweiter Abschnitt. Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen . . . . .	" 708—768	" 1020—1106
Erster Titel. Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen . . . . .	" 708—754	" 1021—1092
I. Allgemeine Bestimmungen . . . . .	" 708—711	" 1021—1032
II. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen . . . . .	" 712—728	" 1032—1053
III. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte . . . . .	" 729—754	" 1053—1092
Zweiter Titel. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen . . . . .	" 755—757	" 1093—1097
Dritter Titel. Vertheilungsverfahren . . . . .	" 758—768	" 1097—1106

<b>Dritter Abschnitt. Zwangsvollstreckung zur Erwirkung der Herausgabe von Sachen und zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen . . . . .</b>	§§ 769—779	Seite 1106—1123
<b>Vierter Abschnitt. Offenbarungseid und Haft . . . . .</b>	„ 780—795	„ 1123—1132
<b>Fünfter Abschnitt. Arrest und einseitige Verfügungen . . . . .</b>	„ 796—822	„ 1132—1169

**Neuntes Buch.**

<b>Aufgebotsverfahren . . . . .</b>	§§ 823—850	Seite 1169—1193
-------------------------------------	------------	-----------------

**Zehntes Buch.**

<b>Schiedsrichterliches Verfahren . . . . .</b>	§§ 851—872	Seite 1193—1216
---	------------	-----------------

**Gesetz,**

<b>betz. die Einführung der Civilprozessordnung . . . . .</b>	§§ 1—23	Seite 1217—1244
---	---------	-----------------

**Gerichtsverfassungsgesetz.**

<b>Einleitung zum Gerichtsverfassungsgesetz . . . . .</b>		Seite 1245—1249
<b>Erster Titel. Richteramt . . . . .</b>	§§ 1—11	„ 1250—1257
<b>Zweiter Titel. Gerichtsbarkeit . . . . .</b>	„ 12—21	„ 1257—1274
<b>Dritter Titel. Amtsgerichte . . . . .</b>	„ 22—24	„ 1274—1280
<b>Vierter Titel. Schöffengerichte . . . . .</b>	„ 25—57	„ 1280—1286
<b>Fünfter Titel. Landgerichte . . . . .</b>	„ 58—78	„ 1286—1299
<b>Sechster Titel. Schwurgerichte . . . . .</b>	„ 79—99	„ 1299—1302
<b>Siebenter Titel. Kammern für Handelsfachen . . . . .</b>	„ 100—118	„ 1302—1321
<b>Achter Titel. Oberlandesgerichte . . . . .</b>	„ 119—124	„ 1322—1324
<b>Neunter Titel. Reichsgericht . . . . .</b>	„ 125—141	„ 1324—1330
<b>Zehnter Titel. Staatsanwaltschaft . . . . .</b>	„ 142—153	„ 1330—1334
<b>Elfter Titel. Gerichtschreiber . . . . .</b>	„ 154	„ 1334—1335
<b>Zwölfter Titel. Zustellungs- und Vollstreckungsbeamte . . . . .</b>	„ 155—156	„ 1335—1338
<b>Dreizehnter Titel. Rechtshilfe . . . . .</b>	„ 157—169	„ 1338—1348
<b>Vierzehnter Titel. Oeffentlichkeit und Sitzungspolizei . . . . .</b>	„ 170—185	„ 1348—1357
<b>Fünfzehnter Titel. Gerichtssprache . . . . .</b>	„ 186—193	„ 1357—1360
<b>Sechzehnter Titel. Berathung und Abstimmung . . . . .</b>	„ 194—200	„ 1360—1365
<b>Siebzehnter Titel. Gerichtsferien . . . . .</b>	„ 201—204	„ 1365—1367

**Einführungsgesetz**

<b>zum Gerichtsverfassungsgesetze . . . . .</b>	§§ 1—22	Seite 1368—1378
---	---------	-----------------

<b>Nachregister . . . . .</b>		Seite 1379 ff.
-------------------------------	--	----------------



## Uebersicht einiger im Kommentar vorkommenden Abkürzungen.

**AG.** = Ausführungs-Gesetz.  
**AGD.** = Preussische Allgemeine Gerichts-  
 ordnung.  
**AR.** = Preussisches Allgemeines Landrecht.  
**AR.** = Anderer Meinung.  
**Anm.** = Anmerkung.  
**AnwObD.** = Gebühren-Ordnung für Rechts-  
 anwälte.  
**BE.** = Bundesraths-Entwurf, d. h. Entwurf  
 in der der Reichstags-Justizkommission  
 vorgelegten Fassung des Bundesraths.  
**Begr.** = Begründung.  
**Bl.f.R.** = Blätter für Rechtspflege im Be-  
 zirk des Kammergerichts.  
**Buch** = Zeitschrift für deutschen Civilprozeß,  
 herausgegeben von H. Buch (jetzt von  
 Schulzenstein u. Bierhaus).  
**BGBL.** = Bundesgesetzblatt.  
**CP.** = Civilprozeßordnung.  
**civA.** = Archiv für die civilistische Praxis.  
**DMD. (MD.)** = Allgemeine Deutsche Besch-  
 sefsordnung.  
**E. oder E.** = Entwurf in der von der  
 Reichstags-Justizkommission beschlossenen  
 Fassung. Die dahinterstehenden Zahlen  
 bedeuten die Paragraphen.  
**E. 1** = Entwurf des Preuss. Justiz-Mini-  
 steriums. Berlin 1871.  
**E. 2** = Entwurf der vom Bundesrathe ein-  
 gesetzten Kommission von 1872.  
**EG.** = Einführungs-Gesetz.  
**Einl.** = Einleitung.  
**Gem. R.** = Gemeines Recht.  
**GRG.** = Gerichtskostengesetz.  
**GS.** = Gesetz-Sammlung.  
**GV.** = Gerichtsverfassungsgesetz.  
**Gvj. (GvoUj.)** = Gerichtsvollzieher.  
**HG.** = Hannoverscher Entwurf von 1866,  
 zweite Lesung.  
**HGB.** = Deutsches Handelsgesetzbuch.  
**JMBL.** = Preuss. Justiz-Ministerial-Blatt.  
**JW.** = Juristische Wochenchrift.  
**KfG.** = Kammer für Handelsfachen.  
**KD.** = Konkursordnung f. d. Deutsche Reich.  
**LD.** = Landgericht.

**Not.** = Notae d. h. Begründung des BE.  
 Die dahinterstehenden Zahlen bedeuten  
 die Seiten der betr. Reichstags-Vorlagen.  
**NRB.** = Mündlicher Kommissionsbericht.  
**mB.** = mündliche Verhandlung.  
**R. oder N.** = Norddeutscher Entwurf von  
 1878. Die Zahlen dahinter verweisen  
 auf die Paragraphen.  
**Rt.** = Note.  
**OLG.** = Oberlandesgericht.  
**ObLG.** = Bayerisches Oberstes Landesgericht.  
**ObL.** = Entscheidungen des Preussischen  
 Ober-Tribunals.  
**P. oder P.** = Protokolle der Reichstags-  
 Justiz-Kommission. Die dahinterstehen-  
 den Zahlen verweisen auf die Seiten.  
**PE.** = Preussischer Entwurf von 1864.  
**RAO.** = Rechtsanwaltsordnung.  
**RGBL.** = Reichsgesetzblatt.  
**RG.** = Entscheidungen des Reichsgerichts in  
 Civilsachen.  
**RG. Str.** = Entscheidungen des Reichsgerichts  
 in Strafsachen.  
**RR.** = Reichstags-Justiz-Kommission.  
**RaffR.** = Beiträge zur Erläuterung des  
 Deutschen Rechts von Rastow u. Rünzel  
 (früher Gruchot).  
**RDO.** = Reichsoberhandelsgericht.  
**RR.** = Römisches Recht.  
**SA.** = J. A. Seufferts Archiv für Ent-  
 scheidungen oberster Gerichtshöfe (jetzt  
 herausgegeben von Schütt).  
**StGB.** = Strafgesetzbuch für das Deutsche  
 Reich.  
**StP.** = Strafprozeßordnung f. d. Deutsche  
 Reich.  
**Strieth.** = Striethorst's Archiv für Rechtsfälle.  
**Vorl.** = Vorlommiffion.  
**Wallm.** = Wallmann Deutsche Juristen-  
 Zeitung.  
**Wallm. JPr.** = Zeitschr. für Preussisches  
 Recht von Wallmann.  
**Z.f.G. (ZfG.)** = Zeitschrift für Gerichts-  
 vollzieher.  
**ZB.** = Zwangsvollstreckung.

Die Kommentare und Lehrbücher sind nur nach den Namen der Verfasser bezeichnet.  
 (Die fette Siffer hinter den Abkürzungen bed. den Band, die andere die Seite.)  
 (Die Bedeutung der sonstigen Abkürzungen ergibt sich leicht von selbst.)

## Nachträge und Berichtigungen.

(Es wird dringend gebeten, die folgenden Nachträge und Berichtigungen vor dem Gebrauche des Werkes an den betr. Stellen anzumerken.)

- §. 19 Z. 7 v. u. hinter: „Bd. 19 S. 502 ff.“ einzuschalten:  
Bd. 21 S. 149 ff.
- §. 22 Z. 8 v. u. hinter: „ZB. 514, 544“ einzuschalten:  
29. Jan. 1895, ZB. 102.
- §. 28 Z. 26 v. o. hinter: „Busch 13, 356“ einzuschalten:  
AR. Staub, Kommentar zur Wechselordn. Berlin 1895 § 14 zu Art. 51 S. 112, welcher verkennet, daß der prozeßualische Begriff der „Nebenforderung“ im Sinne des § 4 CP. nicht nach der WD. zu bestimmen ist.
- §. 29 Anm. 1 § 5 Z. 17 hinter: „verbunden wird“ einzuschalten:  
ebensowenig, wenn auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme der Waare geklagt wird; RO. 20. März 1895, ZB. 222.
- §. 33 Z. 8 v. o. hinter: „zum Ziele haben“ zu setzen:  
; RO. 19. Febr. 1895, ZB. 143.
- §. 37 Anm. 1 § 11 am Schluß hinzuzusetzen:  
Im Uebrigen findet § 11 auf das Verhältnis der ordentlichen Gerichte zu den besonderen keine Anwendung; RO. 26. Febr. 1895, ZB. 162.
- §. 39 Z. 16 v. o. hinter: „unterworfen sind“ einzuschalten:  
Besle (die Rechtsverfolg. im internationalen Verkehr von Besle u. Löwenfeld I, 737) nimmt eine Befreiung von der Gerichtsbarkeit nur an, soweit es sich um Rechte und Verbindlichkeiten handelt, die durch einen Akt der Staatsgewalt begründet sind, nichts durch bloße Privatrechtsakte. — Die Emission einer Staatsanleihe beruht jedenfalls auf einem Akte der Staatsgewalt.
- „ Z. 25 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
Ueber den Gerichtsstand vor den Konsulargerichten: RO. 17. April 1895, ZB. 262.
- §. 40 Z. 10 v. u. hinter: „ZB. 237“ zu setzen:  
10. April 1895, ZB. 266.
- §. 47 Anm. 4 § 18 Z. 8 lies: „Vorbem. 8“ statt: „Vorbem. 9“.
- §. 48 Z. 10 v. o. hinter: „12, 229“ zu setzen:  
34, 169 (nicht nach Auflösung des Vereins);
- „ Z. 10 v. u. vor den Worten: „Für Rußland“ einzuschalten:  
Besle (Rechtsverfolg. im intern. Verkehr) I, 747.
- „ Z. 2 v. u. hinter: „ROBl. S. 153“ hinzuzusetzen:  
Vgl. im Uebrigen Besle a. a. D. S. 748 ff.
- §. 50 Anm. 5 § 19 am Schluß hinzuzusetzen:  
Vgl. jetzt (vom 1. April 1895 ab) Verwaltungsordnung für die Staats-Eisenbahnen 15. Dez. 1894, GS. 1895 S. 11 ff.
- §. 51 Z. 4 v. o. hinter: „RO. 8, 1“ einzuschalten:  
bezüglich des Festungsbauwesens in Preußen vgl. RO. 7. März 1895, ZB. 204 („Fortifikationen“).

- §. 51 Anm. 2 § 20 Z. 19 hinter: „Anm. 2 § 22“ einzuschalten:  
Vgl. jetzt Verwaltungsordnung für die Staats-Eisenbahnen v. 15. Dez. 1894,  
GS. 1895 S. 11 ff. § 6 Abs. 4, § 8 Abs. 7.
- „ Z. 13 v. u. hinter: „27, 252“ einzuschalten:  
(Uebersichtskarte der Verwaltungsbezirke der Preuß. Eisenbahndirektionen  
6. Aufl. 1895 bei S. Schropp, Berlin; vgl. ZMBl. 1895 S. 118.)
- §. 55 Anm. 2 § 22 Abs. 1 am Schluß hinzuzusetzen:  
Vgl. jetzt Verwaltungsordnung für die Staats-Eisenbahnen 15. Dez. 1894,  
GS. 1895 S. 11 ff.
- §. 57 Z. 16 v. u. hinter „ZB. 514“ zu setzen:  
RO. 34, 356.
- §. 60 Z. 22 v. o. hinter: „RaffR. 35, 919“ einzuschalten:  
12. März 1895, ZB. 197 f.
- „ Z. 30 v. o. hinter: „AM. Hellmann“ zuzusetzen:  
Band 1.
- §. 62 Anm. 1 § 27 Z. 7 lies: „§ 41 Abs. 1“ statt: „§ 51 Abs. 1“.
- §. 63 Anm. 2 § 27 am Schluß hinzuzufügen:  
Ob der Schade ein unmittelbarer oder mittelbarer ist, macht keinen Unter-  
schied; auch ein Schade, welcher in weiterer Folge der Beschädigung eines  
Grundstücks entstanden ist, fällt unter § 27; RO. 6. Febr. 1895, ZB. 144.
- §. 67 Anm. 3 § 29 Z. 24 hinter: „ZB. 265“ einzuschalten:  
22. Dez. 1894, ZB. 1895 S. 59.
- „ Z. 14 v. u. hinter: „Recht an“ hinzuzusetzen:  
Der in einem Vertrage schlechthin bestimmte Erfüllungsort ist für alle Kon-  
trahenten maßgebend; RO. 19. Jan. 1895, ZB. 101.
- „ Z. 12 v. u. hinter: „RaffR. 37, 1208“ einzuschalten:  
12. Dez. 1894, ZB. 1895 S. 59.
- „ Z. 10 v. u. vor: „Für das Handelsrecht“ einzuschalten:  
Für gem. R. vgl. RO. 20. Febr. 1895, ZB. 163.
- §. 68 Z. 20 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
Für die Erfolgeleistung an Stelle nicht gehöriger Erfüllung der Hauptleistung  
ist der Erfüllungsort der letzteren maßgebend; RO. 29. März 1895, ZB. 223.
- §. 73 Z. 20 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
sowie RO. 22. März 1895, ZB. 223.
- §. 74 Z. 20 v. o. hinter: „ZB. 544“ zu setzen:  
RO. 34, 366.
- §. 78 Anm. 4 § 36 Z. 9 lies: „§ 566“ statt: „§ 560“.
- §. 79 Z. 3/4 v. o. lies: „Erdemann I, 288“ statt: „238“.
- „ Anm. 1 § 37 Z. 15 lies: „v. Sarwey I, 83“ statt: „83“.
- §. 89 Z. 4 v. o. vor: „Seuffert Anm. 7“ einzuschalten:  
aM. („unbedingt“).
- „ Z. 5 v. o. für: „aM. Gaupp“ lies: „und Gaupp“.
- „ Z. 9 v. o. lies: „Buchelt I, 208“ statt: „Buchelt 208“.
- §. 96 Z. 11 v. u. hinter: „RO. 30, 226“ hinzuzufügen:  
34, 366; auch wenn es sich um Statussachen handelt; RO. 7. Nov. 1892 in  
Sachen Crüger - Crüger IV. 202, 1892.
- §. 97 Anm. 1 § 50 Z. 14 hinter: „RO. 9, 210 f.“ einzuschalten:  
17. Dez. 1894, ZB. 1895 S. 72.
- §. 102 Z. 3 v. o. hinter: „ZB. 1895 S. 41“ zu setzen:  
RO. 34, 237.
- „ Z. 17 v. o. hinter: „3, 113“ einzuschalten:  
6, 19.



- §. 104 Anm. 1 § 53 Z. 2 hinter: „Borbem. 7 vor § 12“ einzuschalten:  
Ueber Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit von Ausländern vgl. Beske (Rechts-  
verfolg. im intern. Verkehr) I, 734 ff.
- §. 107 Z. 18 v. o. hinter: „R. 29, 408“ einzuschalten:  
Vgl. R. 9. März 1895, ZB. 181.
- §. 108 Z. 13 v. u. lies: „Endemann I, 324“ statt „Endemann I, 234“.
- §. 110 Z. 1 v. o. lies: „Hellmann I, 215; Kleinert I, 318“ statt: „Hellmann 215;  
Kleinert 318“.
- §. 116 Z. 8 v. o. lies: „Hellmann I, 216 ff.“ statt: „Hellmann 216 ff.“
- §. 122 Z. 3 v. o. hinter: „15, 428“ hinzuzusetzen:  
doch ist die Zustellung an die Prozeßbevollmächtigten nicht obligatorisch; vgl.  
Anm. 1 § 163.
- „ Z. 16 v. o. hinter: „vorsteht“ hinzuzusetzen:  
Vgl. auch R. 22. Jan. 1895, ZB. 102.
- §. 128 Anm. 2 § 65 Nr. 1 Z. 5 hinter: „a. M. Seuffert“ einzuschalten:  
5. Aufl.
- „ Anm. 2 § 65 Nr. 1 Z. 9 hinter: „abzuschneiden“ einzuschalten:  
Vgl. Seuffert 6. Aufl., wo die vorstehende Ansicht aufgegeben ist.
- §. 130 Z. 12 v. u. hinter „ZB. 542“ zu setzen:  
R. 34, 363.
- §. 131 Z. 3 v. o. hinter: „ZB. 542“ zu setzen:  
R. 34, 364.
- §. 133 Z. 5 v. u. hinter: „ZB. 1895 S. 5“ zu setzen:  
R. 34, 389.
- §. 134 Z. 4 v. o. hinter „ZB. 1895 S. 5“ zu setzen:  
R. 34, 388, 391.
- §. 139 Z. 13 v. o. hinter: „vgl. Reinde 99“ einzuschalten:  
A. M. R. 34, 400.
- §. 148 letzte Zeile am Schluß hinzuzusetzen:  
wohl aber dann, wenn er nur als gesetzlicher Vertreter des Fiskus auftritt;  
vgl. Anm. 1 § 20. Daß der Staatsanwalt in diesem Falle auch eine andere  
Behörde (z. B. die Gerichtskasse) zur Prozeßführung bevollmächtigen kann,  
mit der Wirkung, daß diese wiederum einen Anwalt bestellt, ist zugelassen  
von R. 1. April 1895, ZB. 238.
- §. 153 letzte Zeile lies: „Sarmey I, 154“ statt: „Sarmey 154“.
- §. 156 letzte Zeile lies: „Reinde zu § 81“ statt: „Reinde zu § 85“.
- §. 160 Anm. 2 § 84 hinter: „Caupp Anm. III“ hinzuzusetzen:  
(Bedenklich Neubauer, Busch 21, 57 ff.).
- §. 163 Vorbem. 1 vor § 87 Z. 13 hinter: „ZBBl. 90“ zu setzen:  
Vgl. ferner Anweisung für die Gerichtskasse Berlin I vom 11. März 1895  
Anl. zum ZBBl. Nr. 12 u. Allg. Verf. 16. März 1895, ZBBl. 82 ff.
- §. 167 Z. 24 v. u. hinter: „Bl.f.R. 4, 55“ einzuschalten:  
(Rechtsgutachten in der Regel nicht; DZS. 26. Juni 1894, SA. 50, 218).
- §. 168 Z. 12 v. o. hinter: „Busch 17, 476“ einzuschalten:  
R. 22. März 1895, ZB. 198 (wo diese Kosten für erstattungsfähig erachtet  
werden).
- „ Z. 23 v. o. hinter: „SA. 43, 344“ einzuschalten:  
DZS. Jena, S.f.S. 1895 S. 17.
- §. 174 Z. 8 v. o. hinter: „Verlach a. a. D.“ einzuschalten:  
Reinhold, Busch 21, 34 f.
- §. 180 Z. 13 v. o. hinter: „ZB. 81, 423“ zu setzen:  
14. Febr. 1895, ZB. 198; DZS. Dresden, SA. 50, 227; DZS. Marten-  
werder, Busch 21, 77.

- S. 184 Anm. 1 § 97 Z. 17 hinter: „ZB. 534“ einzuschalten:  
 Ebenso Seuffert; dagegen aM. Petersen 3. Aufl. 249 f. u. Kaufm., Bl.f.R. 6, 13 ff., welche übersehen, daß gegenüber dem Prozeßgericht und innerhalb des schwebenden Prozesses der generelle Stellvertreter des prozeßbevollmächtigten Anwalts dessen alter ego ist; vgl. Anm. 2 § 210. Dem Anwalt bleibt der Regreß gegen seinen Vertreter.
- S. 185 Anm. 3 § 97 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Ebenso RÖ. 2. März 1895, ZB. 184.
- S. 186 Z. 12 v. u. am Schluß hinzuzufügen:  
 18. Febr. 1895, ZB. 163.
- S. 190 Z. 22 v. o. lies: „Anm. § 94“ statt: „Anm. 94“.
- „ Z. 34 v. o. lies: „Büsch 13, 361 ff.“ statt: „Büsch 361 ff.“
- S. 195 Z. 14 v. o. hinter: „zu erachten sein“ einzuschalten:  
 Ebenso Leske (Rechtsverfolg. im intern. Verkehr) I, 752.
- S. 196 Anm. 5 § 102 Z. 3 hinter: „36, 399 ff.“ einzuschalten:  
 Leske a. a. O. I, 764 ff.
- S. 202 Anm. 4 § 106 Z. 1 hinter: „S. 21 ff.“ einzuschalten:  
 Leske (Rechtsverfolg. im intern. Verkehr) I, 775 ff.
- S. 204 Anm. 5 § 107 an den Eingang zu setzen:  
 Vgl. S. Breslauer, die rechtliche Stellung des Armenanwalts im Zivilpr. Leipzig 1894 u. dazu Schulzenstein, Büsch 21, 124 ff.
- S. 210 Z. 19 v. o. hinter: „SA. 48, 340“ einzuschalten:  
 DZG. Jena, SA. 50, 219.
- „ Z. 17 v. u. hinter: „Caupp Anm. I“ zu setzen:  
 Rabdagh, RaffR. 39, 289 ff.
- „ Z. 5 v. u. lies: „Petersen Anm. 2“ statt: „Petersen I, 397“.
- ferner zu streichen: „Seuffert Anm. 1“.
- S. 211 Z. 10 v. o. hinter: „Bl.f.R. 5, 35“ zu setzen:  
 6, 17.
- „ Z. 20 v. o. die Worte: „wie Seuffert annimmt“ zu streichen.
- S. 216 Z. 24 v. u. lies: „Endemann 2, 104“ statt: „Endemann I, 304“.
- S. 226 Anm. 1 § 127 Z. 6 lies: „127 Abf. 4“ statt: „127 Abf. 1“.
- S. 230 letzte Zeile hinter: „Gerichts“ einzuschalten:  
 Dasselbe ist auch beim Mangel ausdrücklichen Bestreitens verpflichtet, zu prüfen, ob nach der Gesamt-Einlassung der Partei die fr. Thatsache als bestritten anzunehmen ist; RÖ. 29. Jan. 1895, ZB. 144.
- S. 232 Anm. 1 § 130 Z. 9 v. u. hinter: „Pflicht des § 130“ einzuschalten:  
 (überhaupt, oder nach einer bestimmten Richtung hin, z. B. betreffs der Bezeichnung der Beweismittel, RÖ. 24. Jan. 1895, ZB. 164).
- S. 233 Anm. 5 § 130 Z. 6 hinter: „Fragerecht“ einzuschalten:  
 (und Frageamt, vgl. RÖ. 24. Jan. 1895, ZB. 164).
- „ letzte Zeile hinter: „§ 187 Abf. 2“ zu setzen: „OB.“
- S. 241 Z. 13 v. o. lies: „Reinde 170, 171“ statt: „Reinde 179, 180“.
- „ Z. 6 v. u. lies: „Anm. 2 § 274“ statt: „Anm. 2 § 472“.
- S. 246 Z. 3 v. u. am Schluß hinzuzusetzen:  
 DZG. Hamburg, SA. 50, 220.
- S. 248 Z. 20 v. u. hinter: „ZB. 1895 S. 77“ einzuschalten:  
 vgl. dazu ZG. Darmstadt, Büsch 21, 97.
- S. 252 Anm. 3 (zu § 143) Abf. 1 am Schluß hinzuzusetzen:  
 zu § 144.
- S. 255 Z. 11 v. o. lies: „G. Meyer“ statt: „J. Meyer“.
- „ Anm. 3 § 145 Z. 3 v. u. lies: „Endemann I, 504“ statt: „Endemann 404“.

- §. 264** 3. 2 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
 Eine Zustellung an sich selbst kann weder ein Zwollz. noch ein Postbote gültig bewirken, denn, wenn auch für letzteren § 156 C.P. keine Anwendung findet, so schließt doch der Begriff des Zustellungsaktes die Annahme aus, daß derjenige, welcher das zuzustellende Schriftstück übergibt und der, welcher es empfängt, identisch sein können. Dies wäre keine Uebergabe im Sinne des § 156 C.P. **NR.** die Postverwaltungen, vgl. **Z.f.G.** 1895 **S.** 32.
- §. 282** 3. 8 v. o. die Worte: „Struckmann-Roch“ zu streichen.
- „ 3. 19 v. o. lies: „Gaupp Anm. I“ statt: „Gaupp I, 117“.
- §. 284** 3. 1 hinter: „S. 6“ zu setzen:  
**NR.** 34, 397.
- §. 291** 3. 8 v. u. hinter: „Raffr.“ zu setzen: 36, 124.
- §. 303** 3. 11 hinter: „Privatr. 3, 359 ff.“ hinzuzusetzen:  
 Ueber Zustellungen in Frankreich: Grünwald ebenda 4, 239 ff.
- §. 324** Anm. 1 § 198 3. 7 die Zahl: „855“ zu streichen.
- §. 336** Anm. 1 zu § 211 am Eingange einzuschalten:  
 Vgl. zu § 211 ff. Oergenhausen, Raffr. 39, 332 ff.
- §. 337** letzte Zeile hinter: „ZB. 350, 382“ einzuschalten:  
 16. März 1895, ZB. 223.
- §. 338** 3. 11 v. o. hinter: „ZB. 250“ hinzuzusetzen:  
 24. Jan. 1895, ZB. 145.
- „ vorletzte Zeile hinter: „Anm. 2 § 210“ hinzuzufügen:  
 Vertreter ist auch der Prozeßbevollmächtigte im Anwaltsprozesse nach der Kündigung des Mandats, so lange noch kein anderer Anwalt bestellt und angezeigt ist, § 83 Abs. 1; **NR.** 14. März 1895, ZB. 199.
- §. 339** Anm. 2 § 212 3. 7 v. u. hinter: „erlangten“ einzuschalten:  
 Vgl. **NR.** 9. März 1895, ZB. 198 f.
- §. 348** 3. 8 v. o. hinter: „31, 334“ einzuschalten:  
 34, 427.
- §. 349** 3. 21 v. o. hinter: „ZB. 589“ zu setzen:  
**NR.** 34, 381.
- „ 3. 12 v. u. am Schluß hinzuzusetzen:  
**NR.** 34, 427.
- §. 351** Anm. 8 zu § 217 3. 5 v. u. hinter: „Rechtsmitteln“ hinzuzusetzen:  
**NR.** 9. Febr. 1895, ZB. 165.
- „ vorletzte Zeile hinter: „P. 76“ einzuschalten:  
 Der Prozeß betrifft die Konkursmasse des Klägers auch dann noch, wenn dieser im Laufe des Prozesses den eingeklagten Anspruch an einen Dritten abgetreten hat, da der Anspruch, daß Beklagter (an den Cessionar) erfülle, nach wie vor zur Konkursmasse gehört.
- §. 352** 3. 14 v. o. hinter: „6, 21“ hinzuzusetzen:  
 Ebensovient wird das Verfahren in Ansehung der Gesellschaftsprozesse durch Eröffnung des Konkurses über das Privatvermögen eines Gesellschafters unterbrochen; **NR.** 34, 361.
- §. 353** 3. 5 v. o. hinter: „NR. 16, 363“ zu setzen:  
 34, 409.
- §. 354** 3. 9 v. u. hinter: „ZB. 157“ einzuschalten:  
 7. März 1895, ZB. 238.  
 Das. lies: „cit. 82, 64“ statt: „8, 64“.
- „ 3. 6 v. u. hinter: „Vgl. dagegen“ einzuschalten:  
**NR.** 34, 362.
- §. 357** 3. 8 u. 7 v. u. die Worte: „Struckmann-Roch Anm. 2“ zu streichen.

- S. 360 Anm. 2 § 223 Z. 15 hinter: „selbst thun“ hinzuzusetzen:  
 Vgl. Amtsg. II Berlin, Bl.f.R. 6, 54.
- S. 362 Anm. 2 § 225 Z. 5 v. u. hinter: „S. 47, 234“ zu setzen:  
 R. 7. Febr. 1895, ZB. 164.
- „ Anm. 2 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Ist ein bedingtes Endurtheil oder ein hinsichtlich der Rechtsmittel den Endurtheilen gleichgestelltes Zwischenurtheil erlassen und zugestellt, so ist der Aussetzungsantrag in derselben Instanz anzubringen, so lange nicht der Rechtsstreit durch Einlegung eines Rechtsmittels bereits in der höheren Instanz anhängig geworden ist; vgl. D. O. Dresden, Sächs. Arch. 2, 183; Seuffert 6. Aufl. (abw. 7. Aufl.).
- S. 364 Z. 3 v. u. lies: „v. Sarwey 1, 331“ statt: „v. Sarwey 331“.
- S. 375 Z. 24 v. o. hinter: „Büsch 20, 528“ einzuschalten:  
 D. O. Jena, Bl.f.R. 6, 48.
- „ Z. 34 v. o. hinter: „Bl.f.R. 5, 3“ hinzuzusetzen:  
 Vgl. auch Eccius, KassR. 39, 458.
- S. 380 Z. 18 v. o. die Worte: „Struckmann-Roch Anm. 6“ zu streichen.
- S. 383 Z. 11 v. u. hinter: „ZB. 369“ hinzuzusetzen:  
 So kann auch die negative Filiationsklage auf § 231 C.P. nicht gegründet werden, wenn nicht das betr. bürgerliche Recht die Sachlegitimation des Kindes zu derselben anerkennt (vgl. bejahend für gem. R. R. 18. 184 ff.; verneinend für Pr. R. R. 26, 305); R. 7. Nov. 1892 in Sachen Erüger -|- Erüger IV. 202, 1892.
- S. 384 Z. 4 v. o. lies: „Rechtsverhältniß“ statt: „Rechtsverhältniß“.
- S. 387 Anm. 3 § 231 Z. 11, 12 die Worte: „Struckmann-Roch Anm. 7, welche die diesseitige Ansicht nicht richtig bezeichnen“ zu streichen.
- S. 388 Z. 9 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Hellmann, civR. 84, 147, läßt die Feststellungsklage nach Verjährung der entsprechenden Leistungsklage wegen fehlenden rechtlichen Interesses nicht mehr zu. Dies ist jedoch nicht zutreffend, da die Verjährung der Leistungsklage nicht allgemein das rechtliche Interesse an Feststellung (s. B. wegen des Residuum der Natural-Obligation, der Ausschließung der *condictio indebiti*, Zulässigkeit einer Einrede) zerstört.
- S. 389 Z. 22 v. u. lies: „Begründung des Klagerrechts“ statt: „Bedrohung des Klagerrechts“.
- S. 390 Z. 9 v. o. hinter: „KassR. 38, 482“ einzuschalten:  
 D. O. 10. Mai 1894, S. 50, 132.
- S. 402 Z. 3 v. o. hinter: „ZB. 81“ einzuschalten:  
 KassR. 39, 441.
- „ Anm. 3 § 235 Z. 8 lies: „Beyinger“ statt: „Böyinger“;  
 ferner hinter: „18, 516 ff.“ einzuschalten:  
 (aR. Roppers Arch. f. öffentl. R. 9, 201 ff.).
- S. 403 Anm. 4 Abf. 1 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Darin, daß der Beklagte sich mit einem vom Klageantrage abweichenden Thatbestande vertheidigt, ist keine Einwilligung in eine auf diesen Thatbestand zu gründende Klageänderung zu finden (gegen Wach, KassR. 30, 760 ff.; D. O. Hamburg, S. 50, 222).
- S. 407 Z. 3 v. u. hinter: „Hauptintervention erheben“ einzuschalten:  
 Die Zustimmung des Gegners kann ausdrücklich oder durch konfluente Handlungen erfolgen, doch ist § 267 hier nicht anwendbar, R. 7. März 1895, ZB. 239.
- S. 414 Z. 21 v. u. lies: „Wach 1, 622“ statt: „Wach 4, 622“.

- §. 415 §. 9 v. o. lies: „Endemann 2, 30“ statt: „Endemann 1, 30“.
- §. 416 §. 24 v. u. hinter: „Ballmann 342“ einzuschalten:  
4. März 1895, *ZB.* 208.
- „ §. 15 v. u. die Worte: „Dernburg 1 § 188 Rt. 13; A. Förster Anm. 4 § 71“ (statt § 171) sind nach §. 14 v. u. hinter: „AR.“ zu setzen.
- §. 417 §. 12 v. u. lies: „SA. 48, 460“ statt: „SA. 460“.
- §. 420 §. 26 v. u. hinter: „Auf. 5“ einzuschalten:  
(Ist bloß über die Zulässigkeit der Klageänderung zu verhandeln — wobei die Frage, ob überhaupt eine Klageänderung vorliegt, dahingestellt bleiben soll — so ist dies ein Zwischenstreit; Vorb. 2 vor § 119 S. 216).
- §. 422 Anm. 1 § 241 am Schluß lies: „Peterfen (1. Aufl.) 2, 36“ statt: „Peterfen 2, 36“.
- §. 425 §. 12 v. o. hinter: „anerkannt worden“ einzuschalten:  
Vgl. *RO.* 20. März 1895, *ZB.* 224.
- §. 429 Anm. 6 § 243 §. 5 hinter: „*RO.* 24, 421“ einzuschalten:  
*DZG.* Breslau, *SA.* 50, 222.
- §. 432 §. 18 v. u. hinter „*ZB.* 1895 S. 7“ zu setzen:  
*RO.* 34, 392.
- §. 434 §. 5 v. u. hinter: „*RO.* 28, 157“ einzuschalten:  
Auch der Einwand, daß ein Anspruch (z. B. eine Kosten-Forderung) nicht durch selbständige Klage verfolgbar ist, m. a. W., daß für denselben ein materielles Klagerecht nicht besteht, betrifft nicht die Zulässigkeit des Rechtswegs; *RO.* 5. April 1895, *ZB.* 238.
- §. 435 §. 18 v. o. hinter: „*ZB.* 424“ einzuschalten:  
5. April 1895, *ZB.* 238.
- „ §. 8 v. u. hinter: „*RO.* 33, 359“ zu setzen:  
Vgl. dazu *Seuffert, Phering Jahrb.* 34, 476 ff.
- §. 437 §. 5 v. u. lies: „Endemann 2, 45“ statt: „Endemann 2, 25“.
- §. 439 §. 3 v. o. hinter: „angeordnet hat“ zu setzen:  
Ebenso *RO.* 5. April 1895, *ZB.* 239.
- §. 442 Anm. 3 § 249 §. 4 v. u. hinter: „*Reyer Prozeßr.*“ einzuschalten:  
2. Aufl.
- §. 447 Anm. 3 § 253 §. 2 lies: „Anm. 1 § 64“ statt: „Anm. 1 § 14“.
- §. 455 §. 24 v. u. hinter: „*ZB.* 119, 240“ einzuschalten:  
28. Jan. 1895, *ZB.* 165.
- §. 460 §. 21 v. u. am Schluß hinzuzusetzen:  
Nach § 2 Abs. 2 Gef. 16. Mai 1894 (Abzahlungs-Geschäfte), *ROZ.* 450 findet § 260 auf die Höhe der nach § 2 Abs. 1 des Gef. festzusetzenden Vergütung Anwendung.
- §. 463 §. 20 v. o. hinter: „48, 347“ einzuschalten:  
18. Febr. 1895, *ZB.* 182.
- §. 469 §. 1 hinter: „*Raff.* 38, 1136“ einzuschalten:  
*SA.* 50, 223.
- „ §. 24 am Schluß hinzuzusetzen:  
*RO.* 7. März 1895, *ZB.* 200.
- §. 474 Anm. 4 § 266 §. 5 am Schluß hinzuzusetzen:  
sowie die Einforderung von Akten anderer Behörden, *RO.* 16. März 1895, *ZB.* 200.
- §. 480 Anm. 3 § 269 am Schluß hinzuzufügen:  
Einer Protokoll-Anlage bedarf es nicht, wenn der verlesene Antrag in einem zwar zugestellten, aber abschriftlich nicht eingereichten vorher. Schriftsatz enthalten ist; *DZG.* Marienwerder, *SA.* 50, 224.
- §. 483 letzte §. hinzuzusetzen:  
*AR. RO.* 12. März 1895, *ZB.* 183.

- E. 496 Z. 17 v. u. hinter: „ZB. 1895 S. 8“ einzuschalten:  
 8. Febr. 1895, ZB. 126.
- E. 497 Z. 23 v. o. hinter: „ZB. 179“ einzuschalten:  
 Bgl. RÖ. 8. Dez. 1894, RaffR. 39, 442 (durch rechtskräftige Feststellung des  
 Grundes einer Schadensforderung ist auch die Existenz des Schadens rechts-  
 kräftig festgestellt; vgl. jedoch Anm. 2).
- E. 502 Anm. 2 § 278 am Schluß hinzuzufügen:  
 Bei objektiver Klagenhäufung muß das Theil-Anerkenntniß erkennen lassen,  
 auf welche Klageposten es sich bezieht, sonst ist ein Theilurtheil nicht  
 möglich; DZB. Darmstadt, Busch 21, 79. Anders natürlich, wenn es sich  
 nur um ein Kontokorrent-Saldo handelt.
- E. 517 Z. 13 v. u. lies: „v. Sarwey I, 440“ statt: „v. Sarwey 440“.
- E. 528 Vorb. 1 vor § 295 Z. 4 hinter: „Wach, RaffR. 36, 1 ff.“ zu setzen:  
 Horn, bad. Ann. 60, 14 ff. (Busch 21, 169; Kleinfeller, Literaturber.).
- E. 531 Z. 17 v. o. hinter: „Meyer Proz.-Pr.“ zu setzen:  
 2. Aufl.
- E. 538 Anm. 2 Abs. 1 zu § 300 letzte Z. lies: „v. Sarwey I, 459“ statt; „v. Sarwey 459“.
- E. 540 Z. 6 v. u. hinter: „Bgl. auch § 302“ einzuschalten:  
 Als nicht erschienen gilt im Anwaltsprozesse auch die Partei, welche zwar  
 erschienen, aber nicht durch einen zugelassenen Anwalt vertreten ist. (Anders  
 wegen der abweichenden Fassung § 578 Abs. 2, vgl. Anm. 2 dazu.)
- E. 552 Z. 21 v. u. die Worte: „Struckmann-Roch Anm. 4“ zu streichen.
- E. 567 Z. 12 v. u. hinter: „ZMBl. 1891 S. 343“ einzuschalten:  
 1895 S. 118.
- E. 577 Z. 19 v. u. hinter: „ZB. 1895 S. 41“ zu setzen:  
 RÖ. 34, 237.
- E. 578 Z. 21 v. u. am Schluß hinzuzufügen:  
 M. Griefebach, Busch 21, 41 ff.
- E. 592 Anm. 6 § 348 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Ueber die Amtsverschwiegenheit der Richter betr. den Hergang bei der Be-  
 rathung und Abstimmung vgl. Anm. §§ 1 u. 200 OB.; RÖ. Str. 26 202.
- E. 598 Z. 8 v. o. hinter: „Ebenso“ einzuschalten:  
 RÖ. 2. März 1895, ZB. 165.
- E. 602 Z. 4 v. o. die Worte: „Ehe- und“ zu streichen; dagegen  
 Z. 5 v. o. hinzuzusetzen:  
 Ebenso in Ehefachen im Falle des § 581.
- E. 605 Anm. 5 § 358 Z. 2 v. u. hinter „ZB. 516“ zu setzen:  
 RÖ. 34, 358.
- E. 613 Z. 3 v. o. lies: „Puchelt 2, 200“ statt: Puchelt 1, 200“.
- E. 622 Z. 14 v. o. lies: „§ 358“ statt: „§ 258“.
- E. 623 Z. 21 v. u. lies: „ZMBl. 161“ statt: „ZMBl. 1611“.
- E. 636 Anm. 1 § 382 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Die Unterscheidung von Detter: „originäre und novitrende“ Urkunden, Zur.  
 Literaturbl. 6, 14 u. die Zulassung des Gegenbeweises gegen letztere ist ohne  
 gesetzlichen Anhalt.
- E. 667 Z. 3 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
 Ueber die Behandlung kumulativer Behauptungen als Gegenstand einer Eides-  
 zuschiebung vgl. RÖ. 34, 368.
- E. 672 Z. 2 v. u. hinter: „Seuffert Anm. 2“ einzuschalten:  
 (auch P. Bach, Inaugural-Differt., vgl. Kleinfeller, Literaturber., Busch 21, 171).
- E. 695 Z. 14 v. o. hinter: „1895 S. 34“ zu setzen:  
 RÖ. 34, 413.
- E. 710 Anm. 1 § 450 Z. 6 lies: „Anm. § 450“ statt: „Anm. 450“.

- S. 729 Z. 11 v. o. lies: „Beklagten“ statt: „Brklagten“.  
 S. 736 Z. 27 v. u. hinter; „ZB. 542“ zu setzen:  
**RO. 34, 364.**  
 S. 737 Z. 7 v. u. lies: „Endemann 2, 406“ statt: „Endemann 406“.  
 S. 739 Z. 7 v. o. hinter „§ 472“ zu setzen:  
 Die Zustellung des Schriftsatzes an den Nebeninterventienten ist — abgesehen von dem Falle des § 66 — nicht nötig, aber auch nicht ausreichend, selbst wenn in der Vorinstanz nur der Nebeninterventient verhandelt hatte; **RO. 34, 389.**  
 S. 743 Z. 14 v. u. die Worte: „Seuffert Anm. 2“ zu streichen.  
 S. 745 Anm. 1 § 487 am Schluß hinzuzusetzen:  
 In dem Antrage des Berufungsbeklagten, die Hauptsache für erledigt zu erklären, ist noch kein Verzicht auf Zurückweisung der Berufung zu finden; **RO. 20. März 1895, ZB. 224.**  
 S. 749 Z. 3 u. 2 v. u. lies: „Endemann 2, 419; vgl. § 655 Abs. 2“ statt: „Endemann 419, 655 Abs. 2.“  
 S. 752 Z. 21 v. u. hinter: „entsprechend erachtet“ hinzuzusetzen:  
 Die Weigerung, einen zugesprochenen Eid anzunehmen (**RO. 18. März 1895, ZB. 265**) ist noch keine Verweigerung der Leistung, sondern nur eine Verweigerung der Erklärung über die Eideszuschreibung, welche unter § 493 fällt.  
 Eine Verweigerung der Eidesleistung kann nur von demjenigen ausgesprochen werden, welcher den Eid angenommen hat, oder dem er zurückgeschoben ist; letzteres, weil der zurückgeschobene Eid von dem Relaten als angenommen gilt, § 421. Die angeführte Entscheidung ist deshalb im Resultate richtig, aber nicht in der Begründung.  
 S. 754 Z. 4 v. u. lies: „Endemann 2, 425“ statt: „Endemann 2, 518“.  
 S. 755 Anm. 1 § 498 Z. 11 hinter: „ZB. 1894 S. 83“ einzuschalten:  
**RaffR. 39, 446.**  
 S. 760 Anm. 5 § 500 Z. 6 u. 7. die Worte: „MR. Seuffert Anm. 4“ zu streichen.  
 S. 761 Z. 2 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
**RO. 34, 397.**  
 S. 765 Anm. 1 § 504 Z. 4—6 v. u. die eingeklammerten Worte (Letzterer—verneint) zu streichen.  
 S. 766 Z. 16 v. u. hinter: „RaffR. 36, 887“ einzuschalten:  
 18. Febr. 1895, **ZB. 224.**  
 S. 772 Z. 13 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
 Ueber eine unwirksame Erhöhung der Revisionssumme zur Umgehung des Gesetzes vgl. **RO. 34, 417.**  
 „ Z. 5 v. u. die Worte: „Seuffert Anm. 4“ zu streichen.  
 S. 786 Anm. 6 § 513 vorl. Z. lies: „Endemann 2, 463“ statt: „Endemann 2, 243“.  
 S. 849 Z. 26 v. o. hinter: „RaffR. 26, 841“ zu setzen:  
 16. März 1895, **ZB. 239.**  
 „ Z. 27 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
**DZB. Colmar, Busch 21, 89.**  
 S. 850 Anm. 2 § 563 Z. 5 lies: „Endemann 2, 556“ statt: „Endemann 550“.  
 S. 853 Anm. 1 § 566 Z. 9 lies: „§ 629“ statt: „§ 529“.  
 S. 856 Z. 1 vorauszuschicken:  
 Vgl. zu § 568 Reibel, Z. f. intern. Privat- u. Strafr. 4, 324 ff.; Kleinfeller, Literaturber., Busch 21, 172.  
 S. 867 Z. 9 v. o. hinter: „ZB. 545“ zu setzen:  
**RO. 34, 351.**  
 „ Z. 15 v. o. hinter: „ZB. 545“ zu setzen:  
**RO. 34, 368.**

- S. 876 Z. 3 v. o. lies: „Endemann 3, 32, 33“ statt: „Endemann 2, 32, 33“.  
 S. 877 Z. 21 v. u. lies: „Endemann 3, 34, 35“ statt: „Endemann 3, 54, 55“.  
 S. 886 Anm. 1 § 600 Z. 3 v. u. lies: „§ 600“ statt „§ 690“.  
 S. 892 Z. 2 v. u. hinter: „Entmündigte“ einzuschalten:  
*MR. NO.* (6. Sen.) 7. März 1895, *Zeit. Anwl. Raumb.* 1895 S. 52, weil der Entmündigte für die Anfechtungsklage als prozeßfähig gilt. Dies ist aber nur eine Fiktion, von welcher abzusehen ist, wenn dem Entmündigten für den Prozeß ein „Vertreter“ bestellt wird. Einen inneren Unterschied zwischen der Beordnung aus § 620 und § 609 anzunehmen, wie das *NO.* thut, verbietet schon die wörtlich gleiche Ausdrucksweise. Die Beordnung eines bloßen Prozeßvertreters wird im Befehle anders ausgedrückt; vgl. § 107 *Nr. 3, RND.* § 34.  
 S. 893 Z. 11 v. o. hinter: „*ZW.* 1895 S. 9“ zu setzen:  
*NO.* 34, 386.  
 S. 894 Anm. 1 § 611 Z. 9/10 lies: „Endemann 3, 59“ statt: „Endemann 2, 59“.  
 S. 899 Anm. 3 § 620 Z. 2 hinter: „*NO.* 21, 369“ zu setzen:  
 7. März 1895, *Zeit. Anwl. Raumb.* 1895 S. 52.  
 S. 904 Z. 15 v. o. lies: „§ 702 *Nr.* 4“ statt: „§ 702 *Nr.* 5“  
 „ *Borb.* vor § 628 Z. 4 v. u. lies: „3. Aufl. 255—263“ statt: „2. Aufl. 226—332“.  
 S. 917 Z. 4 v. o. hinter: „*ZW.* 575“ zu setzen:  
*NO.* 34, 373.  
 S. 918 Z. 27 v. o. lies: „Gauf“ statt: „Gaupp“.  
 S. 927 Z. 18 v. u. lies: „§ 283“ statt „§ 238“.  
 S. 929 Anm. 3 § 646 Z. 10 lies: „§ 646“ statt: „§ 636“.  
 S. 931 Z. 25 v. o. die Worte: „Seuffert Anm. 4“ zu streichen.  
 S. 942 Z. 3 v. o. ist „*MR.*“ zu streichen und hinter: „Struckmann-Roch“ zu setzen.  
 S. 943 Z. 28 v. u. hinter: „*ZW.* 518“ zu setzen:  
*NO.* 34, 354.  
 „ Z. 31 hinter: „unterschiedet“ zu setzen:  
 selbst dann, wenn er schon in der Berufungsinstanz hätte mit Erfolg gestellt werden können; *NO.* 34, 384.  
 S. 945 Anm. 1 § 657 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Keine Anwendung findet § 657 bei Beschreitung des Rechtswegs gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde über Kranken-Unterstützungsansprüche (§ 58 Krankenversicherungsges.), *RG.* Berlin I, *Bl.f.R.* 6, 52.  
 S. 951 Z. 20 v. o. u. Z. 22 v. u. zweimal die Worte: „Gaupp Anm. I“ zu streichen.  
 S. 955 Z. 2 v. o. hinter: „giltigt sind“ einzuschalten:  
 Klein, *Schr. f. intern. Privat- u. Strafr.* 4, 417 ff.  
 S. 956 Z. 8 v. o. lies: „§§ 729 ff.“ statt: „§§ 279 ff.“  
 S. 959 Anm. 2 § 664 Z. 2 hinter: „begehrt“ hinzuzusetzen:  
*MR. G. Meyer, Busch* 21, 87.  
 „ Z. 6 hinter: „Struckmann-Roch Anm. 2“ einzuschalten:  
*MR. DLG. Breslau, Busch* 21, 85.  
 S. 963 Z. 3 v. u. hinter: „*S.f.G.* 1894 S. 171“ einzuschalten:  
*NO.* 34, 377.  
 S. 969 Z. 15 v. o. lies: „Stern“ statt: „Voigt“.  
 S. 970 Anm. 1 § 672 Z. 6 u. 7 lies: „Kalendertages“ statt: „Kalenderjahres“.  
 S. 971 Z. 23 v. o. lies: „ausgehobenen“ statt: „aufgehobenen“.  
 S. 977 Anm. 3 § 678 Z. 1. lies: „Behältnisse“ statt: „Verhältnisse“.  
 S. 983 Z. 1 v. o. hinter: „*ZW.* 590“ zu setzen:  
*NO.* 34, 377.  
 S. 984 Z. 2 v. o. hinter: „Niedt“ S. 138“ einzuschalten:  
 sowie *G. Meyer u. DLG. Breslau, Busch* 21, 83.



- §. 988 Z. 23 v. o. lies: (§ 703) statt: (§ 723).  
 §. 992 Z. 2 v. o. hinzuzusetzen:  
 Daraus folgt aber nicht, daß der Vollz. zur Fortsetzung der ZB. berechtigt ist, wenn ihm nach Ablauf der Frist eine Entscheidung des Prozeßgerichts auf Einstellung der ZB. vorgelegt wird; denn letztere bleibt immer zu respektiren, auch wenn die betr. Anordnung des Vollstreckungsgericht kraftlos geworden ist; vgl. Petersen, 2. Aufl. S. 959, Falkmann 108.
- §. 995 Z. 14 v. o. hinter: „Buchs 5, 119“ einzuschalten:  
 Boß, civR. 83, 369 ff.  
 „ Z. 24 v. u. hinter „ZB. 126“ zu setzen:  
 RÖ. 34, 422.
- §. 997 Z. 18 v. o. hinter: „Struckmann-Roch Anm. 3“ einzuschalten:  
 Seuffert Anm. 4 Dagegen  
 „ Z. 20 v. o. die Worte: „Seuffert Anm. 2d“ zu streichen.  
 „ letzte Z. lies: „§ 684“ statt: „§ 284“.
- §. 1015 Z. 24 v. o. die Worte: „Struckmann-Roch Anm. 5“ zu streichen.
- §. 1019 Z. 2 hinter: „Schuldner“ einzuschalten:  
 mit verschiedenen allgemeinen Gerichtsständen,
- §. 1020 Anm. 1 § 706 vor Z. 5 v. u. als neue Zeile einzuschalten:  
 Wegen der Beurkundungen der Vormundschaftsgerichte bzw. des Versprechens der Alimentation außerehelicher Kinder in Bayern vgl. Bl.f.Rechtsanw. 58, 385; 59, 241 ff.; Kleinfeller, Literaturber., Buch 21, 175.  
 „ ebenda Z. 5 v. u. lies: „Württemberg“ statt: „Wüttemberg“ und hinter: „Gaupp“ einzuschalten: 1. Aufl.
- §. 1021 Z. 10 v. u. lies: „1892“ statt: „1899“.
- §. 1023 Z. 3 v. u. hinter: „248“ einzuschalten:  
 Vgl. RÖ. 15. März 1895, ZB. 239.
- §. 1035 Z. 15 v. u. hinter: „RÖ. 14, 358“ einzuschalten:  
 34, 422.
- §. 1038 Z. 13 v. o. hinter: „Z.f.G. 1893 S. 92“ einzuschalten:  
 auch Amtsg. München, Z.f.G. 1895 S. 62.
- §. 1039 Z. 6 v. o. hinter: „Z.f.G. 1894 S. 57“ einzuschalten:  
 Zusf. für Nr. 4 RÖ. 19. April 1895, ZB. 240.
- §. 1040 Z. 9 v. o. hinter: „nicht auf“ einzuschalten:  
 RÖ. 19. April 1895, ZB. 239 f.
- „ Z. 10 v. u. lies: „§ 715“ statt: „§ 5“.
- §. 1045 Z. 16 v. u. die Worte: „Seuffert Anm. 2“ zu streichen.
- §. 1061 Z. 23 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
 Als Vollstreckungsgericht gilt dafür das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Pfändung stattgefunden hat, § 684; RÖ. 1. April 1895, ZB. 240.
- §. 1073 Anm. 1 § 744 am Schluß hinzuzusetzen:  
 Vgl. auch Anm. 4 § 809.
- §. 1076 Ueberschrift lies: „§ 746“ statt: „§ 764“.
- „ Z. 1 v. o. hinter: „Pfändungsbeschuß“ einzuschalten:  
 (auch wenn es sich nur um eine Arrestpfändung handelt, OLG. München, Z.f.G. 1895 S. 63).
- §. 1082 Anm. 5 § 749 Z. 2 hinter: „25—29“ einzuschalten:  
 14. Jan. 1894, RÖBl. 107.
- §. 1113 Z. 24 v. o. hinter: „SA. 50, 231“ zu setzen:  
 RÖ. 34, 173.
- §. 1115 Anm. 5 § 774 Z. 5 hinter: „ZB. 1895 S. 43“ zu setzen:  
 RÖ. 34, 406.

§. 1148 S. 4 v. u. hinter: „Reyer Proj.-Pr.“ einzuschalten:  
2. Aufl.

§. 1154 S. 4 v. u. lies: „§ 672 Abs. 2“ statt: „§ 671 Abs. 2.“

§. 1167 S. 7 v. u. hinter: „407 ff.“ hinzuzusetzen:

Ebensowenig steht der Dringlichkeit der Umstand, daß das für die Hauptsache zuständige Landgericht sich an demselben Orte befindet, wie das Amtsgericht, grundsätzlich entgegen. Die Entscheidung des Amtsgerichts ist in der Regel schneller herbeizuführen als die des Kollegialgerichts. Unrichtig daher die landgerichtliche Entsch., Zeitung der Anwaltskammer Raumburg 1889 S. 88.

§. 1231 S. 18 v. u. hinter: „Busch 13, 425“ einzuschalten:  
Vgl. dazu Seuffert, Jhering Jahrb. 34, 484 ff.

§. 1264 S. 20 v. u. hinter: „ZB. 95 S. 29“ zu setzen:  
RB. 34, 306.

§. 1294 S. 24 v. o. hinter: „14. Dez. 1894“ zu setzen:  
RB. 34, 419.

## Schluß-Nachträge.

- §. 38 Z. 16 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:**  
 Gef. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschiffahrt 15. Juni 1895  
 (Gesetzeskraft v. 1. Januar 1896 ab.), *ROBl.* S. 301, §§ 6, 97.
- §. 49 Z. 8 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:**  
 Wegen der Vermögensmassen, die verklagt werden können, insbesondere  
 Nachlaß- und Konkursmassen vgl. *Ann.* 1 § 50, *Ann.* 1 § 220, *Ann.* 3  
 § 230; *DZG.* Marienwerder, *SA.* 50, 345.
- §. 102 Z. 5 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:**  
 Die Zugiehung des Ehemannes zum Prozeß wird dadurch genügend aus-  
 gedrückt, daß derselbe als „Beistand“ der Frau klagt oder verklagt wird;  
*RO.* 8. Mai 1895, *ZW.* 292. Vgl. auch über die Frage: Neubauer, *Arch.*  
 f. bürgerl. R. 10, 115 ff.
- §. 165 Vorb. 2 vor § 87 Z. 7 v. u. hinter „174“ einzuschalten:**  
 nach gem. R. *DZG.* Kiel, *SA.* 50, 300.
- §. 185 Ann. 1a vor § 98 Z. 5 hinter: „ZB. 109, 110“ zu setzen:**  
 Eine Abweichung von den im Urtheil festgestellten Grundsätzen über die Kosten-  
 last im Kostenfestsetzungsbeschlusse ist natürlich nicht gestattet; *RO.* 24. April  
 1895, *ZW.* 263.
- §. 197 Z. 19 v. o. vor: „In den Niederlanden“**  
 Durch franz. Gef. 6. März 1895 ist die Befreiung der Ausländer von der  
 Kosten-Kautions in Handelsachen für Frankreich aufgehoben, Goldheim,  
*Monatsschr. f. Aktienrecht* 1895 S. 160; *Raumf. AnwZ.* 1895 S. 174.
- §. 251 Ann. 1 § 142 Z. 9 hinter: „ZB. 261“ zu setzen:**  
*DZG.* 2. Nov. 1894, *SA.* 50, 353.
- §. 285 Ann. 3 § 166 am Schluß hinzuzufügen:**  
 „für Preußen durch Verf. 17. Juni 1895, *ZROBl.* 221“.
- §. 375 Z. 26 v. u. hinter: „6, 2“ einzuschalten:**  
 „Reumiller, *Z.f.G.* 1895 S. 68 ff.“
- §. 378 Z. 20 v. o. hinter: „unwirksam ist“ einzuschalten:**  
 Anwendung des Grundsatzes auf Einreden vgl. *DZG.* 23. Jan. 1895, *SA.*  
 50, 350.
- §. 384 Z. 14 v. u. hinter: „Buchs 5, 79“ einzuschalten:**  
*RO.* 25. März 1895, *ZW.* 238.
- §. 389 letzte Zeile hinter: „§ 87 S. 19“ hinzuzusetzen:**  
*RO.* 27. März, 18. April 1895, *ZW.* 238, 292.
- §. 397 Ann. 1 § 233 Z. 9 lies: „Bl.f.Rechtsanw.“ statt: „Bl.f.R.“**
- §. 408 Ann. 4 § 236 Z. 11 hinter: „Klagen“ hinzuzusetzen:**  
 Die Ansicht des *RO.* (VI. Sen.) 6. Mai 1895, *ZW.* 265, daß die Vollstreckungs-  
 Klausel nicht ertheilt werden könne, weil der Rechtsnachfolger dadurch in ein  
 prozessuales Verhältniß zu der beklagten Partei gebracht würde, ist unzu-  
 treffend.
- §. 421 Z. 17 v. o. hinzuzusetzen:**  
*RO.* 3. Mai u. 24. April 1895, *ZW.* 293, 295.

- §. 425 Z. 12 v. o. vor „demnach“ einzuschalten:  
DblG. 3. Dez. 1894, SA. 50, 360.
- §. 455 Z. 13 v. u. am Schluß hinzuzusetzen:  
Ein Indizienbeweis für erhebliche Thatfachen kann nur abgelehnt werden, wenn das Gericht zu der Ueberzeugung gelangt ist, daß selbst beim Bestehen desselben keine Veranlassung zur Auserlegung eines richterlichen Eides für die eine oder andere Partei bzw. eines anderweltigen Eides als des in der Vorinstanz auferlegten sein würde; **RO.** 14, 327; 7. Mai 1895, **ZB.** 293.
- §. 461 Z. 10 v. u. hinter SA. 50, 98:  
Voraussetzung für die Auserlegung des Eides ist, daß das schadenbringende Ereigniß feststeht; nicht die Existenz des Schadens, welche durch den Eid selbst festgestellt werden kann; **RO.** 8. Mai 1895, **ZB.** 293 f.
- §. 496 Z. 10 v. o. hinter „**ZB.** 424“ zu setzen:  
1. Mai 1895, **ZB.** 294.
- §. 595 Anm. 4 § 350 Z. 9 hinter „SA. 48, 353“ einzuschalten:  
vgl. **RO.** 30. April 1895, **ZB.** 294.
- §. 605 Z. 18 v. o. hinter „**ZB.** 315“ einzuschalten:  
19. April 1895, **ZB.** 263 f.
- §. 646 letzte Zeile am Schluß hinzuzusetzen:  
**RO.** 18. April 1895, **ZB.** 264.
- §. 660 Anm. 1 § 406 Z. 5 hinter „veranlassen“ hinzuzusetzen:  
Daß eine bloße Namensunterschrift grundsätzlich zur Schriftvergleichung ausreicht, ist nicht bestimmt, auch nicht aus § 404 zu folgern; **RO.** 18. März 1895, **ZB.** 294; indessen ist auch nicht das Gegentheil bestimmt.
- §. 708 Vorb. vor § 447 Abs. 2 am Schluß hinzuzusetzen:  
Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt 15. Juni 1895, **ROBI.** 301, §§ 5—13, 61; Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Flößerei 15. Juni 1895, **ROBI.** 341, §§ 8—10.
- §. 722 Anm. 4 § 467 am Schluß hinzuzufügen:  
Vgl. über die Kostenerstattung Anm. 8 § 87, DblG. Stuttgart, SA. 50, 348.
- §. 729 Z. 19 v. o. hinter „**RO.** 27, 370“ einzuschalten:  
und für die Berufung wegen der in erster Instanz nicht verhandelten Schuldforderung DblG. 25. Jan. 1895, SA. 50, 363.
- §. 735 Anm. 4 § 476 am Schluß hinzuzusetzen:  
Die Erklärung, daß die Berufung (des Klägers) und die Klage zurückgenommen werden, enthält einen inneren Widerspruch und kann nicht als wirksame Zurücknahme der Berufung aufgefaßt werden; DblG. 3. Dez. 1894, SA. 50, 360.
- §. 749 Z. 15 v. u. hinter „**ZB.** 308“ zu setzen:  
24. April 1895, **ZB.** 295.
- §. 767 am Schluß hinzuzusetzen:  
Ueber analoge Anwendung des Abs. 2 bei der Beschwerde: DblG. Braun-  
schweig, SA. 50, 362.
- §. 778 Z. 9 v. o. hinter: „Güterrecht“ einzuschalten:  
auch nicht die Frage, ob zur Zeit der Einführung des **AR.** ein Rechtsatz des gem. R. kontrovers war oder nicht; **RO.** 21. März 1895, **ZB.** 295.
- §. 805 Z. 6 v. u. am Schluß hinzuzusetzen:  
sofern es sich um Anfechtung eines landgerichtlichen Beschlusses handelt; **RO.**  
25. April 1895, **ZB.** 264 f.
- §. 812 Anm. 2 § 540 am Schluß hinzuzufügen:  
Ueber die Wahrung der Frist entscheidet der Eingang der Beschwerdeschrift bei dem Gericht; indessen ist mit der Abgabe des Posteinlieferungscheins über die Einschreib-Sendung auch der Eingang der Schrift als geschehen anzusehen, da nunmehr die Abholung lebiglich von dem Adressaten abhängt;

- vgl. DL. in Strieth. Arch. 72, 43, 65 u. DLG. Oldenburg SA. 44, Nr. 139; aM. DLG. Rostock, SA. 50, 353.
- §. 864 Z. 9 v. o. hinter: „15, 288“ zu setzen:  
Ueber Nachholung in der Berufungsinstanz SA. 50, 363; in einem besonderen Prozeß SA. 50, 298.
- §. 944 Z. 2 v. o. hinter: „6, 3“ einzuschalten:  
DLG. 22. Nov. 1894, SA. 50, 365.
- §. 986 Z. 6 v. o. hinter: „Ziff. 18“ einzuschalten:  
DLG. 7. Jan. 1895, SA. 50, 365 f.
- §. 988 Anm. 6 § 686 Z. 6 v. u. hinter: „§ 705 Abs. 4“ zu setzen:  
DLG. 7. Jan. 1895, SA. 50, 366.
- §. 989 Z. 10 v. o. hinter „R. 33, 378“ zu setzen:  
Vgl. Fischer, Sbering Jahrb. 34, 459 ff.
- §. 997 Z. 2 v. o. hinter „abw.“ einzuschalten:  
Vgl. auch R. 1. April 1895, ZB. 296.
- §. 999 Z. 11 v. o. hinter „Seuffert Anm. 2c zu setzen:  
Dagegen DLG. Celle, SA. 50, 291.
- §. 1024 Z. 12 v. o. hinter „gehören“ einzuschalten:  
(vgl. Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt vom 15. Juni 1895, RStBl. 301, §§ 77, 97, 103, 117; Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Flößerei, RStBl. 341, §§ 22, 28, 29.)
- §. 1034 Z. 6 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
Ueber Pfändung von Sachen, die in einer vom Schuldner gemieteten Stahlkammer einer Bank sich befinden, vgl. Blf. R. 1895 S. 65. Ueber Pfändung von Schiffen, die im Schiffsregister eingetragen sind: Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt 15. Juni 1895, RStBl. 301, § 136.
- §. 1039 Z. 2 v. u. hinter „Seiltänzer u. s. w.“ einzuschalten:  
Vgl. dagegen DLG. Hamburg, SA. 50, 466 (Artisten).
- §. 1040 Anm. 10 § 715 Z. 6 hinter „erscheinen“ einzuschalten:  
auch solche die zum Vertrieb der Erzeugnisse unentbehrlich sind, wie Bäderkarren, DLG. Frankfurt, SA. 50, 1040.
- §. 1041 Anm. 15 § 715 Z. 3 hinter: „bezieht“ einzuschalten:  
Vgl. jedoch DLG. Marienwerder, SA. 50, 368 (Taschenuhr eines Landwehroffiziers).
- §. 1051 Z. 6 v. o. am Schluß hinzuzusetzen:  
ferner Bayer. ZBl. 1895 S. 85; ZfG. 1895 S. 66.
- §. 1080 Z. 17 v. u. hinter: „Rannschaften“ einzuschalten:  
Ges. 13. Juni 1895, RStBl. 261, § 9.
- §. 1083 Anm. 7 § 749 Z. 12 hinter: „Geistlichen“ einzuschalten:  
Ges. 13. Juni 1895, RStBl. 261.
- §. 1097 Vorb. vor § 758 Z. 4 hinter: „§ 757“ zu setzen:  
Vgl. Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt 15. Juni 1895, RStBl. 301, § 136.
- §. 1101 Anm. 2 § 762 Z. 13 hinter: „Gläubiger“ einzuschalten:  
Abw. Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt 15. Juni 1895, RStBl. 301 § 136 Nr. 6.
- §. 1135 Anm. 3 § 796 Z. 5 hinter: „32, 743“ einzuschalten:  
DLG. Hamburg, SA. 50, 369.
- §. 1161 letzte Zeile hinter: „R. 21, 416“ zu setzen:  
Kammerger., Sohow 12, 102.
- §. 1170 Z. 8 v. u. hinter: „dieser Vorbem.“ einzuschalten:  
Das Aufgebot der Schiffsgläubiger nach Ges. betr. die privatrechtl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt 15. Juni 1895, RStBl. 301, § 111.

- S. 1173** erste Zeile voraufzuschneiden:  
 Zu § 22 vgl. Gef. 5. Juni 1895, *GS.* 185.
- S. 1193** Anm. 1 § 850 Z. 11 hinter: „*W.D. Art. 54*“ einzuschalten:  
*MR. Staub, Kommentar zur Wechselordnung, Berlin 1895 zu Art. 73.*  
 Ebenda am Schluß hinzuzusetzen:  
 Voraussetzung für § 850 ist auch, daß das Ausschlußurtheil von einem zuständigen Gericht erlassen ist, da es sich hier nicht um ein mit Rechtsmitteln anfechtbares Urtheil in einer Streitfache handelt. So mit Recht *Amtsger. I Berlin in Sachen Dreßler v. Victoria* 70 C. 422. 95.
- S. 1211** Z. 25 v. u. hinter: *Raffr. 36, 1208* zu setzen:  
 andererseits *RG. 10. Mai 1895, ZW. 297.*
- S. 1216** Anm. 1 § 872 letzte Zeile am Schluß hinzuzusetzen:  
 Vgl. *RG. 10. April 1895, ZW. 296.*
- S. 1261** Z. 17 v. u. hinter: „*ROBL. 107, § 6*“ einzuschalten:  
 Gef. 13. Juni 1895, *ROBL. 261, § 18.*
- S. 1305** Z. 3 v. u. hinter: „*Reichsstempelabgaben*“ hinzuzufügen:  
 ferner Gef. betr. die privatrechl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt 15. Juni 1895, *ROBL. 301, § 138.*
- S. 1335** Anm. 1 § 154 Z. 22 v. u. hinter: „*ZRBL. 96*“ einzuschalten:  
 v. 24. Juni 1895, *ZRBL. 226.*
- S. 1340** Vorb. 3 vor § 157 Z. 5 hinzuzusetzen:  
 jetzt Gef. 9. Juni 1895, *ROBL. 256.*
- S. 1356** Anm. 1 § 182 Z. 3 hinter: „*20, 498*“ einzuschalten:  
*OLG. Breslau, SA. 50, 338.*
- S. 1372** Z. 3 v. u. hinter: „*ROBL. 381, § 33*“ zu setzen:  
 Gef. betr. die privatrechl. Verhältnisse der Binnenschifffahrt 15. Juni 1895, *ROBL. 301 § 138; Gef. betr. die privatrechl. Verhältnisse der Flößeret* 15. Juni 1895, *ROBL. 341, § 31.*
-

# Civilprozessordnung

vom 30. Januar 1877

## und Einführungsgesetz

von demselben Tage.





# Einleitung.

## § 1.

### Geschichtlicher Rückblick.

Der gemeine deutsche Civilprozeß gab wegen seines rein schriftlichen Verfahrens, der strengen Durchführung der Verhandlungs- und Eventualmaximen, der Menge positiver Beweisvorschriften und der mit Rechtsmitteln anfechtbaren Beweisinterlokute schon in der letzten Hälfte des achtzehnten Jahrhunderts Veranlassung zu verschiedenen Verbesserungsversuchen. Nach der preussischen Gerichtsordnung von 1794 sollte der Richter von Amtswegen die Wahrheit erforschen. Das Fehlschlagen dieses Systems verursachte in den preuß. Novellen vom 1. Juni 1833 und 21. Juni 1846 die Rückkehr zur Verhandlungs- und Eventualmaxime, mit dem Versuche, dem schriftlichen, sachlich allein maßgebenden Vorverfahren durch eine der richterlichen Beschlußfassung vorangehende mündliche Verhandlung Belebung zu geben.

Inzwischen war in den Rheinlanden in Folge der französischen Eroberungen zu Anfang dieses Jahrhunderts der napoleonische code de procédure civile von 1806 eingeführt und errang sich durch das belebende Element seiner mündlichen Verhandlung Beifall. Den Selbstbetrieb des Prozesses bis zur jedesmaligen sachlichen Beschlußfassung des Gerichts den Parteien überlassend, beseitigt er jede Eventualmaxime für das Parteivorbringen innerhalb der Instanz, giebt jedoch als Korrektiv gegen Verschleppung und nachträgliche Nova dem Gerichte ein souveränes Recht zur Beseitigung von Einreden, beschränkt die Zulassung von Beweismitteln durch das Verbot des Zeugenbeweises in einer erheblichen Menge von Fällen, und stellt dem Gerichte die Staatsanwaltschaft (ministère public) zur Seite. Der Gerichtshof ist auf die Entscheidung über das von den Parteien vorzubereitende und vorzubringende Material beschränkt. Der code de procédure civile blieb, durch einzelne Gesetze modifizirt, in den Rheinlanden bis zur Einführung der deutschen C.P.O. in Geltung, und eroberte für seine Grundsätze zuletzt noch das Königreich Bayern, dessen Prozeßordnung vom 29. April 1869 wesentlich nach den Grundsätzen des französischen Prozeßrechts verfaßt ist.

Mit der Auflösung des Deutschen Reichs 1806 wurde die Landesgesetzgebung der einzelnen Deutschen Staaten völlig selbständig. Der deutsche Bund (1815), ohne gesetzgebende Gewalt für die einzelnen Staaten, hatte weder die Kraft noch den Willen zu einer einheitlichen Prozeßgesetzgebung. Nach Art. 64 der Wiener Schlußakte von 1820 konnte die Bundesversammlung nur Vor-

schläge zu „gemeinnützigen Anordnungen“ machen und die „freiwillige Vereinbarung“ unter den Bundesgliedern erstreben. Auch die Bewegung von 1848 hatte kein Resultat für die einheitliche Rechtsbildung. Die Reichsverfassung vom 28. März 1849 Art. 64, und der Erfurter Entwurf der Reichsverfassung von 1850 Art. 61 blieben mit der „Reichsgewalt“ nur Theorie. Der deutsche Bund trat wieder zusammen. Die Entwicklung des Handels und Verkehrs, welche schon die Bildung des Zollvereins bewirkt hatte, führte durch die von allen Staaten angenommene allgemeine deutsche Wechselordnung (Reichsges. Bl. vom 27. November 1848), und demnächst durch das Allgem. deutsche Handelsgesetzbuch (1861) zu einheitlichen Verkehrs- und Rechtsnormen. Im Gebiete des Prozeßrechts war dagegen jeder Staat nur für sich gesetzgeberisch thätig.

Die wichtigste und folgenreichste Partikular-Gesetzgebung für den Civilprozeß wurde die Prozeßordnung für Hannover vom 8. November 1850. Sie beruht auf der Grundlage der unbedingten Mündlichkeit. Alles, was mündlich dem erkennenden Richter vorgetragen wird, aber auch nur dies ist zu berücksichtigen. Sie kennt keine Eventualmaxime bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, scheidet jedoch das Beweisverfahren als einen besonderen zweiten Abschnitt des Prozeßes aus, und schreibt, wenn nicht schon ohne Beweisaufnahme zu erkennen ist, die Bestimmung der Beweisätze und der Beweislast durch ein Beweisinterlokut in der Form eines Urtheils vor. Das Beweisinterlokut unterliegt der Appellation (Berufung), welche indeß nicht sofort einzulegen ist, auch das Verfahren nicht hemmt, sondern nur, als f. g. vorbehalten, gegen das demnächstige Endurtheil auszuführen ist. Die hannoversche Prozeßordnung, das Werk des Justizministers Dr. Leonhardt, errang, in praktischer Anwendung sich bewährend, bald entschiedenen Beifall in Hannover. Ihre Grundgedanken der reinen Mündlichkeit und der die Beherrschung des Rechtsstoffs erleichternden Zweitheilung der Instanz wurden auch in der württembergischen Civilprozeßordnung vom 3. April 1868 aufgenommen; wengleich die letztere den Werth der Beweisverfügung wesentlich dadurch modifizierte, daß das erlassende Gericht an deren Inhalt bei Fällung des Urtheils nicht gebunden ist, auch in beschränkter Weise eine anderweite Beweisverfügung erlassen kann. Die Prozeßordnungen von Oldenburg vom 2. November 1857 und von Baden vom 18. März 1865 schlossen sich an die Grundätze der hannoverschen Prozeßordnung an.

Die deutsche Civilprozeßordnung fand bei ihrem Inslebentreten (1. Oktober 1879) demnach vier verschiedene Gruppen von Prozeßsystemen vor, in deren Stelle sie eingetreten ist:

- 1) das System des gemeinen deutschen Civilprozeßes, theilweise durch neuere Gesetze modifizirt,
- 2) den französisch-bayrischen Prozeß in Rheinpreußen, Rheinheffen, Elsaß-Lothringen und Bayern,
- 3) die Grundätze der hannoverschen Prozeßordnung,
- 4) das preußische Prozeßverfahren der neueren preußischen Gesetze.

(Vgl. Wach I § 10 S. 129 ff.)

## § 2.

## Geschichte der deutschen Civilprozeßordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes von 1877.

Das Streben nach deutscher Rechtseinheit erhielt in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts die kräftigste Unterstützung durch die große Verkehrssteigerung, welche Eisenbahnen und Telegraphie herbeiführten. Je näher und schneller diese Verbindungsmittel Menschen und Sachen zusammenbrachten, um so unerträglicher wurde der Zustand des Rechtsschutzes, welcher nur für denjenigen wirksam wurde, welcher bei Rechtskundigen des betreffenden Theilbezirks Erkundigungen einziehen konnte und einzog. Inzwischen war die Verschiedenheit der Rechtsnormen und Formen gewachsen, so daß es selbst für die Juristen täglich schwieriger wurde, auch nur über das gewöhnlichste Verfahren und die einfachsten Schritte zur Geltendmachung von Rechtsansprüchen in anderen Bezirken Auskunft zu geben.

Bayern hatte in Verbindung mit mehreren anderen Regierungen auf Grund des Art. 64 der Wiener Schlußakte, welcher die „freiwillige Vereinbarung“ der Bundesstaaten gestattete, am 17. Dezember 1859 bei dem damaligen Bundestage den Antrag gestellt, durch einen Ausschuß zu erörtern, „ob und inwieweit die Herbeiführung einer gemeinsamen Civil- und Kriminalgesetzgebung wünschenswerth und ausführbar sein werde?“ Die Mehrheit des mit dieser Erörterung beauftragten Ausschusses berichtete (12. August 1861): „die allmähliche Herbeiführung einer gemeinsamen Civil- und Kriminalgesetzgebung sei allerdings wünschenswerth, jedoch seien die darauf zu richtenden Bestrebungen zunächst auf einige Theile des Civilrechts und auf das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zu beschränken.“ Demgemäß wurde die Niederlegung von Kommissionen zur Ausarbeitung von Entwürfen einer Civilprozeßordnung und eines Gesetzes über Obligationenrecht beantragt. In weitläufigen Erörterungen über die Kompetenz des Bundes bestritt die Minderheit, daß die Civil- und Kriminalgesetzgebung zu den „gemeinnützigen Anordnungen“ des Art. 64 der Wiener Schlußakte und überhaupt zur Kompetenz des Bundes gehöre, während die Mehrheit diese Gesetzgebung zu solchen Anordnungen rechnete und für vorbereitende Beschlüsse eine Stimmeinhelligkeit der Bundesstaaten nicht nöthig erachtete. Die Mehrheit der Bundesversammlung beschloß am 6. August 1862 gemäß jenem Antrage und setzte eine Kommission für das Obligationenrecht zu Dresden und eine andere für die Civilprozeßordnung zu Hannover ein. Die letztere verfaßte den s. g. hannoverschen Entwurf zur Civilprozeßordnung (1866), die hannoversche Prozeßordnung vom 8. November 1850 zu Grunde legend, indeß vielfach abweichend. Die Minderheit, darunter Preußen, nahm an diesen Kommissionen nicht Theil; Preußen ließ (1864) den s. g. preussischen Entwurf einer Civilprozeßordnung auf der Grundlage des französischen Verfahrens verfassen. Beide blieben nur Entwürfe, als 1866 die Neugestaltung Deutschlands angebahnt wurde.

Die Bundesverfassung des Norddeutschen Bundes vom 26. Juli 1867 unterwarf auch „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren“ der „Beaufsichtigung Seitens des Bundes und der Gesetzgebung desselben“. Art. 4 Nr. 13. Der Bundesrath berief durch Beschluß vom 2. Oktober und 10. Dezember 1867 eine Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs einer „Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die Staaten des Norddeutschen Bundes“. Das Resultat der Kommission war der s. g. Norddeutsche Entw.: „Entwurf einer Civilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund“ (Berlin 1870), welcher sich wesentlich an das Hannoverische Prozeßverfahren angeschlossen.

Die Errichtung des Deutschen Reichs hatte nach kurzer Unterbrechung eine erneute Aufnahme der Schritte zur Herstellung einer einheitlichen Civilprozeßordnung zur Folge. Die Reichsverfassung hatte im Art. 4 Nr. 13 die Bestimmung der Norddeutschen Verfassung wörtlich wiederholt; das spätere Verfassungsgesetz vom 20. Dezember 1873 unterwarf der Kompetenz der Reichsgesetzgebung unter Aufhebung der früheren Beschränkungen „das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren“. Auf Ersuchen des Reichskanzlers hatte der preussische Justizminister Dr. Leonhardt einen neuen „Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung“ (nebst Begründung, im Königl. preuß. Justizministerium bearbeitet. Berlin 1871) redigirt. Dieser Entwurf, welcher sich an den Norddeutschen Entwurf angeschlossen, denselben jedoch in wesentlichen Beziehungen modifizierte, wurde die Grundlage und blieb der Kern der Civilprozeßordnung für das Deutsche Reich.

Der Bundesrath beschloß am 8. Mai 1871, „zur definitiven Feststellung des Entwurfs einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ eine Kommission von 10 Juristen unter dem Voritze des Justizministers Dr. Leonhardt zu berufen, welche „ihren Berathungen den vom Königl. preuß. Justizminister aufgestellten Entwurf einer deutschen Civilprozeßordnung von 1871 in Verbindung mit dem von der früheren Norddeutschen Bundeskommission ausgearbeiteten Entwurf von 1870 und den sonstigen einschlägigen legislativen Vorarbeiten zu Grunde legen“ werde.

Zu Mitgliedern dieser Kommission wurden vom Bundesrathe gewählt:

- 1) der preuß. Geh. Oberjustizrath Dr. Falk, welcher auch nach seiner im Januar 1872 erfolgten Ernennung zum Minister der geistl. Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten Mitglied der Kommission blieb,
- 2) der preuß. Obertribunalsrath Freiherr von Diepenbroick-Grüter zu Berlin,
- 3) der preuß. Appellationsgerichtsrath Pland zu Celle,
- 4) Justizrath Dorn, Rechtsanwalt beim Obertribunal zu Berlin,
- 5) Justizrath von Wilnowski, Rechtsanwalt, damals zu Breslau,
- 6) der bayr. Appellationsgerichtsrath, Referent im Justizministerium, Dr. Schmitt zu München,
- 7) der sächs. Geh. Justizrath Abeken zu Dresden und nachdem derselbe

am 7. Oktober 1871 zum königl. sächsischen Justizminister ernannt war, der sächs. Appellationsgerichts-Präsident Klemm zu Zwickau,

- 8) der württemberg. Obertribunalsrath von Kohlhaas zu Stuttgart,
- 9) der badische Justiz-Ministerialrath Dr. Gebhardt zu Karlsruhe und
- 10) der medlenb. Ministerialrath (später Direktor für die Justizangelegenheiten im Reichskanzleramt) von Amsberg zu Schwerin.

Die Kommission berieth unter dem Voritze des Justizministers Dr. Leonhardt und bei dessen zeitweiser Verhinderung unter dem des Appellationsgerichtsraths Dr. Schmitt vom 7. September 1871 bis 7. März 1872. In dem von dieser Kommission redigirten Entwürfe (nebst dem Entwürfe eines Einführungsgesetzes, Berlin 1872) wurden die Grundprinzipien des Ministerialentwurfs von 1871 im Wesentlichen beibehalten, die einzelnen Bestimmungen jedoch vielfach sowohl sachlich als redaktionell geändert.

Der Kommissionsentwurf, welcher dem Bundesrathe vorgelegt wurde, ist sodann auf den Antrag des Justizausschusses des Bundesraths von dem Letzteren noch in einzelnen Punkten geändert. In dem Kommissionsentwürfe war die Berufung (mit Zulassung von nova) auf die amtsgerichtlichen Urtheile beschränkt und für andere Urtheile nur eine Revision ohne nova zugelassen — was in der Kommission nur mit einer Mehrheit von 6 gegen 5 Stimmen beschlossen war. Der Bundesrath beschloß die Ausdehnung der Berufung auf alle Endurtheile, § 472, und fügte in Folge dessen für die erste Instanz eine Präklusion des Beklagten mit nachträglichem Vorbringen und für die Berufungsinstanz eine Verweisung nachträglicher Behauptungen zum besonderen Verfahren ein, §§ 252, 502; modifizierte ferner die Bestimmungen über die vorläufige Vollstreckbarkeit, §§ 650—653, und nahm die Zustellung durch die Post, §§ 176—180, auf.

Der Bundesrath legte diesen Entwurf der Civilprozeßordnung nebst einem durch eine andere Kommission vorbereiteten Entwurf einer Strafprozeßordnung und einem im preuß. Justizministerium vorbereiteten Entwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes dem Reichstage im Herbst 1874 zur Berathung vor. Die Entwürfe gelangten im Reichstage am 24. und 25. November 1874 zur ersten Berathung und wurden von demselben einer Kommission von 28 Mitgliedern zur ferneren Vorberathung überwiesen. Diese Reichstags-Justiz-Kommission wurde dann durch Gesetz vom 23. Dezember 1874 ermächtigt, auch nach der Vertagung des Reichtages bis zu dessen Wiederzusammentritt ihre Berathungen fortzusetzen, um die Entwürfe in einer der folgenden Sitzungen des Reichtages zur weiteren Berathung gelangen zu lassen. Am 27. Oktober 1875 wurde die Kommission wiedergewählt und durch Gesetz vom 1. Februar 1876 der frühere Auftrag bekräftigt bezw. verlängert.

Die Kommission konstituirte sich am 26. Januar 1875 und wählte aus sich den Oberbürgermeister a. D. Miquel zu Berlin als Vorsitzenden, den Generalstaatsanwalt Dr. v. Schwarze zu Dresden als dessen Stellvertreter; Advokat Eysold zu Pirna, Appellationsgerichtsrath Dr. Mayer zu Augsburg, Obertribunalsrath Struckmann zu Berlin und Kreisgerichtsdirektor Thilo

zu Delitzsch als Schriftführer. Außer den Genannten bestand die Kommission aus den Reichstagsabgeordneten: Obertribunalsrath Dr. Baehr in Berlin, Oberappellationsgerichtsrath Becker in Oldenburg, Landgerichtsrath Bernards in Düsseldorf, Obertribunalsrath v. Forcade de Biaiz in Berlin, Kreisgerichtsrath Gaupp in Ellwangen, Professor Dr. Gneist in Berlin, Rechtsanwalt Dr. Grimm in Mannheim, Bezirksamtmann Hauck in Markt Scheinfeld (Bayern), Bezirksgerichtsrath Herz in Nürnberg, Oberpräsident v. Jagow in Potsdam, Kreisgerichtsrath Klog in Berlin, Appellationsgerichtsrath Dr. Krämer in Passau, Rechtsanwalt Dr. Lasker in Berlin, Dr. Lieber in Camberg, Professor Dr. Marquardsen in Erlangen, Amtsrichter Pfafferoth in Liebenburg, Appellationsgerichtsrath v. Puttkamer in Colmar i. G., Obertribunalsrath Reichensperger in Berlin, Landrath v. Schöning in Pyritz, Rechtsanwalt Dr. Böhl in Augsburg, Advokat Dr. Wolfson in Hamburg und Irrenanstaltsdirektor Dr. med. Zinn in Neustadt-Eberswalde.

Die Kommission, welche vom 26. bis 31. Januar, 26. April bis 10. Juli 1875, 1. September 1875 bis 19. Februar 1876 und 2. Mai bis 3. Juli 1876 fast täglich berieth, hat die Protokolle über ihre Berathungen fortlaufend drucken lassen. Sie legte ihre Resultate mit schriftlichen Kommissionsberichten dem Reichstage im Herbst 1876 zur zweiten Reichstagsberathung vor. Noch vor der zweiten Berathung des Reichstages theilte der Reichskanzler am 3. November 1876 demselben Beschlüsse des Bundesraths mit, welche dieser mit Rücksicht auf die Kommissionsbeschlüsse gefaßt hatte, 32 zum OB., 11 zur OP. und 43 zur StP. (einschl. EinfGes.). Die Reichstagskommission trat (6. bis 14. November 1876, Sitzungen 167—174) zur nochmaligen Berathung über diese Beschlüsse zusammen und legte mit f. g. mündlichen Berichten vom 14. November 1876 das Resultat dieser Nachberathungen vor. Der Reichstag genehmigte in seiner zweiten Berathung vom 17. November bis 2. Dezember 1876 die Beschlüsse seiner Kommission im Wesentlichen, und beschloß nur zum OB. §§ 99, 199 vereinzelte Abweichungen.

Der Bundesrath erklärte hierauf die nunmehrigen Entwürfe für die Civilprozeßordnung und Konkursordnung nebst den Einführungsgesetzen dazu durchweg für annehmbar, dagegen mehrere Beschlüsse des Reichstages für das Gerichtsverfassungsgesetz und die Strafprozeßordnung für unannehmbar. Ueber die letzteren wurde eine Ausgleichung erzielt. Die entsprechenden Aenderungen wurden vom Reichstage in seiner dritten Lesung (18. bis 21. Dezember 1876) beschloffen; und die so beschloffenen Justizgesetze wurden dann nach Zustimmung des Bundesraths sanktionirt und (nebst den Einführungsgesetzen gleichen Datums) publizirt: das Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 (RÖBl. S. 41—80), die Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (RÖBl. S. 83 bis 250), die Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 (RÖBl. S. 253—348) und die Konkursordnung vom 10. Februar 1877 (RÖBl. S. 351—394). Vgl. auch Hellweg im civ. Arch. 62, 78 ff. u. Wach I §§ 10, 11, S. 144 ff.

## § 3.

## Charakteristik der Civilprozeßordnung.

Aufgabe dieses Commentars, welcher wesentlich für die praktische Anwendung der Civilprozeßordnung bestimmt ist, kann es nicht sein, eine Kritik des Systems und seiner Durchführung im Einzelnen zu geben. Unerläßlich ist jedoch zum Verständniß die Hervorhebung der leitenden Grundgedanken. Nur aus dem Zusammenhange des Gesamtsystems sind die einzelnen Vorschriften, welche sämmtlich in innigster Wechselbeziehung zu einander stehen, richtig zu würdigen und anzuwenden. Die C.P. ist eine Neubildung und nicht Kopie eines der bisherigen Prozeßsysteme; sie ist aber nicht auf einer tabula rasa aufgebaut, sondern hat sich nur eigenartig aus dem Vorhandenen entwickelt.

1. Der herrschende Grundsatz der C.P. ist, daß die Parteiverhandlungen vor den erkennenden Richtern unmittelbar erfolgen, was unter dem, wengleich nicht für alle Akte korrekten Begriffe der „Mündlichkeit“ des Verfahrens verstanden wird. Als Grundlage der Entscheidung ist alles zu berücksichtigen, was von Parteiseiten den erkennenden Richtern in mündlicher Verhandlung mitgetheilt wird, und es darf andererseits nur dies mündliche Vorbringen berücksichtigt werden. Nur die wesentlichen Elemente der schriftlich einzureichenden Klage dürfen ohne Einwilligung des Gegners nicht geändert werden, und bilden die feste Grundlage des Verfahrens. Die C.P. stellt den Grundsatz der Mündlichkeit in wenigen knappen Sätzen auf (§§ 119, 128), hält ihn jedoch so entschieden als unbedingte Voraussetzung fest, daß nur die Ausnahmefälle, in welchen eine Entscheidung des erkennenden Gerichts ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen kann, besonders erwähnt sind. In Betreff dieser hervorragenden Bedeutung der Mündlichkeit folgt die C.P. den Grundsätzen der Hannoverischen P.D. v. 8. November 1850. Sie geht namentlich auch über das Maß der Mündlichkeit hinaus, welche das französisch-rheinische und das bayrische Prozeßverfahren erforderten, und tritt dadurch nicht nur zum gemeinen deutschen Prozeß, welcher nur ein schriftliches Vorbringen kennt, sondern auch zum preussischen Prozeßverfahren, für welches nur der Inhalt der Akten entscheidend war, in Gegensatz.

Den Parteien selbst ist überwiegend die Vorbereitung der richterlichen Entscheidung, der Selbstbetrieb des Prozeßes, überlassen. Als Folge theils der Mündlichkeit, theils des Selbstbetriebs des Prozeßes seitens der Parteien hat die C.P. die Nothwendigkeit der Vertretung der Parteien durch Anwälte (Anwaltszwang) aufgenommen, wovon nur einzelne Akte und die vor dem Einzel-Amtsrichter verhandelten Prozeße ausgenommen sind. — Nur ausnahmsweise ist für Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnliche Prozeße ein schriftliches vorbereitendes Verfahren als Grundlage demnächstiger mündlicher Verhandlung gestattet.

2. Neben dem Grundsätze der Unmittelbarkeit für die Vortragsform geht die C.P. in Betreff des Inhalts der von den Parteien vorgetragenen Sachverhältnisse von der s. g. Verhandlungsmaxime aus. Auf Grund des

Partei vorbringen und über die Rechtsfolgen der parteilich vorgetragenen Sachverhältnisse ist zu entscheiden. Zur Vermeidung von Ausschreitungen dieses Grundsatzes ist dem Gericht ein ausgedehntes Fragerecht eingeräumt. Dasselbe soll jedoch nur zur Erläuterung unklarer Anträge und zur Ergänzung und Feststellung des von den Parteien vorgebrachten Sachverhältnisses dienen, und nicht zu Inquisitionen von Amtswegen mißbraucht werden.

Auch abgesehen von dem Fragerecht ist dem richterlichen Ermessen, insbesondere da, wo es unmöglich ist, gesetzgeberisch Grundsätze aufzustellen, welche für alle konkreten Umstände vorausbestimmend richtig wären, ein weiter Spielraum gegeben. Bestimmend war neben der Unmöglichkeit, alle Fälle mit geheimer Präcision zu treffen, die Rücksicht, daß das materielle Recht nicht durch prozessuale Formen unterdrückt werden soll. Immer ist das richterliche Ermessen aber nur innerhalb der Parteienanträge und des Parteivorbringens gegeben.

3. Die C.P. kennt keine Eventualmaxime. Die im gemeinen und preussischen Prozesse mit Präklusionsbedrohung vorgeschriebene Folgeordnung von Einreden, Replik, Duplik u. s. w. ist beseitigt. Zu berücksichtigen ist alles, was bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, für oder gegen den Klageanspruch vorgebracht wird, ohne Rücksicht darauf, zu welcher Zeit es zuerst vorgetragen ist, und ob eine Beweisaufnahme schon stattgefunden hat. Um der Verschleppung entgegenzuwirken, ist zugelassen, verzögernde Verteidigungsmittel bez. Beweismittel unter bestimmten Voraussetzungen zurückzuweisen und Kosten für Verzögerungen aufzuerlegen.

4. Die Beweismittel müssen in Verbindung mit den Thatfachen angegeben werden; der Beweisbeschluß ist nicht anfechtbar, und weder für die höheren Instanzen noch auch für das erlassende Gericht als Grundlage der Endentscheidung bindend. Die in der hannoverschen Prozeßordnung angeordnete Zweitheilung der Instanz, welche nach dem Beweisinterlokut das fernere thatsächliche Vorbringen präkludirt, ist nicht aufgenommen.

5. Ueber die Wahrheit oder Unwahrheit thatsächlicher Behauptungen entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung. Dieser Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung ist nur durch einige positive Beweisregeln in Betreff der Urkunden und des Eides und durch gewisse prozessualische Vorschriften, nach welchen etwas als richtig oder zugestanden gelten soll, beschränkt. Keine Art von Beweismitteln ist ausgeschlossen; die französisch-rheinische theilweise Ausschließung des Zeugenbeweises ist aufgehoben.

6. Für die Verhandlung über Rechtsmittel findet dasselbe Verfahren, wie in erster Instanz, in mündlicher Verhandlung mit Beweisverbindung ohne Eventualmaxime statt. Erst in der mündlichen Verhandlung sind die bestimmten Anträge zu stellen, über welche die Entscheidung angerufen wird. Eine dritte Instanz (Revision) ist nur in Rechtsstreitigkeiten größerer Bedeutung für Gesetzesverletzungen ohne Zulassung erneuerter thatsächlicher Erörterung gegeben. Für bestimmte Fälle ist noch ein Rechtsmittel der Beschwerde gewährt.



7. Für die Geschäfte, welche zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nöthig sind, um die erforderlichen Mittheilungen zwischen den Parteien, zwischen diesen und den Gerichten u. s. w. zu vermitteln, für Zustellungen und Ladungen, und ebenso für die von der C.P. ebenfalls geordnete Zwangsvollstreckung ist nach dem Vorgange der französisch-rheinischen, bayerischen und hannoverschen Einrichtungen das Institut der Gerichtsvollzieher eingeführt, welche im Auftrage der Parteien (und soweit das Gericht von Amtes wegen thätig wird, auch des Gerichts) fungiren.

#### § 4.

#### Anwendungs-Gebiet der Civilprozeßordnung.

Für das Verhältniß der Reichsprozeßgesetzgebung zur Landesgesetzgebung entscheidet Art. 2 der Reichsverfassung: „Innerhalb dieses Bundesgebiets übt das Reich das Recht der Gesetzgebung nach Maßgabe des Inhalts dieser Verfassung und mit der Wirkung aus, daß die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen. Die Reichsgesetze erhalten ihre verbindliche Kraft durch ihre Verkündigung von Reichswegen, welche mittelst eines Reichsgesetzblatts geschieht.“ Demgemäß sind die Landesprozeßgesetze, soweit sie nicht reichsgesetzlich aufrecht erhalten sind, außer Kraft getreten; ebenso mit Rücksicht auf Art. 4 Nr. 13 der Verfassung bzw. Ges. vom 20. Dezbr. 1873 die zum gerichtlichen Verfahren gehörigen bisherigen landesgesetzlichen Gerichtsorganisationen und das materielle bürgerliche Recht, soweit es reichsgesetzlich bestimmt ist.

Aus dem Art. 2 der Reichs-Verf. folgt ferner, daß die Landesgesetzgebung sich auch künftig auf dem von der Reichsgesetzgebung ergriffenen Gebiete der Thätigkeit zu enthalten hat, soweit eine solche nicht reichsgesetzlich der Landesgesetzgebung ausdrücklich vorbehalten ist. Durch ein Landesgesetz können nicht reichsgesetzliche Bestimmungen abgeändert oder aufgehoben werden.

Das gilt auch negativ von der Einführung solcher Bestimmungen, welche die Reichsgesetzgebung nicht getroffen hat. Durch Landesgesetze kann die Geltendmachung von Ansprüchen, Urtheilen, Zwangsvollstreckungsmaßregeln u. s. w. oder die Vertheidigung gegen solche nicht von Bedingungen oder Formen abhängig gemacht werden, welche die Reichsgesetzgebung nicht vorgeschrieben und dadurch für unnöthig erklärt hat. Ebenso kann die Landesgesetzgebung, nachdem dieselben Gerichte für alle ohne Standesunterschied gleichmäßig zuständig erklärt sind, einen privilegierten Gerichtsstand nicht wieder einführen.

Der § 3 des Einf.-Ges. zur C.P. bestimmt: „die C.P. findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.“ Zur Feststellung des Anwendungsbereichs für die Vorschriften der C.P. ist daher zunächst wesentlich: was gehört überhaupt vor die Gerichte, welche Gerichte sind „ordentliche“, und was gehört vor die ordentlichen Gerichte?

I. Welche Angelegenheiten gehören überhaupt zur Entscheidung der Gerichte?

Die Reichsjustizgesetze ordnen die Rechtspflege der f. g. streitigen Gerichtsbarkeit vor den „ordentlichen Gerichten“. § 12, 13 *GB.*; § 2 *EG.*; § 3 *EG.* zur *StP.*; § 3 *EG.* zur *CP.*

Während die *CP.* das Verfahren für „bürgerliche Rechtsstreitigkeiten“ und die *StP.* das Verfahren in Strafsachen vor ordentlichen Gerichten ordnen, enthält das *GB.* theils Bestimmungen über die ordentlichen Gerichtsbehörden und ihre Organe, theils allgemeine Bestimmungen, welche für das Verfahren in Strafsachen und Civilprozessen gleichmäßig zur Anwendung kommen. Rechtspflege und Verwaltung müssen von verschiedenen Behörden ausgeübt werden, § 4 *EG.* z. *GB.*

Im § 13 *GB.* ist nun bestimmt: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind.“

Von der Kognition der ordentlichen Gerichte sind demnach alle Sachen ausgeschlossen, für welche nach jetziger oder künftiger, reichs- oder landesgesetzlicher Bestimmung Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig sind, auch wenn dergleichen begriffsmäßig zu den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten oder Strafsachen zu rechnen wären. Es bleibt der jetzigen und künftigen Landesgesetzgebung überlassen, zu bestimmen, für welche Sachen Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zuständig sind, oder sein sollen; soweit nicht Reichsgesetze Bestimmungen treffen, bez. den Rechtsweg vorschreiben oder ausschließen. Vgl. Anm. zu § 13 *GB.*, § 15 Nr. 1 *EG.* z. *CP.* Reichsgesetzlich sind über Unzulässigkeit der Ausschließung oder Beschränkung des Rechtswegs im *GB.* § 9, *EG.* z. *CP.* §§ 4, 5, *EG.* z. *GB.* § 11 Bestimmungen getroffen, auch positiv die Zulässigkeit des Rechtswegs in einzelnen Gesetzen ausgesprochen. Die Gerichte entscheiden über die Zulässigkeit des Rechtsweges; die Landesgesetzgebung kann jedoch die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Gerichten und den Verwaltungsgerichten oder Behörden über die Zulässigkeit des Rechtsweges besonderen Behörden unter bestimmten, in § 17 *GB.* und § 17 *EG.* z. *GB.* angegebenen Garantien für Besetzung und Verfahren dieser Behörden übertragen.

In Betreff der Verwaltungssachen bez. Verwaltungsgerichte bleiben daher alle reichsgesetzlich eingesetzten Verwaltungsstellen und Verwaltungsprüfungsbehörden (Bundesamt für Heimathwesen, Seeämter, Patentamt, Disziplinarbehörden der Reichsbeamten u. f. w.) in Wirksamkeit; ebenso soweit reichsgesetzliche Vorschriften nicht getroffen sind, die landesgesetzlichen Bestimmungen für Verwaltungssachen. Für Preußen vgl. betr. Kompetenzgerichtshof *B. v.* 1. Aug. 1879; betr. Verwaltungstreitverfahren *Ges.* vom 2. August 1880 nebst *Ges.* vom (26. Juli 1880) 19. und 22. März 1881, 30. Juli und 1. August 1883, vom 19. Mai und 8. November 1889; betr. Disziplinar-

behörden für nicht richterliche Beamte, Gef. vom 21. Juli 1852 und 8. Mai 1889.

II. Von der Organisation des **OB.** und von dem Verfahren vor den „ordentlichen Gerichten“ sind ferner die besonderen Gerichte ausgeschlossen, welche reichsgesetzlich bestellt (vgl. Ann. 4 § 13 **OB.**) oder nach Inhalt des § 14 **OB.** zugelassen sind.

III. Die ordentlichen Gerichte, deren Organisation und Verfahren das **OB.**, die **CP.** und die **StP.** ordnen, sind:

- 1) Amtsgerichte,
- 2) Landgerichte, einschließlich der dazu gehörigen Kammern für Handelsachen,
- 3) Oberlandesgerichte und
- 4) das Reichsgericht  
nach näherer Bestimmung ihrer Zuständigkeit im **OB.** §§ 22—24, 58—71, 100 ff., 119—141; sowie
- 5) das oberste Landesgericht für Bayern gemäß § 8 **OB.** zu **OB.** und §§ 7, 8 **OB.** zu **CP.**

IV. Umfang der Anwendbarkeit der **CP.**

Das **OB.** zu **CP.** bestimmt im § 3:

„Die Civilprozeßordnung findet auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten Anwendung, welche vor die ordentlichen Gerichte gehören.“

Insofern die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, durch die Landesgesetzgebung den ordentlichen Gerichten übertragen wird, kann dieselbe ein abweichendes Verfahren gestatten.“ Vgl. § 3 **OB.** zu **OB.**; Mot. **OB.** S. 27.

In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, für welche besondere Gerichte nicht zugelassen sind, ist hiermit kraft Reichsgesetzes die landesgesetzliche Einführung eines abweichenden Verfahrens vor ordentlichen Gerichten ausgeschlossen; Mot. zu **CP.** 481, 482, Mot. zu **OB.** 208—210. Von dem Grundsatz, daß auf alle diese bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der ordentlichen Gerichte die **CP.** Anwendung findet, sind nur reichsgesetzlich einzelne Ausnahmen in den §§ 11, 15 **OB.** zu **CP.** gemacht. Für diese Ausnahme-Sachen bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften un geändert und kann die Landesgesetzgebung auch andere Vorschriften treffen; ebenso wie für die besonderen Gerichte. Sofern jedoch Abweichungen landesgesetzlich nicht angeordnet sind, bleiben die **CP.** und das **OB.** anwendbar.

Die Voraussetzung des Civilprozesses im Sinne der **CP.** ist, daß ein Rechtsstreit und zwar ein Streit des bürgerlichen Rechts zu erledigen ist, welcher vor die ordentlichen Gerichte gehört. Der Civilprozeß ordnet begriffsgemäß die Geltendmachung erzwingbarer Rechte mit Hilfe der staatlichen Gerichtsorgane. Der Begriff der „Rechtsstreitigkeit“ ist im Gesetze in dem weiteren Sinne der Rechtsverfolgung, Geltendmachung eines thatsächlich nicht

gewährten, wenngleich nicht immer theoretisch bestrittenen, Rechts verstanden und soll den Gegensatz der „streitigen“ zur f. g. nichtstreitigen Gerichtsbarkeit ausdrücken; § 2 O.B., Mot. O.B. S. 3. Das „bürgerliche Recht“, welches die Quelle des verfolgbaren subjektiven Rechts sein soll, ist im Sinne der O.P. und O.B., sowie der Einf.-Ges. das materielle Zivilrecht. Das materielle Recht der einzelnen Bundesstaaten ist durch die Reichsjustizgesetze nicht geändert, soweit dies nicht ausdrücklich darin bestimmt ist. Da sonach die Tragweite des bürgerlichen Rechts wesentlich von den Landesgesetzen abhängt, so ist es im Gesetze absichtlich vermieden, näher zu definiren, was als bürgerliche Rechtsstreitigkeit anzusehen ist. Durch § 3 O.G. zu O.P., § 13 O.B. ist nur die Verweisung der bürgerl. Rechtsstr. an die ordentlichen Gerichte (in negativer Weise) geregelt und so das Anwendungsgebiet der O.P. abgegrenzt. Für den Begriff der b. R. ist das materielle Recht entscheidend, und zwar zunächst das Reichsrecht, soweit es Auskunft giebt, demnächst die Landesrechte. Mot. O.B. S. 32, 22 ff., 27; Prot. O.B. 469—480. Vgl. Anm. zu § 13 O.B., Anm. 1 zu § 3 O.G. zu O.P., ferner Wach I § 8 S. 77.

Außer auf die eigentlichen „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ sind ferner die O.P. und ebenso das O.B. auch auf das Konkursverfahren nach näherer Bestimmung der Konkursordnung anwendbar. Vgl. R.D. §§ 64, 65 und Anm. zu O.B. Ueberschrift.

Ueber das Verhältniß zum ausländischen materiellen Rechte vgl. Anm. zu § 265; über die Berücksichtigung des ausländischen Prozeßrechts vgl. Palow im civil. Arch. Bd. 64 S. 40; R.G. 7, 21 und Anm. zu §§ 328, 329, 660.

## § 5.

### Zur Auslegung.

1. Die O.P. ist, wie jedes Gesetz, wesentlich aus ihrem eigenen Inhalte auszulegen. Der im Gesetze ausgedrückte Wille der gesetzgebenden Gewalt ist allein geltendes Recht. Alle f. g. Materialien, die Vorarbeiten, Entwürfe, Begründungen und Erklärungen einzelner in den Kommissionen beteiligter oder als Mitglieder oder Vertreter von Gesetzesfaktoren thätiger Personen können niemals als gesetzesgleiche Interpretation, sondern nur als wissenschaftliche Hilfsmittel zur Ermittlung der Bedeutung der Gesetzesworte aus der Vorbereitung des Gesetzes dienen, da Niemand den Gesetzgeber zu repräsentiren legitimirt ist und das Gesetz mit der Publikation ein selbständiges und als selbständig geltendes Werk wird. (Vgl. über Gesetzes-Auslegung Wach I §§ 20 ff. S. 254 ff.; die Literatur über die Bedeutung von Gesetzgebungsmaterialien bei Seuffert S. XX; desgl. Rastow-Künzel Beiträge Bd. 23 S. 1 ff.; Bd. 24 S. 805; Busch Zeitschr. Bd. 2 S. 60.) Nach der sorgfältigen Behandlung der O.P. in allen Vorstadien ist in der Regel davon auszugehen, daß Ausdrucksweise, Wortfassung, Folgeordnung und Stellung im System nirgends bedeutungslos sind.

Von entschiedener Wichtigkeit ist die Terminologie des Werks. Die tech-

nischen Ausdrücke, welcher sich das Gesetz bedient, sind, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, durchschnittlich in demselben Sinne gebraucht, und haben ihre festumgrenzte Bedeutung; so daß in der Regel anzunehmen ist, daß mit irgend welcher Abweichung auch eine verschiedene Bedeutung verbunden ist. (Vgl. dagegen Wach I § 23 S. 284 ff.)

Der Grad von Schärfe, welcher den einzelnen Vorschriften beizumessen ist, mit Vorsicht abgemessen. So sind z. B. die wesentlichen Bestandtheile eines Schriftsatzes stets durch die Vorschrift eingeführt: er muß enthalten; diejenigen, welche sachlich fehlen können, ohne dem Schriftsatze seine eigenthümliche Bedeutung zu nehmen, deren Beifügung jedoch vorgeschrieben ist, um die Verschulbung der Verzögerung, Kosten u. dgl. auszuschließen bezw. die Sache zu fördern, sind mit der Weisung eingeführt: er soll enthalten. Vgl. Mot. S. 22; §§ 230, 479, 515, 121; dagegen Heilbut in civ. Arch. 69, 331 ff., Wach I S. 297 ff.

2. Immerhin bilden außer dem Gesetzgebungswerke selbst zur Erläuterung der Bedeutung der Gesetzesworte die demselben vorangegangenen Vorarbeiten ein hervorragendes wissenschaftliches Hülfsmittel. Unter diesen s. g. Materialien (vgl. „die gesammten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen“, auf Veranlassung des Kais. Reichsjustizamts herausgegeben von C. Hahn, 2. Aufl., Berlin 1888, H. v. Decker), kommt zunächst die „Begründung des Entwurfs“ in Betracht, welche mit dem Bundesraths-Entwurf dem Reichstage 1874 vorgelegt ist. Soweit der Justizministerial-Entwurf von 1871 im Gesetze aufrecht erhalten ist, und theilweise auch zur Feststellung der Tragweite der Abweichungen ist die „Begründung“ dieses Entwurfs ebenfalls zu beachten. Der allgemeine Theil der Mot. von 1871 „allgemeine Begründung“ ist vom Justizminister Dr. Leonhardt, der besondere Theil bis zu den Rechtsmitteln vom Geh. Rath Droop und von da ab vom Geh. Rath Kurlbaum II. ausgearbeitet. Die „besonderen“ Motive des Entwurfs der Vorkommission von 1872 sind vom Direktor des Reichslanzleramts von Amsberg redigirt, welcher der Vorkommission als Mitglied angehörte, ohne Betheiligung der übrigen Mitglieder der Vorkommission, welche inzwischen schon auseinander getreten war. Dieser besondere Theil der Begründung stellt also in Inhalt und Fassung nicht die Intention der gesammten Vorkommission mit unzweifelhafter Sicherheit fest. Dieselbe bildet wörtlich den besonderen Theil der dem Reichstage vorgelegten Motive von 1874, mit alleiniger Aenderung der Begründung für die Aenderungen des Bundesraths. Bei der Vorlegung der Justizgesetze im Reichstage hatte der Justizminister Dr. Leonhardt bemerkt: die Motive seien nicht vom Bundesrath in allen einzelnen Beziehungen genehmigt. Bei der Berathung der Reichstagskommission erklärte Direktor von Amsberg: die Motive seien vom Bundesrath nicht beschlossen. „Theils seien in ihnen offizielle Bemerkungen hergenommen aus der Motivirung der Anträge im Bundesrath, theils auch Stellen aus den Protokollen des Bundesraths enthalten; zum Theil aber tragen sie den Charakter einer mehr wissenschaftlichen Ausarbeitung. Immer aber seien sie im Sinne und Geiste der vom Bundesrath gefaßten

Beschlüsse abgefaßt; nur dürfen sie nicht als Motive des Bundesraths angesehen werden.“ Prot. S. 139. Die Motive bilden demnach nicht eine unbedingt authentische Erläuterung für jede Einzelheit.

Jedenfalls sind die Motive, sowohl die knapperen von 1871 als die ausführlicheren von 1872 und 1874 von Autoren verfaßt, welche bei der Berathung und Redigirung der Entwürfe vorzugsweise betheilt waren, und geben im Ganzen eine sehr bedeutende Erläuterung des Gesetzes, welche durch den Zusammenhang und die Wechselbeziehung der einzelnen Bestimmungen bestätigt wird.

3. Ein weiteres wesentliches Hilfsmittel zur Erläuterung bilden die in dankenswerther Ausführlichkeit und objektiver Uebersichtlichkeit gedruckten Protokolle der Reichstagsjustizkommission, sowohl durch die darin enthaltenen Erklärungen der Vertreter der Bundesregierungen, als durch die Feststellung der Gründe, aus welchen einzelne Systeme und Bestimmungen beibehalten bezw. geändert sind. Auch die Protokolle sind nicht ohne Kritik und Vergleichung zu benutzen. Die Aeußerungen der einzelnen Redner sind stets nur ihre Privaterklärungen und die Tragweite der Beschlüsse der R.R. ist nicht immer mit absoluter Sicherheit aufgeklärt. Ueberwiegend jedoch geben auch die Protokolle ein sicheres Bild, in welcher Bedeutung die Vorschriften von denjenigen verstanden sind, welche am unmittelbarsten für die endgültige Feststellung des gesetzgeberischen Gedankens wirksam sein konnten und wollten; und die Vertreter der Bundesregierungen hatten theils als Mitglieder der Vorcommission, theils als Bevollmächtigte des Bundesraths und Mitglieder des Justizauschusses des Bundesraths der Wiege des Werkes nahe gestanden.

Zur Feststellung der Intentionen der Reichstags-Justizkommission hat sie in einzelnen Fällen (zu den §§ 5, 44, 76, 179, 355, 442, 471, 509, 661, 716, 771, 834 C.P. und Einf.Ges. § 16) ausdrücklich zu Protokoll „konstatirt“, was als authentische Absicht der Kommission bei ihren Beschlüssen anzusehen ist; wie dies ebenso auch bei den Berathungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung geschehen ist. Vgl. Zusammenstellungen der authentischen Interpretations-Beilagen J.K.L. vom 1. Oktober 1876 zur Sitzung 164 vom 20. Oktober 1876. — „Authentisch“ sind die „Konstatirungen“ allerdings nur für die Meinung der Kommission.

4. Zu beachten sind ferner auch die früheren Entwürfe, deren Abweichungen insbesondere für die beabsichtigte Bedeutung und Tragweite lehrreich sind; weniger der hannoversche Entwurf von 1866, und am wenigsten der dem Werke und seiner Entstehungsweise am fernsten gelegene preussische Entwurf von 1864; dagegen in hohem Grade der Norddeutsche Entwurf von 1870 (N.), der Justiz-Ministerial-Entwurf von 1871 (E. 1), und der mit dem Bundesraths-Entwürfe von 1874 (B.C.) größtentheils gleichlautende Entwurf der Vorcommission von 1872 (E. 2).

Eine verhältnißmäßig geringere Ausbeute für die Auslegung geben die den früheren Vorberathungen angehörigen Verhandlungen, namentlich die ausführlichen Verhandlungen über den Norddeutschen Entwurf. Selbst den daraus

wörtlich beibehaltenen Bestimmungen ist theilweise bei den späteren Beratungen eine abweichende Bedeutung beigegeben. Indes behalten die Verhandlungen über den hannoverschen Entwurf und den Norddeutschen Entwurf insbesondere hinsichtlich solcher Bestimmungen, welche daraus unverändert in das Gesetz übergegangen sind und keine weiteren Erörterungen in den späteren Stadien veranlaßt haben, eine hervorragende Bedeutung. Zum größten Theile ist das in diesen Verhandlungen enthaltene wesentliche Material in die Motive von 1874 mit aufgenommen. Das Gleiche gilt auch für die Motive von 1871. Es werden daher in diesem Kommentar als Motive (Mot.) nur die des BE. von 1874 citirt, wenn nicht besondere Veranlassung vorliegt, auf die Motive von 1871 oder 1872, oder auf die Verhandlungen über den Norddeutschen Entwurf zurückzugehen.

Die Verhandlungen der Vorkommission von 1871—1872 sind nicht gedruckt, sondern wurden nebst den berathenen Anträgen der Mitglieder der Vorkommission nur in wenigen Exemplaren zur Benutzung für sie selbst metallographirt. Die Erwägungen und Resultate der Vorkommission sind größtentheils in den Motiven von 1872 bez. 1874 niedergelegt. Die Verhandlungen der Vorkommission werden jedoch nachstehend benutzt werden, soweit das Zurückgehen auf dieselben zur Erläuterung dienlich scheint.

## § 6.

### Literatur.

#### 1. Kommentare.

- A. Bödiker, Die Reichscivilprozeßordnung zc. nach den Vorarbeiten des weil. Obergerichts-Direktors R. Reinecke, Hannover 1877 (zweiter unveränderter Abdruck, Hannover 1879).
- L. v. Bülow, Die C.P.D. und ihre Nebengesetze. 2. Aufl. Hannover 1882.
- B. Endemann, Der deutsche Civilprozeß. Berlin 1878, 1879.
- A. Förster, Die C.P.D. für das Deutsche Reich zc. unter besonderer Berücksichtigung des Preussischen Allgem. Landrechts. Grünberg i. Schl. 1884 bis 1888.
- L. Gaupp, Die C.P.D. für das Deutsche Reich zc. 2. Aufl., Freiburg 1890 und 1892 nebst Anhängen betr. Württemberg und Bayern.
- F. Hellmann, Die C.P.D. f. d. D. R. Erlangen 1878, 1879 (Neue unveränderte Ausgabe 1881).
- D. Kleiner, Kommentar zur C.P.D. f. d. D. R. Würzburg 1878—1882.
- F. Petersen, Die C.P.D. f. d. D. R. 2. Aufl. Jahr 1883; 3. Aufl. 1895 (1. Lieferung bis § 59).
- E. J. Puchelt, Die C.P.D. f. d. D. R. Würzburg 1878—1882.
- D. Reinecke, Die deutsche C.P.D. für die Praxis erläutert. 2. Aufl. Berlin 1893.
- v. Sarwey, Die C.P.D. f. d. D. R. Berlin 1879/1880.
- L. Seuffert, C.P.D. f. d. D. R. 6. Aufl. München 1893.

- E. Siebenhaar, Kommentar zur C.P.D. Leipzig 1877.  
 J. Strudmann und R. Koch, C.P.D. f. d. D. R. 2c. 5. Aufl. Berlin 1889;  
 6. Aufl. 1894 (noch unvollständig, bis § 644).  
 G. F. Chr. Uebel, Kommentar der C.P.D. Bamberg 1878.  
 G. v. Wilimowski und M. Levy, Handausgabe der C.P.D. und des Ger.  
 Verf.Ges. auf Grundlage ihres Kommentars. 3. Aufl. Berlin 1894.  
 W. Peters, Die C.P.D. f. d. D. R. 2. Aufl. Berlin 1893.

## 2. Systematische Darstellungen.

- L. v. Bar, Systematik des deutschen Civilprozeßrechts auf Grundlage der  
 deutschen Reichsjustizgesetze, zugleich Grundriß zu Vorlesungen. Breslau 1878.  
 Derselbe, Der Civilprozeß, in v. Holzendorff, Encyclopädie der Rechtswissen-  
 schaft. 5. Aufl. Leipzig 1890. S. 767 ff.  
 R. Volgiano, Handbuch des Reichscivilprozeßrechts. Allgemeiner Theil.  
 Stuttgart 1879.  
 A. Engelmann, Der Civilprozeß, Geschichte u. System. Breslau 1889—1891.  
 H. Fitting, Der Reichscivilprozeß. 8. Aufl. Berlin 1894.  
 F. Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts für den akademischen  
 und praktischen Gebrauch. München 1885.  
 J. Kohler, Der Prozeß als Rechtsverhältniß. Prolegomena zu einem System  
 des Civilprozeßes. Mannheim 1888.  
 Mewes, Die Civilprozeßordnung und die Zwangsvollstreckung in das un-  
 bewegliche Vermögen nach jetzt geltendem preuß. Recht. Breslau 1881.  
 J. W. Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. 1. (Allgemeiner  
 Theil) Nördlingen 1887. Bd. II. 1. Abth.: Das regelmäßige Verfahren  
 erster Instanz. München 1891.  
 J. Remeló, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Köln 1878.  
 v. Rintelen, Der Civilprozeß, systematisch bearbeitet für die ordentlichen  
 Gerichte des preussischen Staats und für das Reichsgericht 2c. Berlin 1891.  
 P. H. S. Schelling, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßes. Erlangen 1880.  
 A. Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. Leipzig 1885 (noch  
 unvollständig).  
 Derselbe, Vorträge über die Reichscivilprozeßordnung. Bonn 1879.  
 R. Warmuth, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts (unvollständig).  
 Straßburg 1881.  
 Willenbücher, Grundriß des Prozeß- und Zwangsvollstreckungsverfahrens.  
 Berlin 1889.  
 G. v. Wilimowski u. M. Levy, Vorträge. Zur praktischen Anwendung  
 der deutschen C.P.D. Berlin 1879.

## 3. Zeitschriften und Sammlungen von Entscheidungen.

Ausschließlich dem Civilprozeß gewidmet sind:

- Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, begründet von H. Busch, jetzt heraus-  
 gegeben von M. Schulzenstein und F. Bierhaus, 20 Bände, 1879—1894.



Zeitschrift für Gerichtsvollzieher seit 1887, hauptsächlich für das Gebiet der Zustellungen und Zwangsvollstreckungen: jetzt: Zschr. über Vollstreckungsrecht u. Zustellungsverfahren.

Außerdem finden sich in fast sämtlichen civilistischen Zeitschriften Erörterungen civilprozessualischer Fragen. Besonders hervorzuheben sind:

Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (früher Bruchot, jetzt Rastow, Rünzel und Eccius).

Archiv für civilistische Praxis.

Archiv f. bürgerliches Recht, herausgegeben v. Kohler, Ring u. Dertmann (Berlin seit 1889).

Sächsisches Archiv f. bürgerl. Recht u. Prozeß, herausgegeben von Hoffmann u. Wölfert seit 1891 (Leipzig).

Zuristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltvereins.

Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von C. S. Grünhut.

Vgl. im Uebrigen das Verzeichniß bei Wach, Bd. 1 S. 180.

Ein Theil der Zeitschriften enthält auch fortlaufend Entscheidungen der Gerichte über Prozeßfragen, namentlich Busch, Rastow-Rünzel, Zuristische Wochenschrift. Daneben sind die bekannte Sammlung von Seuffert (jetzt Schütt, Archiv der Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten) und in erster Reihe die „Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Reichsanwaltschaft“ (bis jetzt 33 Bände) von Bedeutung, ferner A. Wolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Leipzig (bis jetzt 18 Bände) seit 1886; Scherer, Die Entscheidungen des Reichsger. und des bayerischen Obersten Landesgerichts z. C.P.D. Leipzig 1893; Freudenthal, Jahrb. der neuesten Rechtsprechung z. C.P.D. u. O.B.G. Bd. 1. Berlin 1893; Hergenhahn u. Otto Eccius, Rechtsprechung der höheren u. höchsten Gerichtshöfe über Prozeßbevollmächtigte u. Rechtsanwälte. 2 Bb. Hannover 1894.

#### 4. Abhandlungen.

Vgl. die Zusammenstellungen von Birkmeyer in Rastow-Rünzel, Beiträge Bd. 28 S. 179 ff. bis Ende 1883); Fischer im civil. Archiv Bd. 70 S. 321 ff. (1884—1886); Seligsohn in Busch, Zeitschrift für Civilprozeß Bd. 8 S. 303 ff., Bd. 10 S. 532 ff., Bd. 12 S. 539 ff.; Kleinfeller ebenda Bd. 15 S. 133 ff.; Bd. 16 S. 189 ff., Bd. 18 S. 408 ff., Bd. 19 S. 502 ff.

Zur Orientierung geeignet ist auch besonders:

D. Mühlbrecht, Wegweiser durch die neuere Litteratur der Staats- und Rechtswissenschaft 2. Aufl. (abgeschlossen 1. Januar 1893), Berlin 1893.

Außerdem enthalten die bekannten Lehrbücher des gemeinen und preussischen Rechts von Windscheid, Dernburg u. s. w. hier und da civilprozessualische Erörterungen. Eine besonders reiche Fundgrube ist in dieser Beziehung:

**R. E. Eccius**, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts auf der Grundlage des Werkes von Dr. Franz Förfner, 6. Aufl. Berlin. 1892/1893.

### 5. Praktika.

**H. Meyer**, Anleitung zur Prozeßpraxis, 3. Aufl. Berlin 1893.

**Daubensped**, Referat, Votum u. Urtheil, 5. Aufl. Berlin 1894.

**F. Rohler**, Civilprozessualische Rechtsaufgaben, 2. Aufl. Jena 1893.

**R. Schüd**, Civilprozeßpraktikum, Berlin 1893.

**Jastrow**, Handbuch f. amtsgerichtliche Geschäfte, Berlin 1893.

**E. Ebert**, Das amtsgerichtliche Dezernat, 2. Aufl. Breslau 1894.

**Becher**, Juristische Monatschrift zur Vorbereitung f. die zweite praktische Prüfung, seit 1891, München.

**Adolf Stölzel**, Schulung für die civilistische Praxis. Berlin 1894.

6. Ueber die Literatur des älteren deutschen Civilprozeßrechts vgl. **Wach** Bd. 1 § 14 S. 169 ff. und die dort citirten Schriftsteller, namentlich **Wegell**, System des ordentlichen Civilprozeßes 3. Aufl. Leipzig 1878 § 3; **Renaud**, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozeßrechts mit Rücksicht auf die neueren Civilprozeßgesetzgebungen, Leipzig und Heidelberg 1867 § 10; **W. Endemann**, Das deutsche Civilprozeßrecht, Heidelberg 1868 §§ 6, 8, 9.

Auch in Frankreich hat der deutsche Civilprozeß eine Bearbeitung erfahren in dem Buch: code de procédure civile pour l'empire d'Allemagne par **Glasson, Lederlin et Dareste**, Paris 1887.

Ueber die Literatur zum Gerichtsverfassungsgesetz vgl. ferner die Einleitung zu demselben.



# Civilprozeßordnung.

Rom 30. Januar 1877.

Wir **Wilhelm**, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen &c.

verordnen im Namen des Deutschen Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstags, was folgt:

## Erstes Buch.

### Allgemeine Bestimmungen.

#### Erster Abschnitt.

#### Gerichte.

#### Erster Titel.

#### Sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

Der Ausdruck: „sachliche Zuständigkeit“ („objektive Kompetenz“ im Sinne des gem. Civilprozeßrechts, vgl. Endemann Lehrb. §§ 41, 42, Wehll §§ 37, 38) ist für die deutschen Justizgesetze ein technischer; er bezeichnet die Zuständigkeit, vermöge deren bestimmte Klassen von Rechts Sachen vor bestimmte Arten von Gerichten gehören. Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit bestimmen darüber, ob ein Rechtsstreit der vorgebrachten Art nach der Qualität der Rechts Sache in erster Instanz vor ein Amtsgericht oder ein Landgericht, bez. bei Landgerichten vor eine Civilkammer oder eine Kammer für Handels sachen, bez. gleichen in zweiter Instanz vor ein Landgericht oder ein Oberlandesgericht, in dritter Instanz vor das Reichsgericht oder ein oberstes Landesgericht gehört. Die Vorschriften über den **Gerichtsstand** (Titel 2) — „subjektive Kompetenz“ im Sinne des gem. Civilprozeßrechts, vgl. Wehll § 39; Endemann Lehrb. § 57 — entscheiden darüber, vor welches bestimmte Gericht unter mehreren sachlich zuständigen Gerichten die einzelne Rechts Sache gehört. Die sachliche Zuständigkeit ordnet die Beziehung der Rechtsstreitigkeiten nach gewissen inneren und äußeren Merkmalen und dem Fortschreiten derselben im Instanzenwege zu den verschiedenen Gattungen der Gerichte; der Gerichtsstand die Beziehung der Rechtsstreitigkeiten zu dem räumlichen Herrschaftsgebiete der einzelnen Gerichte; daher für den Gerichtsstand auch die Bezeichnung „örtliche Zuständigkeit“ gebräuchlich, wenn auch in der C.P. nicht recipirt ist. Im O.B. §§ 144, 159 wird der Ausdruck „örtliche Zuständigkeit“ in einem weiteren Sinne gebraucht (Seuffert Vorb. vor § 1). Die konkrete Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts für eine bestimmte Streit Sache innerhalb einer bestimmten Instanz ergibt sich aus dem Zusammentreffen der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit; ein Mangel der einen oder andern begründet die Unzuständigkeit des Gerichts.

## § 1.

Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte wird durch das Gesetz über die Gerichtsverfassung bestimmt.<sup>1)</sup>

R. 1. N. 9. 12. 15—17. P. 4. 506.

1) Die Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit (vgl. Vorbem.) sind, ebenso wie die Bestimmungen über die staatlichen Organe der Civilrechtspflege überhaupt, Theil des Civilprozeßrechts. Die Verweisung derselben in ein besonderes Gesetz ist nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit geschehen. (Not. z. OB. 2.) Die Bestimmungen sind im OB. §§ 23, 24, 70, 71, 101—108, 123, 135, 158, 160 enthalten; theilweise auch in CP., in den Einf.-Ges. zur CP. und zum OB., sowie in verschiedenen Reichsgesetzen. Vgl. das Nähere in Anm. zu OB. §§ 24, 70, 71, 135 und Einl. § 4 zu III. Ueber Partivereinbarung betreffs der sachlichen Zuständigkeit vgl. Lit. 3 (§§ 38—40).

## § 2.

Insofern nach dem Gesetze über die Gerichtsverfassung die Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt,<sup>1)</sup> kommen die nachfolgenden Vorschriften zur Anwendung.<sup>2)</sup>

R. 2. P. 4. 506.

1) Zu §§ 2—9 vgl. Joh. Schmidt, der Werth des Streitgegenstandes, Leipzig 1884 und dazu Erdkner in krit. Viert. 26, 716 ff., ferner: D. Rittmann, der Werth des Streitgegenst., Straßburg 1891. Soweit den Amts- oder Landgerichten nicht Sachen ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes zugewiesen sind, sind die Amtsgerichte zuständig für Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche, deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 Mark nicht übersteigt, OB. § 23. Die §§ 3—9 dienen zur Ergänzung dieser Bestimmung. Dabei ist als selbstverständlich vorausgesetzt, daß jeder vermögensrechtliche Anspruch nach Geld zu schätzen ist. Der Begriff der „Unschätzbarkeit“ ist für vermögensrechtliche Ansprüche nicht aufgenommen und § 10 Abs. 1 ORO. dafür nicht anwendbar; RO. 10, 321. Für Prozesse über die Feststellung oder das Vorrecht von Konkursforderungen im Konkurse sind noch §§ 136, 134 Abs. 2 RO. zu beachten. Unter Theilungsmasse im Sinne des § 136 RO. ist diejenige Masse verstanden, welche nach Abzug aller Kosten wirklich zur Vertheilung kommt; RO. 12. Febr. 1894, RaffR. 38, 1180.

2) Auch zur Berechnung des Beschwerdeobjekts für die Revision finden §§ 3—9 Anwendung, § 508, vgl. Anm. 3 § 508, desgleichen zur Berechnung des Gegenstandes der Berufung für die nach § 649 Nr. 4 auf Antrag vorläufig vollstreckbar zu erklärenden Urtheile und des Werths des Streitgegenstandes nach § 92 Abs. 3. Behufs Berechnung der Gerichtskosten sind nach dem ORO. vom 18. Juni 1878 die §§ 3—9 mit den näheren Bestimmungen der §§ 9—17 des ORO. maßgebend, unter Zulassung der Beschwerde der Parteien gemäß §§ 531—538 CP. gegen die gerichtliche Festsetzung. Die Beschwerde der Partei setzt ein Interesse derselben an einer anderen Festsetzung voraus, welches sie behufs der Erhöhung des Werthes in der Regel nicht hat; RO. 23. Febr. 1884, ZM. 112; 10. Jan. 1885, ZM. 69; 23. Juni 1887, ZM. 328; RO. 22, 425; 19. Sept. 1891, ZM. 465; 17. März 1892, ZM. 213; 20. Juni 1893, ZM. 344; 9. Dez. 1893, ZM. 1894 S. 55; 18. Sept. u. 17. Okt. 1894, ZM. 514, 544. Ausnahme: RO. 15. Dez. 1885, ZM. 1886 S. 42; 20. Juni 1888, ZM. 305; 22. April 1890, ZM. 181; 30. Sept. 1893, ZM. 485; ORO. Oldenburg 8. Febr. 1893, SA. 48, 457; vgl. jedoch Anm. 3 zu § 99. Ueber den Umfang des Beschwerderechts: RO. 16, 291 (Plenum). Eine Erhöhung des Streitwerths in pejus durch die Beschwerde-Instanz ist nach allgem. Grundsätzen (Anm. 2 zu § 532) unzulässig, unbeschadet der Befugniß jedes Instanzgerichts, wenn die Sache selbst vor dasselbe gebracht wird, den Streitwerth gemäß §§ 3 ff. selbst festzusetzen, RO. 14, 353. Unabhängig von diesem Beschwerderechte ist das Recht, die Revisionssumme bei Einlegung der Revision nachzu-

weisen, **R. 10.** Jan. 1885, **3W.** 69. — Für die Anwaltsgebühren ist die Festsetzung des Werths für die Gerichtskosten ebenfalls maßgebend; dem Anwalt steht gegen diese Festsetzung gleichfalls die Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531—538 zu, **AnwG. 7.** Juli 1879 §§ 10—12, **R. 17.** 377; 22, 425; **R. 23.** Juni 1887, **3W.** 328; 22. April 1890, **SA.** 46, 209; 17. März 1892, **3W.** 213; 17. Okt. 1894, **3W.** 544. Vgl. auch Anm. 1 am Schluß zu § 3 und **R. 31.** 393, 419.

### § 3.

Der Werth des Streitgegenstandes wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt;<sup>1)</sup> daselbe kann<sup>2)</sup> eine beantragte Beweisaufnahme sowie von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.

**R. 3. N. 12. P. 4. 506.**

1) **Streitgegenstand** in dem hier zunächst gemäß § 2 in Betracht kommenden Verhältnisse zur sachlichen Zuständigkeit ist der Gegenstand des Klageanspruchs (Anm. 4 § 230), soweit derselbe durch den Klage-Antrag geltend gemacht wird, ohne Rücksicht auf den etwaigen Umfang der Einreden des Beklagten oder dessen, was der Beklagte demnächst noch bestrittet, oder früher bestritten hat. Der Begriff des Streitgegenstandes umfaßt ebenso wie der der Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 3 C. O. das der richterlichen Feststellung unterbreitete Klageverlangen, auch wenn unter den Parteien selbst kein eigentlicher Streit besteht. Die Auslassung des Beklagten bestimmt nur, was von dem Streitgegenstande noch streitig bleibt; für den Werth zur Zeit der Klagerhebung (§ 4) ist sie einflußlos und oft selbst für den Kläger noch nicht zu ermesfen. Vgl. **R. 3.** 392, 420; **R. 2.** Juli 1892, **3W.** 361; 29. Juni 1894, **3W.** 420; 4. Januar 1893, **3W.** 73; **D. 20.** Darmstadt 4. März 1890, **SA.** 45, 463. Noch weniger wird der Werth des Streitgegenstandes durch eine prozeßhindernde Einrede des Bell., z. B. der mangelnden Sicherheitsbestellung beeinträchtigt, selbst wenn diese den einzigen Gegenstand der Verhandlung in der betr. Instanz gebildet hat, **R. 23.** März 1886, **SA.** 45, 212. Der Streitgegenstand umfaßt auch stets den vollen Umfang dessen, was der Kläger von seinem Gegner verlangt, selbst wenn der Kläger einräumt, seinerseits dem Gegner etwas leisten zu müssen. Er ist ferner auch dann, wenn es sich um beiderseitige Leistungen handelt, stets die verlangte Sache bez. Leistung (vgl. § 6), ohne Abzug der (streitigen oder unstreitigen) Gegenleistung, ein Grundfact, auf welchem insbesondere § 8 beruht. Das geringere oder größere Interesse des Klägers, welches er daran hat, den Streitgegenstand zu erhalten, ist nicht maßgebend, **R. 5.** 408; 12, 154; 17, 378; **R. 9.** Jan. 1886, **3W.** 71, **Raff. R.** 30, 1105; 23. Nov. 1889, **3W.** 499, **Raff. R.** 34, 1136; 25. Nov. 1889, **3W.** 514; 11. Juli 1891, **3W.** 411; 10. Juni, 2. Juli 1892, **3W.** 329, 361; 4. Jan., 27. Sept. 1893, **3W.** 467; **Wach I** § 31 S. 373. Das Verlangen des Klägers ist entscheidend, nicht sein Motiv. **W. Schmidt** a. a. D. S. 49 f., welcher übersieht, daß für die Auslegung des Gesetzes nicht die Grundsätze irgend einer Volkswirtschaftslehre über den Vermögenswerth maßgebend sind, sondern zum Theil ganz andere, prozeßpolitische, finanzielle und organisatorische Rücksichten. Vgl. **R. 23.** Dez. 1885, 6. Febr. 1886, **3W.** 1886 S. 38, 89; 23. Nov. 1889, **SA.** 46, 208. Die Polemik von **Gerlach**, **Raff. R.** 31, 44 ff. de lege ferenda übersieht die Rehrseite, daß das Interesse des Klägers auch häufig den Werth des Klageverlangens übersteigt. — Verlangt dagegen der Kläger nur die Entscheidung darüber, daß ihm außer einem unstreitigen Betrage noch ein Mehrbetrag zusteht, so ist nur dieser Mehrbetrag Streitgegenstand, **R. 4.** 386. Ebenso zweifelloß ist nur der Restbetrag Streitgegenstand, wenn Kläger von dem Klageansprüche eine Gegenforderung des Beklagten abrechnet und nur den Rest mit der Klage verlangt (**Uccius**, **Raff. R.** 30, 467, **Caupp R.** 5 zu § 2, **R. 15.** Jan. 1887, **3W.** 37 gegen **Wach** u. **Köhler**).

In allen Fällen ist nicht lediglich der Wortlaut des Klageantrags entscheidend, sondern dessen Inhalt, wie er sich durch die Sachlage bez. die Klage charakterisirt

darstellt, vgl. Anm. 1 § 8 über die Erläuterung des Antrags durch den Klagegrund. Wird bei einer Exekutionsintervention (§ 690) oder in einer auf Abwehr eines bestimmten Eingriffs Dritter angestellten negatorischen Klage im Antrage auch das Verlangen auf Anerkennung des klägerischen Eigenthums an einer vom Streite betroffenen Sache aufgenommen, so ist darum noch nicht der Werth des Eigenthums Streitgegenstand, *R. O.* 3, 393; 2. Nov. 1891, *Z. B.* 551, 31. Januar, 11. Nov. 1893, *Z. B.* 133, 558; 29. Juni, 6. April 1894, *Z. B.* 420, 193. Vgl. Anm. 4 zu § 6 und § 7. Bei alternativen Anträgen entscheidet der minderwerthige, wenn dem Beklagten die Wahl überlassen ist; *R. O.* 14. Dez. 1889, *Z. B.* 24, *S. A.* 46, 110 (vgl. *R. O.* 3, 193; a. M. Caupp Anm. II zu § 2, welcher das freie Ermessen unter Berücksichtigung der Möglichkeit des Unterganges des minderwerthigen Gegenstandes entscheiden lassen will, allein diese Berücksichtigung würde dem § 4 widersprechen, nach welchem für die Werthsberechnung der Zeitpunkt der Klageerhebung entscheidend ist, und auch praktisch unausführbar sein, vgl. *Wach I* § 31 R. 37); der mehrwerthige, wenn Kläger die Wahl haben soll, vgl. Anm. 6 zu § 230 u. Anm. 4 zu § 671, ferner *Bl. f. R.* 1891 S. 90. Die bloße in dem Klageantrage nicht zum Ausdruck getommene Befugniß, sich durch Ueberlassung einer (minderwerthigen) Sache von dem (höheren) Klageanspruche zu befreien, wie bei Rogalklagen, ist nicht geeignet, den Streitgegenstand herabzumindern, *R. O.* 20, 199. Wird für den Fall der Abweisung eines prinzipialen Antrags ein eventueller Antrag gestellt, so ist hinsichtlich der Werthbestimmung für den Streitgegenstand ohne Zusammenrechnung der mehrwerthige maßgebend; es liegt dann ein doppelter Antrag vor, von dessen Beträgen der Kläger schon jetzt den mehrwerthigen für einen von der Gerichtsentscheidung abhängigen Fall verlangt; vgl. *D. O.* Oldenburg 18. Jan. 1888, *S. A.* 43, 337; *R. O.* 11. Mai, 19. Sept. 1891, *Z. B.* 305, 465. Dies gilt auch, wenn neben dem Anspruche auf Erfüllung einer Verpflichtung, eventuell d. h. für den Fall der Nichterfüllung ein bestimmtes Interesse gefordert wird, *R. O.* 28. Sept. 1886; *S. A.* 42, 461. (Anderß wenn neben dem Hauptanspruche ein Schadensanspruch geltend gemacht wird; vgl. § 4.) Auch dann ist für die Werthbestimmung der höhere eventuelle Antrag zu berücksichtigen, wenn der Fall für denselben nicht eingetreten ist, *R. O.* 3. Mai 1892, *Z. B.* 270; 30. Sept. 1893, *Z. B.* 467. (Dagegen ist für die Prüfung, ob das zuständige Gericht entschieden hat, falls es dem prinzipialen Antrage stattgegeben, nicht noch die Zuständigkeit für den eventuellen Antrag zu prüfen, *R. O.* 11. Juli 1891, *Z. B.* 411.) — Bei der negativen Feststellungs-Klage entscheiden Inhalt und Höhe des Rechts, dessen Nichtexistenz der Kläger festgestellt wissen will, ohne Rücksicht auf die Erklärung des Beklagten darüber, *R. O.* 23. Mai 1883, *S. A.* 39, 339; *R. O.* 12, 361; 21. Jan. 1885, 24. Sept. 1887, *Z. B.* 1885 S. 121; 1887 S. 415; 18. Sept. 1889, *Z. B.* 401. Für die positive Feststellungs-Klage ist der Werth des festzustellenden Rechtsverhältnisses (also bei Feststellung einer Entschädigungspflicht die Höhe der beanspruchten Entschädigungssumme, *R. O.* 8. April 1885, *Z. B.* 193, *S. A.* 41, 44; *Raff. R.* 29, 1047; 11. Mai 1891, *Z. B.* 305, 27. Nov. 1891, *Z. B.* 1892 S. 11) entscheidend. Vgl. *R. O.* 21. Sept. 1886, *Z. B.* 313; *D. O.* Oldenburg 14. Jan. 1888, *S. A.* 43, 337; *Kammerger.* 1. April 1890, *Buch* 17, 387. — Für den Antrag auf Liberation ist die zu befreiende Verpflichtung der Streitgegenstand, *R. O.* 23. Nov. 1889, *Raff. R.* 34, 1136. Für Theilungsklagen vgl. *D. O.* Köln, *Buch* 7, 93; *R. O.* 6. April 1894, *Z. B.* 193.

Für den nach den vorstehenden Grundsätzen dem Umfange nach zu bestimmenden Streitgegenstand ist als Werth in der Regel der allgemeine Verkehrswerth entscheidend. Vgl. *R. O.* I. 2 § 117. Ein anderer (höherer, außerordentlicher, Affektionswerth) kommt jedenfalls in Betracht, soweit er vom Antragsteller (Kläger) als eventuelles Interesse verlangt wird, wie in *Korbb. R. Prot.* 80 und in der sich darauf beziehenden ungenauen Bemerkung der *Rot.* 49 vorausgesetzt ist; vgl. *Geuffert Anm.* 8. Im Uebrigen kann ein für den Kläger wegen besonderer Umstände höherer Werth, wenn nachgewiesen, in Betracht kommen. Die Bemerkung von *Caupp Anm.* IV zu den *Rot.* 49 (höherer Werth „für eine der Parteien“), daß nach § 4 die Zeit der Klageerhebung entscheide und vorher der Kläger die Werthschätzung des Beklagten nicht zu kennen brauche,

verkennt die offenbare Voraussetzung der Not, daß der Beklagte die höhere Werthschätzung beantragt, wobei er dem § 4 genügt, wenn er nachweist, daß die besonderen Umstände, welche den Werth für ihn erhöhen, zur Zeit der Klageerhebung vorhanden waren, ihm also das Aufgeben eines den gemeinen Werth übersteigenden Werthes zugemuthet werde. Entscheidend ist jedoch allerdings, daß (soweit nicht aus dem Gesetze sich eine Ausnahme ergibt, wie im § 7) für die Schätzung des klägerischen Anspruchs nur das Interesse des Klägers maßgebend sein kann, weil nur sein Verlangen in Frage ist; *N.O.* 24, 428; 22. April 1890, *ZM.* 177; 13. März 1894, *ZM.* 180. Auch nur das unmittelbare Interesse des Klägers selbst ist maßgebend, *N.O.* 9. Mai 1891, *ZM.* 329; nicht, wieviel der Antrag und die Entscheidung darüber für Andere — so bei Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses nach Art. 190a, 222 *G.O.B.* auf Rechte anderer Aktionäre — wirkt, *N.O.* 24, 428; 12. Okt. 1892, *ZM.* 461. Der Streitwerth für die Berufungsinstant ist nach dem Interesse des Berufungsklägers, nicht dessen Gegners, zu bemessen; *N.O.* 24. Okt. 1894, *ZM.* 542. Accessorische, den Hauptantrag erläuternde oder vorbereitende, Nebenansprüche ohne selbständige Bedeutung sind auf die Werthschätzung ohne Einfluß; *N.O.* 29, 395; 2. Febr. 1892, *ZM.* 158.

Das Ermessen des Gerichts gilt für den Werth des begrifflich bezw. des nach den §§ 6—9 maßgebenden Momenten bestimmten Streitgegenstandes. Wird eine bestimmte Geldsumme inländischer Reichswährung verlangt, so hat ein Ermessen des Gerichts keinen Raum, *N.O.* 13. Febr. 1882, *ZM.* 90. Dagegen findet freies Ermessen statt, wenn der Kläger die Höhe der von ihm beanspruchten Entschädigung unter das richterliche Ermessen gestellt, vgl. *Ann.* 6 § 230; und dabei vorsorglich eventuell einen bestimmten Betrag gefordert hat, *N.O.* 20. Febr. 1891, *ZM.* 178. Bei der Bestimmung sonstiger Werthe, wozu auch ein auf ausländische Währung gerichteter Antrag gehört, ist das Gericht an die gesetzlichen Begriffe des Streitgegenstandes und des Werthes gebunden. Nur unter der Voraussetzung richtiger Anwendung dieser Rechtsbegriffe ist das Ermessen des Gerichts darüber frei, wieviel für das rechtsgrundsätzlich richtig definirte Objekt der Werth ist. Ebenso sind die, in den §§ 6—9 als maßgebend bestimmten Momente zu berücksichtigen; es unterliegt nicht dem Ermessen des Gerichts, ob es dieselben berücksichtigen will, sondern nur welcher Werth für diese Momente zu schätzen ist. Soweit vergleichende Momente nicht in Frage, also §§ 6—9 nicht anwendbar sind, greift der allgemeine Grundsatz des freien Ermessens nach § 3 unbedingt durch; so für Feststellungsklagen, *N.O.* 15. Dec. 1890, *KassR.* 35, 1176; *Kammerger. Buch* 17, 387; *Ann.* 3 § 231; für den Werth des Anspruchs auf Rechnungslegung, *N.O.* 31. Mai 1889, *KassR.* 33, 1129, *ZM.* 283; auf Vertragslösung, *N.O.* 2. Nov. 1894, *ZM.* 572; auf Inventarlegung, *N.O.* 5. Juli 1889, *ZM.* 324; 14. Okt. 1891, *ZM.* 509; für das Antheilsrecht eines Einzelnen an einer gemeinschaftlichen Forderung Mehrerer, *N.O.* 2. Nov. 1891, *ZM.* 551; für Arreste und einstweilige Verfügungen, *N.O.* 15, 434; 16, 333; 22, 427; 10. Dec. 1888, *ZM.* 1889 S. 39; 14. Dec. 1889, *ZM.* 1890 S. 7; 7. Nov. 1891, *ZM.* 551; 11. Jan. 1893, *ZM.* 93; 17. März 1894, *ZM.* 182, *KassR.* 38, 1166; insbesondere betr. zeitweiliges Getrenntleben und Alimentation während der Ehescheidung, *N.O.* 24, 373; *Ann.* zu § 9; für den Anspruch auf Entgegennahme der Auflassung, *N.O.* 14. Juni 1890, *KassR.* 34, 1138; für das Interesse an Beseitigung eines Widerspruchs, *N.O.* 31. Jan. 1893, *ZM.* 133; oder eines Eingriffs in Rechte (Negatorienklage), *N.O.* 29. Juni 1894, *ZM.* 420; an Beseitigung eines Dienstwohnungsrechts, *N.O.* 30, 372; für das Interesse, wenn nicht die Erfüllung einer Forderung an sich, sondern nur Art und Weise, Ort, Zeit u. der Erfüllung in Frage sind, *N.O.* 29. Sept., 11. Nov. 1893, *ZM.* 466, 557; 6. April 1894, *ZM.* 193; für Theilungsstreit unter Miterben, *N.O.* 33, 427; für Streit über Erledigung von Formvorschriften, *N.O.* 27. Nov. 1894, *ZM.* 1895 S. 4; Interesse an Leaminsoverlegung betr. der Kostenberechnung im Beschwerdeverfahren, *D.S.G. Cassel, Buch* 18, 267, vgl. indes dagegen Fergenhahn das. Vgl. ferner *Ann.* zu §§ 6—9. — Zustimmung und selbst Einverständnis der Parteien für die Anwendung des Ermessens ist weder nöthig noch erheblich, *N.O.* 5. Juli 1892, *ZM.* 372. Der Grundsatz des freien Ermessens beruht auf der Anwendung und (wie auch im § 101) Ausdehnung des § 259; das Ermessen kann auch ohne objektiven Anhalt für spezialstrenge Berechnung bestimmen. Eine analoge An-

wendung des § 260 behufs einer Bestimmung durch Eid ist unstatthaft, *Saupp Anm. III.*, weil hierin eine nach dem Schluß des § 3 unzulässige Beweisaufnahme von Amtswegen liegen würde, vgl. *Anm. 2.*

Einer gerichtlichen Festsetzung des Werthes bedarf es für die Zuständigkeit nur, wenn die Prüfung zur Feststellung der Zuständigkeit nöthig ist, §§ 2, 38—40 u. *Anm. dazu; Rot. 49.* Für den Fall eines Verschäumniurtheils gelten die tatsächlichen Angaben des Klägers als zugestanden; es ist dann Sache des Gerichts, zu prüfen, ob sie den behaupteten Werth begründen, § 296. Vgl. *Rot. 49; aM. Saupp Anm. II. Rote 3,* sowie die dort Citirten, welche den angegebenen Streitwerth als zugestanden erachten wollen, „weil für eine tatsächliche Würdigung der vom Kläger aufgestellten Behauptungen durch das Gericht im Falle des § 296 kein Raum sei.“ Indessen die Schätzung des Streitwerthes durch den Kläger unterliegt immer mit Rücksicht auf die von Amtswegen zu prüfende sachliche Zuständigkeit der Kontrolle des Gerichts, vgl. *Anm. 3 § 296.* In der Klage „soll“ der Werth angegeben sein, wenn davon die Zuständigkeit abhängt, §§ 290, 456, ebenso in der Revisionschrift, wenn davon die Revision abhängt, § 516 Abs. 2. Ueber die Folgen der Unterlassung vgl. *Einl. § 5 Nr. 1, Anm. §§ 290, 516.* Ueber Feststellung im Konkurse vgl. *R.D. § 136, Anm. 2 zu O.B. § 23.* Hinsichtlich der Kostenberechnung s. *Anm. 2 § 2.*

Die Anwendung des freien Ermessens seitens des Gerichts ist eine tatsächliche Würdigung; gegen ein auf einer solchen beruhendes Urtheil kann in der Berufungsinstanz die frühere Festsetzung angefochten werden; der Berufungsrichter hat dann nach seinem Ermessen gemäß §§ 3—9 festzusetzen, § 487. Auch von Amtswegen kann im Laufe des Verfahrens die Festsetzung des Werthes in höherer Instanz, so wie vom beschließenden Gerichte geändert werden, *OKost.Ges. § 16; R.O. 17. März 1894 JW. 182;* vgl. jedoch nachst. Abs. Dagegen ist die tatsächliche Würdigung allein — wenn nicht etwa §§ 3—9 verletzt sind — keine Gesetzesverletzung und also kein Grund zur Revision, § 511. Dem Reichsgericht ist jedoch durch § 508 zur Prüfung der Zulässigkeit der Revision bei vermögensrechtlichen Ansprüchen ebenfalls das freie Ermessen eingeräumt, *R.O. 2, 403; 3, 96,* vgl. zu § 508.

Was die Form der Werthfestsetzung betrifft, so bedarf diese zur Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit oder über die Zulässigkeit der Revision keiner besonderen Formulirung oder Zustellung eines Beschlusses; sie gehört in die Gründe der Entscheidung selbst und ist dann auch für die Gerichts- und Anwaltsgebühren maßgebend, § 15 *ORG.*, § 11 *AnwObD.* Vgl. *R.O. 14. März 1893, JW. 236.* Sie kann auch noch nach Beendigung der Instanz verlangt werden, *R.O. 23. Mai 1891, RaffR. 35, 1168.* Wenn keine Festsetzung erfolgt ist und der Rechtsanwalt gegen seinen Nachgeber auf Zahlung seiner Gebühren klagt, hat das nunmehrige Prozeßgericht nach seinem Ermessen selbständig zu entscheiden; *R.O. 2. März 1893, JW. 270.* Wenn die Festsetzung des Streitwerthes weder durch eine Beschwerde über dieselbe, noch durch eine Verhandlung über die Sache selbst der höheren Instanz unterbreitet ist, kann diese nicht von Amtswegen (bei Gelegenheit eines Kostenersatzungsbeschlusses) selbstbestimmend eingreifen; *R.O. 30. Sept. 1893, JW. 488.* Erfolgt die Festsetzung zur Kostenberechnung nach § 16 *Ges. vom 18. Juni 1878,* so ist ein Beschluß des Gerichts nöthig, dessen einfache Mittheilung an beide Parteien ohne förmliche Zustellung genügt, da nur einfache (nicht sofortige) Beschwerde zulässig und eine Zustellung nicht vorgeschrieben ist. (*Meyer, Zustell. von Amtsw. S. 16, 17.*) Der Partei steht indeß ein Beschwerderecht nur zu, soweit der Beschluß gegen die Partei sich richtet, was bei Nichterhöhung des Streitwerthes in der Regel nicht der Fall ist, *R.O. 18. Sept. 1894, JW. 514.* Der Partei Antrag auf eine solche Festsetzung darf nicht aus dem Grunde abgelehnt werden, daß die Partei im Stande sei, die Berechnung selbst aufzustellen, *R.O. 27. März 1888, S.A. 44, 91.* Wegen einen solchen Beschluß steht ferner dem Anwalt (vgl. *Anm. 2 zu § 2*) und auch der Staatskasse die Beschwerde zu, *R.O. 28. Dez. 1883, RaffR. 28, 1178.* Die durch Beschluß des Gerichts (auch wenn er auf persönliche Beschwerde eines Rechtsanwalts erfolgt) geschene Festsetzung des Werthes wirkt immer einheitlich für die Gerichtskosten und die Gebühren beider Anwälte, *R.O. 31, 398, 419.* Wird auf



Beschwerde eines Anwalts die Berthsfestsetzung zum Nachtheil des Gegners geändert, so ist dieser dadurch nicht kostenpflichtige Partei für das Beschwerdeverfahren, *R. O.* 9. Juli 1894, *ZB.* 454.

2) Der Schlußsatz betr. die Beweisaufnahme ist Anwendung des § 135. Von der „beantragten“ Beweisaufnahme ist kein Beweismittel, auch nicht die Abnahme eines zugesprochenen oder zurückgeschobenen Eides über Thatfachen ausgeschlossen. (Seuffert, *Anm.* 4.) Ein richterlicher Eid ist nicht zulässig, weil derselbe einer Beweisaufnahme von Amtswegen gleichsetzen würde, diese aber nur für Augenschein und Sachverständige zugelassen ist, vgl. *Anm.* 1, *Abf.* 4 am Schluß. Nichtanwendbar sind die Vorschriften über Glaubhaftmachung, § 266; vgl. dagegen für den Beschwerdegegenstand der Revision § 508 *Abf.* 3. Das Gericht „kann“ anordnen, ist aber, selbst auf Antrag beider Parteien, nicht verpflichtet, Beweisaufnahme anzuordnen. Vgl. *R. O.* 29. März 1893, *ZB.* 252.

#### § 4.

Für die Berthsberechnung ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend;<sup>1)</sup> Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten bleiben unberücksichtigt, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden.<sup>2)</sup>

##### R. O. N. 18. P. 4. 508.

1) Ueber den Zeitpunkt der Erhebung der Klage vgl. §§ 230, 235, 254, 460, 461, 471. Wenn der Werth des Streitgegenstandes sich später erhöht oder vermindert, ohne daß der Streitgegenstand selbst ein anderer wird, oder wenn die Ansprüche ermäßigt werden, so ist dies für die Zuständigkeit einflußlos, §§ 235 *Nr.* 2, 240; vgl. *R. O.* 22. Juni 1887, *SA.* 42, 476. Dies gilt auch für das Nachverfahren im Urkundenprozeß, *DsR O.* 23. April 1892, *SA.* 49, 112, sowie für den Fall eines gerichtsfertig auf Grund der §§ 136, 138 angeordneten Trennung oder Verbindung von Prozeßen, oder der Erlassung von Theilurtheilen nach § 273 oder § 274 (vgl. *R. O.* 5, 355, *Gaupp*, *Anm.* I). Ohne Einfluß ist auch die Art der Bertheidigung des Beklagten, vgl. *Anm.* 1 zu § 3. Wenn jedoch in einem vor einem Amtsgerichte anhängigen Prozesse durch Erweiterung oder durch Widerklage (§§ 240, 253) ein Anspruch erhoben wird, welcher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, so hat sich das Amtsgericht auf Antrag einer Partei für unzuständig zu erklären, § 467, *OB.* §§ 102 ff., *Mot.* 49. Wird statt des früheren Antrags auf Zahlung nur noch der Antrag auf Feststellung im Konkurse gestellt, so wird dadurch der Streitgegenstand ein anderer, *R. O.* 18. Jan. 1893, *ZB.* 126. Werden durch einen Vergleich außer dem Streitgegenstande noch andere Streitpunkte der Parteien erledigt, so bleibt für die Kosten bezw. die Vergleichsgebühr des Rechtsanwalts nur der Werth des Streitgegenstandes entscheidend; aber der Rechtsanwalt kann nach § 89 *AnwObD.* seinem Auftraggeber Gebühren betreffs der andern Streitpunkte liquidiren; *Hergenhahn*, *Buch* 18, 143, vgl. 18, 532. Ueber die Berthsberechnung bei einem Prätorienstreite für eine bei der Klageerhebung noch nicht fällige Forderung *Anm.* 4 § 6.

2) Nach dem Civilrecht ist zu entscheiden, ob das Geforderte zu den Früchten, Nutzungen (*RRN.* I. 2 § 110, I. 9 § 220, Dividendencheine für Aktien, *R. O.* 8. Nov. 1893 *ZB.* 535), Zinsen, Schäden (einschl. entgangenen Gewinnes, *RRN.* I. 6 § 1, *GOB.* *Art.* 283, und etwaiger Konventionalstrafen, insofern letztere eine Schadensforderung darstellen, *RRN.* I. 5 § 292, *GOB.* *Art.* 284 *Abf.* 3, *RDG.* 16, 397), oder zu den Kosten zu rechnen ist. Die genannten fünf Kategorien sind keine bloßen Beispiele von Nebenforderungen, sondern erschöpfen diejenigen Ansprüche, welche, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden, unberücksichtigt bleiben. Analoge Ausdehnung ist unzulässig. Unter den Kosten versteht das Gesetz ferner nicht jede Gelbaufwendung ohne Unterschied des Zweckes, sondern nur die durch die Rechtsverfolgung bezw. Bertheidigung veranlaßten Kosten einschließl. der außergerichtlichen und der bereits vor Erhebung der Klage aufgewendeten, *R. O.* 13, 397. Dazu gehören auch die Kosten außergerichtlicher Gutachten für den Prozeß; *R. O.* 19. Nov. 1892, *ZB.* 1893 S. 12; 30. Mai 1894, *ZB.* 364.

Die Regel des Satz 2 gilt — ohne Unterschied ob Erfüllung oder Sicherung verlangt wird — gleichmäßig bei der Hypothekarklage, bei der Exekutions-Intervention (vgl. Anm. 3, 4 zu § 6), bei der Widerspruchsklage des Drittbefizers gegen die Aufforderung aus art. 2169 code civ., bei Geltendmachung des Pfändungspfandrechts gegen den Konkursverwalter, bei Prioritätsstreitigkeiten mehrerer Gläubiger unter einander, *R. O.* 7, 326; 10, 344, 393; 18, 372; 15. Jan. 1884, *J. W.* 109, *W. M.* 9, 666; 30. Jan. 1891, *J. W.* 130; 21. Jan. 1892, *J. W.* 149; bei Wechselansprüchen (Provision — Schäden; Protestkosten, Porto — Kosten) *R. O.* 1. 228; bei Ansprüchen aus dem handelsrechtlichen Selbstülfverkauf (eigene Provision) *R. O.* 33, 408; bei Vertrags-Ansprüchen auf Schadenersatz neben Erfüllung, *R. O.* 16. Mai, 12. Juli 1887, *J. W.* 286, 350; *Raff. R.* 33, 125; bei Arreststreitigkeiten, *R. O.* 26, 412, bei Ansprüchen auf Rückzahlung gemäß § 655 *C. P.*, *R. O.* 9, 411, sowie auf Rechnungslegung, *R. O.* 29, 395; bei Klagen auf Löschung von Hypotheken, *R. O.* 2. Febr. 1892, *J. W.* 158. Futterkosten, welche Verkäufer auf Grund eines nach dem Kaufvertrage geschlossenen besonderen Abkommens angewendet hat und neben dem Kaufpreise fordert, bilden eine selbständige, nicht eine von dem Hauptansprüche abhängige Nebenforderung, *R. O.* 23. Febr. 1887, *J. W.* 111. Auch den Anspruch auf Ersatz der Futterkosten bei der actio rehdhibitoria nach Preuß. Rechte nimmt das *R. O.* (13, 396) von den Nebenforderungen des § 4 aus, weil sie weder Kosten noch eigentliche Schäden darstellen. Inbessen gerade dieser Anspruch geht auf Ersatz des Schadens für die verzögerte Abnahme; vgl. die angeführte *Entsch.* v. 23. Febr. 1887, ferner *D. O.* Hamburg, *S. A.* 39, 339, *S. O.* u. *D. O.* Colmar, *Buch* 13, 353 (die Ueberschrift zu den hier mitgetheilten *Entsch.* ist unrichtig). — Was der Kläger einem früheren Regreßnehmer an Kosten und Zinsen gezahlt hat und nach Art. 51 *W. D.* von dem Aussteller oder einem Indossanten erstattet verlangt, ist Bestandtheil seiner Hauptforderung, *R. O.* 32, 75; 13. Dez. 1893, *J. W.* 1894 S. 7, 61; *Kammerger.* 20. Nov. 1879; *Sydow*, *Buch* 2, 4, 76 ff.; *Kammerger.* 16. Juni 1888, *Buch* 13, 356. Dasselbe gilt allgemein von Kosten und Zinsen, welche der Kläger an Dritte bezahlt hat und auf Grund von Gewährs- oder Regreßansprüchen mit seiner sonstigen Forderung erstattet verlangt; *R. O.* 8, 365; vgl. auch *R. O.* 10, 345, 12, 258; ferner überall, wo eine Forderung, welche Zinsen und Kosten mitumfaßt, vor Erhebung der Klage zu einer einheitlichen Gesamtforderung umgestaltet ist und als solche geltend gemacht wird, z. B. wenn Zinsen laut besonderer Vereinbarung zum Kapital geschlagen sind, *R. O.* 32, 378, ferner bei Anfechtungsklagen, *R. O.* 27. Mai 1887, *J. W.* 311; 10. Okt. 1892, *J. W.* 460 (abw. *R. O.* 20. Febr. 1884, *J. W.* 110 vgl. *Wach* I S. 384 Anm. 48 am Schluß). Die Forderung des Wechselinhabers gegen den Acceptanten ist jedoch keine Regreßforderung, daher gelten bei der Wechselklage gegen diesen die Wechselkosten in allen Fällen als Nebenforderungen, *R. O.* 29, 332; 12. Okt. 1883, *J. W.* 268. — Die Kostenpflicht für frühere Instanzen ist bei Bestimmung des Streitwerths in höherer Instanz nicht zugurechnen, *R. O.* 15. April 1893, *J. W.* 266. Die Kosten betreffs eines erledigten Theils des Hauptanspruchs sind überall nicht zu berücksichtigen, *R. O.* 26. Mai 1894, *Raff. R.* 38, 1192.

Der Begriff der Nebenforderung setzt ferner voraus, daß sie nicht allein mittelst besonderer Klage als selbständige Forderung beansprucht wird, sondern daß gleichzeitig eine Hauptforderung geltend gemacht wird, zu welcher sie in einem Abhängigkeitsverhältniß steht; *R. O.* 10, 345, 24. Juni 1886, *Raff. R.* 31, 1141, 20. März 1889, *J. W.* 167; vgl. *Wach* I § 31 S. 383, sowie die oben mitgetheilte *Entsch.* betr. den von der Hauptforderung unabhängigen Anspruch auf Futterkosten, *J. W.* 1886 S. 111. Dagegen wird der Begriff der Nebenforderung von dem Zeitpunkte ab unanwendbar, wo nach Erledigung des Hauptanspruchs die bisherigen Nebenforderungen den alleinigen Streitgegenstand bilden, *R. O.* 9, 414; 29, 237 (Ausnahme II, 387); 12. Febr. 1886, *J. W.* 113; 21. Dez. 1889, *J. W.* 1890 S. 24; 4. Jan. 1894, *J. W.* 84; vgl. *D. O.* Jena 6. Juli 1886, *S. A.* 42, 212. Werden neben einem Kapitalreste die Zinsen eines größeren Kapitalbetrages eingeklagt, so sind nur die Zinsen des Restes Nebenforderungen desselben. *H. R.* Peterfen Anm. III. Die neben einem Kapitale eingeklagten Zinsen eines andern Kapitals sind keine Nebenforderungen, vgl. Anm. 1 § 5. Dagegen bleiben die mit dem Hauptansprüche eingeklagten Zinsen

auch dann Nebenforderungen, wenn davon weitere Zinsen gefordert werden, sofern nicht die aufgelaufenen Zinsen nach einer Vereinbarung der Parteien zum Kapital zu rechnen sind, **R. 29. Okt. 1889, J. B. 452.** Ebenso bleiben die Kosten Nebenforderungen, wenn auch nur noch der Zinsenanspruch in lite verblieben ist; **R. 19. Sept. 1894, J. B. 504.** Die mit Ansprüchen auf zukünftige wiederkehrende Leistungen eingeklagten Rückstände derselben sind keine Nebenforderungen, **R. 19, 416 (Pl.); 14. Okt. 1887, J. B. 490, 432.** Ob der Werth der Nebenforderungen oder der der Hauptforderung größer ist, ist für den Begriff derselben nicht entscheidend, **Rot. 49. 50.** Hinsichtlich der Kostenberechnung vgl. **O. R. G. § 13.**

Ueber die Anwendung des § 4 auf die Berechnung der Revisionssumme vgl. **Anm. 2 u. 3 zu § 508.**

### § 5.

Mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche werden zusammengerechnet,<sup>1)</sup> eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und der Widerklage findet nicht statt.<sup>2)</sup>

**E. 5. N. 14. P. 4. 12. 506.**

1) Unter Ansprüchen im Sinne des § 5 sind „nur diejenigen Ansprüche im weiteren Sinne zu verstehen, welche selbständig, nicht auch diejenigen, welche accessorisch geltend gemacht werden“, was die **R. R.** als ihre Meinung ausdrücklich zu Protokoll „konstatirt“ hat (**Prot. 4**), und was sich in der Bedeutung, daß Ansprüche gemeint sind, wie sie unter Berücksichtigung des § 4 zu berechnen sind, wohl von selbst versteht. Ueber eventuelle und alternative Anträge vgl. **Anm. 1 Abs. 2 zu § 3.** Die Zusammenrechnung erfolgt auch, wenn die mehreren Ansprüche auf verschiedenen Gründen beruhen oder von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte geltend gemacht werden, soweit eine Verbindung nach §§ 56, 57, 232 zulässig ist, **Rot. 50. Vgl. R. 14; R. 30. Okt. 1894, J. B. 573.** Dagegen werden mehrere Ansprüche im Sinne des § 5 nicht geltend gemacht, wenn dieselbe Leistung aus mehreren Klagegründen gefordert oder wenn von gemeinschaftlich Berechtigten oder gegen gemeinschaftlich Verpflichtete bez. Solidarschuldner auf das Ganze geklagt (**O. B. Dresden, Busch 6, 475, Seuffert Anm. 2, Gaupp Anm. I, Wach 1 § 31 R. 41**), wenn im Konkurs- oder Vertheilungsverfahren die Richtigkeit oder der Rang einer Forderung gegen mehrere Theilhaber verfochten (**Wach a. a. O. R. 42**), wenn die persönliche Klage mit der Hypothekklage (vgl. **Anm. 5 zu § 6**), die Feststellungsklage mit der aus dem festzustellenden Rechtsverhältnis folgenden Leistungsklage verbunden wird. Die Zusammenrechnung erfolgt nicht, soweit die Zuständigkeit nicht vom Werthe abhängt (§ 2). Wird ein Anspruch von nicht mehr als 300 Mark und daneben ein Anspruch, welcher den Amtsgerichten nach **O. B. § 23 Nr. 2** ohne Rücksicht auf den Werth überwiesen ist, geltend gemacht, so bleibt das Amtsgericht zuständig. Vgl. **Gaupp Anm. II. A. R. O. I Berlin, Bl. f. R. 4, 113.**

Was von der Zusammenrechnung für die Klage gilt, ist auch für die Widerklage anwendbar. Vgl. § 467. Werden von mehreren Beklagten verschiedene selbständige Widerklagen erhoben, so weit dies zulässig ist, so ist jede der Widerklagen für sich einzeln behufs der Bestimmung der Zuständigkeit zu berechnen, da sie zusammen nicht eine Widerklage bilden, wie die Verbindung mehrerer Klagen gemäß § 138 auch nicht eine Klage darstellt. Vgl. **Anm. 1 zu § 4.**

2) Das unbedingte Verbot der Zusammenrechnung für Klage und Widerklage gilt nur für die sachliche Zuständigkeit der ersten Instanz, § 2, welche also durch Zusammenrechnung mit der Widerklage nicht geändert wird, während die Zuständigkeit der Berufungsinstanz durch die Entscheidung der ersten Instanz, unabhängig vom Werthe des Streitgegenstandes bestimmt wird. Anders in Betreff der Kostenberechnung **O. R. G. § 11**, dazu **R. 5, 408; 11. Juli 1888, J. B. 341; 4. Okt. 1890, J. B. 369; 17. Sept. 1893, J. B. 485.** Wenn Klage und Widerklage denselben Streitgegenstand, nur in entgegengesetzter Richtung, verfolgen, findet in keinem Falle und in keiner Instanz behufs der Kostenberechnung eine Zusammenrechnung statt; **R. 24. April 1891, J. B. 297; 1. April 1892, J. B. 213 f.**

Vgl. auch **R. O.** 31, 379 (Berufungsanschließung wegen Rückgabe der Vollstreckungs-Ration erhöht nicht den Streitwerth). In Betreff der Berechnung der Revisionssumme vgl. **Ann.** 3 § 508.

### § 6.

Der Werth des Streitgegenstandes wird bestimmt:<sup>1)</sup> durch den Werth einer Sache, wenn deren Besitz,<sup>2)</sup> und durch den Betrag einer Forderung,<sup>3)</sup> wenn deren Sicherstellung oder ein Pfandrecht<sup>4)</sup> Gegenstand des Streits ist. Hat der Gegenstand des Pfandrechts einen geringeren Werth, so ist dieser maßgebend.<sup>5)</sup>

**R. O.** N. 12. No. 1—3. P. 4. 506.

1) Die §§ 6—9 sollen die leitenden Grundsätze für die Werthberechnung in einzelnen besonderen Fällen geben, in welchen die Berechnung erfahrungsmäßig nach verschiedenen Grundsätzen geschieht. Ungeachtet begründeter Zweifel, ob sie in allen Fällen sachgemäß sind, ist bei der Unbedingtheit der Vorschriften das Gericht daran, sowie an §§ 4, 5 gebunden, und sein freies Ermessen ist durch dieselben insoweit beschränkt, als es nur unter Beachtung dieser Vorschriften ausgeübt werden kann. De lege ferenda vgl. **Gerlach**, **Raff. R.** 31, 44. Der Werth des Streitgegenstandes bei Arresten und einstweiligen Verfügungen ist nicht ohne Weiteres mit dem Werth des Streitgegenstandes der Hauptsache zu identifizieren, ebensowenig ist dafür andererseits die Höhe der von dem Beklagten behufs Abwendung des Arrestes u. zu leistenden Sicherheit unbedingt maßgebend, **R. O.** 15, 434; 16, 333; 22, 425; 24, 273 (vgl. zu § 9); 14. Dez. 1889, **ZW.** 7; 11. Jan. 1893, **ZW.** 93; vielmehr bleibt die allgemeine Regel des § 3 in Kraft, wonach das freie Ermessen (unter Berücksichtigung der konkreten Umstände) entscheidet. Dies gilt auch für präparatorische Prozesse, z. B. auf Rechnungslegung, **R. O.** 31. Mai 1889, **ZW.** 283, **Raff. R.** 33, 1139, **SA.** 46, 456; 13. Okt. 1890, **ZW.** 405; 20. Sept. 1894, **ZW.** 542; auf Legung eines Nachlassinventars, **R. O.** 5. Juli 1889, **ZW.** 324; 14. Okt. 1891, **ZW.** 509; ebenso für das Verfahren aus § 775; **R. O.** 21. Okt. 1889, **ZW.** 429; **SA.** 46, 241.

2) Der Werth einer Sache (vgl. **Ann.** 1 Abs. 3 zu § 3) bestimmt sich nach der Beschaffenheit derselben, ist aber unabhängig von den Rechtsverhältnissen, deren Gegenstand dieselbe ist, mithin bei einem Grundstücke von den darauf lastenden Hypotheken, **R. O.** 6. Febr. 1886, **ZW.** 89 vgl. **Ann.** 5. Besitz ist in der allgemeinsten Bedeutung, den Gewahrsam einschließend, zu nehmen. Ob der Besitz einer Sache Streitgegenstand ist, wird durch den Antrag der Klage bestimmt, **Ann.** 1 § 3. Ist nur der Besitz eines Theils der Sache oder der Mitbesitz Streitgegenstand, so ist der Werth der Sache auch nur zu demselben Theilbetrage, in welchem deren Besitz Streitobjekt ist, bestimmend; Peterfen **Ann.** II. Zu welchen Zwecken, aus welchen Gründen und für welche Zeit der Besitz verlangt wird, macht nach dem Gesetze keinen Unterschied. Wird ein Vermögensstück jetzt verlangt, und ist dabei auch unstreitig, daß es später jedenfalls zu gewähren ist, so ist immer der Werth der ganzen Sache maßgebend, da der Besitz derselben streitig ist und das Interesse des Klägers an der früheren Herausgabe nicht entscheidet; **R. O.** 20. Juli 1880, **ZW.** 1881 S. 4.

Zwischen beweglichen und unbeweglichen, körperlichen und unkörperlichen Sachen (Rechten) wird nicht unterschieden. (Bez. der Herausgabe von Urkunden vgl. **Ann.** 4). Auch bezieht sich die Bestimmung nicht bloß auf die eigentlichen Besitzklagen (wie **Wach** I § 31 **Ann.** 55 S. 386 gegen fast alle Kommentatoren, auch gegen **Seuffert** u. **Strudmann-Roch**, die er für seine Meinung zitiert, auszuführen sucht), da dies im Gesetze nicht ausgedrückt und eine solche Beschränkung gerade für anderweitige Ansprüche auf Herausgabe von Sachen (z. B. bei der *actio depositi* u. *rei vindicatio*, Klage aus einem Vorkaufs- bez. Retraktrecht, **R. O.** 28. Sept. 1886, **SA.** 42, 461) eine auffallende Lücke im Gesetze lassen würde. Der Besitz ist streitig, nicht bloß wenn das Recht aus dem Besitze, sondern auch wenn das Recht zum Besitze Gegenstand des Streites ist (Klage auf Räumung, auf Besitz von Fideikommissgütern), vgl. **Strudmann-Roch** **Ann.** 1, **Seuffert** **Ann.** 2; **R. O.** 14. Juni 1890, **Raff. R.**

34, 1138; *ZB.* 235; 10. Juni 1892, *ZB.* 329; 5. April 1894, *ZB.* 260. Bei einer Klage auf Entgegennahme der Auffassung nimmt dies Urtheil mit Recht keinen Streit um den bloßen Besitz an, läßt vielmehr über den Werth das freie Ermessen nach § 3 entscheiden. Auch bei Klagen auf Anerkennung des Eigenthums ist nicht immer der Besitz streitig, *RO.* 28. Febr. 1891, *SA.* 46, 455. Für Konkurs-Anfechtungsklagen vgl. Anm. 4.

3) Für die Berechnung des Betrages der Forderung kommen Nebenforderungen nach § 4 nicht in Anschlag, *RO.* 7, 326; 30. Jan. 1891, *ZB.* 130; 21. März, 3. Juli 1893, *ZB.* 233, 381. Vgl. Anm. 2 § 4. Der Nominalbetrag der Forderung ist maßgebend ohne Rücksicht auf ihre Sicherheit, vgl. *RO.* Celle, *SA.* 44, 93, ebenso bei Feststellung einer Bürgschaftsschuld ohne Rücksicht darauf, ob und inwieweit der Bürge in die thatsächliche Lage kommen wird, zu zahlen, *RO.* 25, 366. Ist nicht Sicherung oder Erfüllung der Forderung selbst, sondern nur eine Modalität der Erfüllung, Ort, Zeit zc. streitig, so ist § 6 nicht anwendbar, und nicht der Betrag der Forderung, sondern das Interesse, § 3, maßgebend, abweichend von dem Streite um den Besitz einer Sache; *RO.* 29. Sept. 1893, *ZB.* 466. Ist die Rückgabe einer Kaution nebst einer Forderung, für welche sie Sicherheit leisten soll, streitig, so ist der Werth der Kaution nicht noch zum Betrage der Forderung zuzurechnen, sondern der Betrag der Forderung maßgebend; falls der Werth der Kaution geringer ist als die Forderung, kommt nur der Kautionwerth in Betracht; *RO.* 31, 386; 18. April 1894, *ZB.* 260. Vgl. Anm. 4. Für den Streit über ein Retentionsrecht ist der Werth des Zurückgehaltenen maßgebend, *RO.* 26. Okt. 1893, *ZB.* 1894 S. 7; ist ein solches (gegen Dritte behauptetes) Recht aber nur die Veranlassung zu einer wahren Verbindungs-Klage, so ist der Charakter dieser Klage entscheidend; *RO.* 21. April 1894, *ZB.* 260. Bez. der Feststellungsklage vgl. Anm. 1 § 3.

4) Auch hier entscheidet der Klageanspruch, ob die Sicherstellung einer Forderung (d. h. eine noch zu leistende Sicherung) oder ein Pfandrecht für eine Forderung (so bei Pfandklagen, Klagen über Existenz oder Nichtexistenz des Pfandrechts, Klagen des Eigentümers über Freiheit von Pfandrechten) Streitgegenstand ist. Für die Sicherstellung ist der Betrag der Forderung (vgl. Anm. 3) in der Höhe maßgebend, bis zu welcher Sicherstellung verlangt wird, bezw. falls Befreiung von einer Sicherung verlangt wird, bis zu welcher Höhe Sicherheit geleistet ist; der Werth der Sicherheit entscheidet nicht; *RO.* 7. Mai 1889, *ZB.* 283; 18. Apr. 1892, *ZB.* 330, *RaffR.* 36, 1196; 21. Jan. 1893, *ZB.* 125. Analog für den Anspruch auf Sicherung sonstiger Vermögensrechte, *RO.* 13. Mai 1891, *ZB.* 329, *RaffR.* 35, 1177. Auch bei Anfechtungsklagen aus dem Reichs-Anf.-Ges. kann ein höherer Werth als der Betrag der Forderung des Klägers nicht angenommen werden, *RO.* 7, 393; während für die Konkursanfechtung der, der Konkursmasse entzogene Werth Streitobjekt ist, *RO.* 6. Dez. 1894, *ZB.* 1895 S. 38. Bei Klagen auf Befreiung von hypothekarischen Lasten ist § 6 unbedingt anwendbar und entscheidet nicht, wie das Kammergericht (Busch 13, 351) angenommen hat, freies Ermessen nach § 3; *RO.* 20. Sept. 1890, *ZB.* 360; 18. Apr. 1892, *ZB.* 330; ebensowenig gilt dies bei der Klage auf Löschung einer Kautions-Hypothek (wo das Kammergericht, Busch 15, 398 freies Ermessen entscheiden lassen will), vielmehr ist hier der eingetragene Höchstbetrag maßgebend, falls der Werth des Grundstücks nicht geringer ist, vgl. *Saupp* Anm. III, *Wach* I § 31 R. 57. In allen diesen Fällen ist gerade das Pfandrecht Gegenstand des Streits, folglich § 6 anwendbar und nicht § 3; *RO.* 18. Juni 1892, *RaffR.* 36, 1196; *SA.* 49, 87. (Ueber den Streitwerth bei negatorischen Klagen überhaupt vgl. Anm. zu § 7.) Sind zugleich ein Pfandrecht und der Besitz einer Pfandsache streitig, z. B. für die Klage des Gläubigers auf Herausgabe eines Pfandes behufs der Verwerthung für eine Forderung, so ist ebenfalls der Werth der Forderung bestimmend. Vgl. Anm. 3. Auch bei der eigentlichen Zwangsvollstreckungs-Intervention gemäß § 690 ist die Befreiung der gepfändeten Sache von dem Pfändungspfandrecht für die Forderung Streitgegenstand; *Wahlm.* 6, 623; *RO.* 10, 393, 3. Juli 1893, *ZB.* 381. (Abw. *RO.* Köln, Busch 7, 94.) Der Werth bestimmt sich deshalb nach dem Betrage der Vollstreckungsforderung, event. nach dem geringeren Werth der gepfändeten Sachen, nicht aber nach

dem Auktionserlöse derselben (R. 10. Nov. 1886, 3. f. G. 1887 S. 75; 4. Jan. u. 16. Sept. 1890, ZW. 41, 333). Wird die Herausgabe des Pfandobjektes Seitens des Eigentümers wegen Unwirksamkeit der Verpfändung gefordert, so entscheidet ebenfalls der geringere Werth des Pfandes; ist dieses ein bloßer Hypothekenbrief, so ist der Werth des Streitgegenstandes nicht dem Betrage der — nichtmitverpfändeten — Hypothekenforderung gleich, da der Urkunde an sich kein Verkehrswerth zugeschrieben werden kann und ihr relativer Werth nur in dem Interesse des Gläubigers an der durch sie bedingten Volllegitimation zur Realisirung der Forderung besteht. Ueber den maßgebenden Werth der Urkunde als solcher entscheidet also das freie Ermessen nach § 3. (R. 28, 182; 26. Nov. 1881 in Sachen Berend -f- Riech, V. 714/81; 9. Jan. 1886, ZW. 71, Raffr. 30, 1105; 3. Nov. 1888, SA. 44, 217; 28. März, 11. Apr. 1894, ZW. 193, 239), ebenso bei einem Anspruch auf Herausgabe von Wechseln, R. 29. Rat 1891, ZW. 384, wobei allerdings unter Umständen die Wechselsumme den Werth bestimmen kann, R. 22. Okt. 1884, ZW. 298 3iff. 11, Raffr. 29, 418. Die Schätzung des Werths von Pfandstücken Seitens des Gerichtsvollziehers bei Pfändungen ist als maßgebend anzusehen, wenn nicht durch andere Mittel (Lage u.) ein anderer Werth glaubhaft gemacht wird, R. 20. Sept. 1893, ZW. 466. Ist indeß nicht das Pfandrecht, sondern lediglich der Besitz der Pfandsache Streitgegenstand, z. B. für die Klage des Pfandschuldners auf Zurückgabe nach unfretlicher Eiligung der Schuld, wenn der Beklagte nur den Empfang der Sache bestritten oder die schon erfolgte Rückgabe behauptet hat, so ist der Werth der Sache (vgl. Anm. 2, ferner Anm. 1 zu § 3) bestimmend, auch wenn derselbe größer ist, als der Betrag der Forderung.

Für einen Prioritätsstreit zwischen zwei Gläubigern findet § 6 keine unmittelbare Anwendung. Aus dem mit den Grundsätzen des § 6 in dieser Beziehung übereinstimmenden Begriffe des Streitgegenstandes (Anm. zu § 3) folgt jedoch, daß derselbe nur in dem Werthe der geringeren Forderung besteht, da deren Inhaber nur diese erlangen will und sein Gegner nur deren Befriedigung hinsichtlich seiner eigenen Forderung beansprucht. Ist der Prioritätsstreit oder ein anderer Anspruch nur auf Befriedigung aus einem bestimmten Befriedigungsobjekte beschränkt, welches einen geringeren Werth hat, so ist aus gleichen Gründen nur dieser geringere Werth Streitgegenstand, R. 4. 366. Bei einem Prätendenten-Streite über eine betagte oder bedingte Forderung entscheidet das freie Ermessen nach § 3, R. 22, 411.

5) Gemäß Satz 2 ist der Werth des Pfandes ohne Rücksicht darauf, ob er sich für den Kläger durch anderweite Belastung mindert, maßgebend, vgl. R. 6. Febr. 1886, ZW. 89, R. 22, 388; a. N. Bach I § 31 Anm. 57. Wird mit der Pfandklage die persönliche Klage verbunden, so fällt Satz 2 fort, da dann die ganze Forderung Streitgegenstand ist; dagegen ist auch nur die Forderung Streitgegenstand und eine Zusammenrechnung des Werths für beide Klagen findet daher (gegen v. Sarwey Anm. 4) nicht statt. Vgl. Anm. 1 § 5.

## § 7.

Der Werth einer Grunddienstbarkeit wird durch den Werth, welchen dieselbe für das herrschende Grundstück hat, und wenn der Betrag, um welchen sich der Werth des dienenden Grundstücks durch die Dienstbarkeit mindert, größer ist, durch diesen Betrag bestimmt.<sup>1)</sup>

R. 7. N. 12. No. 4. P. 4. 506.

1) Der § 7 enthält eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, daß für den Werth des Streitgegenstandes das Interesse des Klägers maßgebend ist, vgl. Anm. 1 zu § 3, indem er ohne Unterschied der Parteirolle den höheren Werth, welchen die Grunddienstbarkeit mit Bezug auf das herrschende oder dienende Grundstück hat, entscheiden läßt, wobei natürlich der Zeitpunkt der Klageerhebung nach § 4 maßgebend bleibt. Grunddienstbarkeiten sind für das Gebiet des preuß. Landrechts sowohl Grundgerechtigkeiten, als die gesetzlichen Einschränkungen des Eigenthums, RR. I 22 § 1. — I 8, §§ 33 ff., nicht aber Reallasten; DsE. 68, 121, R. 8, 207, 214. — Vgl. § 25 Abs. 2. Analog

ist § 7 jedoch allgemein auf subjektiv-persönliche Rechte gegen ein Grundstück anzuwenden, **R. O.** 29, 406; auch mit **Wach I** § 31 Anm. 61 und **Gaupp**, Anm. II auf gesetzliche Einschränkungen und Reallasten. Vgl. jedoch **R. O.** 13. März und 29. Juni 1894, **ZB.** 180, 421. Superfizies, Empfhyteusis und Lehn fallen nicht unter § 7, sondern unter § 6 (**Gaupp** und **Seuffert**). Im Uebrigen gilt der § 7 nicht bloß für dingliche, sondern auch für persönliche Ansprüche (z. B. auf Bestellung einer Grundgerechtigkeit; **Gaupp** Anm. 1), ferner nicht nur für konfessorische Klagen, sondern auch für negatorische, wenn letztere in ihrem Antrage (vgl. Anm. 1 zu § 3) die Abwehr einer Grunddienstbarkeit zum Ziele haben. Für negatorische Klagen anderer Zwecke bestimmt der Antrag den Streitgegenstand und dessen Werth nach den allgemeinen Grundsätzen des § 3. Für die Abwehr bestimmter Störungen im Eigenthum ist hiernach der Werth der Störung bzw. ihrer Beseitigung bestimmend. Daß der Grund aller negatorischen Klagen auf dem Eigenthume beruht, ist für den Gegenstand des Streits nicht allein entscheidend. Vgl. **R. O.** 3, 394. Bez. der negativen Feststellungsklage vgl. Anm. 1 Abs. 2 am Schluß zu § 3; bez. der entsprechenden Anwendung des § 7 bei Berechnung der Revisionssumme Anm. 3 § 508, insbes. **R. O.** 16, 342; 3. Okt. 1888, **ZB.** 408. (Nur das Interesse des Revisionsklägers entscheidet.) Nicht anwendbar ist die Bestimmung im § 10 Abs. 1 **OR.** — betr. die Werthberechnung bei unschätzbaren Gegenständen, — welche sich nur auf nicht-vermögensrechtliche Angelegenheiten bezieht, **R. O.** 10, 321.

### § 8.

Ist das Bestehen oder die Dauer eines Pacht- oder Miethverhältnisses streitig, so ist der Betrag des auf die gesammte streitige Zeit fallenden Zinses und, wenn der fünf- und zwanzigfache Betrag des einjährigen Zinses geringer ist, dieser Betrag für die Werthberechnung entscheidend.<sup>1)</sup>

**E. S. N. 12. No. 5. P. 4. 506.**

1) Abgesehen von der Bedeutung des § 8 für die Revisionssumme (§ 508) und den Kostenansatz (**OR.** § 9) findet § 8 hinsichtlich der Zuständigkeit des Amts- oder Landgerichts nur soweit Anwendung, als es nach **OB.** § 23 für Miethsachen noch auf den Werth des Streitgegenstandes ankommt, **R. O.** 3, 390. Der § 8 ist in seiner Redaktion in Uebereinstimmung mit **R.** § 12 Nr. 5 belassen, während **OB.** § 23 und **CP.** § 649 Nr. 1 von der **RR.** unter Ausdehnung des **OC.** revidirt wurden, ohne daß dabei **CP.** § 8 eine Aenderung erfuhr.

Auf Dienstmiethe bezieht sich § 8 nicht, da hierfür der Ausdruck „Zins“ weder allgemein, noch namentlich in den deutschen Justizgesetzen üblich ist (vgl. **R. O.** §§ 41 Nr. 2, 4, 54 Nr. 1, **OB.** § 23); **R. O.** 4, 399. **MR.** Kleiner zu § 8. — Unter dem Zins ist nicht bloß das baare Mieth- oder Pachtgeld (**RR.** I 21 § 264 ff., § 259, **Strieth.** 61, 62) zu verstehen. — Der Ausdruck: „Ist — streitig“ ist gleichbedeutend mit: „Betrifft der Streitgegenstand das Bestehen u.“ Es ist zur Anwendung des § 8 nicht erforderlich, daß der Beklagte sich gegenüber dem Klageverlangen hinsichtlich der Dauer des Verhältnisses bestreitend verhalte; denn ob dies der Fall sein wird, ist im Augenblick der Klageerhebung, für welchen doch die Bestimmung maßgebend sein soll, noch ungewiß. Auch nicht bloß Präjudizialklagen aus §§ 231, 253 sind gemeint (wie **Hellmann** zu § 8 und **Wach I** § 31 S. 388 gegen **R. O.** 17, 376 annehmen), sondern auch Klagen aller Art, welche die Einräumung oder Räumung des Pacht- oder Miethbesitzes zum Gegenstande haben. Unter der gesammten streitigen Zeit ist jedoch nur derjenige Zeitraum zu verstehen, für welchen nach Inhalt der Anträge und ihrer Begründung eine Entscheidung begehrt wird. Andersfalls entscheidet das freie Ermessen nach § 3. Beruht der auf Räumung gerichtete Klageanspruch darauf, daß ein dem Pacht- oder Miethbesitz zu Grunde liegender Pacht- oder Miethsvertrag von einer über den beanspruchten Räumungszeitpunkt hinausgehenden Dauer nicht rechtsverbindlich zu Stande gekommen oder vor Ablauf jener Dauer hinfällig geworden ist, so ergiebt sich hierdurch für den durch den Klagegrund aus-

legend ergänzten Antrag der gesammte Zeitraum als freitig. *R. O. Plen. 33, 1.* Durch diese Plenar-Entscheidung ist die einschränkende Auslegung, welche der § 8 in früheren Entscheidungen erfahren hatte, reprobirt; vgl. *R. O. 26, 431; R. O. 20. Febr. 1888, S. 43, 455; 15. Dez. 1890, S. 1891 S. 4, Raffr. 35, 1176; vgl. ferner über die Frage Buch 5, 501; 6, 474, 475; 14, 256; D. O. Hamburg, S. 44, 456.* Ist die Dauer des Verhältnisses unstreitig von einer Kündigung abhängig, dagegen bestritten, ob eine Kündigung stattgefunden hat, so ist in Wirklichkeit nur die Dauer des Verhältnisses bis zu dem Zeitpunkte streitig, mit welchem dasselbe durch eine neue Kündigung aufgelöst werden könnte, vgl. *R. O. 17, 376; auch ist bei Berechnung der streitigen Zeit, wenn das Bestehen des Verhältnisses selbst streitig ist, diejenige Zeit nicht zu berücksichtigen, für welche nur beim Ausbleiben einer Kündigung die Verlängerung des Mietverhältnisses eintreten soll, es müßte denn eventuell auch gerade diese Verlängerung Gegenstand besonderen Streites sein, R. O. 16. Sept. 1886, S. 293, S. 42, 461.*

### § 9.

Der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen wird nach dem Werthe des einjährigen Bezugs berechnet und zwar:

- auf den zwölfundeinhalbfachen Betrag, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechts gewiß, die Zeit des Wegfalls aber ungewiß ist;
- auf den fünfundschwanzigfachen Betrag, bei unbefränkter oder bestimmter Dauer des Bezugsrechts. Bei bestimmter Dauer des Bezugsrechts ist der Gesamtbetrag der künftigen Bezüge maßgebend, wenn er der geringere ist.<sup>1)</sup>

**R. O. N. 12. No. 6. P. 4. 506.**

1) Zur Anwendbarkeit des § 9 ist nöthig, daß das Recht selbst und nicht bloß bestimmte einzelne Nutzungen oder Leistungen, wie z. B. Lagergeld für die vom Käufer zur Verfügung gestellten Waaren, *R. O. 22. Jan. 1884, S. 86* den Streitgegenstand bildet. Dagegen ist § 9 nicht auf die bloße Feststellung des Rechts im Gegenfatz zur Verurteilung auf die künftigen Leistungen beschränkt, *R. O. 9. April 1884, S. 169.* Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 9 ist, daß ein regelmäßiger einjähriger Bezug feststeht, oder aus den in kürzeren oder längeren Zeiträumen wiederkehrenden gleichmäßigen Leistungen festgestellt werden kann. Ist dies z. B. wegen wechselnder Größe der periodischen Nutzungen oder Leistungen nicht möglich, so entscheidet das freie Ermessen nach § 3; *R. O. 17. Mai 1887, S. 43, 96; Seuffert Ann. 2; D. O. 9. Jan. 1894, S. 49, 449; ebenso, wenn etwaige Veränderungen (z. B. der Unfallrente) zugleich Gegenstand des Antrags sind, R. O. 28. Juni 1894, S. 420.*

Der  $12\frac{1}{2}$ fache Betrag nach Satz 1 Abs. 2 kann sinngemäß nicht zur Berechnung kommen, wenn die Zeit des Wegfalls zwar an sich ungewiß, aber doch insoweit bestimmt ist, daß der Wegfall vor Ablauf von  $12\frac{1}{2}$  Jahren erfolgen muß. In solchen Fällen kann nur das freie Ermessen entscheiden und auch dieses ist durch das im konkreten Falle gegebene Maximum der Zeitdauer (z. B. bei Alimentation eines außerehelichen Kindes vom 10. bis 14. Lebensjahre auf 4 Jahre, wie nach dem Schlusssatz des § 9) beschränkt, weil insoweit die Dauer des Bezugsrechts begrenzt bez. bestimmt ist. Freies Ermessen tritt demnach ein bei den bis zur Beendigung eines schwebenden Prozesses geforderten Alimenten mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit der Annahme einer  $12\frac{1}{2}$  jährigen Dauer des Prozesses; *R. O. (Pl.) 24, 373; 4. Apr. 1892, S. 237; 25. Apr. u. 18. Sept. 1893, S. 265, 267; 9. Juli 1894, Raffr. 38, 1193 (gegen früh. R. O. 16, 333), Kammerger. in Buch 13, 352.* Dagegen kommt der  $12\frac{1}{2}$ fache Betrag zur Anwendung, wenn Alimente (von Ehegatten) ohne Rücksicht auf die Beendigung eines schwebenden Prozesses verlangt werden, *R. O. 12. Okt. 1891, S. 509; 17. März 1892, S. 213; 29. Okt. 1894, S. 572; wenn Alimente bis zur Erlangung eines eigenen Erwerbs verlangt werden, R. O. 16. Juni 1892, S. 330;*



oder auf Lebenszeit oder bis zu einem bestimmten Alter, wobei immer die Ungewißheit zu berücksichtigen ist, ob der Berechtigte dies Alter erlebt, *R. O.* 8. Febr. 1894, *Z. B.* 117. Daburch, daß der äußerste Endtermin der wiederkehrenden Leistungen feststeht, wird das Bezugsrecht nicht eines von bestimmter Dauer behufs Anwendung des 25fachen Betrags, sondern wenn die Möglichkeit eines früheren Wegfalls vorhanden ist, ein ungewisses, also mit dem  $12\frac{1}{2}$ fachen Betrage zu berechnendes; *R. O.* 27. Febr. 1893, *Z. B.* 197.

Die neben dem Rechte auf die zukünftigen Nuzungen oder Leistungen eingelagerten Rückstände fallen nicht unter § 9, sind vielmehr dem Streitwerthe hinzuzurechnen; *R. O.* (Pl.) 19, 416; 24. Oktober 1887, *Z. B.* 490. Die während des Prozesses aufgelaufenen Beträge sind jedoch bei Einlegung der Revision nicht als Rückstände der Revisionssumme hinzuzurechnen, *R. O.* 15. April 1889, *Z. B.* 230; 13. März 191, *Z. B.* 221.

Zwischenzinsen werden (abw. bei Feststellungen im Konkurse, *R. O.* § 63) bei der Berechnung nach § 9 nicht in Abzug gebracht.

Keine Anwendung findet § 9 auf Feststellung bedingter Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen; *R. O.* 26, 409; 17. April 1890, *Z. B.* 177.

## § 10.

Das Urtheil eines Landgerichts kann nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil die Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet gewesen sei.<sup>1)</sup>

*R. O.* 10. N. 19. P. 4. 495—497. 506.

1) Die Einrede sachlicher Unzuständigkeit kann in erster Instanz auch beim Landgericht behufs der Verweisung an ein Amtsgericht geltend gemacht werden, § 249. Wenn jedoch das Landgericht, als Civilkammer oder als Kammer für Handelsfachen, vgl. Anm. zu § 100 *O. B.*, (auf oder ohne solche Einrede) entscheidet, und sich ausdrücklich oder stillschweigend als sachlich zuständig erklärt oder gericht, so kann weder aus dem Grunde der sachlichen Unzuständigkeit eine Berufung Erfolg haben, noch daraus in zweiter Instanz eine Einrede erhoben werden. Der § 10 enthält also auch eine Beschränkung der Anfechtung eines die Einrede verwerfenden Urtheils durch Berufung bzw. der §§ 472 und 248 *Abf. 2*; die §§ 247, 248 stehen dem nicht entgegen, da sie nicht für alle prozeßhindernden Einreden vorschreiben, daß stets Berufung zulässig sei, sondern nur allgemein über die Einlegung von Rechtsmitteln bestimmen, ohne Rücksicht, ob solche durch Sondervorschriften ausgeschlossen sind. (Gegen v. Bülow Anm. zu § 10.) Zustimmung *R. O.* 11, 432; 14. Febr. 1883, *Z. B.* 109; 6. Mai 1889, *Z. B.* 243. Alles dies bezieht sich jedoch nur auf die sachliche Zuständigkeit, wovon allein der erste Titel handelt; indeß nicht bloß auf den Fall, wenn es sich um die Höhe des Werths des Streitgegenstandes handelt, sondern auch auf die Fälle, in welchen ein Amtsgericht überhaupt sachlich zuständig ist; da § 10 sowie § 11 nicht wie §§ 2—9 unter den verschiedenen Gründen sachlicher Unzuständigkeit unterscheiden. Ebenso *R. O.* 11, 432; 13 367; 27. Juni 1889, *Raff. R.* 33, 1131, *Z. B.* 303 u. Nach I § 30 Anm. 5. Der Einwand örtlicher Unzuständigkeit wird durch § 10 nicht berührt. Wenn das Gesetz einen Rechtsstreit nicht bloß an die Amtsgerichte überhaupt, sondern an ein bestimmtes Gericht (z. B. das Prozeßgericht erster Instanz §§ 547, 773, 778, das Arrestgericht, §§ 804, 805) verweist und damit also nicht bloß über die sachliche Zuständigkeit sondern auch über den Gerichtsstand disponirt, ist § 10 nicht anwendbar. (*R. O.* 18, 361, 377 — gegen *R. O.* 13, 368 — Seuffert Anm. 2, Caupp Anm. II., wo jedoch überall mit Unrecht auf die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes Gewicht gelegt wird. Diese macht nur die Prorogation an ein anderes Gericht unmöglich, der Einwand der Unzuständigkeit wird durch die Nichtausschließlichkeit eines anderen Gerichtsstandes nicht berührt.)

Nach *R. O.* 23, 429, 14. Dec. 1892, *Z. B.* 1893 S. 73, findet § 10 auch auf den Fall Anwendung, daß das Landgericht sich zwar auf erhobenen Einwand für unzuständig erklärt hat, weil das Amtsgericht zuständig sei, die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts aber im Berufungsurtheil vom Oberlandesgericht ausgesprochen

ist. Diese Entscheidung giebt zu erheblichen Bedenken Veranlassung; sie widerspricht, wie das Reichsgericht selbst anerkennt, dem Wortlaute des Gesetzes. Die von den Rot. angegebene ratio legis, „daß es bei der präsumtiv besseren Rechtsprechung des Kollegialgerichts an einem sachlichen Grunde fehle, dem Beklagten dieserhalb ein Rechtsmittel zu gewähren“, kann nicht für eine ausdehnende Auslegung des Gesetzes verwerthet werden, weil dieses schon an sich eine Ausnahme von allgemeinen Grundsätzen darstellt, und weil eine folgerechte Anwendung jener ratio dahin führen würde, dem Beklagten den Einwand der sachlichen Unzuständigkeit vor dem Landgerichte überhaupt zu versagen. In der That ist die prozessualische Sachlage gegen die Voraussetzungen des § 10 durchaus verändert, wenn der Beklagte von dem Einwande der Unzuständigkeit vor dem Landgerichte mit Erfolg Gebrauch gemacht hat. Der § 10 will eine Erörterung der sachlichen Zuständigkeit im Falle ihrer Bejahung durch das Landgericht abschneiden und deshalb eine Rechtsmittelinstanz in dem angegebenen Falle über die sachliche Zuständigkeit überhaupt nicht zulassen. Ist aber die Sache einmal durch Verneinung der sachlichen Zuständigkeit in Gang gebracht und darüber eine Rechtsmittelinstanz beschritten, so ist kein Grund zu der Annahme, daß das Gesetz im Falle der Bejahung der Zuständigkeit durch das Berufungsgericht dem Instanzenzuge nicht seinen ordentlichen Lauf lassen wolle. Dazu hätte es, zumal bei der Unbedingtheit der Vorschrift des § 509 Nr. 1, einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft. Vgl. analog zu § 290 R. O. 6. Mai 1891, ZW. 307.

Auf den Einspruch gegen ein Veräumnisurtheil findet § 10 keine Anwendung. Derselbe ist kein Rechtsmittel (vgl. Rot. 51 „der § 10 versagt jedes Rechtsmittel“) und keine „Anfechtung“ des Urtheils, § 303.

## § 11.

Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei welchem die Sache später anhängig wird.<sup>1)</sup>

R. 11. N. 18. P. 7. 500. 506.

1) Der § 11 betrifft nur die sachliche Unzuständigkeit, nicht die Unzuständigkeit aus Gründen des fehlenden Gerichtsstandes. Es soll durch § 11 vermieden werden, daß sich mehrere Gerichte, von welchen eines in der That zuständig ist, rechtskräftig sämmtlich für unzuständig erklären, weil etwa das Amtsgericht einen Werth über 300 Mark und das Landgericht einen geringeren Werth annimmt. Demselben Zwecke dienen auch die Vorschriften der §§ 249, 466, 467. Danach soll das Amtsgericht, wenn es sich für sachlich unzuständig erklärt, die Sache auf Antrag an das Landgericht des Amtsgerichtsbezirks und das Landgericht, wenn es auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit sich unzuständig erklärt, die Sache auf Antrag des Klägers an ein bestimmtes Amtsgericht verweisen. Die Verweisung ist auszuführen, wenn das Urtheil rechtskräftig ist. Alsdann wird zwar nicht die Verweisung rechtskräftig; vielmehr kann das nun besagte Gericht sich aus Gründen örtlicher Unzuständigkeit ebenfalls für unzuständig erklären; aber die Unzuständigkeit des verweisenden Gerichts wird rechtskräftig und bindend, und zwar mit dem Resultate, daß das nun besagte Gericht nicht berechtigt ist, auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit sich für unzuständig zu erklären; R. 500 (vgl. R. O. 17, 383). RR. Caupp Anm. II und die dort Angeführten, welche wegen des Ausdrucks der Rot. 51 „aus denselben Gründen“ die Rechtskraft der Entscheidung auf den ausgesprochenen Grund der Unzuständigkeit beschränken wollen, vgl. dagegen Seuffert Anm. 1. Jedenfalls aber ist die Anwendung des § 11 nicht davon abhängig, daß eine ausdrückliche Verweisung gemäß §§ 249, 466, 467 stattgefunden hat. — Daß das Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, die Klage aus dem Grunde abweisen darf, daß dieselbe überhaupt nicht vor die ordentlichen Gerichte gehöre, sondern etwa vor ein Verwaltungsgericht oder ein Rheinschiffahrtsgericht, ist richtig,

aber dies betrifft nicht die Frage der Zuständigkeit, sondern die der Zulässigkeit des Rechtsweges. Eine solche Entscheidung widerspricht überhaupt nicht der rechtskräftig ausgesprochenen Unzuständigkeit des zuerst angegangenen Gerichts; auch ist zur Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs nur ein an sich sachlich zuständiges Gericht berufen. Vgl. R. Levy, Buch 20, 106 ff; Peterfen Ann. 3; Kleiner zu § 11, Gaupp Ann. I. Nr. Endemann zu § 11. — Die Entscheidung soll auch nach dem Wortlaut des Gesetzes sowie nach dem Zwecke der Abschneidung von Zuständigkeitsprozessen jedes andere Gericht, bei welchem die Sache später anhängig wird, binden, nicht bloß das dem zuerst angegangenen Gericht übergeordnete Land- bezw. untergeordnete Amtsgericht, Peterfen Ann. 4. Nr. Siebenhaar u. Kleiner zu § 11. Wenn demgemäß ein Landgericht auf Grund rechtskräftig ausgesprochener sachlicher Unzuständigkeit des Amtsgerichts zuständig wird, so ist auch gegen dessen Entscheidung Berufung an das OLG. zulässig, wenn aber gegen das Urtheil des letzteren Revision eingelegt wird, beansprucht das Reichsgericht selbständige Prüfung der Frage, ob die Voraussetzungen des § 509 Nr. 2 (bez. § 70 O.B. u. § 39 Preuß. A.G. z. O.B.) vorliegen, RG. 17, 381, 15. Dez. 1890, JW. 1891 S. 67. — Ueber die Kompetenzbestimmungen betreffs der Civilkammern und Kammern für Handelsfachen, und die Verweisungen von einer zur andern vgl. O.B. §§ 102—107. Zu berücksichtigen ist dabei, daß die Civilkammer und die Kammer für Handelsfachen desselben Landgerichts nicht verschiedene „Gerichte“, sondern Abtheilungen desselben Gerichts sind, für ihr Verhältnis unter einander also § 11 nicht anwendbar ist, wohl aber für das Verhältnis einer jeden dieser Abtheilungen zum Amtsgericht. — Wenn ungeachtet der Vorschriften der §§ 11, 249, 466, 467 bez. O.B. §§ 102—107 sich dennoch mehrere Gerichte rechtskräftig für unzuständig erklärt haben, so bleibt die Abhilfe nach § 36 Nr. 6; Rot. 51.

Durch § 26 Ges. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890 (RGBl. 141) ist § 11 auf das Verhältnis der Gewerbegerichte und der ordentlichen Gerichte für anwendbar erklärt, und zwar mit dem Zusatz, daß eine solche Entscheidung des ordentlichen Gerichts auch insoweit, als sie auf der Annahme der örtlichen Zuständigkeit des Gewerbegerichts beruht, für dieses bindend ist.

## Zweiter Titel.

### Gerichtsstand.

1) Ueber den Begriff des Gerichtsstandes und die Unterscheidung der örtlichen von der sachlichen Zuständigkeit vgl. Vorbem. vor § 1. Der im § 16 O.B. ausgesprochene Grundsatz: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden“ — entsprechend dem Grundsatz des Röm. u. gem. Civilprozesses von der *sententia a non suo iudice lata*, vgl. Wehll § 39 R. 18 — erhält seine Ausführung durch die Vorschriften über den Gerichtsstand. Dieselben werden, wie die des gem. u. preuß. Civilprozesses, im Allgemeinen von der Regel: *actor sequitur forum rei* (L. 3 C. Ubi in rem 3, 19) beherrscht, indem das Verhältnis des Beklagten zu einem bestimmten Gerichtsprengel den Gerichtsstand für alle gegen ihn zu erhebende Klagen bestimmt (§ 12). Dieses Verhältnis wird, wie schon gemeinrechtlich im Anschluß an das *domicilium* des R.R. (Wehll § 40, Savigny Syst. 8 § 355 II) durch den Wohnsitz gebildet, dergestalt, daß regelmäßig der Wohnsitz des Beklagten den allgemeinen Gerichtsstand desselben begründet. Hat der Beklagte nicht im Deutschen Reiche, dagegen außerhalb desselben einen Wohnsitz, so kann er auf Grund eines allgemeinen Gerichtsstandes im Reiche nicht verklagt werden. (Die Gerichtsstände des § 568 Abs. 2 und § 594 Abs. 2 sind besondere.) Für Personen, welche weder im Deutschen Reiche, noch sonstwo, also überhaupt nicht einen Wohnsitz haben, gilt ihr zettiger Aufenthaltsort, und wenn ein solcher nicht bekannt ist, ihr letzter Wohnsitz als allgemeiner Gerichtsstand; §§ 12, 13, 18.

2) Neben dem allgemeinen Gerichtsstande sind durch gewisse Beziehungen der Rechtsstreitigkeiten zu den Gerichtsprengeln verschiedene besondere Gerichtsstände

zugelassen, von denen die meisten den früheren deutschen Prozeßrechten bereits bekannt waren. Vgl. §§ 21—34, 61, 547, 566, 568, 594, 606, 823, 834, 839, 871, 664, 729, 755 ff., 780, sowie die vielfachen Bestimmungen über den Gerichtsstand betreffend die Zwangsvollstreckungen und Arreste, §§ 660, 667, 686, 690, 710, 765, 773, 778, 799. Wenn für dieselbe Klage mehrere Gerichte zuständig sind, entweder mehrere allgemeine (§ 19) oder mehrere besondere Gerichtsstände oder neben dem allgemeinen ein besonderer oder mehrere besondere, so hat der Kläger die Wahl, § 35. Vgl. Anm. 2 § 285.

Die mehrfachen Bestimmungen, wonach das Gericht des Hauptprozesses zugleich zur Entscheidung von Nebenpunkten und Zwischenstreiten zuständig ist (§§ 68, 126, 352, 353) werden nicht sowohl als Herstellung besonderer Gerichtsstände, wie als Feststellung des Wirkksamkeitsumfanges für das zur Hauptsache zuständige Gericht anzusehen sein. Dagegen sind dadurch, daß nach § 13 C. die reichsgesetzlichen Prozeßvorschriften aufrecht erhalten sind, noch einzelne besondere Gerichtsstände beibehalten, so nach Art. 315, 455, 475, 764 G. O. B., außer den, im § 19 aufgenommenen und ergänzten Bestimmungen der Art. 111, 144, 164, 172, 213, 244, 247; Kayen-Ges. 21. Dez. 1871 § 42 Abs. 2, Reichsbeamten-Ges. 31. März 1873 §§ 21, 154; Kriegsleistung-Ges. 13. Juni 1873 § 34. Vgl. unten Vorbem. 6 u. 7, ferner Anm. zu §§ 16, 20.

3) Für einzelne Kollisions- und Zweifelsfälle kann nach §§ 36, 37 durch das nächst höhere Gericht ein außerordentlicher Gerichtsstand bestimmt werden. — Neben diesen Bestimmungen über den Gerichtsstand in den vor die „ordentlichen“ Gerichte gehörigen Rechtsstreitigkeiten bleibt der Landesgesetzgebung die Befugniß, sowohl in den Angelegenheiten, für welche besondere Gerichte zugelassen sind, als auch in den der Landesgesetzgebung überhaupt vorbehaltenen Rechtsfachen die Zuständigkeit abweichend zu bestimmen, C. O. z. O. B. § 3 Abs. 3. — C. O. z. O. B. § 15.

4) Ein f. g. privilegirter Gerichtsstand für Klassen oder Stände besteht nicht mehr, und kann auch landesgesetzlich nicht eingeführt werden, vgl. Einl. § 4. Dieselben Gerichte sind für alle Beklagte ohne Unterschied des Standes gleichmäßig zuständig. — Hiervon ist nur zu Gunsten der Landesherren, der landesherrlichen Familien und der Fürstl. Familie Hohenzollern die Ausnahme gemacht, daß die Vorschriften ihrer Hausverfassungen und der Landesgesetze, und damit auch hinsichtlich des Gerichtsstandes vorbehalten sind, C. O. z. O. B. § 5. — C. O. z. O. B. § 5. — Vgl. Anm. dazu und zu C. O. § 18.

5) Die entscheidende Zeit für die Begründung des Gerichtsstandes — wie auch der sachlichen Zuständigkeit — ist der Zeitpunkt der Klageerhebung, §§ 4, 235 Nr. 2, unter Aufrechterhaltung des gemeinrechtlichen Grundsatzes: ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet (Weyell § 478 Note 16).

6) Neben dem gesetzlichen Gerichtsstande, welcher im Tit. 2 behandelt wird, hat die C. P. auch die Vereinbarung der Parteien für den ersten Rechtszug als Kompetenzbegründendes Moment aufgenommen, jedoch wiederum für einzelne Rechtsfachen durch Anordnung einer ausschließlichen Zuständigkeit — sei es der örtlichen oder sachlichen, oder beider — beschränkt bez. ausgeschlossen, § 40, Vgl. §§ 25, 547, 568, 594, 606, 617, 621, 624, 629, 707, 839; O. B. § 70 Abs. 2; R. O. §§ 64, 134, 152, 202, 208; G. O. B. (n. F.) Art. 190 a, 222; Genoffensch. Ges. 1. Mai 1889, §§ 49, 105; Ges. v. 20. Apr. 1892, R. O. B. L. S. 477 betr. Gesellschaften mit beschränkter Haftung §§ 61, 62; internat. Uebereinkommen betr. Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890, R. O. B. L. 1892 S. 793 Art. 27 Abs. 4; 53. Auch der allgemeine Gerichtsstand wird durch einen ausschließlichen besonderen besetzt, § 12.

7) „Soweit nicht einzelne Ausnahmen bestimmt werden, gelten die Vorschriften über den Gerichtsstand nicht nur für die Inländer, d. h. die Angehörigen des Deutschen Reichs, Reichsoberf. vom 16. Apr. 1871 Art. 3, Ges. von demselben Tage § 2 Abs. 2, Reichsges. v. 1. Juni 1870 §§ 1—12, sondern ebensowohl für die Ausländer, und zwar — entgegen der altpreuß. Praxis, Strietz, 17, 144 — ohne Rücksicht darauf, ob es sich um den allgemeinen oder einen besonderen Gerichtsstand handelt.“ Rot. 52. Dies hat auch

im Befehle Ausdruck gefunden, einmal dadurch, daß die Vorschriften der §§ 12 ff. keine Ausnahmen in Betreff der Staatsangehörigkeit machen, sondern nur von „Person“ und „Personen“ sprechen, und dann dadurch, daß im *OB.* §§ 18—21 nur mit Rücksicht auf die völkerrechtliche Exterritorialität der Diplomaten und ihres Hausstandes für Ausländer, welche im Deutschen Reiche als Exterritoriale leben, sowie für die deutschen Missionen beim Deutschen Reiche und bei einzelnen Bundesstaaten Ausnahmen von der Unterwerfung gemacht sind. Vgl. *OB.* §§ 16, 18—21 und Anm. dazu; ferner *RO.* 3, 31. (Austriatische Regierungen sind ohnehin der deutschen Gerichtsbarkeit, abgesehen von den gleich zu erwähnenden Ausnahmen, nicht unterworfen und gelten daher für sie in der Regel auch nicht die Vorschriften über besondere Gerichtsstände. Ansprüche an dieselben können nur im Gerichtsstande ihres eigenen Landes oder durch diesseitige diplomatische Vermittelung geltend gemacht werden. Vgl. *RaffR.* 26, 289 ff. und Urtheil des Kompetenzgerichtshofes zu Berlin *M.* Januar 1882 in Sachen Ziemer wider die Rumänische Regierung *S.* 294 a. a. D.; *Kammerger.*, *SA.* 50, 97. Indeß ist mit der Juristenfacultät zu Berlin (*S. f.* *internat. Privat.* 3, 117 ff., 275 ff.) anzunehmen, daß auch fremde Staaten dem Gerichtsstande der belegen Sache, § 25, der Erbschaft, § 28, und der Vereinbarung, § 38, unterworfen sind. Der Versuch einer besonderen gesetzlichen Regelung dieses Punktes Seitens der verbündeten Regierungen ist bisher nicht geglückt. Vgl. Entw. eines Ges. betr. die Ergänzung des *OBG.* nebst Begründung, Druckf. des Reichst. 6. Leg.-Per. 1. Sess. 1884/85 Nr. 114, u. Kommissionsber. Nr. 379; *Seuffert* Anm. 5. Für den Eisenbahnfrachtverkehr sind jedoch durch das internationale Uebereinkommen v. 14. Okt. 1890, *ROBl.* 1892 *S.* 793 §§ 27, 53, 55 besondere Bestimmungen über den Gerichtsstand getroffen. Vgl. dazu die Kommentare von *Gerstner* und von *Eger*, Berlin 1892. Ferner betr. besondere Gerichtsstände von Ausländern vgl. *Markenshupf.* 30. Nov. 1874 (*ROBl.* 143) § 20, *Patentgef.* 7. April 1891 (*ROBl.* 79) § 12, *Ges. z. Schuz der Waarenbez.* 12. Mai 1894, *ROBl.* 439, § 23 Abs. 2.

8) Ist für die Begründung des Gerichtsstandes der Klagegrund allein nicht ausreichend, sind vielmehr dafür noch andere zur Klagebegründung an sich nicht erforderliche Thatfachen nöthig, so hat Kläger diese zu beweisen; *RO.* 3, 382, 7, 310; 11. Febr. 1892, *RaffR.* 36, 706; 25. Febr. 1892, *ZM.* 204. Vgl. Anm. 3 a. *E.* § 29, Anm. 4 § 18, Anm. 2, 3 § 24. Wenn der Nachweis der Zuständigkeit mit dem Nachweise der sachlichen Begründung des Anspruchs dergestalt zusammenfällt, daß die kompetenzbegründenden Thatfachen zugleich nothwendige Thatbestandsmomente des Anspruchs selbst sind, so bedarf es keines besonderen Beweises der kompetenzbegründenden Momente, vielmehr genügt in diesem Falle die bloße Behauptung derselben; das Interesse des Beklagten ist dadurch gewahrt, daß mit der Beweismöglichkeit des Klägers hinsichtlich jener Momente zugleich der ganze Anspruch fällt und sachlich abzuweisen ist. Nur wo der Anspruch trotz des Fehlens der kompetenzbegründenden Momente bestehen kann, sind diese Gegenstand der besonderen Beweisaufnahme in Bezug auf die Zuständigkeit und ist die Klage, wenn sie nicht erwiesen worden, wegen Unzuständigkeit abzuweisen; *RO.* 29, 371; 11. Mai 1892, *ZM.* 398, *RaffR.* 36, 1198; 8. Juli 1893, *ZM.* 422; 20. Okt. 1893, *ZM.* 535; 6. Dez. 1893, *RaffR.* 38, 490, *ZM.* 1894 *S.* 54; *SA.* 49, 342. Vgl. *Petersen*, *RaffR.* 37, 1 ff., *Stein*, *RaffR.* 28, 433; *Paul Mayer*, *Buch* 14, 241 ff.; *Dörsch.*, *SA.* 46, 210; *Köhler*, *civA.* 70, 225 u. *trit. Viert. R. F.* 3, 395 ff.

Ueber die Einrede der Unzuständigkeit und die Prüfung der Zuständigkeit von Amtswegen vgl. *Borbem.* 1, 2, 3 vor § 38.

## § 12.

Das Gericht, bei welchem eine Person ihren allgemeinen Gerichtsstand hat, ist für alle gegen dieselbe zu erhebenden Klagen zuständig, sofern nicht für eine Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.<sup>1)</sup>

*R. 12. N. 41. P. 7. 506.*

1) Vgl. zu § 12 und den durch denselben festgehaltenen Grundsatz: actor sequitur forum rei *Borbem.* 1. Die §§ 12—20 behandeln den allgemeinen Gerichtsstand, §§ 13

bis 18 den der physischen Personen, §§ 19, 20 den der juristischen. Ueber das Verhältniß der §§ 14–17 zu § 13 vgl. Anm. 1 Abs. 5 § 13. Ueber die ausschließlichen Gerichtsstände und das Verhältniß der ausschließlichen, allgemeinen und besonderen vgl. Vorbem. 1, 2, 6. Eine nach § 100 O.B. für einen örtlich abgegrenzten Bezirk des Landesgerichts außerhalb des Sitzes desselben gebildeten Kammer für Handelsachen ist nach R.O. 23, 371 im Sinne des § 12 (ebenso wie nach §§ 8, 9 R.A.D.; vgl. Anm. 4 zu § 100 O.B.) als besonderes Gericht anzusehen, für welches der allgemeine Gerichtsstand nach § 13 hinsichtlich der den Kammern f. Handelsachen zugewiesenen Rechtsstretigkeiten, § 101 O.B., unter Ausschluß der am Orte des Landesgerichts selbst gebildeten R. f. G. begründet wird.

### § 13.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch den Wohnsitz<sup>1)</sup> bestimmt.<sup>2)</sup>

E. 13. N. 43. P. 7. 506.

1) Begriff und Voraussetzungen des Wohnsitzes werden durch das bürgerliche Landesrecht bestimmt, Not. 53; R.O. 22, 385; 30, 348; 1. Mai 1890, Z.B. 201, Raff.R. 34, 1141; 3. Nov. 1892, Z.B. 506. (Der Versuch von Bach I 400 ff., den Begriff des Wohnsitzes aus der O.P. herzuleiten, scheitert an dem Mangel jeder positiven Bestimmung; die Ausschließung des domicile élu, O.G. § 15 Nr. 5, und die Unterscheidung von Aufenthaltsort und Wohnsitz gemähren für die Begriffsbestimmung keinen positiven Inhalt; demzufolge muß Bach selbst für die Einzelbestimmungen auf die Landesrechte zurückgreifen; vgl. auch Pland I § 13 Anm. 9 S. 53.) Für die Frage, ob ein bestimmter Wohnsitz begründet oder aufgegeben ist, entscheidet das am Orte des streitigen Wohnsitzes geltende Recht; R.O. 25. Okt. 83; Raff.R. 28, 889; davon ist jedoch die subjektive Fähigkeit zur Begründung eines Wohnsitzes auszunehmen, da diese schon vor Perfektion des Aktes vorhanden sein muß, — wenn nicht ein Zirkelschluß entstehen soll. Vgl. Pr. A.R. Einl. §§ 23 ff. Das Recht des streitigen Wohnsitzes wird in der Regel das Recht des angesprochenen Prozeßgerichts sein; aber das Recht des Prozeßgerichts grundsätzlich (wie bei Beurtheilung des Vorhandenseins der Erfordernisse des subsidiären Gerichtsstands des Aufenthaltsorts nach § 18) entscheiden zu lassen (Caupp Anm. IV) dürfte mit Rücksicht darauf, daß es sich für die Frage des Wohnsitzes in erster Reihe um materielles Privatrecht handelt, nicht zu billigen sein, vgl. Seuffert, Anm. 2.

Eine Aufzählung der gemeinrechtlichen Quellen über den Begriff des Wohnsitzes vgl. bei Seuffert Anm. 1. Für das Preuß.R. vgl. A.O.D. Th. I Tit. 2, §§ 8–12, 14; Anh. § 4 dazu, welche als materielle Vorschriften durch O.G. § 14 nicht aufgehoben sind, vgl. R.O. 30, 349; 1. Mai 1890, Raff.R. 34, 1141, Z.B. 201, für das franz. R. code civ. art. 102–109. (R.O. 22, 385.) Als allgemein gültiger Grundsatz dürfte anzunehmen sein, daß ein Wohnsitz begründet ist an dem Orte, welchen eine Person als örtlichen Mittelpunkt ihrer bürgerlichen Thätigkeit und ihres häuslichen Lebens mit der erkennbaren Absicht ihres regelmäßigen Aufenthalts bestimmt und thatsächlich einnimmt, ohne Rücksicht auf den politischen oder Unterstützungswohnsitz, auf die Staatsangehörigkeit, auf Unterbrechungen durch Reisen u. dgl.; R.O. 15, 367; 30, 348; 2. Dez. 1882, Wallm. ZPr. 3, 380; 17. Juni 1884, Z.B. 275, O.A. 40, 9; 22. Mai 1886, Z.B. 237. Zur Begründung ist die Absicht dauernden wirtschaftlichen Aufenthalts und der thatsächliche Beginn eines solchen Aufenthalts nöthig; die Bestimmung eines Sitzes für das gewerbliche Leben allein genügt nicht; R.O. 30, 349; 19. Nov. 1894, Z.B. 1895 S. 4. Zur Aufgebung eines einmal begründeten Wohnsitzes reicht weder die Absicht zum Verlassen allein aus, wenn der Wohnende thatsächlich bleibt, noch auch allein das thatsächliche Verlassen, wenn er an den Ort als seinen Wohnort wieder zurückkommen will, R.O.G. 13, 363, 364. Domicilium re et facto transfertur, non nuda contestatione, L. 20 ad mun. 50, 1; vgl. Savigny System 8, 61, Weßell § 40 R. 38 ff. Für die Handlungsunfähigen ist, soweit es sich um die Absicht handelt, die Absicht ihrer gesetzlichen Vertreter maßgebend. Für die minderjährige Ehefrau gilt jedoch § 17 Abs. 1.

Insofern ein Civilrecht neben dem natürlichen Wohnsitz nach der Begriffsbestimmung im Abf. 1 noch einen gesetzlichen Wohnsitz (z. B. der Beamten) kennt, wird auch dieser von § 13 mitumfaßt, da im Gesetz nicht unterschieden wird, vgl. R. 22, 385, Seuffert Anm. 1; aM. Gaupp Anm. V und die dort Citirten; nach Preuß. R. wird der gesetzliche Wohnsitz der Beamten allerdings nicht schon durch die Anweisung desselben, sondern erst durch die Niederlassung am Amtssitze begründet, § 11, I, 2 A. O. D., R. 1. Mat 1890, JW. 201, Raff. R. 34, 1141; (anders nach franz. R. art. 107 code civ.) Auch die Bestimmung des Art. 108 code civ., wonach interdicirte Großjährige ihren Wohnsitz da haben, wo ihr Verwaltungsvormund wohnt, ist als materielrechtlich aufrecht erhalten und daher nach § 13 für den allgem. Gerichtsstand maßgebend; die sonstigen im Art. 108 erwähnten abgeleiteten Wohnsitze gelten für den Gerichtsstand nur soweit nicht § 17 entgegensteht, aM. Wach I § 34 R. 34, Gaupp, Anm. 1 zu § 17. Das domicile élu des französischen Rechts und das Domicil auf dem Domicilwechsel begründen dagegen keinen Wohnsitz im Sinne des § 13, können aber eine Vereinbarung über den Gerichtsstand, §§ 38 ff., begründen. (Vgl. Kohler, Raff. R. 31, 296, 527.)

Sträflinge haben nach dem Begriffe des Wohnsitzes am Orte des Strafvollzuges nicht schon in Folge desselben einen Wohnsitz; dagegen ist § 21 für sie anwendbar; Anm. 2 § 21. Für den Wohnsitz am Strafort wird in der Regel der Wille fehlen. Andererseits wird durch den Strafvollzug allein das bisherige Domicil nicht beseitigt; R. 23. Dkt. 1884, JW. 299 Ziff. 14, Raff. R. 29, 117, SA. 40, 348; DLG. Dresden, civ. 69, 446, Wach I 409. Die Annahme des DLG. Jena, daß der Sträfling ein zweites nothwendiges Domicil am Straforte habe (Wallm. 7, 74), ist als allgemeiner Grundsatz nicht aufzustellen; Gaupp Anm. V, WegeII § 40 R. 48 und die dort angeführte Entsch. des früheren DLG. München. Konfirirte haben einen nothwendigen Wohnsitz an dem ihnen angewiesenen Orte (vgl. § 2 Ges. v. 4. Juli 1872, R. 31. S. 253). Abw. Wach I § 34 Anm. 42. Gesindebedienstete begründen an sich noch keinen Wohnsitz; Eccius I § 11 Nr. 7.

Wer an mehreren Orten Wohnsitze hat, hat in jedem seinen allgemeinen Gerichtsstand, R. 42, Mot. 53. Vgl. Savigny System 8 § 354, WegeII § 40 R. 45; § 15 I. 2. A. O. D. Für die in §§ 14—17 genannten Personen ist jedoch der dort angeordnete Gerichtsstandswohnsitz unter Ausschluß eines sonstigen natürlichen oder gesetzlichen Wohnsitzes für den allg. Gerichtsstand allein maßgebend.

Bei Theilung einer Detschaft in mehrere Gerichtsbezirke bestimmt der Wohnsitz innerhalb jedes Gerichtsbezirks den Gerichtsstand des für diesen Bezirk eingesetzten Gerichts, Gaupp Anm. II; vgl. § 16 und Buch 18, 544.

2) Vor deutschen Gerichten können nach § 13 natürlich nur solche Personen ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, welche ihren Wohnsitz im Deutschen Reiche haben. (Ueber die Geltung der Gerichtsstände für Ausländer vgl. Vorb. 7 vor § 12.) Wer im Auslande seinen Wohnsitz hat, hat — abgesehen von den Modifikationen der §§ 14—17, 19 — seinen allgemeinen Gerichtsstand nicht im Deutschen Reiche. Für solchen hat § 13 seine beabsichtigte negative Bedeutung, abgesehen von der positiven Bedeutung für die Beurtheilung der Zuständigkeit des ausländischen Gerichts (auch bei Abweichungen des ausländischen Gesetzes) durch den deutschen Richter nach § 661 Nr. 3 (Wach I § 34 Anm. 5 S. 400). Den Gegensatz bildet § 18. Zu den in § 18 erwähnten Personen, welche „keinen Wohnsitz“ haben, sind nur solche zu rechnen, welche überhaupt keinen Wohnsitz haben, weder im Inlande, noch im Auslande. Vgl. Mot. 53, 56. Wer im Auslande wohnt, kann im Deutschen Reiche nur im Falle eines besonderen Gerichtsstandes verklagt werden. Die Lücke, wenn die ausländischen Gerichte gegen dort wohnende Nicht-Staatsangehörige dort zu entscheiden inkompetent sind (wie in Frankreich), bleibt noch auszufüllen; Buch 5, 481 f.

### § 14.

Militärpersonen<sup>1)</sup> haben in Ansehung des Gerichtsstandes<sup>2)</sup> ihren Wohnsitz am Garnisonorte.

Diese Bestimmung findet auf diejenigen Militärpersonen, welche nur zur

Erfüllung der Wehrpflicht dienen, oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, keine Anwendung.<sup>5)</sup>

E. 14. N. 45. P. 8. 506.

1) Die § 14—17 ordnen für gewisse Klassen von Personen einen besonderen Gerichtsstandswohnsitz an und enthalten demnach eine Beschränkung des § 13; vgl. Anm. 1 Abs. 5 dazu. „Die besondere Gerichtsbarkeit über Militärpersonen beschränkt sich auf Strafsachen“ § 39 Reichsmilitär-Ges. 2. Mai 1874, RStBl. 56. Für die bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten sind die ordentlichen Civilgerichte auch hinsichtlich der Militärpersonen zuständig und sind nur einzelne Bestimmungen in Betreff des Gerichtsstandes getroffen; §§ 14, 15, 21. Vgl. Anm. Ob. § 13 und Ob. 2. Ob. § 7.

Der Begriff der „Militärpersonen“ umfaßt alle „zum aktiven deutschen Heere und zur aktiven Kaiserl. Marine gehörigen Militärpersonen“ ohne Unterschied des Ranges, einschließlich der Militärärzte und der Militärbeamten. Vgl. das Nähere Anm. 1 § 673, Anlage zum Militärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872, RStBl. 204 und § 38 des Reichsmilitärgesetzes 2. Mai 1874, RStBl. 55. — Offiziere à la suite fallen nicht unter § 14, RStBl. 16. März 1881, RaffR. 26, 119; (vgl. jedoch bez. der auf bestimmte Zeit beurlaubten u. à la suite gestellten: P. Daube die bürgerlichen Rechtsverhältnisse der Militärpersonen, Berlin 1887 S. 91 R. 46), ebensowenig die Offiziere und sonstigen Mitglieder der Gensdarmmerie sowie anderer landesrechtlicher, militärisch organisirter Verbände. (Caupp Anm. 1.)

Nicht-deutsche Militärpersonen sind natürlich in §§ 14, 15 nicht gemeint und kommen für das Deutsche Reich nicht als Militärpersonen in Betracht.

2) Die Worte: „in Ansehung des Gerichtsstandes“ in den §§ 14—17 sind zugefügt, um auszudrücken, daß hinsichtlich des Gerichtsstandes der gesetzlich hier festgesetzte Wohnsitz unbedingt entscheidend ist, ohne Rücksicht auf einen etwaigen andern wirklichen Wohnsitz; und zugleich, daß hinsichtlich aller andern rechtlichen Beurtheilung sowohl der materiellen Rechte, als auch der Prozeßfähigkeit und der Legitimation das am Orte des Gerichtsstandes geltende Recht durch die Bestimmungen über den Gerichtsstand allein nicht schon für anwendbar erklärt sein soll, in dieser Beziehung vielmehr das sonst anwendbare bürgerliche Recht entscheidet; Prot. 8. Vgl. Laband, Staatsrecht 3 a, 258.

3) Abs. 2 wird durch § 21 Abs. 2 ergänzt. Die in §§ 14 Abs. 2 und 21 Abs. 2 bestimmte Einschränkung des § 14 Abs. 1 entspricht dem § 39 Abs. 2 des Reichsmilitär-Ges. v. 2. Mai 1874, RStBl. S. 56. Für die im Abs. 2 Bezeichneten, also auch für diejenigen, welche ihrer Wehrpflicht genügen oder aus dem Beurlaubtenstande später wieder einberufen werden (§§ 56 ff. Ges. 2. Mai 1874), wird sonach hierdurch am Garnisonorte zum Zwecke des Gerichtsstandes kein Wohnsitz begründet und die Absicht dazu nicht angenommen (übereinst. mit dem gem. R., Weyell § 40 R. 49); sie können aber am Garnisonorte nach § 21 Abs. 2 wegen vermögensrechtlicher Ansprüche verklagt werden.

Unter denen, welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, sollen nach Prot. 8 „Minderjährige und ähnliche Personen“ verstanden sein. Minderjährige Offiziere oder Militärbeamte, welche in abstracto als Minderjährige nicht die Fähigkeit haben, „selbständig“ einen Wohnsitz zu begründen, würden demgemäß nach den Bestimmungen der §§ 17, 21 in Betreff des Gerichtsstandes zu behandeln sein. Es ist jedoch nach den konkreten Verhältnissen und nach dem ergänzenden bürgerlichen Landesrechte zu beurtheilen, ob Jemand selbständig einen Wohnsitz begründen kann. Vgl. für Preußen: Ges. 12. Juli 1875, Ob. 518, ARN. II 2, §§ 127, 212, 219, Anh. § 90; Dekr. 31. März 1839, Ob. 155 und Ob. 1867 S. 519 und § 39 RMilG. vom 2. Mai 1874.

## § 15.

Als Wohnsitz der Militärpersonen, welche zu einem Truppentheile gehören, der im Deutschen Reich keinen Garnisonort hat, gilt in Ansehung des Gerichtsstandes der letzte deutsche Garnisonort des Truppentheils.<sup>1)</sup>

E. 15. N. 46. P. 8. 102. 131. 506. 641. 642.



1) Der § 15, welcher zur Zeit keine praktische Bedeutung hat, verdankt seine Entstehung dem Umstande, daß die ursprünglichen Entwürfe in der Zeit vor und kurz nach der Okkupation Frankreichs 1870—1871 berathen wurden, und daß früher Preußen im außerpreussischen Auslande, in den Bundesfestungen Mainz und Luxemburg preussische Garnisonen hatte.

Nach § 39 Abs. 3 RRUÖ. 2. Mai 1874, RÖBl. 56, „bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften in Kraft, nach welchen für Truppentheile, welche nach der Mobilmachung ihre Garnison verlassen haben, und sich dauernd im Auslande aufhalten, die Ausübung der streitigen oder freiwilligen Gerichtsbarkeit einem inländischen Gerichte oder den Auditoren ein für alle Mal übertragen ist, oder für den einzelnen Fall im Verordnungswege übertragen werden kann.“ Diese Bestimmung hat durch den § 15 nicht geändert werden sollen und ist durch C. z. C. P. § 13 Abs. 1 und C. z. C. B. § 7 aufrecht erhalten; Prot. 8, 102, 641, 642. MR. Laband Staatsr. 3a, 258 Anm. 2, f. dagegen A. Förster Anm. 2. — Für Preußen: Gef. 8. Juni 1860 § 13. C. S. 243; vgl. C. D. 19. Juli 1834, C. S. 132; Gef. v. 26. April 1851 Art. VIII, C. S. 184; B. 1. Okt. 1860, C. S. 457; 15. März 1866, C. S. 141.

Die allgemeine Fassung des § 15 scheint dafür zu sprechen, daß derselbe sich auch auf die im § 14 Abs. 2 bezeichneten Personen beziehe; da indessen für diese der Gerichtsstands-Wohnsitz des Garnisonorts überhaupt nicht aufgenommen ist, so kann der § 15 nur als eine Ergänzung des Abs. 1 § 14 angesehen werden; Peterfen Anm. 3, v. Bülow Anm. 1, Fitting, civ. 61, 403; Wach I § 34 Anm. 37, Seuffert Anm. 1, Caupp Anm. II. (Abw. Erdmann I, 250; Struckmann-Roch, Daube a. a. O. S. 92.) Vgl. auch Anm. 4 zu § 21. Analoge Anwendung des § 15 auf Marktender, freiwillige Krankenpfleger u. s. w. findet nicht statt; Daube a. a. O. S. 92.

## § 16.

Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen,<sup>1)</sup> sowie die im Auslande angestellten Beamten des Reichs oder eines Bundesstaates<sup>2)</sup> behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz,<sup>3)</sup> welchen sie in dem Heimathstaate hatten.<sup>4)</sup> In Ermangelung eines solchen Wohnsitzes<sup>5)</sup> gilt die Hauptstadt des Heimathstaates als ihr Wohnsitz. Ist die Hauptstadt in mehrere Gerichtsbezirke getheilt, so wird der als Wohnsitz geltende Bezirk im Wege der Justizverwaltung durch allgemeine Anordnung bestimmt.

Auf Wahlkonsuln<sup>6)</sup> finden diese Bestimmungen keine Anwendung.

R. 16. N. 47. P. 8. 506.

1) Das „Recht der Exterritorialität“ besteht im Wesentlichen in der Befreiung von der Gerichtsbarkeit des Staats, in dessen Gebiet der Berechtigte wohnt oder sich aufhält, vgl. C. B. §§ 18 und 21. Betroffen von § 16 sind sowohl Deutsche, welche außerhalb des Deutschen Reichs wohnen und dort Exterritorialität genießen, als auch Deutsche, welche im Deutschen Reich außerhalb ihres Heimathstaates wohnen und an diesem Wohnorte Exterritorialität genießen. — Für diese letzteren deutschen Exterritorial-Berechtigten ist in C. B. §§ 18 ff. negativ bestimmt, welcher deutschen Gerichtsbarkeit sie nicht unterworfen sind; und im § 16 positiv, unter welcher Gerichtsbarkeit sie ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, Not. 54. Die Frage, ob und wann sie nach ausländischer Gesetzgebung im Auslande verklagt werden können, wird hierdurch nicht berührt. Ueber die verschiedenen Klassen (Botschafter, Gesandte, Ministerresidenten, Geschäftsträger) vgl. Roch Kommentar z. MR. Anm. 46 zu § 36 Einl. In den Exterritorialen in Preußen gehören auch nach C. B. § 18 Abs. 2 (vgl. Reichs-Verf. § 10) die nichtpreussischen Mitglieder des Bundesraths.

2) Außer den Exterritorial-Berechtigten (Anm. 1) gehören unter § 16 die Beamten des Reichs oder einzelner Bundesstaaten, welche im Auslande angestellt sind, ohne das Recht der Exterritorialität zu genießen z. B. die Zollvereins-Bevollmächt-

tigten im Großherz. Luxemburg, Zollvereins-Vertrag v. 8. Juli 1867 Art. 20, Rot. 54; desgleichen die Berufskonsuln im Auslande, soweit sie nicht nach besfalligen Verträgen extritorial sind (§ 21 OB.) und dann schon gemäß Anm. 1 dem § 16 unterliegen. Ueber den Begriff eines Beamten nach Reichsrecht vgl. R. O. 6, 105. Eine Anstellung im Auslande setzt ein bauerndes Verhältniß voraus; ein in Feindesland ausdrückender Militärarzt fällt daher ungeachtet seiner Eigenschaft als Militärbeamter nicht — wie A. Förster Anm. 1b meint — unter § 16; er ist nicht im Auslande angestellt, sondern im Inlande und nur vorübergehend im Auslande thätig. Auf Militärpersonen findet überhaupt (gegen A. Förster a. a. O.) § 16 wegen der Spezialbestimmungen in §§ 14, 15 keine Anwendung.

3) Durch die Stellung des § 16 im Abschnitte von dem allgemeinen Gerichtsstande (§§ 13—20) und durch die Fassung: „sie behalten in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz“ ist nur über den allgemeinen Gerichtsstand der vom § 16 Verührten bestimmt. Hinsichtlich ihrer Unterwerfung unter die besonderen Gerichtsstände (§§ 21—34) ist zu unterscheiden: Soweit die Extritorialitäts-Berechtigten der „Gerichtsbareit“ eines Bundesstaats nach OB. §§ 18 ff. nicht unterworfen sind, unterliegen sie auch nicht den besonderen Gerichtsständen in denselben; nur der ausschließliche dingliche Gerichtsstand der belegenden Sache findet nach OB. § 20 auch auf sie Anwendung. Für andere Beamte (Anm. 2) ist durch § 16 nur in Betreff des allgemeinen Gerichtsstandes eine Ausnahme-Bestimmung getroffen; die besonderen Gerichtsstände gelten für sie ebenfalls, da sie hierin von den gesetzlichen Vorschriften nicht ausgenommen sind. Demgemäß und zufolge OB. § 13 Abs. 1 bleibt auch die Vorschrift des Gesetzes 31. März 1873, betreffend die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, R. O. 61, § 154, bestehen, wonach „in Rechtsstreitigkeiten über Vermögensansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen sowohl dasjenige Gericht, in dessen Bezirk der Beamte zur Zeit der Verletzung seiner Amtspflicht seinen Wohnsitz hatte, als dasjenige, in dessen Bezirk derselbe zur Zeit der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz hat, zuständig“ sind.

4) Heimathstaat eines Deutschen ist derjenige Staat, in welchem er die Staatsangehörigkeit besitzt.

5) Ein Wohnsitz im Heimathstaate fehlt sowohl dann, wenn kein Wohnsitz im Deutschen Reich, als auch wenn zwar ein Wohnsitz im Deutschen Reich, aber nicht in dem Heimathstaate begründet war. In Ermangelung eines Heimathstaats überhaupt ist durch das Reichsbeamten-Gesetz v. 31. März 1873 § 21 R. O. 65 das Stadtgericht (also jetzt das Landgericht I bez. das Amtsgericht I, vgl. §§ 26, 41 Pr. A. O. v. 24. April 1878) zu Berlin als Gerichtsstand bestimmt. Diese Bestimmung ist im § 16 zwar nicht aufgenommen, aber auch nicht aufgehoben; sie ist daher nach OB. § 13 Abs. 1 noch gültig, wie auch die Rot. 54 voraussetzen. (AR. A. Förster Anm. 2.) Die übrigen Bestimmungen des § 21 Ges. v. 31. März 1873 sind im § 16 aufgenommen. Vgl. P. 506. Außerdem gilt aber nach § 22 des Ges. 31. März 1873 noch die Reichskonsulargerichtsbareit (nach Maßgabe des Ges. 8. November 1867, R. O. 137 und Pr. Ges. 29. Juni 1865, OS. 681, jetzt nach Maßgabe des Reichsgesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit 10. Juli 1879, R. O. 197) wenn der dienstliche Wohnsitz des Reichsbeamten sich in einem Lande befindet, in welchem die Reichskonsulargerichtsbarkeit besteht, vgl. Laband Staatsr. 3b, § 99 II 1a S. 63 ff. — Für Pflichtwidrigkeiten vgl. auch Anm. zu § 32, Schluß.

6) Wahlkonsuln sind solche Reichskonsuln, welche ihr Amt als unbesoldetes Ehrenamt verwalten, und deren Anstellung jederzeit ohne Entschädigung widerruflich ist, Ges. v. 8. Nov. 1867, §§ 9, 10. Den Gegensatz bilden die Berufskonsuln, §§ 7, 8; Laband Staatsr. I, § 34 II Nr. 2. Ueber die im Deutschen Reich angestellten Konsuln vgl. OB. § 21 und Anm. dazu.

### § 17.<sup>1)</sup>

Die Ehefrau<sup>2)</sup> theilt<sup>3)</sup> in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes, sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist.

Eheliche und diesen gleichgestellte Kinder theilen in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Vaters, uneheliche den Wohnsitz der Mutter. Sie behalten diesen Wohnsitz, bis sie denselben in rechtsgültiger Weise aufgeben.<sup>4)</sup>

**E. 17. N. 50. 51. P. 8. 506.**

1) Im § 17 ist der abgeleitete Wohnsitz und Gerichtsstand abhängiger Familienglieder: Frau und Kinder, im Anschlusse an die aus dem RR. überkommenen Grundsätze (vgl. Savigny Syst. 8, § 353 S. 62) behandelt. Der Wohnsitz des Mannes bez. Vaters soll als der ihrige gelten, und zwar jeder nach den §§ 13—16 bestimmte Wohnsitz. Die §§ 13—16 sind deshalb (abweichend von E. 1) von der Vork. dem § 17 vorangestellt. Mot. 54. Die Annahme von Caupp Anm. I. daß der § 17 den accessorischen Gerichtsstand der abhängigen Personen erschöpfen wolle, und daß daher die in Partikularrechten enthaltenen sonstigen Vorschriften über den abgeleiteten Wohnsitz (vgl. Anm. 1 zu § 13) für den Gerichtsstand nach § 13 nicht maßgebend seien, wird durch die hierfür angezogenen Mot. nicht bestätigt, und findet jedenfalls in dem Gesetze selbst keinen Anhalt. Die Vorschriften des § 17 sind ferner nur „in Ansehung des Gerichtsstandes“ maßgebend, also ohne Einfluß auf das Vormundschafswesen und die Regelung der Erziehung; **RO.** 22. Juni 1891, **ZW.** 424.

2) Absf. 1 gilt für jede Ehefrau, ohne Unterschied, ob sie großjährig ist, oder nicht. Eine Wittwe und eine geschiedene Frau sind natürlich nicht mehr „Ehefrauen“. Der geschiedenen Frau ist im § 17 diejenige gleichgestellt, für welche auf immerwährende Scheidung von Tisch und Bett erkannt ist. Für die Zukunft ist zwar so zu erkennen nicht mehr zulässig; die Bestimmung bleibt aber für frühere Fälle, sowie für die im Auslande, gleichviel wann, dauern von Tisch und Bett getrennte Ehefrau erhebllich; **RO.** II, 30. Vgl. Reichsges. 6. Febr. 1875 §§ 77, 78. **ROB.** 38. — Für Ehesachen sind die besonderen Bestimmungen des § 568 hinsichtlich des Gerichtsstandes maßgebend.

3) Die Ehefrau soll während der Ehe ihren allgemeinen Gerichtsstand unbedingt nur an dem Wohnsitze ihres Mannes haben („theilen“), wenn er überhaupt einen Wohnsitz hat. Hat er also seinen Wohnsitz im Auslande, so hat sie ebenfalls ihren Gerichtsstand-Wohnsitz nicht im Inlande. Auch der Umstand, daß sie etwa civilrechtlich berechtigt wäre, einen besonderen Wohnsitz zu begründen (wie sie z. B. nach Pr. **AR.** II 1, § 681 nicht verpflichtet ist, dem Manne zu folgen, wenn er sich wegen Verbrechen oder gegen die Gesetze aus Preußen entfernt hat), soll keinen Einfluß auf ihren Gerichtsstand des Wohnsitzes haben, Mot. 54, 55. Wenn ihr Ehemann überhaupt keinen Wohnsitz hat, so ist natürlich auch kein Wohnsitz da, welchen sie nach § 17 theilen müßte. Dann cessirt § 17, und es findet, soweit sie rechtlich fähig ist, selbständig einen Wohnsitz zu begründen, der § 13 in Betreff ihres Wohnsitzes, und andernfalls der § 18 Anwendung; und zwar § 18 mit der Bedeutung, daß der allgemeine Gerichtsstand für sie, welche keinen Wohnsitz hat, durch ihren Aufenthaltsort bestimmt ist, nicht durch den ihres Ehemannes; denn der abgeleitete Gerichtsstand des § 17 ist nur dahin bestimmt, daß sie den „Wohnsitz in Ansehung des Gerichtsstandes“ theilt, während § 18, nachdem in den §§ 13—17 die Lehre vom Gerichtsstande des Wohnsitzes abgeschlossen ist, den entgegengesetzten Fall betrifft, wenn kein Wohnsitz vorhanden ist. Deshalb ist von der Vork. (abweichend von der Folgeordnung bez. Fassung des R. und des E. 1) § 18 dem § 17 nachgesetzt. **AR.** Endemann I, 256. Wenn die Frau nach dem Tode des Mannes oder nach Auflösung der Ehe bez. unter Umständen, wo sie ihren Wohnsitz selbst bestimmen kann, denselben früheren Wohnsitz behält, so behält sie allerdings denselben Gerichtsstand, insofern nicht auf Grund des § 17, sondern des § 13. Die Polemik von Wach I, 411 ist daher ohne Grund. Vgl. **Pand.** I, § 13 Anm. 35 S. 56. — Daß die Ehefrau, weil sie nach § 51 Absf. 2 prozeßfähig ist, deshalb auch unbedingt und ohne Rücksicht auf das bürgerliche Recht selbständig im Sinne des § 13 einen Gerichtsstand-Wohnsitz begründen könne, wie Buchelt I, 140 meint, ist eine Folgerung, welche an sich nicht logisch ist und die Anwend-

barkeit des bürgerlichen Rechts für den Begriff des Wohnsitzes in unzulässiger Weise besetzt. Die Mot. können in ihrer unbestimmten Fassung hier nicht entscheidend sein.

Wenn der Ehemann seinen Wohnsitz aufgegeben hat, so hört dieser sofort damit auf, für den abgeleiteten Gerichtsstand der Frau maßgebend zu sein; sie hat dann einen solchen nicht, so lange er nicht einen neuen Wohnsitz begründet. Ist Letzteres der Fall, so „theilt“ sie ihn wieder. Die entscheidende Zeit ist hier, wie überhaupt hinsichtlich der Einrede der Unzuständigkeit wegen fehlenden Gerichtsstandes, die Zeit der Erhebung der Klage, §§ 230, 235 Nr. 2.

Auf die besonderen Gerichtsstände §§ 21—34 hat der abgeleitete Gerichtsstand des § 17 keinen Einfluß; vielmehr richten sich dieselben nach den Verhältnissen der zu verklagenden Person, auch wenn diese eine Ehefrau ist. Vgl. § 51 Abs. 2. Für Klagen gegen eine verlassene Frau wird in der Regel der besondere Gerichtsstand des § 24 ausreichen. Mot. 54, 55.

4) Für die Kinder gilt hinsichtlich des abgeleiteten Gerichtsstandes und dessen Bestimmung durch den Wohnsitz des Vaters bez. für uneheliche der Mutter, sowie andrerseits in Ermangelung eines solchen Wohnsitzes durch ihren eigenen Wohnsitz bez. Aufenthaltsort dasselbe, was in Anm. 3 hinsichtlich der Ehefrau gesagt ist; jedoch mit einer wesentlichen Ausnahme hinsichtlich der Aufgabe des Wohnsitzes und des abgeleiteten Gerichtsstandes, welche im zweiten Satze des Abs. 2 ausgedrückt ist. Die Frau kann während der Ehe den Gerichtsstand · Wohnsitz nicht aufgeben. Vgl. Anm. 3. Wenn aber Kinder die Rechtsfähigkeit haben, ihren Wohnsitz selbst zu bestimmen, — was nach dem bürgerlichen Rechte und den konkreten Umständen zu entscheiden ist, — und wenn sie den Wohnsitz der Eltern wirklich aufgeben, so findet der abgeleitete Gerichtsstand des elterlichen Wohnsitzes nicht mehr statt. Bis dahin ist für sie (wie für die Ehefrau) jede Aenderung des elterlichen Wohnsitzes auch eine Aenderung ihres abgeleiteten Gerichtsstandes. Wenn dagegen bis dahin der elterliche Wohnsitz durch den Tod der Eltern fortfällt, oder auch dadurch, daß die Eltern den bisherigen Wohnsitz aufgeben, ohne einen neuen zu begründen, so sollen die Kinder — ebenfalls abweichend von dem Verhältnisse der Ehefrau, Anm. 3 — den Gerichtsstand des elterlichen Wohnsitzes „behalten“, bis sie ihn rechtsgültig aufgeben, Mot. 55 P. 506. Wann der Wohnsitz nach erlangter eigener Handlungsfähigkeit oder mit väterlicher oder vormundschaftlicher Genehmigung rechtsgültig aufgegeben ist, entscheidet sich nach dem bürgerlichen Rechte. Der Ort der Vormundschaftsführung hat für die Anwendbarkeit des § 17 keinen Einfluß. Hinsichtlich des *code civ.* art. 108 vgl. Anm. 1 § 13. — Welche Kinder den ehelichen gleichgestellt sind, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Mit Rücksicht auf Grund und Zweck der Vorschrift ist insbesondere die Gleichstellung hinsichtlich des Abhängigkeitsverhältnisses des Kindes vom Vater entscheidend. Vgl. *Korb.* Pr. I S. 36. Für das Pr. R. vgl. *RSR.* II 2 §§ 50—57, 561, 596 ff., 601 ff., 681, 753 ff. und betreffs der Kinder aus ungültigen und nichtigen Ehen *Raff.* 25, 97 ff. Für das gemeine Recht *Saupp* Anm. III und betr. Putativhehen *Raff.* 25, 69 ff. Für das französ. R. s. *Peterfen* Anm. III 2.

## § 18.

Der allgemeine Gerichtsstand einer Person, welche keinen Wohnsitz<sup>1)</sup> hat, wird durch den Aufenthaltsort<sup>2)</sup> im Deutschen Reich und, wenn ein solcher nicht bekannt ist, durch den letzten Wohnsitz<sup>3)</sup> bestimmt.<sup>4)</sup>

E. 18. N. 44. P. 8. 506.

1) Der Gerichtsstand des § 18 trifft nicht bloß die sog. Bagabunden und diejenigen, welche das Reisen zu ihrem Beruf machen, sondern auch solche, welche ihren Wohnsitz aufgegeben und noch keinen neuen begründet haben (*Savigny Syst.* 8 § 354 S. 64). Darüber, daß der allgemeine Gerichtsstand des § 18 nur diejenigen betrifft, welche nirgends, auch nicht im Auslande, einen Wohnsitz haben, vgl. Anm. 2 § 13. Die besonderen Gerichtsstände des letzten Wohnsitzes, §§ 568, 594, 617, 621, 625, finden auch in dem Falle statt, daß der Beklagte einen Wohnsitz im Auslande hat.

2) Der Gerichtsstand des Aufenthaltsorts ist (abw. von § 21 betreffs der Dauer des Aufenthalts) begründet, wenn der Beklagte sich im Gerichtsbezirke so lange aufhält, daß ihm daselbst die Klage zugestellt werden kann, *Not.* 56. Das ledigliche körperliche Befinden am Orte ohne Rücksicht auf den Willen und die Dauer entscheidet. *RO.* 26. Sept. 1892, *S.W.* 461; *SA.* 48, 211.

3) Der „letzte Wohnsitz“ ist der letzte bekannte Wohnsitz innerhalb des Deutschen Reichs; *RO.* 27, 400. Ist der letzte bekannte Wohnsitz des Beklagten im Auslande gewesen, so kann nicht auf einen früheren Wohnsitz desselben im Inlande zurückgegriffen werden, um den Gerichtsstand aus § 18 zu begründen.

4) Der Kläger, welcher nach § 18 den Gerichtsstand des Aufenthalts bez. letzten Wohnsitzes in Anspruch nimmt, wird sich, zumal im Streitfalle, nicht begnügen dürfen, die Negative, daß Beklagter keinen Wohnsitz hat, zu behaupten, sondern gemäß der ihm obliegenden Beweispflicht (*Vorbem.* 9 vor § 12) darlegen müssen, daß auf den nach Lage der Sache vernünftiger Weise einzuschlagenden Wegen kein gegenwärtiger Wohnsitz, und bez. für den Gerichtsstand des letzten Wohnsitzes (*Ann.* 3) kein im Deutschen Reich gelegener Aufenthaltsort des Beklagten zu ermitteln ist. Ein weiterer strikter Beweis der Negative kann freilich sinngemäß nicht verlangt werden, *RO.* 27, 400. *MR.* Petersen, *Ann.* 4. Es ist auch nicht, wie Petersen meint, ein bekannter Aufenthaltsort im Sinne des § 18 nur dann anzunehmen, wenn der Aufenthaltsort dem Kläger bekannt war und der Kläger zugleich wußte, daß es möglich sei, die Klage an dem betr. Orte zu erheben. Eine solche Beschränkung enthält § 18 nicht. *Vgl.* auch § 186.

### § 19.

Der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden, der Korporationen, sowie derjenigen Gesellschaften, Genossenschaften oder anderen Personenvereine und derjenigen Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen, welche als solche verklagt werden können,<sup>1)</sup> wird durch den Sitz derselben bestimmt. Als Sitz gilt, wenn nicht ein anderes erhellt, der Ort, wo die Verwaltung geführt wird.<sup>2)</sup>

Gewerkschaften haben den allgemeinen Gerichtsstand bei dem Gerichte, in dessen Bezirke das Bergwerk liegt,<sup>3)</sup> Behörden, wenn sie als solche verklagt werden können, bei dem Gerichte ihres Amtssitzes.<sup>4)</sup>

Neben dem durch die Vorschriften dieses Paragraphen bestimmten Gerichtsstande ist ein durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelter Gerichtsstand zulässig.<sup>5)</sup>

*R. 19. R. 48. P. 8. 506.*

1) Unter den § 19 gehören juristische Personen „und andere, nicht als einzelne physische Personen in Betracht kommende Parteien, welche nach dem bürgerlichen Rechte vor Gericht belangt werden können.“ *Not.* 56. Die Schlüsselworte: „welche als solche verklagt werden können“ beziehen sich auf alle vorangestellten, mit „derjenigen“ eingeleiteten Kategorien. Vorausgesetzt ist überall die Parteifähigkeit. Ob Gesellschaften zc. als Ganzes verklagt werden können, ist nach dem bürgerlichen Reichs- und Landesrecht zu entscheiden. *Vgl.* über die Gesellschaften des Pr. Landrechts *RO.* 18, 398 ff. und *Rosin, RAffR.* 27, 128—132; 31, 757 ff.; *Oerke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlin 1887; *Ecclus* 4, § 281 *Ann.* 32; *Maurer, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz*, Berlin 1890, S. 106. Es genügt, daß Gesellschaften oder Personenvereine zu den „erlaubten“ im Sinne des § 2 II 6 *ABR.* gehören und gesetzlich bzw. nach ihrer Verfassung durch einen Vorstand vor Gericht vertreten werden, ohne Rücksicht auf die Qualität einer juristischen Person, wobei jedoch das Reichsgericht daran festhält, daß Gesellschaften, deren Hauptzweck auf Erwerb und Gewinn von Vermögen geht, dem § 2 II 6 *ABR.* nicht entsprechen, sondern zu den Societäten des Tit. 17 *L.* 1 *ABR.* gehören; *RO.* 27, 183; 10. *Mai* 1883, *RAffR.* 27, 964, 27. *Nov.* 1886,

ZB. 1887 S. 8 und RaffR. 31, 734; 2. Okt. 1890, ZB. 418. Abw. befreitet das Kammergericht, Bl.f.R. 4, 117—120, die Parteifähigkeit der erlaubten Privatgesellschaften des ARK. II 6 für die Stellung zu Anderen als ihren Mitgliedern. Vgl. auch Preuß. Gef. v. 2. April 1887 betr. die durch ein Auseinanderetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten § 2 Abs. 2, ferner betr. preuß. Ortsarmenverbände R. 31. Mai 1880, RaffR. 25, 119; über Hauberggenossenschaften Gef. 9. April 1890, § 6; G. S. 55; über Armen-Versorgungsanstalten vgl. §§ 32, 42 II 19 ARK., Land- u. wirthschaftskammern Gef. 30. Juni 1894, G. S. 126 § 20. Gemeinrechtliche Privatvereine haben, auch wenn ihnen staatlich nicht Korporationsrechte beigelegt sind, die Parteifähigkeit, R. 4, 155; 7, 164; 8, 121; 12, 229; RDG. 4, 212, DLG. Darmstadt, SA. 40, 296; R. 2. Okt. 1890, ZB. 418; DLG. Cassel, SA. 47, 449. Nach französischem und badiischem Rechte haben dagegen Personenvereine mit wechselnden Mitgliedern keine Parteifähigkeit, so lange ihnen keine Korporationsrechte beigelegt sind, R. 3. Juni 1887, ZB. 337 Ziff. 34; DLG. Colmar, Buch 19, 444. Reichsgefeslich kommen hauptsächlich in Betracht: die Handels- (Kommandit- und Aktien-) Gesellschaften (HGB. Art. 111, 164, 213; StG. Art. 86 Nr. 2, 151 Nr. 3, 175 Nr. 2, 209 Nr. 1), die eingetragenen Genossenschaften (Gef. 1. Mai 1889 § 17. StG. § 12 Nr. 3); Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Gef. 20. April 1892, RStBl. 477, §§ 3, 11, 13, 70 Abs. 2; die gewerblichen Innungen GewD. §§ 88, 99; StG. § 98a Nr. 1, die Innungsverbände (Gef. 23. April 1886 § 104h und i der GewD., RStBl. 125, als StG. des Innungsverbandes wird der StG. des Vorstandes nach § 104b GewD. zu gelten haben), die eingeschriebenen Hilfskassen (Gef. v. 7. April 1876, jetzt 1. Juni 1884, RStBl. 54, § 5, StG. § 3 Nr. 1), die Krankenkassen nach dem Gef. v. 15. Juni 1883, RStBl. 73, jetzt 10. April 1892, RStBl. 417, die s. g. Berufsgenossenschaften nach den Gesetzen 6. Juli 1884, 28. Mai 1885, 5. Mai 1886, 11. und 13. Juli 1887, betr. Unfall- und Krankenversicherung, RStBl. 1884 S. 69, 1885 S. 159, 1886 S. 132, 1887 S. 287, 329; die Versicherungs-Anstalten nach dem Gef. v. 22. Juni 1889 betr. Invaliditäts- u. Altersversicherung, RStBl. 97, §§ 44, 46 (StG. § 43); die Kolonialgesellschaften nach Raßgabe des Gef. v. 15. März 1888, RStBl. 71, § 8; die Reichsbank, Bankgef. 14. März 1875, §§ 12, 38. Wegen des Reichsfiiskus s. § 20. Für die Handelsgesellschaften dauert nach Art. 144 Abs. 2, 172, 244a, 247 Nr. 2 HGB. der Gerichtsstand auch nach der Auflösung bis zur Beendigung der Liquidation fort; ebenso für die eingetragenen Genossenschaften nach dem GenGef. vom 1. Mai 1889 § 85 Abs. 2 (früher § 49 Gef. 4. Juli 1868) und die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 70 Gef. 20. April 1892. Soweit diese reichsgefeslichen Prozessvorschriften beim Inkrafttreten der Reichs-Justizgefese bestanden, sind sie nach G. S. § 13 aufrecht erhalten; ebenso sind im G. S. § 15 Nr. 2 die „landesgefeslichen Vorschriften über die Fortdauer des Gerichtsstandes einer Gesellschaft, einer Genossenschaft oder eines Vereins in Betreff derselben“ für unberührt erklärt. Im Gerichtsstande der Gesellschaft kann auch der Anspruch auf solidarische Haftung des Gesellschafters geltend gemacht werden, R. 21. März 1894, RaffR. 38, 1194. Zwischen inländischen (Aktien-, Handels- u. s. w.) Gesellschaften und ausländischen ist kein Unterschied gemacht; auch für ausländische ist die Parteifähigkeit anzuerkennen, soweit sie ihnen nach dem Rechte ihres Heimathstaates zusteht, R. 6, 134; Renaud, Aktienges. 2. Aufl. S. 191 ff.; DLG. 20, 326; RDG. 22, 147. Für Rußland ist durch die Konvention mit dem deutschen Reich vom 30./18. Juli 1885 vereinbart, daß Aktien- und sonstige Handelsgesellschaften, welche in einem der Staaten in gültiger Weise begründet sind, auch in dem andern als zu Recht bestehend und projektfähig anerkannt werden, Preuß. ZBBl. 337. Derselbe Grundsatz der Gleichstellung ist in den neueren Handelsverträgen für die Dauer ihrer Geltung (bis 31. Dez. 1903) ausgesprochen. Vgl. die Verträge v. 6. Dez. 1891 mit Oesterreich-Ungarn, RStBl. 1892 S. 3 ff.; Italien, RStBl. 1892 S. 97; Belgien, RStBl. 1892 S. 241; vom 10. Dez. 1891 mit der Schweiz, RStBl. 1892 S. 289; 21. Aug. 1893 mit Serbien, RStBl. S. 269; 21. Okt. 1893 mit Rumänien, RStBl. 1894 S. 1; 29. Jan. 1894 mit Rußland, RStBl. S. 153. Auf der Natur des „Sitzes“ beruht es, daß weniger Abs. 1, als vielmehr Abs. 3 für ausländische Ge-

seßschaften anwendbar ist. — Wegen der Klagen gegen die Mitglieder oder der Mitglieder unter einander vgl. § 23. — In vermögensrechtlichen Angelegenheiten der evangelischen Gesamtkirche in Preußen wird diese durch den Oberkirchenrath vertreten; in den den Provinzbezirk nicht überschreitenden Angelegenheiten des Aufsichtsraths wird die evangelische Kirche von dem Provinzial-Konfistorium vertreten, *Nö.* 20. März 1893, *Raffr.* 37, 1133. Wegen der Vertretung der einzelnen Lokal-Kirchengemeinden *Nö.* 17, 192, vgl. Synodalordn. v. 10. Sept. 1873, *Ges.* v. 25. Mai 1874, *GenSynOrdn.* v. 20. Jan. 1876, *Ges.* v. 3. Juni 1876. Betreffend Pfarrvermögen vgl. *Nö.* 13. Okt. 1894, *ZM.* 558.

2) Unter dem Orte, wo die Verwaltung geführt wird, ist der tatsächliche Mittelpunkt der Geschäftsleitung zu verstehen und zwar der örtliche Punkt innerhalb eines Bezirks, sofern innerhalb einer Ortsgemeinschaft (wegen Theilung in mehrere Gerichtsbezirke) zu unterscheiden ist, vgl. *Buch* 18, 544. Durch den Zusatz „wenn nicht ein anderes erhellt“ ist in erster Reihe auf den gesetzlichen, statuten- oder verleihungsmäßig festgesetzten Sitz der Gesellschaft *z.* (verschieden von dem im *Abf.* 3 erwähnten, besonders geregelten Gerichtsstand) verwiesen, vgl. *Savigny Syst.* 8, § 355 *S.* 66; *Wegell* 490; es kann aber dadurch auch den konkreten Verhältnissen, *z.* B. dem vom Geschäftsbureau getrennten Wohnsitz des Vorsitzenden, Rechnung getragen werden. Für den Fall des Zweifels, wo die Verwaltung geführt wird, vgl. § 36 *Nr.* 2.

3) *Abf.* 2 *Satz* 1 ist entnommen aus § 96 des preuß. *Bergges.* v. 24. Juli 1865. *Vgl.* § 36 *Nr.* 2, 4. Streitig ist, ob bei Ausdehnung des Grubenfeldes auf mehrere Gerichtsbezirke ein mehrfacher allgemeiner Gerichtsstand begründet ist, oder ob § 36 *Nr.* 2 zur Anwendung kommt. Die erstere Ansicht verdient den Vorzug, da § 36 *Nr.* 2 eine Ungewißheit der Zuständigkeit voraussetzt, diese aber nicht eintreten kann, wenn an sich bei mehrfacher Existenz der Voraussetzungen des allgemeinen Gerichtsstandes in verschiedenen Gerichtsprengeln ein mehrfacher allgemeiner Gerichtsstand angenommen werden kann; dies ist aber unbedenklich — wie beim doppelten Wohnsitz vgl. *Anm.* 1 zu § 13 am Schluß — zulässig. Bei der abweichenden Ansicht würde in dem vorausgesetzten Falle ein allgemeiner Gerichtsstand der Gewerkschaft überhaupt nicht vorhanden sein, sondern in jedem einzelnen Falle der Gerichtsstand erst bestimmt werden, was der *ratio legis*, einen für alle Fälle erkennbaren allgemeinen Gerichtsstand sowohl für physische als für juristische Personen zu schaffen, widerspricht, *Nö.* 32, 384. *Vgl.* auch *A. Förster Anm.* 4.

4) In *Mecklenburg* und in den *Hansestädten* können Behörden als solche verklagt werden, *Prot.* 8 (vgl. *Anm.* zu *EO.* § 15); sonst, wenn eine Behörde etwa durch *Verträge* sich selbst und nicht die durch sie vertretene Gesamtheit (*Fiskus*, *Gemeinde*, *Kreis*, *Kirchengesellschaft* u. s. w.) verpflichtet und verpflichten kann, so *Univ.städten*, *Wach* I § 34, *Anm.* 29 *S.* 406.

5) Voraussetzung für den *Abf.* 3 ist eine gesetzlich verbindliche Regelung eines anderweitigen Gerichtsstandes neben dem des Sitzes. (Die Festsetzung des Sitzes selbst fällt unter *Abf.* 1, vgl. *Anm.* 2.) Durch *BE.* § 19 *Abf.* 3 sollten (ebenso wie im *N.* 48) die Bestimmungen der *Abf.* 1, 2 dieses Paragrafen ausgeschlossen werden, wenn der Gerichtsstand durch Statut oder in anderer Weise besonders geregelt sei; damit namentlich für auswärtige Versicherungsgesellschaften durch Konzeptionsbedingungen ein Gerichtsstand im Inlande geschaffen werden könnte. In der *RR.* wurde die Befestigung dieses Vorschlags beantragt und schließlich der jetzige *Abf.* 3 beschlossen, *Prot.* 8, 9. Daß sachlich der frühere Vorschlag hierdurch nicht geändert sei, und daß der Gerichtsstand des *Abf.* 3 in erster Linie maßgebend und der Gerichtsstand der *Abf.* 1, 2 nur subsidiär sein soll (*Endemann* I 258, 259; *Petersen Anm.* III; *Strudmann-Roch* zu § 19), wird durch die Fassung nicht bestätigt, sondern widerlegt. Nur „neben dem Gerichtsstande“ der *Abf.* 1, 2, nicht statt desselben ist ein anderer zulässig; der erstere kann also durch Statut nicht ausgeschlossen werden; *Nö.* 32, 384; *Saupp Anm.* IV; *Seuffert Anm.* 4; *Buchelt* I 148; *Sellmann* I 100; *Kleiner* I 146; *Wach* I 404; *Rohler*, *Raffr.* 31, 530. Allerdings aber unterfragt der Wortlaut nur, die in *Abf.* 1 und 2 bezeichneten Gerichtsstände als gesetzliche allgemeine auszuschließen. *Vgl.* *Vorbem.* 1 vor § 12.

Falls danach zwei verschiedene Gerichtsstände bestehen, der eine nach Abs. 1, 2, und ein zweiter nach Abs. 3, so hat der Kläger die Wahl; § 35. Dagegen bleibt auch die Prorogation, soweit sie an sich zulässig ist, insbesondere für Kontrahenten oder Mitglieder von Gesellschaften, für eine statutarische Festsetzung freigestellt. Vgl. Anm. 2 § 38; *R. O.* 20. Jan. 1890, *ZM.* 68, *S. A.* 45, 464. Selbstverständlich kann die statutarische Prorogation einen Dritten, welcher sich derselben nicht unterworfen hat, nicht hindern, den allgemeinen Gerichtsstand der Abs. 1, 2 in Anspruch zu nehmen.

Auf die Handels-, Kommandit- und Aktiengesellschaften, sowie auf eingetragene Genossenschaften (vgl. Anm. 1) findet Abs. 3, die reichsgesetzlichen Bestimmungen ergänzend, ebenfalls Anwendung, desgleichen auf die Königl. preuß. Eisenbahnbetriebsämter zufolge Organisationsbestimm. v. 24. Nov. 1879 § 16; *R. O.* 20. Sept. 1881, *W. A. M.* 6, 317. Vgl. Anm. 2 § 20 und Anm. 1 § 22.

## § 20.

Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus<sup>1)</sup> wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.<sup>2)</sup>

**R. 20. N. 49. P. 9. 506. 507.**

1) Im § 20 ist nur der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus bestimmt, die besonderen Gerichtsstände der §§ 21 ff. gelten auch für den Reichs- und Bundesstaatsfiskus. P. 10. Fiskus ist der Staat als Privatrechtssubjekt. Unter dem Fiskus ist auch der deutsche Reichsfiskus einbegriffen, wenn das Deutsche Reich verklagt werden soll. Dies ist in der *RR.* unter Zustimmung der Regierungsvertreter ausdrücklich konstatirt, Prot. 9. Vgl. Laband Staatsr. 3b § 107 S. 190 ff., Schulze Pr. Staatsr. 2, 398; *Ecclus* 4, § 283 S. 667 f.; Reinde, *Raff. R.* 23, 481 ff.; Pfizer, *Raff. R.* 34, 854 ff.; v. Wettnich ebenda 33, 161 ff.; U. Frije, Zusammenstellung der Behörden, welche den preussischen Landes- und den deutschen Reichsfiskus im Prozesse zu vertreten befugt sind (sehr sorgfältig und erschöpfend) Berlin 1891. Besondere Bestimmungen über den Gerichtsstand des Reichsfiskus und dessen Vertretung sind getroffen in § 2 Ges. 1. Juni 1870 über Fiskalabgaben, § 116 Ges. 27. Juni 1871 über Pensionirung und Versorgung der Militärpersonen, § 13 Postgesetz 28. Oktbr. 1871, § 42 Rayongesetz 21. Dez. 1871, §§ 151, 153 Reichsbeamtengef. 31. März 1873, § 1 Abs. 3 Gesetz 25. Mai 1873 über die Rechtsverhältnisse der zum dienstlichen Gebrauche einer Reichsverwaltung bestimmten Gegenstände, § 34 Ges. 13. Juni 1873 über Kriegslieferungen; § 34 Ges. 17. Juni 1887 betr. die Fürsorge für Wittwen und Waisen *cc.*, § 7 Ges. 15. März 1886 betr. Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes *cc.*, Ges.-Anw. 22. Jan. 1887 betr. die Kaiserliche Kanal-Kommission auf Grund der Verord. 17. Juli 1886 (*ZMBl.* 1887 S. 58) § 9. Vgl. im Uebrigen, insbesondere auch wegen des Marine-Fiskus Frije a. a. D. S. 151 ff. Betreffs der Defektenbeschlüsse gegen Reichsbeamte vgl. §§ 144, 151, 153 Reichsbeamtengef. und hinsichtlich der Reichsbank § 28 Abs. 1 des Reichsbankgef., *R. O.* 28. April 1892, *Raff. R.* 36, 1128. Soweit nicht Spezialgesetze bestehen, oder sonst gesetzlich eine andere Behörde berufen wird, den Reichsfiskus im Prozesse zu vertreten, muß das Reich am Sitze der obersten Reichsbehörde in Berlin verklagt werden und ist dann durch den Reichskanzler oder einen gesetzlichen Stellvertreter (Ges. v. 17. März 1878, *RWBl.* 7) zu vertreten, so insbesondere der Reichsmilitärfiskus, *R. O.* 8, 1; Prot. 9, 506, 507; Laband a. a. D. S. 195. Letzteres gilt jedoch nur hinsichtlich derjenigen Angelegenheiten, welche der unmittelbaren Verwaltung des Reichs vorbehalten sind (Festungen und sonstige gemeinsame Heeresangelegenheiten); für alle übrigen den Landeskontingentsverwaltungen (von Preußen, Sachsen, Württemberg) unterstehenden Angelegenheiten (vgl. Art. 63 der Reichsverfassung) sind die betreffenden Landesbehörden (in Preußen und Württemberg die Korps-Intendanturen, in Sachsen das Kriegsministerium) zur Vertretung des Reichsmilitärfiskus befugt, *R. O.* 15, 37 (Ansprüche aus dem Naturalleistungsges. 13. Febr. 1875); *R. O.* 20, 148; 24, 36. Vgl. Weinrich a. a. D., Seuffert



Ann. 2, Gaupp Ann. II. Die beiden Ersteren, sowie Frije a. a. D. 171 f., wollen jedoch für Festungsgegenstände die Kommandanturen und für andere gemeinsame Heeresangelegenheiten das Preussische Kriegsministerium als Vertreter des Reichsfiskus gelten lassen. (Vgl. dagegen *Nö.* 8, 1.) Bayern hat vermöge seiner Reservatrechte einen besonderen Militäriskus. Die Militärverwaltung der übrigen Bundesstaaten ist durch die abgeschlossenen Militärkonventionen auf Preußen übergegangen.

Ueber die Vertretung der unter Verwaltung der Militärbehörden stehenden selbständigen Institute vgl. Frije a. a. D. 180 ff. Das Kaiserliche Archäologische Institut ist ein besonderes Rechtssubjekt, ebenso die Kaiser Wilhelm-Stiftung für Post- und Telegraphenbeamte, Frije a. a. D. 161, 164. Ueber die Vertretung des Militäriskus als Drittschuldner bei Pfändung von Forderungen vgl. Ann. 3 zu § 730 Schluß. Bei Klagen auf Rückzahlung von Reichsstempel-Abgaben wird der Reichsfiskus nicht durch die mit der Eingiehung des Stempels betraute Landesbehörde (z. B. Preuß. Provinzial-Steuerdirektion) vertreten; *Nö.* II, 93.

2) In Preußen vertritt den Fiskus diejenige Behörde, welche in der betr. Angelegenheit den Fiskus im Allgemeinen zu vertreten und zu verpflichten befugt und berufen ist (*Secus* 4, § 283 R. 4), das ist in der Regel die Königl. Bezirksregierung, § 14 Geschäftsinfr. v. 23. Okt. 1817, (für den Stadtbezirk Berlin die Regierung zu Potsdam, was auch durch die neueste Verwaltungs-gesetzgebung nicht geändert ist, *Nö.* 7. Juni 1886, *ZM.* 242) bez. *Rab.* D. v. 26. Dez. 1825, *GS.* 1826 S. 5 und Geschäftsanw. v. 26. Dez. 1825, *Jahrb.* 27, 241 — Provinzialsteuer-Direktor f. indir. Steuern —, allgemein die Provinzialbehörde des betreffenden Verwaltungs-ressorts, so nach §§ 3, 12 *Gef.* v. 24. Mai 1861, *GS.* 241; Landesverwalt.-*Gef.* v. 30. Juli 1883, *GS.* 195; in der Provinz Hannover (früher die Finanzdirektion, *Allerh. Erl.* v. 5. April 1869, *GS.* 511) vom 1. Juli 1885 ab die Regierungen, Landesverw.-*Gef.* v. 30. Juli 1883 und *Verordn.* v. 3. Nov. 1884, *GS.* 349; den Provinzialverband im Bereich des *Gesetzes* vom 29. Juni 1875 § 90, *GS.* 352, vertritt der Landesdirektor; den Kreis-kommunalverband im Bereiche der Kreisordnung v. 13. Dez. 1872 § 115, *GS.* 690, der Kreistag. Die Königl. Eisenbahnverwaltung vertreten die Eisenbahndirektion bez. die Betriebsämter innerhalb ihres Geschäftsbetriebes, *Organ.-Bestimm.* v. 24. Nov. 1879 § 16, für Haftpflichtansprüche die Betriebsämter, *Nö.* 5, 422 ff., 428; 29. März 1892, *ZM.* 214; desgleichen die Betriebsämter für andere Ansprüche, welche nicht auf § 3 *Gef.* v. 24. Mai 1861 beruhen, *Nö.* 31, 255, 259. Vgl. Ann. 5 § 19, Ann. 2 § 22. Soweit den Eisenbahnbetriebsämtern danach die Vertretung im Prozesse zusteht, sind nicht neben denselben die ihnen vorgesetzten Behörden zur Vertretung berufen, *Nö.* 8, 403. Vgl. Verzeichniß der preuß. Eisenbahnbetriebsämter *ZMBl.* 1885 S. 134 ff.; 1891 S. 91; 1893 S. 74 f. Dagegen Klagen von Beamten wegen vermögensrechtlicher Ansprüche aus ihren Dienstverhältnissen sind nach § 3 preuß. *Gef.* v. 24. Mai 1861, *GS.* 241 gegen die Bezirksregierung bzw. die Provinzialbehörde zu richten, in deren Bezirke der Beamte vermöge seiner dienstlichen Wohnung seinen persönlichen Gerichtsstand hat; für Eisenbahnbeamte gegen die Eisenbahn-Direktionen, *Nö.* 27, 252. — Klagen, mit welchen Befreiung von einer durch polizeiliche Verfügung auferlegten Verpflichtung geltend gemacht wird, sollen gegen die Behörde gerichtet werden, von welcher die polizeil. Verf. erlassen ist, *Nö.* 8, 226. Für die Klage auf Rückzahlung von Landesgesetzlichen Stempelbeträgen vertritt den Fiskus in Preußen diejenige Provinzial-Steuerdirektion, von welcher selbst oder in deren Bezirk von einer Staatsbehörde der Stempel festgesetzt und eingefordert worden ist, ohne Rücksicht auf die Zahlstelle, *Nö.* 25, 247; 3. Dez. 1883, *Raff.* R. 28, 988. Vgl. im Uebrigen Frije a. a. D. S. 1 ff.

Durch *Gesetz* vom 14. März 1885 (*GS.* 65) ist für Preußen unter Aufhebung des § 96 *AB.* zum *OB.* bestimmt, daß die Anordnungen über die Vertretung des Fiskus in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche Angelegenheiten der Justizverwaltung betreffen, von dem Justizminister erlassen werden. In Verfolg dieses *Gesetzes* ist Seitens des preuß. Justizministers die nachstehende *Allgem. Verf.* v. 23. März 1885 (*ZMBl.* 119) erlassen:

- 1) In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche Angelegenheiten der Justizverwaltung betreffen, wird der Fiskus, soweit nicht besondere Bestimmungen getroffen sind, durch die Staatsanwaltschaft bei demjenigen Oberlandesgericht vertreten, in dessen Bezirk die Justizbehörde ihren Sitz hat, zu deren Geschäften die der Betheiligung des Fiskus an dem Rechtsstreit zu Grunde liegende Angelegenheit gehört. In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnisse der Justizbeamten betreffen, ist zur Vertretung des Fiskus die Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht berufen, in dessen Bezirk der Beamte zu der Zeit, in welcher der Anspruch entstanden ist, seinen dienstlichen Wohnsitz gehabt hat. Im Sinne dieser Bestimmungen gelten die Justizbehörden des Kreises Schmalkalden als zum Bezirk des Oberlandesgerichts zu Cassel und die Justizbehörden der Kreise Schleusingen und Ziegenrück als zum Bezirk des Oberlandesgerichts zu Raumburg gehörig.
- 2) In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche aus der Vertreibung der zu den Kassen der Justizbehörden einzuziehenden Kosten und der im § 24 des Ausführungsgesetzes zum Deutschen Gerichtskosten-Gesetz vom 10. März 1879 (Gesetz-Samml. S. 145) bezeichneten Selbstbeträge hervorgehen, wird der Fiskus durch den Rentanten der Kasse vertreten, welche die Vertreibung angeordnet hat. Ist die Vertreibung auf Ersuchen einer anderen Behörde (Kasse) angeordnet, so erfolgt die Vertretung durch den Rentanten der ersuchten Kasse.

Diese Bestimmungen finden auch Anwendung, wenn als Gerichtskosten zu verrechnende Stempel beigetrieben werden. Wird jedoch die in den §§ 11 und 12 des Gesetzes vom 24. Mai 1861, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges (Gesetz-Samml. S. 241) zugelassene Klage erhoben, so hat die Staatsanwaltschaft bei dem Oberlandesgericht den Fiskus zu vertreten.

- 3) In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche aus der Vollstreckung der von Justizbehörden erlassenen oder festgesetzten Geldstrafen, einschließlich der Exekutors-, Disziplinar- und Ordnungsstrafen oder aus der auf die künftige Deckung von Geldstrafen und Kosten abzielenden Beschlagnahme einzelner Gegenstände (§§ 325, 480 der Strafprozessordnung) hervorgehen, erfolgt die Vertretung des Fiskus durch den Rentanten der Kasse der die Vollstreckung oder Beschlagnahme anordnenden Behörde. Ist die Vollstreckung durch ein ersuchtes Preussisches Amtsgericht angeordnet, so wird der Fiskus durch den Rentanten der Kasse dieses Amtsgerichts vertreten.
- 4) Im Konkursverfahren erfolgt die Vertretung des Fiskus, sofern es sich um Kosten und die unter Nr. 2 bezeichneten Selbstbeträge handelt, durch den Rentanten der Kasse, zu welcher die Selbstbeträge zu vereinnahmen sind.
- 5) Die nach den vorstehenden Bestimmungen dem Kassenrentanten zugewiesenen Funktionen sind bei der Gerichtskasse I. zu Berlin von dem Vorsteher des Einziehungsamts dieser Kasse wahrzunehmen.

Vgl. dazu *JMVerf.* 24. März 1885 betreffend die Ertheilung von Vollmachten in bürgerl. Rechtsstreit der Justizverw., *JMBl.* 121, ferner die zur Ergänzung für das Verfahren betr. den Offenbarungseid (§§ 780—795 C.P.) erlassene *Verf.* 22. Dez. 1886, *JMBl.* 340.

Der preuß. Staats-Fiskus stellt mit allen seinen Verwaltungsstellen, sog. fiskalischen Stationen, auch soweit gemeines Recht Anwendung findet, nur ein Rechtssubjekt dar; die einzelnen Stationen sind nicht besondere Rechtssubjekte; *ObL.* 20, 19; *RO.* 2, 392; 8, 228, *Schulze Pr. Staatsrecht* 2, 398. In Bayern wird der Fiskus im Allgemeinen durch die Kreisregierungen vertreten; daneben sind verschiedene andere Behörden dazu bestimmt, wenn ihnen die erstinstanzliche Vorbescheidung im Verwaltungswege zusteht, vgl. *Seuffert Anm.* 3, *Gaupp Anm.* III. In Sachsen vertritt den Fiskus das Finanzministerium, in Eisenbahnangelegenheiten die Generaldirektion der Eisenbahnen (*Seuffert Anm.* 3). Vgl. auch *Anm.* 2 § 730. Für Württemberg vgl. *Gaupp Anm.* III. Für Baden und Hessen vgl. *Hellmann I.* 102; für Weimar, Koburg-Gotha, Meiningen, Reuß ä. und j. L., Schwarzburg-Rudolstadt und Sondershausen vgl. v. *Wilmowski-Levy, Ausf.-Ges.* 169, 207, 215, 226, 241, 254. Vgl. dazu für Schwarzburg-Rudolstadt noch *X.* 18. Dez. 1882 *GS.* 169, für Mecklenburg-Schwerin *B.* 23. Mai 1879. *Reg.-Bl.* 251, für Waldeck u. Pyrmont *Verf.* 9. Februar 1886, *Preuß. JMBl.* 30.

## § 21.<sup>1)</sup>

Wenn Personen an einem Orte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, insbesondere als Diensthboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehilfen, Studirende, Schüler

oder Lehrlinge sich aufhalten,<sup>3)</sup> so ist das Gericht des Aufenthaltsorts für alle Klagen zuständig, welche gegen diese Personen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche<sup>3)</sup> erhoben werden.

Diese Bestimmung findet auf Militärpersonen, welche nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder welche selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können, in der Art Anwendung, daß an die Stelle des Gerichts des Aufenthaltsorts das Gericht des Garnisonorts tritt.<sup>4)</sup>

R. 21. N. 53. P. 9. 507. 508.

1) Die §§ 21—34 ordnen für gewisse Fälle besondere Gerichtsstände neben dem allgemeinen Gerichtsstande (§ 25 unter Ausschließung des allgemeinen) an. Ueber das Verhältniß der besonderen Gerichtsstände zum allgemeinen und unter einander vgl. Vorben. 4 vor § 12 und § 35. Jeder besondere Gerichtsstand, also auch der des § 21, fällt fort, wenn ein anderweitiger ausschließlicher Gerichtsstand vorgeschrieben ist.

2) Ob die „Personen“ zum Aufenthalte oder zur Selbstbestimmung darüber ein Recht haben, ob sie überhaupt selbständig oder prozeßfähig, vgl. § 51 Abs. 2, Inländer oder Ausländer sind, ist für die Anwendung des § 21 unerheblich; es genügt der thatächliche Aufenthalt unter den angegebenen Verhältnissen. Wesentlich ist nur, daß die Verhältnisse durch ihre Natur zur Erreichung eines bestimmten Zwecks, wie aus den Beispielen hervorgeht, bei ihrem Beginn eine längere Dauer erwarten lassen; R. 30, 326; unwesentlich ist dabei, ob die Personen betreffs ihrer Beschäftigung selbständig sind, R. 28. April 1893, ZW. 265. Auch Sträflinge gehören hierher. (Zust. D. O. Celle, SA. 40, 223.) Wegen der zulässigen Bestellung von Vertretern für nichtprozeßfähige Personen, welche nach § 21 verklagt werden sollen vgl. § 55 Abs. 2. Indeß auch der in einem anderen Gerichtsbezirke wohnende gesetzliche Vertreter, gegen welchen die Klage gerichtet ist, muß sich diesem Gerichtsstande fügen. — Zeitweise Entfernung vom Aufenthaltsorte z. B. bei Reisen macht keinen Unterschied, sofern nicht der Aufenthaltsort als solcher definitiv aufgegeben ist. Derselbe gilt insoweit als Quasi-Domizil, auch während der zeitweiligen Entfernung (abw. von § 18). Die Bestimmung der preuß. Rab.-Ordre v. 4. Juli 1832 hatte diesen Gerichtsstand zuerst beschränkt eingeführt; er ist dann (schon in N. 53) auf alle vermögensrechtlichen Ansprüche ausgedehnt. Rot. 56, 57.

3) Der Begriff der „vermögensrechtlichen Ansprüche“, welcher civilprozeßualisch mehrfach erheblich ist, §§ 24, 40, 508, 649 Nr. 4, C. O. z. C. P. § 5 und C. B. § 23, und welcher auch für die Zulässigkeit des früheren preuß. Rechtsmittels der Revision nach §§ 1—3 B. v. 14. Dez. 1833 von Bedeutung war, ist ein allgemein rechtswissenschaftlicher. Zum Vermögen gehört überall, was Geldeswerth hat. Zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen gehören daher alle Ansprüche aus den Gebieten des dinglichen und Besitzrechts, des Obligationenrechts und des Erbrechts; ferner aus den Gebieten des Familienrechts und des öffentlichen Rechts (Beamtenverhältnisse, Forderungen und Leistungen für öffentliche, kirchliche Zwecke und dergl.) diejenigen, welche lediglich Geld oder Geldeswerth verlangen. Dagegen findet der Gerichtsstand des § 21 nicht Anwendung auf Klagen, welche die Feststellung des Personen- oder Familienstandes (Statusklagen, „Familien- oder Standesverhältnisse“ Preuß. B. v. 14. Dez. 1883 § 1), die Feststellung von Ehren- und Standesrechten einschließlic der Feststellung des Patronatsrechts (D. B. Pr. 323), bezwecken; ferner nicht auf Rechtsstreitigkeiten in Ehesachen im Sinne der §§ 568, 592, in Entmündigungssachen gemäß §§ 593—627, auf Klagen auf Vollziehung der Ehe, Genehmigung zur Eheschließung oder Herausgabe von Kindern u. s. w. (D. B. Pr. 87 b, 1420). Der § 21 ist also auch nicht anwendbar, wenn dergleichen nichtvermögensrechtliche Ansprüche zugleich mit vermögensrechtlichen verbunden werden. Vgl. Anm. 2 zu § 232. Wenn dagegen die Anträge nur auf vermögensrechtliche Leistungen oder Feststellungen gerichtet sind, so wird der Gerichtsstand nicht dadurch ausgeschlossen,

daß der Grund der Ansprüche auf Verhältnissen beruht, welche nicht lediglich vermögensrechtlich sind. Dies gilt auch von Schwängerungsklagen. Diese wurden in der R. als wesentlich vermögensrechtlich angesehen, namentlich für das pr. Recht, auch wenn der Antrag auf Feststellung oder Anerkennung der Vaterschaft gerichtet ist, Prot. 9, 507, jedoch mit Unrecht. Nach A.R. II. 1 § 639 tritt zwar das uneheliche Kind nicht in die Familie des Vaters, und die Folgen der Feststellung der Vaterschaft einschließlich des eventuellen Erbrechts sind größtentheils vermögensrechtliche, §§ 612 ff., 647 ff. a. a. D. Für die gewöhnlichen Schwängerungsklagen mag auch durch die Feststellung der Vaterschaft nur eine Entscheidung über das Prinzip für vermögensrechtliche Ansprüche beabsichtigt werden. In der That aber wird durch die Vaterschaft ein nicht bloß vermögensrechtliches Rechtsverhältnis festgestellt, sondern ein Status, welcher auch andere Folgen hat, vgl. StGB. § 173 und Reichsges. 6. Febr. 1875 §§ 25, 33; R.W. 23. Durch einen Antrag auf Feststellung der Vaterschaft wird daher ein nicht bloß vermögensrechtlicher Anspruch getroffen. Vgl. Puchelt I 154. A.R. Seuffert Anm. 2, Endemann I 78, 79, Strudmann-Roch zu § 21, Gaupp Anm. II. Ueber die nur vermögensrechtliche Natur der Schwängerungsklage nach österr. Civilrecht vgl. R.G. 15. Mai 1891, J.B. 334. — Daß der Anspruch während des Aufenthalts entstanden sei, ist nicht Voraussetzung des § 21.

4) Wegen der Militärpersonen, auf welche Abs. 2 anwendbar ist, vgl. Anm. § 14 und Anm. 1 § 673. Selbstredend wird auch für Militärpersonen, wie in Abs. 1, ein Verhältnis, welches seiner Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweist, erfordert, da Abs. 3 die Bestimmung des Abs. 1 nur anwenden, nicht ausdehnen soll; ein bloß vorübergehender Aufenthalt z. B. zu einer Übung genügt daher nicht, vgl. A. Förster Anm. 3. (A.R. v. Sarwey, ferner Gaupp Anm. III unter Berufung auf Nordb. Pr. 218 und Rot. 57, wo jedoch nur hervorgehoben wird, daß der Aufenthaltsort sich nicht immer mit dem Garnisonort deckt. Dabei ist an eine Ablommandirung vom Garnisonort auf längere Zeit gedacht, vgl. Wach I § 35, 417, aber nicht die wesentliche Voraussetzung des ganzen Gerichtsstandes nach § 21 verneint.) Unter dem Garnisonort ist natürlich nur ein solcher im Deutschen Reich zu verstehen; ist ein solcher nicht vorhanden, weil der Truppentheil sich im Auslande befindet, so ist auch der Gerichtsstand des Abs. 2 nicht gegeben. Eine analoge Anwendung des § 15 ist nicht statthaft, zumal derselbe sich nur auf § 14 Abs. 1 bezieht; vgl. Anm. dazu. A.R. Seuffert Anm. 3, Fitting, civ. 51, 404, A. Förster Anm. 1; vgl. dagegen Wach I § 34, R. 37, S. 407.

## § 22.

Hat Jemand<sup>1)</sup> zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung, von welcher aus unmittelbar Geschäfte geschlossen werden,<sup>2)</sup> so können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben,<sup>3)</sup> bei dem Gerichte des Orts erhoben werden, wo die Niederlassung sich befindet.<sup>4)</sup>

Der Gerichtsstand der Niederlassung ist auch für Klagen gegen Personen begründet, welche ein mit Wohn- und Wirtschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigentümer, Nutznießer oder Pächter bewirtschaften, soweit diese Klagen die auf die Bewirtschaftung des Guts sich beziehenden Rechtsverhältnisse betreffen.<sup>5)</sup>

### E. R. N. 54. P. 2. 508.

1) Der § 22 begründet, ähnlich dem § 21, ein Quasi-Domizil für kaufmännische und gewerbliche Niederlassungen und für die Verhältnisse aus der Bewirtschaftung eines Guts, Rot. 57. Derselbe wiederholt das gemeinrechtliche *forum gestae administrationis* in der Richtung des Verhältnisses zu Dritten, während § 31 das Verhältnis des Geschäftsherrn zum Geschäftsführer betrifft (vgl. Weßell § 41 R. 20, 21). Ueber die Verwandtschaft dieses Gerichtsstandes mit dem allgem. Gerichtsstande und dem

des Vertrages wird gestritten (vgl. Stein, RaffR. 28, 428; Nord. Prot. 42, Gaupp Ann. I, Brendel, RaffR. 33, 233, RÖ. 26 Okt. 1889, ZW. 452). Der Gerichtsstand ist ein besonderer und konkurriert mit dem allgem. Gerichtsstande des Beklagten; die Bezeichnung als Quasi-Domizil soll nicht die Bedeutung haben, daß dieser Gerichtsstand an die Stelle des Gerichtsstandes des Domizils tritt; RÖ. 3. Nov. 1892, ZW. 506; Wach I, 424 u. dagegen Pland I § 14 Anm. 2 S. 58. „Jemand“ kann jede physische oder juristische Person oder Partei sein, welche im Sinne des § 19 nach dem bürgerlichen Rechte vor Gericht verklagt werden kann; auch der Staat, vgl. Anm. 2, 3.

2) Voraussetzung ist eine Niederlassung, welche als örtlicher Mittelpunkt des Geschäftsbetriebes zur unmittelbaren, von einer besonderen Genehmigung des Prinzipals unabhängigen, Abschließung von Geschäften dient, RÖ. 22. Jan. 1894, ZW. S. 112; so derartige kaufmännische Zweigniederlassungen, Reichsbankhauptstellen (Waniges. v. 14. März 1875 § 38 Abs. 3). Eine bloße Geschäftsvermittlungsstelle, Agentur, welche bloß die Aufgabe hat, den Abschluß von Geschäften durch Entgegennahme und Uebermittlung von Aufträgen u. dgl. vorzubereiten, genügt nicht, ebensowenig ein Fabrik-Etablissement, von dem aus keine Geschäfte nach außen geschlossen werden; RÖ. 30, 379. Der Kreis der abzuschließenden Geschäfte kann ein begrenzter sein, auch auf periodische Geschäftsbetriebe (Messen, Wadefaisons u. s. w.) beschränkt werden, doch muß in letzterem Falle die Niederlassung eine feste, nicht bloß vorübergehende sein. (Gaupp Ann. II 1.) Daß eine Theilung des Geschäftsbetriebes stattgefunden hat und der Niederlassung ein bestimmter Geschäftskreis abgezweigt übertragen ist, ist nicht Erforderniß; RÖ. 15. Juni 1894, ZW. 421. Die Eisenbahn-Stationen rechnet RÖ. 2, 386 im Allgemeinen nicht zu den Niederlassungen im Sinne des § 22, weil von denselben aus ein unmittelbarer selbständiger Geschäftsbetrieb nicht stattfindet, die betr. Beamten vielmehr nur Geschäftsvermittler und Gehilfen der Hauptverwaltungen seien; dagegen erklärt das RÖ. 16. März 1881 die königl. preuß. Eisenbahnbetriebsämter gemäß der Organis.-Best. v. 24. Nov. 1879 § 16 für Niederlassungen, Wallm. 6, 317, 318; RaffR. 26, 121. (A. Förster Ann. 1 im Anschlusse an Bierhaus, Busch 5, 62, Anm. 14 unterstellt dieselben dem § 20, wohl mit Recht, vgl. Anm. 2 zu § 20. So auch Wach I 426, § 35 Anm. 27. Die angeführte Entsch. des Reichsgerichts bezieht sich freilich, wie Seuffert Ann. 3 richtig hervorhebt, auf eine im Staatsbetriebe befindliche Privatbahn. Vgl. RÖ. 29. März 1892, ZW. 214.)

Weitere Voraussetzung ist die Identität des Geschäftsherrn. Eine solche ist nicht vorhanden bei einem Kommissionslager, dessen Waaren vom Kommissionär für eigene Rechnung verkauft werden, selbst wenn das Lager mit der Firma des Kommittenten bezeichnet wird (RÖ. Stuttgart, Busch, 7, 94). Das „Gewerbe“, dessen Betrieb als Zweck angegeben ist, umfaßt im weitesten Sinne jede auf Erwerb abzielende Unternehmung. Öffentliche Lehranstalten, Erziehungsanstalten, Gefängnisverwaltungen fallen nicht darunter, Gaupp Ann. II 1.

3) Die Klagen, welche gegen den „Jemand“ Anm. 1 (nicht gegen die Niederlassung) zu richten sind, müssen auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung „Bezug haben“, d. h. Klage und Klagegegenstand müssen eine wirtschaftliche Zweckbestimmung zum Geschäftsbetriebe der Niederlassung betreffen oder als Folge dieses Betriebes sich darstellen; RÖ. 30, 326. Eine besondere Qualifikation dieser Beziehung, etwa Beschränkung auf Verträge, wird nicht erfordert (vgl. Peter, RaffR. 24, 401). Wenn es sich um eine Niederlassung handelt, von der aus Geschäfte nach außen hin abgeschlossen werden, vgl. Anm. 2, so gehören auch Klagen aus den internen Verträgen (mit Arbeitern und Angestellten) vor den Gerichtsstand der Niederlassung, da auch diese auf den Geschäftsbetrieb Bezug haben. Unter der gleichen Voraussetzung ist es auch nicht erforderlich, daß das Geschäft, aus welchem geklagt wird, von der Niederlassung aus geschlossen sei; RÖ. 23, 424. Zulässig sind ferner nicht bloß Klagen aus den von der Niederlassung geschlossenen Geschäften, sondern auch aus nützlicher Verwendung oder aus Beschädigung durch den Geschäftsbetrieb der Niederlassung z. B. auf Grund des Reichshaftpflicht-

gesetz v. 7. Juni 1871. Vgl. auch DBZ. 17. April 1885, SA. 40, 439. Indeß Klagen auf Anfechtung der vom § 22 betroffenen Geschäfte (§ 30 KonkD., § 7 AnfechtGes.) unterliegen dem Gerichtsstande des § 22 nicht, RG. 20. Nov. 1893, JW. 1894 S. 7, Raff. 38, 488.

4) Voraussetzung des Gerichtsstandes ist nach Wortlaut und Sinn des § 21, daß die Niederlassung sich noch zur Zeit der Klageerhebung an dem betr. Orte „befindet“. Ebenso DBZ. Dresden, Buz. 7, 94 Nr. 6; RG. 26. Okt. 1889, JW. 452.

5) Zu den Eigenthümern und Nutznießern gehören natürlich auch Miteigenthümer, s. g. nutzbare Eigenthümer, Lehnbesitzer, Fideikommißbesitzer, antikerische Pflandbesitzer; nicht aber Verwalter, welche im Auftrage eines Anderen das Gut bewirthschaften, auch nicht Eigenthümer, welche ihr ganzes Gut verpachtet haben; denn durch die Einnahmen des Pachtzinses „bewirthschaften“ sie nicht. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Abgabe für den Abschluß eines Erwerbsgeschäfts betr. ein Gut bezieht sich nicht auf die Bewirthschaftung; RG. 26. März 1889, JW. 168.

### § 23.

Das Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine den allgemeinen Gerichtsstand haben,<sup>1)</sup> ist für die Klagen zuständig, welche von denselben gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden.<sup>2)</sup>

R. 23. N. 55. P. 9. 508.

1) Vgl. § 19 Abs. 1 und 3. Zu dem allgemeinen Gerichtsstande gehört auch der statutarische des § 19 Abs. 3 (Seuff. Anm. 1, Struchmann-Roch Anm. 2. AR. Fitting, civArch. 61, 405).

2) Der Grund des erhobenen Anspruchs muß auf der Mitgliedschaft als solcher beruhen; vermöge dieser ratio legis ist aus solchem Grunde die Zuständigkeit auch gegen ausgeschiedene Mitglieder begründet; Endemann und Seuffert zu § 23. Ebenso RG. 3, 388; 20. Okt. 1893, JW. 535; Gaupp Anm. III, Bierhaus, Buz. 5, 64; Wach I § 38 Not. 61; folgerecht auch gegen die Erben (Gaupp). AR. Kleiner I, 164 u. Pland I § 14 Not. 14. Voraussetzung ist dagegen, daß der allgemeine Gerichtsstand der Gemeinden etc. noch zur Zeit der Klageerhebung besteht. Dies ist, abgesehen von Handelsgesellschaften, eingetragenen Genossenschaften, Gesellschaften mit beschr. Haftung (vgl. Anm. 1 § 19), nach Auflösung der Gesellschaft nicht mehr der Fall. Ob der Anspruch ein gegen alle Mitglieder gleichmäßig begründeter ist, ist einflußlos. Hat der Beklagte als Mitglied der Gesellschaft von derselben gemäß Statut und Geschäftsplan ein Darlehn erhalten, so beruht der Grund des Anspruchs immer auf der Mitgliedschaft, RG. 3, 385. Bei Gegenseitigkeits-Versicherungs-Gesellschaften sind die Versicherten, nenngleich sie auf Grund des Versicherungsvertrages individuelle Rechte und Pflichten haben, hinsichtlich derselben zufolge der Natur der Gesellschaft zugleich Mitglieder, auch hinsichtlich eingeklagter fester Prämien, welche immer nur Vorschüsse sind, RG. 4, 394. Klagen gegen den Vorstand oder andere Organe und Beamte einer Gesellschaft als solche, nicht aus dem Grunde der Mitgliedschaft, fallen nicht unter § 23. Der geschäftsführende Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft und der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft sind indeß keine bloße Beamte der Gesellschaft, Ansprüche gegen dieselben aus der Geschäftsführung beruhen vielmehr stets auf der Mitgliedschaft (Seuffert Anm. 4, Gaupp Anm. II). Wegen des Spezialgerichtsstandes bei Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen vgl. SSB. Art. 190a, 222; Genoff.-Ges. 4. Mai 1889 § 49, vollstreckbarer Vorschuß; oder Nachschußberechnungen Genoff.-Ges. § 105, 107.

### § 24.

Für Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche<sup>1)</sup> gegen eine Person, welche im Deutschen Reich keinen Wohnsitz hat,<sup>2)</sup> ist das Gericht zuständig, in

dessen Bezirke sich Vermögen derselben oder der mit der Klage in Anspruch genommene Gegenstand befindet.<sup>3)</sup> Bei Forderungen gilt als der Ort, wo das Vermögen sich befindet, der Wohnsitz des Schuldners und, wenn für die Forderung eine Sache zur Sicherheit haftet, auch der Ort, wo die Sache sich befindet.<sup>4)</sup>

**E. 24. N. 43. 44. 67. P. 9. 10. 508.**

1) Ueber den Begriff der vermögensrechtlichen Ansprüche vgl. Anm. 3 zu § 21. Auch der Anspruch auf eine Handlung des Beklagten, an welcher der Kläger ein vermögensrechtliches Interesse hat, ist ein vermögensrechtlicher und fällt unter § 24, **R. O.** 29. März 1894, **JW.** 278.

2) Der Kläger hat, ebenso wie im Falle des § 18, darzulegen, daß auf den vernünftigerweise einzuschlagenden Wegen ein Wohnsitz des Beklagten im Deutschen Reich nicht zu ermitteln ist. Vgl. Anm. 4 § 18. Obgleich der Ausdruck „Wohnsitz“ den § 24 nur auf physische Personen anwendbar erscheinen läßt, so ist § 24 nach Zweck und Absicht des Gesetzes auch auf juristische und andere verklagbare Personen, welche keinen „Sitz“ im Deutschen Reiche haben (ausländische Gesellschaften, Anm. 1 § 19, **R. O.** 20. Juni 1882, **JW.** 222) anwendbar zu erachten. Dafür spricht auch, daß der Gerichtsstand des § 24 in den Fällen der §§ 660, 705 Abs. 5, 729 Abs. 2 in allgemeiner Fassung dann für maßgebend erklärt ist, wenn der Schuldner keinen „allgemeinen Gerichtsstand“ im Deutschen Reiche hat. Erheblich ist immer nur der Wohnsitz bez. der Sitz, nicht der Aufenthalt; auch nicht eine bloße Niederlassung einer Gesellschaft im Sinne des § 22, **R. O.** 27, 421. Ausgeschlossen sind hier, wie überall, ausländische Regierungen und solche Ausländer, welche wegen ihrer Extraterritorial-Eigenschaft überhaupt keiner inländischen Gerichtsbarkeit unterworfen sind. Borch. 7 vor § 12. Die deutschen Schutzgebiete im Auslande sind nicht Theile des deutschen Reichs; Busch 14, 207, vgl. Anm. 1a zu § 13 **OB.**

3) Der Gerichtsstand des Vermögens, § 24, gilt nach dem, Borch. 7 vor § 12 erörterten Grundsätze zu Gunsten nicht bloß Klager der Inländer, sondern auch Klager der Ausländer; **Obz. O.** 9. Febr. 1886, **SA.** 41, 342; **R. O.** 16, 392. Derselbe ist in seiner Ausdehnung über das forum arresti (vgl. Wehll § 41 Note 56) zur Ausgleichung der Härten angeordnet, welche durch die Grundsätze der §§ 13, 18 entstehen können; vgl. auch Anm. 3 zu § 17. Zur Begründung dieses Gerichtsstandes ist nicht nöthig, zugleich Arrest auf die vorgefundenen Objekte anlegen zu lassen. Die Wirkung der Entscheidung ist auch nicht auf die dort vorzufindenden Vermögensobjekte beschränkt, Anträge auf desfallige Beschränkungen sind abgelehnt; Prot. 9, 10, 15 bis 17. „Jedes geringfügige, vielleicht nur zufällig zurückgelassene Vermögensstück“ vermag den Gerichtsstand des Vermögens zu begründen, **Rot.** 58; demnach auch ein arrestirtes Vermögensstück, selbst wenn für dasselbe eine, an dessen Stelle tretende Arrestförmigkeit hinterlegt ist, **R. O.** 29. Sept. 1894, **JW.** 514. Nach diesem Zwecke des Gesetzes und nach dessen Wortlaut ist es auch unerheblich, ob das Vermögen so unbedeutend ist, daß ein Ueberschuß über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht zu erwarten ist (§ 708) oder ob die Zwangsvollstreckung nach §§ 715, 749 ausgeschlossen ist. Die Vollstreckungsfähigkeit des Vermögens ist nicht Voraussetzung; **R. O.** 4, 408, 16, 392; 15. Mat 1891, **JW.** 334; 29. März 1894, **JW.** 278. Dagegen **Planck** I 63, **Seuffert** Anm. 4; vgl. bez. der Kleidungsstücke, welche der Schuldner am Leibe trägt **OB.** Bremen und die Bemerkungen von **Barckhausen** dazu in **Busch** 10, 394. Wird der Gerichtsstand durch eine Forderung begründet, so ist es unwesentlich, ob die Höhe des Betrags schon feststeht; es genügt, daß sie besteht und nicht schon erweislich erloschen ist, **R. O.** 28. Okt. 1892, **JW.** 477. Die Handakten eines Rechtsanwalts haben wegen der bloßen Möglichkeit der Verwendung als **Rekulator** noch keinen Vermögenswerth, **R. O.** 24. 414. Der Umstand, daß gegen den Beklagten im Auslande Konkurs erhoben ist, steht dem Gerichtsstande des § 24 nicht entgegen; **R. O.** § 207, **R. O.** 1, 435, 6, 400; 14, 405 (wo auch die Bestimmung der englischen bankruptcy act von 1865 betr. den Uebergang des Vermögens auf den Konkursverwalter für unerheblich erachtet wird); **R. O.** 14, 412.

Entscheidend zur Begründung des Gerichtsstandes ist für § 24, ob sich zur Zeit der Klageerhebung Vermögen des Beklagten oder der in Anspruch genommene Gegenstand im Bezirke des angegangenen Gerichts vorfindet, §§ 230, 235 Nr. 2, ohne Unterschied, ob der Beklagte selbst oder ein Anderer den Besitz hat (gegen Wach I, 123). Gegenüber diesem Grundsätze des öffentlichen (Prozeß-) Rechtes ist ein Einwand der Arglist, — weil etwa Kläger die Existenz der Gerichtsstandsbedingungen selbst herbeigeführt, z. B. durch einen unbegründeten Arrest, zu dessen Abwendung Beklagter eine Kaution hinterlegt hat, *R. O.* 5. April 1882, *S. W.* 150, *Wallmann* 7, 120, oder die betr. Forderungen als Mandatar des Beklagten erworben hat, *R. O.* 16. 392, oder arglistig Eigenthum des Beklagten an einen inländischen Ort geschafft hat, *R. O.* 11. Mai 1892, *S. W.* 298; *Raffr.* 36, 1198 — nicht zulässig. Der Gerichtsstand geht auch nicht verloren, wenn der Vermögensgegenstand nachträglich beseitigt wird; *R. O.* 29. Sept. 1894, *S. W.* 514.

Unter dem Klagegegenstand sind nur körperliche Sachen und von unkörperlichen Sachen nur solche zu verstehen, die mit einer körperlichen Sache dergestalt verbunden sind, daß sie eine natürliche Beziehung zum Raume haben (wie Wertpapiere, Wechsel, Ordre-Papiere; vgl. *Anm.* 4) dies ergibt sich schon daraus, daß das Gesetz einen künstlichen „Ort“ der Forderungen nur für den Gerichtsstand des Vermögens, nicht des Klagegegenstandes konstruiert; auch sprechen die gleichlautenden Begründungen des *Entw.* 1, 2 u. des *B. G.*, welche den Gerichtsstand des Klagegegenstandes als ein Correlat des dinglichen Gerichtsstandes für bewegliche Sachen bezeichnen, für diese Auslegung. (Anscheinend ebenso *Planck* I, 63 f.; *a. R.* *Wach* I § 35 S. 423 u. *Gaupp.*) Daß der Klagegegenstand mit einer dinglichen Klage gefordert werden müsse, ist bei der unterschlechtslosen Fassung des Gesetzes nicht anzunehmen; vielmehr ist der Klagegrund für den Gerichtsstand hier ohne Einfluß.

Der Kläger muß die den Gerichtsstand begründenden Thatfachen beweisen (*Vorb.* 8 vor § 12). Der Beweis kann mit dem Beweise für die Hauptsache zusammenfallen, indeß keinesfalls durch eine Forderung begründet werden, welche nicht bestehen kann, wenn der Klageanspruch begründet ist; *R. O.* 3, 381; 7, 309. Die bloße Möglichkeit einer Kompensation der Klageforderung gegen die den Gerichtsstand begründende Forderung ist ohne Einfluß, *R. O.* 7, 325. Vgl. *Bierhaus*, *Buch* 5, 64. Für den Ort, wo die Klage dem Beklagten zuzustellen ist, gelten die allgemeinen Vorschriften §§ 165 ff.

4) Der zweite Satz des § 24 soll aus praktischen Gründen, die hinsichtlich der Ortsbestimmung, wenn es sich um Forderungen handelt, vom *Obz.* 19, 438 und *Strieth.* 71, 324 in verschiedener Weise entschiedene Kontroverse beseitigen, *Rot.* 58. Vgl. *R. D. G.* 10, 340. Zugleich ist danach die abweichende Ansicht von *R. O.* 8. Juni 1880, *Raffr.* 25, 419, daß die Forderung sich am Wohnsitze des Forderungsinhabers befinde, beseitigt. Wenn eine Sache zur Sicherung der Forderung haftet, so kann sowohl im Wohnsitze des Schuldners als „auch“ am Orte, wo sich die Sache befindet, geklagt werden. Durch den Ort, wo sich das Dokument über eine Forderung befindet, wird nicht ein besonderer Gerichtsstand aus § 24 neben dem aus dem Orte der Forderung sich ergebenden begründet, *R. O.* 14. Juli 1883, *S. W.* 225. Urkunden jedoch, welche Träger der Forderung sind (Wechsel, Inhaberpapiere) kommen zugleich als körperliche Vermögensobjekte nach Satz 1 in Betracht, vgl. *Anm.* 3, sowie § 732, *R. O.* 25. Sept. 1893, *S. W.* 49, 200.

Patentrechte und Urheberrechte als solche sind keine Forderungen an einen Schuldner, sondern Erluß-Verchtigungen dinglicher Art; auf dieselben ist demnach der Schlusssatz des § 24 unanwendbar (Seligsohn im *Patentblatt* pro 1886 S. 59 ff.). Dagegen können Rechte des Patentinhabers aus einem Lizenzvertrage gegen einen im Bezirke des Gerichtes wohnenden Schuldner allerdings unter § 24 fallen; die bloße Thatfache, daß das Patent durch Lizenz im Inlande zur Realisirung kommt (vgl. *Rohler*, *Buch* *Arch.* f. *Q.* 47, 339 ff.) ist freilich nicht ausreichend und für die Existenz einer Forderung gegen den im Inlande befindlichen Lizenzinhaber an sich nicht beweisend.

Anwendungen des § 24 vgl. §§ 660 *Abf.* 2, 705 *Abf.* 5, 729 *Abf.* 2. Neben § 24 ist der Gerichtsstand des § 15 *S. O. B.* aufrechterhalten.



Die Regel des Schlusssatzes über den Ort, wo sich der durch eine Forderung repräsentirte Vermögensgegenstand befindet, ist nicht bloß auf § 24 beschränkt, sondern auf alle Fälle anwendbar, wo nach der C.P. dieser Ort zu bestimmen ist, vgl. z. B. § 820 u. Konf.D. §§ 207, 208; Kammergericht in Sachen Goldschmidt v. Eichner 5 II. 736. 1891.

### § 25.<sup>1a)</sup>

Für Klagen, durch welche das Eigentum,<sup>1)</sup> eine dingliche Belastung<sup>2)</sup> oder die Freiheit von einer solchen<sup>3)</sup> geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs-<sup>4)</sup> und Besitzklagen<sup>5)</sup> ist, sofern es sich um unbewegliche Sachen<sup>6)</sup> handelt, das Gericht ausschließlich<sup>7)</sup> zuständig, in dessen Bezirke die Sache belegen ist.<sup>8)</sup>

Bei den eine Grunddienstbarkeit oder eine Reallast betreffenden Klagen ist die Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks entscheidend.<sup>9)</sup>

R. 25. H. 56. 56. P. 10. 508.

1a) Der dingliche Gerichtsstand (forum rei sitae, zur Römischen Kaiserzeit entstanden und durch die nov. 69 weiter entwickelt, vgl. Savigny Syst. 8 § 366 S. 170, Weßell § 41 R. 36 ff.) ist in den §§ 25—27 behandelt und abm. vom gem. Zivilprozeß — nach dem Vorgehen mehrerer Partikularrechte — auf unbewegliche Sachen beschränkt. Er gilt auch nur für inländische Grundstücke auf deutschem Gebiete; R. 32, 414.

1) Voraussetzung ist hinsichtlich des Eigentums, daß das Eigentum des Klägers geltend gemacht wird, also daß dessen Eigentum Klagegrund ist und daß die Geltendmachung des gesammten Eigentumsrechts oder einzelner Eigentumsbefugnisse als solcher durch den Klageantrag verfolgt wird (Endemann I, 269 ist zu unbestimmt). Eine Klage darauf, daß der Beklagte das Eigentum übernehmen soll, gehört nicht unter § 25 (sondern unter Umständen unter § 29); auch nicht eine Klage darauf, daß der Kläger Eigentum erst erwerben will; der Kläger muß behaupten, Eigentümer zu sein und Eigentumsrechte verfolgen. Vgl. R. 2. Dez. 1886, ZW. 1887 S. 11. Ueber das Verhältnis zu Erbschaftsklagen und zur hereditatis petitio vgl. Anm. 1 zu § 28. Rei vindicatio, actio publiciana, und die negatorischen Klagen (R. 32, 414; 4. Jan. 1894, ZW. 117) gehören hierher. Ebenso die Klage auf das sog. nuzzbare Eigentum (Nachfolge im Lehn oder Fideikommiß, nicht aber auf bloße Fideikommiß-Revenuen, R. 29. März 1894, ZW. 278) und selbst schon die Klage auf Feststellung eines speziellen späteren Successionsrechts, R. 13, 386; 21, 409; R. 14. Febr. 1890, ZW. 110. Soweit Nebenforderungen civilrechtlich mit der Klage geltend gemacht werden können (AR. I 7 §§ 188 ff.), ist auch für sie der Gerichtsstand begründet; vgl. auch § 26 über Verbindung mit verwandten Klagen.

2) Eine dingliche Belastung des Grundstücks wird durch Konfessorische Klagen, Behauptung des Bestehens von Grundgerechtigkeiten, gesetzlichen oder privat-autonomischen Eigentumsbeschränkungen, Reallasten oder dinglicher Schuldbelastung (actio hypothecaria einschließl. der Sicherstellungsklage aus § 50 des Pr. Civ.-Erw.-Ges. 5. Mai 1872, A. Förster Anm. 3b) „geltend gemacht“. Vgl. jedoch Anm. 6. Auch das Recht aus der Rührung gehört hierher, R. 21, 225, desgleichen das Recht, aus dem Bergwerksregal, R. 27. Mai 1893, Raffr. 37, 1063. Ansprüche auf Begründung einer dinglichen Last fallen jedoch nicht unter § 25; R. 25. Jan. 1889, SA. 44, 348, demnach auch nicht Ansprüche auf Bestellung einer Hypothek auf Grund eines Pfandtitels (z. B. AR. I 11 § 972), R. 22. Jan. 1894, ZW. 81, Raffr. 38, 1195. Maßgebend ist der Gerichtsstand des belasteten Grundstücks. In der Regel ist dies das Grundstück des Beklagten. Indes ist ein auf Grund der dinglichen Belastung erhobener Streit von zwei Präzendenten über das Eigentum (oder die Nießbrauchsberechtigung) an einer, auf dem Grundstück eines Dritten eingetragenen Forderung oder über die Aktivberechtigung zu einer Realgerechtigkeit, über den Rang einer Hypothek u. s. w. nicht ausgeschlossen. Vgl. DL. 53, 312; Strudmann-Roch Anm. 1 § 25, DRW. Darmstadt, SA. 41, 345.

3) Die Klage zur Geltendmachung der Freiheit von einer dinglichen Belastung betrifft, wie die Eigenthumsklage Anm. 1, das Grundstück des Klägers oder eines Dritten, wenn der Kläger in seinem Interesse, z. B. wegen einer für ihn naheingetragenen Hypothek, die Freiheit des Grundstücks von der vorgehenden Last erstreben will; vgl. **R. 20**, 403; sei es auch nur die Freiheit bis zu einem gewissen Maße, z. B. bei dem Ansprüche auf Einräumung des Vorrechts, vgl. Anm. 2 am Schluß. In den hier zuletzt angeführten beiden Fällen, wie auch bei ähnlichen Verbindungen der actio confessoria und negatoria ist der dingliche Gerichtsstand aus einem doppelten Grunde zutreffend, weil sowohl positiv die dingliche Belastung des Grundstückes für den Kläger als auch die Freiheit des Grundstückes von einer dinglichen Belastung gegen den Beklagten geltend gemacht wird. Die Freiheit von der dinglichen Belastung wird aber nur geltend gemacht, insofern die Klage darauf gestützt wird, daß die Last von Anfang an nicht zu Recht bestanden habe oder nicht mehr bestehe, sei es, daß der Grund ihrer Bestellung fortgefallen sei (z. B. die Hypothek getilgt worden), oder der Anfechtung unterliege, vgl. **ObL. 19**, 427; **R. 25**, 384; **ObL. Stuttgart**, **SA. 41**, 183; **R. 25**, Juni 1890, **ZB. 255**. Dabei mag es unerheblich sein, ob der Grund der Klage in einem persönlichen oder dinglichen Ansprüche zu finden ist; **R. 15**, 386; **20**, 403; **21. Okt. 1892**, **ZB. 477**. Indes nur der Streit um das Nichtbestehen einer Last rücksichtlich des Grundstückes, nicht jeder persönliche Anspruch auf Befreiung des Grundstückes von der Last gehört hierher, in keinem Falle, wenn er nicht gegen denjenigen gerichtet ist, welcher die Last für sich geltend macht, sondern gegen einen dritten (Nicht-Bläubiger), der die Befreiung herbeiführen soll, **R. 25**, 384; **29. Apr. 1891**, **RaffR. 35**, 919; auch nicht gegen den für die Last Berechtigten, wenn über das Bestehen der Last gar kein Streit obwaltet, der Beklagte aber obligatorisch zur Befreiung derselben verpflichtet ist, z. B. der Verkäufer eines Grundstückes zur Befreiung einer ihm gehörigen (Eigenthümer-) Hypothek oder Grundschuld; ebenso nicht Klagen, durch welche die Feststellung einer persönlichen Nichtberechtigung des Beklagten gegenüber dem Kläger (nicht Freiheit des Grundstückes) geltend gemacht wird, **R. 10**, **Dkt. 1891**, **RaffR. 36**, 1201, **ZB. 509**. Es gehören also keineswegs alle Pfandstrichklagen unter § 25. (Die anscheinend weitergehenden Bemerkungen in **R. 15**, 386 u. **20**, 403 hat das **R. 25**, 384 richtig gestellt. **Arn. Hellmann S. 123 u. v. Sarwey I**, 60 ff. auf Grund des § 26, welcher indes nicht bestimmt, daß alle Pfandstrichklagen unter § 25 fallen.) Ebenso wenig gehören hierher Klagen, welche bloß die Vorbereitung der Löschung bezwecken, z. B. auf Herausgabe eines Hypothekenbriefes, **R. 23**, 339. Wird dagegen die Freiheit von der Last in obigem Sinne geltend gemacht, so kommt es auf die Art der Vertreibung des Beklagten, daß er z. B. ein Retentionsrecht an dem Hypothekendokument habe, nicht an, **R. 25**, Juni 1890, **SA. 46**, 92.

Der Anspruch einer Pfarrgemeinde auf Freiheit von Hand- und Spanndiensten bei Kirchenbauten ist kein Anspruch auf Freiheit von einer dinglichen Last, wenn er von dem Realitätenbesitze im Pfarrsprengel unabhängig ist und nur auf der persönlichen Zugehörigkeit der Pfarrgemeinde beruht; **ObL. 15. März 1890**, **SA. 46**, 95.

4) Von den Grenzscheidungsklagen (vgl. §§ 372—383 I 17 **ALR.**) ist das lediglich der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörige Grenzregulierungsverfahren (§§ 383 bis 388 I 17 **ALR.**) zu unterscheiden. Von den Theilungsklagen gehören nur die über die Theilung einzelner unbeweglicher Sachen hierher. Die Ansicht von **A. Förster** (Anm. 3e), daß es nach Preussischem Rechte Theilungsklagen im Sinne des § 25 nicht gebe, muß als irrig bezeichnet werden. **Weber § 180 Nr. 2 Ges. 13. Juli 1883**, noch die zulässige Theilung gemeinschaftlicher Sachen im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit schließen die Möglichkeit eigentlicher Theilungsklagen aus. Die Klagen auf Feststellung der streitig gebliebener Theilungsgrundsätze und auf Feststellung bezw. Ausführung eines bestrittenen Theilungsprozesses sind nach Preussischem Rechte zweifellos zulässige Theilungsklagen, da sie lediglich die Theilung zum Gegenstande haben; ebenso Klagen aus **ALR. I 17 § 379**. Zum Zwecke der realen oder ideellen Theilung von Grundstücken unter Miteigenthümer (z. B. Gesellschafter nach Auflösung der Handelsgesellschaft) ist praktisch nicht immer der Zwangsverkauf das geeignete Mittel.

5) Zu den Besitzklagen sind auch die *interdicta adipiscendae possessionis* gerechnet, *Not.* 59. *MR.* Fitting, *cit.* 61, 421; Kroll Klage und Einrede (Berlin 1884) § 13 S. 53; *Cecius* 1 § 162 R. 28. Die früheren preuß. und gemeinrechtlichen Vorschriften über das *Possessorium* sind aufgehoben, *OB.* § 14 Abs. 1. Der Begriff der Besitzklagen, für welche die *CP.* eine besondere Prozeßart nicht kennt, wird jedoch mit Bezug auf die rechtsgeschichtliche Entstehung dieses Begriffes auf solche Klagen beschränkt werden müssen, durch welche die Verletzung des Besizes verfolgt werden soll. Klagen aus persönlichen Rechten auf Einräumung des Besizes einer Sache sind keine Besitzklagen. *Vgl.* auch § 232 Abs. 2.

6) Was als unbewegliche Sache zu erachten ist, entscheidet das bürgerliche Landesrecht. *Vgl.* § 757 und *Anm.* dazu; *RO.* 21, 411; 27. *Mat* 1893, *JB.* 372, *Raff.* 37, 1063; doch ist dabei noch nicht allein der Umstand maßgebend, daß die Sache hinsichtlich der Zwangsvollstreckung als zum unbeweglichen Vermögen gehörig erklärt ist (*Ceuffert* *Anm.* 1, *Cecius* 1, § 21 R. 8). Das Recht auf eine im Reichsdeputationshauptschlusse von 1803 ausgeworfene Rente hat nicht die Natur einer unbeweglichen Sache, *RO.* 21, 409. Für Preußen *vgl.* *MR.* I 2 §§ 6, 8, 9 und die *Anm.* bei *Rehbein-Reinde* dazu. Bewegliche Sachen, welche als Pertinenzien oder Nebensachen zu einer unbeweglichen Sache gehören, theilen das *forum rei sitae*: (*vgl.* *DZB.* Stuttgart, *SA.* 41, 185) vorausgesetzt daß sie zugleich mit der unbeweglichen Sache den Gegenstand des Rechtsstreits bilden, dagegen nicht, wenn sie der alleinige Gegenstand desselben sind, selbst wenn der Klagegrund die unbewegliche Sache betrifft, *RO.* 22. Juni 1889, *JB.* 304; es müßte denn nach Landesrecht der beweglichen Pertinenz (so lange sie bei der Hauptsache) die Natur einer unbeweglichen Sache verliehen sein (*Gaupp* *Anm.* II A.); andere bewegliche Sachen können durch Kumulation oder Konnektivität (Nitzverpändung oder Kontratsverbindung) demselben nicht unterworfen werden. Soweit der Grundsatz gilt: *pretium succedit in locum rei*, bleibt der Gerichtsstand auch für den Erlös der unbeweglichen Sache maßgebend (*Gaupp* *Anm.* III) wegen der Nebenforderung (*omnis causa u. dgl.*) s. *Anm.* 2 u. *Wach* I § 37, S. 443. Nach *Wach* I, 436 soll hinsichtlich des Gerichtsstandes für den Begriff der unbeweglichen Sache das Reichsrecht maßgebend sein. Dasselbe hat jedoch bisher darüber nichts bestimmt.

7) Die Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes der belegenen Sache ist im Anschluß an das ältere Deutsche und das Kanonische Recht (*vgl.* *Wexell* § 41 R. 47, 48) aus Gründen des internationalen Rechts angeordnet, zugleich mit der fernerem Motivierung, daß die Würdigung und Feststellung der Rechtsverhältnisse vorzugsweise vom Richter der belegenen Sache zu erwarten ist, *Not.* 58, 59. Sie ist ein Grundsatz des öffentlichen Rechts und Interesses. Prorogation von demselben ist deshalb unzulässig, § 30, *Anm.* 2 zu *Lit.* 3. Die Ausschließlichkeit gilt auch für Feststellungsklagen, § 231 und für Klagen gemäß § 253. *Vgl.* *Anm.* 2 zu § 253. Auch Alle, welche sonst zufolge ihrer Extritorialität der inländischen Gerichtsbarkeit nicht unterworfen sind, unterliegen dem *forum rei sitae*, *OB.* § 20, ebenso der Fiskus der Einzelstaaten und das Deutsche Reich, *R.* 10, sowie ausländische Staaten, *vgl.* *Borb.* 7 vor § 12. — Soweit es sich indeß um Immobilien als Theile einer Verlassenschaft handelt, enthält § 28 eine Ausnahme.

8) Liegt die Sache im Bezirke mehrerer Gerichte, so kommt § 36 *Ar.* 4 zur Anwendung.

9) Abs. 2 entscheidet eine preussisch-rechtliche Kontroverse, *JBBl.* 1840 S. 146. Für subjektiv-dingliche Rechte begründet die Vertlichkeit des herrschenden Grundstücks nicht den Gerichtsstand im § 25. Für die Verpflichtungen aus dem Patronat ist entscheidend, ob dasselbe mit dem Besitze eines Grundstücks verbunden ist, und kommt deshalb für das landesherrliche Patronat als solches § 25 nicht zur Anwendung; *RO.* 21. *Okt.* 1886, *Raff.* 31, 1152.

## § 26.

In dem dinglichen Gerichtsstande kann mit der hypothekarischen Klage die Schuldklage,<sup>1)</sup> mit der Klage auf Löschung einer Hypothek<sup>2)</sup> die Klage

auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit,<sup>3)</sup> mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen erhoben werden, wenn die verbundenen Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet sind.<sup>4)</sup>

R. 26. N. 59. P. 10. 508.

1) Die Klage aus der Preuß. Grundschuld ist eine hypothekarische; auch mit dieser kann deshalb im dinglichen Gerichtsstande die Schuldklage aus dem persönlichen Anspruche erhoben werden, zu deren Sicherung sie dient. (A. Förster Anm. 2.) Wird aus der Hypothek lediglich die Schuldklage angestellt, so ist der dingliche Gerichtsstand nicht begründet, wengleich der Kläger vermöge der exc. excussionis realis verpflichtet sein sollte, als Gegenstand der Zwangsvollstreckung in erster Reihe das Pfandgrundstück anzugreifen.

2) Vgl. Anm. 3 zu § 25.

3) Der Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit steht die auf Feststellung des Nichtbestehens derselben, § 231, gleich (Seuffert Anm. 2).

4) Voraussetzung ist nach dem Schlusse, daß derselbe Beklagte, gegen welchen das *forum rei sitae* nach § 25 begründet ist, auch mit den im § 26 bezeichneten Klagen in Anspruch genommen wird, Not. 59. (Abweichend von R. 59.) Die Bestimmung betrifft nur die örtliche Zuständigkeit und auch nicht die Zulässigkeit einer objektiven oder subjektiven Klagekumulation an sich. Der Gerichtsstand der §§ 26, 27 ist nicht ausschließlich („kann“ „können“). Er ist daher gegen die von der inländischen Gerichtsbarkeit ermittelten Exterritorialen, für welche nach OB. § 20 nur die Vorschriften über „den ausschließlich dinglichen Gerichtsstand“ verbindlich sind, nicht zulässig; ebensowenig gegen auswärtige Staaten, vgl. Vorb. 7 vor § 12.

## § 27.

In dem dinglichen Gerichtsstande können persönliche Klagen, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet werden,<sup>1)</sup> sowie Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks<sup>2)</sup> oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung eines Grundstücks<sup>3)</sup> erhoben werden.

R. 27. N. 57. P. 10. 506.

1) Die Ausdehnung des dinglichen Gerichtsstandes auf die *actiones in rem scriptae* war gemeinrechtlich streitig (Weßell § 41 R. 45) jedoch schon in die Preuß. AOD. §§ 112, 113, I 2 recipirt. Ob eine persönliche Klage gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet sei, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen. Dazu gehört insbesondere die Klage auf Einräumung einer Nothservitut, § 3 I 22 AN., auf Unterhaltung der Grenzschiedungen, § 153 I 8 AN. (A. Förster Anm. a), ferner aus § 51 Abs. 1 des preuß. Eig.-Erw.-Ges. v. 5. Mai 1872, R. 1. 403; ebenso die Retraktklage, vgl. Stobbe II § 89 Nr. 9—11, ferner die Klage auf eine einzelne Reallast-Leistung, jedenfalls dann, wenn sie partikularrechtlich als *actio in rem scripta*, nicht als rein persönliche, vgl. R. 16, 142, zu erachten ist (vgl. jedoch unten); auf Erstattung verauslagter Grundsteuern, R. 1. Okt. 1890, SA. 46, 96, nicht aber auf Zahlung solcher Abgaben, die lediglich aus dem Abschluß des Erwerbsgeschäfts, nicht aus dem Besitze des Grundstücks hergeleitet werden können, R. 26. März 1889, ZB. 168. Ueber die gemeinrechtlichen *actiones in rem scriptae* vgl. Seuffert Anm. 2, Caupp Anm. II. Die Verpflichtungen des „Betriebsunternehmers“ einer Eisenbahn und dessen, welcher Bergwerke, Steinbrüche, Gräbereten oder Fabriken „betreibt“ aus dem Reichshaftpflichtgesetze 7. Juni 1871, R. 207, begründen den Gerichtsstand des § 27, da die Betreibenden jedenfalls „Besitzer“ der Immobilien sind, andernfalls ihr Betrieb unmöglich wäre und da sie auch als betreibende Besitzer haften. Die an sich bedenkliche Entscheidung des R. 16, 4—8, welche sich auf die beschränkenden Voraussetzungen der Pr. AOD. I 2 § 112 — Handlungen als Guts eigenthümer — gründet, ist für den § 27 nicht mehr zutreffend. Der ganze Betrieb der Fabrik oder Eisen-

Sahn kann nur von dem Besitzer als solchem und in Bezug auf den Besitz erfolgen. Mit Unrecht will Wach I 444 Anm. 31 diesen Fall ausschließen, weil er die Erfordernisse der *actio in rem scripta* nicht enthalte; indessen die Fassung des § 27 geht über die Erfordernisse hinaus, wie schon R. 9. Febr. 1884, ZB. 86 anerkennt, indem sie sogar solche Klagen trifft, durch welche die aus dem Eigenthum oder dem Besitze an Grundstücken Seitens der Eigenthümer hergeleiteten Präntionen bekämpft werden. Wach verkennt die Bedeutung des § 27, wenn er darin lediglich ein Privilegium der in *rem scriptae actiones* aus inneren Gründen verkörpert sieht, während in der That der angeordnete Gerichtsstand nur äußeren Zweckmäßigkeitsgründen seine Entstehung verdankt. Voraussetzung ist und bleibt allerdings in allen Fällen, daß der Beklagte bei Erhebung der Klage noch Eigenthümer bzw. Besitzer ist. Unter dieser Voraussetzung fällt auch die rein persönliche Klage auf eine einzelne Reallaftleistung (vgl. oben) unter § 27, da der Entstehungsgrund der betr. Obligation in dem Eigenthum des Beklagten an dem Grundstücke zu finden ist, wesshoh die Existenz der einmal entstandenen Obligation von der Fortdauer dieses Entstehungsgrundes weiterhin unabhängig bleibt. Der Eigenthümer einer unbeweglichen Sache wird als solcher belangt, wenn Ansprüche gegen ihn geltend gemacht werden, die in dem Eigenthums-Verhältnisse ihren Entstehungsgrund haben, und es ist keine Veranlassung, das Gesetz im Gegenthe zu der Absicht, den Rechtsstreit demjenigen Richter zu unterbreiten, welcher am besten in der Lage ist, denselben zu entscheiden, enger zu begrenzen, als die Fassung nothwendig macht. — Anfechtungsklagen aus R. u. AnfGes. fallen nicht unter § 27, weil die mit derselben geforderte Restitution nicht aus dem Eigenthum oder dem Besitze des Grundstücks als solchen, sondern schon aus dem Erwerbe, der angefochtenen Rechtshandlung, hergeleitet wird, vgl. oben; der von Gaupp Anm. II für die gleiche Ansicht angegebene Grund ist freilich nicht zutreffend, ebensowenig der von Wach a. a. O. Wenn, wie Letzterer bemerkt, das Kennzeichen der *actiones in rem scriptae* ist, daß die Passivlegitimation mit dem Besitze wechselt, so würde gerade die Anfechtungsklage aus § 33 Abs. 2 R. u. § 11 Abs. 2 AnfGes. zu dieser Kategorie gehören. Aber die in § 27 bezeichneten Klagen decken sich nicht vollständig mit dem hergebrachten Begriff der *actiones in rem scriptae*.

2) Auf den Gerichtsstand für Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks sind die Beziehungen des Beklagten zu dem Grundstücke einflußlos, Not. 59. Doch muß der Klagegrund in der Beschädigung, nicht in einem anderen Rechtsverhältnisse, z. B. der gesetzlichen Verpflichtung der Kirchengemeinde, zur Reparatur beschädigter Kirchengebäude beizutragen, liegen; R. 21. Okt. 1886, ZB. 345, RaffR. 31, 1152. Vgl. auch R. 26. Juni 1889, ZB. 304.

3) Bezüglich der Entschädigung wegen Enteignung vgl. Reichsges. 21. Dez. 1871 (bei Festungen) § 42, R. 669 und Preuß. Ges. v. 11. Juni 1874 § 30 Abs. 3 GS. 230. Durch § 15 Nr. 2 GS. sind die landesgesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeit bei Streitigkeiten über Zwangsenteignung aufrecht erhalten, also auch, soweit darin eine ausschließliche Zuständigkeit bestimmt ist. Das Rayongesetz § 42 und das Preuß. Enteignungsgesetz § 30, welche das Gericht, in dessen Bezirk das betreffende Grundstück belegen ist, für „zuständig“ erklären, ohne die Zuständigkeit eines anderen Gerichts zu erwähnen, bestimmen dadurch nach der jetzt herrschenden Ansicht eine ausschließliche Zuständigkeit. Vgl. hinsichtlich des Enteignungsges. R. 3, 303. Dagegen ist der Gerichtsstand des § 27, wie § 26, ein zulässiger, nicht ausschließlicher. Vgl. Anm. 2 zu § 26.

## § 28.

Klagen, welche Erbrechte, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen auf den Todesfall oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, können vor dem Gerichte erhoben werden, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand gehabt hat.<sup>1)</sup>

In dem Gerichtsstande der Erbschaft können auch Klagen der Nachlass-

gläubiger aus Ansprüchen an den Erblasser oder die Erben als solche<sup>2)</sup> erhoben werden, wenn sich der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet,<sup>3)</sup> oder wenn mehrere Erben vorhanden sind und der Nachlaß noch nicht getheilt ist.<sup>4)</sup>

**E. 28. N. 60. P. 10. 508.**

1) Das im § 28 rezipirte *forum hereditatis* oder *domicilii mortui* war gemeinrechtlich nicht anerkannt (Weyell § 41 Note 43). Für die Klagen von Erben, Erbprätendenten und Vermächtnisnehmern unter einander ist im Abs. 1 das Nachlaßforum ohne die — im Abs. 2 für Klagen von Nachlaßgläubigern bestimmte — Beschränkung darauf, ob sich der Nachlaß dort noch vorfindet oder schon getheilt ist, für zulässig erklärt (nicht obligatorisch: „können“; ein Gegenantrag ist abgelehnt. P. 10). Die Zuständigkeit betrifft auch die zum Nachlasse gehörigen Immobilien und desfallige Klagen, da kein Theil des Nachlasses von der Bestimmung des Abs. 1 ausgenommen ist. Die Ausschließlichkeit des *forum rei sitae* ist deshalb in dieser Beziehung beschränkt, und zwar nach Rot. 59, 60 absichtlich, weil das Civilrecht des Nachlaßgerichtsstandes für alle Erben und Legatäre entscheidend sei. Dieser Grund ist freilich nicht durchweg richtig, vgl. Pr. AR. II 1 § 496. Die Gerichtsstandsbestimmung des § 28 hat selbstverständlich keinen Einfluß darauf, welches materielle Recht für die Entscheidung der Sache selbst anwendbar ist. Vgl. deutsch-russische Convention v. 31. Okt., 12. Nov. 1874 Art. 10 u. RG. 26, 117; 30. Nov. 1893, JW. 1894 S. 25.

Der Gerichtsstand des § 28 findet auf die nicht zum Nachlasse gehörigen Güter: Lehne, Familien-Fideikomnisse, Stambauergüter, für welche eine Singularsuccession und nicht das allgemeine Erbrecht stattfindet, keine Anwendung, Rot. 60. Vgl. RG. 21, 412.

Für die Tragweite des § 28 Abs. 1 ist zu betonen, daß das Erbrecht, Erbschaftstheilung oder Ansprüche aus Vermächtnissen u. s. w. Streitgegenstand unter den Parteien und nicht bloß Legitimations- oder Klaggrund sein müssen (anscheinend AR. Endemann I S. 273). Demgemäß ist auch die ausschließliche Zuständigkeit des *forum rei sitae*, § 25, nur soweit beschränkt, als das Erbrecht, Vermächtnisrecht oder Erbschaftstheilung Streitgegenstand sind. Hiernach entscheidet sich, inwieweit die *hereditatis petitio* hierher gehört. Der verschieden aufgefaßte Begriff der *hered. pet.* bleibt am besten außer Betracht. (Dobler 5. Nat 1892, SA. 48, 88.) Die vindikationsklage eines Erben gegen einen Besitzer, welcher nach der Begründung und Richtung der Klage kein Erbrecht behauptet, gehört nicht vor das Erbschaftsforum, vgl. Petersen Anm. II 1 zu § 25 u. Anm. 2 zu § 28. Die verschiedenen Ansichten von Siebenhaar S. 67, welcher keine *hered. pet.* hierher rechnet, und von Buchelt I, 174, Kleiner I, 194, Hellmann I, 129, welche jede *hered. pet.* vom § 28 betroffen erachten, beruhen größtentheils auf der der *hered. pet.* verschieden beigelegten Natur.

Nicht nur die eigentliche Pflichttheilsklage (selbst bei Auffassung des Pflichttheilsrechts als eines Forderungsrechts und Geltendmachung desselben Seitens des Vaters des Pflichttheilsberechtigten aus eigenem (Nießbrauchs-) Rechte, RG. 15, 365), sondern auch die Klage dessen, welcher auf Grund des Erbrechts Minderung oder Wegfall von Schenkungen verlangt (vgl. Preuß. AR. I 11 §§ 1113 ff.), hat ein Erbrecht zum Gegenstand und kann im Gerichtsstande der Erbschaft geltend gemacht werden; Busch 3, 487; 13, 359; RG. 15, 363. Auch der Anspruch eines Erben oder Vermächtnisnehmers auf eine dem letzten Willen des Erblassers entsprechende Art der Nachlaßverwaltung fällt unter Abs. 1; RG. 26, 380; vollends der Streit über die Echtheit eines Testaments und die Durchführung testamentarischer Substitution, RG. 23. Juni 1891, JW. 411. — Ob der Beklagte selbst Erbe oder in einer letztwilligen Verfügung bedacht ist, entscheidet nicht, sofern es sich nicht um Theilung der Erbschaft handelt, sondern nur, ob Erbrechte oder Ansprüche aus letztwilligen Verfügungen Grund und zugleich Gegenstand der Klage sind. Daher sind auch die Erben des mit einem Vermächtnisse Beschwerten

dem Nachlassforum unterworfen, **R. 3**, 380. Keinen Unterschied macht es, ob der Anspruch von den Erben, Vermächtnisnehmern und sonstigen Honorirten oder ihren Rechtsnachfolgern, z. B. Erbschaftskäufern geltend gemacht wird (**A. Förster Anm. 2a**).

2) **Abf. 2**. Ansprüche von Nachlassgläubigern gegen die Erben als solche sind nur diejenigen, welche durch Vorkommnisse hinsichtlich des Nachlasses oder eines aus demselben noch nicht abgetheilten Nachlasstheils nach dem Tode des Erblassers (z. B. durch Verträge oder Handlungen der Erben, in rem versio oder kraft gesetzlicher Vorschrift) begründet werden. Ansprüche gegen einen Erbberechtigten, welcher der Erbschaft entsagt hat, oder auf Grund von Handlungen, die er nicht in seiner Eigenschaft als Erbe vorgenommen hat, gehören nicht hierher, **R. 30**. Jan. 1893, **JW**. 155.

3) Zur Erfüllung dieses Erfordernisses für den Gerichtsstand des **Abf. 2** muß der Nachlass als solcher oder als Nachlasstheil im Gewahrsam eines Erben oder eines Andern, welcher für Erben determinirt, sich im Gerichtsbezirke befinden; es genügt nicht, daß die Sache früher zum Nachlass gehört hat. Dem Falle, daß der Nachlass sich noch (theilweise) im Bezirke des Gerichts befindet, kann nicht mit **Endemann I S. 274**, **Seuffert Anm. 5** und **Gaupp** die im Gesetze nicht enthaltene Beschränkung gegeben werden, daß nur ein Erbe vorhanden sei. Für diesen Fall, dessen Voraussetzungen vom folgenden durch „oder“ getrennt sind, ist es unerheblich ob ein Erbe oder mehrere vorhanden sind. **Vgl.** die ausführliche Begründung, auch mit Rücksicht auf die von **Gaupp** nicht vollständig beachtete Entstehungsgeschichte, in **Aufsl. 3**, ferner **Fitting § 15 Nr. 8** und in **civ. 61**, 406 ff., **Peterfen Anm. II**, **Strudmann-Roch Anm. 5**. Der Streit ist übrigens praktisch bedeutungslos; denn wenn mehrere Erben vorhanden sind und sich auch nur noch ein Theil des Nachlasses im Gerichtsbezirke befindet, so kann der ganze Nachlass noch nicht getheilt sein, weil nach der Theilung kein Nachlass als solcher mehr existirt. Wenn aber der Nachlass noch nicht ganz getheilt ist, so ist nach der zweiten Alternative der Gerichtsstand des **Abf. 2** auch gegen mehrere Erben begründet; **vgl. Anm. 4**. Folglich ist in jedem Falle, man mag sich für die eine oder die andere Auslegung entscheiden, der Gerichtsstand immer sowohl gegen den Einen als gegen mehrere Erben beim Zutreffen der ersten Alternative des **Abf. 2** thatsächlich begründet. Der Streit löst sich also dahin auf, daß die erste Alternative zwar theoretisch ohne Unterschied der Erbengahl gilt, aber praktisch allein Bedeutung hat für den Fall, daß nur ein Erbe vorhanden ist, weil beim Vorhandensein mehrerer Erben der Gerichtsstand außerdem durch die zweite Alternative gegeben ist. — Die Frage: wann gegen einzelne oder nur gegen alle Erben geklagt werden kann, ist als materiel-rechtlich nach dem bürgerlichen Rechte zu beantworten.

4) Die Theilung einzelner Nachlasssachen steht nicht entgegen, sondern nur eine den ganzen Nachlass umfassende Theilung, **vgl. Anm. 3**, welche der Gläubiger als ihm gegenüber verbindlich anerkennen muß. **Vgl. Gruchot 2**, 438; **Peterfen Anm. II 2** mit Rücksicht auf **code civ. Art. 882**.

Durch **Abf. 2** ist die Bestimmung des **preuß. AR. I 17 § 132** über die Fortdauer des Gerichtsstandes nach der Theilung aufgehoben, **EG. § 14 Abf. 1**.

### § 29.<sup>1a)</sup>

Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrags,<sup>1)</sup> auf Erfüllung oder Aufhebung<sup>2)</sup> eines solchen, sowie auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung<sup>2a)</sup> ist das Gericht des Orts zuständig, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.<sup>3)</sup>

**R. 29. H. 61. P. 10. II. 508.**

1a) Der § 29 behandelt den praktisch wichtigen Gerichtsstand des Vertrages oder vielmehr den Gerichtsstand der Obligation in seiner Anwendung auf Verträge im Anschlusse an die neuere Theorie des gem. Civilprozesses als Gerichtsstand des Erfüllungsortes (**vgl. Savigny, System 8, §§ 370, 371; Weßell § 41 Nr. I; Peter, Raffr. 24, 367 ff.; Westerburg ebenda 25, 42 ff.; Stein ebenda 28, 406 ff.; Pfijer ebenda 30, 499 ff.; Paul**

Mayer, Buch 14, 241 ff.). Die gemeinrechtlich bestrittenen Erfordernisse der Anwesenheit des Beklagten im Gerichtsprängel (vgl. § 150 I 2 A.O.) oder seines Vermögensbestandes daselbst sind nicht aufgenommen.

Der Gerichtsstand erstreckt sich auf Verträge aller Art, aus denen eine Verpflichtung (Obligation) hergeleitet wird, ohne Unterschied des Grundes, mag derselbe ein privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher (die Zulässigkeit des Rechtsweges vorausgesetzt), ein vermögens- oder familienrechtlicher sein (vgl. R.G. 7, 338, D.Z. Hamburg, S. 40, 224 u. R.G. 23, 176 für Verlobungsverträge). Tradition, Auflassung sind nicht Verträge im Sinne des § 29 (Westerburg a. a. O. 63), ebensowenig gehören hierher die Obligationen aus solchen Rechtsinstituten, welche, wie Ehe und Adoptionsverhältnis, zwar ursprünglich durch Vertrag begründet werden, aber an sich selbst, nicht wegen Fortwirkung des Vertragsgrundes Quelle von Rechten und Pflichten sind (A. Förster Ann. 1c). Auch auf die sog. quakkontraktlichen Verhältnisse (condictio sine causa, causa data non secuta) ist § 29 nicht anwendbar, R.G. 2, 408; 388 (nützliche Verwendung, auftraglose Geschäftsführung); R.G. 24. Okt. 1889 (Rückgabe eines Darlehensschuldscheins wegen Fügung der Schuld nach dem gem. R.), J.W. 452; Raffr. 34, 1153; 23. Okt. 1891, J.W. 553; D.Z. München, S. 44, 349. Die Verpflichtung des Kommittenten zur Rückzahlung eines von dem Kommissionsär auf das Kommissionsgut empfangenen Vorstusses erklärt das R.G. 8, 370 mit Recht als eine vertragliche.

Für Wechsellagen ist der Gerichtsstand in § 566 besonders geregelt (vgl. auch O.B. § 101 Nr. 2 u. Ann. dazu). Dadurch ist jedoch die Anwendbarkeit des § 29 für die Wechselregreßklage, für welche der Zahlungsort des Wechsels nicht ohne Weiteres Erfüllungsort ist (A.O. 23, 5), nicht ausgeschlossen, und andererseits auch nicht für Klagen aus Wechsein im ordentlichen Prozesse, soweit dieselben auf den Literalkontrakt oder ein anderweitiges dem Wechsel zu Grunde liegendes Vertragsverhältnis gegründet sind. Vgl. R.G. 21, 400. Die Bereicherungsklage aus Art. 83 W.D. fällt dagegen nicht unter § 29.

1) Ueber die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages vgl. § 231. Gemeint ist nicht die Klage auf Feststellung der Thatfache, daß ein Vertrag geschlossen ist oder nicht, sondern auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses daraus (D.Z. Stuttgart, Buch 7, 95); vgl. Ann. 3. Eine Klage, welche auf eine bestimmte Leistung gerichtet ist und das Nichtbestehen oder die Anfechtbarkeit voraussetzt, aber nicht zum Klagegegenstande hat, ist dadurch weder eine Feststellungsklage über das Nichtbestehen, noch eine Entschädigungsklage für Nichterfüllung; R.G. 11. Juli 1891, J.W. 411.

2) Die Zuständigkeit für Vertragsaufhebungsklagen ist durch den Art. 1184 code civil und den gleichen Grundsatz des badiſchen Landrechts veranlaßt, weil nach der Praxis auf Entschädigung nicht ohne gleichzeitige Klage auf Aufhebung des Vertrages geklagt werden kann, Mot. 61. Das forum ist indeß auch für jede Aufhebung eines Vertrages, insbesondere für die actio redhibitoria erheblich, R.G. 15. März 1893, J.W. 233, und mit der Vertrags-Aufhebungsklage kann in diesem Gerichtsstande auch die Rückforderung der vom Kläger gewährten Vertragsleistung verbunden werden, R.G. 15. Febr. 1881, J.W. 49. Die Anfechtungsklagen aus §§ 22 ff. A.O. u. Ges. v. 21. Juli 1879, auch soweit sie sich auf Verträge beziehen, fallen nicht unter § 29, da sie auch den Gläubigern bezw. dem Verwalter gegenüber nicht die Aufhebung des Vertrages, sondern nur eine obbligatorische Leistung verfolgen; R.G. 30, 402; — 13, 5; 20, 30; 25, 63; 20. Nov. 1893, J.W. 1894 S. 7; Raffr. 38, 488. Auch für Klagen auf Konkursaussonderung (§§ 35 ff. A.O.) ist § 29 nicht anwendbar, auch wenn der Gemeinschuldner zur Herausgabe vertragsmäßig verpflichtet war; R.G. 31, 392.

2a) Zur Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung ist auch das negative Vertragsinteresse zu rechnen, Gaupp Ann. IV 4, der Anspruch auf Rückerstattung wegen Eintritts der Resolutiv-Bedingung jedoch nicht allgemein, sondern nur dann, wenn als Resolutiv-Bedingung Nichterfüllung oder nicht gehörige Erfüllung



ausgemacht ist; andernfalls kann die Rückertattung nur zugleich mit der Aufhebungsklage gefordert werden, vgl. Anm. 2. Zur Anwendbarkeit des § 29 aus diesem Grunde muß der Antrag auf Entschädigung wegen entsprechender Nichterfüllung gerichtet sein; vgl. **R. O.** 32, 430; 2. Juli 1894, **JW.** 421; 27. Sept. 1894, **JW.** 572; 20. Nov. 1894, **JW.** 1895 S. 5; dagegen gehört die Minderungsklage (actio quanti minoris) unbedingt hierher.

3) Der **BE.** wollte (wie **R.** 61) den Ort als maßgebend erklären, „wo der Vertrag von dem Beklagten zu erfüllen ist.“ In der **RR.** wurden die Worte: „von dem Beklagten“ gestrichen, welche freilich nicht immer passen, weil der Beklagte etwa nicht mehr zu erfüllen, sondern nur die Erfüllung zu erwarten hat, und wurde dann der Schluß des Satzes dahin redigirt: „wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.“ **P.** 10, 11. Gemeint ist offenbar: wo die streitige Verpflichtung, wenn sie zu erfüllen ist, vertragsmäßig erfüllt werden mußte. Der Erfüllungsort ist nicht immer für alle Verpflichtungen eines Vertrages ein einheitlicher. Vgl. **GOB.** Art. 324, 325, 342, **Preuß. ANR.** I 5, §§ 247 ff.; **Wegell** § 41 **R.** 27a; **Stein** a. a. D. 416 ff.; **Westerburg** a. a. D. 52; **R. O.** 10. Okt. 1883, 3. Dez. 1884, **JW.** 1884 S. 8, 1885 S. 25 **Siff.** 1; **R. O.** 9, 351; 29. Apr. 1891, **KaffR.** 35, 916. — Als „streitige Verpflichtung“ im Sinne des § 29 ist stets diejenige anzusehen, deren Bestehen oder Aufhebung nach dem Klageantrage als vom Kläger gewollt, Gegenstand des Streits ist; der Klageantrag ist hierfür entscheidend. **R. O.** 3, 381 ff.; 5, 392; 9, 351; 27, 398; 20. Dez. 1884, **KaffR.** 29, 1048; 5. Juli 1886, 1886, **JW.** 265. Vgl. **Bierhaus**, **Busch** 5, 67. Handelt es sich um das Bestehen oder Nichtbestehen bez. Aufhebung eines Vertrages, dessen Erfüllungsorte für die beiden Parteien verschiedene sind, so ist, wenn der Kläger das Bestehen des Vertrages behauptet und verlangt, damit die Erfüllungspflicht des Beklagten als streitig gegeben. Verlangt der Kläger das Nichtbestehen bez. die Aufhebung, so wird dadurch die Erfüllungspflicht des Klägers streitig. Vgl. **P.** 10, 11; **R. O.** 3, 118; 9, 350; 10, 350; **DZS.** Karlsruhe, **SA.** 40, 89; **DZS.** Oldenburg, **Busch** 18, 138. Wenn jedoch schon erfüllt ist und der Kläger nur Rückgewähr seitens des Beklagten fordert, ist hierfür die Erfüllungspflicht des Beklagten hinsichtlich dieser Rückgewähr streitig, **R. O.** 2. Sen. 27, 398 v. 16. Dez. 1890; 31, 383 (6. Sen. 10. März 1893), 29. März 1893, **JW.** 265; **Wach** I S. 453, ebenso überhaupt wenn der Kläger auf Grund der von ihm behaupteten Aufhebung der Vertrags-Erfüllungspflicht eine andere aus dieser Aufhebung folgende Leistung beansprucht, **R. O.** 32, 430; **DZS.** Hamburg, **SA.** 49, 208 (abw. früher **R. O.** 2. Sen. 3, 412 und noch 19. Dez. 1890 3. Sen., **JW.** 1891 S. 87, was im **R. O.** 31, 383 durch Abweichung der — nicht bekannt gegebenen — Anträge begründet wird). Werden gleichzeitig verschiedene Anträge verfolgt, so ist für jeden die Zuständigkeit besonders zu prüfen, **R. O.** 10, 352; sind Anträge, für welche die Erfüllungspflicht verschieden zu beurtheilen ist, untrennbar mit einander zusammenhängend, so entscheidet der nach dem Zwecke der Anträge wesentlichste, anal. **R. O.** 3, 393; 29, 395. Vgl. **Weismann-Busch** 17, 21 ff. (stets Erfüllungsort des Beklagten).

Die Bestimmung des Erfüllungsortes selbst gehört dem materiellen Recht an. Für die actio redhib. ist als Erfüllungsort für die Verpflichtung des verkauften Verkäufers (gemäß **R. O.** 20, 358; 18. Sept. 1889; **KaffR.** 34, 1143; 15. März 1893, **KaffR.** 37, 1208) nach dem **preuß. ANR.** der Ort anzusehen, wo sich die Waare befindet und der Verkäufer sie zurücknehmen muß; nach **französl.-rhein. Rechte**, **code civ.** art. 1217 gemäß **R. O.** 27, 399 der Wohnsitz des Schuldners (Verk.). Für das Handelsrecht ist Art. 324 **GOB.** maßgebend; die Bestimmung des Art. 325 **Abf.** 2 ist als materiell-rechtliche durch § 29 nicht geändert; auch kommen Landesgesetzliche Bestimmungen für Handelsgeschäfte nicht gegen oder neben Art. 324 zur Anwendung, **R. O.** 1, 444 ff.; 2, 221; 3, 117; 10, 91, 352; 30, 412; 32, 405; 29. März 1890 (Distanzkauf), **KaffR.** 34, 1148; 29. März 1893, **KaffR.** 37, 1187; betr. **Fabrik** vgl. **R. O.** 30, 379, Anm. 2 zu § 22. — Ueber den aufgegebenen Wohnsitz des Schuldners als Erfüllungsort: **Pfizer**, **KaffR.** 30, 499 ff. Ueber den Erfüllungsort für Ansprüche aus dem Selbsthilfsverkauf gem. § 343 **GOB.**: **DZS.** Darmstadt, **SA.** 41, 219; für den Kommittenten gegenüber dem Kommissionär: **R. O.** 10, 89; 23, 412; 6. April 1889, **JW.** 284; 16. Jan. 1892, **JW.** 125; beim Verkauf schwimmender

Waare **N. 7** Mai 1884, **ZB.** 170 Ziff. 7; auf Abnahme gekaufter Waaren **N. 13.** Dez. 1893, **Raff.R.** 38, 1190; bei Verträgen über Immobilien **N. 9,** 350; 5. Nov. 1890 (Siberationsanspruch aus einem Kaufvertrag über ein Grundstück), **ZB.** 409; für Klagen gegen den Kommanditisten **N. 16.** Okt. 1893, **ZB.** 535; **D. 20.** Hamburg, **SA.** 49, 165; aus Schlußheinen der Berliner Produktenbörse **N. 7.** März 1892, **Raff.R.** 36, 1208, für die Rückgriffklage des Bürgen nach franz. R. **N. 30,** 299; für Zahlungen an den Bankier der Partei **N. 16.** Jan. 1892, **ZB.** 125, 126; für den Anspruch des Privatmäklers auf Provision **N. 11.** Mai 1894, **Raff.R.** 38, 1136. Für die Verpflichtung, nach **AR. I.** 16 § 85, Quittung über eine Zahlung zu leisten, besteht kein Vertragsforum, sondern nur der allgemeine Gerichtsstand des Beklagten, **N. 28,** 434. — Der Erfüllungsort für die Hauptverbindlichkeit ist nicht ohne Weiteres für den der Bürgschaft maßgebend, **N. 9,** 187; 5. Okt. 1883, **ZB.** 268; 28. Nov. 1892, **ZB.** 1893 S. 99; vgl. über den Erfüllungsort für Bürgschaften **N. 15.** Febr. 1894, **ZB.** 201; **D. 20.** Dresden, **SA.** 45, 151, dagegen allerdings für den der Konventionalstrafe Seltens desselben Schuldners, **N. 15,** 435; sofern sie nicht als Keugelb bzw. Abfindung für gestatteten Rücktritt zu erachten ist; **N. 32,** 430. Nach **N. 8.** Mai 1884, **ZB.** 170, gilt für die gütergemeinschaftliche Ehefrau der gleiche Gerichtsstand des § 29 wie für den Ehemann. Der Ort, wo eine Handelsgesellschaft vertragsmäßig zu erfüllen hat, ist auch Erfüllungsort für die Klagen gegen einen Gesellschafter aus desfalligen Geschäften, **N. 32,** 44; **D. 20.** Dresden, **SA.** 49, 183. Vgl. auch Westenburg a. a. D. S. 45 ff.

Insofern für den dem Kläger obliegenden Beweis des Kompetenzgrundes eine Erörterung der Hauptsache erforderlich ist, kann dieselbe nicht umgangen werden, **N. 3,** 382; 29, 371. Vgl. Näheres Vorb. 8 vor § 12. Wenn der Klageantrag dahin gerichtet ist, daß Beklagter an einem bestimmten Orte erfüllen solle, so bedarf es für den Gerichtsstand freilich keiner besonderen Beweisführung hinsichtlich des Erfüllungsortes, da in diesem Falle der behauptete Erfüllungsort ein wesentliches Thatbestandsmoment des geltend gemachten, durch die Ortsbestimmung selbst qualifizierten Klageanspruchs ist. **M.** Peterfen, **Raff.R.** 37, 18 ff. Wer so klagt, kann zwar des Gerichtsstandes aus § 29 gewiß sein, setzt sich aber einer materiellen Klageabweisung wegen unrichtigen Erfüllungsortes aus.

### § 30.

Für Klagen aus den auf Messen und Märkten, mit Ausnahme der Jahr- und der Wochenmärkte, geschlossenen Handelsgeschäften (Mess- und Marktsachen)<sup>1)</sup> ist das Gericht des Mess- oder Marktes zuständig, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter<sup>1a)</sup> desselben am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält.<sup>2)</sup>

**R. 30. N. 62. P. 10. 11. 508. P. zu G.V. 175.**

1) Die im § 30 enthaltene Anwendung des *forum contractus* ist im Sinne der älteren gemeinrechtlichen Theorie, welche den Entstehungsort entscheiden ließ (vgl. Savigny 8, 208) auf Veranlassung des Königreichs Sachsen (für Leipzig) bestimmt, um die richtige Würdigung der Usancen des Marktes und die nöthige Beschleunigung zu fördern, **Rot. 62,** P. 11. Die Erläuterung „Mess- und Marktsachen“ ist hinzugefügt, um nur größere Märkte und Messen zu treffen, **Rot. 62.** Nicht in Betracht kommt, ob die Partei den Vertrag in Person geschlossen hat oder nicht, ob die Messe bereits ein- oder ausgeläutet gewesen, wenn dieselbe nur nach dem Sprachgebrauche des Verkehrs bei Abschluß des Geschäfts noch bestanden hat; während auf der anderen Seite das Wort „auf“ solche Geschäfte ausschließen soll, welche zwar während der Messe, aber nicht im Messerverkehr geschlossen sind. (**Horrb. Prot.** 2289, 2290). Für die Zuständigkeit ist entscheidend, ob das Geschäft, wenn es zu Stande kam, auf einer Messe oder einem Markte geschlossen ist; daß es nicht, bzw. mit nichtberechtigten Vertretern oder unter anderen Personen zu Stande kam, begründet die Abweisung in der Sache selbst, nicht wegen Unzuständigkeit, Peterfen.

Raffr. 37, 20; vgl. Vorb. 8 vor § 12. Ueber den Begriff der Handelsgeschäfte sind art. 271 ff. §OB. maßgebend. — Selbstredend wird der Gerichtsstand dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Meß- oder Markort mit dem Erfüllungsort nicht zusammenfällt (vgl. Raffr. 24, 405, 406, Buch 7, 62 gegen A. S. Schulze in krit. Viert. 18, 219 ff., welcher in dem Gerichtsstande des § 30 eine Anwendung des forum solutionis sieht). — Meß- und Marktachen gehören zu den Feriensachen, §B. § 202. Ueber die Ladungsfristen und Einlassungsfristen in denselben vgl. §§ 194, 234, 459, 481.

1a) Darüber ob ein Vertreter zur Prozeßführung berechtigt ist, entscheidet das am Prozeßgericht geltende Recht, da es sich um eine Frage des Prozeßrechts handelt. Nach deutschem Handelsrecht ist der Prokurist zur Prozeßführung ermächtigt, andere Handlungsbevollmächtigte (Handlungsgehilfen, Reisende) nur bei besonders ertheilter Ermächtigung, §OB. Art. 42, 47, Abs. 2, 49, 58. Vgl. im Uebrigen §§ 74 ff.

2) Kontinuität des Aufenthalts wird nicht erfordert, auch nicht, daß der Aufenthalt gerade in die Meßzeit falle; andererseits ist auch während der Meßzeit das forum nicht begründet, wenn nicht das vorgeschriebene Erforderniß des Aufenthalts dann vorliegt (vgl. v. Schrulla, Buch 7, 62). Die Thatfache des Aufenthalts bei der Erhebung der Klage wird durch Zustellung der Klage an den Beklagten oder dessen zur Prozeßführung berechtigten Vertreter am Meßorte bez. im Bezirk des Gerichts festgestellt. Bei einer Ersazzustellung ist die Thatfache anderweitig zu beweisen, falls sie nicht aus der Zustellungsurkunde erhellt. Nach dem Wortlaute des Gesetzes ist es auch nicht ausgeschlossen, daß die Zustellung der Klage an einem andern Orte (z. B. dem anderweitigen Wohnort des Beklagten) erfolgt, wenn nur der Nachweis geführt wird, daß der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter sich zur Zeit der Zustellung am Meßorte oder im Bezirk des Gerichts aufgehalten hat (aM. Waupp für ein früher abgeschlossenes Rechtsgeschäft, Anm. II). Identität des anwesenden Beklagten oder Vertreters mit demjenigen, welcher das Geschäft geschlossen, wird ebenfalls nicht erfordert. Ob das Amtsgericht oder das Landgericht bez. dessen Kammer für Handelssachen zur Verhandlung und Entscheidung sachlich zuständig ist, entscheidet sich, wie für jeden Gerichtsstand, nach den Vorschriften des §B. über sachliche Zuständigkeit. Vgl. §B. §§ 23, 101. Die Voraussetzung der Anwesenheit bezieht sich daher auf den Bezirk desjenigen Gerichts, welches sachlich zuständig ist bez. als solches angerufen wird.

## § 31.

Für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden,<sup>1)</sup> ist das Gericht des Orts zuständig, wo die Verwaltung geführt ist.<sup>2)</sup>

E. 31. N. 63. P. 10. II. 20. 508.

1) Der Gerichtsstand der Verwaltung (das gemeinrechtliche forum gestae administrationis für das Verhältniß zwischen Geschäftsherrn und Verwalter, vgl. Anm. 1 § 22) ist auf die Klagen des Geschäftsherrn gegen den Verwalter und des Verwalters gegen den Geschäftsherrn beschränkt. Gegen die Annahme, daß der Gerichtsstand einen Anwendungsfall des forum contractus (solutionis) bilde, vgl. Stein, Raffr. 28, 422 ff. In der That ist nicht der Erfüllungsort der Kompetenzgrund und jedenfalls enthält § 31 keine materielle Bestimmung darüber. Ob die Vermögensverwaltung auf einem Vertrage, auf einem gesetzlichen Grunde (z. B. Vormundschaft), auf dem Auftrage von Behörden (gerichtl. Sequestration, Administration, Konkursmassenverwaltung) beruht, macht keinen Unterschied, P. 11. Ebenso kann es keinen Unterschied machen, ob es sich um die Verwaltung eines Vermögens oder Inbegriffs oder irgend eines Theils handelt. Zum Begriff der Vermögensverwaltung im Sinne des § 31 gehört ferner nicht — wie nach § 109 I 14 AR. — die Verwahrung fremder Sachen; sondern es genügt die „durch einen längeren oder kürzeren Zeitraum fortgesetzte Ausführung gleichartiger Ge-

schäfte“ für einen Anderen (den Geschäftsherrn) z. B. die Führung einer f. g. General-agentur für eine Versicherungs-gesellschaft, *R. O.* 20, 364; vgl. *R. O.* 28. Juni 1889, *SA.* 45, 92 u. *Raff. R.* 33, 1136. Auch die negotiorum gestio kann eine „Vermögensverwaltung“ veranlassen.

Ohne die Beschränkung des § 31 ist nach *CO.* § 13 Abs. 1 der reichs-gesetzliche Gerichtsstand des Heimathhafens eines Schiffes für alle Klagen, welche gegen Rheder oder Mitrheder — auch von Dritten — angestellt werden, gemäß *POB.* Art. 455, 475, 764 aufrecht erhalten, *P.* 11, 20.

2) Als Ort, wo die Verwaltung geführt ist, gilt nicht der Ort, wo sich zufällig ein Vermögensobjekt befindet, sondern wo der Sitz einer selbständigen Verwaltung ist oder gewesen ist, *P.* 11; *R. O.* 29. März 1894, *JB.* 278. Der Sitz der die Verwaltung leitenden oder beaufsichtigenden Behörde hat nicht als Ort der Verwaltungsführung vorgeschrieben werden sollen, und ist die desfallige Bestimmung des *R.* 63 Abs. 2 gestrichen, weil sie entbehrlich und unter Umständen belästigend sei; *Rot.* 62. Der Gerichtsstand bleibt auch nach Beendigung der Verwaltung, wie der Wortlaut ergibt.

## § 32.

Für Klagen aus unerlaubten Handlungen ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen ist.<sup>1)</sup>

*R. 32. N. 64. P. 10. II. 508.*

1) Der besondere Gerichtsstand der unerlaubten Handlung ist das forum delicti commissi des Justinianischen Rechts (nov. 69 c. 1) und des gemein. Civilprozesses (Weyell § 41 R. 21 ff.). Geschichtliches vgl. bei Korn, Dissertation „Gerichtsstand der unerlaubten Handlung“ Berlin 1885. Grund und Zweck des Gerichtsstandes bildet die Verhütung unbilliger Nachtheile für den Geschädigten (vgl. *R. O.* 6, 386). Der Thätort als solcher ist Kompetenzgrund, nicht als Erfüllungsort (Stein a. a. D. 426 f.). Zu den unerlaubten Handlungen sind nicht nur die strafbaren zu rechnen, sondern auch die Fälle civilrechtlicher Verschuldung, insbesondere die Fälle der actio legis Aquiliae und des *AR.* I 6, *Rot.* 62. Indes sind von den civilrechtlich „unerlaubten Handlungen“ nur diejenigen hierher zu rechnen, welche selbständig einen Klagegrund bilden (*AR.* I 2 § 35), nicht die bloße Richterfüllung eines Vertrags, auch nicht die Vertrags-culpa, *R. O.* 2, 411; 14. Jan. 1892, *Raff. R.* 36, 1212; und ebenso wenig die culpa eines Beamten gegenüber seiner Staatsregierung, zu welcher er im Vertragsverhältnisse steht; vielmehr muß die Handlung selbständig und ohne Rücksicht auf ein Vertrags- oder vertragsähnliches Verhältniß ein Klagerecht begründen; *DS.* Kiel, Wallmann 7, 486. Ein betrügerisches Verhalten, durch welches Jemand zu einem schädigenden Vertrage oder Versprechen bewogen wird, ist indes allerdings ein auch objektiv selbständiges Fundament als Delikt und begründet den Gerichtsstand des § 32; *R. O.* 14. Jan. 1892, *Raff. R.* 36, 1212, *JB.* 150. Voraussetzung ist ferner ein „subjektiv schuldhaftes“ Verhalten des Beklagten, nicht eine bloß objektive Rechtsverletzung; *R. O.* 23. Juni 1891, *JB.* 384; daher fällt die gegen (selbst vor-sätzliche) Störungen dinglicher oder absoluter (immaterieller) Rechte gerichtete, bloß abwehrende Klage des Eigentümers, Patentinhabers u. s. w. nicht unter den Gerichtsstand der unerlaubten Handlung; *R. O.* 24, 394; 21. Febr. 1890, *JB.* 109 (bez. § 13 *Marl. Schutzgef.*); *DS.* Hamburg, *SA.* 49, 345. Anders nach § 34 (jetzt § 35) *Patentgef.*, vgl. Abs. 8. Für alle Obligationen, auch die ex lege, ist entscheidend, ob der Grund der Verpflichtung in einer so gearteten unerlaubten Handlung zu finden ist. Die gemeinrechtliche *condictio furtiva* wegen wissentlicher Annahme eines indebitum ist dahin zu rechnen, *R. O.* 2, 408; mit gleichem Recht die Klagen aus §§ 189, 194 I 16, *AR.* (Ueber die gemeinrechtlichen Quasibelliten vgl. im Uebrigen *Seuffert Ann.* 2b). Ebenso beruhen die Ansprüche aus § 2 *Haftpflichtgesetz* v. 7. Juni 1871 auf einem Delikt (*R. O.* 2. April 1886, *JB.* 145 vgl. unten Abs. 2) nicht aus § 1, wohl aber aus § 120 Abs. 1 u. 3 *Gew. Ordnung*. Hinsichtlich der Anfechtungsklagen aus der *RD.* und

dem Reichs-AnfGes. gehören unter § 32 unbedenklich die Klagen aus § 24 Nr. 1, 33 Nr. 1 RD.; § 3 Nr. 1, § 11 Nr. 1 AnfGes.; (R. 10, 334; 18. Nov. 1882, Wallm. 8, 9; 17. Mai 1884, RaffR. 28, 1124; 26. April 1894, RaffR. 38, 1200); ebenso unbedenklich beruhen die Klagen aus § 25 RD., § 3 Nr. 3, 4, AnfGes. auf keinem fraudulösen Verhalten der Beklagten, mithin auf keiner unter § 32 gehörenden unerlaubten Handlung. Streittig und zweifelhaft ist dagegen die Delikts-Natur der Klagen aus § 23 RD., aus § 24 Nr. 2, § 33 Nr. 2 RD., § 3 Nr. 2, § 11 Nr. 2 AnfGes. (vgl. Wach I 470, Korn a. a. D. 66 ff., Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 2d; Cosack, Anfechtungsrecht 17 ff.). Für § 23 RD. hat das Reichsgericht (in Uebereinstimmung mit Eccius I, § 114 Anm. 23 u. Seuffert Anm. 2d) sich nach früher schwankender Praxis (vgl. R. 10, 334; 20. Febr. 1884, ZB. 110) dahin entschieden, die Anwendbarkeit des § 32 zu verneinen; R. 21, 420 (Pl.), 13. Juli 1888, ZB. 327. Man wird auch für § 33 Nr. 2 RD., § 11 Nr. 2 AnfGes. den Gerichtsstand des § 32 ablehnen müssen. Für § 24 Nr. 2 RD. u. § 3 Nr. 2 AnfGes. gilt dagegen, weil sie auf der gesetzlichen Vermuthung der Benachtheiligungsabsicht beruhen, R. 26, 1, dasselbe, wie für § 24 Nr. 1 RD.

Dagegen ist § 32 ohne Rücksicht darauf anwendbar, ob der Beklagte die unerlaubte Handlung selbst begangen hat oder für die unerlaubten Handlungen Anderer haftbar gemacht wird, z. B. Haftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 2; preuß. Tummultgesetz v. 11. März 1850, GS. 199; AR. I 6 §§ 57, 59 ff.; R. 6, 388; 18. Juni 1884, ZB. 210, RaffR. 29, 1049.

Maßgebend ist der Ort der begangenen Handlung, nicht der Ort, wo (wie z. B. bei Körperverletzungen) der Erfolg eingetreten ist. Für einen widerrechtlichen Haftbefehl ist der Ort, wo die Verhaftung (Rechtsverletzung) ausgeführt ist, maßgebend, R. 4, 380. Bei Anfechtung einer fraudulösen Eintragung ist der Ort, an dem die Eintragung erfolgt ist, nicht der, wo die Willenserklärung behufs der Eintragung abgegeben ist, entscheidend; R. 26. April 1894, RaffR. 38, 1200. Für Klagen aus § 34 Patentgef. 25. Mai 1877 (jetzt § 35, Gef. 7. April 1891, ROBl. 79) ist der Ort maßgebend, wo die das Patentrecht verletzende Handlung begangen ist; R. 21. März 1885, ZB. 181; 23. Mai, 5. Juni 1887, ZB. 311. Wird auf Entschädigung (z. B. wegen Patentreletzung) geklagt, so kommt es auf den Ort der Begehung derjenigen unerlaubten Handlung an, durch welche der Schaden verursacht worden ist. Vgl. R. 13, 424. Bei Verübung des Delikts durch mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken oder in Grenzorten begangene Handlungen ist der Gerichtsstand an jedem Orte begründet, wo auch nur einzelne wesentliche Momente des Thatbestandes in die Erscheinung getreten sind, wodurch mehrere Gerichtsstände sich ergeben können, R. 27, 418; vgl. Wach I 465 ff.; Gaupp Anm. II 13. — Ob und wann die außereheliche Schwängerung diesen Gerichtsstand begründet, ist nach dem anwendbaren Civilrecht und nach den konkreten Umständen zu beurtheilen; ein besonderer Gerichtsstand für dieselbe ist absichtlich nicht aufgenommen, Mot. 62. Die landesgesetzlichen Vorschriften über den Gerichtsstand in Schwängerungssachen treten außer Kraft, GS. § 14. Nach dem AR. bez. Gef. vom 24. April 1854 ist die gewöhnliche Schwängerungsklage nicht als Deliktklage anzusehen (Eccius 4 § 217 Anm. 45; die sonstige Literatur vgl. bei A. Förster Anm. 1). Abw. Korn a. a. D. für die Klage der Geschwängerten (nicht des Kindes) wegen §§ 36, 37 I, 3 AR.; vgl. dagegen Ob.-Trib. 13, 507, 514. In Bayern nimmt dagegen der oberste Gerichtshof einen Deliktsanspruch als vorliegend an, Roth, bayr. Civilr. I § 83.

Für Reichsbeamte vgl. auch die electiven Gerichtsstände des Reichsbeamtengef. vom 31. März 1883 § 154 und die ausschließliche Zuständigkeit des Landgerichts, GS. § 70.

Für den Beweis der Erfordernisse des Gerichtsstandes gilt die allgemeine Regel insbesondere auch, wenn der Beweis der Zuständigkeit mit dem für die Hauptsache zusammenfällt, vgl. Borch. 8 vor § 12.

Dadurch, daß der Gerichtsstand aus § 32 für einen Klagegrund zutrifft, wird das Gericht nicht auch zur Entscheidung anderer damit verbundener Klagegründe zuständig, R. 6. (Plen.) 27, 385.

## § 33.

Bei dem Gerichte der Klage kann eine Widerklage erhoben werden, wenn der Gegenanspruch mit dem in der Klage geltend gemachten Ansprüche oder mit den gegen denselben vorgebrachten Bertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht.<sup>1)</sup>

Diese Bestimmung findet keine Anwendung, wenn die Zuständigkeit des Gerichts für eine Klage wegen des Gegenanspruchs auch durch Vereinbarung nicht würde begründet werden können.<sup>2)</sup>

R. 33. N. 65. 206. 208. P. 12. 15. 55. 508.

1) Durch § 33 ist nicht bloß über den Gerichtsstand einer Widerklage, welche ohnehin begriffsgemäß nur bei dem Gerichte der Klage denkbar ist, sondern wesentlich oder vorzugsweise über die Zulässigkeit einer Widerklage als solcher entschieden, auch wenn (aus anderen Gründen) an sich derselbe Gerichtsstand begründet wäre. Dies erhellt schon daraus, daß eine Bestimmung über den Gerichtsstand einer Widerklage überflüssig wäre, wenn sie nicht zugleich die Zulässigkeit regeln sollte, weil für einen anderen Gerichtsstand, als den der Klage für eine Widerklage logisch kein Raum ist. Vgl. Rippmann, civR. 71, 332 ff., 336 ff.; Fitting § 15 S. 67. Der G.P. würde auch sonst jede Vorschrift über die Zulässigkeit von Widerklagen fehlen. Sie enthält neben mehrfachen Spezialbestimmungen für Widerklagen über deren Zulässigkeit außer dem unter die Bedingungen des allgemeinen § 33 Abs. 1 fallenden § 253 (vgl. Bach, civR. 62, 401; Seuffert Anm. 2) keine anderen Vorschriften, als die singulären Ausnahmen im Urkunden- bez. Wechselprozeß, § 558; in Ehefachen, §§ 575, 587 und in Entmündigungsfachen, §§ 608, 620, 624, 626. Auch die Rot. 63 und die Verhandlungen der R.R., P. 12, 21 bestätigen jene Tragweite. RR. Löning, Busch 4, 57—64; vgl. dagegen Schmidt u. D.S. Celler, Busch 4, 375—382; Gaupp Anm. I; Rippmann, civR. 65, 416 f.; Meyer, Busch 8, 453 f.

Die Widerklage soll nur zulässig sein, wenn der Gegenanspruch mit dem Klageansprüche oder mit den gegen den Klageanspruch vorgebrachten Bertheidigungsmitteln in Zusammenhang steht. Der durch nov. 96 c. 2 eingeführte, von dem C.R. und den ehemaligen Reichsgesetzen anerkannte Gerichtsstand für nicht konnexen Widerklagen, vgl. Pland, Mehrh. der Reichsfr. § 11 S. 86, Beyerl § 41 R. 69 ist damit beseitigt. — Die Bertheidigungsmittel, deren Konnexität die Widerklage begründen soll, müssen vorgebracht sein; die bloße Möglichkeit des Vorbringens genügt nicht, RR. 5. Dez. 1893, RW. 1894 S. 8. Wenn ein Kompensationseinwand geltend gemacht wird, so kann auch der den Klageanspruch überschreitende Betrag mit der Widerklage gefordert werden. Vgl. RR. 22. Juni 1888, RW. 305. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß das Bertheidigungsmittel auch als solches geeignet sein muß; es würde nicht genügen, einen beliebigen Gegenanspruch, welcher sich etwa wegen fehlender Gleichartigkeit zur Kompensation offenbar nicht eignete, aufzustellen, um auf Grund des Zusammenhanges mit diesem tatsächlich geltend gemachten Bertheidigungsmittel den Gerichtsstand der Widerklage zu begründen. Dies ergibt die Gesichte des § 33. Für die Fassung des Entw.: „wenn der Gegenanspruch auch als Einrede geltend gemacht werden kann oder mit dem zur Klage geltend gemachten Ansprüche in rechtlichem Zusammenhange steht“ ist vom Dr. Bähr die jetzige Redaktion beantragt, mit dem Bemerkten: er glaube, daß sie dem Sinne des Entw. entspreche und nur dessen Klarstellung bewirke. Der Antrag wurde darauf ohne Gegenbemerkung angenommen, P. 12, 15. Hiernach sollte durch die jetzige Fassung nur Klarer ausgebrückt werden, daß der Gegenanspruch nicht nur soweit er als Einrede geltend gemacht werden könne, sondern auch in Betreff der damit im Zusammenhang stehenden überschließenden Beträge den Gerichtsstand der Widerklage begründet. Bei dieser Redaktion hat dann der Gedanke, daß der Gegenanspruch an sich zur Einrede geeignet sein müsse, keinen bestimmten Ausdruck gefunden; er hat indeß nicht beseitigt werden sollen und ist darin zu finden, daß zu den Bertheidigungsmitteln nicht ein offenbar als solches ungeeignetes Scheinmittel gerechnet werden kann. So auch Peterfen Anm. II,

Seuffert Anm. 3, Buchelt I 186, Meyer, Busch 8, 456 f.; **R. 23**, 398; 22. Juni 1888, **ZB.** 305; 6. Juli 1894, **ZB.** 427. Die abweichende Ansicht von Böning a. a. O. 95, Struckmann-Roch Anm. 2 § 33 und Gaupp II 5, sowie **DbzO.** 28. März 1892, **SA.** 48, 92, daß hierdurch ein dem Wortlaute fremdes Element hineingetragen werde, verkennt, daß die, durch die Entstehung der Fassung unterstützte, an sich zur Beseitigung der Benutzung von Scheinmitteln gerechtfertigte Absicht des Gesetzgebers dem Wortlaute vorgehen muß. Theilweise abweichend Hellmann I 145, **Wach** I 483. — Unter „Zusammenhang“ ist hier ebenso wie im § 136 Abs. 2 ein rechtlicher Zusammenhang zu verstehen, **R. 11**, 423, **DbzO.** 14. Okt. 1891, **SA.** 47, 226; **Wach** I 479 ff. (aR. Struckmann-Roch Anm. 2) vgl. Anm. 2 § 136. Ein solcher Zusammenhang ist nicht nur dann vorhanden, wenn die Widerklage sich auf ein mit dem Klagegrund identisches Fundament gründet (z. B. wechselseitige Einwilligung zur Ehetrennung, **R. 10**. März 1884, **Raff.** 28, 1125), sondern auch wenn die gegenseitigen Ansprüche aus demselben Rechtsverhältnisse herrühren, ohne daß sie in dem Verhältnisse von Leistung und Gegenleistung zu stehen brauchen, z. B. Ansprüche der früheren Gesellschafter gegeneinander aus einem aufgelösten Gesellschaftsverhältnisse, **R. 25**, 396; gegenseitige, wenn auch verschiedenartige Ansprüche aus einem als einheitlichem Rechtsgeschäft geschlossenen Verträge, **R. 13**. Juli 1888, **ZB.** 341; 12. Mai 1891, **ZB.** 330; ebenso Ansprüche, welche mit einem, schon vom Kläger in der Klage in Abrechnung gebrachten Gegenanspruche des Beklagten zusammenhängen, **R. 11**. April 1893, **ZB.** 266, **SA.** 49, 91. Vgl. auch **DbzO.**, **SA.** 47, 226.

Ist eine nach § 33 Abs. 1 unzulässige Widerklage erhoben, so ist auf den Widerspruch des Klägers die Widerklage (wegen Unzuständigkeit) abzuweisen, sofern der Gerichtsstand gegen den Widerbeklagten nicht ohnehin und abgesehen von § 33 als allgemeiner oder besonderer begründet ist. Wird dagegen vom Kläger die fehlende Unzuständigkeit nicht eingewendet, so kann sich das Gericht außer im Falle des § 33 Abs. 2 nicht für unzuständig erklären, also auch die Widerklage nicht als formell unzulässig abweisen. (Vgl. **DbzO.** Karlsruhe, **Busch** 7, 334 und **SA.** 45, 93; **DbzO.** f. Bayern 19. Dez. 1884, **SA.** 40, 226; **Borb.** vor § 38. **AR.** Heinde zu § 33 unter Berufung auf **R. 23**, 396, aus welcher Entscheidung aber nicht hervorgeht, daß die Abweisung der Widerklage auch gegen den Willen des Klägers erfolgen müsse.) Das Gericht ist vielmehr in solchen Fällen durch § 136 Abs. 2 nur zu der prozessualischen Anordnung befugt, Klage und Widerklage in getrennten Prozessen verhandeln und entscheiden zu lassen. (Ueber eine anderweitige Trennungsbefugniß vgl. § 273.) Aus dem § 136 Abs. 2, welcher sich auch auf Widerklagen bezieht (vgl. **R. 23**. Febr. 1888, **ZB.** 177) und welcher keine Norm für die Sachentscheidung, sondern nur für ein Prozeßdekret enthält, ergiebt sich, wenn auch indirekt, daß nicht tonnege Widerklagen, wenn nur der aus § 33 sich ergebende Mangel der Zuständigkeit durch Prorogation geheilt ist oder sonst nicht zutrifft, nicht ohne Weiteres abgewiesen werden dürfen. Eine solche Abweisung aus dem Grunde, daß den Klagevorschriften der §§ 230 ff. nicht genügt sei (Peterfen I Anm. 1), würde nur insofern gerechtfertigt sein, als die Formen zur Erhebung einer Widerklage und diejenigen Erfordernisse, welche aus dem Begriffe einer Widerklage als einer Klage folgen, nicht vorhanden sind, § 254. (Angabe von Gegenstand, Grund, Antrag resp. §§ 231, 232.) Zustimmung Seuffert Anm. 3e, aR. Gaupp Anm. II 6. Vgl. Anm. 2 § 136.

Zur Form der Widerklage gehört nicht der Gebrauch des Ausdrucks „Widerklage“, wenn nur aus dem Antrage hervorgeht, daß Beklagter einen selbständigen Anspruch gegenüber dem Kläger erheben will, mag derselbe auch dasselbe Ziel verfolgen, wie die Klage (z. B. Ehetrennung), **R. 10**. März 1884; **Raff.** 28, 1225. Wegen der Erhebung der Widerklage vgl. im Uebrigen § 254, Anm. 2 § 315, Anm. 3 § 491, Anm. 1 § 574; wegen der Widerklage betreffs der Präjudizialentscheidung über das Bestehen des streitigen Rechtsverhältnisses §§ 253, 293. (Vgl. auch Anm. 2 § 230, Anm. 2 § 251, Anm. 1 § 254 und Anm. 2 § 235.)

Selbstverständliche Voraussetzung der Widerklage ist örtliche und sachliche Zuständigkeit des Gerichts für die Klage. Unter dem „Gericht der Klage“

ist eben das mit der Klage befaßte zuständige Gericht zu verstehen (Weyll § 41 S. 508). Auch die sonstigen Prozeßvoraussetzungen für die Klage müssen vorhanden sein, um eine Widerklage zu ermöglichen. Ist die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abzuweisen, so liegt darin die Ablehnung Seitens des Gerichts, sich mit der Klage zu befassen, und es ist dann kein Gericht der Klage vorhanden, bei welchem eine Widerklage erhoben bez. verhandelt werden könnte. (Vgl. Seuffert Anm. 3.) Bei einer Verweisung des Rechtsstreits an das sachlich zuständige Landgericht oder Amtsgericht auf Grund der §§ 467, 249 wird die Widerklage von dem gleichen Schicksal betroffen, wie die Klage.

Ebenso liegt in dem Ausdruck „Gericht der Klage“, daß die Widerklage nicht zulässig ist, so lange eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Klage nicht erhoben, d. h. nach den gesetzlichen Vorschriften aufgestellt ist, und daß sie nur so lange erhoben werden kann, als die Klage noch rechtshängig ist; in dem Augenblicke, wo das Gericht aufhört, mit der Klage befaßt zu sein, ist es nicht mehr das Gericht der Klage. Hat der Kläger demnach vor Beginn der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache gemäß § 243 die Klage zurückgenommen, so kann die, wenngleich im vorbereitenden Schriftsatz bereits angekündigte, Widerklage nicht mehr gemäß § 254 erhoben werden, DZB. 16. Febr. 1885, SZ. 40, 349; R. 22, 420; auch nicht bei Gelegenheit der durch die Zurücknahme der Klage veranlaßten mB. über den Kostenpunkt, R. 16. Okt. 1894, JW. 544. Wenn sich nach Erhebung der Widerklage herausstellt, daß die Klage überhaupt nicht rechtshängig geworden und deshalb abzulehnen ist, so war auch die Widerklage von Anfang an unzulässig, ebenso wie im Falle eines sonstigen Mangels in den Prozeßvoraussetzungen (vgl. vorigen Abs.). Wird dagegen die rechtshängig gewordene Klage nach Erhebung der Widerklage mit Zustimmung des Beklagten zurückgenommen, so wird davon die einmal erhobene und rechtshängig gewordene Widerklage nicht betroffen (unbeschadet etwaiger Einwendungen des Widerbeklagten gegen die Zulässigkeit der Widerklage wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen für die Klage). Die abweichende Ansicht (Seuffert Anm. 3) stützt sich auf § 243 Abs. 3, wonach der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden „anzusehen sei“. Allein wenn man auch aus dieser Fiktion den Schluß ziehen muß, daß alle bereits eingetretenen Folgen der Rechtshängigkeit wieder rückgängig gemacht werden sollen, so kann dies doch nicht von einem zulässigerweise eingeleiteten Prozeßverfahren gelten, welches nicht eine Folge der Rechtshängigkeit ist, sondern auf einem selbständigen Prozeßakte beruht und sein eigenes Leben führt. (Zust. jetzt Caupp Anm. V 1 zu § 243). Uebrigens ist die Frage von keiner großen praktischen Bedeutung, da der Beklagte seine Zustimmung zur Zurücknahme der Klage nur unter der Bedingung zu erteilen braucht, daß Kläger mit der Weiterverhandlung der Widerklage bez. mit der Fortwirkung des Gerichtsstandes sich einverstanden erklärt, eine Vereinbarung, die auch Seuffert für zulässig hält (vgl. Anm. 4 § 243, Anm. 2 § 251).

Betreffs des Mahnverfahrens vgl. Anm. 4 § 636. In dem kontradiktorischen Arrestverfahren handelt es sich lediglich um einen Widerspruch gegen den Arrestbefehl, nicht um eine Klage; es kann deshalb auch dort von einer Widerklage nicht die Rede sein. Das Arrestgesuch ist keine Klage und der Widerspruch gegen den Arrestbefehl noch weniger. Ebenso Hellmann u. Caupp, der auch auf die Verschiedenheit der Prozeßart Gewicht legt. (AR. Böning, dem Seuffert Anm. 3 zwar im Prinzip beistimmt, aber mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit einer Konnexität der Widerklage widerspricht.)

Die Widerklage kann nur von dem Beklagten (nicht von dem Widerbeklagten — gegen Böning 79, Seuffert Anm. 4 u. Nach I 485 f. —) erhoben werden. Der § 253, auf welchen die entgegengesetzte Ansicht sich stützt, giebt dem Kläger nur in Anwendung seines Rechts zur Erweiterung der Klage, die Befugnis zur Erhebung eines Antrages auf Präjudizial-Feststellung. Der erweiterte Klageantrag behält immer den Charakter der Klage und fällt nicht unter den Begriff der Widerklage. Zust. Caupp Anm. II 3. Eine Widerklage kann ferner nur gegen den Kläger, nicht gegen dritte Personen



(z. B. den Geboten des Klägers) erhoben werden. (Eccius I § 99 Anm. 193 gegen Dornburg.) Identität der Prozeßparteien für Klage und Widerklage ist erste, von Amtswegen zu prüfende Voraussetzung der Widerklage, *R. O.* 31. Mai 1892, *ZB.* 309. Ausnahme: internat. Uebereinkommen v. 14. Okt. 1890 betr. Eisenbahnfrachtverkehr, *R. O.* 1892 S. 793 § 28. — Beklagter ist auch der, welcher an Stelle desselben den Prozeß übernommen hat (vgl. §§ 72, 73, 236—238), bezüglich des Nebenintervenienten vgl. Anm. 1 § 64, bez. der Streitgenossen Anm. 1 § 58.

Weitere Voraussetzung der Widerklage ist Gleichheit der Prozeßart, da innerhalb eines Prozesses nicht verschiedene Prozeßarten durchgeführt werden können, vgl. § 232. Gegen die ordentliche Klage eine Widerklage im Urkundenprozeß zuzulassen (wie Kleinfeller, Gerichtsstand der Widerklage, München 1882, thut), erscheint deshalb nicht möglich, abgesehen davon, daß für die Erhebung der Widerklage, welche in der m. B. erfolgt, (§ 254) die für den Urkundenprozeß vorgeschriebenen Erfordernisse (§ 556) unausführbar sind. Der Grund für die Unstatthaftigkeit einer Widerklage innerhalb des Urkundenprozesses (§ 558) gilt noch in höherem Grade für eine Widerklage im Urkundenprozeß innerhalb des ordentlichen Verfahrens. Ueber die Widerklage in petitorio gegen die Besitzklage vgl. Anm. 5 § 232.

Ueber den Charakter der Widerklage als Angriffsmittel und die Nichtanwendbarkeit des § 252 vgl. Anm. 2 § 251.

Ueber eventuelle Widerklagen vgl. Anm. 2 § 230, über Ungültigkeit der Erhebung der Widerklage gegen den versäumenden Kläger Anm. 1 § 254, Anm. 4 § 296. Ueber die Widerklage im privilegierten Gerichtsstande der Landesherren Anm. 1 § 5 *OB.*, gegen Exterritoriale Anm. 2 § 18 *OB.*

2) *Abf.* 2 enthält nicht eine Ausnahme von *Abf.* 1, sondern neben dem Erfordernisse des Zusammenhangs gemäß *Abf.* 1 eine zweite negativ ausgedrückte Voraussetzung des Gerichtsstandes, daß nämlich für den Gegenanspruch, wenn er durch besondere Klage verfolgt würde, die sachliche und örtliche Zuständigkeit desselben — sonst nicht zuständigen — Gerichts durch Vereinbarung zu begründen möglich sein muß. Selbstverständlich ist *Abf.* 2 nicht für den Fall gegeben, daß die Widerklage gerade in dem für sie angeordneten ausschließlichen, mit dem Gerichtsstand der Klage zusammenfallenden Forum erhoben wird. Außer dieser Vorschrift sind hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit die Vorschriften des § 467 und *OB.* §§ 102—107 zu berücksichtigen. — Wann der Fall des *Abf.* 2 vorliegt, ist im § 40 bestimmt. Die Nichtzuständigkeit ist in diesem Falle von Amtswegen zu erklären. Vgl. Vorbem. 1—3 vor § 38.

Ueber Verth- und Kostenrechnung § 5, Anm. 3 § 508, *OR.* §§ 11, 30; Vollmacht § 77; Versäumnisverfahren § 312.

### § 34.

Für Klagen der Prozeßbevollmächtigten, der Beistände, der Zustellungsbevollmächtigten und der Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen ist das Gericht des Hauptprozesses zuständig.<sup>1)</sup>

*R. O.* 34. *N.* 68. *P.* 12. 508.

1) Unter dem Gericht des Hauptprozesses ist das Gericht gemeint, vor welchem der Hauptprozeß in erster Instanz geführt ist; *Rot.* 63, 64, *P.* 508; *R. O.* 29, 414, was auch für das Wiederaufnahmeverfahren (§§ 541 ff.) gilt, wengleich die Wiederaufnahme-Klage bei dem Berufungsgericht erhoben war (§ 547), vgl. *OR.* Bamberg in *Buch* 6, 142. Der Gesetzesausdruck und die Natur des hier aufgenommenen, schon dem gemeinen Zivilprozeß bekannten *forum connexitatis* (vgl. *Wegell* § 41 *R.* 67, *Planck* *Rehrh.* der *Rechtsfr.* § 41 S. 317) machen es unzweifelhaft, daß durch die Bezeichnung; „das Gericht des Hauptprozesses“ zugleich die sachliche Zuständigkeit betroffen werden soll, also die Zuständigkeit des in erster Instanz erkennenden Landgerichts auf die Gebühren unter 300 *M.* begründet ist, *R. O.* 29, 414. Unter dem Gericht des Hauptprozesses ist jedoch nicht gerade dieselbe Kammer zu verstehen, also auch nicht die Kammer f. *G.*, wenn

der Hauptprozeß vor derselben geschwebt hat. Die Berufung von A. Förster Anm. 2 auf die Mot. 63 beweist nichts dagegen, weil dieselben von den — projektirt gewesenen — besonderen Handelsgerichten sprechen. Hiermit soll freilich nicht gesagt werden, daß die R. f. G. zur Verhandlung der Entscheidung der Klage aus § 34 unzuständig sei, sondern nur, daß der Beklagte, wenn die Klage vor die Civilkammer gebracht ist, kein Recht hat, dieselbe abzulehnen und die Verweisung vor die R. f. G. zu fordern. — Durch § 34 werden indeß nur die Klagen betroffen, welche die Bevollmächtigten, Bestände u. als solche, also gegen ihre eigenen Machtgeber erheben. Gegen den Gegner können sie aus den Rechten ihrer Machtgeber, für welche dieser Gerichtsstand nicht gegeben ist, ex jure cesso und im Falle des § 115 kraft des die Session ersetzenden Gesetzes, aber jedenfalls nicht als „Bevollmächtigte“ des Gegners klagen. Vgl. Anm. 2 zu Tit. 5. AR. Enbemann I 283. Ueber Zustellungsbevollmächtigte §§ 160, 161; RAO. § 19. Auf die Gebühren der Vertheidiger in Strafsachen findet § 34 keine Anwendung, Buch 9, 395. Dagegen ist (mit Seuffert Anm. 4) die Anwendung des § 34 auf die im Konkursverfahren entstandenen Gebühren u. s. w. zu billigen. — Der Gerichtsstand des § 34 ist kein ausschließlicher, konkurriert vielmehr mit dem allgemeinen Gerichtsstande, sodas Kläger die Wahl hat, § 35. Vgl. DSB. Jena, Hergenhahn-Geccius, Rechtsprechung I, 17.

### § 35.

Unter mehreren zuständigen Gerichten hat der Kläger die Wahl.<sup>1)</sup>

R. 35. N. 68. P. 12. 508.

1) Das Wahlrecht steht dem Kläger nicht zu, soweit ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht, sonst aber, wenn mehrere Gerichte nur als zuständig bezeichnet sind; und zwar nicht bloß für den Fall der Konkurrenz der Gerichtsstände der §§ 21 bis 34 bez. 19, sondern auch anderer Zuständigkeitsbestimmungen. Ist ein mehrfacher ausschließlicher Gerichtsstand (wegen Vervielfachung des Kompetenzgrundes z. B. für Ehesachen bei einem mehrfachen allgemeinen Gerichtsstande des Ehemannes § 568, ebenso in Entmündigungssachen § 594 (vgl. auch § 729 Abs. 2 u. § 780 in Verb. mit § 707) begründet, so gilt auch dafür das Wahlrecht des § 35; Gaupp Anm. I. — Durch die Erhebung der Klage ist das Wahlrecht für diesen Prozeß absorbiert, §§ 235, 230, indeß nur so lange derselbe schwebt, vgl. § 243, Anm. 1 § 821 und Vorb. 2 vor § 12.

### § 36.

Die Bestimmung des zuständigen Gerichts erfolgt durch das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht:<sup>1)</sup>

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

R. 36. N. 69. 70. 72. P. 12. 508.

1) Die für gewisse Nothfälle getroffenen Ergänzungsbestimmungen des § 36 verdanken ihre Entstehung der gemeinrechtlichen Devolution des Rechtsstreits an das Obergericht in ähnlichen Fällen mit fakultativer Verweisung an ein anderes Gericht (Wegeß § 38 S. 463 f., vgl. § 131 ff. I 2 A.O.). In Preußen wurde die fakultative Verweisung durch § 17 B. 2. Jan. 1849 in eine obligatorische verandelt. — Wenngleich im Tit. 2 über örtliche Zuständigkeit stehend, betreffen die §§ 36, 37 alle Fälle, in welchen es nöthig ist, ein Gericht zur Entscheidung in einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit aus einem der Gründe zu Nr. 1—6 zu bestimmen. Insbesondere ist es bei der allgemeinen Fassung der Nr. 5 u. 6 und bei dem gleichmäßigen Bedürfnisse dieser Bestimmungen unerheblich, ob die Zuständigkeits- oder Ungünstigkeitsklärung hinsichtlich der örtlichen oder der sachlichen Zuständigkeit erfolgt ist; während allerdings die Nr. 1—4 inhaltlich nur Fälle zweifelhafter örtlicher Zuständigkeit betreffen. Vgl. § 11 und Anm. dazu, Rot. 51 zu § 11; Nordb. Prot. S. 68. Demnach greift § 36 ungeachtet der Stellung im Tit. 2 auf die sachliche Zuständigkeit über; Wach I 497. An. Endemann I, 285; Sarwey I, 81—82, welche nur die örtliche Zuständigkeit für berührt halten. Nach Rot. 65 bezieht sich § 36 ferner nicht blos auf die Bestimmung eines zuständigen Gerichts erster, sondern auch der Rechtsmittel-Instanz. Dies kann jedoch thatsächlich nur für Nr. 1 zutreffen.

Die „im Instanzenzuge“ zunächst höheren Gerichte sind nach OB. §§ 71, 123, 135, für die Amtsgerichte das Landgericht, für die Landgerichte das Oberlandesgericht, für die Oberlandesgerichte das Reichsgericht bez. das nach OB. zu OB. § 8 (in Bayern) eingerichtete oberste Landesgericht. Im Falle des § 36 Nr. 1 bestimmt das dem vordringenden Gerichte zunächst höhere Gericht. In den Fällen des § 36 Nr. 2—6, wo es sich um verschiedene Gerichte handelt, bestimmt dasjenige zunächst höhere Gericht, zu dessen Bezirk die verschiedenen Gerichte gehören. Wenn die verschiedenen Amtsgerichte, deren Zuständigkeit zweifelhaft ist, nicht demselben Landgerichte angehören, oder eine Bestimmung zwischen einem Landgerichte und dem Amtsgerichte eines anderen Landgerichtsbezirks zu treffen ist, so ist für die verschiedenen Landgerichtsbezirke das Oberlandesgericht das zunächst höhere Gericht, falls sie demselben Oberlandesgerichtsbezirke angehören. Wenn die Gerichte, deren Zuständigkeit zweifelhaft ist, verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken angehören, also über die mehreren Oberlandesgerichte zu bestimmen ist, so entscheidet das Reichsgericht, bezw. das (in Bayern) nach § 8 OB. z. OB. eingerichtete oberste Landesgericht, falls die verschiedenen Oberlandesgerichte diesem Bundesstaate angehören; wenn es sich jedoch um die Zuständigkeit von Gerichten handelt, welche verschiedenen Bundesstaaten angehören, und nicht im Bezirke eines gemeinschaftlichen Oberlandesgerichts ihren Sitz haben, so erfolgt die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach dem, den § 36 ergänzenden § 9 OB. z. OB. immer durch das Reichsgericht, auch wenn in einem der Bundesstaaten ein oberstes Landesgericht errichtet ist. — Vgl. preuß. AG. v. 24. April 1878 § 20 betreffs der Angelegenheiten, welche den ordentlichen Gerichten außerhalb der OB. übertragen sind.

2) Nr. 1. Vorausgesetzt wird eine Verhinderung des Gerichts, nicht eines einzelnen Richters. Bei einem Amtsgerichte ist dies der Fall, wenn sämtliche mit der streitigen Gerichtsbarkeit betraute Amtsrichter behindert sind, ohne daß ein zur Stellvertretung befugter Richter vorhanden ist; bei einem Landgerichte, wenn sämtliche Civilkammern (bez. wenn die Sache vor die Kammer f. Handelsf. gehört, sämtliche Civil- u. Handelskammern), bei einem Oberlandesgericht, wenn sämtliche Civil-Senate von dem Hinderungsgründe betroffen werden, ohne daß die Beschlußfähigkeit durch die Vorschriften über die Stellvertretung herbeigeführt werden kann (vgl. Gaupp Anm. III, ferner OB. §§ 22, 62—67, 121 u. die Anm. dazu; preuß. AG. 24. April 1878 § 78 wegen gegenseitiger Vertretung der Amtsrichter sowie Verf. 10. Sept. 1879, JRB. 340. Abw. vgl. zu § 45). Die Fälle rechtlicher Verhinderung enthält § 41; thatsächliche Verhinderung entsteht im Falle des § 222, durch Ablehnung von Richtern, §§ 42 ff., Tod, Krankheit u. s. w. Nöthig ist zur Anwendung des § 36, daß ein „an sich zuständiges Gericht“, d. h. ein gesetzlich ohne Rücksicht auf Parteienprorogation zuständiges Gericht

verhindert ist; vgl. den Gegensatz: „an sich zuständig“ im § 38. Gleichgültig ist aber, ob neben dem angerufenen zuständigen Gerichte noch ein anderer besonderer oder allgemeiner Gerichtsstand zulässig ist. Der Kläger, welcher das Recht hat, ein zuständiges Gericht zu wählen, kann dessen sachgemäße Besetzung verlangen, soweit dies Recht nicht, wie für den Fall der Nr. 3, beschränkt ist.

3) Nr. 2. Der Fall tritt nicht bloß dann ein, wenn die örtlichen Grenzen der Gerichtsbezirke selbst zweifelhaft sind, sondern auch wenn mit Rücksicht auf die, wenngleich unzweifelhaften Grenzen die Zuständigkeit zweifelhaft ist, wenn die Grenze das Wohnhaus des Beklagten durchschneidet, wenn bei Anwendbarkeit der §§ 19 oder 31 die Verwaltung von verschiedenen Orten ausgeführt wird, Rot. 64. Vgl. Anm. 3 § 19, ferner entsprechend für die Bestimmung eines Vollstreckungsgerichts im § 756. Dagegen einschränkend Bach I 492—495.

4) Nr. 3. Vgl. §§ 56 ff. Auch die s. g. unechte Streitgenossenschaft des § 57 ist hier nicht ausgeschlossen. Daß die Bestimmung bei der Klage gegen Hauptschuldner und Bürgen anwendbar ist, erscheint unbedenklich; R. 8 360. Unter den Personen sind nicht bloß physische, sondern auch juristische Personen, sowie die im § 19 genannten Gesellschaften, Personenvereine u. s. w. zu verstehen. Keine Anwendung findet § 36 Nr. 3 auf Bestellung eines gemeinsamen Vollstreckungsgerichts zur Pfändung und Ueberweisung von Forderungen gegen mehrere Schuldner, die in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnen; D. O. Cöln, 3. f. O. 1891 S. 53. Für Wechselklagen ist eine scheinbare Ausnahme im § 560 enthalten, scheinbar, weil der dort vorgeschriebene Gerichtsstand im allgemeinen Gerichtsstande jedes der Beklagten in der That ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand ist. Auch die Gerichtsstände der §§ 690, 710 sind als besondere anzusehen, welche die Anwendbarkeit der Nr. 3 ausschließen; R. 31, 381. Nach R. 27, 404 soll Nr. 3 für ein Mahnverfahren nicht anwendbar sein, weil dasselbe noch keinen „Rechtsstreit“ begründe, vgl. dagegen Vorb. vor § 628 u. Anm. 4 § 629.

4a) Nr. 4. Vorausgesetzt ist, daß die den dinglichen Gerichtsstand bestimmende unbewegliche Sache bez. der eine Einheit bildende Komplex solcher Sachen (z. B. eine aus verschiedenen Gütern bestehende sog. Herrschaft, ein Gut nebst unbeweglichen Pertinentien) in verschiedenen Gerichtsbezirken belegen ist. Bei objektiver Klagenhäufung in Bezug auf getrennte Grundstücke ist Nr. 4 nicht anwendbar (Strudmann-Roch Anm. 6, A. Förster zu Nr. 4 u. Andere, dagegen Endemann u. Buchell, vgl. jedoch Nordb. Prot. S. 67. Just. R. 25, 394.) Folgerichtig ist auch für die Hypothekensklage aus derselben Forderung, wenn sie auf mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken belegene Grundstücke gerichtet werden soll, die Nr. 4 nicht anwendbar, vielmehr muß die Klage in jedem Bezirk besonders erhoben werden.

5) Durch Nr. 5, 6 sollen die Fälle entschieden werden, in welchen sich durch rechtskräftige Entscheidungen ein positiver oder negativer Kompetenzkonflikt herausgestellt hat, und zur Vermeidung von widersprechenden doppelten Entscheidungen über dieselbe Sache bez. von Justizverweigerung eine Entscheidung darüber nötig ist:

Nr. 5. welches von mehreren Gerichten, welche sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben, wirklich zuständig sein soll, — es kann natürlich auch ein drittes Gericht „bestimmt“ werden, — oder

Nr. 6. welches Gericht bestimmt werden soll, wenn die angerufenen Gerichte, „von denen eines zuständig ist“ sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

So lange der Konflikt nicht rechtskräftig als solcher feststeht, soll den Entscheidungen der angerufenen Gerichte und den Rechtsmitteln nicht vorgegriffen werden; sobald aber der Konflikt rechtskräftig feststeht, ist die wirkliche und einheitliche Rechtspflege nur durch dies Mittel zu ermöglichen, wenngleich es in die Wirkung der Rechtskraft eingreift, P. 12, 508. Darüber, daß Nr. 5 und 6 nicht bloß die örtliche Zuständigkeit betreffen, s. Anm. 1.

Zu Nr. 5 wird man mit Strudmann-Roch Anm. 7, Endemann I 288, Sarwey 82, Gaupp, Pland 1, 85 die Zuständigkeit dem Wortlaute gemäß auf den Fall einer ausdrück-

lichen Zuständigkeitsklärung beschränken müssen, um das außerordentliche Mittel nicht zu einem Rechtsbehelfe gegen materiell-rechtskräftige sachliche Entscheidungen zu gestatten und den Eingriff in die Rechtskraft möglichst zu verringern. Dagegen kann man nicht mit Endemann 238 den Fall ausschließen, wenn eine Partei durch ihr Verhalten (Prorogation nach § 39) zur Zuständigkeitsklärung Veranlassung gab; den Gründen derselben giebt Nr. 5 keinen Einfluß. Die Fälle können namentlich bei jud. dupl., Konfessorischen, negatorischen und Feststellungsklagen vorkommen.

### § 37.

Die Entscheidung über das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.<sup>1)</sup>

Eine Anfechtung des Beschlusses, welcher das zuständige Gericht bestimmt, findet nicht statt.<sup>2)</sup>

R. 27. N. 71. P. 12. 13. 508.

1) Die Bestimmung kann auf den einseitigen schriftlichen oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers erklärten Antrag eines Theils schriftlich erfolgen, ohne daß der Gegner darüber gehört bez. zur Gegenerklärung aufgefordert wird; und dies wird zumal in den häufigsten Fällen des § 36 Nr. 3 noch vor Zustellung der Klage wohl die Regel sein. Es hängt jedoch vom Ermessen des höheren Richters ab, ob der Gegner zuvor gehört werden soll, P. 12, 13. Ueber die Bedeutung der Ausdrücke „Gesuch“ und „ohne vorgängige mündliche Verhandlung“ und über das Verfahren, wenn mündliche Verhandlung angeordnet wird, vgl. Vorb. 1 vor § 119. Soll die Bestellung eines Gerichtsstandes für eine noch zu erhebende Klage nachgesucht werden, so ist es zweckmäßig, daß die fertige Klageschrift mit dem Gesuche eingereicht und der Beschluß demnächst mit der Klage verbunden werde, damit die Beziehung des Beschlusses zu dieser bestimmten Klage nicht in Zweifel gezogen werden kann. Daß der Antrag durch einen bei dem bestimmenden Gerichte zugelassenen Anwalt überhaupt gestellt wird (Anwaltszwang nach § 74), ist nicht nöthig. Es wird damit ein Akt der Justizverwaltung, nicht eine Thätigkeit des Prozeßgerichts in Anspruch genommen. RR. v. Sarwey 83, Peterfen Anm. § 37. Vgl. dagegen Busch 3, 144 und Seuffert Anm. 1. Aus demselben Grunde ist für die ohne mündliche Verhandlung erfolgte Bestimmung der § 294 Abs. 3 nicht anwendbar, so lange der Rechtsstreit nicht anhängig ist, vgl. Anm. 3 § 294. Der Beklagte ist vor der Klageerhebung, welche vielleicht unterbleibt, noch nicht Partei. In solchen Fällen ist nur dem Antragsteller eine Ausfertigung des Beschlusses zuzustellen und ihm die Zustellung an den Gegner zu überlassen; Reyer, Justell. 17. Gerichtskosten werden nicht erhoben, ORO. § 47 Nr. 3. Die Entscheidung für § 36 Nr. 1 kann auch ohne Gesuch bei Gelegenheit der Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch erfolgen, Anm. 1 § 45. Wegen der Anwaltsgebühren vgl. AnwObD. § 23 Nr. 1. — Auch im Falle des § 756 ist § 37 anwendbar, Anm. 2 § 756.

2) Die Bestimmung eines Gerichts ist für alle Theile und alle Gerichte ohne Widerspruch maßgebend; gegen die Zurückweisung eines Gesuchs ist nach § 530 Beschwerde zulässig. Durch Abs. 2 hat auch die Anfechtung wegen rechtlichen Verstoßes gegen die Voraussetzungen des § 36 ausgeschlossen werden sollen, RO. 15. Nov. 1884, SZB. 1885 S. 6 Ziff. 1. Selbstverständlich ist der Beschluß nicht für eine Klage maßgebend, welche sich mit der darin vorausgesetzten nicht deckt, vgl. Anm. 1, also wenn z. B. ein gemeinschaftlicher Gerichtsstand nach § 36 Nr. 3 für zwei Beklagte mit verschiedenem allgemeinen Gerichtsstande bestellt, die Klage aber demnächst nur gegen einen derselben erhoben wird, dessen allgemeiner Gerichtsstand mit dem bestellten nicht identisch ist. Auch die Einrede der Unzuständigkeit und die Prüfung der Zuständigkeitsfrage durch das Prozeßgericht wird durch Abs. 2 insoweit nicht berührt, als die rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen des Bestellungsaktes von dem Beschlußgericht nicht zu prüfen, sondern als gegebene hinzunehmen sind, nämlich für Nr. 1 § 36 die Zuständigkeit des beklagten Gerichts an sich, für Nr. 2—4 die Zuständigkeit der konkurrierenden Gerichte ohne

Rücksicht auf die Konkurrenz, so daß also z. B. bei Bestimmung eines Gerichts nach Nr. 3 die Zuständigkeit noch immer aus dem Grunde bestritten und verneint werden kann, daß einer der Beklagten den vom Kläger angegebenen allgemeinen Gerichtsstand bei Erhebung der Klage nicht gehabt habe, oder im Falle der Nr. 4, daß der dingliche Gerichtsstand überhaupt nicht begründet sei. Vgl. JW. 1886 S. 310, Gaupp Anm. III.

### Dritter Titel.

#### Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte.

Von neuerer Literatur vgl. zu diesem Titel: Depbeck, der Gerichtsstand der Vereinbarung, Erlangen 1888; Robert Adam, die prozessualische Zuständigkeits-Vereinbarung, München 1888; Krauß, die Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte, München 1888. Menginger, Gerichtsstand der Vereinbarung nach röm. R., München 1888. Im Uebrigen vgl. wegen der Literatur Vorb. 2, Anm. 1 § 39.

1) **Parteirechte hinsichtlich der Zuständigkeit.** Die Verletzung der Vorschriften über die sachliche (Tit. 1 §§ 1—11) oder örtliche (Tit. 2 §§ 12—37) Zuständigkeit der Gerichte erster Instanz giebt dem Beklagten das Recht, diese Verletzung zu rügen, — er darf seinem gesetzlichen Richter nicht entzogen werden, GB. § 16 — und vor einem zuständigen Gerichte die Einlassung zu verweigern. § 248. Er muß jedoch diese Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts als „prozeßhindernde“ geltend machen, bevor er sich zur Hauptsache einläßt und verhandelt (außer wenn er dazu vorher nicht im Stande war, weil etwa die bestimmenden Gründe ihm erst später bekannt wurden), §§ 247, 465. Beschränkungen der Einrede sind in den §§ 10, 11, 37 Abs. 2 enthalten; vgl. jedoch Anm. 2 § 37.

Für die Begründung der Einrede der Unzuständigkeit, sowohl der sachlichen als der örtlichen, ist der Zeitpunkt der Erhebung der Klage entscheidend, §§ 4, 235 Nr. 2, Rot. 56 zu § 18. Ueber die Begründung bez. Entkräftung der Einrede vgl. 235 Nr. 2, 230; über die prozessualische Geltendmachung vgl. §§ 247, 248, 465, 490, 509 Nr. 1, 513 Nr. 4, 520 Nr. 2. Ueber die Unzulässigkeit einer exc. doli gegenüber der Anrufung eines an sich zulässigen Gerichtsstandes vgl. Anm. 3 Abs. 2 § 24. Die Nichtberücksichtigung bez. Verletzung der Vorschriften über Zuständigkeit und Unzuständigkeit begründet die Revision in Gemäßheit der §§ 509 Nr. 1, 513 Nr. 4, 528 Nr. 2; aber rechtskräftige Urtheile eines unzuständigen Gerichts sind (gegen Siebenhaar S. 27, 52) nicht ipso jure nichtig, und auf Grund der Unzuständigkeit auch nicht mit der Nichtigkeitsklage anzufechten, § 541, Buchst. 1, 169, Kleiner I. 181, Baron in Busch I. 40. — Wegen der mit der Unzuständigkeit in Verbindung stehenden Verweisung von einem Landgericht an das Amtsgericht und umgekehrt vgl. §§ 249, 466, 467.

2) **Amtliche Berücksichtigung der Zuständigkeitsnormen.** Die Gerichtsverfassung und die Vorschriften über die Zuständigkeit sowie das Verhältnis der Gerichte zu einander gehören an sich dem öffentlichen Rechte an; sie sind daher, wenn der Civilprozeß nicht den Charakter eines Konventionalprozesses (vgl. RG. 20, 402) haben soll, von Amtswegen zu berücksichtigen und der freien Bestimmung der Parteien nur soweit überlassen, als das Gesetz selbst dies zuläßt. Pactis privatorum jus publicum minime derogari licet, c. 12 X de foro comp. (2, 2). Die GB. begünstigt jedoch die Prorogation der Parteien in erster Instanz. Die sachliche oder örtliche Zuständigkeit jedes Gerichts erster Instanz kann in allen Prozessen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche durch Prorogation der Parteien nach ihrem Belieben hergestellt werden, soweit nicht die Prorogation nach § 40 ausgeschlossen, insbesondere ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist. Einer zulässigen Prorogation kann das Gericht — abweichend vom RR. u. gem. R. (vgl. Weßell § 39 R. 37) — keinen Widerspruch entgegensetzen, vgl. Anm. 4 § 38, Rot. 65, 66; Prot. 13, Anl. IV. Die Bestellung eines ausschließlichen Gerichtsstandes für die sachliche oder örtliche Zuständigkeit ist der gesetzliche Ausdruck dafür, daß der Wille der Partei über die Zuständigkeit nicht verfügen darf; jedes andere Gericht muß sich von Amtswegen für unzu-

ständig erklären, die Partei kann dann auf die Einrede der Unzuständigkeit wirksam nicht verzichten, und es kommt nicht darauf an, ob und wann die Einrede von der Partei geltend gemacht ist, §§ 247, 490, 514 Nr. 4. In jedem Falle, auch wenn der Beklagte nicht erscheint oder nicht verhandelt oder keine Einrede der Unzuständigkeit vorbringt, ist das Gericht berechtigt und verpflichtet, vor jeder andern Thätigkeit von Amtswegen zu prüfen, ob es zur Thätigkeit zuständig ist, ob, wenn nicht ein gesetzlicher Zuständigkeitsgrund vorliegt, eine freiwillige Prorogation zulässig und wenn zulässig, ob sie unter Berücksichtigung der Vorschriften über die zu Grunde zu legenden Thatsachen (§§ 296, 299, 39) in der That erfolgt ist. Der auf dem öffentlichen Interesse und dem öffentlichen Rechte beruhende Kardinalgrundsatz, daß das gemäß solcher Prüfung unzuständige Gericht seine Unzuständigkeit von Amtswegen aussprechen muß, was insbesondere im Falle eines ausschließlichen Gerichtsstandes wesentlich ist, indeß auch für alle anderen Fälle gilt, greift überall durch, auch wo die Berücksichtigung dieses Grundsatzes bei Erwähnung von Zuständigkeitsbestimmungen nicht ausdrücklich vorbehalten ist; also für jede Klage, Klagerweiterung und Widerklage (§§ 33 Abs. 2) und namentlich auch für die Fälle der §§ 253, 467. Der Grundsatz gilt als selbstverständliche staatsrechtliche Grundlage jeder Rechtssprechung eines Gerichts, ebenso wie der in der C.P. nicht einmal ausgebräute Grundsatz, daß jedes Gericht von Amtswegen eine Klage abzuweisen hat, wenn überhaupt kein Rechtsweg zulässig ist, Anm. 1 O.B. § 17. Der Grundsatz ist indeß auch in der That im O.B. § 16 Satz 2 ausgesprochen; denn nur ein gesetzlich bestimmtes oder vereinbartes Gericht ist der „gesetzliche Richter“. Gegen die abweichenden Ansichten von Bach, cit. 62, 391 ff. u. in Raffr. 24, 703, von Fitting, cit. 63, 229 ff. und in Busch 6, 253 ff., von Böning, Busch 4, 173, 179 Anm. vgl. die Entgegnungen in R.O. I, 439; 2, 64 ff., 409; Renaud in Busch 5, 44 ff., 54 ff.; Willow, cit. 64, 32 Anm. 20; v. Amberg, cit. 65, 59 ff.; Bierhaus, Busch 5, 73; Birkmeyer, Busch 7, 473 ff.; Kohler, cit. 70, 212, ferner Anm. 1 § 465. Als Ausnahmen sind daher nur die in der sedes materiae (§§ 38—40) ausdrücklich bezeichneten Zulässigkeitsfälle der Parteibestimmung zu beachten; Buchelt I, 169; 2, 49, 305; Seuffert zu §§ 231, 253, 467. — Baron in Busch I, 29, welcher für die §§ 253, 467 von Amtswegen den § 40 Abs. 2 nicht anwenden will und durch die §§ 253, 467 als eine lex specialis die lex generalis des § 40 derogirt wissen will, verkennt, daß die Vorschriften nicht gleichwertig sind und daß in jeder Spezialprozeßvorschrift die allgemeinen Prozeßvoraussetzungen unausgesprochen vorbehalten bleiben. Die gemeinrechtliche, wie die preussische Auffassung von der Gerichtszuständigkeit beruhen darauf, daß das Gericht, zumal hinsichtlich der sachlichen Kompetenz, sich an den Parteiwillen nicht zu binden hat; Wegell § 39, Westenburg, Raffr. 21, 582, R.O. I 2 §§ 161, 162. Es ist nicht anzunehmen, daß sich die C.P. von dieser geschichtlichen Grundlage weiter, als ausdrücklich erklärt ist (vgl. oben), hat entfernen wollen. Dinehtin beseitigt die Ausschließlichkeit schon wort- und begriffsgemäß jede Ausnahme, welche nicht ausdrücklich von der Ausschließlichkeit gemacht ist. Vgl. Bach, cit. 62, 399; Raffr. 23, 472. Vgl. auch Anm. 1 Abs. 2 § 54.

3) **Parteivereinbarung.** (Prorogation, Schiedsvertrag.) Mit Ausnahme der Fälle des § 40 ist die Prorogation der Parteien für Landgerichtssachen an die Amtsgerichte und für Amtsgerichtssachen an die Landgerichte nach dem Belieben der Parteien zugelassen, und durch die Vorschriften über die Zeitigkeit des Widerspruchs begünstigt; Mot. 65—681, P. 3, 508, 509. — Die Vereinbarung setzt voraus, daß ein ordentliches Gericht überhaupt zu entscheiden hat; die Zulässigkeit des gesetzlich ausgeschlossenen Rechtsweges oder der Wegfall einer gesetzlich vorgeschriebenen Vorentscheidung anderer Behörden kann nicht durch Privatautonomie der Parteien vereinbart werden, sondern nur die Zuständigkeit eines Gerichts; R.O. 21, 16. Daher ist die Prorogation von einem reichsgesetzlich oder landesgesetzlich (zulässiger Weise) bestellten besonderen Gerichte an ein ordentliches Gericht unzulässig, sofern nicht die Gerichtsbarkeit des besonderen Gerichts eine bloß fakultative neben der der ordentlichen Gerichte sein sollte (vgl. § 3 Abs. 2 O.). Immer liegt eine eigentliche Prorogation im Sinne des § 38 nur vor, wenn an Stelle

des sonst zuständigen ordentlichen Gerichts an ein anderes prorogirt wird. Dagegen findet § 38 unter der Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges nach dem Rechte des Prozeßgerichts auch dann Anwendung, wenn im Inlande überhaupt kein Gerichtsstand begründet sein sollte, mögen die Parteien Inländer oder Ausländer sein.

Andererseits ist die vertragsmäßige Ausschließung oder Beschränkung des Rechtsweges z. B. durch ein (das streitige Recht selbst affigirendes) pactum de non petendo, die Unterwerfung unter ein Schiedsgericht (§§ 851 ff.) oder unter ein ausländisches Gericht für zulässig zu erachten. Dergleichen Vereinbarungen begründen jedoch keine prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit bez. aus der Prorogation eines anderen Gerichtsstandes, sondern eine die Klage eklibrende exc. pacti, vgl. Anm. 4 § 247. Auch die Frage, ob eine solche exc. z. B. durch rechtskräftige Unzuständigkeits-Erklärung Seitens des ausländischen Gerichtes wieder beseitigt wird, gehört der materiellen Entscheidung an. Der § 38 regelt nur die Vereinbarung der Zuständigkeit eines an sich nicht zuständigen ordentlichen deutschen Gerichts. Ob die Vereinbarung der Zuständigkeit eines sonst nicht zuständigen inländischen besonderen oder ausländischen Gerichts wirksam ist, werden solche Gerichte nicht nach §§ 38—40 C.P., sondern nach den für sie selbst geltenden Zuständigkeitsnormen beurtheilen müssen. Wenn es sich aber um die Vollstreckbarkeits-Erklärung des Urtheils eines ausländischen prorogirten Gerichts nach § 660 handelt, so ist die Zulässigkeit der Prorogation wegen der positiven Bestimmung des § 661 Nr. 3 diesseits nach der C.P. zu entscheiden, vgl. Anm. 5 § 661.

Diese Bestimmungen über die Prorogation beziehen sich indeß nur auf die Zuständigkeit der „Gerichte“ § 38, nicht der einzelnen Abtheilungen des Gerichts. Namentlich sind hinsichtlich der Frage, ob eine Sache vor einer Civilkammer des Landgerichts oder dessen Kammer für Handelssachen zu verhandeln ist, und über die Verweisung von einer zur anderen besondere eingehende Vorschriften in C.B. §§ 101—108 getroffen.

Die §§ 38—40 gelten auch für jede Klageerweiterung und jede Widerklage.

### § 38.

Ein an sich unzuständiges Gericht erster Instanz<sup>1)</sup> wird durch ausdrückliche<sup>2)</sup> oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien<sup>3)</sup> zuständig.<sup>4)</sup>

R. 33. N. 76. 77. P. 13. 497. 503. 509.

1) Die Prorogation auf ein nur in höherer Instanz erkennendes Gericht (d. h. ein Oberlandesgericht, ein oberstes Landesgericht und das Reichsgericht) ist nicht zulässig, Mot. 67; ebensowenig die Vereinbarung eines anderen als des gesetzlichen Instanzenzuges. In Folge der durch eine Prorogation bewirkten Aenderung des Gerichts erster Instanz wird indeß dann der Instanzenzug durch das prorogirte erste Gericht gegeben.

2) Die ausdrückliche Vereinbarung kann im Prozeße erklärt oder schon vorher getroffen bez. als Bedingung sonstiger Geschäfte oder als Statutvorschrift für Gesellschaften bestimmt sein, vgl. § 19 Abs. 3. Wann eine ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung rechtsverbindlich getroffen ist, entscheidet — abgesehen von § 39 — das bürgerliche Recht. Da jedoch selbst stillschweigende Vereinbarung genügt, so kann an sich ohne Rücksicht auf das bürgerliche Recht auch die ausdrückliche mündlich wirksam getroffen werden. Sofern indeß die Vereinbarung nur Theil eines allgemeinen Vertrages ist, welcher (z. B. Beitritt zu einem Gesellschaftsstatut) wegen fehlender schriftlicher oder anderer Form hinsichtlich der Form bei der Beurtheilung der Wirksamkeit des Vertrages das bürgerliche Recht auch hinsichtlich der Form zur vollen Anwendung, R.D.S. 10, 325; 11, 375. Von dem Vertrage hängt es ab, ob der vereinbarte Gerichtsstand nur ein zulässiger, oder ein für das Recht der Parteien unter einander ausschließender sein soll, R.G. 20. Jan. 1890, J.W. 68, S. 45, 464; R.G. 22. Febr. 1894, J.W. 138. Letzteres wird Regel sein, wenn ein bestimmter Gerichtsstand vereinbart ist, vgl. jedoch Anm. 5 § 19. Ein gültig geschlossener Vertrag giebt dann gegen die Klage vor jedem anderen Gerichte,



als dem vereinbarten — also auch vor dem sonst gesetzlich zuständigen, — die Einrede der Unzuständigkeit (vR. Kleinfeller, krit. Viert. 35, 536), welche ebenso zu behandeln ist, wie die gleiche Einrede wegen gesetzlicher Unzuständigkeit. Indes eine Vermuthung für die Ausschließlichkeit des gewählten Gerichtsstandes (mit Westerb. KassR. 21, 591 und 25, 65; Strudmann-Roch zu § 38) aufzustellen, weil pacta im Zweifel als beide Theile gleichmäßig bindend auszulegen seien, ist nicht thunlich; die Frage, in welchem Umfange das pactum geschlossen ist und Beide gleichmäßig binden soll, ist rein thatsächlicher Natur und nicht a priori zu entscheiden; R. 7. Okt. 1891, J. 3. 485. Die Polemik von Westerb. a. a. D. Anm. 33 läuft nur auf eine praesumptio facti hinaus, welche jedoch für die freie Beweisstheorie der C. P. keine Bedeutung hat. Vgl. Bach I 504. Ebenso wenig ist deshalb mit Kohler, KassR. 30, 484 die Präsumtion einer „gleichheitlichen Stellung beider Parteien“ (gleichmäßig fakultativer oder gleichmäßig exklusiver) zu rechtfertigen. Vgl. auch den Rechtsfall in Buch II, 314. (D. O. Dresden.) Ist der vereinbarte Gerichtsstand als ausschließlicher anzunehmen, so wird dadurch nicht allein ein an sich unzuständiges Gericht zuständig, sondern auch das an sich zuständige unzuständig. Letzteres kann sich auch dann ergeben, wenn die Parteien von mehreren zuständigen Gerichten sich einem als ausschließlichen zuständigen unterwerfen, was das R. 22. Febr. 1894, J. 3. 138; S. 49, 450 mit Recht für zulässig erklärt, wenngleich eine solche Vereinbarung in § 38 nicht direkt zugelassen ist. Im Sinne des preuß. Stempelges. v. 7. März 1822 § 7 ist die einem Vertrage beigefügte Vereinbarung des Gerichtsstandes ein selbständiges Rechtsgeschäft, R. 5. Juli 1894, J. 3. 482.

3) Die Vereinbarung der Parteien bewirkt die Zuständigkeit für den ganzen Prozeß und alle dazu gehörigen Akte; sie ist also auch für die Intervententen und Litisdenunziaten bindend, da letztere für diesen Prozeß nur Nebenpersonen sind und als solche kein Recht auf einen bestimmten Gerichtsstand haben; Rot. 68. Als solche Vereinbarung muß auch ein vor dem 1. Okt. 1879 (vgl. C. O. § 15 R. 5) nach Art. 111 code civ. gewählter Wohnsitz gelten, wenn die Parteien einen desfalligen Vertragswillen der Unterwerfung unter den Gerichtsstand hatten; R. 6. Nov. 1885, J. 3. 364. Zur Vereinbarung müssen die Parteien in soweit verfügungsfähig sein, als sie prozeßfähig sein müssen; die im § 51 Abs. 2 Genannten können vereinbaren (Siebenhaar 75) unbeschadet der Anfechtung eines Vertrages, wovon eine solche Vereinbarung nur ein Theil ist, Anm. 2. Soweit dem Gerichtsstande eine Vereinbarung zu Grunde liegt, sind ihrem Begriffe gemäß auch der Vereinbarungswille des Beklagten und bzw. Einwendungen, welche sich auf Ausschließung des Willens in Folge von Irrthum u. s. w. beziehen, erheblich, indes stets nur in den Grenzen, welche für die prozeßualische Geltendmachung gegeben sind (vgl. § 247) und unter Festhaltung des Grundsatzes, daß die Willensbestimmung des Klägers durch die Erhebung der Klage, abgesehen von einer zulässigen Zurücknahme, absorbiert und daß ihm kein prozeßualisches Mittel zu einem Widerruf gegeben ist; Renaud in Buch 5, 12; v. Amberg, civ. 65, 89 ff. Die Vereinbarung des Gerichtsstandes für einzelne Handelsgeschäfte ist nicht eine Vereinbarung des Gerichtsstandes für die Klage auf den Saldo aus dem Kontokorrentverhältnisse, R. 4. Juli 1894, J. 3. 422. Der Einwand der Unzuständigkeit kann stillschweigend auch dadurch zurückgenommen werden, daß er in höherer Instanz unter Verfolgung von Anträgen, welche die Zuständigkeit voraussetzen, nicht weiter erhoben wird; R. 27. April 1894, J. 3. 422.

Der durch § 39 angeregte Streit hat theilweise über den Fall des § 39 und die darin vorausgesetzte mündliche Verhandlung hinaus eine Anzweiflung der Vereinbarung als kompetenzbegründenden Moments veranlaßt. Vgl. darüber Anm. 1 § 39 und die dort angeführte Literatur.

4) Durch die Wortfassung: „ein unzuständiges Gericht wird zuständig“ ist ausgedrückt, daß das Gericht einer gültigen und zulässigen Prorogation nicht widersprechen darf, vgl. Vorbem. vor § 38. Dagegen ist die Gültigkeit und Zulässigkeit der Vereinbarung Sache der richterlichen Prüfung. Sobald das Gericht überhaupt die Anträge zu prüfen hat, also beim Mahnverfahren, bei Arrestanträgen, Aufgebots-

anträgen sofort, bei Klagen (und Rechtsmitteln) nach mündlicher Verhandlung hat es in Folge seiner amtlichen Verpflichtung, die Zulässigkeit seiner Thätigkeit zu prüfen, welche durch das öffentliche Recht bedingt und gegeben ist, mithin von Amtswegen festzustellen ob es gesetzlich oder durch zulässige Vereinbarung zuständig ist. Vgl. Vorbem. vor § 38 und Anm. 1 § 39. Bei dieser Prüfung sind die Vorschriften der §§ 38—40 zu berücksichtigen; die Prüfung selbst wird durch die Zulässigkeit, d. h. Möglichkeit der Vereinbarung nicht erübrigt. Wegen der Kosten vgl. ORG. § 26 Nr. 2, AnwObD. § 20. Wegen der Anwendbarkeit der §§ 38, 39 bei Konsulargerichten vgl. R. 2. Okt. 1889, ZB. 484.

### § 39.

Stillschweigende Vereinbarung ist anzunehmen,<sup>1)</sup> wenn der Beklagte, ohne die Unzuständigkeit geltend zu machen, zur Hauptsache mündlich verhandelt hat.<sup>2)</sup>

R. 39. N. 76. P. 13. 509.

1) Der § 39 hat einen lebhaften Streit über dessen Stellung im System, über das Kompetenzbegründende Moment und die Folgerungen daraus veranlaßt. Vgl. Bülow, civA. 62, 41—46 und 64, 32 Anm. 20; Wach, civA. 62, 373 und in RaffR. 24, 703; Fitting, civA. 63, 231 ff., 242 ff. u. Busch 6, 253; Birkmeyer: das gegenseitige Verhältnis der §§ 38 ff., 247 der ROPD. Kostod. 1881 und Busch 5, 124—172; 7, 472 ff.; Leonhard, Busch 4, 403 ff.; v. Amsberg, civA. 65, 59—112; Renaud, Busch 5, 1—56; Francke, Busch 5, 463; Kohler, krit. Viert. 23, 391 ff.; Pland 1, 90—92; Wach 1, 501, 504 und RaffR. 30, 775 ff.; Seuffert, Busch 11, 194; Just, civA. 68, 268 ff.; Kohler das. 70, 212 ff. — Gegenüber dem durch §§ 38 u. 39 deutlich ausgeprägten Vertragsprinzip ist von mehreren Schriftstellern (Bülow, Seuffert, Pland, Just, Kohler, Denzler, Adam, früher auch von Wach) die Präklusion des Bell. mit dem nicht rechtzeitig geltend gemachten Verteidigungsmittel als Kompetenzbegründendes Moment aufgestellt. Daneben erklärt Fitting als Grundsatz des CP.: jedes ordentliche Gericht erster Instanz sei an sich für jede Klage zuständig, vorbehaltlich der Einschränkung durch eine Ausschließlichkeit des Gerichtsstandes und durch ein dem Gegner gestattetes beschränktes Ablehnungsrecht, während nach Birkmeyer im Gegentheil das Gericht auch im Falle des § 39 eigentlich unzuständig bleibt, und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen den bei ihm anhängig gewordenen Rechtsstreit zu erledigen hat, ohne die sonstigen Befugnisse eines zuständigen Richters (so zur Kompetenz, für eine Widerklage, zur Anwendbarkeit des § 36 Nr. 1, des § 637 zur Rückwirkung einer Zuständigkeit bis zum Prozeßbeginn) zu gewinnen. Allen Genannten gegenüber ist (mit Renaud a. a. D. 13 ff. Strudmann-Roch, Endemann, Gaupp, A. Förster, Francke, Hellmann, jetzt auch Wach 1, 501 ff.) nach den Worten und der Stellung des § 39, den Rot. 66—68 und den Vorberathungen (s. Amsberg a. a. D.) daran festzuhalten, daß die CP. nur die beiden Kompetenzgründe der Bestimmung durch Gesetz und durch Vereinbarung aufstellt, nicht noch einen dritten, und daß § 39 unter den darin bezeichneten Voraussetzungen einen singulären Fall stillschweigender Vereinbarung, für welche im Uebrigen die allgemeinen Grundsätze §§ 38, 40 maßgebend sind, bestimmt. Der § 39 ist sedes materiae für die Kompetenzbegründung der Vereinbarung in zweifachen Falle. Die §§ 247, 248, 465, 490 bestimmen die Formen der Verhandlung, um der Wirkung entgegenzutreten und „die Unzuständigkeit geltend zu machen.“ — Demnach findet auch § 247 Abs. 3 auf den Fall des § 39 Anwendung. Allerding's spricht der § 39 eine sog. praesumptio juris et de jure insofern aus, als ein Gegengeweis hinsichtlich des Nichtvorhandenseins des Vertragswillens prinzipiell unzulässig ist. Allein die Modifizierung dieser Präsumtion durch den sonstigen Inhalt des Gesetzbuchs, also auch durch § 247 bleibt immer zu beachten: R. 27. Nov. 1893, ZB. 1894 S. 11. Für die Begründung der Kompetenz im Falle des § 39 ist § 247 überhaupt nicht bestimmend, sondern nur für die Grenzen der Wirkung bez. die Befestigung des Einwandes des Irrthums. Durch die im Abs. 3 § 247 nachgelassene Glaubhaftmachung unverschuldeteter Verspätung der Einrede wird nur bewirkt, daß die frühere Einlassung in der

Hauptfache dann nicht als vorbehaltlose, der Fall des § 39 nicht als vorliegend gilt. AR. auch jetzt noch trotz der Adoption der Vereinbarungstheorie Bach I, 506, 507, ferner Pland I, 90—92, vgl. dagegen Seuffert in Busch II, 194.

2) Durch § 39 ist zwar nicht argum. e contrario entschieden, ob und wann in anderen Fällen eine stillschweigende Vereinbarung anzunehmen ist; aber wenn der Beklagte im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erscheint oder nicht verhandelt, §§ 296, 298, so hat er sich dadurch in der That dem unzuständigen Gerichte noch nicht unterworfen und dadurch eine hierfür auszulegende Absicht noch nicht ausgedrückt. Ergeht ein Versäumnisurtheil gegen ihn, so kann er noch durch Einspruch, bez. Berufung, § 474, die Unzuständigkeit geltend machen, Rot. 68. Im Falle eines Versäumnisurtheils gegen den Beklagten hat das Gericht (vgl. Anm. 4 zu § 38, vorst. Anm. u. Vorbem. 2 von § 38) von Amtswegen auf Grund der für zugestanden zu erachtenden tatsächlichen Angaben des Klägers (vgl. jedoch Anm. 3 § 296) festzustellen, ob die Zuständigkeit durch Gesetz, ausdrückliche oder stillschweigende Prorogation begründet ist. Rathsam ist es daher, desfallige Angaben in die Klage aufzunehmen; R. 1, 438; 2, 409; WegeII § 39 R. 21 ff., Just, civ. 68, 306 ff. Außer dem Falle des § 39 ist eine stillschweigende Prorogation in jedem Falle einer stillschweigenden Genehmigung der gegenseitig aufgestellten Kontratsbedingung z. B. Annahme einer Versicherungspolice mit solcher Bedingung anzunehmen, sofern hierin nicht selbst eine ausdrückliche Vereinbarung liegt. Die in vorbereitenden Schriftsätzen anerkannten Thatfachen können für den Nachweis der Vereinbarung benützt werden, wenn die Parteien die gesetzliche Unzuständigkeit kannten bez. ausschließen wollen und kein Irrthum vorlag, vgl. Renaud a. a. D. S. 36; die Thatfache allein, daß der Beklagte sich in vorbereitenden Schriftsätzen „eingelassen“ hat, ist weder einer Einrede gemäß § 247 entgegenzustellen, noch der Prüfung von Amtswegen, noch begründet sie eine stillschweigende Prorogation; Bach a. a. D. S. 391, Vorbem. 3 vor § 119. Darüber, ob der Antrag des Beklagten auf Versäumnisabweikung der Klage ein Verhandeln zur Hauptfache ist, Anm. 3 zu § 295.

### § 40.

Die Vereinbarung hat keine rechtliche Wirkung, wenn sie nicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältniß und die aus demselben entspringenden Rechtsstreitigkeiten sich bezieht.<sup>1)</sup>

Die Vereinbarung ist unzulässig, wenn der Rechtsstreit andere als vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, oder wenn für die Klage ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist.<sup>2)</sup>

R. 40. N. 76. 78. P. 12. 509.

1) Abs. 1 ist wesentlich gegen Vereinbarungen unbestimmter Art über Prorogation in künftigen Prozessen (vgl. Anm. 2 § 38) gerichtet; Rot. 66, 67. Vgl. R. 10, 68. Die Verschiedenheit der Ausdrucksweise in Abs. 1 und 2: „hat keine rechtliche Wirkung“ und „ist unzulässig“ soll nicht verschiedene Grade oder Arten von Unwirksamkeit ausdrücken. Sie ist dadurch entstanden, daß Abs. 1 mit gleicher Fassung in R. 76 als Abs. 3 mit den jetzigen §§ 38, 39 in demselben Paragraphen verbunden war, und nur über die Verbindlichkeit der Prorogationsvereinbarung unbeschadet der Wirkungen anderer in demselben Vertrage getroffener Vereinbarungen disponiren wollte, während der jetzige Absatz 2 in derselben Fassung als § 78 in R. gesondert stand. Ein in der Vorl. gestellter Antrag auf gleichmäßige Ausdrucksweise ist als unnötig abgelehnt. Die Fassung „hat keine rechtliche Wirkung“ in Abs. 1 (vgl. §§ 79, 80) schließt nicht blos die Wirkung einer Einrede des Beklagten aus, sondern jede Wirkung, also auch die für das Gericht, soweit es von Amtswegen zu prüfen hat. Die Fassung giebt nicht das Recht, den Abs. 1 im Gegensatz zu Abs. 2 auf die Zulässigkeit von Parteietreden beschränkend zu deuten. Abs. 1 enthält (gegen Buchelt I, 202, Kleiner I, 240) allerdings auch ein Verbot, nämlich einer solchen Vereinbarung Wirkung bezumessen.

2) Ueber vermögensrechtliche Ansprüche vgl. Anm. 3 § 21 und § 508. Wegen der vermögensrechtlichen Natur einer Klage auf *duc aut dota* vgl. OLG. Hamburg, SA. 49, 453. — Ein ausschließlicher Gerichtsstand ist nur da anzunehmen, wo das Gesetz den Gerichtsstand als solchen ausdrücklich bezeichnet, RG. 9, 349 (nicht für die Vermögensvertretungen aus § 23 Nr. 2 OB.). Er kann hinsichtlich der örtlichen oder der sachlichen Zuständigkeit oder auch zugleich in beiden Beziehungen ausschließlich sein. Vgl. Vorb. 6 vor § 12. Soweit der Gerichtsstand in der einen oder der anderen Beziehung oder in beiden ein gesetzlich ausschließlicher ist, besteht die Unzulässigkeit der Vereinbarung, auch der stillschweigenden des § 39. Ist nur die örtliche Zuständigkeit eine ausschließliche, so ist eine Prorogation hinsichtlich der sachlichen zulässig und umgekehrt. Nur der gesetzlich ausschließliche, nicht ein vereinbarter ausschließlicher Gerichtsstand ist im § 40 gemeint, Endemann I 296. Wegen der Prüfung von Amtswegen und etwaiger Ausnahmen von der Ausschließlichkeit, über etwaige Prorogationen von besonderen und ausländischen Gerichten an ein ordentliches deutsches Gericht, sowie über Unterwerfung unter ein Schiedsgericht, ein besonderes oder ausländisches Gericht, vgl. Vorbem. 3 vor § 38. Ueber die Höhe der Gerichtskosten für Akte, welche lediglich die von Amtswegen zu berücksichtigende Unzuständigkeit betreffen, vgl. RG. § 26 Nr. 2, AnwObD. § 20.

#### Vierter Titel.

### Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen.

Dieser Titel behandelt nur die relativen, aus dem Verhältnisse des Richters zur Partei oder zur Sache hervorgehenden rechtlichen Behinderungen des Richters an der Ausübung seines Amtes in einer einzelnen Sache. Selbstverständliche Voraussetzung ist, daß der Richter auch die absoluten Erfordernisse zur Ausübung des Richteramtes gemäß OB. §§ 2 ff. haben, und daß er als Richter und zwar zur Ausübung des Richteramtes an dem bestimmten Gerichte gehörig ernannt sein muß. Bei einer Verletzung der desfalligen Vorschriften des OB. hat jede Partei das Recht zur Ablehnung; denn der Richter ist ebenfalls kraft Gesetzes von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn ihm die Richterqualität überhaupt fehlt, oder wenn er zur Ausübung desjenigen Richteramtes, welches er ausüben will, nicht gehörig berufen ist. Nach §§ 513 Nr. 1, 542 Nr. 1 ist es ein Revisions- und Nichtigkeitsgrund, wenn das erklennende Gericht nicht gehörig besetzt war, was auch auf die Qualifikation und das Berufensein der Richter sich bezieht. Vgl. Bach I § 27 Anm. 5, Planck I, 114, 115.

Unter den relativen Hindernissen der Thätigkeit eines Richters unterscheidet die OB. im Anschluß an die gemeinrechtliche Theorie (vgl. Endemann Lehrb. § 28 S. 90 ff.):

- 1) die Fälle, in denen der Richter „kraft Gesetzes ausgeschlossen“ ist (*judex inhabilis*);
- 2) die Fälle, in denen er sonst von einer Partei „abgelehnt“ werden kann (*judex suspectus*).

Zu 1. Die Ausschließung kraft Gesetzes erfolgt in den Fällen des § 41 aus Gründen öffentlichen Interesses und ist von dem Willen der Parteien unabhängig, kann jedoch auch von der Partei geltend gemacht werden. Vgl. §§ 42—44, 513 Nr. 2, 543 Nr. 2. Das Verfahren, bei welchem ein solcher Richter mitgewirkt hat, ist indeß nicht *ipso jure* ungültig. Vielmehr unterliegt die Entscheidung nur der Anfechtung durch Rechtsmittel und Nichtigkeitsklage (vgl. Vorb. vor Buch III RR. Bach I, 335 Anm. 7, Hellmann Lehrb. 182).

Zu 2. Außer den Fällen des § 41 kann eine Partei einen Richter wegen Besorgnis seiner Befangenheit ablehnen. Vgl. §§ 42—44, 48. Revision und Nichtigkeitsklage sind wegen seiner Mitwirkung nur begründet, wenn ein Ablehnungsgesuch vorgebracht und für begründet erklärt war, §§ 513 Nr. 3, 542 Nr. 3, Rot. 69. Ueber die geschichtliche Entwicklung des Refusationsrechts vgl. Wehll § 36 R. 17 ff., Endemann Lehrb. 92 ff.

Die Vorschriften des vierten Titels gelten auch für Handelsrichter (OB. § 116) und Gerichtsschreiber § 49; für Schiedsrichter nur hinsichtlich der Ablehnung s. § 858.

In Betreff der Staatsanwaltschaft, welche bei Ehe- und Entmündigungssachen betheiligte ist, hat die Partei kein Ablehnungsrecht, vgl. Not. 73; dagegen kann sie die mangelnde Qualifikation, Ernennung und Zuständigkeit (OB. § 143 ff.) einwenden, was für solche Sachen, in welchen der Staatsanwalt Partei ist, die Einrede mangelnder Prozeß-Legitimation begründet. Vgl. Anm. § 74.

### § 41.

Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen:<sup>1)</sup>

- 1) in Sachen, in welchen er selbst Partei ist oder in Ansehung welcher er zu einer Partei in dem Verhältnisse eines Mitberechtigten, Mitverpflichteten oder Regreßpflichtigen steht;<sup>2)</sup>
- 2) in Sachen seiner Ehefrau, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;<sup>3)</sup>
- 3) in Sachen einer Person, mit welcher er in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert ist, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;<sup>4)</sup>
- 4) in Sachen, in welchen er als Prozeßbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist;<sup>5)</sup>
- 5) in Sachen, in welchen er als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist;<sup>6)</sup>
- 6) in Sachen, in welchen er in einer früheren Instanz oder im schiedsrichterlichen Verfahren bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, sofern es sich nicht um die Thätigkeit eines beauftragten oder ersuchten Richters handelt.<sup>7)</sup>

#### R. 41. N. 22. P. 13. 509.

1) Vgl. Vorbem. zu dies. Tit. Zur Ausübung des Richteramts gehört jede richterliche Thätigkeit in dem betreffenden Verfahren, sowohl innerhalb als außerhalb der mB., also auch die des beauftragten und ersuchten Richters (Gaupp Anm. II 3). Unter „Sachen“ ist jedes durch die G. P. geregelte Verfahren zu verstehen (Seuffert Anm. 2). Die Wissenschaft des Richters vom Ausschließungsgrunde ist unerheblich. Die Fälle erleiden als Ausnahme-Vorschriften auch keine analoge Ausdehnung.

2) Nr. 1. Der Grundsatz, daß Niemand in eigener Sache Richter sein darf, gilt für alle, auch nur provisorischen Entscheidungen, R. 26. Nov. 1891, KassR. 36, 1216. Der Ausdruck „Partei“ umfaßt hier überall nicht bloß Kläger und Beklagte, eigentliche und uneigentliche Streitgenossen, sondern auch die Nebenintervenienten (vgl. Gaupp Anm. III, Seuffert Anm. 3), ebenso die Parteien und Intervenienten eines auf Grund des § 138 von dem Prozeßgericht verbundenen Prozeßes; den Antragsteller und dessen Gegner in einem auf Grund eines Gesuchs u. dgl. eröffneten Verfahren, kurz jede Parteistellung im weitesten Sinne. Vorausgesetzt ist hier eine Betheiligung des Richters in selbst eigenem Interesse; die gesetzlichen Vertreter, Prozeßbevollmächtigte, Beistände, Rathgeber sind von Nr. 4 bezw. der Ablehnung wegen Befangenheit betroffen. Vgl. Stegemann, Busch 17, 363; Petersen, Busch 18, 11. Durch die bloße Streitverkündung wird jedoch ein Parteiverhältnis noch nicht begründet, sondern erst durch den

Betritt des Mitbenutzers. Die Ausschließung wird auch nicht dadurch beseitigt, daß der Richter zu beiden Parteien in den bezeichneten Verhältnissen steht. — Die Ausschließung als Mitberechtigter, Mit- oder Regreßverpflichteter ist nur begründet, wenn der Richter in Betreff des streitigen Anspruchs in diesem Verhältnisse zu einer Partei steht. Ein Aktionär oder Besitzer von Obligationen einer Aktiengesellschaft oder ein Mitglied einer Gemeinde ist von der Entscheidung über die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft bez. der Gemeinde an sich nicht ausgeschlossen, wenn dies Verhältniß nicht der Nr. 1 in Ansehung der streitigen Sache entspricht. Er müßte dazu unmittelbar mitbetheiligt, d. h. zu Klagen mitberechtigter oder für den Klagegegenstand mitverpflichtet oder einer Partei für denselben regreßpflichtig sein; *R. 7*, 312, *R. O. 15*, 340, *Petersen Anm. II Nr. 1*, *Puchelt 1*, 205, *Wach 1*, 336. Im Verhältnisse eines Regreßpflichtigen zu einer Partei steht der Richter nur, wenn er dieser Partei — nicht einem Dritten — regreßpflichtig ist; *Hellmann und Kleiner zu § 41*. *M. Seuffert Anm. 3*. Ein Antrag, einen Richter auszuschließen in Sachen einer Person, deren Gläubiger oder Schuldner oder präsumtiver Erbe er ist, wurde abgelehnt. Ein mittelbares Interesse kann nur Grund zur Ablehnung wegen Befangenheit (§ 42) geben, *Rot. 69 P. 13*, und auch hierzu würde kein Grund vorliegen, wenn das Interesse ein unverhältnißmäßig geringes ist, *R. 7*, 312.

3) *Nr. 2*. Verlobte sind nicht einbegriffen, *Rot. 69*. Ob die Ehe (durch Tod oder Richterpruch) getrennt, für ungültig oder nichtig erklärt ist, macht keinen Unterschied (*A. Förster zu Nr. 2*) vgl. § 588.

4) *Nr. 3*. Unter „Person“ ist eine solche zu verstehen, welche in einem der *Anm. 2* gekennzeichneten Parteiverhältnisse steht (*Seuffert Anm. 5*). Auch der gesetzliche Vertreter ist eine solche Person, weil er Parteistellung hat (vgl. *Vorb. vor § 50*, *aR. Gaupp Anm. III*), dagegen nicht der Prozeßbevollmächtigte oder Beistand. Die Berechnung der Nähe der Verwandtschaft soll (*Rot. 69*) nach dem bürgerlichen Rechte erfolgen; indeß unter der Berechnung nach Graden (nicht Generationen wie im kan. Recht) kann nur eine einzige Art der Berechnung verstanden werden, nach der Anzahl der Zeugungen und Geburten, welche zwischen den beiden Personen liegen; *Windscheid 1*, 564, *AR. I 1*, § 45. Die *EN.* kann mit dem Ausdruck „Grad“ nicht verschiedene Bedeutungen verbinden wollen. Halb- oder vollbürtige Verwandtschaft ist nicht unterschieden. Ueber das Bestehen einer Verwandtschaft und Schwägerschaft aus unehelichen Geburten und im Falle einer Legitimation entscheidet das bürgerliche Recht. (Vgl. für das Preuß. R., welches in dieser Beziehung vom gem. R. abweicht §§ 639, 596, 600, 603, 604, 608 II 2, *AR.*). Das Adoptivverhältniß kommt, wie aus dem Gesetze klar hervorgeht, nur in der geraden Linie in Betracht, ohne Unterschied ob es nach dem bürgerlichen Recht als Verwandtschaft angesehen wird, oder nicht. „Bis zum 3. bez. 2. Grade“ bedeutet einschließlich dieser Grade, *Endemann 1*, 300. Die Schwägerschaftsgrade sind entsprechend dem Grade der Verwandtschaft zwischen dem Ehegatten und dessen Verwandten zu bestimmen. Ueber die Bedeutung des Satzes: „auch wenn die Ehe nicht mehr besteht“ vgl. *Anm. 3*. Die Ausschließung wird dadurch nicht beseitigt, daß der Richter zu beiden Parteien in den ausschließenden Verhältnissen steht, *Anm. 1*.

5) *Nr. 4*. Vgl. §§ 74 ff., 86, 50. Der Ausschließungsgrund ist nur vorhanden, wenn dieselbe Sache vorliegt, worin der auszuschließende Prozeßbevollmächtigte, Beistand oder gesetzlicher Vertreter ist oder war. War dies eine frühere Sache, so liegt nur ein Ablehnungsgrund vor, *R. 7*, *Jan. 1882*, *ZB. 76*; *6. Juli 1884*, *ZB. 211*. *AR. Gaupp Anm. III*. Die Bestellung bez. Berechtigung genügt, ohne Rücksicht, ob davon Gebrauch gemacht ist, *Hellmann I 175*. Die Schlüsselworte „ist oder gewesen ist“ beziehen sich auf alle Kategorien der *Nr. 4*. Eine Ausdehnung auf andere Vollmachten oder Dienstleistungen (Ratherrtheilung, Mitwirkung als Urkundsperson, *Rot. 70*, u. dgl.) ist unstatthaft. Der Stellvertreter eines Prozeßbevollmächtigten, z. B. auf Grund des § 25 *AR. D.* ist demselben dagegen gleichzustellen (*Gaupp Anm. III*).

6) *Nr. 5*. Daß der Richter als Zeuge oder Sachverständiger vorgeschlagen

ist, genügt zur Ausschließung noch nicht, Rot. 70, P. 13, 509. Die Vernehmung muß auch in demselben Prozeß, nicht in einem früheren (vgl. Anm. 5) erfolgt sein. Ist sie in einem Verfahren zur Sicherung des Beweises vor dem Prozeß erfolgt, so ist sie Ausschließungsgrund, wenn das Verfahren in dem Prozesse benutzt wird (Seuffert Anm. 7; aR. Gaupp). Andererseits kann einer Partei nicht verwehrt werden, einen Richter als Zeugen vorzuschlagen.

7) Nr. 6. Der Richter muß „bei der Erlassung“ mitgewirkt haben, also als Richter, nicht als Gerichtsschreiber oder als Staatsanwalt, Strudmann-Roch und Kleiner zu § 41; vgl. Wegell § 86 R. 28. RR. Puchelt 208. Unter Mitwirkung bei der Erlassung ist hier nur eine solche bei der Urteilsfindung (Fällung, vgl. § 280) nicht aber die bloße Anwesenheit bei der Verkündung zu verstehen; RÖ. 26, 383. (Vgl. dagegen Anm. 3 § 272). Der Richter, welcher nicht „bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat“, ist nicht ausgeschlossen, auch wenn er in einem früheren Prozeßstadium bei der Erlassung eines Beweisbeschlusses mitgewirkt oder Zeugen vernommen oder eine Vertagung ausgesprochen hat. Die „angefochtene Entscheidung“ ist jedoch nicht bloß die der unmittelbaren Vorinstanz, sondern auch einer früheren. Ebenso schließt die Mitwirkung bei der Erlassung eines Zwischenurtheils den Richter von der Entscheidung in den folgenden Instanzen aus, weil die Zwischenurtheile bei der Endentscheidung derselben Instanz bindend sind und der Beurtheilung des höheren Richters durch das Rechtsmittel gegen das Endurtheil von selbst unterworfen werden (§§ 289, 473, 510). Nicht ausgeschlossen ist die Mitwirkung bei den Entscheidungen: nach einem Einspruche gegen ein Versäumnisurtheil, nach Zurückverweisung in eine frühere Instanz, über die Hauptsache nach früherer Entscheidung auf Arrestanträge oder über Restitutions- oder Richtigkeitsklagen. Der Einspruch ist keine Anfechtung der früheren Entscheidung; die Zurückverweisung bestimmt für das Gericht, an welches verwiesen wird, nur die Fortsetzung derselben Instanz; Arrestverfahren sind nicht frühere Instanzen und auch Restitutions- und Richtigkeitsklagen nicht spätere Instanzen, Petersen Anm. II Nr. 4, Seuffert Anm. 8, Puchelt I, 208. — Der Nachsatz: „sofern es sich . . . handelt“, will nicht sagen, daß ein früher beauftragter oder ersuchter Richter später von der Entscheidung oder sonstigen Thätigkeit ausgeschlossen sein soll; sondern bedeutet nach dem freilich etwas ungelenten Wortlaute nur, daß ein Richter, welcher bei Erlassung der angefochtenen Entscheidung mitgewirkt hat, deshalb später von der Ausübung des Richteramts als beauftragter oder ersuchter Richter nicht ausgeschlossen ist, Rot. 70. Wegen des beauftragten und ersuchten Richters vgl. Anm. 4a zu § 74.

## § 42.

Ein Richter kann sowohl in den Fällen, in welchen er von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen ist, als auch wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt werden.

Wegen Besorgniß der Befangenheit findet die Ablehnung statt, wenn ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters zu rechtfertigen.<sup>1)</sup>

Das Ablehnungsrecht steht in jedem Falle beiden Parteien zu.<sup>2)</sup>

E. 42. N. 23. 24. P. 13. 509.

1) Besorgniß der Befangenheit. Das Gesetz erfordert, wie auch schon der gem. Civilpr. nach richtiger Ansicht (vgl. Endemann Lehrb. § 28 S. 93) objektive Verdachtsgründe. Perhorrescenz wegen bloß subjektiven Verdachts ist ausgeschlossen, und der Perhorrescenz-Eid besetztigt, § 44 Abs. 2. Wann ein Grund zum Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit vorliegt, zu spezialisiren, ist absichtlich vermieden und ist nach den konkreten Umständen zu beurtheilen. Die Fälle des eigenen Interesses, der Raththeilung, die Verhältnisse intimer Freundschaft, entschiedener Feindschaft, des Verhältnisses, unter

Umständen die Bethelligung als instrumenttrender Richter bei streitigen Urkunden, Verwandtschaft oder Schwägerchaft mit einem Prozeßbevollmächtigten (vgl. § 14 R.A.D.) können Anlaß geben. Die Mitwirkung eines Richters bei Entscheidung der gleichen Rechtsfrage in einem anderen Prozeß wird vom R.O. 17. Nov. 1880, S.N. 36, 468 für unerheblich erklärt, ebenso Mitgliedschaft bei einem in der Parteistellung befindlichen Verein ohne ein verhältnismäßiges Interesse, R.O. 7, 312. Auch der Umstand, daß der für die Hauptintervention berufene Richter (§ 61) bereits in dem Prozesse zwischen den Interventionsbeklagten ein Urtheil erlassen hat, ist an sich kein Ablehnungsgrund, auch wenn er dabei gegen Gesetzesvorschriften verstoßen hat, sofern diese Verstöße nicht sonst geeignet sind, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu erwecken, oder einen Fall der Ausschließung darstellen; R.O. 4. Mai 1887, Z.B. 270. Vgl. auch O.O. Tena, S.N. 47, 84.

2) Abs. 3 giebt jeder Partei das Ablehnungsrecht, auch wenn nach Beschaffenheit des Ablehnungsgrundes die Gegenpartei als zunächst gefährdet erscheint. R. 24: „Ein Richter, welchen abzulehnen die eine Partei berechtigt ist, kann auch von der anderen Partei abgelehnt werden.“ Vgl. Rot. zu C. 1 S. 264. Erfahrungsmäßig kommt gerade der Gewissenhafteste in Gefahr, seinem Freunde oder Interessethetbeteiligten Unrecht zu thun, um nicht aus Freundschaft oder Interesse für ihn günstig zu wirken. Auch der Nebeninterventent hat für die Hauptpartei das Ablehnungsrecht (§ 64 „alle Prozeßhandlungen“), sofern es diese nicht nach §§ 43, 44 schon verloren hat; Struckmann-Roch, Petersen, Sarwey zu § 42. A.R. Sellmann I, 176. Wenn in Folge einer Nebenintervention sich wegen der persönlichen Verhältnisse zu dem Nebenintervententen ein neuer Ablehnungsgrund ergibt, so findet § 44 Abs. 4 Anwendung. Der Nebeninterventent hat zwar wegen seiner persönlichen Verhältnisse zum Richter, abgesehen von dem Falle des § 66, kein selbständiges Ablehnungsrecht (Gauß Anm. III); er kann es aber allerdings für die Hauptpartei geltend machen, so lange es dieser zusteht, also auch auf Grund des § 44 Abs. 4 (vgl. A. Förster Anm. 3) oder wenn es sich um einen Ausschließungsgrund handelt (Anm. 1 § 43). — Ueber die Folgen der Mitwirkung bei einer Entscheidung Seitens eines mit Erfolg abgelehnten Richters vgl. Vorbem. vor § 41 zu 2.

### § 43.

Eine Partei kann einen Richter wegen Besorgniß der Befangenheit<sup>1)</sup> nicht mehr ablehnen, wenn sie bei demselben, ohne den ihr bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen, in eine Verhandlung sich eingelassen<sup>2)</sup> oder Anträge gestellt hat.<sup>3)</sup>

E. 43. N. 25. P. 13. 508.

1) Auf die im § 42 mit erwähnten Fälle der Ablehnung aus einem Ausschließungsgrunde des § 41 findet § 43 keine Anwendung. Die Worte: „wegen Besorgniß der Befangenheit“, welche den § 43 charakteristisch beschränken, sind von der Vorkommission eingeschaltet. Vgl. Vorbem. vor § 41.

2) Die Geltendmachung des der Partei bekannten Ablehnungsgrundes muß sofort und noch vor der „Einlassung in eine Verhandlung“ also noch vor der Stellung bez. Verlesung des Antrags, durch welchen die mündliche Verhandlung eingeleitet wird (§ 128 Abs. 1, § 269 Abs. 1, vgl. auch Anm. 3), erfolgen und darf nicht erst (wie §§ 39, 73, 247 und O.B. § 106) bis zur Verhandlung „zur Hauptsache“ oder „zur Sache“ verschoben bleiben. Auch die Geltendmachung prozeßhindernder Einreden (z. B. die Einrede der Unzuständigkeit, Bolgiano, civ.A. 76, 316) und der Antrag auf Verweisung enthalten eine Einlassung in die Verhandlung, ebenso die Einlassung in eine Sühneverhandlung, da das Gesetz nicht unterscheidet, und die ratio legis dafür spricht (a.R. A. Förster Anm. 2). Wollends ist eine Ablehnung nicht mehr möglich, nachdem die Funktion des Richters vollständig erfüllt ist, R.O. 20. Sept. 1893, Z.B. 459. Die „Einlassung“ betrifft auch nicht (wie Sellmann I, 177) nur den Beklagten, sondern ebenso den Kläger.

3) Den Ablehnungsantrag selbst muß die Partei unter Umständen (§ 44 Abs. 1) bei



dem abgelehnten Richter stellen, da sie vorher noch nicht immer weiß, welcher Richter fungirt. Sonst sind keinerlei Prozeßanträge ausgenommen, auch nicht der Antrag auf Vertagung, wenn er in der mB. vor dem Richter gestellt wird. Vgl. Wach I 341 ff. (AR. Peterfen Anm. 1 und in Busch 2, 169; Kleiner I, 255; Fitting, Busch 7, 229, 253 ff.) Die Einreichung der Klage zur Terminsbestimmung (§§ 193, 457) oder der Abschrift einer Beantwortung (§ 124, 244) oder eines schriftlichen Terminsverlegungsgesuchs enthalten noch keinen Prozeß-Antrag „bei dem abgelehnten Richter“, da die Partei vor dem Termine zur mB. auch beim Amtsgerichte nicht unbedingt weiß, wer das erkennende Gericht (§ 119) sein wird, vor welchem allein Prozeßanträge zu stellen sind; v. Sarwey I, 91. AR. Buchelt I, 210. In einem Verfahren, welches eine mB. nicht erfordert, würde eine schriftliche Erklärung gegenüber dem Richter nur dann das Ablehnungsrecht präkludiren, wenn die Partei wüßte, daß der abzulehnende Richter zur Entscheidung oder zur Mitwirkung bei derselben berufen sei (Caupp Anm. II, Seuffert Anm. 2b). Durch Versäumung des Termins zur mB. geht das Ablehnungsrecht nicht verloren, vielmehr kann dasselbe noch im Einspruchsverfahren geltend gemacht werden. (A. Förster Anm. 2.)

Ueber den Fall einer späteren Entstehung oder Kenntnißnahme des Ablehnungsgrundes § 44 Abs. 4 (vgl. auch Wegell § 36 R. 19).

### § 44.

Das Ablehnungsgesuch ist bei dem Gerichte, welchem der Richter angehört, anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.<sup>1)</sup>

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Zur Glaubhaftmachung kann auf das Zeugniß des abgelehnten Richters Bezug genommen werden.<sup>2)</sup>

Der abgelehnte Richter hat sich über den Ablehnungsgrund dienstlich zu äußern.

Wird ein Richter, bei welchem die Partei in eine Verhandlung sich eingelassen oder Anträge gestellt hat, wegen Besorgniß der Befangenheit abgelehnt, so ist glaubhaft zu machen, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei.<sup>3)</sup>

E. 44. N. 26. 27. P. 13. 14. 16. 510.

1) Das Verfahren betreffs der Ablehnung beginnt mit einem „Gesuche“ der Partei. (Vgl. über den Ausdruck: „Gesuch“ Vorbem. 1 vor § 119 u. Fitting, Busch 7, 232 ff.) Dasselbe kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll oder auch schriftlich — und zwar auch im Anwaltsprozeße ohne Zuziehung eines Anwalts, vgl. § 74 Abs. 2 und Anm. 4 § 74, — bei dem Gerichte, welchem der Abgelehnte angehört, angebracht werden. Natürlich kann das Ablehnungsgesuch auch in der mB. unter den Voraussetzungen des § 43 durch mündliche Erklärung angebracht werden. Dasselbe befreit jedoch nicht von der eventuellen Einlassung zur Hauptsache, da das Ablehnungsrecht in der G.P. nicht als prozeßhindernde Einrede qualifizirt ist, sofern die Verhandlung Seitens des Gerichts nicht auf das Ablehnungsgesuch beschränkt wird. Die bloße Ueberreichung eines schriftlichen Gesuchs in der mB. (Caupp Anm. I) würde nicht zweckentsprechend sein, da das lediglich zum Zwecke der mB. terminirte Gericht nicht verbunden ist, schriftliche Gesuche in der mB. anzunehmen, selbst zu lesen und zu prüfen, vielmehr müßten bei Einreichung von Gesuchen die dafür bestehenden Einrichtungen und zur rechten Zeit benützt werden.

2) Bedeutung und Mittel der „Glaubhaftmachung“ ergibt § 266. Abweichend von den allgemeinen Erfordernissen zur Glaubhaftmachung soll in diesem Falle das Erbieten zum eigenen Eide nicht genügen; es kann indeß auf das Zeugniß des Abgelehnten Bezug genommen worden, welcher sich über das Gesuch dienstlich äußern muß. Der letzte Satz des Abs. 2, sowie der Abs. 3 sind Zusätze der R.R.; dieselbe hat zu § 26 St.P., welcher

mit den 3 ersten Abs. des § 44 C.P. wörtlich übereinstimmt, konstatirt, daß sie unter dem „Zeugniß“ in Abs. nur eine dienstliche Aeußerung verstehe. P. zu StP. 1130. — P. zu C.P. 13, 14, 16, 510.

3) Für den Fall des Abs. 4 ist das Erbieten zum eigenen Eide zur Glaubhaftmachung nicht ausgeschlossen, sondern zugelassen, § 266, Rot. 71.

### § 45.

Ueber das Ablehnungsgeſuch entscheidet das Gericht, welchem der Abgelehnte angehört; wenn dasselbe durch Ausschneiden des abgelehnten Mitgliedes beschlußunfähig wird, das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht.<sup>1)</sup>

Wird ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet das Landgericht. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn der Amtsrichter das Ablehnungsgeſuch für begründet hält.<sup>2)</sup>

E. 45. N. 28. 29. P. 13. 14. 510.

1) Der Richter, gegen welchen das Ablehnungsgeſuch gerichtet ist, ist von der Entscheidung über dasselbe ausgeschlossen. Eine Beschlußunfähigkeit des Gerichts entſteht dadurch nur dann, wenn ein Stellvertreter nicht vorhanden ist oder aus irgend welchen Gründen nicht eintreten kann. Unter Gericht ist hier jedoch nur die betr. Abtheilung (Kammer, Senat) einschließlich der zulässigen Stellvertreter, C.P. §§ 62, 66, 121, 122, gemeint, R.O. 16, 413; 8. Okt. 1888, ZW. 405. (Die Möglichkeit der Stellvertretung kann jedoch nicht auf § 69 C.P. gegründet werden, Gaupp Anm. 1.) Wird danach die betr. Abtheilung beschlußunfähig, so geht die Entscheidung nicht etwa an eine andere Abtheilung desselben Gerichts, sondern an das höhere Gericht. Ueber das im Instanzenzuge zunächst höhere Gericht vgl. Anm. 1 § 39. Wenn das höhere Gericht entscheidet, kann es nach § 36 Nr. 1 zugleich das zuständige Gericht bestimmen, Rot. 71. Wird ein Senat des Reichsgerichts oder des obersten Landesgerichts f. Bayern durch die Ablehnung beschlußunfähig, so kann allerdings nur ein anderer Senat desselben Gerichts entscheiden.

2) Der Zustimmung des dem Abgelehnten substituirten Richters bedarf es nicht. Der im C. 1 dem letzten Satz des Abs. 2 beigefügte Zusatz: „und der für Verhinderungsfälle ihm bestellte Vertreter nicht widerspricht“ ist von der Vorkommission gestrichen, Rot. 71. —

### § 46.

Die Entscheidung über das Ablehnungsgeſuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung<sup>1)</sup> erfolgen.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Geſuch für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Geſuch für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.<sup>2)</sup>

E. 46. N. 30—32. P. 13. 14. 510. 511.

1) Vgl. Anm. 1 § 37. Einer Entscheidung bedarf es nicht, wenn kurzer Hand der Ablehnende ausscheidet und ein anderer Richter für ihn eintritt.

2) Der unanfechtbare oder rechtskräftige Beschluß ist für alle Instanzen bindend (§§ 473, 510, 513 Nr. 3) ebenso für die Richtigkeitsklage (§§ 542 Nr. 3). Für die unanfechtbare Zulassung der Ablehnung genügt die einfache Mittheilung an den Antragsteller; die Ablehnung des Geſuchs ist mit Rücksicht auf die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde (§ 540) dem Antragsteller nach Analogie des § 294 Nr. 3 zuzustellen. Einer Zustellung an den von dem Verfahren nicht berührten Gegner wird es nicht bedürfen; Meyer Zustell. 19. Die Beschwerde unterliegt dem Anwaltszwang, wenn nicht der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist, § 532, R.O. 7. Jan. 1891, ZW. 90.

Eine Beschwerde ist natürlich nur möglich, soweit es eine Beschwerde-Instanz giebt, also nicht gegen Entscheidungen des Reichsgerichts und des obersten Landesgerichts f. Bayern.

Unzulässig ist auch eine Beschwerde gegen den gemäß § 47 zulässigen Beschluß, vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs in die, keinen Aufschub erleidende, mB. einzutreten, *RG.* 28. Febr. 1891, *SA.* 46, 352.

Gerichtskosten entstehen für das Ablehnungsverfahren nicht, außer bei mutwilliger Veranlassung desselben, *ORB.* § 47 Nr. 4 Abs. 2. Die Erstattung sonstiger Kosten (vgl. *AnnObD.* § 23 Nr. 1) unterliegt der allgemeinen Regel des § 87.

### § 47.

Ein abgelehnter Richter hat vor Erledigung des Ablehnungsgesuchs nur solche Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub gestatten.<sup>1)</sup>

*R.* 47. *N.* 28. *P.* 14. 511.

1) Auf den gesetzlich ausgeschlossenen Richter ist (nach den Anfangsworten des § 41) der § 47 nicht anwendbar. Dieser muß sich jeder richterlichen Handlung enthalten; Petersen *Ann.* 2, Buchelt I, 218. *MR.* Band 1 § 30 *Ann.* 37, 43 u. S. 121, 122. Vgl. Hellmann *Lehrb.* 185. Allein aus der bloßen Ablehnung wegen eines vermeintlichen Ausschließungsgrundes braucht für den Richter nicht immer erkennbar zu sein, ob der vorgeschützte Ausschließungsgrund wirklich vorhanden ist. Daher ist das Verbot des § 47 auch auf den Fall zu beziehen, daß die Ablehnung wegen eines angeblichen Ausschließungsgrundes erfolgt. Negativ ausgedrückt lautet der § 47 also: Kein abgelehnter Richter darf vor Erledigung des Ablehnungsgesuches Handlungen vornehmen, welche einen Aufschub gestatten, mag die Ablehnung wegen eines Ausschließungsgrundes oder wegen Beforgnis der Befangenheit erfolgen, und positiv: jeder abgelehnte Richter muß solche Handlungen vornehmen, welche keinen Aufschub gestatten, so lange nicht ein Ausschließungsgrund wirklich vorhanden ist. Die ganze Bestimmung hat, wie Seuffert richtig bemerkt, die Bedeutung einer Instruktion für den Richter, ist aber doch nicht ohne rechtliche Folgen für die Anfechtbarkeit. Von einer Nichtigkeit der gegen den § 47 verstoßenden Handlungen kann freilich nach der *OP.* keine Rede sein (vgl. *Worb.* vor § 41, gegen Seuffert), diese kennt nur Anfechtung (mittelbare oder unmittelbare) von Entscheidungen wegen Gesetzesverletzung. Handelt es sich um eine Entscheidung des abgelehnten Richters, so ist dieselbe bedingt anfechtbar, wenn das Ablehnungsgesuch in der Folge wegen eines Ausschließungsgrundes für begründet erklärt wird (§§ 513 Nr. 2, 542 Nr. 2) ohne Unterschied, ob dabei der § 47 verletzt ist, oder nicht; wird das Ablehnungsgesuch dagegen wegen Beforgnis der Befangenheit für begründet erklärt, so werden die vorher erlassenen Entscheidungen von dem unbedingten Anfechtungsgrunde der §§ 513 Nr. 3, 542 Nr. 3 nicht betroffen, wie der Wortlaut dieser Gesetzesstellen ergibt, dagegen beruht in diesem Falle die Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung, wenn sie gegen das Verbot des § 47 erlassen ist (nicht wenn sie in Gemäßheit derselben zu erlassen war) und unterliegt deshalb der Anfechtung, sei es der unmittelbaren, oder der mittelbaren bei Anfechtung des Endurtheils, wenn dieses letztere auf der anfechtbaren Entscheidung beruht. Ist gegen § 47 nicht durch eine Entscheidung, sondern durch eine andere Handlung verstoßen, so ist eine spätere Entscheidung (bei welcher der abgelehnte Richter nicht mitgewirkt hat) mit Erfolg nur anfechtbar, wenn sie auf dieser gesetzesverletzenden Handlung beruht. Vgl. auch *Saupp Ann.* I. Uebrigens dürfte der Erlaß des Endurtheils nur ausnahmsweise zu den Handlungen gehören, welche keinen Aufschub erleiden. Beschwerde über die Vornahme der Handlung ist nur unter den Voraussetzungen des § 530 zulässig, *RG.* 28. Febr. 1891, *SA.* 46, 352, vgl. *Ann.* 2 § 46.

Für den Amtsrichter, welcher das Gesuch für begründet erklärt, § 45 Abs. 2, ist es damit erledigt.

### § 48.

Das für die Erledigung eines Ablehnungsgesuchs zuständige Gericht hat auch dann zu entscheiden, wenn ein solches Gesuch nicht angebracht ist, ein Richter aber von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches<sup>1)</sup> seine Ablehnung

rechtfertigen könnte, oder wenn aus anderer Veranlassung<sup>2)</sup> Zweifel darüber entstehen, ob ein Richter kraft Gesetzes ausgeschlossen sei.

Die Entscheidung erfolgt ohne vorgängiges Gehör der Parteien.<sup>3)</sup>

R. 48. N. 34. P. 14. 15. 511.

1) Die Worte: „von einem Verhältnisse Anzeige macht, welches“ sind von der R.R. der früheren Fassung: „dafür hält, daß“ substituiert, um die zur Entscheidung nötige tatsächliche Grundlage festzustellen.

2) Aus anderer Veranlassung können z. B. durch Anzeige anderer Gerichtsmitglieder Zweifel angeregt werden, Mot. 72.

3) Das Gehör der Parteien ist ausgeschlossen, weil es sich hier lediglich um ein Internum des Gerichts handelt. Die Entscheidung braucht deshalb auch den Parteien nicht verkündet oder mitgeteilt zu werden; sie ist, wenn mitgeteilt, der Beschwerde weber nach § 46 noch nach § 530 unterworfen, da über ein Besuch gar nicht entschieden ist. Sie hindert aber auch nicht die spätere Anbringung eines (vielleicht noch anders oder glaubhafter vorgebrachten) Parteiablennungsgesuchs, soweit ein solches nach §§ 42 bis 44 noch zulässig ist. Vgl. Erdemann I 210.

## § 49.

Die Bestimmungen dieses Titels finden auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung;<sup>1)</sup> die Entscheidung erfolgt durch das Gericht, bei welchem der Gerichtsschreiber angestellt ist.

R. 49. N. 35. P. 14. 511.

1) Eine Verletzung des § 49 ist eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 512; aber §§ 513 Nr. 2, 3, 542 Nr. 2, 3, welche die Mitwirkung eines Richters voraussetzen, sind nicht anwendbar. Vgl. Anm. 4 zu § 513. Die Verwandtschaft und überhaupt das Verhältniß zwischen dem Gerichtsschreiber und dem Richter ist kein Ausschließungsgrund, „da die Amtspflichten des Gerichtsschreibers ihre Spitze nicht in einer Kontrolle des Richters haben,“ Mot. 73. Sie können aber unter Umständen ein Ablehnungsgrund sein. — Ueber die Ausschließung eines Gerichtsvollziehers kraft Gesetzes s. OB. § 156; über Ablehnung von Schiedsrichtern § 858, von Sachverständigen § 371, des Dolmetschers OB. § 193. Wegen der Beamten der Staatsanwaltschaft vgl. Vorbem. vor § 41.

## Zweiter Abschnitt.

### Parteien.

#### Erster Titel.

#### Prozessfähigkeit.

Die C.P. versteht unter einer prozessfähigen Partei eine physische Person, welche vor Gericht stehen kann — legitima persona standi in iudicio — und berechtigt ist, ihre Prozesse persönlich zu führen (soweit nicht in Anwaltsprozessen die Vertretung durch einen Anwalt nötig ist), oder durch einen von ihr persönlich bestellten Prozeßbevollmächtigten führen zu lassen. Nicht prozessfähig sind dagegen im Sinne der C.P. alle Rechtssubjekte, welche nicht willensfähig oder nicht handlungsfähig oder als juristische Personen, Vermögensmassen oder Personenvereine nicht im Stande sind, selbst, d. h. persönlich ihre Prozesse zu führen, sondern dazu eines „gesetzlichen Vertreters“ bedürfen; §§ 50, 435. Die Nicht-Prozessfähigen können keinen Prozeß selbst ausführen, weder in der m.B. auftreten, noch Schriftsätze einreichen; auch die Zustellungen für sie können wirksam nur

an ihre gesetzlichen Vertreter erfolgen, § 157. Die Prozeßfähigkeit in dieser bestimmten technischen Bedeutung (vgl. Wejell § 12, Renaud § 49) ist von dem Rechte, vor Gericht persönlich zu verhandeln und Anträge zu stellen (*jus postulandi*) zu unterscheiden, welches im Anwaltsprozeße nur die zugelassenen Rechtsanwälte, in anderen Prozeßen alle Prozeßfähigen haben; §§ 74, 75. Vorausgesetzt ist für jede Partei die von der Prozeßfähigkeit zu unterscheidende *Parteifähigkeit*, d. i. „die Fähigkeit zu klagen und verklagt zu werden“; sie bestimmt sich lediglich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, wie R. § 79 ausdrücklich bemerkte; die C.P. hat hiervon keine Ausnahme gemacht und berührt die Parteifähigkeit nur in den §§ 19, 157, 169; vgl. Anm. 1 §§ 19 u. 20; R.G. 32, 173; 18. Mai 1893, J.W. 352; 19. Okt. 1893, J.W. 1894 S. 8. Partei ist das Rechtssubjekt, in dessen eigenem Namen und für dessen Rechnung als Kläger bez. Beklagter der Prozeß geführt wird und welches von den Prozeßfolgen, der rechtskräftigen Entscheidung, betroffen wird, Petersen Bursch, 18, 1 ff.; Levy, Raff.R. 37, 173 ff.; Fuchs, Raff.R. 38, 585; nicht (gegen Detler Konz. I 316 ff. u. Stegemann, Bursch 17, 348 ff., 358, 372), wer *rem in judicium deducit*, oder *contra quem res in judicium deducitur*, durch welches unbestimmte Merkmal der Begriff der Partei nicht präzisirt werden kann, vgl. Petersen u. Levy a. a. O. Parteifähig ist jedes Rechtssubjekt, physische und juristische Personen, und alle Vereine (Handels-, Aktien-Gesellschaften etc.), Anstalten etc., welchen das bürgerliche Recht die Befugniß beleiht, als besondere Rechtssubjekte zu klagen und verklagt zu werden. § 19; R.G. 12, 398. (Ueber mangelnde Parteifähigkeit von Ordensgeistlichen vgl. D.S. Frankfurt, S.M. 48, 257.) — Wach I, 518, 520, will von dieser allgemeinen Parteifähigkeit, in der er einen lediglich formellen Parteibegriff ausgedrückt findet, noch eine auf dem materiellen Parteibegriff beruhende Parteifähigkeit ausscheiden, welche nur eigentlichen Rechtssubjekten zukomme, während bei der bloß formellen Parteifähigkeit (gewisser Personenmehrsheiten und Vermögensmassen) die Mitglieder bezw. Träger derselben die wirklichen Parteien bleiben. (Vgl. dagegen Eccius, Raff.R. 30, 461 ff. u. Caupp Vorb. vor § 50.) — Die Prozeßfähigkeit setzt Parteifähigkeit voraus, aber daraus folgt nicht (wie Seuffert Vorb. 2 vor § 50, Caupp Anm. II behaupten), daß der Einwand der mangelnden Parteifähigkeit zugleich eine prozeßhindernde Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit im Sinne des § 247 Nr. 6 sei; gerade das Entgegengesetzte folgt daraus. Eben weil von Prozeßfähigkeit nur bei vorhandenem Parteifähigkeit die Rede sein kann, kann auch ein Einwand der mangelnden Prozeßfähigkeit nur unter der Voraussetzung der Bejahung der Parteifähigkeit (nicht ihrer Verneinung) erhoben werden; R.G. 28. Mai 1891, J.W. 350, Raff.R. 35, 1185; vgl. Anm. 4 § 247 Nr. 6. Wer die Existenz eines Rechtssubjekts leugnet, sagt etwas ganz anderes, als wer nur ihre Fähigkeit vor Gericht zu stehen, also eine Eigenschaft des existenten Rechtssubjektes bestreitet. Wenn auch die Existenz Voraussetzung der Eigenschaften ist, oder gerade weil sie es ist, unterscheidet sich der Einwand einer mangelnden Eigenschaft seiner Substanz nach von dem Einwande der mangelnden Existenz; das eine ist nicht in dem anderen enthalten, sondern steht außerhalb desselben. Die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit und die Abweisung wegen derselben greift auch in ihren Wirkungen über den Einwand der mangelnden Prozeßfähigkeit hinaus. Daß man mit Wach I § 46 die Parteifähigkeit zu den Prozeßvoraussetzungen rechnen muß, ist für diese Frage unerheblich, weil die C.P. die prozeßhindernden Einreden im § 247 nur für das Fehlen bestimmter (nicht anderer) Prozeßvoraussetzungen aufgestellt hat; R.G. 12, 398; 13, 332; 27. Nov. 1886, Raff.R. 31, 731.

Nicht prozeßfähig sind:

- 1) physische Personen, welche nicht willensfähig sind, oder keine Handlungsfähigkeit haben: Kinder, Geisteschwache u. s. w.;
- 2) physische Personen, welche beschränkte Handlungsfähigkeit haben, soweit diese Beschränkung reicht, vgl. Anm. 1 § 51;
- 3) juristische Personen, ferner Personenvereine, Vermögensmassen, welche als solche klagen und verklagt werden können; §§ 19, 169, Rot. 73, 74, 77. Zu den nicht

prozeßfähigen Parteien gehören auch die Handelsgesellschaften (als „Personenvereine“, Behrend, Handelsr. § 74), einschließlich der Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 13 Besf. 20. April 1898, RWSt. 477.

Für die nicht prozeßfähigen Parteien fungiren ihre „gesetzlichen Vertreter“, — ein in dieser Bedeutung gleichfalls in der CP. festgehaltener technischer Begriff. Zu beachten ist, daß der Ausdruck Prozeßfähigkeit sich nur auf die Partei bezieht, nicht auf ihren Vertreter; die persönliche Prozeßfähigkeit ist indeß Voraussetzung, um als Prozeßbevollmächtigter für eine (prozeßfähige oder nicht prozeßfähige) Partei oder als deren Beistand, soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, aufzutreten, §§ 75, 86. Dagegen ist weder für Rechtsanwälte, welche als Prozeßbevollmächtigte auftreten, noch für gesetzliche Vertreter die Prozeßfähigkeit in der CP. erforderlich. Mit Unrecht beruft sich Wach dafür auf § 75, welcher keineswegs, wie er behauptet, allgemein von Vertretern oder solchen Personen spricht, die vor Gericht auftreten. Vgl. auch Anm. 1 § 50. — Der gesetzliche Vertreter hat die Rechte und Pflichten der durch ihn vertretenen Partei und ist zu allen Prozeßhandlungen an Stelle der Partei befugt und verpflichtet, soweit nicht Besonderes vorgeschrieben ist, vgl. §§ 82 (Vollmacht), 219, 223 (Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens), 391, 433, 435, 486, 439 (Eid), 157, 169 (Zustellung), Rot. 77, auch im Verfahren betreffend die Zwangsvollstreckung, Rot. 426 zu § 660 (jetzt 711). Vgl. auch Anm. 2 § 142. — Ueber Versäumnungen, welche ein Vertreter verschuldet, vgl. § 210 Absf. 1. — Ueber Zustellungen an gesetzliche Vertreter vgl. Anm. 3 § 52. — Ueber die Unwirksamkeit eines Verzichts auf die allgemeine Handlungs- oder Prozeßfähigkeit vgl. RW. 16. März 1881, SA. 37, 5, Nr. 4.

Für die deutschen Landesherren und die Mitglieder der deutschen landesherrlichen Familien, sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern ist mit Rücksicht auf § 5 GG. im preuß. AB. v. 24. März 1879 § 3 die besondere Vorschrift erlassen, daß „die für ihre Vermögensverwaltung bestehenden Behörden im Sinne der CP. als gesetzliche Vertreter derselben für alle zu ihrem Geschäftskreise gehörigen Gegenstände mit den Rechten und Pflichten der gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei gelten“ (mit einer Einschränkung hinsichtlich der Eidesleistung vgl. Anm. zu § 440). Ebenso in Sachsen-Weimar, S.-Altenburg, S.-Koburg-Gotha, S.-Meiningen, Reuß ä. L., Lippe, Schaumburg-Lippe. Vgl. v. Wilmowski u. Levy, Ausf. u. Ueb.-Gesetze II, 169, 197, 207, 214, 226, 262, 269. In solchen Fällen können also ausnahmsweise auch gesetzliche Vertreter einer an sich prozeßfähigen Partei bestehen. Das Bedenken von Wach (I, 590 Anm. 8) gegen die Gültigkeit der gedachten preussischen Verordnung hinsichtlich der nichtpreussischen Landesherren erscheint begründet, die weitergehenden Bedenken werden jedoch durch § 5 GG. widerlegt, welcher hinsichtlich der Landesherren zc. die Vorschriften der CP. gegenüber abweichenden Vorschriften der Landesgesetze außer Anwendung setzt. Abgesehen von der singulären Ausnahme für Landesherren u. s. w. kennt die CP. keine gesetzlichen Vertreter prozeßfähiger Personen, vielmehr ist nach der Begriffsbestimmung des § 50 daran festzuhalten, daß überall wo eine gesetzliche Vertretung stattfindet, der Vertretene mindestens für den betreffenden Kreis von Vermögensangelegenheiten als prozeßunfähig anzusehen ist, so bei einer Pflanzschaft oder Vormundschaft für Abwesende (vgl. RW. 30, 226), für den Nachlaß (unbekannte Erben § 694), für unbekanntes Interessenten, Bestellung von Liquidatoren für Handelsgesellschaften (auch wenn man diese nicht als juristische Personen erachten will, RW. 17, 368), von Testamentsvollstreckern (vgl. jedoch Anm. 1 § 50), Güterpflegern nach § 334 StGB. (RW. 11, 188). RR. Wach I § 51 S. 589 ff., Gaupp Anm. VII u. A. Ueber die Stellung des Konkursverwalters im Prozesse herrscht Streit. Von vielen (Endemann, Fitting, Fuchs, Mandry, Petersen, v. Sarwey, Schollmeyer, Boff, v. Wilmowski, Wolff) wird er als Vertreter des Gemeinschuldners hinsichtlich der Konkursmasse angesehen, von Anderen (Sanstein, Hellmann, Seuffert) als Vertreter der Gläubiger, von Cosack, Grühmacher, Otto, Wach als Vertreter der Gläubiger hinsichtlich der Anfechtungen, im Uebrigen als Vertreter des Gemeinschuldners, von v. Bödern

borff (ähnlich jetzt von Secius) als Vertreter der Konkursmasse als selbständigen Rechtssubjekts; vom R. 29, 29 (so auch Fischer, Deller, Stegemann) unter Ablehnung einer Vertretung für Gläubiger, Gemeinschuldner oder Masse als Organ öffentlichen Interesses für den Konkurszweck (vgl. auch R. 31, 43).

Vgl. zu diesem Titel Paragetti zur Lehre von der Prozeßfähigkeit zc., Heibelberg 1885.

### § 50.

Die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen,<sup>1a)</sup> die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter)<sup>1)</sup> und die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, soweit nicht die nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten.<sup>2)</sup>

R. 50. N. 79. 80. P. 23. 511. 512.

1a) Dieser dem R. entlehnte Ausdruck bezeichnet die Prozeßfähigkeit; vgl. Vorb., d. 5. die rechtliche Fähigkeit zu Prozeßhandlungen aller Art, auch solcher, welche nicht vor Gericht erfolgen (Zustellungen u. dgl. Seuffert Anm. 1 zu § 50, vgl. jedoch § 52). Ueber die Unterscheidung von der Parteifähigkeit einerseits und dem f. g. jus postulandi andererseits s. d. Vorb.

1) Von diesen gesetzlichen Vertretern der nicht prozeßfähigen Parteien (vgl. vorsteh. Anm. und Anm. 2, also Vormund für Pflanzlinge, Vater für minderjährige Kinder, Vorstand bez. Vertretungsberechtigte für juristische Personen, Personenvereine und Vermögensmassen), sind die sonstigen Vertreter zu unterscheiden, welche eine prozeßfähige Partei oder ein gesetzlicher Vertreter als Prozeßbevollmächtigte bestellt, und welche die Stelle der Partei nur soweit einnehmen, als dies gesetzlich ein Bevollmächtigter kann; §§ 74 ff. Als gesetzliche Vertreter gelten nach dem technischen Begriffe der C.P. (vgl. Vorbem. vor § 50) nicht bloß die direkt durch das Gesetz bestellten Vertreter, sondern Alle, welche gesetzlich berechtigt sind, die nicht prozeßfähige Partei vor Gericht zu vertreten, auch wenn diese Befugnisse auf Statuten, letztwilligen Verordnungen, Auftrag der nicht prozeßfähigen Partei u. s. w. beruhen, z. B. Liquidatoren von Handelsgesellschaften (vgl. Behrend Handelsstr. § 82 Anm. 7, S. 572 ff.), Testamentsvollstrecker und Nachlasspfleger für die Nachlassmasse, vgl. Dernburg I § 164; R. 9, 210 f., Anm. 1 § 220; Anm. 3 § 230; während der Testamentsvollstrecker gegenüber den Nachlassinteressenten (Erben, Legatarien und anderen Honorirten) — beim Widerspruch gegen seine Handlungen, sowie für seine persönlichen Ansprüche auf Honorar, Auslagen zc. — selbst Partei ist, vgl. R. Levy in Verh. d. 21. Juristentags Bd. 3 S. 234 ff. gegen die Auffassung v. Hartmann das. Bd. 1 S. 3 ff., 15 ff., daß er überhaupt Inhaber eines eigenen erbhöflichen Rechtes sei, und nicht fremde Interessen und Rechte vertrete. Das R. (Pl.) 25, 292 läßt die theoretische Konstruktion dahin gestellt, lehnt aber für ihn eine Rechtsstellung als Vertreter der Erben ab und bemerkt im R. 32, 152 für gem. R. u. A.R.: Der Testamentsvollstrecker sei weder Vertreter des Erblassers noch der Erben; der Umfang seiner Rechte werde durch den näheren Inhalt des Testaments bestimmt. Vom R. 30. Sept. 1891 (ZMBl. 1892 S. 159) wird er als Vertreter des Erben aufgefaßt. Nach R. 17. April 1888, ZM. 240, SA. 43, 465, Raffr. 32, 1188 sind Testamentsvollstrecker überhaupt nicht gesetzliche Vertreter, weil ihre Vertretungsbefugniß nicht unmittelbar auf dem Gesetz beruht. Hierin liegt eine zu enge Begrenzung des Begriffs, welche mit den Ausführungen in R. 17, 368 ff. in Widerspruch tritt. Eine gesetzliche Vertretung prozeßfähiger Personen läßt die C.P. ausnahmsweise für deutsche Landesherren und Mitglieder deutscher landesherrlichen Familien, sowie der Familie Hohenzollern im § 5 C.D. zu, vgl. Vorb. vor § 50 Abs. 4. Anträge, die vollständige Vertretung von Landesherren durch ihre Beamten und Behörden für Prozesse bez. Widersetzungen zuzulassen, sind in der R. und wiederholt in der Reichstagsstiftung v.

27. Nov. 1876 gestellt, aber abgelehnt, P. 756—758. Der Konkursverwalter ist für diejenigen, welche ihn als Vertreter des Gemeinschuldners hinsichtlich der Konkursmasse ansehen, vgl. Vorb. a. E., nicht Vertreter eines Prozeßfähigen, sondern eines „in so weit“ (§ 51) Prozeßunfähigen. Vgl. Gaupp VII, Petersen-Busch 18, 36; Pfand I § 46 II; Bach I § 51. (Abw.: Stellvertreter des Gemeinschuldners als eines Prozeßfähigen, Fuchs, Raff. 38, 262.) Auch die nicht vertretungsberechtigten Handelsgesellschafter sind für die Prozesse der Gesellschaft prozeßunfähig; ebenso jedes Zwangsvermögen (Nachlassmasse, Konkursmasse) sowie jede Gesamtheit unbestimmter Interessenten als solche. Bei abweichender Auffassung gelangt man, wie Fuchs a. a. O. zu der Annahme einer begriffswidrigen gesetzlichen Vertretung prozeßfähiger Personen. Lediglich Stellvertreter, nicht gesetzliche Vertreter sind die nach § 13 Gebrauchsmuster-Gesetz 1. Juni 1891, § 12 Patentges. 7. April 1891, § 23 Ges. 12. Mai 1894 angeordneten Vertreter für Ausländer. Dieselben haben die Stellung von Generalbevollmächtigten. Vertretung durch Konsuln vgl. Anm. 2.

Beim Vorhandensein mehrerer gesetzlichen Vertreter richtet sich die Vertretungsbefugniß der Einzelnen nach der betreffenden Rechtsnorm des bürgerlichen Rechts (Gaupp Anm. IV mit Endemann). — Der Mangel der gesetzlichen Vertretung im Prozesse, vgl. § 247 Nr. 6, kann durch nachträglichen Prozeßtritt des Vertreters geheilt werden; R. O. 18, 383; Kammerger., Busch 17, 130.

2) Darüber, a) ob und inwieweit eine Partei prozeßfähig ist, b) welche gesetzliche Vertreter für eine nicht prozeßfähige Partei aufzutreten haben, c) ob und welche besondere Ermächtigung die Partei und ihre Vertreter zur Prozeßführung haben müssen, entscheiden zunächst die §§ 51—55, und soweit diese nichts bestimmen oder selbst das bürgerliche Recht voraussetzen oder in Bezug nehmen, das bürgerliche Recht. Entscheidend ist nicht die allgemeine Handlungsfähigkeit, sondern ob nach dem bürgerlichen Rechte eine Partei nicht selbstthätig in Betreff ihrer Rechte sein kann, vgl. § 51 Abs. 1. Das bestimmende bürgerliche Recht ist dasjenige, welches für den Status der betreffenden Personen entscheidend ist, also in der Regel das Recht ihres Heimatsorts. Vgl. Savigny, System 8, 134 ff.; Erclius I, § 14 Nr. 1. Für Preußen: A. R. Einl. §§ 23 ff., Vorm.-Ordn. §§ 2—8, Ges. v. 12. Juli 1875 §§ 5, 6. Dies gilt auch hinsichtlich der ausländischen Parteien mit der im § 53 bestimmten Ausnahme. Die ausländischen, nach den Gesetzen ihres Staates gültig errichteten Aktiengesellschaften sind im Inlande parteifähig aber prozeßunfähig, und von ihren gesetzlichen Vertretern gilt dasselbe, wie von denen inländischer Parteien, R. O. 22, 147, vgl. Raff. 22, 516; R. O. 6, 134, betr. die Rechtsfähigkeit französischer Versicherungsgesellschaften. Dies ist auch meistens ausdrücklich in den neueren Handelsverträgen v. 6 u. 10. Dezbr. 1891, 21. Aug., 21. Okt. 1893, 29. Jan. 1894 mit Oesterreich-Ungarn, Italien, Belgien, Schweiz, Serbien, Rumänien, Rußland anerkannt, vgl. Anm. 1 § 19. Die durch Konsular-Konventionen, z. B. mit Rußland v. 21. Nov. 1874, R. O. 1875 S. 140, mit Griechenland v. 26. Nov. 1881 Art. 22, R. O. 1882 S. 101, mit Serbien v. 6. Januar 1883 (R. O. 62) Art. 18, mit der Südafrikanischen Republik 22. Jan. 1885 (R. O. 1886 S. 209) Art. 24 getroffene Bestimmung, daß die Erben von Ausländern, Russen, Griechen u. durch ihre Konsuln vertreten werden, ohne daß es einer Vollmacht bedarf, beruht auf der Präsuntion der Vollmacht; sie sind nicht gesetzliche Vertreter. Vgl. Busch 3, 163 ff. — Für die nach dem Rechte ihres Landes nicht prozeßfähigen „Ausländer“ bestimmt § 53 eine Ausnahme. Dagegen für die ausländischen Gesellschaften, Personenvereine, juristische Personen u. s. w. macht § 53 keine Ausnahme. Für Deutsche ist überhaupt keine Ausnahme von dem Grundsatz gemacht, daß das Recht ihres Heimatsstaates bestimmend ist; die Ausnahmevorschrift des § 53 ist nicht analog anzuwenden. — Wegen Vertretung des Fiskus vgl. Anm. 1, 2 § 20; der reichsgesetzlichen Personenvereine und Genossenschaften die Anm. 1 § 19 angeführten Gesetze, sowie die Zusammenstellung bei Gaupp Anm. V.

Die Nothwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozeßführung (vgl. §§ 52, 54) kommt hier nur insofern in Betracht, als die Ermächtigung erforderlich ist, um die Prozeßführung für den Vertretenen seinen Gegnern gegenüber wirksam zu



machen, nicht insoweit der Vertretene vertragsmäßig oder auch gesetzlich von seinem Vertreter ohne Wirkung gegen Dritte die Einholung einer Ermächtigung verlangen kann. Vgl. *GSB.* Art. 194, 195, 223, 231. Der zweite Abschnitt des ersten Buches regelt überhaupt nur das Verhältnis der Parteien zu einander und zum Prozeße. Demgemäß braucht auch der Konkursverwalter selbst im Falle des § 121 Nr. 2 *RD.* ungeachtet des § 54 keine Ermächtigung des Gläubigerausschusses nachzuweisen; *RD.* § 124. Für Preußen vgl. hinsichtlich der Genehmigung für den Kirchenvorstand: evang. Kirchengem.-Ordn. 10. Sept. 1873 § 31 Nr. 4, *GS.* 1874 S. 159 u. *Ges.* v. 3. Juni 1876 Art. 1, 26, *GS.* 125; Kirchengem.-Ordn. für Schleswig-Holstein v. 4. Nov. 1876, für Lauenburg v. 7. Nov. 1877, für das Konsistorium zu Wiesbaden v. 4. Juli 1877; desgl. *Gesetz* v. 6. April 1878; kathol. *Ges.* v. 20. Juni 1875 § 21 Nr. 5, § 51, *GS.* 245, u. *Ges.* v. 7. Juni 1876 § 3, *GS.* 149; *Secius* 4 § 283 R. 82. — Wegen Schulgemeinden und Unversitäten s. *ARN.* II 12 §§ 19, 54—57, 67, 68; *Strietz.* Bb. 58 S. 44; Armenanstalten *ARN.* II 19 §§ 42, 43. Vormünder bedürfen nach der preuß. *Vorm.-D.* v. 5. Juli 1875 zur Prozeßführung einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht, wohl aber zu Vergleich, wenn ihr Gegenstand unschätzbar ist oder 300 *M.* übersteigt (§ 42 Nr. 8). Vgl. *Anm.* 2 zu § 52. Die nach § 41 Nr. 2 der preuß. *Vorm.-D.* erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes zur Einziehung von Kapitalien ist nicht unter die „besondere Ermächtigung zur Prozeßführung“ zu subsumieren; das Fehlen begründet keine prozeßhindernde Einrede nach § 247 Nr. 6, vgl. *Anm.* 4 dazu und fällt auch nicht unter 513 Nr. 5 und § 542 Nr. 4. Der Streit darüber, ob der klagende Vormund diese Genehmigung schon behufs Begründung der Klage oder erst bei der tatsächlichen Einziehung beibringen müsse (vgl. *Dernburg* Preuß. *Privatr.* 3, § 85 R. 1, *A. Förster* *Anm.* 5d und die hier angeführte Literatur) ist ein materielle, die Sachlegitimation betreffender, hat also mit § 50 *CP.* nichts zu thun (vgl. *Secius* 4 § 232, *Anm.* 12). — Für Bayern, Württemberg, Sachsen, Baden u. s. w. *Hellmann* I, 192 ff.; *Kleiner* I, 280; *Gaupp* *Anm.* VI Note 41, *Seuffert* *Anm.* 5. — Wegen der Ermächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen bez. Zustellung an Vertreter vgl. *Anm.* zu § 52.

## § 51.

Eine Person ist insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten kann.<sup>1)</sup>

Die Prozeßfähigkeit einer großjährigen Person wird dadurch, daß sie unter väterlicher Gewalt steht, die Prozeßfähigkeit einer Frau dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt.<sup>2)</sup>

Die Vorschriften über die Geschlechtsvormundschaft finden auf die Prozeßführung keine Anwendung.<sup>3)</sup>

**R. 51. N. 81—84. P. 23. 512.**

1) *Abf.* 1 ist dem Art. 1 *RD.* nachgebildet, jedoch in veränderter Fassung. Die Prozeßfähigkeit soll sich nach der Vertragsfähigkeit richten, da die Führung eines Prozeßes einem Vertragsabschlusse — wenngleich mit staatlichem Zwange für die zur Entscheidung des Rechtsstreits dienenden Formen — gleichstehe. *Judicio contrahitur*, *Rot.* 74. Der *Abf.* 1 ist dahin zu verstehen: Wer in seiner persönlichen Befugniß zur Abschließung von Verträgen nicht beschränkt ist, ist für alle Prozeße prozeßfähig; wer in jener Befugniß beschränkt ist, soll nur für Prozeße über solche Rechtsverhältnisse prozeßfähig sein, für welche er unbedingte Vertragsfähigkeit hat. Ein Minderjähriger, welchem der selbständige Betrieb eines Erwerbsgeschäfts oder das Eintreten in Dienst oder Arbeit gemäß §§ 5, 6 *Preuß. Ges.* v. 12. Juli 1875, *GS.* 518, gestattet war, ist für Prozeße über diejenigen Rechtsgeschäfte und Verhältnisse prozeßfähig, für welche er nach §§ 5, 6 a. a. D. keiner Genehmigung bedarf; dagegen nicht prozeßfähig für Prozeße über solche Rechtsgeschäfte, zu welchen er nach § 5 *Abf.* 2 a. a. D. noch einer Genehmigung bedarf. In gleicher Weise hinsichtlich des Feuerverhältnisses des minderjährigen Schiffsmannes gemäß *Seemanns-*

ordn. 21. Dez. 1872 § 5. Ueber emancipirte Minderjährige nach franz. R. vgl. Zeitschr. f. franz. Civillr. 16. Beilage 169 ff. Im Abf. 1 § 51 ist absichtlich über die vom R. § 82 allein betroffenen Rechtsstretigkeiten „aus Verträgen“ hinaus die Prozeßfähigkeit erweitert. Die Mot. 74 bemerken zwar, ein ausnahmsweise Vertragstätiger sei „nur für Rechtsstretigkeiten prozeßfähig, welche aus solchen Verträgen entstanden sind. R. § 82“. Indes nach der insoweit klaren Fassung des § 51 Abf. 1 kommt es darauf an, ob die Person für das dem Prozesse zu Grunde liegende Rechtsgeschäft vertragsfähig ist, nicht aber, ob ein Vertrag geschlossen ist und aus diesem geklagt wird. Die Motive werden hier durch den Inhalt des § 51 widerlegt. Wenn einem minorennen, aber gemäß § 5 preuß. Gef. 12. Juli 1875 etablirten Kaufmann in Preußen etwas mit Rücksicht auf seinen Geschäftsbetrieb geschickt wird, und ein Vertrag darüber nicht geschlossen ist, so wird er der Klage auf Rückgabe nicht entgegensetzen können, er sei nicht prozeßfähig, weil nicht aus einem für ihn zulässigen Vertrage geklagt sei. So auch Buchelt I, 229; Sarwey 106; Fuchs, Raffr. 29, 599 ff., 754 ff. (unter besonderer Rücksicht auf Kurheffen). AR. Peterfen Anm. 1 am Ende. Vgl. dagegen Einzelmann in Busch 9, 215 ff. — Auch für Ehesachen und Familienrechte gilt § 51, Strudmann-Koch Anm. 1, wobei freilich durch die Ehemündigkeit allein nicht eine Vertragstätigkeit für alle Ehesachen gegeben ist, Einzelmann, Busch 9, 219 ff. Ueber Bestellung von Pflegern für geisteskrante Parteien im Eheprozeß vgl. RG. 10. März 1892, Raffr. 36, 1054.

Das „insoweit“ bedeutet also, daß Jemand nicht für alle Prozesse sondern unter Umständen nur für einzelne Arten von Prozessen die Prozeßfähigkeit hat. Dagegen kann Niemand für irgend einen Prozeß „theilweise prozeßfähig“ sein; ein solcher Begriff hat nicht eingeführt werden sollen; vielmehr kann die Partei für einen Prozeß nur entweder prozeßfähig sein, wenn sie Verträge über den Streitanspruch schließen kann, oder nicht prozeßfähig, wenn sie nicht unbedingte Vertragstätbefugniß darüber hat. Sie ist nicht, wenn sie im Bestande eines Anderen Verträge schließen kann, dadurch mit dessen Bestande prozeßfähig; Fitting, civR. 61, 409, Eccius, Raffr. 23, 738, Fuchs, Raffr. 29, 595 ff. Die Prozeßfähigkeit für den Prozeß über die Klage gilt jedoch nicht ohne Weiteres für die Widerklage, welche einen neuen Prozeß beginnt, mag dieser auch mit dem über die Klage verbunden werden; Einzelmann, Busch 9, 227 ff., Wach I, 536, aR. Fuchs a. a. O. Auch eine im Allgemeinen vertragsfähige Person gilt doch hinsichtlich derjenigen Rechtsgeschäfte, für welche ihr ausnahmsweise die Vertragstätigkeit entzogen ist, als prozeßunfähig; vgl. Anm. 1 § 50; RG. 11, 188 (für den Fall der Vermögensbeschlagnahme nach § 332 StGB.). Da nach preuß. R. die Gemeinen, Unteroffiziere und Subalternoffiziere des Soldatenstandes zur Aufnahme unkonfektirter Darlehne unfähig sind (§§ 681, 700 I 11 AR.), so sind dieselben auch für Klagen aus solchen Darlehnen — sofern diese nicht auf § 690 I 11 gegründet werden — prozeßunfähig, so lange sie sich in der bezeichneten Stellung befinden, und bedürfen demnach zur Prozeßführung eines besonderen gesetzlichen Vertreters (Pfleger), A. Förster Anm. 1 bb, (aR. Eccius I, § 73 Anm. 20 u. Raffr. 30, 463 ff. f. dagegen Fitting, civR. 61, 414). Unrichtig werden von A. Förster wegen § 704 I 11 AR. die Mitglieder der Königl. Schauspieler und Hofkapelle mit gleichem Maße gemessen; dieselben sind vielmehr darlehnsfähig, § 706 II AR., die Bestimmung des § 704 enthält nur eine Ausschließung des Rechtswegs auf Zett (vgl. Eccius 2, § 137 Anm. 77).

Ob und wie weit Jemand vertragsfähig ist, entscheidet das bürgerliche Recht, Mot. 73. Vgl. Anm. 2 zu § 50. Die Frage ist im Prozesse unter den auftretenden Parteien zu entscheiden. Durch die Vorschrift des § 54 (Berücksichtigung der Prozeßfähigkeit von Amtswegen) ist das Gericht indes ermächtigt, Zweifel anzuregen und vom Beweispflichtigen Beweise zu fordern, auch wenn eine Partei ihre Prozeßfähigkeit nicht bestrittet oder zugestehet. Vgl. Anm. 1 § 54. Ob der Vertrag (oder Prozeß) einer Person, welche sich durch Verträge verpflichten kann, für alle Theiligten z. B. wegen eines freitigen Grundstücks bindend ist, hat auf die Prozeßfähigkeit keinen Einfluß.

Der Gemeinschuldner ist als solcher nicht an sich und allgemein prozeßunfähig;

die Frage seiner Prozeßfähigkeit ist je nach der Konstruktion seiner Rechtsstellung verschieden zu beantworten, vgl. Anm. 1 u. Vorb. vor § 50 am Schluß. Nach der hier vertretenen Auffassung ist er hinsichtlich des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens prozeßunfähig, im Uebrigen prozeßfähig.

2) Großjährige sind an sich unbedingt prozeßfähig, auch wenn sie unter väterlicher Gewalt stehen. Ebenso ist eine Ehefrau (ohne Zuziehung ihres Mannes) prozeßfähig und auch ungeachtet der Zuziehung des Mannes selbständige Prozeßpartei (vgl. *RO.* 5. März 1887, *SA.* 42, 354). Diese Ausnahmen vom Grundsatz des *Abf.* 1 sind bestimmt, um im Interesse materieller Rechtsprechung prozeßualische Einwendungen in Betreff der bloßen Zulässigkeit, vor Gericht aufzutreten, abzuschneiden. Diese Prozeßfähigkeit kann der Ehefrau oder dem Hauskinde durch Landesrecht weder direkt noch indirekt entzogen werden, *RO.* 4, 373. Unberührt bleibt von dieser Vorschrift jedoch einmal das Recht jeder Partei, sowohl der Ehefrauen und großjähriger Hauskinder als ihrer Gegner, auf Grund des materiellen bürgerlichen Rechts zur Entscheidung in der Sache selbst geltend zu machen, daß wegen fehlender Genehmigung des Vaters oder Ehemannes nach dem bürgerlichen Rechte Haussohn oder Ehefrau in Betreff der streitigen Verpflichtung überhaupt nicht obligirt seien, oder daß sie in Betreff des streitigen Rechts nicht selbständig berechtigt, vielmehr durch Rechte Anderer (Nießbrauchs-, Verwaltungsrechte u. s. w.) beschränkt, bzw. zwar prozeßfähig, aber sachlich nicht legitimirt seien; und andererseits die Wirkung eines Prozeßes, welcher von einem Haussohne oder einer Ehefrau geführt ist, gegenüber dem Vater oder Ehemann bzw. rücksichtlich des Streitobjekts selbst (z. B. bei gütergemeinschaftlichen Grundstücken), in welchen Beziehungen überall das bürgerliche Recht entscheidet, *RO.* 13, 294; 28, 331; 32, 290; 15. Juni, 8. Okt. 1891, 2., 3. Nov. 1892, 22. Febr., 11. Nov. 1893, *ZW.* 91, 551; 92, 330, 93, 13, 181, 94, 8, *RaffR.* 36, 1043; 37, 1217; 38 473; 23. Juni 1894, *ZW.* 422. Die Prozeßfähigkeit ermächtigt demgemäß auch die Ehefrau nur zu prozeßualischen Handlungen (vgl. Anm. 2 zu § 52), nicht zum Abschlusse von Rechtsgeschäften, welche nach dem bürgerlichen Rechte der Genehmigung des Ehemannes bedürfen, auch wenn sie mit dem Prozesse in Verbindung stehen, *RO.* 6. Mai 1891, *ZW.* 351, *SA.* 48, 94. Ebenso darf gegen die Ehefrau nicht eine einstweilige Verfügung erlassen werden, wodurch die dem Ehemanne gebührende Verwaltung aufgehoben oder beschränkt wird; sie steht dem Letzteren, wenngleich er im Verfügungsverfahren nicht widersprechen kann, nicht entgegen, *RO.* 14. Juli 1894, *ZW.* 453. Die Sachlegitimation einer zur Zeit der Klagezustellung legitimirten (unverheir.) Frauensperson wird jedoch dadurch nicht aufgehoben, daß sie nachher heirathet, *RO.* 15, 255; 8. Mai 1893, *ZW.* 341, *RaffR.* 37, 1211. Für eine Klage gegen die Ehefrau auf Herausgabe eines Vermögensobjekts, welches nicht zu dem der Verwaltung des Ehemannes unterworfenen Vermögen gehört, so eines solchen, welches sie durch ein, ohne Genehmigung des Ehemannes geschlossenes ungültiges Rechtsgeschäft erhalten hat, ist die Frau sachlich legitimirt, *RO.* 17. April, 15. Mai 1893, *ZW.* 342, *RaffR.* 37, 1213. Eine Betheiligung des Ehemannes bzw. Vaters, soweit sie nöthig oder zweckmäßig erscheint, ist im Wege der Klageverbindung, §§ 56 ff., der Intervention bzw. Streitverkündung zu ermöglichen. *ROt.* 74—76. Der Mangel der Zuziehung des Ehemannes oder Vaters zur Klage wird durch Genehmigung geheilt, *RO.* 3. Nov. 1892, *RaffR.* 37, 1215; 10. Juli 1893, *ZW.* 422; 20. Juni 1894, *ZW.* 422. Sofern eine Ehefrau deshalb prozeßunfähig ist, weil sie noch minderjährig ist, was gemäß *Abf.* 1 nach bürgerlichem Rechte zu entscheiden ist, wird dieser Grund der Prozeßunfähigkeit durch *Abf.* 2 nicht beseitigt. Der zur Zeit der Klageerhebung wegen Minderjährigkeit vorhandene Mangel der Prozeßfähigkeit wird dadurch, daß die Partei während des Prozeßes großjährig geworden ist, noch nicht geheilt, wenn sie nicht dann noch die frühere Prozeßführung genehmigt, *OLG.* Nürnberg, *Buch* 18, 140. Nach *RO.* 4. April 1889, *RaffR.* 33, 1137; 20. Juni 1894, *RaffR.* 38, 1202, genügt zum Nachweise der Genehmigung des Ehemannes für die von der Ehefrau im Wege der Klage erfolgende Einziehung einer seinem Mitverfügungsrecht unterliegenden Forderung, daß der Prozeß von der Ehefrau „im Bestande ihres Ehemannes“ geführt wird. Indes ist der Ehemann rüd-

sichtlich seiner Rechte am eingebrachten Vermögen nicht bloß einfacher Bestand, sondern ebenfalls selbständige Prozeßpartei und als solche zu behandeln; *RG.* 2. Januar, 29. Sept. 1894, *ZM.* 113, 514; 5. Dez. 1894, *ZM.* 1895 S. 41; vgl. *Anm.* 1 § 338, u. insbesondere *RG.* 29. Sept. 1894, *ZM.* 514 über die Stellung der Ehegatten als nothwendige Streitgenossen im Sinne des § 59.

Soweit Ehefrauen und Hauskinder großjährig sind, kann der Ehemann oder Vater als ihr Vertreter für sie keinen Prozeß führen, da eine solche Vertretung durch § 51 besetztigt ist. Hierdurch wird indeß das Recht des Ehemannes bzw. Vaters, auf Grund seiner Rechte insbesondere auch seines Verwaltungsrechts zu klagen sowie sein Recht und seine Pflicht, auf Grund desselben sich verklagen zu lassen, nicht besetztigt. Damit vertritt er nur sich und seine eignen Rechte. Ueber das Verhältniß der Prozeßfähigkeit und Aktiv- oder Passivlegitimation betreffs der einzelnen Vermögensrechte der Ehefrau nach gem. und württemb. Rechte vgl. Wandry, *civA.* 65, 132—144; Caupp *Anm.* IV u. V; nach dem *RR.* vgl. *Ecclus* 4, 33 ff., § 206 und Boas, *RaffR.* 29, 305—326; *RG.* 7. Febr. 1887, *RaffR.* 31, 975; 14. Jan. 1888, *ZM.* 105; 13. Febr. 1889, *RaffR.* 34, 889; für das Recht der Mark Brandenburg vgl. *RR.* vgl. *Kammerger.* 6. Febr. 1892; 5. Juni 1893 (dagegen *RG.* 3. Juni 1893); *Kammerger.* 15. Okt. 1892, *Bl. f. R.* 3, 33; 4, 73, 74; 3, 113; für franzöf. R. vgl. *RG.* 10, 275 und Sagen: nothwendige Streitgenossenschaft u. s. w. im Rechtsgebiete des *code civil*, Jahr 1895. In Betreff Minderjähriger vgl. Fuchs, *RaffR.* 29, 611 ff., 754 ff.

3) Für Preußen ist die Geschlechtsvormundschaft überhaupt aufgehoben; *Borm.-D.* § 102, ebenso in Baden; vgl. Barazetti a. a. D. 9.

### § 52.<sup>1)</sup>

Einzelne Prozeßhandlungen,<sup>2)</sup> zu welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eine besondere Ermächtigung erforderlich ist, sind ohne dieselbe gültig, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen erteilt oder die Prozeßführung auch ohne eine solche Ermächtigung im Allgemeinen statthaft ist.<sup>3)</sup>

#### **E. 52. N. 85. P. 23. 512.**

1) Ob eine Ermächtigung zur Prozeßführung z. B. für den Vormund, Konkursverwalter, fiskalische Behörden, Kirchengemeinden, nöthig ist, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; §§ 50, 52. Vgl. *Anm.* 2 § 50. Wenn eine solche erteilt ist oder wenn sie nach dem bürgerlichen Rechte zur Prozeßführung im Allgemeinen nicht nöthig, so ist nach § 52 der Vertreter bzw. die Partei auch dann zu allen „Prozeßhandlungen“ (vgl. *Anm.* 2) berechtigt, wenn das bürgerliche Recht eine besondere Ermächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen verlangt. Die Prozeßhandlung bleibt ohne Rücksicht auf solche Beschränkung gültig, also auch für die vertretene Partei (nach Analogie des *QWB.* Art. 43, vgl. *CP.* § 79) verbindlich. Wenn ein Vertreter gegen Instruktionen gehandelt hat, welche ihm von der Partei berechtigterweise gegeben sind, so ist dies nur für das Verhältniß des Vertreters zur Partei von Interesse, *Rot.* 78. Für diese Beziehungen trifft § 52, welcher nebst dem ganzen Abschnitte nur das Verhältniß der Parteien zu einander und zum Prozesse ordnet, keine Bestimmung.

2) Prozeßhandlungen im weitesten Sinne sind alle diejenigen Handlungen der Parteien (und ihrer Vertreter), sowie der Gerichte (und ihrer Hülfsgorgane, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher), welche nach der Prozeßordnung zur gerichtlichen Erledigung bürgerlicher Rechtsstreitigkeiten und Wiederherstellung verletzter Privatrechte (einschließlich der Zwangsvollstreckung) vorzunehmen sind; vgl. Künzel, *RaffR.* 25, 327. Im § 52 (vgl. dagegen § 267) sind nur Prozeßhandlungen der Parteien und ihrer Vertreter gemeint. Die „einzelnen Prozeßhandlungen“ des § 52 sind Handlungen der Prozeßführung im Gegensatz zur „Prozeßführung im Allgemeinen“ z. B. Zuschreibung und Zurückschreibung von Eiden; *RGD.* I 10 § 292. Ein Vergleich oder eine Verzichtleistung auf den Streit-

gegenstand ist keine bloße „Prozeßhandlung“ (R. 19, 362; Jünger, Inaug.-Dissertat.; Erutter, prozeßl. Rechtsgeschäfte S. 128, 136); ebenso wenig das Anerkenntniß des Anspruchs nach § 278 (Eccius I § 50 R. 16; R. 13. Juli 1894, J. 33. 492) oder die Zahlung oder Erfüllung einer eingeklagten Verbindlichkeit, vielmehr Dispositionsakte der Parteien. Auch das gemeine Prozeßrecht schließt den Vergleich von den Prozeßhandlungen, welche der Prozeßvertreter vornehmen darf, aus; Weßell § 10 S. 82, Renaud § 69. Wichtig ist dies für die preuß. Vorm.-D. 5. Juli 1875 § 42 Nr. 8. Vgl. Anm. 2 § 50. Dagegen ist die Anzeige von einem abgeschlossenen Vergleich als reine Prozeßhandlung anzusehen, ferner die Anerkennung von Thatfachen, welche den gegnerischen Anspruch begründen, Zuschreibung und Zurückschreibung von Eiden, ebenso die Zurücknahme der Klage. Vgl. § 79 in Verbindung mit § 77. Die Verschlebung der Fassung der §§ 77, 79 vom § 52 ist eine absichtliche. Ein in der Vorform. gestellter Antrag, der auf dem bürgerlichen Rechte beruhenden Beschränkung der Befugnisse des Vertreters dem Gegner gegenüber nur in soweit rechtliche Wirkung zu verleihen, als die Beschränkung die Befestigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtsleistung oder Anerkennung betrifft, ist abgelehnt worden. Die meisten Kommentatoren rechnen (meist ohne weitere Begründung) überhaupt den Vergleich zu den vom § 52 betroffenen Prozeßhandlungen; Buchelt I, 231, Petersen Anm. 1, Kleiner I, 292, Seuff. Anm. 3, Sarwey I, 108, 109; Caupp Anm. II, Fitting § 24 R. 11, Reinde zu § 52. Ebenso Wach I, 536, 577; (weil der Vergleich auch prozeßualisch erhebliches Handeln sein könne; dies ist aber auch Erfüllung, Bezahlung), Kohler in Raff. 31, 496 (ohne Gründe). Wenn Sarwey 109 Anm. dabei eine Beschränkung, wie sie § 79 für Vollmachten bezeichnet, mit gleicher Wirkung für den § 52 zulassen will, weil § 52 auf dem Boden des § 79 stehe, so ist dies ohnehin inkonsequent, da die Vollmacht nicht bloß zu „Prozeßhandlungen“ ermächtigt, § 77. Für die Ausschließung des Vergleichs von den Prozeßhandlungen des § 52 vgl. Künzel, Raff. 24, 777; 25, 327 ff. (gegen S. 324 das.) und 28, 276 auf Grund des prozeßualischen Begriffes der Prozeßhandlungen, des Sprachgebrauchs der C.P. — Entgegensetzung der Prozeßhandlungen und der Prozeßbefestigung im § 77 — und der Not. zu den jetzigen §§ 52, 77, sowie Eccius I § 103 R. 6; 4 § 232 R. 23; Raff. 30, 465 ff. Vgl. dagegen Brettnner und Muskat, Wölklers Magazin 8, 261 ff., 201 ff. Im Konkursverfahren dagegen, welches kein eigentlicher Prozeß ist, und worin die C.P. nur „entsprechend“ anwendbar ist, wird der Zwangsvergleich als ein den Prozeßhandlungen entsprechender Akt angesehen. Vgl. v. Wilimowski R. D. Anm. 3 § 169. Ebenso Muskat a. a. D.

Wer zu einer Klage oder zur Einlassung auf eine Klage einer Prozeßermächtigung dem Gegner gegenüber bedarf, wird einer solchen auch zur Erhebung einer Widerklage und zur Einlassung darauf bedürfen, selbst wenn er die Ermächtigung zur Verhandlung über die Klage erhalten haben sollte. Abgesehen davon, daß die Prozeßbeschränkung sonst leicht Mißbräuchlich würde, ist die Verhandlung einer Widerklage nicht lediglich eine Prozeßhandlung für den bisherigen Prozeß, sondern zugleich inhaltlich die Führung eines neuen Prozesses. Durch die Einbeziehung in § 77, welche über den Zweck des § 77 nicht auszudehnen ist, wird dies um so mehr anerkannt, als auch im § 77 die Widerklage keiner besonderen Ermächtigung bedürft hätte, wenn ihre Verhandlung bloß eine Prozeßhandlung des bisherigen Prozesses wäre; Löning, Buch 4, 68, 69.

3) Gemäß dem § 52 bleibt es der Landesgesetzgebung unbenommen, auch für einen „gesetzlichen Vertreter“ die Nothwendigkeit einer Ermächtigung zur Prozeßführung, vgl. § 50, oder auch zu einzelnen „Prozeßhandlungen“ vorzuschreiben. Dagegen kann sie nicht mehr die Ermächtigung zu einzelnen Prozeßhandlungen mit der Wirkung vorschreiben, daß, wenn die Ermächtigung zur Prozeßführung im Allgemeinen erteilt oder unnothig ist, doch noch eine besondere zu den einzelnen Handlungen nöthig ist. Desfallige bestehende Vorschriften sind aufgehoben. — Für die Zustellung der Klage an den Beklagten ist in Ansehung des letzteren § 52 nicht maßgebend, dieselbe ist noch nicht eine Handlung der Prozeßführung des Beklagten. In der R. kam die Möglichkeit zur Sprache, daß nach Landesrecht die Zustellung einer Klage an den Vormund

von der Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts abhängt, P. 511, 512. Indeß nach § 157 ist für nicht prozeßfähige Personen an die „gesetzlichen Vertreter“ zuzustellen; eine landesgesetzliche Abweichung von dieser Vorschrift ist nicht gestattet; wenn nach der Landesgesetzgebung überhaupt der Vormund „gesetzlicher Vertreter“ ist, so ist eine Zustellung an ihn ohne Rücksicht auf etwaige beschränkende Vorschriften wirksam; wenn nach der Landesgesetzgebung der Vormund nur nach Ertheilung einer Ermächtigung „gesetzlicher Vertreter“ sein soll, so wäre es Sache der Landesgesetzgebung, zu bestimmen, wer bis zur Ertheilung der Ermächtigung gesetzlicher Vertreter ist, um den § 157 ausführbar zu machen. Demgemäß ist gegen einen zur Verhandlung auf die Klage geladenen gesetzlichen Vertreter das Verschumißverfahren zulässig, ohne daß die Ertheilung der zur Prozeßführung erforderlichen Ermächtigung für denselben nachgewiesen zu werden braucht. Das Richtersehen bez. Nichtverhandeln in einem Prozesse ist keine Prozeßführung. Vgl. auch Gaupp Anm. VIII § 50. RR. v. Sarwey 1, 100.

### § 53.

Ein Ausländer,<sup>1)</sup> welchem nach dem Rechte seines Landes die Prozeßfähigkeit mangelt, gilt als prozeßfähig, wenn ihm nach dem Rechte des Prozeßgerichts<sup>2)</sup> die Prozeßfähigkeit zusteht.<sup>3)</sup>

R. 53. N. 88. P. 23. 24. 512.

1) Ausländer ist Jeder, welcher nicht Reichsangehöriger im Sinne des Reichsges. v. 1. Juni 1870, RGBl. 355, ist, Vorbem. 7 vor § 12. Der Grundsatz des § 53 ist aus der W.D. Art. 84 und RR. Einl. § 35 entnommen, Mot. 78. Nur von ausländischen physischen Personen („ein Ausländer“) gilt § 53. Auf Deutsche ist er überhaupt nicht anzuwenden, weder auf solche, welche im Auslande wohnen (AR. Petersen Anm. 5, Strudmann-Roch Anm. 2; indeß die Analogie ist für diese einem besonderen Zwecke gegen Ausländer dienende singuläre Bestimmung nicht statthaft, vgl. Wach 1, 548 Anm. 39); noch weniger auf das Verhältnis der im deutschen Reiche Wohnenden, welche nach ihrem deutschen Heimathsorte prozeßunfähig, und nach dem Rechte des Prozeßgerichts prozeßfähig sind. Vgl. RDf. 6, 356, Anm. 2 § 50. Ob der Ausländer im Inlande einen Wohnsitz hat, oder nicht, ist für die Anwendung des § 53 unerheblich, da das Gesetz nicht unterscheidet, vgl. Barazetti a. a. D. 12 (gegen Mandry).

2) Nach dem Rechte des Prozeßgerichts, d. h. nach dem Rechte desjenigen Ortes, durch welchen der Prozeßgerichtsstand begründet wird. Vgl. Kleiner 1, 296. Unter „dem Rechte seines Landes“ ist dasjenige ausländische Recht zu verstehen, welches für die Prozeßfähigkeit des Ausländers nach den darüber an dem Orte des Prozeßgerichts geltenden Grundsätzen sonst maßgebend sein würde, welches also mit dem Rechte seines Heimathsortes nicht immer identisch zu sein braucht, Wach 1, 548 ff.

3) In der RR. kam in Frage, ob für einen Ausländer, welcher nach inländischem Rechte prozeßfähig, nach dem Rechte seines Heimathstaates aber nicht prozeßfähig ist, (z. B. bei Differenzen im Großjährigkeitsstermin) und welchem deshalb im Auslande ein Vormund bestellt ist, dieser Vormund im Inlande Klage erheben könne. Die RR. beschloß, diese Frage der Praxis zu überlassen. Der sodann beantragte Zusatz: „Der Eintritt des gesetzlichen Vertreters in den Prozeß wird durch den Paragraph nicht ausgeschlossen“, wurde abgelehnt, P. 23, 24. Die Frage muß verneint werden, weil das Prozeßgericht eine nach dem Gesetz als prozeßfähig geltende Person nicht als prozeßunfähig erachten darf, was nothwendig wäre, um einen gesetzlichen Vertreter derselben zu zulassen. Es würden andernfalls — namentlich für die Frage der Eidesleistung, der Zulässigkeit der Vernehmung des Vertreters als Zeugen u. A. — unlösliche Verwickelungen entstehen, zumal wenn die Partei selbst beansprucht, neben ihrem gesetzlichen Vertreter zugelassen zu werden. Vgl. Petersen Anm. 3, Barazetti a. a. D. 13 ff., Strudmann-Roch Anm. 1, Gaupp Anm. III (welcher diesen Kommentar unrichtig als Segner citirt), Seuff. Anm. 3, Wach 1, 549 ff. Anm. 44. Vgl. dazu RG. 6, 401; 14, 405, 412. — RR. Sellmann 1, 199, Siebenhaar 96, v. Bülow Anm. 2, Kleiner 1, 295.

Ein in seiner Heimath von der zuständigen Behörde nach dortigen Gesetzen rechtsgültig entmündigter Ausländer ist auch nach dem Rechte des inländischen Prozeßgerichts und nach den maßgebenden Grundsätzen des internationalen Privatrechts nicht als prozeßfähig zu erachten, wie er auch trotz Art. 84 B.D. nicht als wechselfähig gilt; Kammerger., Bl. f. R. 5, 91 ff.

Auch die einzelnen Prozeßhandlungen, welche in einem vor deutschen Gerichten geführten Prozesse seitens des Ausländers im Auslande vorgenommen werden, z. B. Eidesleistungen des Ausländers auf Ersuchen, sind nach § 53 zu beurtheilen. Dagegen ist, sofern der gesetzliche Vertreter einer auch nach § 53 prozeßunfähigen Partei nach dem maßgebenden ausländischen Rechte einer Ermächtigung zur Prozeßführung bedarf, diese auch im Inlande beizubringen, da hierüber im § 53 nichts bestimmt ist.

### § 54.

Das Gericht hat den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters und der erforderlichen Ermächtigung zur Prozeßführung von Amtswegen zu berücksichtigen.<sup>1)</sup>

Die Partei oder deren gesetzlicher Vertreter kann zur Prozeßführung mit Vorbehalt der Beseitigung des Mangels zugelassen werden, wenn mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist. Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist.<sup>2)</sup>

R. 54. N. 89. 90. P. 24. 25. 512.

1) Die *Offizialprüfung der Prozeßfähigkeit der Parteien* etc. — schon nach R.R. bei der Verhandlung in jure vorgeschrieben (vgl. Bülow, Prozeßreden 293) — wird aus Gründen des öffentlichen Interesses erfordert (vgl. Birkmeyer, Busch 7, 176 ff.). Folge der Berücksichtigung von Amtswegen ist einerseits das Recht des Gerichts, in jedem Prozeßstadium bis zum Endurtheil (auch ohne Antrag) Zweifel oder die Beseitigung des Mangels anzuregen oder vom Beweispflichtigen den Beweis zu fordern, ohne daß das Gericht an die parteifreilich zugestandenem Thatsachen gebunden wäre; andererseits die Pflicht des Gerichts, in Ermangelung der Prozeßfähigkeit oder der gesetzlichen Vertretung, falls dem Mangel nicht abgeholfen wird, Klagen oder Anträge auf Versäumnisurtheile zurückzuweisen, bez. Versäumnisurtheile zu erlassen, vgl. Abs. 2. Zur Ausübung der Thätigkeit von Amtswegen ist jedoch sachgemäß vorauszusetzen, daß ein Zweifel vorliegt, welcher dazu Anlaß giebt; O.R.G. Hamburg, Busch 19, 284. Soweit das Gericht Mängel von Amtswegen anregt, bleibt es seinem Ermessen überlassen, ob es noch eine Frist zur Beseitigung gewähren will oder nicht. Ein Antrag, daß das Gericht stets eine Frist zur Beseitigung gestatten sollte, ist in der Vorl. abgelehnt. Vgl. §§ 130, 248, 267 Abs. 2, 300 Nr. 1. — Auch wenn eine Frist zur Beseitigung des Mangels ertheilt wird, kann beim Nichtvorhandensein anderer gesetzlicher Gründe eine Aussetzung des Verfahrens nicht angeordnet werden, vgl. Anm. 1 § 225, R.G. 18, 385, vgl. Busch 19, 285. — Die Prüfung der Legitimation eines gesetzlichen Vertreters hat sich darauf zu beschränken, ob derselbe von der zuständigen Behörde für eine prozeßunfähige Person in formgerechter Weise bestellt ist; eine weitere Prüfung, ob etwa das Vormundschaftsgericht eine andere Person als Vormund hätte bestellen sollen, ob von demselben die Fortdauer einer gesetzlichen Vertretung mit Recht als unnötig befichtigt ist, oder ob die Bestellung des auftretenden Spezialpflegers für den Prozeß neben dem Vormunde nicht hätte erfolgen sollen, geht über die Frage der Legitimation hinaus; R.G. 33, 412.

Der Mangel ist von Amtswegen zu beachten, ohne Unterschied, ob er im Falle des Antrags auf Versäumnisurtheil die erschienene oder die nicht erschienene Partei betrifft; Endemann I 319. Kann eine Partei den von ihr (hinsichtlich ihrer selbst oder ihres Gegners) zu führenden Nachweis zur Beseitigung eines der Mängel des Abs. 1 nicht führen,

so ist ihr eigener Antrag auf Versäumnisurtheil gegen den nicht erschienenen Gegner zurückzuweisen, § 300; und ist gegen sie selbst auf Antrag ihres erschienenen Gegners, sofern diesem nicht ein solcher Mangel entgegensteht, ein Versäumnisurtheil zulässig; gegen eine prozeßunfähige Partei natürlich nur dann, wenn ihr gesetzlicher Vertreter geladen hat, oder gehörig geladen ist. Eine nur mangelhaft vertretene Partei ist, sofern sie zum Prozesse gehörig zugezogen ist, als nicht erschienen bez. nicht handelnd, also versäumend anzusehen. Hat für eine prozeßunfähige Partei ein Vertreter ohne Legitimation bez. ohne erforderliche Prozeßermächtigung geklagt, so ist die Klage Mangels einer Prozeßvoraussetzung durch (kontradiktorisches) Endurtheil abzuweisen, doch sind dem Vertreter, nicht der Partei die Prozeßkosten aufzuerlegen. Just. D. 8. Marienwerder, S. 49, 346, Eccius, R. 29, 6; Barozetti a. a. D. 39. Abw. Schmalbach, civ. 63, 413 ff. und Volgiano, Busch 5, 184 ff.; Just. civ. 68, 316 ff.; Caupp Ann. IV, Reinde 78. Da das Gericht und zwar das erkennende Gericht in m. B. die Prozeßvoraussetzungen zu prüfen hat, so kann auf eine erhobene Klage nicht die mündliche Verhandlung verweigert und ein dahingehender Beschluß gefaßt werden (wie Caupp annimmt), ebensowenig kann (wie Just. annimmt) nach m. B. die Einstellung des Verfahrens wegen Mangels der gesetzlichen Vertretung durch Beschluß ausgesprochen werden, vgl. R. 6. 18, 385, 29, 410 f., dagegen Pfizer, Busch 13, 162 ff.; andererseits Bock, Jf. 1889 S. 27). Auch die Zurückweisung der als gesetzlicher Vertreter aufzutretenden Person vor Stellung ihres Antrags nach Analogie der Zurückweisung eines Bevollmächtigten gemäß § 143 findet nach der C. P. nicht statt. Das Endurtheil aber auch hinsichtlich der Prozeßkosten gegen die Partei zu richten (wie Caupp u. Reinde, auch Pland 2, 90 ff. verlangen) wäre eine offenbare *contradictio in adjecto*. Wenn die Klage abzuweisen ist, weil sich herausstellt, daß die als Klagepartei angegebene Person in Wirklichkeit nicht als Partei aufgetreten ist, so unterliegt nicht die Partei als solche, sondern derjenige, welcher sich ohne Recht angemaßt hat, sie zu vertreten; folglich sind diesem als dem wirklichen Streitenden gemäß § 87 die Prozeßkosten aufzuerlegen. Wer sollte sie auch sonst tragen? (vgl. auch Pfizer, Busch 13, 174 ff.). Die Partei auf einen Regreß gegen den falschen „Vertreter“ zu verweisen (wie Pland will), wäre unlogisch und ungerecht. Wenn die Partei den Mangel der Legitimation selbst verschuldet haben sollte, worauf Pland a. a. D. hinweist, so mag der Vertreter sich an die Partei wegen der Kosten regrestiren; er handelt schon unvorsichtig, wenn er ohne die erforderliche Legitimation die Klage erhebt. Wenn Pland ferner meint, es sei civilrechtlich (?) nichts Unerhörtes, daß ein völlig Unbetheiligter ohne, ja wider sein Wissen und Wollen durch Einmischung Anderer in Schaden gerathe, und dies werde im vorliegenden Falle durch die Rücksicht auf den Beklagten aufgewogen, so ist doch hier nicht die Frage, ob ein falscher Vertreter einen Handlungsunfähigen beschädigen könne, sondern ob er ihn mit Billigung des Gerichts beschädigen dürfe, was unbedingt zu verneinen ist, da der Civilprozeß keine Fälle für Prozeßunfähige sein soll, und da das Gericht nicht ein Urtheil zum Schaden einer Partei erlassen darf, in dem Bewußtsein, daß dasselbe als nichtig angefochten werden kann; § 542 Nr. 4. Die Rücksicht auf den Beklagten aber wird dadurch genügend gewahrt, daß derjenigen Person, welche zu Unrecht Klage erhoben hat, die Kosten aufgelegt werden. Wird der Mangel der gesetzlichen Vertretung des Klägers bei Erhebung der Klage erst in einer der folgenden Instanzen erkannt, so ist unter Aufhebung des Verfahrens der früheren Instanzen, in gleicher Weise die Abweisung der Klage auszusprechen, sofern der Kläger nicht in der Folge gesetzlich vertreten gewesen ist und die Erhebung der Klage rathäbirt hat. — Ist die gegen eine prozeßunfähige Partei gerichtete Klage nicht ihrem gesetzlichen Vertreter zugestellt, so ist sie auf Antrag durch (kontradiktorisches) Endurtheil als nicht gehörig erhoben abzuweisen, ohne Unterschied ob der Kläger erschienen ist oder nicht. Vgl. Ann. 5 § 295. Ist nur der Kläger erschienen, so erlebte sich die Sache durch Zurückweisung seines Antrags auf Versäumnisurtheil, falls nicht auf Antrag des Klägers Vertagung erfolgt. § 300. Steht sich der Mangel erst in den folgenden Instanzen heraus, so kann nur unter Aufhebung des Verfahrens der früheren Instanzen



auf Abweisung der Klage erkannt werden, sofern nicht eine Heilung des Mangels, vgl. § 267, eingetreten ist. Vgl. *R. O.* 18, 385.

In einem, keine mündliche Verhandlung erfordernden Verfahren erfolgt die Zurückweisung eines Antrags wegen Mangels der Prozeßfähigkeit bzw. gesetzlicher Vertretung regelmäßig durch Beschluß. Im Arrestverfahren (ebenso bei einstw. Verf.) ist auch eine Abweisung durch Endurtheil möglich; §§ 802, 805.

Auch die Parteien und zwar beide, können die Amtspflicht des Richters in Beziehung auf Mängel gegen § 54 anregen. Wenn der Beklagte die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung erhebt, so ist sie — unbeschadet der dem Gerichte gemäß Abs. 1 von Amtswegen zustehenden Befugnisse — als prozeßhindernde Einrede nach §§ 247 (*Pr.* 6), 250, 465, 490, 529 zu behandeln; und zwar als eine solche, auf welche die Partei wirksam nicht verzichten kann (§ 247 Abs. 3), weil aus Gründen des öffentlichen Interesses das Gericht selbst von Amtswegen darauf Rücksicht nehmen muß. — Aus § 54 folgt nicht, daß das Gericht berechtigt wäre, den nach seiner Meinung unberechtigten Vertreter, welchem die Klage zugestellt ist, zur Vertheidigung seiner Stellung bzw. des Einwandes mangelnder passiver Legitimation nicht zuzulassen; er hat das Recht, den Einwand nach § 247 im Prozesse zu erheben und zu vertreten, *R. O.* 29, 408. — Wegen der Revision bzw. Richtigkeitsklage, wenn eine Partei im Verfahren nicht nach Vorschrift der Gesetze vertreten war, vgl. §§ 513 *Pr.* 5, 542 *Pr.* 4. In Betreff des Verlustes der Prozeßfähigkeit und der Vertretungsbefugniß des gesetzlichen Vertreters während des Prozesses vgl. §§ 219, 223.

2) Selbst im Falle der Gefahr im Verzuge ist die Zulassung „mit Vorbehalt“ dem Ermessen des Gerichts anheimgestellt („kann“) und damit dem Gerichte die diskretionäre Beurtheilung überlassen, ob eine zur Zulassung genügende Gefahr vorhanden ist. Vgl. *Anal.* § 85.

Die Frist ist eine richterliche und kann auf einseitigen Antrag verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, § 202 Abs. 2. Ueber die Verlängerung kann auf bloßes schriftliches Gesuch ohne mB. erkannt werden, § 203. Ist die Frist abgelaufen, ohne daß der Mangel beseitigt ist, so treten die Resultate wie in Anm. 1 ein, und daß inzwischen mit Vorbehalt Gesühene ist wirkungslos. Das Endurtheil kann indeß nicht ohne erneute mB. und ein Versäumnisurtheil nicht ohne Antrag in dieser weiteren Verhandlung erlassen werden, § 295. Daraus folgt, daß nach Ablauf der Frist von Neuem zu laden ist, um das Endurtheil zu erwirken, und daß mit Rücksicht auf § 209 der versäumte Nachweis noch bis zum Schlusse der mB., auf welche das Urtheil ergeht, nachgebracht werden kann. *Zust. Barozetti a. a. O.* 34; ferner *R. O.* 14, 430. Danach hat die Frist nur die Bedeutung, daß der Partei kein Recht darauf zusteht, daß nach Ablauf der Frist noch länger abgewartet werde, ob sie die Legitimation werde beschaffen können. Ob die Entscheidung des *R. O.* 1. April 1885, *JW.* 182 *J.* 4 sich gegen eine erneute Verhandlung ausspricht, ist aus der, in dieser Beziehung unvollständigen Mittheilung nicht zu ersehen. Jedenfalls dürfte es nicht unbedenklich sein, auf Antrag das Urtheil für den Fall der Fristversäumnis als eventuelles unter Aussetzung der Verkündung zu beschließen, da die definitive Urtheilsfällung erneuter richterliche Prüfung auf Grund mB. bedarf.

### § 55.

Soll eine nicht prozeßfähige Partei<sup>1)</sup> verklagt werden, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, so hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts derselben, falls mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag<sup>2)</sup> bis zu dem Eintritt des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen.

Der Vorsitzende kann einen solchen Vertreter auch bestellen, wenn in den Fällen des § 21 eine nicht prozeßfähige Person bei dem Gericht ihres Aufenthaltsorts oder Garnisonorts verklagt werden soll.<sup>3)</sup>

1) Eine nicht prozeßfähige Partei, ohne Unterschied ob Inländer oder Ausländer, ob eine physische oder juristische Person u. s. w. (Siebenhaar 98 will ohne Grund nur physische Parteien gemeint wissen). Auch wenn eine Klage gegen eine ruhende Erbschaft oder unbekannte Erben eines Nachlasses gerichtet werden soll, welchen noch kein gesetzlicher Vertreter bestellt ist (vgl. §§ 693, 694), ist § 55 anwendbar, da die in Anspruch genommenen Parteien bei der vorliegenden Ungewißheit prozeßunfähig im Sinne der §§ 50, 55 sind und nur durch gesetzliche Vertreter handeln können. Vgl. preuß. Vorm.-D. §§ 89, 90; ferner Rechtsfall in *SA.* 42, 467. Nur wenn die Klage erst noch bevorsteht, ist § 55 anwendbar, verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit nach Erhebung der Klage, so werden §§ 219, 223 anwendbar, *RO.* 3. Febr. 1894, *ZB.* 113, *SA.* 49, 455.

2) Auf Antrag d. h. des Klägers; der nicht prozeßfähige Beklagte kann keinen Antrag stellen und von ihm hängt es auch nicht ab, ob er „verklagt werden soll“; *Sarwey* I, 113; *Endemann* I, 323. Dagegen will *Buchelt* I, 239 auch den Antrag der nicht prozeßfähigen Partei berücksichtigen, weil auch diese ein Interesse an baldiger Erledigung eines vorauszu sehenden Prozesses haben könne.

Der Antrag, welcher nicht von dem Prozeßgerichte (§ 74 Abs. 1) gestellt, sondern an den Vorsitzenden vor dem Prozeßbeginne gerichtet wird, erfordert auch im Anwaltsprozesse keinen Anwaltszwang; *Hellmann* I, 204; *Kleiner* I, 306; *Struckmann-Roch* Anm. 1; *Meyer*, *Zustell.* 20; vgl. *RO.* 6, 392. *MR.* *Petersen* Anm. I. Das Verfahren ist überhaupt kein Theil des Prozeßverfahrens, es bedarf daher auch keiner förmlichen Zustellung des Beschlusses und der im Buche über das Prozeßverfahren stehende § 294 ist direkt nicht anwendbar; *Meyer*, *Zustell.* 20. — Der Vorsitzende ist derjenige der Civilkammer oder R. f. S., wie auch unter dem Prozeßgerichte stets die Kammer (bez. der Senat) verstanden ist.

3) Abs. 1 betrifft nur Parteien, welche nicht prozeßfähig sind, und überhaupt nirgend einen gesetzlichen Vertreter haben; der Vorsitzende muß im Falle der Gefahr im Verzuge solchen Personen, wenn sie verklagt werden sollen, einen einstweiligen Vertreter bestellen. Personen, deren Vertreter abwesend oder außerhalb des Gerichtsbezirks wohnhaft ist, sind vom Abs. 1 nicht betroffen. Ueber die Frage der Beseitigung des § 149 II 6 *MR.* durch § 55 vgl. *Ecclus* 4, 649 *Rt.* 43 u. dagegen *Schollmeyer*, *Buch* 14, 357. Ueber die f. g. *exceptio plurium litisconsortium* Anm. 2 § 59.

Abs. 2 betrifft dagegen Parteien, welche nicht prozeßfähig sind, und für welche ein Fall des § 21 vorliegt, ohne Rücksicht darauf, ob sie einen gesetzlichen Vertreter haben oder nicht. Diesen ist der Vorsitzende befugt, aber nicht verpflichtet, wenn sie am Aufenthalts- oder Garnisonorte verklagt werden sollen, einen besonderen Vertreter zu bestellen. Der Ausdruck „einen solchen Vertreter“ in Abs. 2 bezeichnet nur die gleiche Eigenschaft desselben als eines besonderen einstweiligen; dagegen sind hierdurch für dessen Bestellung nicht die gleichen Voraussetzungen, wie in Abs. 1 bezogen: also weder der Mangel eines gesetzlichen Vertreters noch Gefahr im Verzuge. *MR.* *Endemann* I, 234.

Für Klagen der im § 55 bezeichneten Personen eine Ausnahme zu bestimmen, wurde kein Bedürfnis gefunden.

Die Funktion der besonderen Vertreter wird beseitigt, wenn der gesetzliche Vertreter in den Prozeß eintritt (nicht schon mit dessen Bestellung, welche im Falle des Abs. 2 schon vorher erfolgt sein kann), *Rot.* 79. Bis dahin ist der Umfang der Befugnisse des besonderen Vertreters selbstverständlich derselbe, wie der des gesetzlichen Vertreters, auch nöthigt weder der Wortlaut noch die ratio des Gesetzes zur Annahme, daß das Endurtheil vor Eintritt des gesetzlichen Vertreters nicht erlassen werden kann; die gemäß § 55 angeordnete Vertretung ist sachlich keine provisorische. (*Endemann* I, 324; *MR.* *Förster* Anm. 3.) Die Verpflichtung zur Uebernahme der Funktionen bestimmt sich nach dem bürgerlichen Rechte. Für Preußen vgl. §§ 90, 91, 23 *Vorm.-D.*; *RO.* 18, 184, 227. Wegen der Gebühren vgl. *ORG.* § 47 *Rt.* 9, *AnwObD.* § 23 *Rt.* 1 § 29 *Rt.* 6.

## Zweiter Titel. Streitgenossenschaft.

Der zweite Titel §§ 56—60 behandelt die prozessualischen Voraussetzungen und Beziehungen für mehrere Kläger oder Beklagte eines Prozesses, subjektive (aktive oder passive) Klagenhäufung — über objektive s. §§ 232, 136 — ohne die materiell-rechtlichen Vorschriften, wann Mehrere behufs Verfolgung eines Anspruches Klagen oder verklagt werden müssen, zu berühren.

Nach der Ausdrucksweise des Gesetzes ist in der Vorschrift: die Parteien können unter bestimmten Voraussetzungen etwas thun, zugleich die Vorschrift enthalten, daß sie es unter anderen Voraussetzungen nicht können. Die subjektive Kumulation von Klagen verschiedener Kläger oder gegen verschiedene Beklagte ist daher in anderen als den in der C.P. zugelassenen Fällen ausgeschlossen. Demnach kann auch eine Widerklage nicht Andere als die Kläger zu Parteien machen, Endemann I, 325.

Gegenüber den hieraus sich ergebenden Rechten der Parteien ist dem Gerichte das Recht gegeben, von Amtswegen unter bestimmten Voraussetzungen für mehrere in einem Prozesse erhobene Ansprüche getrennte Verhandlung und Entscheidung anzuordnen, oder mehrere Prozesse mit einander zu verbinden, sowie solche Trennungen und Verbindungen wieder aufzuheben, §§ 136, 138, 141, 273.

Voraussetzungen für jede Klagenhäufung, welche nach den Vorschriften über die sachliche und örtliche Zuständigkeit und mit Rücksicht auf die Möglichkeit verbundener Verhandlung sich von selbst verstehen, sind:

1. daß für alle verbundenen Klagen nicht ein anderes Gericht ausschließlich sachlich zuständig ist, s. §§ 38, 39,
2. daß für keinen Anspruch ein anderer ausschließlicher Gerichtsstand gegeben ist,
3. daß in der gleichen Prozeßart geklagt wird.

Wegen der Erlangung eines gemeinschaftlichen Gerichtsstandes für Klagen gegen Mehrere s. § 36 Nr. 3. Der Werth des Streitgegenstandes wird nach dem Gesamtwerte der Ansprüche berechnet, § 5. Sonstige Bestimmungen über Streitgenossenschaft: §§ 36 Nr. 3, 61, 66, 95, 96, 172, 391 Abs. 3, 434—436, 438, 566 Abs. 2, 590, 607 Abs. 3, 690 Abs. 2, 710 Abs. 3, 753 Abs. 2.

### § 56.

Mehrere Personen<sup>1)</sup> können als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden,<sup>2)</sup> wenn sie in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft<sup>3)</sup> stehen, oder wenn sie aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde<sup>4)</sup> berechtigt oder verpflichtet sind.

E. 56. N. 91. 93. P. 25. 512.

1) Personen, d. h. Parteien, physische oder andere Personen. Mehrere Vertreter derselben prozessfähigen Partei sind nicht Streitgenossen, wie mehrere Vertreter einer Partei nicht Parteien sind. Vgl. §§ 436, 434, Wird für oder gegen eine offene Handelsgesellschaft geklagt, so ist diese als ein Prozeßsubjekt hinsichtlich des Vermögens der Gesellschaft Partei, wenngleich das gegen sie ergangene Urtheil auch die Verbindlichkeit der einzelnen Mitglieder materiell berührt, und jedes Mitglied ein selbständiges Interesse an der Entscheidung hat oder haben kann; HGB. Art. 111 ff., 123, 127. Die vertretungsberechtigten Mitglieder sind Vertreter der Partei, nicht Streitgenossen unter einander; R.D.F. 20, 180 ff., R.G. 29. März 1884, 3B. 171, 3ff. 14; R.G. 14, 20. Vgl. Strudmann-Roch Anm. 2 § 59, Behrend, Handelsr. I § 74 S. 524 ff.; Sommer, Raffr. 30, 458 ff.; Eccius, Raffr. 30, 461 f. u. Zeitschr. f. Handelsr. 32, 1; Pfand I § 43 Anm. 12 S. 111 (mit der Modifikation, daß alle Mitglieder der Gesellschaft gesetzliche Vertreter derselben seien, von denen die vertretungsberechtigten nur als bevollmächtigt gelten). Dagegen

Henaub § 58 S. 145, 150; Hellmann 215; Kleiner 318; Stebenhaar 99; v. Bülow Anm. 1 zu § 59; v. Amelungen Dissert. die sog. nothwend. Streitgen., Mannheim 1881 S. 69, Nach 1, 523 ff. (vgl. gegen denselben Eccius a. a. D.) und in Busch 9, 433 ff. Wird gegen die Gesellschaft und zugleich gegen einzelne (gegenwärtige oder ausgeschiedene) Mitglieder derselben geklagt, so sind diese Streitgenossen der Gesellschaft wie auch das einzelne Mitglied mit Rücksicht auf sein selbständiges Interesse und die formale Zulässigkeit seiner selbständigen Parteistellung neben der Gesellschaft in der Lage sein kann, als Nebeninteressent aufzutreten. Vgl. auch (das frühere preuß. Prozeßrecht betreffend) R. O. 5, 69. Man braucht deshalb nicht (mit Eccius a. a. D., Krüdmann, Raffr. 37, 217, 235, 241; Ehle, civR. 82, 60; vgl. dagegen R. O. 18. Okt. 1891, 3M. 512) der offenen Handelsgesellschaft juristische Persönlichkeit beizulegen (wenngleich die Rechtsentwicklung offenbar dahin drängt), vielmehr kann man mit R. O. 3, 57; 5, 55; 9, 144; 17, 367; 18, 140; 15. Dez. 1893, 3M. 1894 S. 65; Behrend Handelstr. 1, § 62 S. 445 u. A. in der offenen Handelsgesellschaft nur die Vereinigung der Gesellschafter zu dem Geschäftszwecke verförpert sehen und die Gesellschafter als die Rechtssubjekte des Rechtsanspruchs ansehen, R. O. 2. Jan., 18. März, 10. u. 26. April 1890, 3M. 47, 157, 182, 192, Raffr. 34, 1220; 29. Juni 1892, 3M. 374; Kammerger. Bl. f. R. 5, 3; ohne den vorher charakterisirten, aus der gesetzlich anerkannten Parteifähigkeit dieser unter einem Namen (der Firma) auftretenden Vereinigung folgenden Rechtsstandpunkt für den Prozeß verlassen zu müssen, wie auch die rechtskräftige Entscheidung eines Prozeßes gegen die offene Handelsgesellschaft nur die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Gesellschaft ermöglicht, wenngleich sie in Betreff des Bestehens der Gesellschaftsschuld auch für einen demnächstigen Prozeß gegen die Gesellschafter wirkt. Vgl. Anm. 2 § 665, Anm. 2 § 671; R. O. 6, 419; 21, 130; R. O. 3, 340, 58; 13 97. Nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft sind dagegen in den Prozeßen der bisherigen Firma in Liquidation die einzelnen Gesellschafter als Streitgenossen anzusehen, für welche, soweit sie nicht selbst Liquidatoren sind, als prozeßunfähige Parteien ihre gesetzliche Vertreter — die Liquidatoren — handeln (R. O. 29. März 1884, 3M. 171; 14. Dez. 1886, 3M. 1887 S. 39 u. Raffr. 31, 446; 2. Jan. 1890, 3M. 47). A. R. Ehle, civR. 82, 61. Was von der offenen Handelsgesellschaft, gilt auch von der Kommanditgesellschaft, während die Aktiengesellschaften und die eingetragenen Genossenschaften als juristische Personen zu erachten sind (Behrend a. a. D.). Die Kommanditgesellschaft auf Aktien ist nach der herrschenden Meinung nicht juristische Person, vgl. Ring, das Reichsges. betr. die Kommanditgesellschaft auf Aktien zc. 2. Aufl. Berlin 1893 S. 24 ff.; aM. Staub Kommentar z. S. O. B. zu Art. 173.

2) Die Fälle des § 56 sind die sog. **wächten oder eigentlichen Streitgenossenschaft**; die Streitgenossenschaft selbst ist prozeßualisch jedoch in diesen Fällen nicht anders zu behandeln, als in denen der sog. **unwächten oder uneigentlichen** des § 57. In jedem Falle hat jeder Beklagte gegen eine nach §§ 56, 57 zulässige Klageverbindung kein Widerprüchrecht, gegen eine unzulässige dagegen das Recht des Einwandes, und andererseits kein Recht, eine Verbindung zu erzwingen. Vgl. Anm. 1, 2 § 59. Von Amtswegen ist Unzulässigkeit der subjektiven Klagenkumulation nur beim Fehlen der in Vorb. zu § 56 angegebenen drei Voraussetzungen auszusprechen. Bei der Widerklage kann sachgemäß eine subjektive Klagenhäufung nur soweit stattfinden, als dies bereits durch die Klage geschehen ist, und zwar eine aktive Widerklagenhäufung bei passiver Klagenhäufung und umgekehrt. Vgl. Anm. 1 § 58. Durch Betheiligung Dritter an dem Rechtsstreite kann eine Streitgenossenschaft in den Fällen der §§ 66, 607 Abs. 2, 753 Abs. 2 entstehen. Ueber Beiladung Dritter vgl. Anm. 3 § 69.

3) Der Begriff der Rechtsgemeinschaft, an sich kein allgemein recipirter Kunstausdruck, ist hier im weitesten Sinne aufzufassen. Es gehören darunter nicht nur die Fälle, in welchen Miteigenthümer, Mitberechtignte oder Mitverpflichtete bzw. Mitglieder einer Gesellschaft oder eines Personenvereins ein Allen gemeinsames Recht verfolgen oder wegen einer gemeinsamen Pflicht verklagt werden; und es ist nicht nöthig, daß dasselbe Recht hinsichtlich aller Betheiligten in Frage steht; sondern es genügt, daß die Mehreren gemeinsam rechtliche — wenngleich verschiedenartige — Beziehungen in

Ansehung des Streitgegenstandes dem Gegner gegenüber haben. Es können der Eigenthümer und der Nießbraucher bzw. Pfandgläubiger einer Sache oder Forderung, der Eigenthümer und Besizer einer Sache, der Erbe und der Legatar hinsichtlich eines Nachlassobjekts zc. zusammen klagen oder verklagt werden. Vgl. auch § 690 Abs. 2, § 710 Abs. 3. Nothwendig ist indeß für diesen Kumulationsgrund (§ 56), daß das Verhältniß der Parteien denselben Streitgegenstand betrifft, daß ihre Beziehungen zu demselben rechtliche sind und daß die mehreren Personen, welche zusammen als Kläger oder Beklagte auftreten sollen, ihrem Gegner gegenüber ein gemeinsames rechtliches Interesse haben; vgl. Anm. 1 § 57.

4) Ex eadem causa, Weßel § 63. Vgl. R. 24, 408. Ueber den „Grund“ eines Anspruchs s. Anm. zu § 230.

### § 57.

Mehrere Personen können auch dann als Streitgenossen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, wenn gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen<sup>1)</sup> thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche<sup>2)</sup> oder Verpflichtungen den Gegenstand des Rechtsstreits bilden.

E. 57. N. 92. P. 25. 512.

1) Der Unterschied des § 57 (s. g. *nächste oder uneigentliche Streitgenossenschaft*, vgl. Anm. 2 § 56) von dem zweiten der Kumulationsgründe des § 56 liegt darin, daß der Grund der Ansprüche nur ein „gleichartiger“, und nicht „derselbe“ zu sein braucht: daß dagegen im Falle des § 57 zugleich die Ansprüche oder Verpflichtungen selbst gleichartig sein müssen, was für den § 56 nicht Voraussetzung ist. Die Dehnbarkeit des Begriffs der Gleichartigkeit giebt dem Gericht ein entsprechendes Ermessen. — Die Fälle einer Klage gegen Mehrere, welche bei einer Hauptintervention, § 61, oder einem Ansprüche Dritter auf Pfändungsobjekte oder deren Erlös, §§ 690, 710 vorkommen, sind Kumulationen, welche nicht nur nach § 57 zulässig sind, sondern wegen der Rechtsgemeinschaft und in der Regel auch wegen der Identität des behaupteten Anspruchs nach § 56 statthaft sind. Dazu gehört auch die Klage gegen Hauptschuldner und Bürgen, R. 8, 366. — Nur unter § 57 fallen dagegen z. B. Ansprüche verschiedener Bauhandwerker, welche für einen bestimmten Bau angenommen sind, gegen den Bauunternehmer; Klagen einer Pfarre auf Rückstände von Dezem gegen ihre Zehntpflichtigen und dergl., (vgl. preuß. Verordn. 2. Dez. 1837, O. S. 1838 S. 1, RabOrdre 7. Rat 1838 bei Koch Kommentar zu § 35 I 1 AOB.); von Versicherungsgeellschaften gegen einen bestimmten Kreis unter gleichen Bedingungen Versicherter und umgekehrt, mehrerer Hypothekengläubiger gegen den Eigenthümer auf Sicherstellung wegen Devastation, mehrerer Miether gegen den Vermiether auf Reparatur der für alle Miether bestimmten Hauseinrichtungen, oder auf sonstige gleichartige Leistungen aus den Miethsverhältnissen, mehrerer Grundstücks-Eigenthümer gegen den Nachbarn wegen Belästigung und Störungen durch Dämpfe, Geräusch u. s. w.; vgl. auch Caupp Anm. II u. Seuffert Anm. 2. — Eine besondere, weniger prozeßheftliche als materielle rechtliche erhebliche, Bestimmung enthält Art. 51 des internat. Uebereinkommens betr. den Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890, R. 81. 1892 S. 793. Wenn es sich um den Rückgriff einer Eisenbahn, welche Entscheidungsgewalt hat, gegen andere am Transport betheiligte Bahnen nach Art. 47—50 handelt, sind nach Art. 50, soweit nicht eine gültige Einigung erfolgt ist, „sämmliche betheiligte Bahnen in einer und derselben Klage zu belangen, wirbigenfalls das Recht des Rückgriffs gegen die nicht belangten Bahnen erlischt. Abs. 2. Der Richter hat in einem und demselben Verfahren zu entscheiden. Den Beklagten steht ein weiterer Rückgriff nicht zu.“ Diese nicht nur zulässige, sondern als geboten erklärte Klagenverbindung ist nicht ein Fall nothwendiger Streitgenossenschaft im Sinne des § 59, vgl. Anm. 2 zu § 59. Die Unterlassung giebt weder dem Beklagten, noch dem Gerichte die Befugniß, der Klage entgegenzusetzen, daß eine Verbindung erfolgen müsse und hat auf die Entscheidung über die Klage keinen Einfluß, sondern präkludirt nur den Kläger mit dem Regresse gegen andere Bahnen. Der Rückgriff gegen die verschiedenen Bahnen

braucht auch nicht auf denselben, für alle einheitlich zu entscheidenden, Rechtsverhältnisse zu beruhen. Soweit dies nicht nach den konkreten Umständen der Fall ist, findet daher für den Prozeß nicht § 59, sondern § 58 Anwendung.

2) Ueber den Begriff des Anspruchs s. Anm. 1 zu § 136.

### § 58.

Streitgenossen stehen,<sup>1)</sup> soweit nicht aus den Vorschriften des bürgerlichen Rechts oder dieses Gesetzes sich ein Anderes ergibt,<sup>2)</sup> dem Gegner bergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des einen Streitgenossen dem anderen weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichen.<sup>3)</sup>

R. 58. N. 94. P. 25. 512.

1) Uebereinstimmend mit dem gemeinrechtlichen Prozeßrecht (vgl. Bechell 826 ff., 849 ff., Renaud §§ 58, 59, Planck, Mehrheit d. Rechtsstrett. 105 ff., 362 ff., 385 ff., 426 ff.) behandelt die CP. die Streitgenossenschaft grundsätzlich als äußere Verbindung mehrerer Prozesse, welche die Genossen durch die Thatsache der gemeinsamen Prozeßführung allein nicht hinsichtlich ihrer Prozeßthätigkeit bindet. Die Regel ist für alle Fälle der Streitgenossenschaft der §§ 56, 57, daß jeder Streitgenosse für sich handeln und unterlassen (versäumen) kann, daß Jeder sich besonderer Angriffs- und Bertheidigungsmittel bedienen, Streben aufstellen, insbesondere auch Jeder für sich die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts oder der Unzulässigkeit der Klagenverbindung erheben, Widerklagen aufstellen kann, daß auch der Gegner dem Einzelnen gegenüber verschiedene Angriffs- und Bertheidigungsmittel geltend machen kann, und daß für und gegen einen Streitgenossen das, was für und gegen einen Andern verhandelt oder unterlassen wird, deshalb allein noch nicht maßgebend ist, vielmehr Jeder selbständig beurtheilt werden muß, als sei er allein mit seinem Gegner im Prozeß befangen. Es kann somit gegen einen Beklagten oder Kläger ein Versäumnisurtheil erlassen werden, während gegen andere kontraktatorisch verhandelt und entschieden wird. Gegen und für Jeden ist zu entscheiden, wie wenn er allein Klage oder verklagt würde, vgl. auch R.D.F. 21, 45; R.G. 20. Mai 1887, ZB. 236. Immerhin aber bleiben sämtliche Streitgenossen Parteien des Gesamtprozesses, so daß keiner von ihnen in der Streitsache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen werden kann, vgl. Anm. 1 § 338, und die Verweigerung eines Zeugnisses auf Grund persönlicher Verhältnisse zu einem Streitgenossen gegen alle Streitgenossen wirksam ist (Caupp Anm. II). Selbstverständlich ist es auch, daß das Resultat einer Beweisaufnahme allen Streitgenossen zum Vortheil oder Nachtheil gereicht, ohne Unterschied, von wem oder gegen wen das Beweismittel vorgebracht ist (§ 259). Ausgenommen hiervon ist nur der Beweis durch Eid, für welchen jeder Streitgenosse (abgesehen von dem Falle der §§ 59, 434) gesondert zu behandeln ist. Das Gleiche gilt von Dispositionsakten (Verzichten, Anerkenntnissen von Ansprüchen, Vergleichen), sofern nicht nach dem bürgerlichen Rechte der eine Streitgenosse durch die Handlung des Andern verbunden wird (z. B. bei Klagen von Eheleuten ein Dispositionsakt des Ehemannes gemäß § 247 II 1 A.R.). Weichen die Erklärungen der Streitgenossen in tatsächlicher Beziehung von einander ab, so können zwar Erklärungen des einen (z. B. Zugeständnisse) dem anderen an sich nicht präjudizieren, doch entscheidet über den Einfluß solcher Abweichungen auf die richterliche Ueberzeugung die freie Beweiswürdigung auf Grund des § 259, vgl. Rot. 80—82. In Betreff der Erstattung der Kosten für mehrere Rechtsanwälte vgl. Anm. 7 §. 87. Das s. g. Kontumazial-Verbindungsurtheil des französischen Rechts, sowie die notwendige Bestellung eines gemeinschaftlichen Vertreters sind absichtlich nicht aufgenommen.

Wie ein Einzelneklagter, so kann auch ein verklagter Streitgenosse nicht mit Andern, als den schon bisher Beklagten oder gegen Andere als die bisherigen Kläger Widerklagen erheben, oder Rechte geltend machen, welche ihm nur in Verbindung mit Andern, bzw. nicht nur gegen den oder die Kläger allein zustehen; Löning, Buch 4, 74 ff.

2) **Ausnahmen** von der Regel des § 58 sind in den Fällen zugelassen, worin nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche § 58 aufrecht erhält, eine rechtliche Abhängigkeit eines Streitgenossen von einem andern besteht, so in den Fällen des § 66; ferner in den selbst wieder theils nach dem bürgerlichen Rechte, theils nach dem Reichsprozessverfahren zu entscheidenden Fällen des § 59 (vgl. §§ 434, 391, 607, 753). Vgl. auch Anm. I.

3) Ueber die Behandlung der Streitgenossenschaft bei Einlegung von Rechtsmitteln vgl. Anm. 3 § 472, Anm. 3 § 477, Anm. 1 § 479.

### § 59.

Kann das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden,<sup>1)</sup> oder ist die Streitgenossenschaft aus einem sonstigen Grunde eine nothwendige,<sup>2)</sup> so werden,<sup>3)</sup> wenn ein Termin oder eine Frist nur von einzelnen Streitgenossen ver säumt wird, die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen.<sup>4)</sup>

Die säumigen Streitgenossen sind auch in dem späteren Verfahren zuzuziehen.<sup>5)</sup>

E. 59. N. 95. P. 24. 512.

Monographien zu § 59: Amelungen, die f. g. nothwendige Streitgenossenschaft, Mannheim 1881; Hachenburg die besondere Streitgenossenschaft, Mannheim 1889 (dazu Meyer in Busch 14, 367 ff.); Dreyer, Raff. 38, 16 ff.; Hellmann, Busch 17, 1 ff.; Wachenfeld, nothwendige Streitgenossenschaft, Hannover 1894; Gangan, Fälle der nothwendigen Streitgenossenschaft u. s. w. im Rechtsgebiete des code civil, Lahr 1895.

1) Ob das streitige Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, ist nach dem bürgerlichen Rechte, der begrifflichen Begründung und der tatsächlichen Ausführbarkeit der Entscheidung zu beurtheilen. Im R. 95 war bestimmt: „Kann nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts u. s. w.“ Im E. 1 waren die Worte: „nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts“ als selbstverständlich fortgelassen, vgl. Mot. dazu S. 267 f.; ein Antrag, sie wieder einzuschalten, ist in der Vorl. abgelehnt, weil auch die tatsächliche Untheilbarkeit des Rechtsverhältnisses berücksichtigt werden sollte. (Die Mot. 82 erwähnen nur: die Voraussetzungen des § 59 seien dem bürgerlichen Rechte zu entnehmen.) Die Untheilbarkeit des Streitgegenstandes entscheidet allein nicht; wohl aber, daß nicht in demselben Prozessverfahren gleichzeitig ein Rechtsverhältniß als bestehend und als nicht bestehend anzusehen ist, wenn die Rechte oder Pflichten Mehrerer in Betreff desselben Rechtsverhältnisses zu beurtheilen sind. So oft in einem Prozessverfahren unter den vorhandenen Parteien, wenn mehrere Streitgenossen betheiligt sind, über ein Rechtsverhältniß zu judizieren ist, dessen Gesamtbeurtheilung den Einzelnen berührt, bleibt in Betreff derselben dieser, auf dem Postulate identischer Logik und Ueberzeugung desselben Gerichts beruhende Grundsatz als Voraussetzung des § 59 maßgebend, ohne Rücksicht darauf, in welchen Fällen der Grundsatz hauptsächlich praktische Anwendung findet, v. Amelungen, die f. g. nothwendige Streitgen. 61 ff. Daß identische materielle Rechtsverhältnisse der Streitgenossen zur Sache oder zur Person vorausgesetzt und die bloß bedingenden ausgeschlossen seien, wie Hachenburg S. 37, 101 annimmt, ist im Gesetze nicht ausgesprochen; auch nicht, daß die Nothwendigkeit einheitlicher Feststellung auf besonderer materieller Rechtsvorschrift beruhen müsse. Wachenfeld S. 62—106, 169 hält diese erste Kategorie des § 59 für überhaupt praktisch nicht nutzbar; es gebe keinen Fall, welcher zu einer einheitlichen Feststellung nöthige. Die Vorschrift sei aus der angenommenen Nothwendigkeit gleicher Prozessführung für die Prozessverbundenen bei subjektiver Klagenhäufung entstanden, S. 1—45, 60; indeß bei jeder subjektiven Klagenhäufung beständen mehrere Prozesse, nämlich ein besonderes Prozessverhältniß der Einzelnen zu einander, und nur über diese sei zu entscheiden, wobei die Dispositionsbefugniß des Einen durch den Andern nicht beeinflusst werde. Allein dies ist für die Anwendung der ersten Voraussetzung des § 59 nicht entscheidend. Soweit

auf Grund eines abweichenden besonderen Verhältnisses eines Einzelnen zum Gegner bezüglich des Streitgegenstandes zu entscheiden ist, liegt freilich ein Fall nicht vor, in welchem einheitlich festzustellen ist. Aber zur Vermeidung divergirender Entscheidungen über dasselbe, mehreren Streitgenossen gleich gemeinsame, Rechtsverhältnis in einem Prozeßverfahren ist die Einheitlichkeit der Feststellung logisch und rechtlich geboten, unbeschadet dessen, daß das Verfahren mehrere Prozesse bez. Prozeßverhältnisse umfaßt und daß der Einzelne geltend machen kann, daß er von jenem Rechtsverhältnisse aus irgend welchem Grunde nicht berührt wird, also ihm gegenüber jenes Rechtsverhältnis nicht festzustellen ist. Seine Dispositionsbefugniß über sein Partieverhältnis berechtigt ihn nicht, die Verurtheilung, wie ein gemeinsames Rechtsverhältnis für Alle, welche davon in Folge der Prozeßanträge betroffen werden, aufzufassen ist, für sich abzulehnen, wenn er davon betroffen wird. — Nach den Mot. ist hierbei „zunächst an Fälle gedacht, in denen mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder verklagt werden, obgleich jedem Einzelnen die Vertretung rücksichtlich des streitigen Rechtsverhältnisses in solidum zusteht“, Mot. 82. Die Solidarität der Verpflichtung des Beklagten begründet allerdings noch nicht die Nothwendigkeit einheitlicher Feststellung; *R. O.* 30, 383; *O. O.* Hamburg, *S. A.* 40, 226; *R. O.* 20. Mai 1890 (*Zur. Ztschr. f. Eif.-Lothr.* 15, 396), 16. Jan. 1891, *Z. W.* 118, *S. A.* 46, 462; 17. März 1894, *S. A.* 40, 455; *Raff. R.* 38, 1203. Für das gemeine Recht gehören zu den Fällen notwendiger einheitlicher Feststellung Klagen wegen Prädialservituten, vgl. *Wach*, *krit. Viertelj.* 14, 345 ff. Ob und welche andere Fälle gemeinrechtlich, wenn im Prozesse zur Entscheidung gestellt, einheitlich festgestellt werden müssen, ist bestritten; *Wegell* 832 ff., *Rot.* 83, *Hellmann* I, 214; *Sarwey* I, 120, *Seuffert* Anm. 3; *Saupp* Anm. II, *Hachenburg* a. a. D. 105 ff.; *Dreyer Raff. R.* 38, 20 ff.; *O. O.* 12. Juni 1890, *S. A.* 47, 87. Von *Freudenstein*, *Rechtskraft* 245 ff., 259 ff. wird unter Bekämpfung der *Rot.* bestritten, daß gemeinrechtlich ein Fall der Anwendbarkeit des § 59 bestehe. Für das preussische Recht gehören hierher die Fälle des Miteigentums an Sachen und Rechten bez. des Miterbrechts, sofern es sich um Feststellung des gemeinschaftlichen Rechts und nicht um individuelle Rechte des Miteigentümers bezw. Miterben handelt; *R. O.* 11. Jan. 1894, *Z. W.* 117; *R. O.* I 8 §§ 15—18, I 5 § 450, I 17 § 127, 151; *R. O.* 23, 127; *II*, 204; (*Cecius* I § 63 *Nr.* 8; *§* 182 *Nr.* 43; *§* 271 *Nr.* 29); demgemäß auch Prozesse für oder gegen Eheleute wegen gütergemeinschaftlicher Rechte oder Pflichten, *Cecius* 4 § 209 *Anm.* 68, sowie über die Substanz eines von der Ehefrau Eingebrachten, *R. O.* 13, 290; 3. Nov. 1892, *Raff. R.* 37, 1215; 29. Sept. 1894, *Z. W.* 514. Für das französische Recht vgl. *Petersen* I, 114 *Anm.* 2; *Hangen* a. a. D. S. 1—28.

Nach *R. O.* 9. Dez. 1882 (*Raff. R.* 27, 1140) fällt die Verbindung des Anfechtungs-Anspruchs gegen den Vertragsgenossen des fraudulos handelnden Schuldners aus § 3 *Nr.* 1 des *Anf. G.* v. 21. Juli 1879 mit dem Ansprüche gegen den Singular-Successor aus § 7 dess. *Ges.* nicht unter § 59. — Die nach *Art.* 190a, 222 *G. O.* und *Genoff. Ges.* v. 1. Mai 1889 § 49 *Abf.* 2 vorgeschriebene Verbindung mehrerer gegen einen Generalversammlungsbeschluß gerichteten Anfechtungsprozesse zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung fällt unter § 138. Ueber die Streitfrage, ob dadurch überhaupt eine Streitgenossenschaft entsteht, vgl. *Anm.* 1 § 138 u. *Anm.* 4 § 272. Jedemfalls fällt die Streitgenossenschaft nicht, wie *Malower Anm.* 3 *Art.* 222 (auch *Seuffert* und *Saupp*) annimmt, unbedingt unter § 59, sondern nur soweit die Klagen auf den gleichen Klagegrund gestützt werden; andererseits ist nicht ausgeschlossen, daß die eine nicht rechtlich begründete Klage abgewiesen und auf die andere Klage die Ungültigkeit des Generalversammlungsbeschlusses ausgesprochen wird. Die Klagen brauchen nicht auf einer nothwendig einheitlichen Feststellung des Rechtsverhältnisses zu beruhen. (*Abm.* bei *Busch Arch.* f. *§.* 47, 228, wo die materiellen Rechtsfolgen der Ungültigkeitserklärung mit Unrecht auf die Nothwendigkeit einheitlicher Feststellung zurückbezogen werden. Danach dürften auch die nach Ablauf der gesetzlichen Frist oder von nicht legitimierten Personen angestellten Klagen nicht abgewiesen werden!) Nothwendig (*Anm.* 2) ist diese s. g. Streitgenossenschaft nicht, da nicht vorgeschrieben ist, daß die Klagen gemeinschaftlich zu erheben sind und die



im Art. 190a Abs. 2 vorgeschriebene Verbindung nur eine prozessualische, keine materielle Rechtsregel enthält. — Die mehreren Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft oder überhaupt einer prozessunfähigen Partei sind unter § 59 nicht zu subsumiren, da sie nicht Streitgenossen sind, Anm. 1 § 56. Ist eine offene Handelsgesellschaft allein Klägerin oder Beklagte, so beruht die Nothwendigkeit einheitlicher Entscheidung in dem oben angegebenen Sinne ohnehin darauf, daß sie nur ein Prozeßsubjekt darstellt. Sind neben derselben einzelne oder alle Mitglieder persönlich verklagt, so ist die Einheitlichkeit für die Frage, ob eine Gesellschaftsschuld vorliegt, sachgemäß ebenfalls nothwendig; R. O. 3, 57; 5, 69; 13, 96; 12. Okt. 1894, ZW. 543; anders hinsichtlich der Fragen nach der Mithaftung mit Bezug auf die Kontrahierung der Schuld außerhalb der Zeit der Mitgliedschaft und anderer Sondereinwendungen. — Die C. P. erfordert einheitliche Feststellung für die Klagen auf Richtigkeit der Ehe, §§ 586 ff.; auf Aufhebung eines Entmündigungsbeschlusses, § 607 und für das Verhältnis mehrerer Gläubiger, welchen derselbe Anspruch überwiesen ist, zum Drittschuldner, § 753. Ebenso ist die Feststellung einer von Mehreren bestrittenen Forderung für den Konkurs nur einheitlich zulässig, v. Wilimowski R. D. Anm. 1, 2 § 135; R. O. 5, 414. Dagegen setzt die Entscheidung über die Eintragung von Hypotheken, Vormerkungen und Belastungen auf einem gemeinschaftlichen Grundstücke gegenüber den Miteigentümern für das preuß. R. eine einheitliche Entscheidung nicht voraus, da jeder Anteil eines Miteigentümers nach §§ 21, 43 Ges. v. 5. Mai 1872 besonders hypothetarisch belastet werden kann; R. O. 12. Juni 1893, ZW. 342. Hinsichtlich der Haupt- und Exekutions-Intervention vgl. Anm. 1 § 61, Anm. 3, 4 § 690, Anm. 4, 5 § 710. — Entscheidend für die Anwendbarkeit der ersten Voraussetzung (Kategorie) des § 59 ist lediglich, ob das Rechtsverhältnis allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, und zwar, wie aus dem Wortlaute sich ergibt, den im Prozesse als Streitgenossen beteiligten Parteien (abw. Hellmann, Busch 17, 1 ff.: auch wenn zur Vermeidung einer sonst prozessualisch möglichen divergirenden Entscheidung gegenüber irgend welchen Interessenten die Bildung einer Streitgenossenschaft nothwendig ist). Wenn es nach den ferneren Worten „aus einem sonstigen Grunde“ scheint, als ob in jenen Fällen stets die Streitgenossenschaft eine nothwendige wäre, so ist dies nicht richtig; diese Worte sind offenbar ungenau und sollen nur bedeuten „abgesehen davon“. Seuffert, Anm. 3, nennt die Bezeichnung „ungeeignet und mißverständlich“; vgl. auch Fitting § 26 Note 10. Letzterer bezeichnet die Streitgenossenschaft aus § 59 als „unzertrennliche“. Diese Bezeichnung ist jedoch nicht glücklich, weil sie zu Mißdeutungen Veranlassung geben kann. Gaupp Anm. II 2 findet durch die erste Kategorie auch zugleich die zweite (vgl. Anm. 2 nachst.) ausgedrückt und erklärt die Worte „oder — nothwendige“ für überflüssig, was an sich schon eine bedenkliche Gesetzesauslegung ist. Vgl. auch über den verschiedenen Einfluß der Kategorien Anm. 2 nachst. und Anm. 1 zu § 434; ferner Dreyer, R. A. R. 38, 16 ff. Man kann beide Kategorien des § 59 als nothwendige Streitgenossenschaft bezeichnen (so hinsichtlich der Bezeichnung Wachensfeld S. 60, 61), jedoch in einem verschiedenen Sinne. Die erste betrifft die Nothwendigkeit für den erkennenden Richter, in demselben Prozeßverfahren den darin als Streitgenossen beteiligten Parteien gegenüber ein streitiges Rechtsverhältnis zur Vermeidung divergirender Entscheidungen einheitlich festzustellen, ohne Rücksicht darauf, ob zugleich eine Nothwendigkeit der Bildung einer Streitgenossenschaft zur Vermeidung einer Abweisung der Klage geboten war. Die zweite Kategorie betrifft diesen letzteren Fall, wenn die Streitgenossenschaft selbst, die Mitbetheiligung Mehrerer als Streitgenossen im Prozeßverfahren, behufs der Zulässigkeit der Entscheidung über den Anspruch (zur Vermeidung der Abweisung der Klage im Falle einer Nichtbetheiligung Einzelner) auf Grund des materiellen Rechts geboten ist. Demgemäß können manche Fälle der zweiten Kategorie auch zugleich Fälle der ersten sein.

2) Nothwendig ist die Streitgenossenschaft im Sinne der zweiten Kategorie des § 59 allemal dann, wenn nach dem bürgerlichen Rechte eine Klage nur gemeinschaftlich von mehreren Berechtigten oder nur gegen mehrere Berechtigte bzw. Verpflichtete angestellt werden

kann; Not. 82, 83. Es ist zu verstehen, daß die Streitgenossenschaft eine für die rechtliche Wirksamkeit des Prozesses notwendige ist, d. h. daß der Gegner die Abweisung der Klage verlangen kann, wenn sie nicht seitens aller Streitgenossen oder gegen alle Streitgenossen ange stellt ist. Eine in diesem Sinne auf Grund des bürgerlichen Rechts erhobene exceptio plurium liti consortium ist in Wahrheit das Bestreiten aktiver und passiver Sachlegitimation. Vgl. über die einzelnen Fälle Dreyer, Raffr. 38, 304 ff. In prozessualischem Sinne ist die Einrede als Mittel, den Eintritt anderer Parteien zu erzwingen, nicht begründet; Weßel 831 ff., Renaud 146, Hellmann 216 ff., Busch 1, 506. Vgl. v. Bülow Anm. 1 und 20. Frankenthal, Busch 12, 501. (Ueber die Klagenverbindung aus dem internationalen Frachtvertrage vgl. Anm. 1 § 57.) Solidarschuldner, ebenso Hauptschuldner und Bürge sind nicht notwendige Streitgenossen, R. 16. Jan. 1891, JW. 118; 17. März 1894, Raffr. 38, 1203. Vgl. für gem. R. überhaupt Wachenfeld S. 112 ff. Dagegen sind Benefizialerben nach preuß. R. gegenüber den Erbschaftsgläubigern vor der Theilung des Nachlasses jedenfalls notwendige Streitgenossen, § 127 im Gegens. zu § 131 I 17 A.R.; R. 16. Febr. 1891, JW. 226; Eccius 4, § 271, bezgl. mehrere auf Grund der §§ 251 ff. II 2 A.R. von den Eltern auf Unterhalt belangte Kinder, R. 17, 358; ebenso Miteigentümer und Mitberechtigzte, abgesehen von besonderen Umständen, A.R. I 5 § 450; 18 § 210; 17 § 10. Auch für die Klage auf Nichtigkeit einer Ehe, § 586 ff., sind die Eheleute notwendige Streitgenossen im Sinne dieser zweiten Kategorie; die Auslegung von Wachenfeld S. 103 ff., 124, daß sie überhaupt nicht Streitgenossen seien, weil beide zusammen für das Streitverhältniß nur eine Einheit als Vertreter des angegriffenen Rechtsinstituts ihrer Ehe seien und nicht ihre Privatrechte vertheidigten (!), verkennt das Verhältniß der Personenmehrheit für die Streitgenossenschaft, § 56. Ob das Gericht eine Klage, welche nur gegen einen der notwendigen Streitgenossen gerichtet ist, von Amtswegen oder nur auf Grund einer Einrede abweisen muß (Wachenfeld S. 124), ist für die Anwendung des § 59 unerheblich. Für das Rechtsgebiet des code civil vgl. Hagen a. a. D. S. 1—28.

3) In den Fällen des § 59 ist für alle Beteiligte zugleich und für Alle bindend einheitlich zu entscheiden: für die erste Kategorie (Anm. 1) unbedingt zufolge der wörtlichen Definition derselben, und für die zweite (Anm. 2), insoweit die Sachlegitimation alle Kläger bez. Beklagte berührt und die fehlende den Anspruch als unbegründet allen Beklagten gegenüber erscheinen läßt, nicht aber, wie Gaupp Anm. II 2 annimmt, ausnahmslos; vgl. R. 14. April 1890, JW. 178, Raffr. 34, 1154. Der § 59 bestimmt nur über die Folgen der Versäumniß von Terminen und Fristen seitens Einzelner; vgl. Anm. 4. Ist keiner säumig, so ist der Einfluß des Verhandels und der verschiedenen Erklärungen der Einzelnen nach der Natur des Rechtsverhältnisses und der Rechtsstellung der Einzelnen zu entscheiden. Soweit einheitlich zu entscheiden ist, gilt, was Einer bestreitet, hinsichtlich der prozessualischen Gesamtwirkung für die einheitliche Entscheidung auch dann, wenn Andere dies nicht bestreiten oder anerkennen, oder Erklärungen versäumen, immerhin als bestritten; denn als anerkannt kann für Alle nur gelten, was von Allen anerkannt ist. Aber auch hier, wie § 58 Anm. 1, kann das Gericht nach dem Grundsatz freier Beweiswürdigung, § 259, auf Grund der Erklärungen Einzelner die Thatfachen als gegen Alle bewiesen feststellen. — Wegen der Eideszuschiebung und ihrer Folgen vgl. § 434.

4) Die Vorschrift des § 59 betrifft nur die Versäumniß Einzelner für Termine und Fristen. Versäumt einer der Streitgenossen „einen Termin“, so kann in diesen Fällen nicht gegen ihn ein Versäumnißurtheil erlassen werden; der Versäumende soll nach Abs. 1 gesetzlich als durch die Nichtsäumigen vertreten angesehen werden. Letztere sind seine Vertreter kraft gesetzlicher prassumptio juris et de jure, bis er selbst sich wieder vertritt. Vgl. Dreyer, Raffr. 38, 33 ff. (M. Hagenburg a. a. D. 26 ff., der nicht Vertretung, sondern nur „Reflexwirkung“ als Erweiterung der Urtheilswirkung betreffs des Einzelnen auf Andere im Fall der notwendigen einheitlichen Feststellung, Anm. 1, gelten lassen will, im Widerspruch mit dem klaren Wortlaut, vgl. dagegen Meyer a. a. D.). Dies gilt selbst gegen den Willen des Säumigen, welcher vielleicht erwiefernmaßen den Anspruch des Gegners seinerseits anerkennen will. Alle im Termine von seinen Vertretern.

erfolgten Prozeßhandlungen, Erklärungen und Anträge, soweit sie ihre Wirkung in die Zukunft erstrecken, muß er, als von ihm selbst bewirkt, bei seinem etwaigen späteren Eintritt in den Prozeß gegen sich gelten lassen und kann in gleicher Weise ihre Geltung für sich in Anspruch nehmen, *R. O.* 17, 359. Dies gilt indeß entsprechend dem Zwecke, den Säumigen gegen die Folgen der Säumnis zu schützen, nur von solchen Prozeßhandlungen, welche die Fortführung des Prozesses betreffen, und nicht von solchen, welche Dispositionsakte für gänzliche oder theilweise Beendigung des Prozesses enthalten, also nicht für Vergleiche, Bezichte, Anerkenntnisse, gerichtliche Geständnisse, Zurücknahme von Klagen und Rechtsmitteln, konsequent auch nicht für die Einwilligung in Klageänderungen, welche die Beendigung für die ursprüngliche Klage bewirkt, *Ann.* 4 § 235; *Wachenfeld* S. 135 ff. Betreffs der Klageänderung *a. R.* *Seuffert* *Ann.* 4 zu b; *Hachenburg* S. 43; *D. O.* *Edln.* *Busch* 7, 95. Dagegen ist für die Wirksamkeit der Prozeßhandlungen (Anträge, Erklärungen, Beweisaneerbieten) nicht entscheidend, ob sie sonst den Vertretenen günstig oder ungünstig sind. *AR.* *Fitting* § 26 R. 18, welcher für den säumigen Streitgenossen nur solche Rechtsbehelfe wirksam werden lassen will, welche „ihrer allgemeinen Natur nach die prozeßualische Lage verbessern“. Das auf Grund der Verhandlung des nichtsäumigen Streitgenossen gegen den Säumigen erlassene Urtheil ist deshalb auch kein Versäumnisurtheil im Sinne des § 296, *R. O.* 23. *Dez.* 1886, *ZW.* 1887 S. 38. — Diese Grundsätze gelten in Ermangelung einer Beschränkung für den gesammten Prozeß, also für alle Instanzen, sowie für alle Prozeßarten, auch für das Mahnverfahren (vgl. *Busch* 1, 481). Ueber die Bedeutung der Worte: „werden angesehen“ vgl. *Ann.* 1 § 93. Vgl. *Hachenburg* S. 8, 28, 43, 46 ff. — Ein Streitgenosse, welcher „nicht den Termine versäumt“, §§ 295, 296, 298, sondern verhandelt, aber im Termine Erklärungen versäumt, wird durch seine Genossen nicht vertreten; vgl. *Ann.* 3. — Die gleiche Vertretung, wie für die Versäumnis eines Termins, besteht für den Fall der Versäumnis einer Frist, also auch einer Nothfrist (zur Einlegung des Einspruchs, eines Rechtsmittels, der Wiederaufnahme des Verfahrens §§ 541 ff.); was die Nichtsäumigen zur Abwendung der Versäumnis gethan haben, gilt auch für und gegen den Vertretenen. Vgl. *Ann.* 1 § 479, *R. O.* 13, 290. Vorauszusetzen ist jedoch, daß zur Zeit des Handelns des Vertreters die Frist für den Vertretenen noch läuft und von ihm auf die Handlung noch nicht verzichtet ist, da für eine bereits abgelaufene Frist so wenig der Vertreter, als die Partei selbst (außer §§ 211 ff.) eine Restitution bewirken kann, *Caupp* *Ann.* 3; *Wachenfeld* S. 141. Damit die Einlegung des Rechtsmittels oder des Einspruchs Seitens des einen Streitgenossen den übrigen auch thatsächlich zu Gute komme, ist allerdings nothwendig, daß im Termine zur *m. B.* der Antrag auf Abänderung des Urtheils bz. Aufhebung des Versäumnisurtheils zu Gunsten sämmtlicher Streitgenossen gestellt werde oder wenigstens so zu verstehen ist, da das Gericht nicht befugt ist, über den Antrag hinaus zu erkennen, §§ 498, 279. Ist der Antrag nur zu Gunsten eines oder einiger Streitgenossen gestellt, so bleibt der eingelegte Rechtsbehelf für die übrigen ohne Erfolg, vorausgesetzt, daß sie — gemäß § 60 — geladen sind; ist die Ladung unterblieben, ohne daß das Gericht die Vertagung veranlaßt hat (vgl. *Ann.* 1 § 60), so sind die nichtgeladenen Streitgenossen aus § 59 auch nach Erlass des Urtheils noch befugt, das eingelegte Rechtsmittel (bezw. den Einspruch) für sich weiter zu verfolgen, und zu diesem Zwecke zu laden. (Ebenso *Kammergericht* in *Sachen* *Reich* 4. *Schwabe* *U.* 1498. 1883 VI.) Das Gleiche gilt von der Wiederaufnahme des Verfahrens. Wird von einem nichtsäumigen Streitgenossen in Vertretung der säumigen verhandelt, so muß das Urtheil für oder gegen sämmtliche Streitgenossen sowohl in der Sache selbst als hinsichtlich der Prozeßkosten erlassen werden (*a. R.* *Hachenburg* a. a. D. 74, vgl. dagegen *Seuffert* *Ann.* 4 und die Aeußerung des Regierungsvertreters, *Prot.* 25). Ist dagegen das Urtheil nur für oder gegen einzelne Streitgenossen erlassen, so greift auch im Fall der § 59 die Rechtskraft auf die anderen Streitgenossen nicht hinaus, *R. O.* 14. *April* 1890, *ZW.* 178, *KassR.* 34, 1154, sofern nicht das Gesetz dem Urtheil eine weitertragende Bedeutung ausdrücklich beigelegt hat, wie § 753 *Abf.* 4, *R. O.* § 135, *GOB.* § 190a. Das Vertretungsrecht der Nichtsäumigen umfaßt alle Prozeßhandlungen im Termine, nicht

blos die abstrakte Thatfache, daß der Termin wahrgenommen ist (vgl. Hellmann, Buch 17, 8 ff. gegen Hachenburg), aber auch nur die „Prozeßhandlungen“ (vgl. Anm. 2 § 52), wofür die C.P. allein eine Veräumniß kennt, § 208. Auch hinsichtlich der Kostenpflicht und der Entscheidung über dieselbe, §§ 87 ff., gilt der Säumige als vertreten; Wachenfeld S. 158.

5) Durch Abs. 2 soll dem Säumigen Gelegenheit gegeben werden, jederzeit am Prozesse Theil zu nehmen und von der Sachlage in Kenntniß zu bleiben. Die Vorschrift gilt sowohl für die Parteien, vgl. § 60, wie auch für das Verfahren des Gerichts; die Zustellungen von Amtswegen, § 294 Abs. 3, müssen auch an alle Säumigen erfolgen. Daß für die Zustellung an den Säumigen der § 161 anwendbar ist, was im C. 1 noch ausdrücklich aufgenommen war, ist selbstverständlich und nur deshalb von der Vorcommission gestrichen, Not. 83. Ueber Einlegung von Rechtsmitteln gegen Streitgenossen im Sinne des § 59, vgl. Anm. 1 § 479 und Anm. 2 § 590.

### § 60.

Das Recht zur Betreibung des Prozesses steht jedem Streitgenossen zu; er muß, wenn er den Gegner zu einem Termine ladet, auch die übrigen Streitgenossen laden.<sup>1)</sup>

#### R. 60. P. 25. 512.

1) Der § 60 bezieht sich auf alle Arten von Streitgenossenschaften, wie die Stellung ergibt. — Das Betreibungsrecht hat der Einzelne — auch ein früher säumig gewesener Streitgenosse aus § 59 — nur unter der Bedingung, daß er außer dem Gegner (natürlich allen Gegnern) auch alle seine Streitgenossen laden muß. Hat er dies nicht gethan, so kann er gegen den nicht erschienenen, weil nicht auf Betreiben aller Streitgenossen geladenen, Gegner kein Veräumnißurtheil verlangen (§ 300 Nr. 2); der erschienene Gegner braucht sich auf eine Verhandlung nicht einzulassen und ist dagegen befugt, gegen den nicht erscheinenden Streitgenossen, welcher ihn geladen hat, Veräumnißurtheil zu beantragen, sofern nicht eine Streitgenossenschaft aus § 59 vorliegt, welche eine einheitliche Entscheidung erfordert. In letzterem Falle ist sachgemäß die Verhandlung von Amtswegen zu vertragen (vgl. Anm. 4 § 54. Die Gegenausführungen von Helbut, cit. R. 60, 378 f., welcher über die Wirkung der Vorschrift in jedem einzelnen Falle dem Richter besonderes Ermessen vorbehält, beruhen auf willkürlichen Zweckmäßigkeitsrückfichten und widersprechen dem Gesetzesausdruck, „er muß“, der nicht nach Belieben gedeutet werden kann.) Hat der betreibende Theil gemäß § 60 Alle geladen, so gilt der Gegner als auf Betreiben aller Streitgenossen geladen; auch der erschienene Streitgenosse, welcher nicht selbst geladen hat, kann, selbst wenn der Ladende ausbleibt, verhandeln, also auch ein Veräumnißurtheil gegen den nicht erschienenen Gegner beantragen. AR. Endemann I, 333. Ebenso kann der Gegner gegen den säumigen mitgeladenen Streitgenossen Veräumnißurtheil beantragen, soweit dies nach §§ 58, 59 zulässig ist. Recht und Pflicht zu laden würden gegenstandslos sein, wenn ihnen nicht für die Geladenen und den Ladenden das Recht und die Pflicht entsprächen, der Ladung zu folgen und entsprechend zu verhandeln. Erscheinen die nicht geladenen Streitgenossen in dem Termin und wollen sie vorbehaltslos verhandeln, so ist der Mangel ihrer Beiladung geheilt, § 267. Ueber die Ladung des Nebenintervenienten vgl. Anm. 3 § 68.

Jeder Streitgenosse hat sein selbständiges Betreibungsrecht; darauf beruht es, daß beim Absiegen von Streitgenossen die Kosten besonderer Anwälte der einzelnen Streitgenossen erstattet verlangt werden können, R. 31, 418.

In den höheren Instanzen kommt § 60 selbstverständlich ebenfalls, in-  
des nur soweit zur Anwendung, als Streitgenossen darin noch theilhaftig sind. Vgl. Anm. 1 § 479, Anm. 4 § 59.

### Dritter Titel. Betheiligung Dritter am Rechtsstreite.

Unter der Bezeichnung „Betheiligung Dritter am Rechtsstreite“ sind hier die Fälle behandelt, in welchen außer den Hauptparteien — Kläger und Beklagten — ein „Dritter“ an dem Rechtsstreite der Hauptparteien als Partei oder Nebenpartei beteiligt sein kann, und zwar durch I. Hauptintervention, §§ 61, 62; II. Nebenintervention, §§ 63 bis 68; III. Streitverkündung, §§ 69—73. Die Benennung des Auktors, § 73, ist nur eine unter besonderen Bedingungen erfolgende und mit besonderen Folgen ausgestattete Streitverkündung; ebenso der Fall des § 72. Die Systematik der Redaktion und die Stellung des dritten Titels in dem von den „Parteien“ handelnden zweiten Abschnitte des ersten Buches zugleich die Bedeutung, daß in anderer Weise, als in den Fällen der §§ 61—73 ein Dritter eine Partei-Betheiligung am Rechtsstreite nicht erlangen kann (Vorb. vor § 56 u. Rot. 96), abgesehen von den besonders geordneten Fällen der Rechtsnachfolge nach §§ 217, 236 ff. Vgl. jedoch § 753 Abs. 2, 607 Abs. 2 und über Beilabung Anm. 3 § 69. Ueber die geschichtliche Entwicklung der Drittbetheiligung vgl. Planck, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten § 55, S. 439 ff.; Weismann, Schr. f. Savigny-Stift. germ. Abth. 1, 191 ff. und die Anm. 1 § 61 erwähnten Monographien.

#### § 61.

Wer die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt,<sup>1)</sup> ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung dieses Rechtsstreits<sup>2)</sup> berechtigt,<sup>3)</sup> seinen Anspruch durch eine gegen beide Parteien gerichtete Klage bei demjenigen Gerichte geltend zu machen,<sup>4)</sup> vor welchem der Rechtsstreit in erster Instanz anhängig wurde.<sup>5)</sup>

R. 61. N. 96. P. 25. 497. 512.

1) Die Hauptintervention, im gemeinen Rechte (Weßell § 64 f. dagegen Renaud § 153), wie im preussischen und französischen Prozeßrechte anerkannt, hat sich durch den Gerichtsgebrauch gebildet, mit dem Zwecke, widersprechende Entscheidungen durch Prozeßverbindung bei demselben Gerichte zu vermeiden. Vgl. Weismann, Hauptintervention u. Streitgenossenschaft, Leipzig 1884 und Barazetti, zur Lehre von d. Hauptinterv., Annalen d. Bad. Gerichte 1885 S. 45 ff., 58 ff. — Voraussetzung ist, daß der Streitgegenstand eines schon anhängigen Rechtsstreits und zwar derselbe Streitgegenstand (Sache oder Recht) R. 14, 341 u. 6. April 1886, JW. 145, ganz oder theilweise vom Interventienten in Anspruch genommen wird, daß also durch den Anspruch des Interventienten der frühere Kläger (und falls der Beklagte denselben Streitgegenstand beansprucht, auch dieser) von dem Streitgegenstande ganz oder theilweise ausgeschlossen wird. Unter „Recht“ ist nicht blos ein Forderungsrecht zu verstehen; auch dingliche und absolute Rechte (Superfizien, Emphyteusis, Realberechtigungen aller Art, Urheberrecht, Patentrecht u. s. w.) können Gegenstand einer Hauptintervention sein unter der Voraussetzung der Identität des Gegenstandes mit dem des Hauptprozesses. Für die Identität einer Forderung ist zwar der Thatbestand der Entstehung im Allgemeinen entscheidend, doch wird meist eine bestimmte Differenz im Thatbestande vorhanden sein, welche gerade den Konflikt des Interventienten mit dem Erstkläger veranlaßt; so wenn der Erstkläger auf Rückgabe eines von ihm gegebenen Darlehns klagt, und der Interventient diese Forderung für sich in Anspruch nimmt, unter der Behauptung, daß der Erstkläger das Darlehn in seinem Auftrage und in seinem Namen oder aus seinen Mitteln hergegeben habe. Ueber den Zeitpunkt, von welchem und bis zu welchem ein Rechtsstreit anhängig ist, vgl. Anm. 1 § 162 u. Anm. 1 § 235. Die Erhebung einer Kompensationsrede begründet keine Rechtshängigkeit, Anm. 2 § 235, kann folglich auch nicht Veranlassung zu einer Hauptintervention geben. Dagegen

macht es keinen Unterschied ob der Anspruch des Erstklägers durch Klage, Widerklage oder Incidentklage geltend gemacht ist. Ist für die Hauptklage der Gerichtsstand nicht begründet und muß sie deshalb wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen werden, so fällt damit auch von selbst der Gerichtsstand aus § 61, woraus sich die Zurückweisung der Hauptintervention aus dem gleichen Grunde ergibt, falls nicht der Gerichtsstand für dieselbe anderweitig oder durch Prorogation begründet ist. Das gleiche Resultat ergibt sich aus dem Zwecke und dem Wesen der Hauptintervention für alle Fälle, wo die Hauptklage wegen mangelnder prozessualischer Vorbedingungen (Prozeßvoraussetzungen, vgl. zu § 247) abzuweisen ist, mithin auch für den Fall, daß die Hauptintervention erst nach Einleitung des Wiederaufnahmeverfahrens (Richtigkeits- und Restitutionsklage) erhoben, dieses aber als unzulässig zurückgewiesen wird, so daß es zu einem *judicium rescissorium* in der Sache selbst nicht kommt, vgl. zu §§ 552, 553 (mit Weismann a. a. O. 164, 168 f. u. Seuffert Anm. 3, gegen Gaupp Anm. II). Die Zurücknahme der Hauptklage hat allerdings auf die Zulässigkeit der einmal erhobenen Interventionsklage aus § 61 an sich keinen Einfluß, jedoch unbeschadet der Einwendungen der Beklagten gegen die Zulässigkeit der Hauptintervention wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen für die Hauptklage. Es handelt sich bei der Hauptintervention im Wesentlichen um den Gerichtsstand des Zusammenhangs; es müssen also in dieser Beziehung dieselben Grundsätze gelten, wie für die Widerklage (vgl. Anm. § 33). Unterschiede ergeben sich nur daraus, daß die Widerklage erst bei der Einlassung des Beklagten in der mB., die Hauptinterventionsklage aber schon nach Zustellung der Hauptklage erhoben werden kann, und daß Widerklage und Klage einen Prozeß bilden, nicht aber Hauptklage und Interventionsklage. Wird die Hauptklage wegen sachlicher Unzuständigkeit auf Grund des §§ 249, 466 von dem Landgericht an das Amtsgericht oder umgekehrt verwiesen, so fällt auch für die Hauptintervention die Zuständigkeit des erst angegangenen Gerichtes fort. Die Interventionsklage theilt dann jedoch nicht ohne Weiteres das Schicksal der Hauptklage, weil sie mit dieser nicht, wie die Widerklage mit der Klage, einen einheitlichen Prozeß bildet; vielmehr sind dann auf dieselbe, falls nicht zulässige Prorogation vorliegt, die Vorschriften der §§ 249, 466 selbständig anzuwenden. Aus dem gleichen Grunde, daß es sich nicht um einen einheitlichen Prozeß für Hauptklage und Interventionsklage handelt, ist auch — abweichend von der Widerklage — Gleichheit der Prozeßart für beide Klagen nicht erforderlich. Selbstverständlich ist für eine Hauptintervention kein Raum, wo nicht die beanspruchte Sache oder das beanspruchte Recht selbst, sondern nur vorbereitende Schutzmaßregeln zur Erlangung oder Erhaltung derselben, Gegenstand des Streitess bilden, wie beim Arrestverfahren, bei einstweiligen Verfügungen, oder bei der Klage auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde, ebensowenig dann, wenn, wie bei Ehe- und Entmündigungssachen ein Streit mehrerer Prätendenten für den gleichen Streitgegenstand nach der Natur der Sache ausgeschlossen ist (vgl. Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 3). Ist der Anspruch des Erstklägers im Mahnverfahren geltend gemacht, so ist die Hauptintervention für amtsgerichtliche Sachen schon nach der Zustellung des Zahlungsbefehls zulässig, weil mit derselben die Wirkungen der Rechtshängigkeit bei dem Amtsgericht, welches den Zahlungsbefehl erlassen hat, eintreten; §§ 633, 636 (aM. Gaupp, Seuffert u. Weismann); in landgerichtlichen Sachen dagegen ist die Hauptintervention erst nach Erhebung der Klage Seitens des Erstklägers bei dem Landgericht möglich, weil erst dadurch — bei der möglichen Wahl unter mehreren zuständigen Landgerichten vgl. Anm. 4 § 637 — der Gerichtsstand für die Hauptklage fixirt wird. Für das schiedsrichterliche Verfahren ist die Hauptintervention nicht anwendbar, da sie die Anhängigkeit des Rechtsstreites bei einem ordentlichen Gerichte voraussetzt und über einen Gerichtsstand innerhalb des ordentlichen Rechts wegs disponirt.

Der Rechtsgrund, aus welchem der Interventent die Sache oder das Recht für sich in Anspruch nimmt, hat auf die Zulassung keinen Einfluß, ebensowenig, ob der Anspruch des Erstklägers oder des Intervententen im Wege der Leistungs- oder Feststellungsklage geltend gemacht ist. Wenn man es als eine Singularität bezeichnet hat, daß die Bindung des Hauptintervententen gegen den Bindungskläger des Stammprozesses als Nicht-

besitzer zugelassen werde (vgl. Pland a. a. D. 458; A. Förster Anm. 2a), so ist dies nicht zutreffend. Die Hauptintervention, welche gegen den Erstbeklagten den Verbindungsanspruch verfolgt, hat gegenüber dem Erstkläger den Charakter einer negatorischen Klage. Die Konstruierung eines einheitlichen Interventionsanspruches gegenüber beiden Parteien des Stammprozesses dürfte weder möglich noch nothwendig sein (vgl. Gaupp, Centralbl. f. Rechtsw. 4, 25 gegen S. Weismann Hauptintervention u. Streitgen.). Andererseits kann auch nicht zugegeben werden, daß die Hauptintervention gegenüber dem Erstkläger regelmäßig eine Feststellungsklage aus § 231 sei (vgl. Weismann Feststellungsklage 146, 161 u. Barazetti a. a. D.). Die Klage kann vielmehr gegenüber dem Erstkläger auf Beseitigung der Rechtsverletzung, welche in der Geltendmachung des bestrittenen Rechts seinerseits liegt, bez. auf Duldung der Ausübung dieses Rechts Seitens des Hauptinterventionen gerichteter, mithin auch nach dieser Seite hin Leistungsklage sein (vgl. zu § 231). Vgl. Raffr. 29, 736 ff. AR. Bosh, civA. 76, 287. Daß, wie Kohler, Raffr. 30, 485 ff. annimmt, die Klage nur gegen den possessor gerichtet sei und der Kläger des Stammprozesses lediglich als streitgenössischer Nebeninterventient gemäß § 66 zugezogen werde, um die Wirkung des gegen den Ersteren zu erlassenden Urtheils auch gegen diesen zu erstrecken, ist eine mit dem Wortlaut des Gesetzes und dem praktischen Ziele der Hauptintervention nicht zu vereinbare Konstruktion.

2) Nach rechtskräftiger Entscheidung kann derjenige, welcher die streitige Sache oder das streitige Recht gegenüber der die Zwangsvollstreckung betreibenden Partei für sich in Anspruch nimmt, gemäß § 690 Klagen, und zwar ebenfalls gegen beide bisherige Parteien, falls er ein Interesse daran hat. Auch nach § 231, oder soweit sonst ein Klagerrecht gegen beide Parteien vorliegt, ist unter Umständen eine Klage gegen beide zu begründen. Dies sind aber nicht „Interventionen“ im Sinne des § 61. Die Exekutionsintervention des § 690 ebenfalls (im Anschluß an die gemeinrechtliche Komodikatatur) eine Hauptintervention zu nennen (Rühne, Raffr. 23, 505 Anm. 1), ist ungeachtet der Nothwendigkeit der sonst gleichen Klagebegründung zur Vermeidung der Verwirrung der durch die G.P. gegebenen Prozeßbegriffe nicht rathsam; daß sie eine Unterart der Intervention des § 61 sei und die Exekutionsinstanz in dieser Beziehung zum Prozesse gehöre (Rühne a. a. D.) wird abgesehen von anderen Momenten durch den Wortlaut „bis zur rechtskräftigen Entscheidung“ widerlegt. Schon Pland a. a. D. 468 unterscheidet die Exekutionsintervention in ihrem Wesen von der Prinzipalintervention und beruft sich dafür auch auf ältere Schriftsteller, und es ist durchaus folgerichtig, daß die G.P. beide Institute getrennt hat. Vgl. Petersen (Hamburg), Busch 9, 368 ff., Bosh, civA. 76, 284 ff.

Der rechtskräftigen Entscheidung stehen Vergleich und Zurücknahme der Klage (§ 243) gleich. Verzicht und Anerkenntniß erlebigen zwar den Anspruch (§ 146 Nr. 1), beendigen aber den Prozeß nicht, so lange nicht auf Grund derselben gemäß §§ 277, 278 ein Urtheil ergangen und rechtskräftig geworden ist; Seuffert Anm. 3; vgl. Anm. 1 § 162 u. § 235. (AR. Gaupp Anm. II, Petersen Anm. I Nr. 2.) Ist nach rechtskräftiger Entscheidung der Rechtsstreit durch zulässige Nichtigkeits- und Restitutionsklage wieder anhängig geworden, so ist auch die Hauptintervention wieder möglich (Gaupp u. Seuffert a. a. D. vgl. jedoch Anm. 1).

3) Ausnahme von § 61 für den Erwerb einer während des Prozesses veräußerten Streitfache; vgl. §§ 236—238.

4) Die Zulassung der Hauptintervention hat, wie auch im gem. R. (Weyell § 5 R. 11, § 64 R. 19, 20) nur eine formale Bedeutung, nämlich nur die prozeßuale Wirkung, daß der Interventient seine Klage unbedingt gegen beide Hauptparteien richten kann, auch wenn die Erfordernisse der §§ 56, 57 für Klagekumulation nicht als vorliegend betrachtet würden, daß für die Klage der Gerichtsstand des Hauptprozesses begründet ist und daß in Folge dessen sowie des § 62 die prozeßualen Verbindungen, Exenungen, Aussetzungen für das Verhältniß des Hauptprozesses und des Interventionsprozesses zulässig sind. Vgl. Rühne, Raffr. 23, 503 ff., 870 ff.; Weyell 856 ff.; Pland Mehrheit des Rechtsstr. 457 ff. Als selbständige Klage ist die Hauptinterventions-

Klage allen Parteien des Hauptprozesses und zwar, da sie in einem schon anhängigen Rechtsstreit erfolgt, den Prozeßbevollmächtigten gemäß § 162 zu stellen; *R. O.* 15, 428. Dieselben sind auch für das weitere Verfahren durch die Vollmacht für den Stammprozeß legitimirt, § 78.

Im Falle der Hauptintervention sind die beiden ursprünglichen Parteien gegenüber dem Interventienten Streitgenossen, und zwar in der Regel im Sinne des § 58, so daß Jeder selbständig seine Rechte geltend machen kann. Der Fall des § 59 liegt an sich, besondere Umstände ausgenommen, nicht vor; der Interventient kann gegenüber der einen Partei aus Vertragsverhältnissen das Streitobjekt in Anspruch nehmen, ohne der anderen gegenüber dazu berechtigt zu sein (vgl. *Hellmann Lehrb.* 231 f.), und nothwendig würde die Streitgenossenschaft der bisherigen Hauptparteien nur, wenn eine Partei das Recht zur Einrede hätte, der Interventient müsse aus materielle-rechtlichen Gründen beide Parteien verklagen; *Anm.* 2 § 59, vgl. §§ 690, 710; *Petersen Anm.* III Nr. 1, *Sarwey I*, 128, *Gaupp Anm.* IV und *R. O.* 17, 339, wo aus diesen Grundsätzen die zutreffende Folge gezogen wird, daß in der Berufungsinstanz die Klage auch gegen eine der beiden Parteien allein fortgesetzt werden kann, sofern kein Fall des § 59 vorliegt. *AR.*, für nothwendige Streitgenossenschaft, *Endemann I*, 336, *Puchelt I*, 255.

Der Gerichtsstand des § 61 ist an sich für den Anspruch des Interventienten kein ausschließlicher, wenn er gegen beide Parteien in einem anderen Gerichtsstande klagen kann; dann ist dieser Prozeß aber keine Intervention im Sinne der §§ 61, 62; außerdem ist die Bestellung eines gemeinsamen Gerichtsstandes durch die Voraussetzung des § 36 Nr. 3 beschränkt, daß ein anderer besonderer Gerichtsstand, also auch der des § 61, nicht begründet sein dürfe.

Das Urtheil schafft zwischen dem Interventienten und beiden Hauptparteien Recht und ist ihnen Allen gegenüber wirksam; ob und gegen wen es vollstreckbar ist, richtet sich nach der Natur des Anspruchs und seiner Geltendmachung, vgl. *Anm.* 1 § 62.

5) Das erstinstanzliche Gericht des Hauptprozesses ist auch dann zuständig, wenn der Hauptprozeß bereits in einer höheren Instanz schwebt. Wenn der Hauptrechtsstreit in erster Instanz vor einer Kammer für Handelsfachen anhängig ist oder war, so kann bei dieser eine Hauptintervention nur unter der Voraussetzung des § 108 *O. B.* geltend gemacht werden. Wird durch eine Hauptintervention ein Anspruch, welcher vor die Kammer für Handelsfachen gehört, vor der Civilkammer, bei welcher der Hauptprozeß anhängig ist, geltend gemacht, so findet § 104 *O. B.* Anwendung, *Endemann I*, 337. In solchem Falle die Möglichkeit einer Verweisung zur Kammer für Handelsfachen nach § 104 *O. B.* auszuschließen, weil die Vermittelung widersprechender Entscheidungen Zweck des § 61 sei, wie *Gaupp Anm.* III will, widerspricht der unbedingten Vorschrift des § 104 und dem Interesse, Handelsfachen von Handelskammern entschieden zu sehen, auch dem § 61, welcher nur das „Gericht“ des Hauptprozesses als zuständig bezeichnet, ohne über die Befugnisse und Pflichten der Kammer zu bestimmen. Bei sachgemäßer Behandlung (vgl. § 62) kann dessenungeachtet jener Zweck immer erreicht werden.

## § 62.

Der Hauptprozeß kann auf Antrag einer Partei bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Hauptintervention ausgesetzt werden.<sup>1)</sup>

*R. O.* 15, 97. *P.* 25, 512.

1) Ob der Hauptprozeß auszusetzen, ist nach dem Ermessen des Gerichts zu bestimmen, „kann“. Der Antrag kann sowohl vom Interventienten als auch von jedem der Intervententen gestellt werden. Er ist vor dem Gerichte zu stellen, vor welchem zur Zeit der Hauptprozeß, wenngleich in höherer Instanz, schwebt und ist darüber von diesem Gerichte zu entscheiden. Dazu bedarf es keiner Ladung und keiner *m. B.* (wie *Gaupp Anm.* II annimmt), auch ist das Aussetzungsgesuch dem Anwaltszwange nicht unterworfen, § 225, vgl. *Anm.* 2 dazu. Die Befugnisse des Gerichts zur Aussetzung



nach §§ 62, 139, von welchen Vorschriften jede ihre selbständigen Voraussetzungen hat, bestehen unabhängig neben einander, und ist die für das Verhältniß zweier Prozesse gegebene allgemeine Vorschrift des § 139 nicht dadurch beschränkt, daß die Befugniß des § 62 nur „auf Antrag einer Partei“ gestattet ist; vielmehr ist die Bestimmung des § 62 durch den § 139 dahin erweitert, daß, wenn die Bedingungen des § 139 vorliegen, das Gericht auch ohne Antrag aussetzen kann. Just. OLG. Hamburg, SA. 41, 347. Erfolgt die Entscheidung der Intervention vor der Erledigung des Hauptprozesses, so ist insoweit, als dadurch über den Streitgegenstand positiv bestimmt ist, der Hauptprozeß zwar nicht formell erledigt, die rechtskräftige Entscheidung des Interventionsprozesses gewährt aber den Parteien des Hauptprozesses den Einwand der res judicata. Wird der Interventionskläger abgewiesen, so folgt daraus allerdings noch nichts für oder gegen den Anspruch des Erstklägers, der auf den Anspruch des Interventionsklägers gestützten Einrede des Beklagten steht aber dann die Replik der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen (Caupp Anm. I, Seuffert Anm. 6, Weismann a. a. O. 164 f.). Vgl. Anm. 4 § 61. Wird der Hauptprozeß vor der Entscheidung der Intervention entschieden, so wird die Vollstreckung des Urtheils durch die noch schwebende Intervention nicht gehindert; der Interventient wird sich nöthigenfalls durch Arrestanträge sichern müssen oder geeignetenfalls durch Erhebung einer besonderen Widerspruchsklage aus § 690 in dem dort angeordneten Gerichtsstande und Anträge auf Einstellung des 3B. gemäß § 690 Abs. 3. Ueber das Recht zur Beschwerde über die Aussetzung und zur „sofortigen Beschwerde“ über die Ablehnung eines auf Aussetzung gerichteten Antrags vgl. §§ 229, 530, 540, Anm. § 225. Das Beschwerderecht gegen die Ablehnung wird durch Erlaß des Endurtheils gegenstandslos, Anm. 1 § 229. Eine Verbindung des Hauptprozesses mit dem Interventionsprozeß auf Grund des § 138 ist zwar an sich zulässig, dürfte aber nur ausnahmsweise angezeigt sein. — Ueber Konkurrenz von Haupt- u. Nebenintervention Anm. 1a § 63.

### § 63.<sup>1a)</sup>

Wer ein rechtliches Interesse daran hat, daß in einem zwischen anderen Personen anhängigen Rechtsstreite die eine Partei obsiege, kann dieser Partei zum Zwecke ihrer Unterstützung beitreten.<sup>1)</sup>

Die Nebenintervention kann in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung desselben, auch in Verbindung mit der Einlegung eines Rechtsmittels erfolgen.<sup>2)</sup>

R. 63. N. 100. P. 25. 512.

1a) Die §§ 63—68 behandeln die, von der Hauptintervention im Wesen durchaus verschiedene, früher sog. *accessorische Intervention* unter der Bezeichnung „Nebenintervention“ im Ganzen übereinstimmend mit der gemeinrechtlichen Theorie (vgl. Weßell § 7 R. 14 ff.; Ragen, die sog. *accessorische Intervention*, Oefen 1864; Pland Lehrb. der Rechtsfr. § 21). Die Voraussetzungen der Hauptintervention können mit denen der Nebenintervention thatsächlich konkurriren, ohne daß jedoch dadurch an sich der Gebrauch des einen oder anderen Rechtsbehelfs oder beider nebeneinander beeinträchtigt wird, RO. 10, 398; OLG. 2. Mai 1892, SA. 48, 216.

1) Bedingung der Nebenintervention, s. §§ 67 Nr. 2, 68 Abs. 1, ist ein „rechtliches Interesse“, d. h. ein Interesse, welches dadurch begründet ist, daß durch den Ausgang des Prozesses die Rechtsverhältnisse des Dritten mit betroffen werden. (RO. 16. Juni, 24. Nov. 1884; 3B. 1884 S. 194; 1885 S. 25. Der Ausdruck: „rechtliches Interesse“ findet sich in dieser Anwendung bereits bei Pland a. a. O. 161 und Ragen a. a. O. 10 als Auslegungsergebnis des römisch-rechtlichen; „is cuius interest.“) Ein rechtliches Interesse hat Jeder, welcher mit Rücksicht auf Verträge, letztwillige Verfügungen, Willenserklärungen oder sonstige Rechtsgründe nur im Falle eines bestimmten Prozeßresultats Ansprüche zu machen oder Verpflichtungen zu erfüllen hat, oder welchem auch nur die Geltendmachung von Rechten oder die Erfüllung von Pflichten durch das Resultat

des Prozeßes erschwert werden kann, — „wenn ein Recht oder die wirksame Geltendmachung eines Anspruchs durch den Sieg der Hauptpartei, welcher er sich anschließen will, bedingt ist oder durch das Unterliegen derselben gefährdet wird“; Renaud § 47; Weßell § 7, sodaß durch das Unterliegen der Hauptpartei nicht bloß eine formale Einwirkung auf die Rechtsverhältnisse des Nebenintervenienten, sondern eine Benachtheiligung seiner Rechtslage einzutreten droht, R. O. 25. Mat 1892, 3W. 309. Vgl. Schulze, Busch 2, 20 ff., 30 bis 44. Vom R. O. 23, 343 wird das rechtliche Interesse als dasjenige Interesse definiert, „welches auf einem Rechtsverhältnisse des Nebenintervenienten zu den Parteien oder dem Gegenstande des Rechtsstreites beruht, das durch die Entscheidung, ihren Inhalt oder ihre Vollstreckung mitbetroffen wird.“ Ein bloß wirtschaftliches Interesse z. B. die tatsächliche Erwartung eines Vorteils aus einem bestimmten Ausgange des Prozeßes genügt nicht (D. O. Karlsruhe, S. A. 42, 463), noch weniger ein bloß ideales (sittliches, humanitäres, verwandtschaftliches, vgl. Gaupp Anm. II, 2). Ein nur tatsächliches, nicht rechtliches, Interesse hat der Gemeinschuldner an der Einziehung einer Forderung zur Konkursmasse durch den Verwalter, sowie an dem Widerspruche des Verwalters gegen die Feststellung einer Konkursforderung; R. O. 28, 422; 1. Juni 1893, 3W. 343. Den Kläger an der Erlangung eines zur Anfechtungsklage berechtigenden vollstreckbaren Eitels zu hindern, ist gleichfalls kein rechtliches Interesse; D. O. Oldenburg, S. A. 47, 226. Unmittelbares oder mittelbares Interesse wird nicht unterschieden; auch ist es nicht notwendig, daß durch den Ausgang des Prozeßes gerade die Rechtsverhältnisse des Intervenienten zu den Parteien betroffen würden, vielmehr kann auch ein Einfluß des Prozeßausgangs auf seine Rechtsverhältnisse zu dritten Personen ein rechtliches Interesse begründen, vgl. § 69 Abs. 2. In allen Fällen muß das rechtliche Interesse des Nebenintervenienten nach dem klaren Gesetze wort darauf gerichtet sein, daß der Rechtsstreit (ganz oder theilweise) unter den Parteien, zu Gunsten der von ihm zu unterstützenden Partei entschieden werde, R. O. 14, 436. In erster Reihe stehen die Fälle des § 66 (vgl. Anm. dazu), in welchen die Rechtskraft des Urtheils sich auf das Rechtsverhältnis des Intervenienten zum Gegner erstreckt. Andere naheliegende Fälle sind: die Nebeninterventionen des Bürgen in dem Prozeß gegen den Hauptschuldner, des Verkäufers in dem Solvitionsprozeße gegen den Käufer, des Sedenten in dem Prozeße seines Sessionars gegen den debitor cessus, des Pfändungsgläubigers in dem Prozeße seines Schuldners gegen den Drittschuldner, des Eigenthümers in dem Prozeße des Nachbarn gegen den Pächter wegen Ausübung einer Servitut, des Kindes in dem Prozeße der Eltern über die Richtigkeit der Ehe. Weitere Kasuistik vgl. in den angeführten Reichsgerichts-Entscheidungen, ferner Reichsgef. v. 12. Mat 1894 zum Schutze der Waarenbezeichnungen, R. O. Bl. 441 § 9 Abs. 4; R. O. 5, 69; 10, 114; 16. April 1889, 3W. 203; D. O. Braunschweig, S. A. 37, 247; Franke, die Nebenparteien, Göttingen 1882 S. 34—70. Für französ. Recht code civ. Art. 1166; Petersen Anm. 3. — Ueber die Unzulässigkeit der Nebenintervention des Staatskommissars nach § 63 des Invaliditäts- u. Alters-Vers. Ges. im Civilprozeß vgl. Meyer in der Zschr. „Arbeiterversorgung“ 1893 S. 117.

Gegen die Unterscheidung von Ganstein (Busch 8, 239 ff., vgl. auch Mayer a. a. O. 11 ff. und dagegen Weßell § 7 Nr. 12b) zwischen selbständigen und unselbständigen Nebenintervenienten, je nach der Unabhängigkeit oder Abhängigkeit ihres rechtlichen Interesses von dem Widerspruche der Hauptpartei gegen ihre Zulassung vgl. Aufl. 5.

Die Voraussetzung des anhängigen Rechtsstreites ist dieselbe, wie für die Hauptintervention, Anm. 1 § 61. Doch ist von keinem Rechtsstreite unter Parteien, also auch nicht in Ehestreitigkeiten, in Entmündigungssachen, soweit es sich um die Klagen auf Anfechtung des Entmündigungsbeschlusses §§ 605 ff. oder auf Wiederaufhebung der Entmündigung §§ 620 ff. handelt, in Arrestsachen (und einstweiligen Verfügungen) insofern auf mündliche Verhandlung durch Endurtheil zu entscheiden ist, §§ 802, 805, 807, bei der Anfechtungsklage gegen ein Ausschlußurtheil im Aufgebotsverfahren, §§ 834, 835, die Nebenintervention grundsätzlich ausgeschlossen. In der Zwangsvollstreckungsinstanz ist dieselbe nur zulässig, soweit es sich um einen durch die 3B. veranlaßten besonderen Prozeß

handelt, §§ 667, 686, 690, 710, 660. Vgl. DZB. Colmar, JfO. 1893 S. 15. Auch ist das Mahnverfahren nach § 633 von der Zulässigkeit der Intervention nicht auszuschließen. (Gegen Franke a. a. D. 4.) Eine Intervention zu Gunsten des Gläubigers ist allerdings zwecklos, so lange kein Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl erhoben und ein kontradiktorisches Verfahren nicht eröffnet ist; dagegen kann eine Intervention zu Gunsten des Schuldners gleichzeitig mit Erhebung des Widerspruchs angezeigt sein. Vgl. § 643. Die Zulässigkeit der Nebenintervention im Mahnverfahren endigt erst mit der Rechtskraft des Vollstreckungsbefehls. Für das schiedsrichterliche Verfahren ist die Nebenintervention ebensowenig wie die Hauptintervention, vgl. Anm. 1 § 61, eingeführt und geordnet, sondern nur für den ordentlichen Rechtsweg. Ob vor Schiedsrichtern Nebeninterventionen zuzulassen, unter welchen Voraussetzungen, in welchem Umfange und mit welchen Wirkungen, hängt von dem Compromiß der Parteien und der Art und Weise des von den Schiedsrichtern angeordneten Verfahrens ab.

Daß die Nebenintervention nicht von einer Partei desselben Prozesses eingelegt werden kann, auch wenn die Partei-Eigenschaft nur durch eine Klageverbindung hergestellt ist, ergibt sich aus der klaren Wortfassung des § 63. Die Zulässigkeit der Nebenintervention eines nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters in dem Prozesse der Handelsgesellschaft, R. O. 5, 69 (Franke a. a. D. 11, 12) kann nur dann angenommen werden, wenn man die Handelsgesellschaft als ein von den einzelnen Gesellschaftern verschiedenes Prozeßsubjekt ansieht, die Zulässigkeit der Nebenintervention eines Konkurs-Gläubigers in dem Anfechtungsprozeß des Konkursverwalters, wenn man diesen nicht als Vertreter der einzelnen Gläubiger ansieht, R. O. 16. April 1889, JfB. 203; vgl. Vorb. vor § 50. Die Nebenintervention einer als Partei z. B. als Widerkläger auftretenden Person ist jedoch als eventuell zulässig zu erachten, d. h. für den Fall, daß es für sie unstatthaft sein sollte, als Partei aufzutreten; R. O. 21. Mai 1892, JfB. 309.

2) Die Zulassung der Nebenintervention in jeder Lage des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung (vgl. § 645) entspricht dem gem. Civillpr., ebenso die Befugniß des Nebenintervenienten zur Einlegung von Rechtsmitteln (Magen a. a. D. §§ 23, 20). Selbstredend kann der Interventent zur Zeit seines Beitritts nicht mehr solche Handlungen vornehmen, welche prozessualisch in diesem Momente nicht mehr zulässig sind, mithin nach beendigter Instanz nicht mehr von Neuem zur Verhandlung in derselben Instanz laden, ebenso wenig Rechtsmittel nach Ablauf der für die Hauptpartei bestimmten Frist einlegen, R. O. 18, 416, vgl. § 64 Satz 1. Auch in Verbindung mit der Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurtheil oder einen Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren (vgl. Anm. 1) ist die Nebenintervention statthaft, wie aus dem Prinzip des Abf. 2 folgt. Unbedingte Voraussetzung für diese Befugnisse ist die Einlegung der Nebenintervention, d. h. der Beitritt des Nebenintervenienten gemäß § 67. Ohne solchen förmlichen Beitritt ist er nicht befugt, als Vertreter der Hauptpartei zu handeln, z. B. einen Anwalt zur Einlegung eines Rechtsmittels Namens der Hauptpartei zu bestellen. Ein auf diese Weise ausgetragenes Verfahren würde die Letztere auf Grund des § 542 Nr. 4 als nichtig anfechten können.

### § 64.

Der Nebenintervenient muß den Rechtsstreit in der Lage annehmen, in welcher sich dieser zur Zeit seines Beitritts befindet; er ist berechtigt, Angriffs- und Vertheidigungsmittel geltend zu machen und alle Prozeßhandlungen wirksam vorzunehmen, insoweit nicht seine Erklärungen und Handlungen mit Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch stehen.<sup>1)</sup>

R. 64. H. 101. 105. P. 25. 26. 519.

1) Der Nebenintervenient kann nur für die Partei, welche er unterstützen will, prozessualisch auftreten, seine Prozeßhandlungen können in jedem Falle nur eine Entscheidung in Bezug auf diese Hauptpartei, welche auf seiner Seite in

der That allein Partei bleibt, zur Folge haben. Er wird (abgesehen vom Falle des § 66) nicht in dem Sinne Partei, daß er für sich direkt etwas erstreiten und materielle Anträge stellen könnte. (Folge davon vgl. Anm. 3 § 38.) Insofern ist er sachlich und hinsichtlich des Prozeßresultats nur Beistand seiner Partei. An Stelle derselben kann er nur mit Genehmigung aller Theile in den Prozeß als Hauptpartei eintreten, P. 25. Ein Antrag, dies auszudrücken, ist in der Vork. als unnöthig abgelehnt. Für die in den §§ 236—238 besonders geordneten Fälle der Veräußerung einer Streitfache während des Prozesses ist dieser Grundsatz als Regel im § 236 Abs. 2 ausdrücklich ausgesprochen. Ausnahme davon § 237.

Die Rechte, welche der Nebeninterventient hat, und sein Einfluß auf den Rechtsstreit sind im § 64 festgestellt. Er kann für die Hauptpartei mit voller Wirksamkeit Angriffs- und Vertheidigungsmittel (vgl. Anm. 1 § 137) geltend machen, auch Rechtsmittel einlegen (§ 63 Abs. 2). Er muß jedoch den Rechtsstreit in der Lage zur Zeit des Beitritts annehmen, in höheren Instanzen nach den für dieselben bestehenden Bestimmungen, muß Theil- und Zwischenurtheile gegen sich gelten lassen, ebenso die Vorschriften über Verspätung von Angriffs-, Vertheidigungs- und Beweismitteln. Die Partei kann auch im Einverständnis mit ihrem Nebeninterventienten diesem überlassen, die dienlich scheinenden Angriffs- und Vertheidigungsmittel allein geltend zu machen, und selber unthätig den Prozeß abwarten. (Ein Antrag auf einen ausdrücklichen desfallsigen Zusatz ist als selbstverständlich in der RR. abgelehnt, P. 25.) Der Interventient ist also in Bezug auf die Prozeßführung nicht bloß Beistand (§ 86) seiner Partei, sondern prozeßualischer Vertreter derselben und als solcher kraft Gesetzes zum Schutze seiner eigenen Interessen auf Grund seines eignen Rechtes (Anm. 1 § 63) — selbst gegen den etwaigen Widerspruch seiner Partei, Anm. 1 zu § 67 und zu § 68 (gegen die abg. Meinung v. Canslein's vgl. Anm. 1 § 63, 5. Aufl.) — zugulassen. Die durch die Natur der Intervention gegebene Grenze seiner Vertretungsbefugnisse liegt darin, daß er materiell nicht Partei ist, weil kein Rechtsverhältniß seiner selbst Streitgegenstand ist, und daß er sonach nur Prozeßhandlungen vornehmen kann, welche geeignet erscheinen, der Hauptpartei zum Siege im Rechtsstreite zu verhelfen — also nicht die Klage zurückzunehmen, den gegnerischen Anspruch anerkennen — und zwar auch nur zum Siege in dem vorliegenden Rechtsstreite, also nicht selbstständig Widerklagen für die Partei anstellen (vgl. Wehll § 41 R. 75; aR. Hippmann, civR. 65, 433), nicht Kompensationseinreden aus eignen Forderungen, überhaupt nicht Einwendungen aus eigem Rechte entgegenzusetzen; RR. 17, 34; 7. Jan. 1884, ZW. 86; 7. April 1886, KassR. 30, 94; 11. April 1888, SA. 45, 215; 23. Nov. 1893, ZW. 1894 S. 8; 3. Dez. 1893, KassR. 38, 946; 19. Dez. 1894, ZW. 1895 S. 59, DRW. Hamburg, SA. 43, 350 (Schollmeyer, Kompensationseinrede 90, will dem Interventienten Kompensationseinreden aus dem Rechte der Hauptpartei zugestehen, wenn er selbst nach dem bürgerlichen Rechte dazu befugt ist, jedoch mit Unrecht; vgl. unten); ebensowenig kann er die Klage ändern oder erweitern, da solche Rechtsbehelfe über die Grenzen des anhängigen Rechtsstreits hinausgehen (Söning, Busch 4, 78, vgl. § 63 „zum Zwecke ihrer Unterstützung“), auch nur „Prozeßhandlungen“ vornehmen (vgl. Anm. 2 § 52), nicht civilrechtlich wirksame Rechtsgeschäfte, z. B. Vergleiche, Bezichte; Schulze a. a. D. 44, 47 ff., 88—92. Auch der in Veranlassung einer auctoris laudatio, § 73, nur als Nebeninterventient beitretende, nicht als Prozeßpartei eintretende Dritte hat keine weitergehenden Befugnisse als jeder andere Nebeninterventient; sofern nicht nach Civilrecht das zu erlassende Urtheil auf das Rechtsverhältniß des Benannten zum Kläger von Wirksamkeit, also § 66 anwendbar ist, Anm. 3 § 73. (Abw. ohne nähere Begründung RR. 32, 31.) Eine zweite Grenze bestimmt positiv (außer für die Fälle des § 66) der Schluß des § 64. Im Falle eines Widerspruchs zwischen den Erklärungen bez. Handlungen des Interventienten und denen der Hauptpartei gelten nur die letzteren. Dies gilt auch von den schon vor dem Beitritt abgegebenen Erklärungen und Handlungen. Durch nachträgliche Genehmigung kann die Hauptpartei den Widerspruch beseitigen; indeß nur, soweit die früheren Erklärungen

nicht schon dem Gegner gegenüber bindend sind. Geständnisse der Hauptpartei kann der Interveniient nur in gleicher Weise widerrufen, wie sie selbst es könnte, § 263. Mit Unterlassungen der Partei kann er in Widerspruch treten, d. h. er kann Prozeßhandlungen vornehmen, durch sein Erscheinen Versäumnisurtheile abwenden, kontrabitorisch verhandeln, Erklärungen über Eideszuschreibungen für die Hauptpartei abgeben, den Einspruch oder Rechtsmittel innerhalb der, für die Hauptpartei laufenden Frist (R. 18, 416) einlegen, die Rechtsmittelinstanz betreiben, auch wenn die Partei die Prozeßhandlungen nicht vornimmt, versäumt bz. Rechtsmittel nicht einlegt oder verfolgt, er bedarf dazu nicht einer Genehmigung oder eines Mithandelns der Partei; sondern soll nur mit ihren positiven „Erklärungen und Handlungen“ nicht in Widerspruch treten. Vgl. § 63 Abs. 2 und die geschichtliche Entfaltung der Beschränkung des Schlusses von § 64 bei Schulze, Busch 2, 20—100; Franke Nebenpart. 124 ff.; R. 24. Sept. 1881, 3. Juni 1885, Raffr. 26, 1144; 29, 1033; 11. April 1888, JW. 195, SA. 45, 215; 10, 398; 17, 34, 410; 18, 416; DZ. Celle, SA. 42, 213; Strudmann-Roch Anm. 1, v. Wilow Anm. 4 zu § 63, Seuffert, Gaupp u. Reinde zu § 64, DZ. Jena 19. Juni 1882, SA. 37 Nr. 338; DZ. Karlsruhe, SA. 39, 201 Nr. 137; Busch 7, 336. AR. Sarwey, Siebenhaar, Kleiner zu § 64. Das vom Interveniienten eingelegte Rechtsmittel wirkt auch für die Hauptpartei, selbst wenn diese kein Rechtsmittel einlegt, § 63 Abs. 2. Aber Letztere kann wirksam auf alle Rechtsmittel verzichten und das Rechtsmittel des Nebeninterveniienten zurüdnehmen, § 64; Mot. 86, 87. (Vgl. auch Anm. 3 § 472.) Umgekehrt kann der Interveniient ein Rechtsmittel der Hauptpartei oder einen anderen von dieser gebrauchten Rechtsbefehl nicht wirksam zurüdnehmen. — Ein Eid kann vom Interveniienten dem Gegner zugesprochen werden, aber außer dem Falle des § 66 kann dem Interveniienten ein Eid nicht zu- oder zurückgeschoben werden, § 414. Vgl. jedoch die Ausnahme § 415. Auch ein richterlicher Eid kann dem Nebeninterveniienten nicht auferlegt werden, da er nicht Partei ist, § 437; ebensowenig kann er zu einer eidlichen Schätzung nach § 260 zugelassen werden. In Bezug auf die Edition von Urkunden, welche die Gegenpartei oder die eigne Partei von ihm fordert, ist er ein Dritter, es kommen also nicht §§ 385—392, sondern §§ 393—396 zur Anwendung. Er kann Urtheile zustellen, mithin die Nothfrist für Rechtsmittel und Einspruch des Gegners in Lauf setzen; R. 17, 410; 28. Sept. 1891, JW. 466, SA. 47, 228. Er kann aber nicht gegen den Willen der Hauptpartei durch Zustellung von Urtheilen die Nothfristen zu ihrem Nachtheile in Lauf setzen, DZ. Cassel, Busch 12, 504. Dies folgt nicht allein daraus, daß der Beitritt des Nebeninterveniienten lediglich zur Unterstützung der Hauptpartei geschieht, sondern auch aus der Stellung der Hauptpartei gegenüber dem Interveniienten, welche sie berechtigt, sich mit jeder Prozeßhandlung des Letzteren in Widerspruch zu setzen, soweit ihr dies nicht durch Versäumnis thatsächlich oder rechtlich unmöglich geworden ist. Die Hauptpartei kann demnach auch eine Urtheils-Zustellung des Nebeninterveniienten, so lange sie dieselbe nicht genehmigt hat, durch ausdrücklichen Widerspruch unwirksam machen. Praktisch wäre es auch ein höchst auffallendes und unhaltbares Resultat, wenn es dem Nebeninterveniienten zustehen sollte, durch eine ohne Wissen und Willen der Hauptpartei bewirkte Zustellung des Urtheils, diese Partei zur Versäumnis der Nothfrist und zum Verluste des Rechtsmittels zu induziren. Das Reichsgericht läßt in der angef. Entsch. v. 28. Sept. 1891 die Frage dahingestellt. Hat der Nebeninterveniient ein heide Parteien beschwerendes Urtheil zugestellt, so wird, wenn die Hauptpartei dieser Zustellung widerspricht, die Zustellung selbstredend auch hinsichtlich des Gegners unwirksam, § 198 Abs. 2.

Der Beitritt eines Nebeninterveniienten in der Revisionsinstanz kann eine sachliche Aenderung in der Lage des Rechtsstreits mit Rücksicht auf § 524 nicht herbeiführen, R. 6. Mai 1892, JW. 269. Nur solche Thatfachen, welche in der Revisionsinstanz auch von der Hauptpartei mit Erfolg vorgebracht werden könnten, dürfen auch vom Nebeninterveniienten der Berücksichtigung des Revisionsgerichts unterbreitet werden. Die Zulässigkeit des Beitritts in Verbindung mit Einlegung der Revision oder innerhalb der Revisionsinstanz ist an sich nicht zu bestreiten, § 63 Abs. 2.

Ueber die Zulässigkeit der Vernehmung des Nebenintervenienten als Zeugen vgl. Anm. 4 § 358; R. 20, 390. Die Vetreibung der Zwangsvollstreckung ist nicht Sache des Intervenienten, da solche außerhalb des Rechtsstreits liegt.

### § 65.

Der Nebenintervenient wird im Verhältnisse zu der Hauptpartei<sup>1)</sup> mit der Behauptung nicht gehört, daß der Rechtsstreit, wie derselbe dem Richter vorgelegen habe, unrichtig entschieden sei; er wird mit der Behauptung, daß die Hauptpartei den Rechtsstreit mangelhaft geführt habe, nur insoweit gehört, als er durch die Lage des Rechtsstreits zur Zeit seines Beitritts oder durch Erklärungen und Handlungen der Hauptpartei verhindert worden ist, Angriffs- oder Bertheidigungsmittel geltend zu machen, oder als Angriffs- oder Bertheidigungsmittel, welche ihm unbekannt waren, von der Hauptpartei absichtlich oder durch grobes Verschulden nicht geltend gemacht sind.<sup>2)</sup>

R. 65. N. 102. P. 26. 612.

1) Im § 65 ist nichts für den Prozeß bestimmt, in welchem die Intervention stattfindet, sondern für das eventuell in einem besonderen Prozesse zwischen der Hauptpartei und ihrem Nebenintervenienten geltend zu machende Rechtsverhältnis. Für dieses sind die Wirkungen der Intervention materiell-rechtlich unter Beseitigung widersprechender Landesrechte vorgeschrieben (vgl. § 19 I, 17 A. O.). Insoweit der Intervenient zeitig genug intervenirte, und nicht eine Verhinderung oder Verschleppung der Hauptpartei im Sinne des § 65 erfolgt ist; kann der Intervenient später nicht einwenden: es habe ihm Streit verkündet werden müssen. Demgemäß ist auch das A. R. I, 11 §§ 143 ff., 152 durch § 65 modificirt.

2) Die Folge für den demnächstigen Prozeß des Intervenienten und der Hauptpartei ist eine zweifache. Der Intervenient kann in demselben

1. nicht einwenden, der Richter habe den Rechtsstreit, wie derselbe ihm vorgelegen habe, anders entscheiden müssen, ohne Unterschied, in welchem Zeitpunkt der Beitritt erfolgt, also auch dann, wenn die Entscheidung schon erlassen, aber noch nicht rechtskräftig d. h. noch mit Einspruch oder Rechtsmitteln anfechtbar (§ 645) war, was überhaupt Voraussetzung des Beitritts ist, § 61; (a. R. Seuffert Anm. 2a, welcher annimmt, daß die Entscheidung nach dem Beitritt erfolgt sein müsse; allein die Möglichkeit, durch Einspruch oder Rechtsmittel ein anderes Prozeßresultat herbeizuführen, muß nach Wortlaut und Absicht des Gesetzes genügen, dem Intervenienten den Einwand, daß der Prozeß unrichtig entschieden sei, abzuschneiden); § 65 bildet nebst § 71 Abs. 3 eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß Urtheile nur unter den Parteien wirken, R. 16. April 1890, S. B. 178; 29. März 1893, Kass. R. 37, 1221.
2. die Einrede mangelhafter Prozeßführung (exc. mali processus) nur dann aufstellen, wenn
  - a) sie die vor seinem Beitritte schon geschaffene unabänderliche Lage des Rechtsstreits betrifft, oder
  - b) wenn die Hauptpartei durch widersprechende Erklärungen und Handlungen, z. B. durch Zugeständnisse, Verzicht auf Rechtsmittel, falls durch letztere fernere Angriffs- oder Bertheidigungsmittel geltend gemacht werden können, die richtige Prozeßführung gehindert hat,
  - c) oder dolos oder durch grobes Verschulden Angriffs- oder Bertheidigungsmittel (vgl. Anm. 1 § 137) veräußert, welche der Intervenient nicht kannte. (Eine schuldhafte Unterlassung liegt nicht vor, wenn die Partei von einer, vom höchsten Gerichtshofe gebilligten, im Prozesse jedoch verworfenen Rechtsanschauung ausging; R. 12. Dec. 1887, Kass. R. 32, 726.)

Dies Alles gilt für den Intervenienten, welcher einmal beigetreten ist, auch dann, wenn er später freiwillig seine Beteiligung wieder aufgibt, da für diese spätere Zeit kein

Unterschied hinsichtlich der Anwendung des § 65 gemacht ist. Wichtig wird dies für den Fall der Anwendung des § 65 in Gemäßheit des § 71 Abs. 3. An sich hat der Interventent das Recht, die Intervention nach seinem Belieben wieder aufzugeben; soweit er jedoch durch seinen tatsächlichen Beitritt bez. durch dessen Ermöglichung nach Streitverkündung in die Lage versetzt ist, für die Prozeßführung selbst zu sorgen, hat er es sich selbst beizumessen, wenn er von seinem Rechte keinen entsprechenden Gebrauch macht. Dies ergibt der Inhalt des § 65, gegen welchen die unbestimmte und auf die Entscheidung des einzelnen Falles verweisende Bemerkung der Rot. 89 zu § 67 nichts beweisen kann; Puchelt I, 264; Caupp Anm. II, Franke a. a. D. 130. *M. Petersen Anm. 2, Strudmann-Roch Anm. 4.*

### § 66.

Insofern nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Rechtskraft der in dem Hauptprozeße erlassenen Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervententen zu dem Gegner von Wirksamkeit ist, gilt der Nebeninterventent im Sinne des § 58 als Streitgenosse der Hauptpartei.<sup>1)</sup>

**R. 66. N. 103. P. 66. 512.**

1) Der § 66 umfaßt diejenigen Fälle, in welchen nach Civilrecht die Wirksamkeit der in dem Hauptprozeße zu erlassenden Entscheidung auch ohne den Beitritt des Nebenintervententen nicht bloß auf die Parteien des Hauptprozeßes beschränkt sein, sondern darüber hinaus zwischen dem Nebenintervententen und dem Gegner Recht machen würde (vgl. Savigny Syst. VI § 301), und demnach in dem Nach-Prozeße zwischen diesen beiden der Geltendmachung der Rechtskraft der Vor-Entscheidung nicht der Einwand der *res inter alios acta* entgegen gesetzt werden kann. Die „Wirksamkeit der Entscheidung auf das Rechtsverhältniß des Nebenintervententen zum Gegner“ setzt jedoch nicht voraus, daß schon vor der Entscheidung ein solches Rechtsverhältniß bestünde (wie Wach I, 646 ff. und Caupp Anm. I unterstellen, vgl. dagegen Reinde zu §§ 66), vielmehr ist eine solche auch dann anzunehmen, wenn durch die Entscheidung des Hauptprozeßes das Rechtsverhältniß zwischen dem Nebenintervententen zum Gegner erst geschaffen wird, z. B. durch die Entscheidung über das Erbrecht zwischen dem Testamentsserben und dem Intestaterben zu Gunsten des Letzteren, welche ein Rechtsverhältniß des Intestaterben zum Legatar bezüglich der Herausgabe des von dem Testamentsserben bereits ausgeantworteten Legats erst konstituiert. Ausgenommen von § 66 ist nach positiver Vorschrift des § 236 jedoch der als Nebeninterventent auftretende Rechtsnachfolger der Hauptpartei, welcher ohne diese positive Vorschrift allerdings darunter fallen würde (vgl. Savigny a. a. D. 469). Darum kann auch der als Nebeninterventent des Schuldners in dem Prozeße zwischen diesem und dem Drittschuldner auftretende Pfändungspfandgläubiger nicht als Streitgenosse des Ersteren erachtet werden (vgl. *R. 3. Juni 1885, Raffr. 29, 1053* mit inkorrektter Begründung).

Rechtbrechtlich fallen unter § 66 die Interventionen der Kommanditisten und Aktionäre in den Fällen der §§ 190a, 222, 194, 194, 223 *HGB.* (vgl. Alexander, *Zeitschr. f. Handelsr.* 40, 104) und von Genossenschaftlern im Falle der §§ 49, 116 *GenGes. 1. Mai 1889*, des einzelnen Gesellschafters in Prozeßen der Gläubiger der offenen Handelsgesellschaft gegen dieselbe, insbesondere bei Feststellung einer Gesellschaftsschuld gegenüber einem Gesellschafter als Nebenintervententen (*R. 12. Okt. 1894, JW. 542; Eccius, Zeitschr. f. Handelsr.* 32, 16, Habicht, *Dusch Arch. f. Handelsr.* 46, 352, *aM. Strudmann-Roch a. a. D.*), der Konkursgläubiger in Anfechtungsprozeßen des Konkursverwalters (*R. D. § 29; aM. R. 16. April 1889, JW. 203 u. Reinde zu § 66*) und in den Prozeßen betr. Feststellung streitiger Konkursforderungen, *R. D. §§ 184, 135*; ferner in Prozeßen gemäß *Reichsgef. v. 12. Mai 1894* zum Schutze der Waarenbezeichnungen, *R. W. 441, § 9*. Die in § 753 Abs. 2 zugelassene Anschließung des Pfändungsgläubigers als Streitgenosse ist keine bloße Nebenintervention, fällt deshalb überhaupt nicht unter die darüber gegebenen Vorschriften der §§ 64 ff. Mit Unrecht unterstellt ferner das *Obd. 14. Okt. 1882, EW. 39, 199*) die

Nebenintervention des Pfändungsgläubigers, welchem die im Prozesse befangene Forderung zur Einziehung überwiesen ist, dem § 66, da § 236 entgegensteht (vgl. oben). Für das preuß. R. vgl. RR. I 12 § 298 (R. 20. Jan. 1891, JW. 129); II 2 §§ 11 ff. (Wirkung der Entscheidung über die Illegitimitätsklage gegen die Verwandten des Kindes), II 4 § 119; Eccius I § 56 R. 21 f.; 4 § 276 R. 49; Dernburg I § 138; DöZ. 37, 341 ff.; Franke a. a. D. 97 ff., 69, 42. Für das gemeine Recht vgl. L. 50 § 1 D. de legatis I, L. 14 D. de appell. 49, 1; Windscheid I § 132; Weßell § 7 S. 88 ff.; Schulze a. a. D. 39 ff., 95; Franke a. a. D. 55, 99 ff. Für das französ. R. Peterfen Anm. 1 R. 1; Fungen, nothw. Streitgen. zc. im Rechtsgebiete des code civil, Jahr 1895 S. 29–54. — Im Falle des § 66 ist der Nebeninterventient

1. von der am Schluß des § 64 bestimmten Beschränkung seiner Vertretungsbefugniß (durch den Widerspruch der Hauptpartei) befreit; R. 19. März 1884, SA. 39, 468;
2. er wird aber auch außerdem selbst berechnigte Mitpartei dadurch, daß er „als Streitgenosse im Sinne des § 58 gilt“, er kann also auch nach § 58 für sich besondere Prozeßresultate erstreiten, z. B. als Nebeninterventient des Beklagten durch eine Widerklage, soweit eine solche nach § 33 an sich zulässig erscheint. Da ihm die gesammten Wirkungen des § 58 zugesprochen werden, so wird er dadurch kraft Gesetzes Streitgenosse der Hauptpartei und also selbst Partei. So erläutern auch die Rot. 88: „er steht dem Gegner nach § 58 selbständig als Einzelner gegenüber“. Auch die Vorschrift des § 414 betreffs der Zuschreibung und Zurückschreibung von Eiden ist nur als Folge einer solchen Parteilstellung anzusehen und erklärlich; sie formulirt ausbrücklich, daß der Interventient des § 66 als Streitgenosse der Hauptpartei „anzusehen ist“. Gegenüber diesen Vorschriften ist die Ansicht von Schulze a. a. D. 95–100 (welchem sich v. Amelungen, nothw. Streitgen. 76 ff.; Böning, Busch 4, 78; Wachselsch S. 95, 102; vgl. R. 12. Okt. 1894, JW. 542 angeschlossen haben), daß der Nebeninterventient auch im Falle des § 66 nur als Vertreter der Hauptpartei für diese zu deren Siege prozeßuallich wirken könne, de lege lata nicht haltbar, Hellmann Lehrb. 237; Peterfen Anm. 2 R. 1; Reinde zu § 66; Endemann I, 344; v. Sarwey I, 135; v. Canstein, Busch 8, 225 ff., 247 ff.; theilweise abweichend: Strudmann-Rohr Anm. 2; Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 2; Freudenstein Rechtskraft 230, 236 Anm. 2; Nagoso Izawa, Differt. rechtl. Stellung des Nebeninterventient-Streitgenossen nach d. deutschen CPD., vgl. Busch 16, 193. Diese selbständige Stellung des Interventienten ist daher eine Ausnahme von der für den Interventienten als Regel geltenden allgemeinen Bestimmung des § 63, daß er nur „zur Unterstützung“ der Hauptpartei beitreten kann. Begrifflich ist eine solche Beschränkung nicht vereinbar mit der Befugniß, als Streitgenosse für sich zu wirken. Vgl. Franke a. a. D. 110 ff. Aus der Stellung als Streitgenosse folgt freilich nicht die Befugniß, zum Nachtheile der Hauptpartei zu wirken, z. B. Klagen oder Rechtsmittel derselben zurückzunehmen, den Klageanspruch anzuerkennen (vgl. Arch. f. bürg. R. 7, 392) u. dgl. Bezüglich der Zustellung der Urtheile hat der Nebeninterventient aus § 66 dagegen Rechte und Pflichten eines Streitgenossen, R. 12. Okt. 1894, JW. 542. Bei einer Intervention für den Beklagten aus § 66 wird ferner der etwaige Anspruch des Klägers gegen den Interventienten oder dieses gegen Jenen nicht rechtshängig, so lange derselbe nicht durch eine zulässige Erweiterung des Klageantrages bez. durch eine Widerklage geltend gemacht ist. Insofern weicht allerdings die Streitgenossenschaft aus § 66 von der sonstigen Streitgenossenschaft ab, als sie an sich noch nicht eine Klagenhäufung enthält (vgl. R. 19. März 1884, JW. 136, SA. 39, 468). Von diesem Gesichtspunkte aus kann man theoretisch eine „wirkliche“ Streitgenossenschaft im Falle des § 66 leugnen, ohne daß an den vorstehenden Resultaten praktisch etwas geändert würde; vgl. auch R. 4. Okt. 1884, JW. 265 f., 20. Jan. 1891, JW. 129, wo die Parteilstellung des Nebeninterventienten aus § 66 ausdrücklich anerkannt wird; ferner DöZ. 14. Okt. 1882, SA. 39, 199. Vgl. auch R. 17, 411. Durch die Bezugnahme des § 58 ist die Anwendung der sämmtlichen Vorschriften



über die Streitgenossenschaft, also auch gegebenen Falls des § 59, zugelassen bez. vorgeschrieben (Wach hält das Citat des § 58, statt § 59, überhaupt für unrichtig), vgl. Struckmann-Roch Anm. 2; R. 12. Okt. 1894, JW. 542. Vgl. auch zu § 66 Busch 16, 193 f.

### § 67.

Der Beitritt des Nebenintervenienten erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.<sup>1)</sup> Derselbe muß<sup>2)</sup> enthalten:

- 1) die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits;
- 2) die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat;
- 3) die Erklärung des Beitritts.

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze Anwendung.<sup>3)</sup>

R. 66a. N. 104. P. 26. 512.

1) Der § 67 ist, in Uebereinstimmung mit dem P.C. § 725 und R. 103, und da der Beitritt nach § 63 auch in Verbindung mit der Einlegung von Rechtsmitteln, also durch Schriftsatz, erfolgen kann, von der R.R. statt der von derselben in erster Lesung beabsichtigten Beitrittsklärung in m.B. hinzugefügt; P. 26, 512. Wegen der Zustellung vgl. 152 ff., 462.

Der Schriftsatz ist gewissermaßen die Klage für den im Hauptprozesse vom Dritten erhobenen Zwischenanspruch, als Beistand für eine Partei zugelassen zu werden. Wenn dieses Verlangen bestritten wird, so veranlaßt es das in § 68 Abs. 1, 2 behandelte Zwischenverfahren. Der Schriftsatz ist daher wie die Klage zugleich ein dispositiver (bestimmender), eine prozessualische entscheidende Willenserklärung enthaltender Schriftsatz und zugleich ein für den Zwischenstreit vorbereitender. Derselbe unterliegt im Anwaltsprozesse dem Anwaltszwang, vgl. Anm. 1a § 74. Er ist sachgemäß wie die Hauptintervention beider Parteien zu stellen, was in R. 104 und P.C. § 725 ausdrücklich bemerkt war, da er ein an beide Theile gerichtetes Verlangen stellt, das Verhältniß des Intervenienten zu beiden Parteien dadurch berührt ist und jede den Antrag auf Zurückweisung, § 68, stellen kann. Daraus folgt, daß der Prozeßbevollmächtigte der Hauptpartei so wenig wie der des Gegners die Nebenintervention einlegen kann, R. 15, 396. Nach geschehenem Beitritt ist freilich eine Vertretung des Nebenintervenienten durch den Prozeßbevollmächtigten der zu unterstützenden Hauptpartei nicht ausgeschlossen, wenngleich der Nebenintervenient nicht verpflichtet ist, sich desselben Rechtsanwalts zu bedienen, vielmehr die Erstattung der Kosten eines besonderen Rechtsanwalts von dem in die Kosten verurtheilten Gegner verlangen kann, R. 13, 433; 15. Okt. 1884, JW. 266; 19. Juni 1894, JW. 359. Auch für das amtsgerichtliche Verfahren gilt § 67 mit der für die Zustellung aus § 462 sich ergebenden Modifikation. Durch Erklärung in der m.B. allein kann der Beitritt nicht geschehen (arg e. contr.), v. Bülow Anm. 3 zu § 70. Das „erfolgt“ hat hier keine geringere Bedeutung, als in den §§ 230, 479, 515. Wenngleich die Zustellung eines Schriftsatzes (an beide Parteien) nicht bloß instruktional (gegen Heilbut, civ.A. 69, 371) sondern obligatorisch vorgeschrieben ist, so folgt doch daraus, daß die Nebenintervention nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag zurückgewiesen werden kann (§ 68), die Verzichtbarkeit dieser Vorschrift und die Anwendbarkeit des § 267; R. 15, 396; D.R. Hamburg, SA. 41, 93; Trutter, prozess. Rechtsgef. 282 ff. — Daß in demselben Schriftsatze Erklärungen abgegeben und Rechtsmittel eingelegt werden können, § 63 Abs. 2 (Frände 6, 7, 79) ist nicht ausgeschlossen. Auch die Verbindung mit einem Schriftsatze der zu unterstützenden Hauptpartei, z. B. der Klage, ist nicht unmöglich, doch muß eine Zustellung auch an diese Hauptpartei erfolgen.

Nach der Zustellung muß der Intervenient (ohne daß er selbst zu laden braucht) gemäß § 68 Abs. 3 vom Gerichte, soweit dasselbe von Amtswegen die Verhandlungen, das Verfahren fortsetzt, zum Hauptverfahren zugezogen bzw. auf Schreiben derjenigen Partei,

welche zur mB. laden läßt, mit geladen werden, bis etwa auf Antrag, § 68 Abs. 1, die Intervention für unzulässig erklärt und dies Urtheil rechtskräftig geworden ist.

2) Durch das „muß“ ist dieser Inhalt des Schriftsatzes dergestalt obligatorisch, daß beim Fehlen eines der Erfordernisse die Nebenintervention auf Antrag zurückzuweisen ist. Vgl. Anm. § 230 u. Einl. § 5 Nr. 1 (aM. aus ungenügenden Gründen Heilbut, cit. N. 69, 380). Der obligatorische Charakter der Vorschriften macht dieselben jedoch noch nicht zu unverzichtbaren, vgl. Anm. 1; Caupp Anm. IV, Seuffert Anm. 2.

3) Vgl. über vorbereitende Schriftsätze §§ 120—124, 230 Abs. 4.

### § 68.

Ueber den Antrag auf Zurückweisung einer Nebenintervention wird nach vorgängiger mündlicher Verhandlung unter den Parteien und dem Nebenintervenienten entschieden. Der Nebenintervenient ist zuzulassen, wenn er sein Interesse glaubhaft macht.<sup>1)</sup>

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.<sup>2)</sup>

So lange nicht die Unzulässigkeit der Intervention rechtskräftig ausgesprochen ist, wird der Intervenient im Hauptverfahren zugezogen.<sup>3)</sup>

R. 67. N. 106. P. 26. 512.

1) Der Nebenintervenient braucht keinen Auspruch über seine Zulassung herbeizuführen; er hat kein Interesse dafür, da er nach Abs. 3 einstweilen zugelassen ist. Aber jede Partei, auch die Hauptpartei, welcher er affizieren will, und welche das Interesse haben kann, einen unberufenen Beistand zurückzuweisen (vgl. Anm. § 64), kann einen „Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention“ stellen. Die Parteirollen für diesen Zwischenstreit sollen dadurch für die Beweislast nicht geregelt werden, der Nebenintervenient muß immer die Bedingung seiner Zulassung, sein „rechtliches Interesse“, § 63, nachweisen; er braucht aber dasselbe nach Satz 1 nur „glaubhaft zu machen“, und ist dann zuzulassen; wenn nicht, zurückzuweisen. Von Amtswegen hat das Gericht die Zulässigkeit der Intervention nicht zu prüfen, R. 15, 397. AR. Hellmann I, 238, vgl. Anm. 1 § 67. Darüber, daß die zu unterstützende Hauptpartei sich nicht nach Belieben den Beitritt des Nebenintervenienten verbitten darf, vgl. Anm. 1 Abs. 2 § 63, Anm. 1 § 64.

Der Antrag gehört, da er die gesammte Prozeßbetheiligung des Intervenienten betrifft, zu den Anträgen, welche im Anwaltsprozeße nach § 269 aus Schriftsätzen zu verlesen sind, Anm. 2 § 269. AR. Caupp Anm. I 2, Seuffert Anm. 1 (vgl. dagegen Wach I § 56 S. 634, Franke a. a. D. 52). — Hinsichtlich der Zeit ist der Antrag nicht beschränkt. Indes kann er nicht mehr mit Erfolg von einer Partei gestellt werden, welche die Zulassung bereits durch Erklärungen oder konkludente Handlungen (z. B. durch Verhandlung mit dem Intervenienten in einem Termine bis zum Schlusse oder durch Streitverklärung) genehmigt hat. (Ueber Zurückziehung einer stillschweigenden Genehmigung R. 15. März 1893, JW. 269.) Da die Zustimmung zur Zulassung selbst durch Schweigen, bez. Nichtstellen des Antrags auf Zurückweisung erklärt wird, so genügt jede Form, sowie die konkludente Handlung; Franke a. a. D. 81, Endemann I, 347, R. § 106. Durch wirksame Zurücknahme der Klage wird auch die Nebenintervention gegenstandslos; und ist danach ein Antrag auf Zurückweisung derselben nicht mehr zulässig; R. 11. April 1894, JW. 239. Die mB. vor der Entscheidung braucht nicht besonders zu diesem Zwecke beantragt zu werden; eine gelegentliche sonstige Verhandlung der Hauptsache kann benutzt werden. Die Zulassung mit den Rechten eines selbständigen Nebenintervenienten gemäß § 66 zu beantragen, ist nicht nöthig; eine Entscheidung über solche Rechte hat auch nur dann, wenn diese im einzelnen Falle, z. B. nach § 414 erheblich werden, zu erfolgen und zwar dann in den sonstigen Formen der Sachentscheidung, Franke a. a. D. 91, 92. Wegen der Kosten vgl. GR. § 27 Nr. 1, 39 (R. 10, 339), AnwObD. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 2. Ueber Glaubhaftmachung vgl. § 266.

2) Ueber den nach Abs. 1 entstehenden Zwischenstreit und das „Zwischenurtheil“ s. Vorb. vor § 119, wegen der „sofortigen Beschwerde“ s. § 540. Ein Verſäumnißverfahren findet in diesem Zwischenstreit nicht statt, vgl. Vorb. 2a vor § 119, Anm. 3 § 312. Das „nach mündlicher Verhandlung“ Abs. 1 zu erlassende Urtheil ist nach § 288 auf Betreiben des Nebeninterventienten oder einer Hauptpartei (der unterstützten Partei oder des Gegners, *R. O.* 15. März 1893, *ZW.* 196) zugustellen, wodurch die Frist für die sofortige Beschwerde bestimmt wird. Durch Aufnahme der Entscheidung in das Haupturtheil wird an der Zulässigkeit des Rechtsmittels der Beschwerde nichts geändert; *R. O.* 15, 412; 18, 139. Eine Entscheidung über die Kosten der Nebenintervention in dem Verhältnisse der Parteien zu einander ist natürlich stets ein Endurtheil, ohne Unterschied ob diese Kosten einer Partei auferlegt werden, oder ob die Partei von einer solchen in der früheren Instanz ausgesprochene Kostenlast (unter gleichzeitiger Zurückweisung der Nebenintervention) losgesprochen wird, *R. O.* 19, 413. Auch die nach Zurücknahme der Klage (vgl. Anm. 1) nur noch allein zu treffende Entscheidung über die Kostenpflicht ist ein Endurtheil, also nicht mit Beschwerde angreifbar, *R. O.* 11. April 1894, *ZW.* 239. — Gegen ein Zwischenurtheil über die Zulassung steht die Beschwerde nur dem durch die Entscheidung verletzten Theile zu; also nicht derjenigen Partei, welche einen Antrag auf Zurückweisung der Nebenintervention weder gestellt, noch sich demselben angeschlossen hat. Eine solche Partei hat entweder die Nebenintervention durch Unterlassung des Widerspruchs konkludent genehmigt (vgl. Anm. 1), was die Regel sein wird, da bei dem Verfahren sämmtliche Parteien zuzuziehen sind, oder ist ihrerseits ungeachtet der sie nicht mitbetreffenden Entscheidung zu einem erneuten selbständigen Antrage auf Zurückweisung der Nebenintervention befugt, wenn nach den Umständen — etwa wegen unterbliebener Zuziehung — eine stillschweigende Genehmigung der Zulassung nicht anzunehmen ist. Nach rechtskräftiger Zurückweisung der Nebenintervention kann dieselbe nur aus einem von der Zurückweisung nicht betroffenen neuen Grunde (Interesse) wiederholt werden; *R. O.* 23, 342. Durch die Zurückweisung der Nebenintervention werden auch die vorherigen Prozeßhandlungen des Nebeninterventienten bedeutungslos. Die Hauptpartei kann sich dieselben nachträglich nur insoweit aneignen, als dafür eine bestimmte Form oder Frist nicht vorgeschrieben oder sie noch in der Lage ist, diese Form und Frist zu wahren; *D. O.* Hamburg, *SA.* 44, 460.

3) Bis nach rechtskräftiger Abweisung der Zulassung ist der Nebeninterventent zuzuziehen; die Parteien haben ihn mit zu laden und das Gericht hat ihm die von Amtswegen zugustellenden Beschlüsse zugustellen. Das Gericht erfährt indeß von Amtswegen nicht, ob und wann das Zwischenurtheil zugestellt bez. rechtskräftig geworden ist. Es ist Sache der Betheiligten, dies geltend zu machen. Der auf die sofortige Beschwerde (ohne m. B.) ergehende Beschluß ist, zumal in Fällen, worin weitere Beschwerde möglich ist, nach Anal. des § 294 Abs. 3 von Amtswegen zugustellen; Meyer *Zustell.* 21, 22. — Ueber Rechte und Pflichten des Interventienten in Betreff der Prozeßkosten im Hauptverfahren vgl. § 96. Der Nebeninterventent ist behufs der Entscheidung über seine Kosten, Pflichten und Rechte im Urtheile des Hauptprozesses zu erwähnen. Vgl. Anm. § 96, Anm. 2 § 284. Ist der Interventent nicht geladen (vgl. Anm. 1 § 67), so kann mit Rücksicht auf den Zweck der Unterstützung der Hauptpartei (§ 63) zwar diese selbst gegen ihren Gegner Verſäumnißurtheil beantragen, der Gegner indeß kann ein solches gegen die zu unterstützende Hauptpartei bei Nichtladung ihres Interventienten nicht verlangen, da dieser ebenso wie die Partei zuzuziehen ist, §§ 68 Abs. 3, 300 Nr. 2. Erscheinen beide Theile ohne den nicht geladenen Interventienten, so wird mit Rücksicht auf sein Recht auf Zuziehung die Verhandlung zu vertagen sein; ohne Zuziehung des Nebeninterventienten kann nicht erkannt werden, *R. O.* 8. Nov. 1894, *ZW.* 1895 S. 5. Die Partei, welche durch Nichtladung eine Vertagung verschuldet, hat die Kosten dafür zu tragen, § 90. Da jedoch der Interventent, abgesehen von den Fällen des § 66, gemäß seiner begrifflichen Stellung nicht selbst Partei, also auch nicht Gegner im Sinne des § 305 Nr. 3 und nicht Berufungs- oder Revisionsbeklagter (vgl. §§ 479, 515) ist, so ist die Ladung

des Intervententen kein Erforderniß zur Einlegung des Einspruchs oder der Rechtsmittel, und somit die Unterlassung dieser Ladung nicht ein Grund, Einspruch bzw. Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen; *R. O.* 3. Juni 1885, *Raff. R.* 29, 1056; 8. Nov., 6. Dez. 1894, *Z. B.* 1895 S. 5. Nur soweit es sich um gleichzeitige Anfechtung der Entscheidung betreffend die Kosten der Nebenintervention handelt, bei welcher der Nebeninterventent aus eigenem Rechte theilhaftig ist, muß demselben der Rechtsmittelschriftsatz form- und fristgemäß zugestellt werden, *R. O.* 10. Jan. 1887, *Z. B.* 64. Erscheint in einem solchen Falle der geladene Nebeninterventent nicht im Termin z. m. B., so gilt er nach *R. O.* 15, 429, als durch die Hauptpartei vertreten. Auch die Zustellung des Urtheils an den Nebenintervententen ist nicht erforderlich, um die Nothfrist für und gegen die Hauptparteien in Lauf zu setzen, *R. O.* 29. März 1883, *Z. B.* 154, *Raff. R.* 27, 1065; *R. O.* 18, 416. Nur soweit der Nebeninterventent durch die Entscheidung über seine eigenen Kosten selbständige Parteirechte erlangt hat, wird es der Zustellung des Urtheils an ihn oder von seiner Seite bedürfen, um die Nothfrist bezüglich dieses Theiles der Entscheidung in Lauf zu setzen. Bezüglich der sonstigen Kosten des Prozesses — abgesehen von den durch die Nebenintervention verursachten, § 96 — hat der Nebeninterventent keine Parteirole sowenig wie in der Hauptsache und es darf ihm kein Theil jener Kosten auferlegt werden; dies ergibt sich aus seiner Stellung wie auch aus § 87, da nicht der Interventent, sondern nur die Hauptpartei unterliegen kann. Wegen des abweichenden Verhältnisses für den § 66 vgl. *Ann.* § 66 und *Ann.* 3 § 58. Ueber Zustellung von Urtheilen Seitens des Nebenintervententen vgl. *Ann.* 1 § 64 am Schluß.

### § 69.<sup>1)</sup>

Eine Partei, welche für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen einen Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch eines Dritten besorgt,<sup>2)</sup> kann<sup>3)</sup> bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits<sup>4)</sup> dem Dritten gerichtlich den Streit verkünden.<sup>5)</sup>

Der Dritte ist zu einer weiteren Streitverkündung berechtigt.<sup>6)</sup>

*E. 68. N. 107. 112. P. 26. 512.*

1) Die Streitverkündung (*Litisdenunziation*, vgl. *Weyll* § 7 Nr. 2, *Renaud* § 48) ist nach der Konstruktion der *Ö. P.* (wie schon nach *R. R.* u. ursprünglich auch nach *gem. R.*) ein Akt, von welchem das erkennende Gericht nur dann Kenntniß zu nehmen hat, wenn der *Litisdenunziant* im Prozesse betreten will. In diesem Falle muß er seine Erklärung über den Beitritt ebenso wie ein Interventent abgeben, auch sein Recht dazu nöthigenfalls begründen, und steht für den Hauptprozeß einem Intervententen ganz gleich. Das Verhältniß des Streitverkünders zum *Litisdenunzianten* kommt im Hauptprozesse sonst nicht in Betracht; die Streitverkündung ist nur als Veranlassung zur möglichen Intervention des Dritten zugelassen, und die Hauptparteien bez. der Gegner haben nicht über die Zulassung einer Streitverkündung, sondern nur über die Zulassung der Nebenintervention des Dritten zu verhandeln, wenn der Dritte beitrifft, § 71. Was aus der Streitverkündung, ihrer Unterlassung und dem Verhalten des Streitverkünders bez. des Dritten für ihr Verhältniß folgt, ist nicht im schwebenden Hauptprozesse, sondern im etwaigen späteren Prozesse zwischen dem Streitverkünder und dem Dritten zur Sprache zu bringen. Die Verbindung der Rückklage gegen den Dritten mit der Streitverkündung ist absichtlich abgelehnt; *Rot.* 93—95, *P.* 27—29; auch nach Art. 52 des internationalen Uebereinkommens betr. Eisenbahnsachverkehr v. 14. Okt. 1890, *RSBl.* 1892 S. 793 unzulässig.

2) Ob der „Glaube“, einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung erheben zu können, oder die „Besorgniß“ vor einem Ansprüche eines Dritten irgend welchen Grund hat, oder lediglich auf subjektiver Meinung beruht, ist für den zettigen Hauptprozeß gleichgültig. Der Streitverkünder muß zwar nach § 70 in seinem Schriftsatz den Grund der Streitverkündung angeben, aber eine Prüfung, ob der Streitverkünder

genügenden Anlaß zur Verkündung hatte, erfolgt im Hauptprozeß nicht. Die §§ 69—71 geben dazu keinen Anlaß. Nur für die nach § 71 Abs. 1 nöthige Prüfung, ob der Dritte beitreten kann, können die Angaben des Streitverkünders Momente beitragen. Die Fälle, welche § 69 als Voraussetzungen der Streitverkündung anführt, sind daher nicht Bedingungen, welche der Streitverkünder nachzuweisen hätte.

3) Darüber, in welchen Fällen eine Partei dem Dritten den Streit verkünden muß, und welche Folgen die Unterlassung hat, entscheidet das bürgerliche Recht, mit der im § 71 Abs. 1 aufgenommenen Modifikation, und zwar ist die Entscheidung hierüber erst im etwaigen Prozeß zwischen diesen Weiden zu treffen; *Not.* 89, 80. *Vgl.* *AR.* I 11 §§ 152, 143 ff., 426; I 14 §§ 342, 344, 381; *internat.* *Uebereinkommen* v. 14. Okt. 1890 (s. *Anm.* 1) Art. 50, *vgl.* *Anm.* 1 § 57; *Ecclus* I, § 86; 2, § 144; *Dernburg* 2, §§ 148, 245. Für das *gem. R.* s. *Weyell* § 7 Nr. 2; *Renaub* § 48, *ObE.* 78, 120. Einen Fall, in welchem Streit verkündet werden muß, hat die *CP.* § 740 für die Eintragung einer durch Zwangsvollstreckung überwiesenen Forderung selbst bestimmt. *Vgl.* auch § 5 Abs. 2 *preuß. Ges.* 13. Juli 1883. Der Fall des § 753 Abs. 3 bis 5, welchen *Siebenhaar* 118 hierher rechnet, betrifft nicht eine bloße Streitverkündung. Eine gerichtliche Beiladung im Sinne des § 3 I 17 *ADÖ.* kennt die *CP.* nicht (*vgl.* jedoch § 73, *Anm.* 6 zu § 237 sowie § 607 Abs. 3); der § 312 I 14 *AR.*, welcher eine solche voraussetzt, ist daher außer Anwendung gesetzt, ebenso § 119 II 4 (*Ecclus* 1, § 56 Nr. 17; § 99 Nr. 193; 2 § 144 Nr. 84. *Vgl.* *Schollmeyer*, *Buch* 12, 296. — *Dernburg* 1, § 138 behandelt die Vorschrift als noch bestehend; und eine beiläufige Erwähnung hat sie in *RO.* 29. März 1883, *Raff.* 27, 1067 gefunden. *Weiß* dürfte auf Versehen beruhen; *vgl.* *A. Förster* *Anm.* 4 § 63).

Die Zulässigkeit einer außergerichtlichen Streitverkündung nach bürgerlichem Rechte (*Weyell* § 7 Nr. 2 S. 53) und deren Formen werden durch die *CP.* nicht berührt.

4) Die Streitverkündung kann also auch in höherer Instanz erfolgen, *Not.* 90, dergleichen noch während des Laufs der Rechtsmittelfristen. *Vgl.* § 71 Abs. 1 u. § 63 Abs. 2.

5) Um den Streit verkünden zu können, ist nicht nöthig, daß der Beklagte seinerseits selbst die Forderung bestreitet. Dies ist als Bedingung nicht vorgeschrieben. Er kann, wenn er selbst dem Ansprüche nichts entgegensetzen kann oder will, ein Veräumnisurtheil gegen sich ergehen lassen und dem Dritten überlassen, ob er beitreten und Einwendungen erheben will.

6) Abs. 2. Der Dritte, d. h. der *Litibeneuziat* (*R.* 112: „Jeder, welchem der Streit verkündet wird“) hat das Recht zur weiteren Streitverkündung ebenfalls ohne Rücksicht darauf, ob er selbst beitrifft, *Not.* 90 zu § 68; ebenso Jeder, welchem weiter der Streit verkündet wird.

## § 70.

Die Streitverkündung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes,<sup>1)</sup> in welchem der Grund der Streitverkündung und die Lage des Rechtsstreits anzugeben ist.<sup>2)</sup>

Abschrift des Schriftsatzes ist dem Gegner mitzutheilen.<sup>3)</sup>

R. 69. N. 113, 114. P. 26, 512.

1) Der Schriftsatz, durch welchen der Streit verkündet wird, ist für den schwebenden Prozeß kein vorbereitender Schriftsatz im Sinne des § 120; sondern eine Mittheilung bez. Aufforderung an einen außerhalb des Prozeßes stehenden Dritten, welche für den schwebenden Prozeß ohne Folge und Wirkung bleibt, wenn der Dritte nicht beitrifft, welche aber unter Umständen im demnächstigen Prozeß mit dem Dritten als erfolgt nachgewiesen werden muß. Die Vorschriften über die „vorbereitenden Schriftsätze“, §§ 120—124, finden also auf diesen Schriftsatz keine Anwendung und ist namentlich die Niederlegung einer Abschrift auf der Gerichtsschreiberei, § 124, nicht nöthig; *Struckmann-Roch* *Anm.* 1 zu § 70, *jezt* auch *Saupp* *Anm.* II; *aM.* *Hellmann* 1, 245. *Anwaltszwang*

gibt außerhalb des Parteiprozesses auch für die Streitverkündung, da der Akt noch innerhalb der Grenzen des Verfahrens vor dem Gerichte liegt, wie auch durch Abs. 2 bestätigt wird (vgl. Seuff. Anm. 2). Bei Nichtbeachtung des Anwaltzwanges würde die Streitverkündung keine gerichtliche sein. Die Zustellung muß der Streitverkünder nach §§ 152 ff. bewirken lassen, im Anwaltsprozeße durch direkten Auftrag an den Gerichtsvollzieher, § 152, im amtsgerichtlichen Prozesse auch durch Vermittelung des Gerichtsschreibers, §§ 152, 457, 458, 462. Wegen der Unterbrechung der Verjährung vgl. Anm. § 239. Eine Ladung des Litisdenunziaten ist mit der Streitverkündung nicht zu verbinden, R. 4, 363; 10, 292.

2) Eine abschriftliche Mittheilung aller bisherigen Verhandlungen und Urkunden außer der Angabe über die Lage des Rechtsstreits ist unnöthig und nicht vorgeschrieben. Der Dritte kann nach § 271 die Akten einsehen, Not. 90. So wenig bedeutend der Schriftsatz der Streitverkündung für den schwebenden Prozeß ist, so wichtig ist er für den etwaigen späteren Prozeß mit dem Dritten und ist mit Rücksicht auf diesen Prozeß die obligatorische Angabe der Lage des Rechtsstreits erheblich; sie kann namentlich zum Nachweise eines Verschuldens gemäß §§ 71 Abs. 3, 65 dienen. Die mitzuthellende Lage des Rechtsstreits bedeutet das prozessualische Stadium des Prozesses, Seuffert Anm. 2. Die Angaben gemäß Abs. 1 („ist“, nicht „muß“, aber auch nicht „soll“) sind sachgemäß insoweit nöthig, als die Streitverkündung erkennbar sein und der Litisdenunziat in die Lage gesetzt sein muß, den Grund sowie den Gegenstand des Rechtsstreits zu erkennen und sofort zu interveniren.

3) Abs. 2. Die Wirksamkeit der Streitverkündung in Bezug auf den Litisdenunziaten ist von der Befolgung der Vorschrift nicht abhängig. Diese kann lediglich bezwecken, dem Gegner Gelegenheit zu geben, mit Bezug auf die Thatfache der Streitverkündung sein prozessualisches Verhalten zu regeln, und sich auf den möglichen Beitritt des Litisdenunziaten vorzubereiten.

Ueber die vom Gegner event. zu erstattenden Kosten der Streitverkündung vgl. Anm. 1 u. 3 § 87, Anm. 2 § 96.

## § 71.

Wenn der Dritte dem Streitverkünder beitrifft, so bestimmt sich sein Verhältnis zu den Parteien nach den Grundsätzen über die Nebenintervention.<sup>1)</sup>

Sehnt der Dritte den Beitritt ab, oder erklärt er sich nicht, so wird der Rechtsstreit ohne Rücksicht auf ihn fortgesetzt.<sup>2)</sup>

In allen Fällen dieses Paragraphen kommen gegen den Dritten die Vorschriften des § 65 mit der Abweichung zur Anwendung, daß statt der Zeit des Beitritts diejenige Zeit entscheidet, zu welcher der Beitritt in Folge der Streitverkündung möglich war.<sup>3)</sup>

E. 70. W. 100—111. 115. P. 26—28. 512

1) Die im § 71 ausgesprochenen Grundsätze sind im Wesentlichen schon von Ragen, acc. Intervention § 8, entwickelt. Wenn der Dritte beitreten will, so muß er dies durch einen Schriftsatz gemäß § 67 erklären, da er nach Abs. 1 als Nebeninterventent anzusehen ist. Der Gegner hat, wie bei jeder Nebenintervention (§ 68), das Recht, auf Zurückweisung der Zulassung anzutragen; der beitretende Dritte hat dann, wie jeder Nebeninterventent, die Bedingung seines Beitritts, nämlich sein rechtliches Interesse nach §§ 63, 68 glaubhaft zu machen. Der Streitverkünder hat gegen die Zulassung kein Widerspruchsrecht, da er durch die Streitverkündung die Nebenintervention im Voraus genehmigt; vgl. Anm. 1 § 68. Für das Verfahren findet § 68 Anwendung. Der Zwischenstreit behandelt nicht die Zulässigkeit der Streitverkündung und es sind nicht deren Voraussetzungen hier nachzuweisen, sondern die Zulässigkeit des Beitritts als Nebeninterventent, wofür §§ 63, 68 (nicht § 69) die Voraussetzungen vorschreiben. Die einseitig vom Willen des Streitverkünders abhängige Streitverkündung bleibt auch dem Dritten kein Recht zum Beitritt gegenüber dem Gegner des

**Streitverkünders**; die Streitverkündung ist jedoch ein erhebliches Moment, um das rechtliche Interesse des Beitretenden glaubhaft zu machen, Rot. 91. — Der Beitritt des Dritten als solcher gilt nicht schon als Anerkenntnis des Regressrechts des Streitverkünders. Ob daraus Beweisgründe zu entnehmen sind, bleibt Sache der richterlichen Beweiswürdigung im demnächstigen Prozesse; Rot. 92, P. 26.

2) Aus Abs. 2 ist nicht e contrario zu folgern, daß der Hauptprozeß in Folge der Streitverkündung irgendwie ausgesetzt werden soll. Dies soll nicht geschehen, Rot. 90 zu § 69. Der Gegensatz zum Abs. 2 liegt vielmehr im Abs. 1, daß, wenn der Dritte beitritt, der Prozeß mit Rücksicht auf ihn als Nebeninterventienten (§ 68 Abs. 3) fortzusetzen ist. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Dritte nachträglich noch gemäß § 63 (oder auch nach § 61) intervenirt.

3) Abs. 1 und 2 bestimmen die Folgen der Streitverkündung für den schwebenden Prozeß; Abs. 3 nebst § 65 die materiell-rechtlichen Folgen für den etwaigen künftigen Prozeß. Vgl. ferner Art. 50 intern. Uebereink. v. 14. Okt. 1890, Anm. 1 zu § 57, sowie R. 29. März 1893, KassR. 37, 1221. Die im Abs. 3 festgesetzten Folgen sind im Urtheil des schwebenden Prozesses nicht auszudrücken; Rot. 91. Wenn der Dritte beitritt und im Falle des § 66 „Streitgenosse“ wird, so ist er als Nebenpartei auch im Tenor des Urtheils mit zu erwähnen. Auch wenn nicht der Fall des § 66 vorliegt, ist die Entscheidung über die Kostenpflichten und Kostenrechte des Beitretenden als des Nebeninterventienten im Urtheile des Hauptprozesses aufzunehmen; § 96 und Anm. dazu.

### § 72.<sup>1)</sup>

Wird von dem verklagten Schuldner einem Dritten, welcher die geltend gemachte Forderung für sich in Anspruch nimmt,<sup>2)</sup> der Streit verklundet, und tritt der Dritte in den Streit ein, so ist der Beklagte, wenn er den Betrag der Forderung zu Gunsten der streitenden Gläubiger gerichtlich hinterlegt, auf seinen Antrag aus dem Rechtsstreit unter Verurtheilung in die durch seinen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten zu entlassen und der Rechtsstreit über die Berechtigung an der Forderung zwischen den streitenden Gläubigern allein fortzusetzen. Dem Obfiegenden ist der hinterlegte Betrag zuzusprechen und der Unterliegende auch zur Erstattung der dem Beklagten entstandenen, nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten Kosten, einschließlich der Kosten der Hinterlegung, zu verurtheilen.

R. 70a. P. 27—29. 512—514. 657—659.

1) Der § 72 ist von der R. auf Antrag des Abg. Dr. Bähr zu Gunsten eines Schuldners eingeschränkt, welcher von Mehreren wegen einer Forderung in Anspruch genommen wird, während er nicht bestreiten will, daß er an sich schuldig ist und an Einen der Beanspruchenden zu zahlen habe. Die Bestimmung des § 72 wurde mit Rücksicht auf das preuß. Recht lebhaft bestritten, weil dem Schuldner durch die Vorschriften über Streitverkündung und Intervention genügend geholfen werde, und das materielle preussische Recht in unklarer und theilweise ungerechter Weise geändert werde.

Die Vorschrift ist allerdings wesentlich zugleich eine materiell-rechtliche, und giebt dem Schuldner eines noch nicht feststehenden Gläubigers ein im Laufe des Prozesses geltend zu machendes Depositionsrecht. Durch die im § 72 bestimmte Entlassung des verklagten Schuldners aus dem Rechtsstreite, in welchem er also nach der Entlassung nicht mehr verurtheilt werden kann, wird die Befreiung von der Verbindlichkeit gegenüber den streitigen Gläubigern hinsichtlich des Streitgegenstandes als Folge der Deposition ausgesprochen. Die „Entlassung aus dem Rechtsstreite“ kann grammatisch und logisch nur die Bedeutung haben, daß er in diesem Prozesse aufhört, Partei zu sein, also wegen des Streitgegenstandes nicht mehr verurtheilt werden kann. Vgl. D. R. G. Hamburg, 68.

45, 357. Sie ist, abgesehen von der Verurtheilung in die Kosten eines unbegründeten Widerspruchs, eine absolutio ab actione, Weßell § 46 S. 549 ff.; Renaud §§ 75, 151. Folgerichtig kann er dann auch nicht in einem neuen Rechtsstreite aus demselben Grunde in Anspruch genommen werden; wenn die Präjudicanten über die Entlassung einig sind, wegen ihres Verzichtes auf die Rechtsverfolgung gegen den Beklagten, und wenn die Entlassung durch Urtheil entschieden ist, weil er dann rechtskräftig außer Rechtsverfolgung gesetzt ist. So auch Petersen zu § 72 u. Raffr. 25, 534—563, vgl. auch Endemann I, 356, 357; Kroll, Klage u. Einrede 191 ff.; Stönitzky, Raffr. 29, 533 Anm. 68, Kohler ebend. 30, 490; Reinde zu § 72. Hat der Beklagte mit dem Dritten kolludirt und durch Kollusion die Entlassung herbeigeführt, so ist er gegen einen Rechtsstreit aus diesem andern Klagegrunde (actio doli), sowie überhaupt gegen Klagen aus andern Klagegründen oder auf einen andern Streitgegenstand, als den hinterlegten Betrag, freilich nicht befreit; R. O. 21. März 1885, J. M. 181. Die Ansicht, daß durch den § 72 das bürgerliche Recht hinsichtlich der Befreiung durch Deposition nicht berührt sei (Strudmann-Roch Anm. 2; Seuffert Anm. 6; Hellmann I, 256; Kleiner I, 367; Gaupp Anm. III d.; Kühne, Jhering Jahrb. 17, 58 ff.; Busch I, 124) schmälert willkürlich die Bedeutung der Entlassung aus dem Rechtsstreite; in der R. wurde von den Regierungskommissarien Hagens und Kurlbaum der § 72 auch dahin verstanden, daß er das materielle Zivilrecht ändere und gerade deshalb (vergeblich) bekämpft, P. 513, 657—659. Die Ausführung von Mandry 378 führt praktisch zu demselben Resultate.

Die civilrechtlichen zur befreienden Deposition nöthigen Erfordernisse (vgl. für gem. R. L. 1 § 37 D. dep. (16, 3), L. 18 § 1, D. de usur. (22, 1); R. O. 24, 314; Windscheid 2-§ 347; für preuß. R. §§ 215, 216, 222 ff. I 16 A. R., R. O. 24, 323, 326; Strieth. 82, 212; 94, 327; Eccius I, § 92 Anm. 23, Kohler, Raffr. 40, 489 ff.) sind im § 72 nicht noch außer den Erfordernissen des § 72 verlangt. Vgl. Eccius a. a. D. Anm. 24; Petersen, Raffr. 25, 556; Mandry 378, 379. RR. Detler Konl. Grundbeg. I, 530 ff. Der Kläger kann dem Depositionsrechte aus § 72 nur durch Geltendmachung der prozessualischen Grundzüge der §§ 72, 71, 68 entgegengetreten.

Die Voraussetzungen des Hinterlegungsrechts aus § 72 sind:

- a) daß eine Forderung durch Klage oder Kompensationseinrede, wie Schöllmeyer auf Grund seiner Theorie der „unentwickelten Widerklage“ annimmt, Kompensat. im R. P. 95 geltend gemacht ist und zwar, da ein „Betrag“ hinterlegt werden soll, eine Forderung an Geld oder fungiblen Gegenständen, Strudmann-Roch Anm. 2, Gaupp Anm. III a, — eine Beschränkung auf Geld (Endemann I, 355, Kleiner I, 364) oder auf das, was landesgesetzlich gerichtlich hinterlegt werden kann, entspricht nicht dem „Betrage einer Forderung“ und verkennt, daß die Landesgesetzgebung dafür zu sorgen hat, daß eine gerichtliche Hinterlegung erfolgen kann, soweit § 72 ein Recht darauf giebt; geschähe dies nicht, so würde freilich § 72 thatsächlich unanwendbar sein;
- b) daß der verklagte Schuldner einem Dritten den Streit verkündet, was indeß durch freiwillige Intervention des Dritten unter Zustimmung des Beklagten, der ratio legis entsprechend, ersetzt werden kann; Petersen a. a. D. 542;
- c) daß der Dritte dem Beklagten nicht bloß beitrith (§ 71), sondern zugleich seinem Beitritte die Erklärung zufügt, daß er die „Forderung für sich in Anspruch nimmt“ und zwar dieselbe Forderung nach Gegenstand und Rechtsgrund (D. O. Hamburg, S. A. 45, 357), und daß er endlich als beanspruchender Gläubiger in den Prozeß „eintreten will“. (Wegen der Unabwendbarkeit des § 72 im Falle des § 236 s. Anm. 2.)

Der Dritte muß also sachlich zur Hauptintervention (§ 61) berechtigt sein, da er die Forderung „in Anspruch nimmt“. Geschähe dies nur theilweise, so ist § 72 nach der ratio legis immerhin, indeß unter entsprechender Beschränkung der Entlassung aus dem Rechtsstreite anwendbar; Petersen a. a. D. 542; a. M. Gaupp Anm. III b. Jedoch ist vorausgesetzt, daß der Dritte nicht als Hauptinterveniient gegen beide Parteien klagt, sondern in Folge der Streitverkündung in den Prozeß eintritt, also als Nebeninterveniient, wenngleich er zur



Hauptintervention berechtigt und nicht lediglich Nebeninterventient ist. Abw. Petersen a. a. O. 558 ff., Gaupp Anm. II, vgl. dagegen Eccius a. a. O. Anm. 24; Schlobmann, Buch 13, 294 ff. Dies setzt nach §§ 71 Abs. 1, 68, 63 weiter voraus, daß er sein, ihn zum Beitritt zum Prozesse berechtigendes, rechtliches Interesse glaubhaft macht, welches in diesem Falle darin besteht, daß ihm selbst und nicht dem Kläger die Forderung zugesprochen werde. Der Kläger kann dies, wie bei jeder Streitverkündung nach § 71 Abs. 1 bestritten und den nach § 68 zu behandelnden Antrag auf Zurückweisung des Beitritts, also umso mehr des Eintritts stellen, vorbehaltlich der demnächstigen sachlichen Entscheidung über die Rechte des Prätendenten. Daß der Dritte nicht lediglich Nebeninterventient des Beklagten ist, und sein Will, befreit ihn nicht von der Verpflichtung, die Voraussetzungen seines Eintritts nachzuweisen und da derselbe Prozeß fortgesetzt und nicht ein neuer (durch Hauptintervention) geführt werden soll, so ist die Anwendung der §§ 71, 68, 63 für die Form des Verfahrens nicht zu umgehen. Vgl. Reinde 99. Das rechtliche Interesse des Dritten muß sachlich immer vorhanden sein, wenn der Dritte wirklich die Forderung für sich und nicht etwa für Andere, und zwar als Gläubiger (sachlich Eigentümer der Forderung), nicht etwa bloß auf Grund eines jus in re (oder gar eines „Rechts zur Sache“ im Sinne des Preuß. AR.) in Anspruch nimmt. Darum allein kann sich der Streit über die Zulassung des Dritten bewegen. Wenn der Antrag auf Zurückweisung des (durch Eintritt in den Streit qualifizierten) Beitritts rechtskräftig abgewiesen ist, so ist für die Entlassung des Beklagten aus dem Rechtsstreite noch die weitere Voraussetzung, daß er den Betrag der Forderung und zwar den ganzen vom Dritten beanspruchten Betrag einschließlich der Nebenforderungen (R. O. 9. Okt. 1889, ZW. 430) gerichtlich hinterlegt hat. Ueber die Formen der Hinterlegung entscheiden die Landesgesetze. Vgl. preuß. Hinterleg.-Ges. v. 14. März 1879, G. S. 249 und ZW. 1879 S. 156 ff., 173 ff., 216 ff.

Der Eintritt kann, da er in der Zeit nicht beschränkt ist (wie die Streitverkündung) in jedem Prozeßstadium, auch in höheren Instanzen erfolgen, Anm. 4 § 69. Was für den Beklagten gilt wie überall in der G. P. auch für den Widerbeklagten mit der Beschränkung auf seine Entlassung aus dem Rechtsstreite hinsichtlich der Widerklage. Die Beschränkung des Gerichts im § 136 Abs. 2 hinsichtlich der prozessualischen Erennung von Klage und Widerklage ist keine Beschränkung der Rechte des Widerbeklagten und des Dritten; Petersen a. a. O. 542—544, Endemann I, 354, Seuffert Anm. 5, a. M. Kleiner I, 365.

Die Form des Verfahrens ist durch die Voraussetzung des Prozeß-Eintritts nach Streitverkündung gegeben. Der qualifizierte Eintritt erfolgt, wie der einfache Beitritt der §§ 71, 67 durch Schriftsatz, nicht in der m. V. (wie Gaupp u. Seuffert annehmen). Eine Verbindung der Ladung mit der Streitverkündung „zur Erklärung“ ist hier nicht, wie in § 73 vorgeschrieben. Erst nach dem schriftlichen Beitritt ist der Dritte gemäß § 68 Abs. 3 zu dem bereits angeetzten oder dem nächsten anzusetzenden Termin zu laden. Widerspricht der Kläger der Zulassung, so ist darüber gemäß § 68 zu verhandeln und zu entscheiden. Erfolgt kein Widerspruch oder wird auf Zulassung entschieden, so ist zwischen dem Kläger und dem Beklagten über die Entlassung des Letzteren aus dem Rechtsstreite zu verhandeln, also namentlich über das Vorhandensein der Voraussetzungen, über den zu hinterlegenden oder inzwischen schon hinterlegten Betrag und dessen Vollständigkeit, insbesondere auch ob etwa der Beklagte dem Kläger noch für künftigen, durch die Deposition entstehenden Schaden, Zinsenverlust u. civilrechtlich aufzukommen hat, in welcher Beziehung der Kläger seine ursprünglichen Ansprüche nach § 240, soweit dies danach zulässig ist, erweitern kann; sowie darüber, ob etwa der Beklagte zuerst der Klage einen „unbegründeten Widerspruch“ entgegengesetzt und dadurch Kosten veranlaßt hat, welche er nach § 72 tragen soll. Ueber die Entlassung des Beklagten ist durch Urtheil zu entscheiden, — Endurtheil, wenn auf Entlassung erkannt wird; Zwischenurtheil (§ 275), wenn die Entlassung zurückgewiesen wird. Das Urtheil auf Entlassung ergeht auf Grund des objektiven Schuldanerkenntnisses des Beklagten und der objektiven Erledigung durch Hinterlegung, unter Vorbehalt der Entscheidung über das sub-

jektive Recht darauf. Da es einen Theil des Rechtsstreits definitiv erledigt, so hat es den Charakter des End- (Theil-) Urtheils (§ 273). Ebenso OBG. Hamburg, SA. 45, 357, Pland I, 454 Anm. 43 u. Seuffert Anm. 3 gegen Wach (Vorträge S. 82) u. Schöllmeyer (Zwischenstreit 102 ff.).

**Folgen der Entlassung des Beklagten:** Durch die Entlassung aus dem Rechtsstreite wird die Befreiung des Beklagten aus seiner Verbindlichkeit (vgl. oben Anm. 1 Abs. 2) ausgesprochen, soweit es sich um die Ansprüche der „streitenden Gläubiger“ und nicht Dritter hinsichtlich des streitigen hinterlegten Betrags handelt. Der Beklagte braucht dem Kläger dann auch nicht mehr für spätere Zinsen (vgl. RO. 9. Okt. 1889, SZ. 430) und Schäden zu haften. Zwischen dem Kläger und dem Dritten wird der Prozeß nach den gewöhnlichen Regeln auf Betreiben eines Jeden derselben fortgesetzt. Gegen den Dritten, welcher durch den gegen ihn zu richtenden Antrag Beklagter wird, kann der Kläger ebenso, wie er es gegen den Beklagten vor dessen Entlassung konnte, den Antrag auf Zusprechung der hinterlegten Forderung noch durch Ansprüche auf Zinsenverlust und sonstige Schäden gemäß § 240 erweitern, soweit derselbe nach den sonstigen Grundrätzen des bürgerlichen Rechts dafür ausflommen muß und eine Erweiterung nach § 240 zulässig ist. Zu den, auf Grund des ursprünglichen oder eines erweiterten Klagantrags zuzusprechenden Schadensersatzansprüchen ist namentlich auch der Anspruch auf Zinsen zu rechnen, welche der Kläger von dem Beklagten hätte fordern können, wenn der Interveniient nicht eingetreten wäre; RO. 21. März 1885, SZ. 181 3. 3, SA. 40, 351. — Die hinterlegte Masse steht zur Verfügung der „streitenden Gläubiger“, zu deren „Gunsten“ sie hinterlegt ist. Sie können sich durch Vergleich darüber einigen. Vgl. den von Schlobtmann, Buch 13, 293 mitgetheilten Rechtsfall. Erfolgt keine Einigung, so ist sie dem „Obstiegenden“ zuzusprechen, welcher dann ex tunc — vom Zeitpunkt der Hinterlegung ab — als Eigentümer der Masse zu erachten ist. Der Prozeß zwischen den streitenden Gläubigern ist ein *judicium duplex* (keine Feststellungsklage aus § 231; vgl. Weismann, Feststellungsklage 145) und setzt voraus, daß eine der Parteien in der That berechtigt ist. Jeder Theil hat sein Recht nachzuweisen und Jeder ist mit Rücksicht auf die Parteirollen und die Beweislast zugleich Kläger für seinen Anspruch und Beklagter für den des Gegners. Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn man dem Kläger seine bisherige Parteirolle beläßt und dem Interveniienten die Rolle des Beklagten und Widerklägers zuweist (wie Seuffert Anm. 4), oder wenn man es umgekehrt macht. Die Masse kann jedoch nicht deshalb, weil der ursprüngliche Kläger sein Recht nicht nachweisen kann, dem eingetretenen Dritten aus dem Grunde zugesprochen werden, daß sie zu Gunsten der Prätendenten niedergelegt sei und Einer sie haben müsse. Wenn sich ergibt, daß keiner der streitenden Gläubiger berechtigt ist, sondern etwa ein Dritter, oder daß Einer bezw. Beide nur gemeinschaftlich mit Andern berechtigt sind, und die Sache nicht durch Intervention der Mit- oder Alleinbetheiligten erledigt wird, so sind beide „streitende Gläubiger“, deren Ansprüche für Jeden seinen Gegner widerlegt bzw. nicht nachgewiesen sind, mit dem Ansprüche auf den hinterlegten Betrag abzuweisen. In Ermangelung eines Obstiegenden würde der ursprüngliche Beklagte das indobito Bezahlte unter Umständen zurückfordern können; falls jedoch darüber die drei Betheiligten nicht einig wären, nur durch Klage gegen die beiden streitenden Gläubiger. Insofern der ehemalige Beklagte nicht Willens oder nach dem betreffenden bürgerlichen Rechte nicht befugt ist, die Masse zurückzufordern, kommen für die Behandlung derselben diejenigen Grundrätze zur Anwendung, welche nach dem betreffenden Landesrechte für die Ausschüttung von Vermögensmassen maßgebend sind, deren Eigentümer unbekannt sind. Uebrigens könnte schon die Hinterlegung mit der Maßgabe geschehen, daß im Falle rechtskräftiger Abweisung beider Forderungs-Prätendenten die Masse dem Hinterleger zurückgezahlt werde, welchem es dann überlassen bleibt, die Schuld an den wahren Gläubiger zu zahlen, oder wegen Ungewißheit der Person des Gläubigers, sofern dies nach dem bürgerlichen Rechte ein gesetzlicher Depositionsgrund ist, von Neuem zu deponten. Es ließe sich auch denken, daß das Hinterlegungsamt sich für befugt erachtete, auch ohne die erwähnte Maßgabe dem Hinterleger die Masse zurückzugeben.

weil die Bedingungen der Hinterlegung, das Obfliegen eines der beiden Präzidenten nicht eingetreten ist. Dies hängt jedoch von den betreffenden landesrechtlichen Vorschriften ab. Der Prozeßrichter als solcher kann nicht ohne Weiteres auf Rückgabe des Depositum an den aus dem Streit entlassenen Beklagten erkennen. RR. Schlobtmann a. a. O. 299 ff., der unter Berufung auf Reinde Anm. III die Meinung vertritt, daß die Masse unter allen Umständen einem der Präzidenten zugesprochen werden müsse. Aber für welchen der Beiden soll sich das Gericht entscheiden, wenn es die Ueberzeugung gewonnen hat, daß Keiner von ihnen der wahre Gläubiger sei? Vgl. auch Anm. 2 zu § 739.

Dadurch, daß dem Unterliegenden auch die dem Beklagten entstandenen (nicht durch dessen unbegründeten Widerspruch veranlaßten und schon vorher bei der Entlassungsfrage entschiedenen) Kosten aufzuerlegen sind, bleibt der Beklagte auch nach seiner Entlassung hinsichtlich seiner Kosten mitbeteiligt, kann also insoweit auch am Prozesse Theil nehmen und nöthigenfalls Ergänzung des Urtheils nach § 292 verlangen. Vgl. § 279 Abs. 2. Ueber diese Kosten ist erst durch Endurtheil später zu erkennen, nicht schon durch das über die Entlassung ergehende Urtheil. Der Beklagte bleibt also auch bis dahin insoweit Partei; Schollmeyer Zwischenstr. 102 ff. Wegen der Kosten vgl. ORO. § 26 Nr. 3, AnwObD. § 20.

2) Wenn der Dritte die Forderung für sich in Anspruch nimmt, weil sie ihm während des Rechtsstreits vom Kläger veräußert ist, so findet § 72 nicht Anwendung. Für diesen Fall sind die besonderen Vorschriften der §§ 236 ff. gegeben, welche auch von der RR. durch die Annahme des § 72 nicht haben abgedändert werden sollen und für jede Veräußerung während des Rechtsstreits die Folgen bestimmen. Dagegen ist § 72 natürlich auch in dem Falle anwendbar, wenn statt zweier Forderungspräzidenten deren mehrere vorhanden sind.

### § 73.

Wer als Besitzer einer Sache verklagt ist, die er im Namen eines Dritten zu besitzen behauptet,<sup>1)</sup> kann, wenn er diesem vor der Verhandlung zur Hauptsache den Streit verkündet und ihn unter Benennung an den Kläger zur Erklärung ladet,<sup>2)</sup> bis zu dieser Erklärung oder bis zum Schlusse des Termins, in welchem sich der Benannte zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern.<sup>3)</sup>

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

Wird die Behauptung des Beklagten von dem Benannten als richtig anerkannt, so ist dieser berechtigt mit Zustimmung des Beklagten an dessen Stelle den Prozeß zu übernehmen.<sup>4)</sup> Die Zustimmung des Klägers ist nur insoweit erforderlich, als derselbe Ansprüche geltend macht, welche unabhängig davon sind, daß der Beklagte im Namen eines Dritten besitzt.

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

R. 71. N. 122. 123. P. 29. 514.

1) Zu § 73 vgl. Krug, Buch 20, 299 ff. Die *Urheberbenennung*, *nominatio* (*laudatio auctoris*) (auf L. 3 C. Ubi in rem 3, 19 beruhend), hat in Uebereinstimmung mit dem gemeinen Prozeßrechte (Weßell § 7 Nr. 3, Renaud § 51) den Zweck, dem klagenden Inhaber einer Sache die Erfüllung seiner Vertheidigungspflicht, welche ihm seinem Auktor gegenüber obliegt, durch entsprechende Aufforderung an denselben zu erleichtern und zugleich die Vertheidigung in Ansehung der Sache durch die Prozeßübernahme des Auktors mit seiner besseren Sachkenntniß und seinem größeren Interesse wirksamer zu machen. In welchen

Fällen eine Partei verpflichtet ist, ihren Auktor zu benennen, in dessen Namen sie besitzt, und welche Folgen die Unterlassung hat, bestimmt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts, und ist durch § 73 nicht berührt. Vgl. ARN. I 7 §§ 165 166, I 12 § 301, I 15 §§ 11 ff., code civil Art. 1727, Art. 93. Gemeinrechtlich ist die Frage Kontrovers, vgl. Krug a. a. D. 348 f.; Seuffert Anm. 7, dagegen Caupp Anm. III. Durch § 73 ist nur prozessuallich, während für andere Fälle dies Prozeßmittel nicht gegeben ist, bestimmt, unter welchen Voraussetzungen und Formen ein Besitzer zur Benennung seines Auktors mit den im § 73 bestimmten materiell-rechtlichen Folgen berechtigt ist. Unter dem „Besitz“ ist hier die Detention, Gewahrsam einbegriffen; und gerade „Besitz im Namen eines Andern“ nöthig; ARN. I 7 §§ 2 ff., 6 ff.

Voraussetzung des § 73 ist außer der Behauptung eines solchen Besitzes, daß der Beklagte „als Besitzer einer Sache“ verklagt ist, daß also eine durch den Besitz des Beklagten bedingte Klage angestrengt ist, — außer dem Hauptfalle der Vinifikation also entsprechende Konfessorische oder negatorische Klagen, actiones in rem scriptae (vgl. § 27). Welche derartige Klagen zulässig sind, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; vgl. Reichsges. v. 12. Mai 1894, RGBl. S. 441 § 9. Ausgeschlossen sind jedenfalls Klagen aus eignen Kontrakten und Delikten des Beklagten; mithin auch die gemeinrechtliche Spolienklage, welche nicht gegen den Besitzer als solchen gerichtet ist, sondern gegen denjenigen, welcher sich durch Eigenmacht eine Sache angeeignet und damit eine ungerechte That begangen hat; R. 30, 139. Vgl. Eccius 3, § 181 Rt. 38 u. § 186 Rt. 91; Krug a. a. D. 336 ff. Der Ausdruck Sache ist im weitesten Sinne zu verstehen, auch res incorporales (Rechte) mitumfassend; Krug a. a. D. 341.

Durch den Besitz des Beklagten muß nach der Natur der Klage die passive Sachlegitimation gegeben sein. Diese wird also bei der Benennung des Auktors als begründet vorausgesetzt. Dem Kläger gegenüber ist die Benennung des Auktors eine Einrede, und zwar nach Obigem nicht die der mangelnden Sachlegitimation des Beklagten, aber die Einrede, daß der Beklagte berechtigt sei, seinen Auktor, falls dieser will, als Prozeßgegner gegenüber zu stellen und dessen Erklärung hierüber zunächst einzuholen. Die Geltendmachung dieses Prozeßmittels (Rechtswohlthat) ist also prozessuallich eine Klagebeantwortung gegenüber dem Kläger. Sie hat jedoch nicht die Natur einer prozeßhindernden Einrede, weder ihrem Wesen nach, da sie mit den „Prozeßvoraussetzungen“ nichts gemein hat, noch in ihren Wirkungen, vgl. zu § 247. Die Urheberbenennung hat mit denselben nur soviel gemein, daß sie durch die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache präkludiert wird und daß der Beklagte bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Einlassung zur Hauptsache verweigern darf; vgl. Bolgiano, cit. 76, 319 ff.; Krug 328 ff. Nach der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache würde dieselbe mit den Wirkungen des § 73 nur beim Einverständnis aller Beteiligten zulässig sein (vgl. Eccius I § 93 Anm. 4); auch der Dritte hat das Recht, vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache benannt zu werden, wenn er dem Rechtsnachtheil des Abs. 2 unterworfen sein soll; denn die Einlassung des Beklagten kann auf das Prozeßresultat schon einen nachtheiligen Einfluß gehabt haben, dessen Folgen zu tragen, dem Dritten nicht zugemuthet werden kann (vgl. auch Caupp Anm. III). Wird der erste Termin vertagt oder erfolgt ein Veräumnisurtheil bez. Einspruch, so ist damit die Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache noch hinausgeschoben, Krug 361.

## 2) Voraussetzungen. Der Beklagte muß zur Ausübung der Rechte aus § 73

a) vor seiner Verhandlung zur Hauptsache (im Gegensatz zur Verhandlung über prozeßhindernde Einreden, § 247, Ablehnung eines Richters u. s. w., vgl. Anm. 1) dem Dritten den Streit nach § 70 verkünden und ihn zu einem Termine zur mündlichen Verhandlung behufs seiner Erklärung gemäß § 73 laden (im Anwaltsprozeß mit Aufforderung zur Anwaltsbestellung, § 192), und zugleich

b) dem Kläger den Dritten, in dessen Namen er zu besitzen behauptet, „benennen“. Er hat dabei nur zu behaupten, daß er im Namen des Dritten besitzt, ohne Verpflichtung, dies behufs der Wirkung des Rechtsbehelfs zu beweisen, Krug 330. Die Benennung an den Kläger ist durch einen ihm zugustellenden Schriftsatz zu erklären, da die vor dem

Verhandlungstermine nöthige Streitverkündung und Ladung schon „unter Benennung an den Kläger“ erfolgen soll; sie ist dann jedoch im Termine gemäß dem Principe der §§ 119, 128, wie jede wirksame Klagebeantwortung, zu erklären; v. Sarwey I, 145; Buchst. I, 285; Krug 357. Will der Beklagte erst im Termine Benennung bzw. Streitverkündung geltend machen, so muß er die dazu nöthige Vertagung ebenso wie jede andere Vertagung des Termins begründen und beantragen, § 205 Abs. 2;

c) die Streitverkündung und Ladung ist jedoch nur im Interesse des Auktors vorgeschrieben. Erscheint der Dritte in dem ersten Termin zur mB. und erklärt er sich vor Einlassung des Beklagten zur Hauptsache mit dessen Zustimmung und nach dessen Behauptung, daß er nur im Namen des Dritten besitze, zur Uebernahme des Prozesses bereit, so kann der Kläger den Mangel der Streitverkündung oder Ladung nicht mit Erfolg rügen; R. 22, 393.

3) Wirkungen. Nach rechtzeitig erfolgter Benennung und Ladung finden die Vorschriften über das Verfahren nach Streitverkündung mit folgenden Abweichungen Anwendung:

a) Der Beklagte kann bis zur Erklärung, jedoch spätestens bis zum Schlusse des Termins, in welchem der Benannte sich zu erklären hat, die Verhandlung zur Hauptsache verweigern, Abs. 1. Die Erklärung des Benannten hat, ohne daß es hierzu eines Schriftsatzes bedarf, im Termine zur mB. zu erfolgen (aR. Endemann I, 361, Kleiner I, 374; vgl. dagegen Gaupp Anm. IV). Zu diesem Zwecke wird er geladen. Ist der Termin zur Erklärung, wie sachgemäß, auf dieselbe Zeit wie der Termin für die Hauptsache anberaumt, so ist die Erklärung des Benannten vorweg zu erledigen; ein etwa früher für die Hauptsache anderweit angelegter Termin ist zu vertagen.

b) Der Beklagte kann, wenn der Benannte sich nicht erklärt oder die Behauptung des Beklagten bestritten, dem Klageantrage genügen, Abs. 2, und zwar mit der Wirkung, daß er hierfür von dem Benannten nachher nicht mehr verantwortlich gemacht werden kann. Eines Endurtheils bedarf es zu diesem Zwecke nicht (gegen A. Förster Anm. 4), vielmehr ist der Beklagte gerade zur Ersparung des Urtheils befugt, dem Klageantrage ohne Weiteres zu genügen; wenngleich bis dahin unter Umständen eine Beurtheilung dazu auf Antrag des Klägers geboten sein kann, Krug 370. Unter dem „Genügen“ ist nicht ein bloßes Anerkenntniß des Klageanspruchs, sondern eine tatsächliche Befriedigung desselben zu verstehen. Dem Kläger gegenüber muß der Beklagte, wenn sonst die Klage begründet ist, dem Klageantrage genügen; von der Restitutionspflicht gegen den Kläger wird der Detentor als Beklagter durch § 73 nicht befreit; R. 9. Nov. 1883, ZM. 1884 S. 8 Ziff. 3. Dem Beklagten bleibt natürlich unbenommen, dem Kläger zu entgegnen, daß die Klage unbegründet ist und darüber mit dem Kläger zu prozessiren, Krug 371. Für den Fall der Erlassung eines Endurtheils gegen den Beklagten ist im § 73 nichts über die rechtliche Wirkung desselben in dem Verhältnisse zwischen dem Kläger und dem Benannten bestimmt. Gemeinrechtlich besteht der Nachtheil des Letzteren lediglich darin, daß ihm nunmehr überlassen bleibt, gegen den Erstkläger seine Rechte klageweis auszuführen (Windscheid I, § 197 R. 6); eine Rechtskraftwirkung des Urtheils über eine res inter alios acta ist demnach hier nicht anerkannt. Das Gleiche muß auch für das preuß. Recht nach dem Inkrafttreten der E.P. (mit Dernburg I, § 146 gegen Eccius 3, § 180 R. 95) behauptet werden. Die anscheinend abweichende Bestimmung des § 39 I 17 A.O. — deren Tragweite übrigens nicht ungewiss ist — ist nicht mehr anwendbar, da sie eine, nicht mehr zulässige, gerichtliche Androhung der Rechtsnachtheile voraussetzt, wie Eccius selbst anerkennt. (Vgl. auch A. Förster Anm. 4, Bierhaus A.O., Schollmeyer, Buch 14, 354 f.; Krug a. a. O. 372, 381, 388; aR. Batsch A.O. 39.)

c) Wenn der Benannte die Behauptung des Beklagten, daß dieser nur im Namen des Dritten besitze, als richtig anerkennt, aber dessenungeachtet zur Uebernahme des Prozesses sich nicht bereit erklärt, oder Mangels Zustimmung des Beklagten nicht in der Lage ist, so findet die Fortsetzung des Prozesses zwischen den bisherigen Parteien statt. Der Dritte mag dann unter den gesetzlichen Voraussetzungen als Nebeninterventent beitreten (R. 32, 31; 15. Okt. 1880, ZM. 1881 S. 4; vgl. Anm. § 64) oder nicht, jedenfalls kom-

men zwischen ihm und dem Beklagten die Rechtsfolgen der §§ 71 Abs. 3, 65 zur Anwendung. Dagegen findet Abs. 2 § 78 für diesen Fall keine Anwendung, wie der Wortlaut ergibt und der ganze Zweck des Rechtsbehelfs erkennen läßt. Der Beklagte soll nur dann berechtigt sein, dem Klageantrage zu genügen, wenn der Benannte durch sein Verhalten — gemäß Abs. 2 — ausdrückt, daß er kein Interesse zur Sache habe. Dadurch aber, daß der Benannte zugestimmt, Beklagter bestimme in seinem Namen, giebt er noch nicht zu erkennen, daß er an der Fortsetzung des Rechtsstreits kein Interesse habe; er kann demselben vielmehr, wie schon bemerkt, als Nebenintervenient beitreten wollen, auch sind Fälle denkbar, in denen der im Namen eines Dritten bestimnde Beklagte zur Fortsetzung des Prozesses dem Dritten gegenüber gerade verpflichtet ist. Von einer solchen Verpflichtung wird er nach Abs. 2 dadurch befreit, daß der Benannte beitrete, Beklagter bestimme in seinem Namen oder — was das Wesen dem Bestreuten gleichstellt — sich nicht erklärt. Eine Ausdehnung dieser in das materielle Recht übergreifenden Vorschrift des Prozeßgesetzes auf andere Fälle ist nicht zulässig. Hierdurch widerlegt sich die abweichende Ansicht von Krug a. a. O. 369. Darüber, daß der nur als Nebenintervenient beitretende Nominat keine weitergehenden Befugnisse hat, wie jeder andere Nebenintervenient (abgesehen von § 66) vgl. Anm. 1 § 64. — Erklärt sich der Benannte bereit, an Stelle des Beklagten also als Selbstbeklagter den Prozeß zu übernehmen (selbstverständlich ohne das Recht, aus seinen Verhältnissen einen Einwand gegen den Gerichtsstand zu erheben), so kann der Kläger (abgesehen von den nachstehend zu d) erwähnten Fällen) dem nicht mit Erfolg widersprechen (d. h. er hat kein Recht dazu), wenn der Beklagte sich damit einverstanden erklärt, Abs. 3. Der Beklagte ist dann, wenn er es beantragt, von der Klage zu entbinden (absolutio ab actione, Weßell § 46 S. 549 ff., Renaud §§ 75, 151) vorbehaltlich der einschränkenden Wirkung des Schlusssatzes des Abs. 4, und es ist selbst wenn der Kläger widerspricht, zu entscheiden, daß der Benannte berechtigt ist, an Stelle des Beklagten und ohne dessen fernere Zugiehung den Rechtsstreit über die Klageanträge durchzuführen, Abs. 4. (Damit wird zugleich über den etwaigen Widerspruch des Klägers erkannt; daß dieser überhaupt nicht den Mund zum Widerspruch aufstun dürfe, wie Franke, Buch 13, 211 diese Stelle verstanden hat, ist hier nicht gesagt und ergibt sich auch aus dem Folgenden das Gegentheil). Die Entscheidung zwischen dem Kläger und dem Beklagten ist ein Endurtheil, wenn auf Entbindung von der Klage erkannt wird; andernfalls ein Zwischenurtheil wie im gleichen Falle des § 72. Der Benannte hat nach Entbindung des Beklagten in eigenem Namen den Prozeß gegenüber der Klage, so wie sie erhoben ist, fortzusetzen, R. O. 14. Dez. 1892, J. B. 1893 S. 58. Die hierauf ergehende Sachentscheidung ist hinsichtlich der Streitfrage (nicht hinsichtlich der Kosten, deren Befestigung für den Beklagten Hauptzweck der Entbindung von der Klage ist) auch gegen den Beklagten wirksam und vollstreckbar, so daß er nicht einwenden kann, es sei gegen ihn nicht erkannt oder er habe selbständige Rechte auf die Sache, Abs. 4. Behufs der Zwangsvollstreckung gegen den Beklagten ist die Ausfertigung des Urtheils gegen diesen von dem Gerichtsschreiber gemäß § 662 und auf Grund des § 73 Abs. 4 mit der Vollstreckungsklausel zu versehen. Einer Anordnung des Vorstehenden gemäß §§ 665, 666 bedarf er hierzu nicht, da der Beklagte nicht Rechtsnachfolger des Benannten ist, sondern dieser Prozeßnachfolger des Beklagten. Vgl. Franke, Buch 17, 505; Krug 409 ff. R. M. Ufr. Schulze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen Rechtsnachfolger, Breslau 1891 und Stegemann, Buch 17, 381.

d) Wenn der Kläger zugleich Ansprüche geltend macht, welche der Beklagte nicht bloß als Besitzer der Sache, sondern unabhängig davon, ob er im Namen eines Anderen oder im eigenen Besitz, persönlich gewähren soll, z. B. Entschädigung oder Verantwortung für eigene Handlungen, so kann der Kläger ungeachtet des Eintritts des Benannten wegen dieser Ansprüche den Prozeß gegen den Beklagten fortsetzen, und der Letztere kann insoweit ohne Einwilligung des Klägers keine Entbindung von der Klage in Folge des Eintritts des Benannten verlangen, auch wenn diese Entbindung gleichzeitig hinsichtlich der, die befeffene Sache selbst betreffenden Ansprüche erfolgen muß, Abs. 3 Satz 2.

e) Hinsichtlich der Kosten gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 87, 90, 91, 96. Vgl. Anm. 2 § 96. Wird der Beklagte auf seinen Antrag von der Klage entbunden, so hat er hinsichtlich seiner Prozeßbetheiligung mit seiner Einrede gegen den Kläger obgesteckt, und dieser hat nach § 87 die entsprechenden Kosten zu tragen. Vgl. früher § 19 I 23 AÖD. (durch § 14 Abs. 1 GÖ. aufgehoben). AR. für analoge Anwendung des § 72 hinsichtlich der Kosten des Beklagten Petersen Anm. 6; Fitting § 30 Nr. 10. Kostenantrag vgl. Anm. 4. — Erst nach der Uebernahme des Prozesses ist der Benannte Partei; erst von diesem Zeitpunkt ab kann ein fernerer Streit desselben mit dem Kläger ein Zwischenstreit „unter den Parteien“ sein; die früheren Verhandlungen über die Zulassung sind ein solcher noch nicht; Schollmeyer Zwischenstreit 113. Die Uebernahme des Prozesses durch den Benannten vollzieht sich nach den Bemerkungen zu c d durch dessen mit Zustimmung des Beklagten und des Klägers erfolgende Erklärung in der mündlichen Verhandlung; oder bei einem Widerspruche des Klägers durch das hierüber zu erlassende, den Widerspruch zurückweisende und dem Beklagten entbindende Urtheil mit dessen Rechtskraft; vgl. Frank, Buch 13, 211 f.

4) Ueber sonstige Fälle und Voraussetzungen, unter welchen ein Dritter an Stelle einer Partei einen Prozeß übernehmen kann, vgl. §§ 72, 236—238 und Anm. zu § 64. Wegen der Kosten s. OÖ. § 26 Nr. 3, 28; AnwÖD. § 20, 29 Nr. 2.

#### Vierter Titel.

#### Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

1) Der vierte Titel §§ 74—86 enthält nächst den Grundsätzen darüber, durch welche Bevollmächtigte sich Parteien vertreten lassen können, §§ 74, 75, die Vorschriften über Nachweis, Form und Wirkungen der Vollmacht (gegenüber dem Gericht und dem Gegner, wie überhaupt Dritten, nicht gegenüber dem Machtgeber, wofür das bürgerliche Recht entscheidet, vgl. Anm. 1 § 79) und über Beistandsleistung für alle (Anwalts- und Partei-) Prozesse. Die §§ 76—85 gelten gleichmäßig für alle Prozesse, soweit nicht in den §§ 79, 83, 84 ausdrücklich für Anwaltsprozesse Ausnahmen gemacht sind, Not. 101. Dagegen ist von der Vertretung durch Bevollmächtigte, welche auf einem Willensakt der Partei beruht, selbst wenn die Betordnung auf Grund des Armenrechts, § 107 Nr. 3, oder auf Grund des § 33 AÖD. erfolgt, die gesetzliche Vertretung, § 50, zu unterscheiden (zu welcher auch die Fälle der §§ 609, 620, 626 gehören). Für die letztere enthält der vierte Theil überhaupt keine Vorschriften. Zum Begriffe des Prozeßbevollmächtigten gehört, daß er eine von der durch ihn vertretenen Partei und von der Gegenpartei sowie von deren gesetzlichen Vertreter und Prozeßbevollmächtigten verschiedene Person sein muß. Dagegen kann eine Partei oder deren gesetzlicher Vertreter oder Prozeßbevollmächtigter zugleich Prozeßbevollmächtigter eines Streitgenossen oder eines beigetretenen Nebeninterventienten sein (vgl. Anm. 1 § 67), soweit nicht kollidirende Interessen wahrzunehmen sind.

2) Die Nothwendigkeit der Vertretung der Parteien durch Anwälte — Anwaltszwang — ist aus Gründen des öffentlichen Interesses „vom Standpunkte des Staatsrechts und der Rechtspflege“ ebenso wie im Interesse der Parteien selbst vorgezogen, zur Ermöglichung erprießlicher richterlicher Thätigkeit, zur Erwirkung einer angemessenen Sachdarstellung, zur Besetzung einer zeitraubenden und dem Richter oft schwierigen, mitunter unmöglichen Ermittlung der Willensmeinung der Parteien und zur Vermeidung einer Doppelstellung für den erkennenden Richter, Not. 96—98. Der Anwaltszwang besteht vor allen ordentlichen Gerichten mit Ausnahme der Amtsgerichte. Im Gegensatz zu dem vor dem Amtsgerichte verhandelten Prozesse (Partei-Prozeß, worin sich die Partei selbst vertreten kann) heißt deshalb der vor dem Landgerichte in erster Instanz geführte Prozeß ein „Anwalts-Prozeß“. In den höheren Instanzen, einschließlich der Berufung gegen Amtsgerichtsprozesse kann ebenfalls nur durch Anwaltsvertretung verhandelt werden, und mit Rücksicht darauf ist in der ÖP. der „Anwalts-

prozeß“ als technische Bezeichnung für jedes Verfahren, worin eine Vertretung durch Anwälte obligatorisch ist, ausgenommen; §§ 74 Abs. 1, 83, 152 u. f. w. Wegen der Ausnahme bei Beschwerden vgl. Anm. 6 § 532. Besondere Vorschriften für Fälle, in welchen die Parteien durch Anwälte vertreten sind (auch abgesehen von einem Anwaltsprozeße), enthalten die §§ 156 Abs. 2, 181. Die Vorschriften des vierten Titels sind durch die RAO. v. 1. Juli 1878, RObL. 177, und die AnwObD. v. 7. Juli 1879, RObL. 176, ergänzt. Wegen der Vertretung vor besonderen Gerichten vgl. Anm. 4 zu § 74.

3) Der Anwaltszwang, im öffentlichen Interesse eingeführt, ist ein Grundsatz des öffentlichen Rechts. Ein Parteiverzicht darauf ist deshalb unwirksam; RObL. 14. Okt. 1893, JW. 501. Das Gericht muß von Amtswegen auf Beachtung der Vorschrift halten und darf, soweit sie besteht, eine Partei ohne Anwalt nicht zulassen, muß vielmehr eine nicht durch einen Anwalt vertretene Partei als nicht erschienen ansehen, und, soweit dies sonst zulässig ist, Versäumnisurtheil gegen sie erlassen.

4) Die Vorschriften des Art. 17 DWD. und Art. 42, 47, 58 GG. betreffs der Vertretung durch Incaffomandatare, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Handlungsgehilfen sind gemäß § 13 Abs. 1 Einf.-G. in Geltung geblieben. In Anwaltsprozeßen ist jedoch für diese ebenso wie für die Partei selbst die Vertretung durch einen zugelassenen Rechtsanwalt obligatorisch.

Vgl. zu diesem Titel das Einl. § 6 Nr. 3 am Ende aufgeführte Sammelwerk von Fergenhahn u. Otto Eccius.

## § 74.

Vor den Landgerichten<sup>1)</sup> und vor allen Gerichten höherer Instanz müssen die Parteien<sup>2)</sup> sich durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt<sup>3)</sup> als Bevollmächtigten vertreten lassen (Anwaltsprozeß).<sup>4)</sup>

Diese Vorschrift findet auf das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter sowie auf Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, keine Anwendung.<sup>4)</sup>

Ein bei dem Prozeßgerichte zugelassener Rechtsanwalt kann sich selbst vertreten.<sup>5)</sup>

R. 72. N. 124. 125. P. 29. 497—499. 514. 739—741. P. zu G.V. 739. 740.

1) Vor den Landgerichten werden auch

- a) die Prozesse verhandelt, welche von den Kammern für Handelsfachen entschieden werden; in demselben findet also Anwaltszwang statt, Ob. § 100.
- b) Berufungen und Beschwerden gegen Amtsgerichte, Ob. § 71; Berufungen gegen die Urtheile der Gewerbegerichte, bei einem den Betrag von 100 M. übersteigenden Streitgegenstande, sowie Beschwerden gegen diese Gerichte, Gef. 29. Juli 1890 (RObL. 141) § 55.

Entscheidend ist für den Anwaltszwang, ob die Sache thatsächlich vor ein Landgericht gebracht ist oder gebracht wird, nicht ob dasselbe gesetzlich zuständig ist oder nicht; RObL. 18. Sept. 1889, JW. 401. Wegen der Beschwerden vgl. jedoch § 532 Abs. 2 und Anm. dazu.

1a) Der Ausdruck „Parteien“ ist im weitesten Sinne zu nehmen, und umfaßt auch die Nebenintervenienten und gesetzlichen Vertreter, ebenso den Fiskus und Staatsbehörden, welche im Rechtswege klagen oder verklagt werden, den Reichskanzler (vgl. Bankgef. 14. März 1875 § 50), nicht ausgenommen. Vgl. Rot. 99, DOb. Dresden, Busch 8, 502; RObL. 14, 29. Ausnahme Abs. 3. Wegen der Staatsanwälte vgl. Anm. 5.

2) Das Gericht hat von Amtswegen die Nothwendigkeit eines zugelassenen Anwalts zur Vertretung zu berücksichtigen, Vorb. 2, 3 vor § 74. Die Nothwendigkeit betrifft alle Prozeßhandlungen, Ladungen, Schriftsätze auch außerhalb der mündlichen Verhandlung. vgl. Anm. 3, 4. Gegen die abw. Ansichten von Schwalbach, civ. A 63, 427 u. Alexander-Ray (Schriftsätze u. Anwaltszwang, Erlangen 1883 S. 49 ff.) vgl. RaffR. 28, 756.



Ueber die Zulassung vgl. R.A.D. §§ 1—16, 18, 20, 99, 100 und Bef. v. 10. Juli 1879 betr. Konsulargerichtsbarkeit § 11. Der Zwang hinsichtlich der zugelassenen Anwälte erleidet indeß eine Beschränkung durch § 27 Abs. 2 R.A.D.: In der mündlichen Verhandlung kann jeder Anwalt die Ausführung der Parteirechte und falls ihm der als Bevollmächtigter bestellte Anwalt die Vertretung überträgt, auch diese übernehmen. Die Uebertragung einer solchen Vertretung braucht nicht in m.B. zu geschehen, sondern kann vorher schriftlich durch Substitutionsvollmacht erklärt werden, R.O. 3, 404. (Ausnahmen hinsichtlich der Reichsgerichtsanwälte: R.A.D. §§ 101, 100 Abs. 2.) Dagegen kann der Anwalt nicht einen nicht zugelassenen Anwalt zur Unterzeichnung von Schriftsätzen substituieren, R.O. 5. Nov. 1884, J.W. 296. — Bei zeitweiser Verhinderung oder Abwesenheit kann die Stellvertretung einem, wenn auch nicht bei demselben Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt oder einem seit zwei Jahren im Vorbereitungsdienste beschäftigten Rechtskundigen übertragen werden, indeß nur auf Anordnung der Landesjustizverwaltung, sofern nicht ein bei demselben Gerichte zugelassener Anwalt Stellvertreter ist, R.A.D. §§ 25, 29, bzw. für das Reichsgericht mit Rücksicht auf § 99 R.A.D. durch das Präsidium desselben, nicht durch den Reichskanzler, R.O. 9. Juli 1883, J.W. 209; Raff.R. 28, 265. Vgl. R.A.D. § 27 Abs. 1 und über sonstige Vertretung durch Rechtskundige im Justizdienste § 25 Abs. 3 das. (f. Preußen allg. Verf. 19. April 1880 u. 19. April 1888, J.W.M. 1880 S. 88, 1888 S. 102). Soweit ein Anwalt durch einen anderen vertreten werden kann, gelten die Handlungen des Vertreters eben deshalb allgemein als Handlungen des Anwalts (gegen die beschränkende Auslegung in Wallm. 6, 319); auch das Verschulden des Vertreters als Verschulden des Anwalts, R.O. 13. Okt. 1894, J.W. 534. Hinsichtlich der Anwaltsgebühren in Fällen einer Vertretung nach § 25 Abs. 3 R.A.D. vgl. Anm. 5 § 87.

3) Der technische Ausdruck: „Anwaltsprozeß“ umfaßt, wie aus Abs. 1 hervorgeht, außer dem Prozeße erster Instanz vor Landgerichten (Buch 2 Abschn. 1), auch jedes Verfahren in höherer Instanz (Buch 3). Der Anwaltszwang betrifft begrifflich jedes „Vertreten vor dem Gerichte“, also auch das Einreichen von Schriftsätzen, über welche ohne m.B. entschieden werden kann, ebenso das Verlangen einer Terminbestimmung für das Gericht und die Ladung vor dasselbe, Anm. 4 § 193; R.O. 5, 374, vgl. Anm. 2. Dagegen ist der Auftrag an den Gerichtsvollzieher zur Zustellung kein Akt der Vertretung vor Gericht. Derselbe kann daher mit rechtlicher Wirksamkeit von der Partei selbst (oder einer jeden von ihr dazu bevollmächtigten prozeßfähigen Person) erteilt werden; R.O. (Plenum) 17, 392, auch kann im Anwaltsprozeße ein bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassener Anwalt mit dem Betriebe von Zustellungen, insbesondere Urtheilen, sowie der dazu gehörigen Beglaubigungen von Abschriften wirksam betraut werden; R.O. 24, 418; 33, 399; vgl. R.O. 22. Jan. 1883, J.W. 110 u. Anm. 3 zu § 152. Selbst ohne Auftragserteilung genügt es, daß die erfolgte Zustellung von der Partei als Namens derselben geschehen genehmigt wird, was nach A.R.N. I 13 §§ 239, 143, R.O. 10, 257 auch ohne Schriftform geschehen kann, R.O. 30, 389. — Der Anwaltszwang betrifft ferner nicht Anträge, welche nicht an das Gericht als prozeßleitende oder entscheidende Behörde gerichtet werden, sondern nur einen Akt der Justizverwaltung verlangen und also nicht ein Vertreten vor dem Prozeßgerichte bedeuten (Anm. 1 § 37, Anm. 2 § 55) und vollends nicht solche, welche sich an die Gerichtsschreiberei wenden, §§ 271, 646, ebensowenig aber auch außergerichtliche Akte, welche keine eigentlichen Prozeßhandlungen sind, z. B. außergerichtliche Vergleiche, Bezichte oder Anerkenntnisse; Vereinbarungen über das Ruhen des Verfahrens, § 228. Wegen der Beschwerden vgl. Anm. 6 § 532. Bezüglich der Streitverkündung vgl. Anm. § 70.

4) Außer der Beschränkung, welche sich durch die begriffliche Bestimmung der Vertretung vor dem Prozeßgerichte ergibt, Anm. 3, bezeichnet Abs. 2 besondere Ausnahmen, in welchen auch im Anwaltsprozeße ein Anwaltszwang nicht stattfindet; und zwar sind ausgenommen:

a) das Verfahren vor einem einzelnen Richter, soweit dies gesetzlich gestattet oder vorgeschrieben ist; nämlich „vor einem beauftragten oder ersuchten Richter.“ Nach der Terminologie des Gesetzbuchs ist ein beauftragter Richter ein Mitglied des Prozeßgerichts, welches von diesem den Auftrag zu einzelnen Prozeßhandlungen (insbesondere zur Beweisaufnahme und zur Vorbereitung in Rechnungssachen) erhalten hat. Ein „ersuchter“ Richter ist ein anderes Gericht, nach *CP.* § 158 stets ein Amtsgericht; *Rot.* 138 zu § 145. *Vgl.* §§ 313 ff., 326, 327, 337, 340, 367, 399, 441.

b) Die sonstigen vom Anwaltszwange im Anwaltsprozeße gemachten Ausnahmen sind nach dem stehenden technischen Ausdrucke der *CP.* als Prozeßhandlungen bezeichnet, welche auch „vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden können.“ Wo in der *CP.* dieser Ausdruck vorkommt, bedeutet er in Gemäßheit des *Abf.* 2 die Vertretung vom Anwaltszwange; ohne daß dadurch vorgeschrieben sein soll, daß die Prozeßhandlung nur entweder durch einen Anwalt oder durch Erklärung vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden muß; vielmehr kann sie dann auch durch schriftliche Erklärung ohne Zuziehung eines Anwaltes erfolgen, soweit dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. *Vgl.* *RO.* 3, 373, 374; 6, 393. In der Regel ist dies aber im Gegentheil entweder durch Bezeichnung der Prozeßhandlung als „Gesuch“ oder durch ausdrückliche Zulassung einer Schrift angebeutet. Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können, sind in den §§ 44, 98, 109, 225, 351, 371, 448, 532, 596, 617, 621, 625, 800, 815, 824, bezeichnet. Als Ausnahmen gestatten die Bestimmungen keine analoge Anwendung. Zu beachten ist jedoch, daß für das Mahnverfahren das Amtsgericht zuständig, § 629, und für die Zwangsvollstreckung das Amtsgericht Vollstreckungsgericht, § 684, ist, das Verfahren vor demselben also schon durch die Regel des § 74 *Abf.* 1 vom Anwaltszwange ausgenommen ist. Dasselbe gilt für das Verfahren vor dem Konkursgerichte, *vgl.* *RO.* §§ 64, 65, 127. Nach § 3 *Abf.* 1 *CO.* gelten die Grundsätze über den Anwaltszwang nicht für die „besonderen“ Gerichte des *OB.* §§ 13, 14, soweit sie nicht reichs- oder landesgesetzlich darauf ausgedehnt sind, was durch das preuß. *AG.* v. 24. März 1879 §§ 9, für den Geheimen Justizrath (*vgl.* § 5 *CO.*) geschieht ist. Die Vertretung durch Anwälte vor den Gewerbegerichten ist durch das *Ges.* v. 29. Juli 1890 (*ROBl.* 141) allgemein ausgeschlossen, §§ 29, 80, gilt aber wiederum in der Berufungsinstanz § 55 *Abf.* 3, *vgl.* *Anm.* 1. Durch das Reichsgesetz v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit, *ROBl.* 197, sind für das Verfahren vor den Konsuln (Amtsgerichten) und vor den Konsulargerichten (Landgerichten erster Instanz) die Bestimmungen der *CP.* über das Verfahren vor Amtsgerichten — also ohne Anwaltszwang — mit einigen Modifikationen anwendbar erklärt, §§ 14, 15, 5, 6, 12 a. a. D.

Für das Beschwerdeverfahren vor den ordentlichen Gerichten findet der Anwaltszwang statt, soweit nicht ein Fall des § 532 *Abf.* 2 davon befreit, *RO.* 1, 431; 10, 373; 9. Febr. 1894, *ZW.* 118; *RaffR.* 25, 1209; 3. Nov. 1894, *ZW.* 575; *vgl.* *Anm.* 6 § 532.

Eine weitere Modifikation des Anwaltszwanges liegt in den Bestimmungen des § 128 *Abf.* 4 (Verstattung der Partei zum Wort neben dem Anwalt mit den Wirkungen des § 81) und § 579 (Bernehmung der Parteien in Ehe-sachen). Im Uebrigen ist die persönliche Mitwirkung der Partei vor dem Prozeßgericht im Anwaltsprozeße auf die Eidesleistung beschränkt, für diese aber auch obligatorisch, § 440.

5) Der zugelassene Rechtsanwalt kann sich auch dann selbst vertreten wenn er als gesetzlicher Vertreter eine Parteirolle hat. Er ist dann freilich kein Prozeßbevollmächtigter und es finden §§ 82, 223 keine Anwendung, *vgl.* *Anm.* 1 § 223, *RO.* 25. Juni 1887, *RaffR.* 32, 1167, *ZW.* 350. Der Staatsanwalt, welcher als eine zur Rechtsprechung nöthige Justizbehörde in Ehe- und Entmündigungssachen auftritt, bedarf keiner Vertretung durch einen Anwalt; *Rot.* 369; *P.* 721.

## § 75.

Insofern eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, können die Parteien den Rechtsstreit selbst oder durch jede prozeßfähige Person als Bevollmächtigten führen.<sup>1)</sup>

R. 73. N. 126. P. 29. 514.

1) Die Zulassung ist durch die Bestimmungen des § 143 beschränkt. Auch prozeßfähige Frauenspersonen sowie Ehefrauen ohne ihre Männer (§ 51) sind als Bevollmächtigte zuzulassen, Mot. 101. Ein Rechtsanwalt, welcher im Parteiprozeße als Bevollmächtigter auftritt, unterliegt allen Vorschriften, welche für Bevollmächtigte in Parteiprozessen gegeben sind, so §§ 79 Abs. 2, 83, 84 Abs. 2; — soweit nicht (in §§ 126, 143 Abs. 4, 181) Ausnahmen vorgeschrieben sind.

Da als Bevollmächtigter nur eine prozeßfähige, also physische Person, zulässig ist, wie auch nur eine solche tatsächlich die Führung des Rechtsstreits, d. h. die Vornahme der Prozeßhandlungen bewirken kann, so können juristische Personen zc. nicht bevollmächtigt werden. Ist dies indeß mit der Befugniß zur Uebertragung der Vollmacht gesehen, so ist dies als Ermächtigung zur Bestimmung eines Bevollmächtigten zu verstehen und die juristische Person zc. mag demgemäß einen solchen bestimmen; Peterfen Ann. III 1; Kleiner I, 383. AR. Sarwey I, 150; Buchell I, 291, welche auch juristische Personen zc. als zulässige Bevollmächtigte ansehen. Die Bestimmung des § 37 der Preuß. Gerichtsvollz.-Ordn. v. 23. Febr. 1885 (ZWB. 56 ff.) wonach Gerichtsvollzieher in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als Prozeßbevollmächtigte nur für die dort genannten nahestehenden Angehörigen auftreten dürfen, hat nur die Bedeutung eines disziplinären Verbots.

Die Partei, welche im Parteiprozeße und in Fällen des § 74 Abs. 2 selbst den Rechtsstreit führen kann, darf deshalb in solchen Prozessen und Fällen auch neben dem beauftragten Bevollmächtigten eingreifen und einzelne Prozeßhandlungen selbst vornehmen.

## § 76.

Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche<sup>1)</sup> Vollmacht<sup>2)</sup> nachzuweisen<sup>3)</sup> und diese zu den Gerichtsakten abzugeben.<sup>4)</sup>

Eine Privaturkunde<sup>5)</sup> muß auf Verlangen des Gegners gerichtlich oder notariell<sup>6)</sup> beglaubigt werden.<sup>7)</sup> Bei der Beglaubigung bedarf es weder der Zuziehung von Zeugen noch der Aufnahme eines Protokolls.

R. 74. N. 129—133. 140. P. 29—31. 514—516. 659. 660.

1) Die Schriftform ist zur Gültigkeit der Vollmacht in der G.P. nicht vorgeschrieben, im Gegentheil ergibt sich aus § 85 Abs. 2, daß auch die mündlich erteilte Vollmacht den Rechtgeber verbindet, die Prozeßführung des Bevollmächtigten gegen sich gelten zu lassen; und daß demnach entgegenstehende landesgesetzliche Vorschriften in Bezug auf diese Wirkung außer Kraft gesetzt sind. In allen anderen Beziehungen sind die landesgesetzlichen Formvorschriften in Geltung geblieben, soweit sie nicht über das Erforderniß der Schriftform hinausgehen. (AR. Gaupp Ann. III, welcher allgemein Formlosigkeit der Vollmacht nach der G.P. behauptet.) Wenn im § 76 der Nachweis der Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht gefordert wird, so wird dadurch gleichzeitig ausgedrückt, daß eine schriftliche Privaturkunde (vgl. Abs. 2) dazu genügt; also jedenfalls eine solche, welche gemäß § 381 von dem Rechtgeber unterschrieben, oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigter Handzeichen unterzeichnet ist. Für die Prozeßvollmacht des Anaphabeten bedarf es deshalb auch im Gebiete des Allg. Landrechts (vgl. § 172 I 5 AR.) keiner weiteren gerichtlichen oder notariellen Form, ebensowenig wie für die Bescheiderklärungen desselben nach § 94 W.D.; vgl. P. 515 gegen Mot. 101 (aR. A. Förster Ann. 2; AR. 26. Nov. 1890, ZW. 1891 S. 4, läßt die Frage unentschieden. Auch durch § 8 Gef. 15. Juli 1890, GS. 229, ist die Frage materiell nicht erledigt; vgl. Koch-Zastrow, Formularb. 10. Aufl. S. 163.) Demnach ist auch für die Prozeßvollmacht

Blinder und Taubstummer im Gebiete des AR. trotz § 171 I 5 die Schriftform ausreißend. AR. Laßrow a. a. O. 82, 157, 163. Vgl. auch Anm. 2.

Durch die Schriftlichkeit sind auch die landesgesetzlichen Folgen der schriftlichen Urkunde gegeben, also für Preußen die Stempelpflichtigkeit, welche durch § 2 Abs. 2 (Abs. 1, 3 sind hierfür nicht anwendbar) des ORG. v. 18. Juli 1878 für Prozeßvollmachten aufrecht erhalten ist, RO. 17, 427. Vgl. preuß. ZMVerf. v. 19. April u. 1. Dez. 1880 (betr. die Liquidirung nicht verwendeter Stempel als Gerichtskosten gem. Art. 21 Abs. 2 des ORG. v. 9. Mai 1854) ZMBl. 1880 S. 91, 267 und in Betreff der persönlichen Haftung des Rechtsanwalts für den Stempel ZMVerf. v. 14. Sept. 1882, Wallm. 3Pr. 3, 269; RO. 5. März 1888, ZM. 173; ferner MinVerf. v. 10. Febr. 1883, ZMBl. 33 hinsichtlich der Stempelfreiheit der von Ausländern im Auslande ausgestellten Vollmachten betr. Immobiliar-Exekutionen u. MinVerf. v. 21. März 1893, ZMBl. 59 betr. Bezeichnung stempelfreier Objekte, dazu ZM. 1892 S. 520, Bl. f. R. 3, 109 f.; dagegen RO. 32, 178. In Bezug auf die nur einfache Stempelpflichtigkeit einer für mehrere Bevollmächtigte ausgestellten Vollmachten-Urkunde RO. 14. Juni 1888, RaffR. 32, 1075. Vgl. ferner ZM. 1891 S. 165, 166. Ueber Beschwerden betr. Stempel vgl. RO. 16. April 1883, ZM. 221 u. preuß. Gef. v. 10. März 1879 §§ 4—8. Hinsichtlich der Zuständigkeit des Kammergerichts zu Berlin als letzter Beschwerdeinstanz betr. Erhebung von Vollmachten-Stempeln in Preußen vgl. Beschl. des Kammergerichts 18. April 1887, ZMBl. 275.

2) Die Vollmacht ist regelmäßig für den ganzen Rechtsstreit der betreffenden Instanz auszustellen; eine Ausnahme „für einzelne Prozeßhandlungen“ ist nur gemäß § 79 Abs. 1 zulässig. Der Gebrauch bestimmter Worte zum Ausdruck des Vollmachtenwillens ist nicht erforderlich; es genügt, daß derselbe für das Gericht und den Gegner erkennbar ausgedrückt ist. Die Vollmacht kann natürlich auch mehr umfassen, als den einzelnen Rechtsstreit. Die Erklärung der Vollmacht in der mB. unter Aufnahme der Erklärung in das Protokoll, § 146, ersetzt die Nachweisung und die schriftliche Form, Rot. 101, P. 29, 30, abgesehen von dem Rechte des Gegners, schon in dem vorbereitenden Stadium den Mangel der Vollmacht zu rügen, § 84. Ist die Vollmacht in einer fremden Sprache abgefaßt, so kommt § 133 Abs. 3 zur Anwendung (A. Förster Anm. Ia). Für die Vollmacht einer offenen Handelsgesellschaft genügt die Unterschrift der Firma, DLG. Cassel, SA. 47, 90. — Die Vollmacht allein entscheidet darüber, welche Person, Behörde, gesetzlicher Vertreter u. durch den Bevollmächtigten vertreten wird; deshalb weil eine Partei als solche verklagt ist und ein Bevollmächtigter für dieselbe Person bezw. Behörde auftritt, welcher die Klage gestellt ist, kann nicht angenommen werden, daß er die verklagte Partei vertreten wolle; er kann vielmehr einwenden, daß diese durch seine Nachgeber nicht vertreten wird; RO. 17. Mai 1892, ZM. 300.

3) Nach der ausnahmslosen Fassung des § 76 hat auch der einer armen Partei sowie im Falle des § 33 RAO. (nicht in den Fällen der §§ 609, 620, 626 vgl. Vorb. 1 § 74, aR. bezüglich des § 609 Gaupp Anm. II R. 2) beigeordnete Anwalt sich durch Vollmacht zu legitimiren. Vgl. R. 129, Rot. 101, 102; RO. 7. April 1883, ZM. 154; zu § 33 vgl. ferner RO. 15. Dez. 1893, ZM. 1894 S. 18; DLG. Jena, SA. 50, 87. Im Uebrigen ist jedoch die Pflicht zur Nachweisung der Vollmacht durch § 84 Abs. 2 modifizirt, indem danach der Mangel der Vollmacht von Amtswegen in den Fällen nicht zu beachten ist, in welchen eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, in diesen Fällen also die Ausübung der Nachweisungspflicht von dem Verlangen des Gegners abhängig ist. Mit Recht macht jedoch Scius (RaffR. 33, 137 ff.) auf die großen Bedenken aufmerksam, welche durch die Unterlassung der Vollmachtsnachweisung in Anwaltsprozeßen (für die Nichtigkeitsklage wegen eines falsus procurator, für die Vertretungen vor einem beauftragten Richter durch einen Substituten sowie bei Zwangsvollstreckungen, für den Abschluß von Vergleich) entstehen können, und man kann ihm nur beipflichten, wenn er die Nachweisung der Vollmacht als eine außer der Regel des § 76 folgende Amtspflicht des Anwalts erachtet. Und noch in viel höherem Grade gilt dies von der Pflicht des Anwalts, den Prozeß nur mit einem legitimirten Prozeßbevollmächtigten zu führen, also den Nachweis der Vollmacht. Seltens des Gegners zu

fordern. Wenn in der Praxis diese Pflichten häufig außer Acht gelassen werden, so erklärt sich dies freilich nicht aus der Kleinlichen Rücksicht auf Ersparung von Stempelgebühren, sondern aus dem durch die Stellung der deutschen Anwaltschaft bedingten und wohl auch gerechtfertigten Vertrauen, daß kein deutscher Anwalt für eine Partei ohne deren Auftrag im Prozeße auftreten werde. Bez. der Legitimation bei den Vollstreckungsgerichten vgl. Anm. 3 § 77.

4) Die Vorschrift, daß die Vollmacht zu den Gerichtsakten abzugeben ist (andernfalls würde § 85 anwendbar sein), ist von der RR. hinzugefügt; P. 514, 659. Sie setzt voraus, daß überhaupt nach § 84 (vgl. Anm. 3) ein Nachweis nötig ist; und ist dann die Vollmacht in Urschrift (bei Generalvollmachten und vgl. mindestens in beglaubigter Abschrift einer beglaubigten Vollmacht, P. 515, 616) einzureichen. Vgl. R. 140; Anm. zu § 125.

Dem Gegner unangefordert eine Abschrift der Vollmacht mitzutheilen, ist nicht nötig; diese braucht, zumal im Anwaltsprozeße, nicht eine im Schriftsatz — dessen Urschrift der Betreibende selbst zurückbehält — in Bezug genommene Urkunde zu sein, welche allein dem Gegner abschriftlich mitzutheilen ist (§§ 122, 123, 156); sondern sie ist, wenn bei Gelegenheit eines Schriftsatzes eingereicht, als Anlage der Abschrift für die Gerichtsschreiberei (§ 124) beizufügen.

Ausnahme für das Mahnverfahren vgl. § 643.

5) Öffentliche Vollmachtsurkunden, welche im Gegensatz zum Abs. 2 einer Beglaubigung nicht bedürfen, sind die im § 380 bezeichneten, P. 659. Für Vollmachten ausländischer Behörden ist § 403 zu berücksichtigen. Die Qualität öffentlicher Urkunden, ist für Vollmachten, welche von Gemeindebehörden, öffentlich anerkannten Stiftungen (?) und Kirchenverwaltungen ausgestellt sind, von der RR. als ihrer Intention gemäß „konstatirt“, P. 659, 660. Wichtig ist dies nur, sofern solche Stiftungen u. öffentliche Behörden sind. Für Vollmachten von Behörden, Gemeinden und Korporationen in Preußen vgl. A. Förster Anm. 5.

6) Eine Beglaubigung durch andere Behörden genügt nicht. Ob und wann ein Gericht oder ein Notar zur Beglaubigung berechtigt ist, entscheidet die Landesgesetzgebung, auch in Betreff der Konstatirung bezüglich ausländischer (nicht deutscher) Gerichte und Notare, soweit reichsgesetzlich nichts bestimmt ist. Für Preußen vgl. das im § 38 der Grundbuchordnung ausgesprochene Prinzip, wonach im Zweifel die Befugniß der ausländischen Beglaubigungsbehörde auf gesandtschaftlichem Wege festgestellt werden soll. Für Beglaubigungen in Oesterreich-Ungarn ist der zwischen dem Deutschen Reich und Oesterreich-Ungarn abgeschlossene Vertrag vom 25. Febr. 1880, RStBl. 1881 S. 4 maßgebend; danach müssen die von Notaren in einem der kontrahirenden Staaten beglaubigten Urkunden mit der Legalisirung eines Gerichts des Staats, in welchem der Notar seinen amtlichen Wohnsitz hat, versehen sein. Reichsgesetzlich genügt in allen Fällen die Legalisirung durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs (Ges. 1. Mai 1878 § 2, RStBl. 89). Wegen der Notariatsbefugnisse der Reichskonsuln vgl. §§ 16, 17 Bundesgef. 8. Nov. 1867 und Art. 80 Reichsverf.; durch das Ges. v. 10. Juli 1879 (vgl. § 48) nicht geändert. Für Preußen vgl. Ges. 15. Juli 1890 (GS. 229) § 8. Für Sachsen: pr. RStBl. 1894 S. 360; sowie Anm. 1 § 381. Die Kosten der Beglaubigung gehören in jedem Falle zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß 87, schon weil dieselbe Verzögerungen vorbeugt, welche durch das mögliche Verlangen der Beglaubigung Seitens des Gegners entstehen können. (Ebenso Seuffert Anm. 3. RR. Kammergericht, Buzß 13, 364, SA. 44, 463; DStG. Hamburg, SA. 42, 214; vgl. auch RStBl. 26. Nov. 1890, RStBl. 1891 S. 4.)

7) Die Vollmacht braucht nur auf Verlangen des Gegners beglaubigt zu werden. Der Bevollmächtigte hat also das Recht, eine entsprechende Frist dafür zu verlangen. Das Gericht kann von Amtswegen eine Beglaubigung nicht fordern.

## § 77.

Die Prozeßvollmacht<sup>1)</sup> ermächtigt zu allen<sup>2)</sup> den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt<sup>3)</sup> werden; zur Bestellung eines Vertreters<sup>4)</sup> sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen; zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich,<sup>5)</sup> Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs; zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten.<sup>6)</sup>

E. 75. N. 134. 135. P. 31. 516.

1) Vorausgesetzt ist eine Prozeßvollmacht (§ 76) für einen nach §§ 74, 75 zulässigen Prozeßbevollmächtigten; ein Anderer, also in Anwaltsprozessen ein nicht zugelassener Anwalt hat nicht die Befugnisse des § 77, insbesondere nicht zur Substitution eines zugelassenen Anwalts. Die einem Nichtanwalt oder einem nicht zugelassenen Anwalt mit ausdrücklicher Substitutionsbefugniß ertheilte spezielle oder generelle Vollmacht ermächtigt jedoch denselben zur Bestellung eines zugelassenen Anwalts als Prozeßbevollmächtigten. Vgl. Anm. 1 § 75, DLZ. Jena 21. Dez. 1882, SA. 38, 448, wo jedoch eine Prozeßvollmacht in technischem Sinne selbst mit Substitutionsbefugniß ausgenommen wird.

2) Einer Spezialvollmacht zu Prozeßhandlungen, z. B. zum Verzicht auf Eidesleistungen von Parteien und Zeugen bedarf der Prozeßbevollmächtigte nicht. ARN. I, 13 § 99 u. Anh. § 44 sind aufgehoben, P. 134, 135. Zu den „Prozeßhandlungen“ (vgl. Anm. 2 § 52) gehören auch der Verzicht auf Rechtsmittel und die Zurücknahme derselben, sowie die Empfangnahme von allen Zustellungen in der betr. Instanz des anhängigen Rechtsstreites (§§ 162—174). Anträge, die Ermächtigung hierzu im § 77 auszusprechen, sind in der Form, deshalb als unnötig abgelehnt. Auch das Kostenerstattungsverfahren gehört zu den den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, M. 10. Nov. 1884, JW. 296 Ziff. 2. — Der für eine Instanz bestellte Prozeßbevollmächtigte bleibt dies auch nach Zurückverweisung der Sache in diese Instanz aus einer höheren, § 163; bei Verweisungen vom Landgericht an das Amtsgericht § 249 und umgekehrt §§ 466, 467 (sofern er im letzteren Falle ein beim LG. zugelassener Anwalt ist), ferner im Nachverfahren des Urkundenprozesses; der für die höhere Instanz bestellte Prozeßbevollmächtigte dagegen bleibt dies nicht ohne Weiteres, nachdem die Sache in die untere Instanz verwiesen ist und durch Einlegung eines neuen Rechtsmittels wieder in die höhere Instanz gelangt. Ob der für die Rechtsmittel-Instanz bei Anfechtung eines Theil- oder Quasi-Endurtheils bevollmächtigte Anwalt auch als Prozeßbevollmächtigter für dieselbe Rechtsmittel-Instanz bei Anfechtung weiterer Urtheile der vorigen Instanz gilt, ist aus dem Inhalte der Vollmacht festzustellen, vgl. Anm. zu § 164.

3) Zu den Prozeßhandlungen, welche durch die Zwangsvollstreckung „veranlaßt“ werden, gehört auch die Vertretung in den dadurch veranlaßten Prozessen, §§ 686, 687 (vgl. § 163), auch wenn sie von Dritten angestellt werden; §§ 690, 710. Vgl. Anm. 1 § 163. Abw. Petersen (Hamburg), Busch 9, 362, vgl. dagegen Hof, civX. 71, 279 ff. Für die Zwangsvollstreckung kann vor dem, wenngleich vom Prozeßgerichte verschiedenen Vollstreckungsgerichte auf die Vollmacht, welche bei den Akten des Prozeßgerichts bleiben muß (§ 76 Abs. 1), Bezug genommen werden, P. 516. Das Vollstreckungsgericht hat in solchen Fällen die Akten des Prozeßgerichts einzufordern, was indeß vielfach mit Schwierigkeiten und Zeitverlust verbunden ist. Es erscheint deshalb zweckentsprechend, wenn in den vollstreckbaren Schuldtiteln regelmäßig die Prozeßbevollmächtigten namhaft gemacht werden. Für die Urtheile veranlaßt dies die preuß. JWVerf. v. 13. Mai 1882, JWBl. 135. Allerdings sollte die Bezeichnung nur erfolgen, wenn die Vollmachten sich bei den Akten befinden, vgl. Eccius, RaffR. 33, 137 ff. Bezüglich der Vollmachten zu Eintragungs-Anträgen im Wege der Zwangsvollstreckung in Preußen vgl.

§ 12 Abs. 2 Ges. 13. Juli 1883. — Die Vollmacht ermächtigt nicht auch zur Vertretung in einem demnächstigen Konkurse; Sarwey I, 154, Wach I, 575, Anm. 24; aR. Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 2. Der Konkurs ist weder ein Theil des Rechtsstreits, noch eine Zwangsvollstreckung, sondern ein besonderes Verfahren. Daß er zum Zwecke der Realisirung dient, entscheidet nicht, wie ja hierzu auch andere, der Vollmacht nicht unterliegende Schritte und Verfahren oder nach Abweisung zur Zeit ein zweiter Prozeß dienen können. Prozesse, welche durch den Konkurs unterbrochen, wieder aufgenommen werden können, liegen außerhalb des Konkursverfahrens. — Zur Deklaration des Begriffs der „den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen“ dienen nur die Worte: „einschließlich derjenigen — bis: veranlaßt werden“. Die Ermächtigung zur Befeitigung durch Vergleich, Verzicht ist nicht, wie Struckmann-Roch Anm. 1 meinen, eine Deklaration jenes Begriffs, sondern eine Ausdehnung über denselben hinaus, Weßel § 10 S. 82; Renaud § 69. Vgl. Anm. 2 § 52. — Zu den Prozeßhandlungen gehören dagegen nach dem System der O.P. auch die Klageänderungen und die Vertretung für zulässig geänderte Anträge, da der Rechtsstreit derselbe bleibt, desgleichen die Verhandlungen über eine Widerklage, vgl. Löning, Busch 4, 72, 73, Wach I, 574.

4) Die Worte „für die höheren Instanzen“ beziehen sich nicht auf den bestellten „Vertreter“. Der Vertreter (Substitut) kann für einzelne Termine oder Prozeßhandlungen (§ 79 Abs. 2 findet hier nicht Anwendung) oder auch allgemein, ohne solche Beschränkung, bestellt werden. Der allgemein bestellte Vertreter hat alle Rechte des Substituenten, folglich kann ihm auch gültig nach § 162 zugestellt werden. Durch den Tod des Substituenten erlischt die Substitutionsvollmacht nicht (vgl. § 82, ferner AR 193 I 13), Anm. 2 § 221. Entgegengesetzter Ansicht ist sowohl für die Zustellungen an den Vertreter, als bezüglich des Todes des Substituenten das R.O. II, 368, ferner 27. März 1884, Raffr. 28, 1127; JW. 163; Ballm. 9, 461 sowie 25. Febr. 1885, JW. 138 Siff. 5, 12. März, 29. Okt., 7. Dez. 1885, Raffr. 29, 1057; 30 1107. S. dagegen die Ausführungen in Aufl. 5, welche bisher in keiner Weise widerlegt worden sind. Vgl. auch Weß, Jahrb. der württ. Rechtspr. 3, 355 ff.; Busch 17, 231. — Der für bloße Verhinderungsfälle bestellte Vertreter ist allerdings nicht ohne Feststellung der Verhinderung des Bevollmächtigten zur Empfangnahme von Zustellungen befugt, wie R.O. 3. Jan. 1885, Raffr. 29, 1069, SA. 40, 359, mit Recht ausführl. — Der Vertreter muß in allen Fällen die Eigenschaften eines zulässigen Bevollmächtigten im betreffenden Verfahren haben; im Anwaltsprozeß also zugelassener Anwalt sein, R.A.D. § 27 Abs. 1, R.O. 5. Nov. 1884, JW. 296 Siff. 3, soweit es sich nicht um Prozeßhandlungen handelt, welche vom Anwaltszwange ausgeschlossen sind (vgl. Anm. 3 § 74). Ausnahme für die Ausführung der Partrechte in m.B. bzw. für den Fall der Vertretungsübertragung (ausgeschlossen beim Reichsgericht) seitens eines zugelassenen Anwalts, s. R.A.D. §§ 27 Abs. 2, 101, Anm. 2 § 74. — Der von dem Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz für die höhere Instanz bestellte Bevollmächtigte gilt unbestritten als wirklicher Prozeßbevollmächtigter der Partei, mag auch die erteilte weitere Vollmacht sich ungenau als Substitutions-Vollmacht bezeichnen, R.O. 22, 397. (Strenggenommen ist daher eine solche Vollmacht, da sie keine bloße Substitution ist, in Preußen stempelpflichtig.) Demgemäß ist auch ein solcher für die zweite Instanz bestellter Prozeßbevollmächtigter, seinerseits zur Bestellung eines Bevollmächtigten für die höhere Instanz befugt, unbeschadet des konkurrierenden Rechts des ersten Bevollmächtigten. — Der generelle Stellvertreter eines zeitweise verhinderten Anwalts (Anm. 2 Abs. 3 zu § 74) tritt ebenso unbestritten für die Zeit seiner Vertretung hinsichtlich der Zustellungen sowie überhaupt ganz an seine Stelle. Hinsichtlich der Gebühren vgl. Anm. 5 § 87. — Inwiefern der Bevollmächtigte für einen Vertreter haftet, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu bestimmen.

5) Der Vergleich muß sich auf die Disposition über den Streitgegenstand beschränken. Die Vollmacht berechtigt nicht zu Dispositionen über andere dem Bevollmächtigten hierzu nicht zur Verfügung gestellte, individuelle Vermögensgegenstände des Machtgebers; Seuffert Anm. 3c; Sarwey 154, Petersen Anm. 5, Buchelt I, 199; aR. Hell-

mann 1, 284; auch nicht zu Rechtsgeschäften mit dritten außerhalb des Prozesses stehenden Personen, *R.O.* 6. Mai 1891, *ZM.* 351; wohl aber zur Erledigung der Streitfache, auch wenn der Streit noch nicht rechtshängig ist, *R.O.* 30. März 1894, *ZM.* 193. Ferner ist mit Rücksicht auf die Natur des Vergleichs und die ausnahmslose Ermächtigung des § 77 die Konstituierung von Verpflichtungen des Rechtgebers zu fungiblen Leistungen, namentlich Geldentschädigungen, nicht für ausgeschlossen zu erachten. Vorausgesetzt ist bei der Vollmacht eines gesetzlichen Vertreters, daß dieser selbst zur Abschließung eines Vergleichs nach dem bürgerlichen Recht allgemein oder durch besondere Ermächtigung befugt ist, vgl. *Anm.* 2 § 52. Wegen der Beschränkung der Vollmacht vgl. § 79.

6) Nicht zur Empfangnahme des Streitgegenstandes oder der Streitsumme. Erfolgt diese außerhalb des Rechtsstreits liegende Handlung Seitens des Anwalts in besonderem Auftrage, so hat er dafür die besonderen Gebühren des § 87 *AnwObD.* zu fordern; *R.O.* 21. Mai 1886, *ZM.* 230. — Die Bestimmungen des § 77, soweit sie über die Vertretung für Prozeßhandlungen hinausgehen, sind nicht anwendbar für diejenigen, welche ohne Prozeßvollmacht vertreten, *Anm.* 2 § 52 und *Anm.* 4 § 59, also auch nicht für die nach § 85 einstweilig zugelassenen.

### § 78.

Die Vollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung betreffende Verfahren.<sup>1)</sup>

**E. 76. P. 31. 516.**

1) Der § 78 bestimmt Ausnahmen von dem sonst geltenden Grundsatz, daß, abgesehen von der Zwangsvollstreckung (§ 77), die Vollmacht nicht zu neuen Prozessen ermächtigt. Zur Vertretung der Partei gegenüber dem Nebenintervenienten ermächtigt die Vollmacht schon deshalb, weil diese Vertretung denselben Rechtsstreit betrifft. Unter dem Hauptprozeß, im Verhältnis zur Arrestsache u. s. w., ist derjenige Prozeß zu verstehen, in welchem die Feststellung oder Bewirklichung desjenigen subjektiven Privatrechts verfolgt wird, zu dessen provisorischem Schutze der Arrest oder die einstw. Verfügung dienen soll; vgl. den Rechtsfall, *Buch* 12, 497. — Umgekehrt soll in der Vollmacht für Arreste oder einstweilige Verfügungen nicht die Vollmacht zur Vertretung im demnachstigen Hauptprozeße einbegriffen gelten. *Abw.* von *E.* 1 § 76, *Not.* 104. Die Vollmacht zur Vertretung im Konkursverfahren ermächtigt nicht ohne Weiteres zur Vertretung in den aus dem Konkursverfahren sich ergebenden Rechtsstreitigkeiten; doch kann sich dies aus der besonderen Fassung der Urkunde ergeben; vgl. *R.O.* 30. März 1894, *ZM.* 193.

### § 79.

Eine Beschränkung des gesetzlichen Umfangs der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber nur insoweit rechtliche Wirkung,<sup>1)</sup> als diese Beschränkung die Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs betrifft.<sup>2)</sup>

Insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden.<sup>3)</sup>

**E. 77. N. 126. P. 31. 32. 516.**

1) Das Verhältnis des Bevollmächtigten zu seinem Rechtgeber wird durch das materielle Landesrecht, den Vertrag Beider und die Instruktionen des Rechtgebers bestimmt und ist durch die *CP.* nicht berührt. (Vgl. *R.O.* 11. Okt. 1889, *ZM.* 430. Ausnahme: § 82 *Anm.* 3, § 83 *Anm.* 2.) Im Verhältnis zum



Gerichte, zum Gegner und Dritten gegenüber sind (nach Analogie des § 68. Art. 42, 43, 116, 138, 231 u. a. D.) nur die im § 79 zugelassenen Beschränkungen möglich, und ist auch eine Abweichung vom § 80 unzulässig. Wenn die Vollmacht andere Beschränkungen enthält, so gilt die Vollmacht dennoch als unbeschränkt; die Beschränkungen gelten als nicht geschrieben, „haben keine rechtliche Wirkung dem Gegner gegenüber“, mithin ebenso keine für das Gericht, für welches im vorliegenden Prozesse nur dies Verhältniß in Betracht kommt, Rot. 105. Durch die Worte: „hat nur insoweit rechtliche Wirkung“ ist ausgedrückt, daß die Aufnahme anderer Beschränkungen die Vollmacht an sich nicht ungültig macht (vgl. § 40 Abs. 2) und, da nur dem Gegner gegenüber die Wirkung ver sagt ist, unter den Vollmachtstkontrahenten wirksam bleibt.

2) Abs. 1 gilt sowohl im Anwalts-, als im Parteiprozesse. Ist die Vollmacht durch Ausschließung der Ermächtigung zu Vergleichen, Bezichten oder Anerkennungen beschränkt, so ist der Rechtgeber in Ermangelung einer desfallsigen Vollmacht durch solche Akte, welche der Bevollmächtigte dennoch vornimmt, nicht gebunden, auch wenn der Gegner von der Beschränkung keine Kenntniß hatte. Eine Vermuthung darüber, ob in der Vollmacht eine solche Beschränkung enthalten ist oder nicht, ist nicht aufgestellt, und das Gesetz legt dem Rechtgeber keine Verpflichtung auf, den Gegner von solchen Beschränkungen zu benachrichtigen. Es ist Sache des letzteren und er hat das Mittel, die Vorlegung der Vollmacht zu fordern; Sarwey I, 157, Siebenhaar 134, Hellmann I, 288, Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 2, Struckmann-Roch Anm. 3, Peterfen Anm. I Nr. 1, Wach I, 578 Anm. 32, AR. Puchelt I, 302, DSB. Kiel, SA. 40, 93. Für fiskalische Vollmachten ist von dem preuß. Ministerium des Innern und der Finanzen durch Reskr. v. 17. Aug. 1881 die Beschränkung gemäß § 79 Abs. 1 angeordnet; Wallm. 6, 329; MinBl. der inn. Bern. 177. Solche Beschränkungen der Vollmacht, welche in dieselbe nicht aufgenommen sind, können auch, soweit sie überhaupt geeignet sind, dem Gegner gegenüber Wirksamkeit zu erlangen, denselben nur unter der Voraussetzung besonderer Kenntnißnahme verbinden. Dagegen ist die Aufnahme der Beschränkung in die Vollmacht nicht Solennitätsform (anscheinend aR. A. Förster Anm. 1b).

3) Abs. 2 (Zusatz der Wort.) ist im Parteiprozesse, sowie auch in den Fällen des § 74 Abs. 2 anwendbar. Den Umfang der Vollmacht bestimmt dann ihr Inhalt. Wenn eine Vertretung auf einzelne Prozeßhandlungen in den zulässigen Fällen des Abs. 2 nicht ausdrücklich beschränkt ist, gilt die Vollmacht als für den Umfang des § 77 ausgestellt. Wenn einem Anwalte im Anwaltsprozesse eine Vollmacht nur zu einzelnen Prozeßhandlungen ertheilt würde, so ist er als nicht bevollmächtigt anzusehen, und es findet § 85 Anwendung. — Im § 79 ist eine Vollmacht der Partei oder der gesetzlichen Vertreter vorausgesetzt. Die Beschränkung der Substitution seitens des Bevollmächtigten auf einzelne Prozeßhandlungen ist statthaft. Vgl. Anm. 4 § 77.

## § 80.

Mehrere Bevollmächtigte sind berechtigt, sowohl gemeinschaftlich als einzeln die Partei zu vertreten. Eine abweichende Bestimmung der Vollmacht hat dem Gegner gegenüber keine rechtliche Wirkung.<sup>1)</sup>

R. 78. N. 137. P. 32. 516.

1) Der Ausdruck: „hat keine rechtliche Wirkung“ hat hier dieselbe Bedeutung, wie der entsprechende in § 79 Abs. 1. Die Vorschriften des § 68. Art. 41 Abs. 3, 86 Nr. 4, 100, 115 über Ertheilung von Kollektiv-Prokura und Vertretung von Handelsgesellschaften durch Mehrere und Ausschließung einzelner Gesellschafter von der Vertretung sind in Geltung geblieben, § 13 Abs. 1 C. Der Grundsatz des § 80, entsprechend den Art. 114, 167 Abs. 2, 196 Abs. 2 § 68. (vgl. auch §§ 157 Abs. 3, 172 Abs. 1), ist besonders für Vereinigungen von Anwälten wichtig. Jedem Einzelnen kann wirksam zugestellt werden. Die Adressirung an die Mehreren ist dabei unerheblich; R. 22. Dkt. 1889, ZB. 478. Die von einem Bevollmächtigten abgegebenen Erklärungen unb-

vollzogenen Handlungen bleiben für und gegen den Machtgeber verbindlich und können durch einen späteren Widerspruch eines anderen Bevollmächtigten nur in demselben Umfange und mit denselben Mitteln unwirksam gemacht werden, wie die Erklärungen der Partei von ihr selbst. Wollen die Mehreren gemeinschaftlich gleichzeitig (z. B. in der W.B.) vertreten, so tritt für widersprechende tatsächliche Erklärungen das richterliche Beweismüdigungsrecht ein (§ 259), und ist für widersprechende gleichzeitige Willenserklärungen (Vergleich, Eideszuschreibung u.) eine verbindliche Erklärung überhaupt nicht vorhanden, Gaupp Anm. II, v. Bülow Anm. 2. Der Grundsatz des § 80 ist jedoch im Anwaltsprozeße für jeden der mehreren Bevollmächtigten nur unter der Voraussetzung anwendbar, daß er ein bei dem betreffenden Instanzgerichte zugelassener Anwalt ist; der in einer Kollektiv-Vollmacht im Anwaltsprozeße benannte, für ein höhere Instanzgericht zugelassene Anwalt, gilt im Voraus für diese höhere Instanz als bevollmächtigt; vgl. Anm. 1 § 164. Kollektiv-Prokuristen können zusammen nur als ein Bevollmächtigter erklären und handeln, R.D.S. 17, 402. Für sie ist § 80 gemäß § 13 C.D. u. Art. 41 Abs. 3 G.D. daher nicht anwendbar; Puchelt I, 304; Struckmann-Roch Anm. 3. Ueber die Stempelspflichtigkeit einer für Mehrere ausgestellten Vollmacht vgl. Anm. 1 § 76. Ueber die Solidarhaftung Jedes für Erfüllungsversehen des Andern vgl. R.D. 15. Nov. 1888, S.W. 89.

### § 81.

Die von dem Bevollmächtigten vorgenommenen Prozeßhandlungen sind für die Partei in gleicher Art verpflichtend, als wenn sie von der Partei selbst vorgenommen wären.<sup>1)</sup> Dies gilt von Geständnissen und anderen tatsächlichen Erklärungen, insoweit nicht dieselben von der miterstehenen Partei sofort widerrufen oder berichtigt werden.<sup>2)</sup>

R. 79. N. 138. P. 32. 518.

1) Satz 1 bezeichnet das im gemeinrechtlichen Prozeße (Wegeß § 9 S. 75 ff., Renaud §§ 65 ff.) und in den neueren Prozeßordnungen angenommene Prinzip der Repräsentation des Machtgebers durch den Bevollmächtigten; dieser wird nicht dominus litis. Die von Bevollmächtigten innerhalb des Umfangs der §§ 70—80 (nicht die über diesen gesetzlichen Umfang hinaus) vorgenommenen Prozeßhandlungen sind verpflichtend. Unterlassungen und Versäumnissen des Vertreters gelten als diejenigen der Partei, § 210 Abs. 2. — Das im zweiten Satze des § 81 der Partei eingeräumte Recht, sofort zu widerrufen oder zu berichtigen, gilt (in Uebereinstimmung mit der bayr. Proj. D. Art. 90) nur für Geständnisse und tatsächliche Erklärungen; andere Prozeßhandlungen der Bevollmächtigten kann die Partei auch durch sofortige Widerrufe und Berichtigungen nicht ungeschehen und unverbindlich machen. Deshalb ist nur dem zweiten Satze die Beschränkung: „insoweit nicht u. s. w.“ beigefügt. Im R. § 138 und im E. 1 § 79 lautete der zweite Satz: „Dies gilt insbesondere von Geständnissen“ u. s. w. Von der Vorkommnis wurde das Wort: „insbesondere“ gestrichen, um nicht eine Gleichstellung der Geständnisse und tatsächlichen Erklärungen einerseits und sonstiger Prozeßhandlungen andererseits interpretieren zu lassen. Es soll nur auf die tatsächliche Seite des Prozeßstoffes der erschienenen Partei neben dem Anwalte und im Widerspruch mit demselben ein Einfluß gestattet werden, nicht aber auf die rechtliche und dispositive Behandlung der Sache. Dies entspricht für den Anwaltsprozeß dem Postulate der Selbständigkeit, ohne welche die Stellung des Anwalts seiner Partei gegenüber unhaltbar wäre. Unter die Geständnisse fallen deshalb nicht Verzichte (§ 277) und Anerkenntnisse des gegnerischen Anspruchs (§ 278), so wenig wie Vergleiche. (Struckmann-Roch Anm. 1.) Auch Eideszuschreibungen und Erklärungen über solche sind keine tatsächlichen Erklärungen, sondern Prozeßhandlungen betreffend Beweismittel. Zu einer ausdehnenden Erklärung gegen den Wortlaut des Gesetzes ist ein innerer Grund nicht vorhanden (a.R. Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 3; vgl. dagegen Reinde zu § 85 S. 111).

2) Das Recht des Widerrufs (anschließend an L. 3 Cod. de errore adv. 2, 10) hat eine Partei überhaupt nicht, wenn sie nicht miterfahren ist. Die erschienene Partei hat das Recht auch im Anwaltsprozeß (AM. Siebenhaar 136), da § 81 für alle Bevollmächtigte gilt. Wenn das Recht zu widerrufen oder zu berichtigten ausgeübt wird, so gilt die Erklärung des Bevollmächtigten für nicht abgegeben, und nur die Erklärung der Partei für erfolgt. Ob die Partei „sofort“ (Bayr. PD. Art. 90: „auf der Stelle“) widerrufen oder berichtigt hat, ist tatsächliche Frage und daher dem richterlichen Ermessen (§ 259) anheimgestellt, Rot. 105, 106. Aus dem Rechte der Partei zum sofortigen Widerruf und zur Berichtigung folgert das R.O. 10, 423, daß der Anwalt einer von der Partei abgegebenen Erklärung nicht mit Wirksamkeit widersprechen könne. Die Folgerung ist jedoch nicht unbedingt richtig, da der ausdrückliche und sofortige Widerruf einer vom Anwalt bereits abgegebenen Erklärung nur die Bedeutung eines Widerspruchs hat, die einseitige Erklärung der Partei aber noch eine Berichtigung durch den Anwalt zuläßt, welche allerdings demnach durch die Partei auf Grund des § 81 wieder beseitigt werden kann. Die Bestimmung des letzten Satzes des § 81 bezweckt nur den Schutz der Partei gegenüber ihrem Anwalt, während die Auslegung des Reichsgerichts umgekehrt dem Schutze der Partei durch ihren Anwalt entgegenwirkt. Auch der § 132 legt den von den Parteien persönlich zur Aufklärung der Sache abgegebenen Erklärungen nicht eine unbedingt maßgebende, von jeder Berichtigung unabhängige Bedeutung bei. Zuweilen ist der Anwalt — durch Einsicht von Akten, Urkunden — besser informiert als seine Partei, und in der Lage, deren Erklärungen richtig zu stellen, wie er auch ohne Zweifel selbst Geständnisse der Partei auf Grund des § 263 widerrufen darf. Dadurch wird weder das Recht der Partei aus § 81, noch die freie Beweiswürdigung des Gerichts verflümmert oder angetastet. (Vgl. im wesentlichen zustimmend Struckmann-Roch Anm. 1, Seuffert Anm. 3, Caupp Anm. II).

### § 82.

Die Vollmacht wird weder durch den Tod des Vollmachtgebers,<sup>1a)</sup> noch durch eine Veränderung in Betreff seiner Prozeßfähigkeit<sup>1)</sup> oder seiner gesetzlichen Vertretung<sup>2)</sup> aufgehoben;<sup>3)</sup> der Bevollmächtigte hat jedoch, wenn er nach Aussetzung des Rechtsstreits für den Nachfolger im Rechtsstreit auftritt, eine Vollmacht desselben beizubringen.<sup>4)</sup>

K. 80. N. 189. P. 32. 516.

1a) Das Fortbestehen der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers war schon gemeinrechtlich durch die von dem jüngsten Reichsabschied §§ 99, 100 vorgeschriebene *clausula heredum* eingeführt (Weßell § 9 R. 41), ebenso im preuß. Prozeß, § 59 I 3 A.O., vgl. § 192 I 13 A.M. (Dagegen *code de proc.* Art. 344.)

1) Die Vollmacht erlischt weder, wenn die prozeßfähige Partei prozeßunfähig wird, noch in dem umgekehrten Falle, wenn die prozeßunfähige Partei, für welche der gesetzliche Vertreter Vollmacht erteilt hat, prozeßfähig wird. Vgl. § 219 u. Anm. 3 dazu; Ds.O. 9. Juni 1887, SA. 43, 224.

2) Unter Veränderung der gesetzlichen Vertretung ist nicht bloß der Wegfall des bisherigen gesetzlichen Vertreters, sondern auch der Eintritt eines anderen gesetzlichen Vertreters zu verstehen. Ist ein zugelassener Anwalt gesetzlicher Vertreter, so kommt bei dem Wegfall seiner gesetzlichen Vertretung § 82 nicht zur Anwendung, da er nicht zugleich Prozeßbevollmächtigter ist, vgl. Anm. 5 § 74.

3) Der Bevollmächtigte ist in den Fällen des § 82 sowohl berechtigt als verpflichtet, die Partei und im Falle ihres Todes ihre Nachfolger ferner zu vertreten; die Vollmacht gilt kraft des absoluten Geltung beanspruchenden Prozeßgesetzes, also auch bei abweichendem Inhalt (Seuffert Anm. 1; a.M. N. Förster Anm. 3), als von den Nachfolgern der berechtigten Vertreter und für dieselben mit ausgestellt, vorbehaltlich ihres Kündigungsrechts; R.O. 20. Jan. 1894, SA. 82. Der Prozeß wird deshalb auch nach § 223 nicht kraft Gesetzes „unterbrochen“, wenn in solchen Fällen die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten

vertreten ist; der Letztere (im Fall des Todes auch der Gegner) kann aber, was zur Erlangung von Instruktionen oft wünschenswerth sein wird, in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit und des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters die „Aussetzung“ des Verfahrens beantragen; Rot. 106, 107 zu §§ 80, 81 u. S. 117 zu § 215. Im § 82 fehlen die in §§ 83, 79, 80 hinzugesetzten Worte: „dem Gegner gegenüber“; der § 82 ist deshalb auch gegenüber dem Nachgeber und dessen Erben und Nachfolgern materiell-rechtlich maßgebend, und abweichende landesgesetzliche Bestimmungen sind aufgehoben. — Eine Verpflichtung des Bevollmächtigten, dem Gegner von dem Eintreten eines der Fälle des § 82 Anzeige zu machen, ist nicht vorhanden, und nicht aufgenommen, weil sich an die Nichtbefolgung keine prozessuale Folge knüpfen lasse. Ein Antrag auf Befügung einer solchen Verpflichtung ist in der RR. abgelehnt, P. 32. Sobald es sich um Eidesleistungen Seitens der Partei oder ihres gesetzlichen Vertreters oder auch um Eideszuschreibungen bzw. Eideszurückschreibungen an dieselben (vgl. § 435) handelt, versteht sich freilich die Anzeigepflicht von selbst. Ebenso hat das Prozeßgericht, wenn ihm der Tod der Partei oder die Veränderung der Prozeßfähigkeit oder gesetzlichen Vertretung bekannt wird, vermöge seines Rechts und seiner Pflicht zur Prüfung gemäß § 54 die betheiligte Partei zur Beibringung der erforderlichen Nachweise (Benennung der Erben, des neuen gesetzlichen Vertreters u. s. w.) aufzufordern.

4) Wenn eine Aussetzung des Prozesses nicht stattgefunden hat, bedarf der Bevollmächtigte überhaupt keiner neuen Vollmacht. Wenn eine Aussetzung stattgefunden hat, bedarf er einer neuen Vollmacht für den „Nachfolger im Rechtsstreite“, d. h. nicht nur für die Rechtsnachfolger im Todesfalle, sondern auch für die nunmehrigen gesetzlichen Vertreter. Daß diese unter dem „Nachfolger im Rechtsstreite“ einbegriffen sind, erhellt aus der Bezeichnung selbst, aus der gleichen Behandlung dieser Fälle in den §§ 82, 217, 219, 223 und daraus, daß gemäß § 223 Abs. 2 diese Nachfolger nach einer Aussetzung des Verfahrens zu haben sind. Der Schlusssatz hat übrigens nicht die Bedeutung, daß mit der Aussetzung des Verfahrens die Vollmacht ohne weiteres erlischt, — was namentlich für die Zustellungen bei und nach Aufnahme des Verfahrens wesentlich ist — sondern nur, daß gemäß § 84 der Gegner und im Parteiprozesse auch das Gericht die Nachweisung der Vollmacht des Nachfolgers zu verlangen befugt ist, wenn der Bevollmächtigte nach der Aussetzung selbständig auftritt und dann eventuell die Bestimmung des § 85 Anwendung findet. (Vgl. Pland I 231 f., Seuffert Anm. I, Gaupp Anm. II 1 gegen Wach.)

Der § 82 bezieht sich auch auf eine Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen, § 79 Abs. 2, da der Ausdruck „Prozeßvollmacht“ (welche den ganzen Rechtsstreit umfaßt, § 77) nicht gebraucht ist. Für diesen Fall ist im Schlusssatz statt „Aussetzung“ zu lesen: „Unterbrechung“, weil § 223 hier nicht Anwendung findet, §§ 217, 219; vgl. Pland a. a. D.

### § 83.

Dem Gegner gegenüber erlangt die Kündigung des Vollmachtvertrags erst durch die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht, in Anwaltsprozessen erst durch die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts rechtliche Wirksamkeit.<sup>1)</sup>

Der Bevollmächtigte wird durch die von seiner Seite erfolgte Kündigung nicht gehindert, für den Vollmachtgeber so lange zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat.<sup>2)</sup>

R. 81. N. 144. 145. P. 32. 516. 517.

1) Das Kündigungsrecht des Bevollmächtigten, sowie des Nachgebers ist nach dem bürgerlichen Rechte (und zwar am Orte der Geschäftsführung, vgl. Peterfen Anm. I) zu beurtheilen; vgl. Anm. I § 79. Im Verhältnis zum Gegner und zum Gerichte ist indeß nach § 83 der Bevollmächtigte berechtigt und verpflichtet, bis zur Anzeige des Erlöschens der Vollmacht und in Anwaltsprozessen bis zur Anzeige der Be-

stellung eines anderen Anwalts den bisherigen Rechtgeber zu vertreten. Er gilt kraft Befehrs als bis dahin bevollmächtigt und erfolgen auch bis dahin wirksam an ihn die Zustellungen, Mot 106, 107; P. 516, 517; R. 4, 415. O. 8. Kiel, S. 40, 353; und müssen an ihn erfolgen, R. 10. Rat 1894, Raff. 38, 1220; auch im Kostenfestsetzungsverfahren, R. 24. März 1891, S. 47, 95. Dadurch wird jedoch nicht die Legitimation eines in zwischen bestellten anderweitigen Bevollmächtigten zur Vornahme von Prozeßhandlungen vor der Anzeige berührt; O. 8. Hamburg, S. 41, 220. Für die Anzeige ist eine Form nicht vorgeschrieben, doch muß sie, um dem Gegner gegenüber Wirksamkeit zu erlangen, auch an den Gegner gerichtet sein. Im Parteiprozeße kann die Anzeige des Erlöschens der Vollmacht sowohl von der Partei, als von dem bisherigen Prozeßbevollmächtigten ausgehen. Die Anzeige der Bestellung eines anderen Anwalts im Anwaltsprozeße kann füglich nur von diesem anderen Anwalte erfolgen, sei es durch Zustellung eines Schriftsatzes (unter Niederlegung einer Abschrift auf der Gerichtsschreiberei) oder durch Erklärung in der m. B., oder durch einfache schriftliche oder mündliche Mitteilung an den Gegner.

2) Abs. 1 betrifft jede Kündigung, sowohl die des Rechtgebers, als die des Bevollmächtigten (Widerruf), erstreckt sich jedoch nicht auf das Verhältnis zwischen beiden. Abs. 2 betrifft nur die Kündigung des Bevollmächtigten, erstreckt sich aber, da eine Einschränkung hier nicht bestimmt ist, sowohl auf das Verhältnis zum Gegner und zum Gericht (Struckmann-Roch Anm. 2, Sarwey I, 161: nur hierauf) als auch auf das Verhältnis des Bevollmächtigten zum Rechtgeber (Caupp Anm. I 2). Es würde in Betreff des Verhältnisses beider nach dem bürgerlichen Rechte und dem sonstigen konkreten Sachverhältnisse zu beurtheilen sein, ob und wiefern sich der Bevollmächtigte seinem Rechtgeber verantwortlich macht, wenn er die Anwendung der Befugnisse gemäß § 83 verabsäumt. Eine Verpflichtung zum Handeln ist im Abs. 2 dem Bevollmächtigten für sein Verhältnis zum Rechtgeber nicht direkt auferlegt, sondern nur eine Befugnis (Statthaftigkeit, „nicht gehindert“) ohne Beschränkung auf das Verhältnis zum Gegner. Der Antrag, eine solche Verpflichtung auszusprechen, wurde in der RR. abgelehnt. P. 516. Die Pflicht folgt aber aus dem, wohl allgemein geltenden, civilrechtlichen Grundsätze, daß der Bevollmächtigte nicht unzeitig kündigen darf und die zulässigen Vorkehrungen treffen muß; RR. I, 13 §§ 172 ff.; R. O. I, 3 § 64; code civ. Art. 2007, 2010, § 11 Inst. de mand.

Der Widerruf der Vollmacht Seitens eines Streitgenossen beseitigt natürlich nicht die des anderen Streitgenossen; wogegen die von mehreren Prozeßbevollmächtigten erteilte Vertretungsvollmacht gemäß § 80 von jedem einzelnen derselben zurückgezogen werden kann. Die von dem Prozeßbevollmächtigten der unteren Instanz für die höhere Instanz erteilte Vollmacht § 77 (welche keine Vertretungsvollmacht ist, sondern als von der Partei erteilt zu erachten ist, Anm. 4 § 77 a. E.) kann nicht von dem Ersteren widerrufen werden, sofern er nicht von der Partei hierzu ermächtigt ist, da die Legalbefugnis zur Ertheilung einer Vollmacht nicht die zum Widerrufe in sich schließt.

### § 84.

Der Mangel der Vollmacht kann von dem Gegner in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden.<sup>1)</sup>

Das Gericht hat den Mangel der Vollmacht von Amtswegen zu berücksichtigen, insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist.<sup>2)</sup>

R. 82. N. 140. P. 32, 33, 517.

1) In jeder Lage des Rechtsstreits, also auch schon im Vorbereitungsstadium ist die Rüge zulässig, während sie allerdings ihre Wirkung vor der ersten m. B. nicht äußern kann. Auch wird durch die anfängliche Einlassung des Gegners mit dem Bevollmächtigten eine spätere Rüge nicht ausgeschlossen. — Die Rüge ist nicht als prozeßhindernde Einrede (§ 247) geltend zu machen, und es finden darauf die Vorschriften über solche Einreden nicht Anwendung. Der Gegner kann jederzeit, wenn nur

ein Vertreter ohne gehörige Vollmacht erschienen ist, die Erlassung des Versäumnisurtheils beantragen, sofern nicht einstweilige Zulassung nach § 85 erfolgt. (Ueber die hierbei von dem Gericht für die Nachbringung der Vollmacht zu bestimmende Frist und die Wirkung der Fristbestimmung vgl. Anm. 3 § 85 u. *R. O.* 30, 398.) Ist schon die Klage ohne Vollmacht angestellt, so kann auf Grund der Klage der fehlenden Vollmacht gegen die nicht erschienene Partei freilich weder ein Versäumnisurtheil noch überhaupt ein Urtheil erlassen werden, vielmehr ist dann lediglich der Antrag des falsus procurator wegen mangelnder Prozeßlegitimation abzuweisen und sind ihm die Prozeßkosten aufzuerlegen; *Seuffert* Anm. 4; *Wach* I, 602 ff.; *Pfizer*, *Buch* 13, 174; vgl. den Rechtsfall *SA.* 47, 105. *AR.* *Reinde* u. *Gaupp*, sowie theilweis *Ulbricht*, *civ. R.* 78, 68 f.; vgl. Anm. 1 § 54. Wegen der Revision und Nichtigkeitsklage s. § 513 *Rr.* 5, 542 *Rr.* 4. — Der erste Absatz bestimmt die Parteirechte hinsichtlich der Vollmacht im Anwalts- sowie im Parteiprozesse. Voraussetzung ist, daß ein zuzulassender Gegner, also im Anwaltsprozesse ein zugelassener Anwalt rügt, Anm. 2 § 74. Rüge genügt auch ohne ausdrückliches Verlangen schriftlicher Vollmacht; *Hellmann*, *Buch* 18, 74. Im Anwaltsprozesse, wo es sich mit Rücksicht auf Abs. 2 nur um das Recht des Gegners handelt, ist die Rüge erledigt, sobald der Gegner seinen Einwand zurücknimmt oder nach Einreichung der Vollmacht diese als genügend ansieht, sollte sie auch mangelhaft sein. Eine Vertagung wegen fehlender Vollmacht braucht sich der rügende Gegner nicht gefallen zu lassen (*Endemann* I, 384, vorbehaltlich §§ 206, 85). Fehlende Beglaubigung ist nur dann ein zur Zurückweisung oder Ablehnung der Vertagung und zum Versäumnisurtheil berechtigter Mangel, wenn sie vom Gegner verlangt und dennoch nicht beschafft ist, Anm. 7 § 76. — Auch auf frühere Verhandlungen, an welchen der Bevollmächtigte ungerügt Theil nahm, wirkt die Rüge zurück. (§ 267 ist hier nicht anwendbar wegen der entgegenstehenden Vorschrift des § 84 Abs. 1, daß in jeder Lage des Rechtsstreits gerügt werden kann, *Seuffert* Anm. 5.) Sobald in Folge der Rüge der Mangel der Vollmacht feststeht, kann für den gesammten Prozeß die fehlende Vollmacht oder Genehmigung der Partei nicht fingirt werden. Ebenso *Wach* I, 601. (*AR.* für den Anwaltsprozeß *R. O.* 7. April 1883, *ZW.* 154, *Raffr.* 27, 1074, *Endemann*, *Strudmann-Roch*, *A. Förster*, *Reinde*.) Ueber die Rückwirkung nachträglicher Bevollmächtigung Anm. 4 § 85.

2) In Parteiprozessen wie überhaupt in jedem dem Anwaltszwange nicht unterliegenden Verfahren, also auch da, wo in Anwaltsprozessen die Anwaltsvertretung nicht obligatorisch ist (vgl. § 74 Abs. 2), muß das Gericht von Amtswegen den Vollmachtspunkt berücksichtigen; vgl. *Sarwey* I, 163; *Strudmann-Roch* Anm. 5, *Gaupp* Anm. III. Soweit also in oder nach einem Anwaltsprozesse in den Fällen des § 74 Abs. 2 vor dem ersuchten oder beauftragten Richter, vor dem Vollstreckungsgerichte u. der Anwalt vertritt, ist die Bevollmächtigung von Amtswegen zu prüfen. Vgl. für das Kostenfestsetzungsverfahren *Schulzenstein*, *Buch* 16, 541. Sachgemäß wird es jedoch als genügend zu erachten sein, wenn durch das Ersuchen bzw. den Auftrag des Prozeßgerichts oder dessen Vermerk im Urtheil der Anwalt als Vertreter bezeichnet wird, was freilich nicht geschehen sollte, wenn die Vollmacht nicht eingereicht ist, vgl. *Ecceius*, *Raffr.* 33, 138. Insofern nach Abs. 2 die Officialprüfung des Vollmachtspunkts ausgeschlossen ist, darf dieselbe auch nicht nachträglich in höherer Instanz erfolgen; *R. O.* 17. April 1891, *ZW.* 306, *Raffr.* 35, 1179, *SA.* 47, 229. — Während § 54 die Zulassung einer Partei und ihres gesetzlichen Vertreters bezüglich der Prozeßfähigkeit und der gesetzlichen oder für die Partei nöthigen Vertretungsermächtigung betrifft, regeln §§ 84 Abs. 2 und 85 die Zulassung eines Bevollmächtigten, P. 517. Vgl. §§ 130, 300 *Rr.* 1. Die Bestimmung der Berücksichtigung von Amtswegen hat auch hier, wie im Falle des § 54 zur Folge, daß das Gericht jeberzeit die Zulassung eines Nichtbevollmächtigten ablehnen kann und auch muß, soweit von der letzteren Verpflichtung nicht im § 85 eine Ausnahme gestattet ist. Vgl. Anm. 1 § 54. Auf Antrag ist gegen die nicht durch Vollmacht vertretene Partei, die gehörige Ladung vorausgesetzt, im Parteiprozesse Versäumnisurtheil zu erlassen; die Anträge eines nicht durch Vollmacht legitimirten Vertreters sind nicht zu berücksichtigen bzw. abzulehnen;

wird kein Antrag gestellt, so ruht das Verfahren, § 228. Die bloße Terminbestimmung kann wegen Mangels der Vollmacht nicht verfaßt werden (Anm. 4 § 193; Hellmann, Bl. f. Rechtsanw. 45, 193 ff., 209 ff.; Seuffert Anm. 2).

### § 85.

Handelt Jemand für eine Partei als Geschäftsführer ohne Auftrag oder als Bevollmächtigter ohne Beibringung einer Vollmacht,<sup>1)</sup> so kann er gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden.<sup>2)</sup> Das Endurtheil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beibringung der Genehmigung zu bestimmende Frist abgelaufen ist.<sup>3)</sup>

Die Partei muß die Prozeßführung gegen sich gelten lassen, wenn sie auch nur mündlich Vollmacht erteilt oder wenn sie die Prozeßführung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat.<sup>4)</sup>

R. 88. N. 141—143. P. 33. 515.

1) Vgl. Ubricht, civR. 78, 48 ff. über vollmachtlose Stellvertretung im Civilprozeß. Voraussetzung ist, daß auf den Mangel des Auftrags (negotiorum gestio) oder der Vollmacht der als Vertreter erscheinende oder der Gegner oder gemäß des § 84 Abs. 2 das Gericht von Amtswegen aufmerksam gemacht hat; hinsichtlich der Beglaubigung, daß sie, obgleich vom Gegner verlangt, nicht beschafft ist. Vermuthungen für Bevollmächtigung oder Genehmigung sind nicht aufgestellt; Glaubhaftmachung ist nicht nöthig und nicht entscheidend.

2) Das Gericht „kann“ nach seinem Ermessen Vertreter ohne Auftrag oder Vollmacht einstweilen zulassen, um in Fällen, wo eine gehörige Vollmacht noch nicht beschafft werden kann, oder die Partei wegen Abwesenheit oder aus anderen Gründen für ihre Rechte nicht sorgen kann, die Wahrnehmung ihrer Rechte zu ermöglichen. Ob die Zulassung gegen oder ohne Sicherheitsleistung für Kosten und Schäden erfolgen soll, ist ebenfalls dem Ermessen des Gerichts überlassen, Rot. 109, 110. Für die Höhe der Sicherheitsleistung ist maßgebend, daß sie nur für Schäden und Kosten zu leisten ist, nicht als gemeinrechtliche cautio de rato oder cautio judicatum solvi. (Wehll § 9 Nr. 1 S. 70; Renaud § 70.) — Woburch die Sicherheit zu leisten ist, bestimmt § 101. — Die Sicherheit dient sowohl zur Deckung der von der Partei als der von dem Geschäftsführer selbst zu tragenden oder zu erstattenden Kosten, ist also für den Gegner ein Gegenstand der Zwangsvollstreckung für die Kosten, ohne Unterschied, ob er dieserhalb gegen die Partei oder gegen den Geschäftsführer einen vollstreckbaren Titel erlangt hat (nicht ganz korrekt Pfleger, Busch 13, 317). Wenn die einstweilige Zulassung von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht ist, so gilt sie nur dann als erfolgt, wenn in der zu bestimmenden Frist die Sicherheit bestellt ist. Das Gericht kann indeß bei der allgemeinen Fassung des Abs. 1 demnächst auch die einstweilige Zulassung ohne Sicherheit beschließen. — Die Zulassung bezieht sich nur auf den anhängigen Rechtsstreit, nicht ohne Weiteres auch auf die Erhebung einer Widerklage oder die Einlassung auf eine solche, da sie inhaltlich einen neuen Prozeß begründet; sie kann indeß natürlich auch hierauf ausgedehnt werden; Lönting, Busch 4, 73. Auch Konsuln fremder Staaten sind zum Schutze der Angehörigen ihres Heimathstaates und dieses selbst nur nach Maßgabe des § 85 einstweilen zuzulassen und insbesondere auch für Arrestprozesse nicht von der nachträglichen Beibringung einer Genehmigung dispensirt; R. 14, 430.

3) Wenn die Zulassung erfolgt, so hat das Gericht dabei eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Genehmigung der Partei beizubringen ist. Der Ablauf der Frist ist — falls nicht die Genehmigung schon vorher erteilt wird — abzuwarten, bevor das Endurtheil zwischen den Parteien erlassen werden darf. Vgl. Anal. § 54 Abs. 2. Das Gericht darf die einmal bewilligte Zulassung nicht widerrufen. Die in der Frist bel-

gebrachte Genehmigung ist (gegen Caupp Anm. IV) vor der Entscheidung zum Gegenstande der m.B. zu machen, sofern es sich nicht um Anträge handelt, über welche ohne m.B. entschieden werden kann. Wenn in der Frist die Genehmigung nicht beigebracht ist, so braucht die Partei nicht länger zu warten und kann Urtheil verlangen; dabei wird angenommen, daß die Genehmigung verweigert ist, was im R. § 141 ausdrücklich bemerkt und hier als selbstverständlich nicht aufgenommen ist, P. 517. Es ist dann unter den Parteien das Endurtheil zu erlassen, ohne den Geschäftsführer als ferneren Vertreter zuzulassen, sofern überhaupt ein Rechtsfikt unter den Parteien eingeleitet ist, und zwar als Versäumnisurtheil; R.O. 30, 401; Anm. 2 § 84; soweit die sonstigen Voraussetzungen für den Erlass eines solchen vorliegen, vgl. Anm. 5 § 295; § 296 Abs. 2 u. Anm. 3 u. 6 § 296; vgl. Pland I, 237 ff. Die Frist ist aber nicht derartig präklusivisch, daß, wenn die Vollmacht noch in der Verhandlung beigebracht wird, sie nicht zu berücksichtigen wäre, § 209, R.O. 14, 433; 30, 400. Vgl. über die Natur der Frist, ihre Verlängerung u. Nachholung des Versäumten Anm. 2 § 54. Ist überhaupt kein Endurtheil zu erlassen, sondern handelt es sich z. B. um einen ohne m.B. unter Vorbehalt der Beibringung der Genehmigung erlassenen Arrestbeschluß, so ist derselbe nach fruchtlosem Ablauf der Frist wieder aufzuheben. — Daburch, daß nur die Erlassung des Endurtheils bis nach Ablauf der Frist ausgesetzt ist, wird das Gericht nicht gehindert, zu verhandeln und Beschlüsse, auch Beweisbeschlüsse und Zwischenurtheile (§ 273) zu erlassen. Ein Antrag zu bestimmen: ein Urtheil oder Beschluß dürfe nicht eher erlassen werden, ist in der Vorcommission abgelehnt.

4) Das Rechtsverhältniß zwischen demjenigen, welcher ohne Auftrag oder Vollmacht eine Prozeßvertretung übernimmt, und dem von ihm vertretenen (AZR. I 13 §§ 238 ff.), sowie die Frage, ob und wieviel der unbefugte Vertreter bei ausbleibender Genehmigung dem Gegner für Kosten und Schäden verantwortlich ist (AZR. I 6), sind als dem materiellen Recht angehörig durch die CP. im Allgemeinen nicht entschieden, Rot. 110. (Vgl. über den falsus procurator als Kläger, Anm. 1 § 84.) Nur ist im Abs. 2 hinsichtlich der Verhältnisse sowohl des Geschäftsführers zu der von ihm vertretenen Partei als auch dieser Partei zu ihrem Gegner — da im Abs. 2 in dieser Beziehung kein Unterschied gemacht ist — bestimmt, daß, wenn der Vertreter vom Gerichte zugelassen ist, die Partei dessen Prozeßführung gegen sich gelten lassen muß, auch wenn sie ihn nur mündlich bevollmächtigt oder dessen Vertretung ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat. Insofern ist das materielle Recht Betreffs der Form der Vollmacht und der Genehmigung geändert bzw. erläutert; Anm. 1 § 76. Vgl. §§ 513 Nr. 5, 542 Nr. 4; AZR. I 13 §§ 7 ff., 142, 238 ff.; ObL. 13, 207; 46, 102; Rot. 100. RR. Ubricht a. a. O. S. 118. Das Recht des Gegners, eine schriftliche Vollmacht nach § 76 zu verlangen, bleibt jedoch dabei bestehen. Nachträgliche Bevollmächtigung wird allgemein als stillschweigende Genehmigung des Vorangegangenen angesehen, zumal der Bevollmächtigte dann kraft Vollmacht sein früheres Handeln selbst genehmigen kann und dies thut, falls er nicht widerruft. Ebenso R.O. 20. April 1883, Wallm. 8, 526. Theoretisch zulässig mag allerdings auch eine theilweise Genehmigung sein, soweit sie sich mit der Untheilbarkeit der einzelnen Prozeßhandlung verträgt, Wach I, 598 ff.

### § 86.

Insofern eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist,<sup>1)</sup> kann eine Partei<sup>2)</sup> mit jeder prozeßfähigen Person als Beistand erscheinen.<sup>3)</sup>

Das von dem Beistande Vorgetragene gilt als von der Partei vorgebracht, insofern es nicht von dieser sofort widerrufen oder berichtigt wird.<sup>4)</sup>

R. 84. N. 147. 148. P. 33. 517.

1) Abs. 1 gilt sowohl im Parteiprozesse, als in den Fällen des § 74 Abs. 2. Für letztere von Endemann I, 389 entgegen der Fassung bestritten. Begrifflich ausgeschlossen ist, daß im Anwaltsprozesse der Anwalt nur Beistand der Partei ist (Rot. 110); der bevollmächtigte Anwalt kann aber die Vertretung in der m.B. oder auch



nur die Rechtsausführung darin einem andern (nicht zugelassenen) Anwalt übertragen; Anm. 2 § 74.

2) Der Ausdruck „Partei“ ist hier ebenso wie im § 74 (vgl. Anm. 1a dazu) im weitesten Sinne zu nehmen; daß aber nicht bloß die Partei, sondern auch ein Prozeßbevollmächtigter mit einem Beistande erscheint, ist ausgeschlossen. Vgl. die Nebeneinanderstellung der Parteien und Bevollmächtigten im § 143. *M. Gaupp* Anm. I, weil es an einem sachlichen Motiv fehle, die Beistandschaft eines Prozeßbevollmächtigten auszuschließen, aber dieses Argument würde nur *de lege ferenda* erheblich sein.

3) Vgl. Anm. §§ 75, 143. Für die Anwälte ist das jeder prozeßfähigen Person zustehende Recht, vor jedem Gerichte nach § 86 Abs. 1 als Beistand aufzutreten, in § 26 *R.A.D.* noch besonders bestätigt. Die Kosten für den Beistand sind nach § 87 vom Unterliegenden zu erstatten, soweit sie danach nothwendig sind; ist ein Anwalt Beistand, so sind sie nach § 87 Abs. 2 stets als nothwendig zu erachten; *Gaupp* Anm. III. Die Anwalts-Gebühren für die Thätigkeit als Beistand sind die gleichen wie für die Vertretung; *Anw.Gb.D.* § 4.

4) Wegen des „sofort“ in Abs. 2 s. Anm. 2 § 81. Der begriffliche Unterschied zwischen einem Bevollmächtigten und einem Beistande beschränkt die verbindliche Kraft der Handlungen des Beistandes auf diejenigen, welche die Partei genehmigt; die nicht sofort widerrufenen oder berichtigten gelten aber kraft Gesetzes für genehmigt.

## Fünfter Titel.

### Prozeßkosten.

1) Die Pflichten und Rechte der Parteien gegenüber der Staatskasse hinsichtlich der Haftung für Kosten sind in dem Gerichtskostengesetze vom 18. Juni 1878, *R.G.Bl.* 141 (vgl. §§ 1—6, 81—98), abgeändert durch Ges. 29. Juni 1881, *R.G.Bl.* 178, festgesetzt. Vgl. § 93 daselbst betr. Gebührenfreiheit, welche jedoch keine Befreiung für Auslagen umfaßt, *M.G.* 4. April 1885, *J.M.* 185, bez. des Reichsfiskus bei Prozeßen der Landes-Militärverwaltung, *M.G.* 26. Sept. 1889, *S.M.* 46, 207; desgl. für Vollstreckungskosten im Königreich Sachsen *JfO.* 1893 S. 9 (*Sächs. J.M.Bl.* 1892 S. 86). Ueber die Gebührenfreiheit vor dem Reichsgerichte vgl. ferner *Verordn. v. 24. Dez. 1883, R.G.Bl.* 1884 S. 1. Ueber Ansaß und Einziehung der Kosten für das Reichsgericht vgl. *Dienstam. v. 21. Juni 1879, Central-Bl.* 473, *Zust.-Min.-Verf. v. 3. Nov. 1884, J.M.Bl.* 253 und die Ausführungsbest. 19. Aug. 1887, *J.M.Bl.* 206. Für Preußen: *Instr. 1. Dez. 1884, J.M.Bl.* 272, *Allgem. Verf. 2. Jan. 1887, J.M.Bl.* 15; 5. Mai 1888, *J.M.Bl.* 121; vgl. ferner über Prüfung des Ansaßes *Allg. Verf. 24. Febr. 1885, J.M.Bl.* 90. Für Bayern vgl. *Seuffert Anm. 2 § 114, für Württemberg Gaupp Anm. II § 114 R. 2.* Vgl. ferner *Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878, R.G.Bl.* 166, §§ 1, 18—21 nebst *Novelle 29. Juni 1881, R.G.Bl.* 178, *Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige v. 30. Juni 1878, R.G.Bl.* 173 §§ 1, 16, 17 (ergänzt durch *Ges. 11. Juni 1890, R.G.Bl.* 73). Wegen der Kosteneinziehung der Bundesstaaten unter einander s. *J.M.Bl.* 1880 S. 129; wegen der Entscheidung über Gebührenfreiheit *J.M.Bl.* 1881 S. 168. Die Rechte und Pflichten der Partei gegenüber den sie vertretenden oder ihr beistehenden Anwälten sind durch die *Anw.Gb.D. v. 7. Juli 1879, R.G.Bl.* 176 (vgl. §§ 1—7; Zulässigkeit und Zeit der Einforderung: §§ 84—86; Vertrag: §§ 93, 94) und die *R.A.D. v. 1. Juli 1878, R.G.Bl.* 177 (vgl. §§ 18 Abs. 5, 32, 37, 38) geordnet. Diese Verhältnisse sind in der *C.P.* nicht behandelt. Dieselbe hat außer der Bestimmung des § 34 über den Gerichtsstand für Klagen von Bevollmächtigten und Beiständen gegen ihre Machtgeber keine besonderen Vorschriften über die Einziehung von Anwaltsgebühren gegen den Machtgeber. Vgl. jedoch *Anm. 5 § 107.*

Dieser Titel, §§ 87—100, behandelt lediglich das Rechtsverhältniß der Parteien unter einander hinsichtlich der Tragung und Erstattung der Kosten unbeschadet des Rechts der Staatskasse, Kosten von einer Partei auch dann einzuziehen,

wenn die Partei ihrem Gegner gegenüber verlangen kann, daß dieser sie tragen bzw. erstatten muß; Mot. 111, P. 518. Für das Verhältnis der Parteien zu einander ist in § 87 das Prinzip ausgesprochen, daß die Partei, welche rechtskräftig unterliegt, als Rechtsfolge des Unterliegens in der Hauptsache die Kosten aller Instanzen zu tragen bzw. zu erstatten hat, ohne Rücksicht darauf, welche Partei in einer früheren Instanz vorübergehend unterlegen ist; Mot. 111. Plösz, Beitr. zur Theorie des Klagerrechts, Leipzig 1880, rechtfertigt den Grundsatz der C.P. zutreffend durch die Erwägung: der Staat gestattet Jedem, als Partei ein Recht zu behaupten und gegen Rechte sich zu verteidigen oder die Vertreibung zu unterlassen; jede Partei kann dies aber nur auf ihre Verantwortung und hat die Befugniß mit der Beschränkung, das Prozeßinstitut nur mit Grund zu benutzen. Deshalb trägt die Kosten, wer „als Recht verfolgt oder verteidigt, was nicht Recht war“ (Frankl, Buch 6, 67). Danach entscheidet sich auch, wer die Kosten zu tragen hat, wenn der Prozeß erlobigt wird, bevor es zur Entscheidung in der Hauptsache gekommen ist, Pfleger, KassR. 30, 98 ff., 107 ff. Der Anspruch auf Erstattung der Kosten entsteht mithin als bedingter Anspruch schon mit dem Beginn des Prozesses und hat schon dann Einfluß auf die Begründung einer Konkursforderung (R.D. § 2) und die Möglichkeit einer Kompensationseinrede (vgl. § 686 Abs. 2). — Die theilweise abweichenden Rücksichten des gemeinen Prozeßrechts (vgl. Wehll § 46, Renaud § 228 ff.) und der preuß. A.O.D. sind dadurch beseitigt. Prinzipiell standen übrigens das Justinianische und das Kanonische Recht, sowie die früheren Reichsgesetze auf demselben Standpunkte (Wehll § 46 Mot. 62—64, § 57 R. 17). Vgl. auch Meyer, Buch 7, 281 ff. Zugleich spricht § 87 den zweiten maßgebenden Grundsatz aus, daß der Unterliegende nur die sachgemäß notwendigen Kosten zu erstatten hat. (Vgl. Wehll § 46 R. 69, 69 a.) Diese Grundsätze gelten, soweit nicht in den §§ 87—97 oder sonst gesetzlich besondere Bestimmungen über die Verpflichtung zur Kostentragung für das Verhältnis der Parteien gegeben sind. Zur Feststellung der zu erstattenden Kosten ist ein Verfahren angeordnet, welches ohne die Nothwendigkeit m.V. durch einen vollstreckbaren und mit Beschwerde anfechtbaren Festsetzungsbeschluß abgeschlossen wird, §§ 98, 99, 702 Nr. 3.

2) Aus der Verpflichtung der unterliegenden Partei, die Kosten „zu tragen, insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten“ (§ 87) folgt strenggenommen, daß der Unterliegende seinem Gegner Kosten, welche von diesem eingefordert sind oder werden, erst dann zu zahlen hat, wenn der Gegner selbst sie gezahlt hat; vorher kann ein „Erstatten“ nicht stattfinden; daß er aber in Folge der Verpflichtung die Kosten zu tragen, auch dann, wenn der Gegner die Kosten noch nicht gezahlt hat, schuldig ist, den Gegner von der Verpflichtung zu befreien, welche diesem hinsichtlich der Kostenzahlung Dritten gegenüber, insbesondere gegen die Staatskasse und gegen den Bevollmächtigten des Gegners obliegt. Für die noch nicht bezahlten Kosten hätte sonach der Gegner einen unbedingten Liberationsanspruch, aber nur einen bedingten Erstattungsanspruch. Indes ist der Einwand nicht erfolgter Zahlung eine exc. de jure tertii, soweit nicht hinsichtlich nicht bezahlter Gerichtskosten der Prozeßgegner der Nöthigung ausgesetzt ist, die vom andern Theile nicht bezahlten Kosten zur Gerichtskasse zahlen zu müssen. Demgemäß ist zur Erstattung der Nachweis erfolgter Zahlung solcher Gerichtskosten zu fordern, während ein solcher Nachweis für die Zahlung anderer Kosten nicht nöthig ist; R.O. 11. Juni 1892, ZW. 309; SA. 47, 457; Kammerger. Bl. f. R. 2, 77; 3, 94; D.O. Hamburg SA. 43, 225. — Die C.P. giebt nur der obsiegenden Partei ein Recht auf Kostenerstattung und einen vollstreckbaren Titel dazu, und räumt (abgesehen von einer Ausnahme für den Anwalt eines Armen, § 115) dem Bevollmächtigten des Siegers ein selbständiges Recht nicht ein. Der Prozeßbevollmächtigte ist durch die Prozeßvollmacht ermächtigt, die vom Gegner zu erstattenden Kosten in Umfang zu nehmen, § 77; dieser ist jedoch nicht verpflichtet, an den Bevollmächtigten zu zahlen, sondern kann die festgesetzten, zu erstattenden Kosten an die Partei selbst zahlen. Vgl. P. 99—101 über Ablehnung eines Antrags, entsprechend Art. 133 code de proc., Art. 1, 12, 144 Bayr. P.D. Hieraus folgt:

a) Der Festsetzungsbeschluß bestimmt die dem Gegner zu erstattenden Kosten

§§ 98, 99 und ist der vollstreckbare Titel § 702 Nr. 3, welcher nur nach Maßgabe seines Inhalts, also nicht für einen Dritten als Selbstberechtigten vollstreckt werden kann, sofern nicht ein Dritter als Rechtsnachfolger (durch Cession oder exekutive Ueberweisung) berechtigt wird, § 665. Ueber Zahlung „zu Händen des Prozeßbevollmächtigten“ ist im Beschluß nichts zu sagen; vgl. Schulzenstein, Busch 16, 541 ff.

- b) Der Erstattungsanspruch ist (abgesehen von § 115) ein Anspruch der Partei; der Unterlegende kann also seine Ansprüche, welche ihm gegen die Partei zustehen, auch Kompensationsansprüche, gegen den vollstreckbaren Erstattungsanspruch insoweit geltend machen, als ihm das Recht dazu gegen vollstreckbare Ansprüche zusteht. Vgl. § 686. Im Festsetzungsverfahren selbst sind aber nur die Kostenansprüche desselben Prozeßes zu ordnen, vgl. Anm. 2 zu § 99.
- c) Was das Verhältniß Dritter (außer dem erstattungspflichtigen Gegner und dem Bevollmächtigten) zu der erstattungsberechtigten Partei betrifft, so ist auch hier zu berücksichtigen, daß es sich immer um einen Erstattungsanspruch der Partei gegen den Gegner handelt und derselbe also, soweit er begründet ist, Gegenstand der Zwangsvollstreckung für Dritte wegen ihrer Forderungen an den Berechtigten sein kann. Wegen der Abweichungen für den Fall des Armenrechts s. §§ 107, 108, 114 ff. und insbes. Anm. zu § 115.

Ueber die Verpflichtungen Dritter zur Zahlung von Prozeßkosten: *GRS.* § 92; insbesondere des Ehemannes in Preußen: §§ 187, 726 II 1 *ABR.*, *Ecclus* 4, § 206 Anm. 22 ff., 29; *Strieth.* 63, 195; *RR.* 6. Juli 1882, *ZM.* 228; 4. Jan. 1887, *ZM.* 54; 19. Okt. 1888, *ZMBl.* 1889 S. 33; 5. März u. 12. Okt. 1891, *ZM.* 213, 517 und Koch *Komment.* 3. *ABR.* zu § 187 II 1, dagegen *Dernburg* 3, § 21 R. 17; *Kammergericht*, *Bl.* f. R. 1891 S. 46; des Vaters: *Dbl.* 59, 243, dagegen *Dernburg* 3, § 55, R. 19, ferner *ZMBl.* 1881, S. 168; 1882, S. 358 u. A. Förster *Vorb.* 3 vor § 87 sowie *Marcus*, *ZM.* 1892, S. 297 ff. Vgl. über Verpflichtung des Ehemanns und des Vaters außerdem *Blome*, *Raff.* 36, 589; *Neubauer*, *Bl.* f. R. 4, 85; *Kammergericht*, *Bl.* f. R. 3, 87; 4, 991, *SA.* 49, 174. — Ueber Vorkehrleistungen vgl. Anm. 2 zu § 87.

Der Tit. 5 erschöpft die Vorschriften über die Prozeßkosten nicht, vielmehr finden sich verschiedene Vorschriften in der *GB.* zerstreut, so: §§ 72, 102 ff., 106 ff., 216 Abs. 3, 243 Abs. 3, 4; 247 Nr. 5, 251 Abs. 2, 256, 279 Abs. 2; 292, 309, 345, 355, 366, 374, 378, 467 Abs. 2, 471, 476 Abs. 3, 503 Abs. 2, 563 Abs. 2, 591, 601, 614, 618, 622, 632, 638, 639, 685 Abs. 2, 697, 708, 719, 759, 760 Abs. 2, 771 Abs. 3, 773 Abs. 1, 2; 792, ferner *GB.* § 165.

## § 87.

Die unterliegende Partei hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen,<sup>1)</sup> insbesondere die dem Gegner erwachsenen Kosten zu erstatten,<sup>2)</sup> soweit<sup>2)</sup> dieselben nach freiem Ermessen des Gerichts<sup>3)</sup> zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig waren.

Die Gebühren und Auslagen des Rechtsanwalts der obsiegenden Partei<sup>4)</sup> sind in allen Prozeßen zu erstatten,<sup>5)</sup> Reisekosten eines auswärtigen Rechtsanwalts jedoch nur insoweit, als die Zuziehung nach dem Ermessen des Gerichts zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war.<sup>6)</sup> Die Kosten mehrerer Rechtsanwälte sind nur insoweit zu erstatten, als sie die Kosten eines Rechtsanwalts nicht übersteigen,<sup>7)</sup> oder als in der Person des Rechtsanwalts ein Wechsel eintreten mußte.<sup>8)</sup>

E. 85. N. 149. P. 23. 518. 660.

1) Im Urtheil ist die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, auch ohne Antrag der Partei auszusprechen, §§ 279 Abs. 2, 292. Sie hat ihren Ent-

stehungsgrund in dem Rechtsstreite selbst, ist nach Existenz und Umfang von demselben abhängig und entbehrt der Selbständigkeit, dergestalt, daß die Feststellung nicht mittelst besonderer Klage nachgefordert werden kann, wenn sie im Hauptprozeß unterblieben ist; **R. 22**, 421. Die Verpflichtung ist nur im Prinzip auszusprechen; der zu erstattende Betrag ist durch besonderes Verfahren zu bestimmen, § 98. Auch wenn die Hauptsache sich während des Rechtsstreites erledigt, ist über die Kostenpflicht zu entscheiden; vgl. § 243 **Abf.** 3 und **Ann.** 5 dazu, ferner **Ann.** 1 zu § 89 und zu § 94. Wird dagegen die Hauptsache schon vor Zustellung der Klage (wenngleich nach Einreichung zur Terminbestimmung) erledigt, so kann die Erstattung der dem Kläger erwachsenen Kosten (auf Grund des Verguges *u.*) nur im Wege eines besonderen Prozeßes verlangt werden; da diese Kosten nicht eigentliche Prozeßkosten, sondern schon vor dem Beginn des Rechtsstreites erwachsene Schadensansprüche darstellen, **Gaupp Ann.** III, **ZW.** 1884 S. 190, **Busch** 15, 399; **Sandberg, Raffr.** 36, 236; **a. R.** **Staub**, **ZW.** 1889 S. 361, **W.** **Berlin I**, **Bl. f. R.** 3, 25 u. betr. **Gerichtszuständigkeit** 3, 45; vgl. auch **DRG. Hamburg**, **SA.** 49, 219; vgl. **Ann.** 1 § 243. — Unterliegend ist nur die Partei, welche rechtskräftig für den Rechtsstreit (nicht bloß betreffs einer Einrede, **R. 13**, 418; 19. **Nov.** 1894, **ZW.** 1895 S. 6) unterliegt; unbeschadet der Zulässigkeit, daß Urtheile vor der Rechtskraft auch hinsichtlich des Kostenpunkts vorläufig vollstreckbar sein können, § 644 ff. Die Partei ist hier nicht im weiteren Sinne des § 74 (vgl. **Ann.** 1 a dazu) einschließlich der Vertreter gemeint, sondern, wie der Zusatz „unterliegend“ ergiebt, das Rechtssubjekt, in dessen Namen und für dessen Rechnung der Prozeß geführt wird und welches von der Entscheidung betroffen wird, **Borb.** vor § 50, **Petersen**, **Busch** 18, 4 ff.; vgl. **Stegemann**, **Busch** 17, 364, 375. Vgl. jedoch über die dem *falsus procuratus* und dem unbefugten „gesetzlichen Vertreter“ aufzuerlegenden Kosten eines Namens der Partei eingeleiteten Prozeßes, **Ann.** 1 § 54, **Ann.** 1 § 84. Die unterliegende Partei hat alle Kosten des Rechtsstreites bzw. aller Instanzen zu tragen, soweit nicht besondere Ausnahmen bestimmt sind. Vgl. über diesen Grundsatz **Borb.** 1 **Abf.** 2. (Eine, nach § 15 **Ar.** 2 **G. O.** zulässige partikularrechtliche Ausnahme von diesem Grundsatz enthält § 30 des preuß. Enteign. **Ges.** v. 11. Juni 1874, **R. O.** 19. **Okt.** 1894, **ZW.** 584.) In höherer Instanz sind daher die gesammten Kosten der jedesmaligen Instanz und der Vorinstanzen dem Besiegten im Urtheil aufzuerlegen, bei Zurückverweisung in eine frühere Instanz ist die Kostenentscheidung dem demnächstigen Endurtheile vorzubehalten; vgl. dazu preuß. **ZW. Verf.**, **Busch** 18, 291. Die Gerichtskosten der Revisionsinstanz sind dessen ungeachtet, auch wenn bei Zurückverweisung die Kostenentscheidung dem Endurtheil vorbehalten ist, nach § 89 **ORG.** vom Revisionskläger einzujesehen, **R. O.** 20, 428; 24, 435; 21. **Mai** 1894, **ZW.** 317. (Das **R. O.** 13. **Okt.** 1893, **ZW.** 499; **SA.** 49, 349 legt entsprechend einer *exc. doli* ausnahmsweise dem Sieger die Kosten der ersten Instanz auf, weil er in dieser „ganz grundlos gestritten“ habe.) — Während hiernach sachgemäß über die Kostenpflicht hinsichtlich der gesammten Instanz und der früheren Kosten in der die Instanz als Endurtheil abschließenden Entscheidung (Endentscheidung § 292; **Gegensatz** zu Theilurtheil, Zwischenurtheil und bedingtem Endurtheil) zu bestimmen ist, ist es an sich nicht durch die **OP.** — auch nicht durch §§ 273, 274, 292 — untersagt, schon im Theilurtheil eine Kostenentscheidung als Konsequenz und Theil der Entscheidung über die betroffenen Ansprüche aufzunehmen; **Endemann** 1, 392; **Busch** 1, 254; **Altwater**, **Busch** 10, 250 ff., wo auch die Frage der Zweckmäßigkeit nach verschiedenen Richtungen hin erörtert ist; vgl. **Ann.** 1 § 88, **Ann.** 2 § 273. (**AR.** „niemals“ v. **Büllow**, **Raffr.** 22, 709, 714, ferner **Gaupp Ann.** II, weil bei Erlaß des Theilurtheils noch nicht feststehe, in welchem Umfange die eine oder andere Partei unterliegt, was jedoch nicht immer zutrifft. Wenn von einer eingeklagten Gesamtforderung von 100 **Mk.** Beklagter durch Theilurtheil zur Zahlung von 50 **Mk.** verurtheilt wird, so steht fest, daß er in Höhe der Hälfte unterliegt. Vgl. **Seuffert Ann.** 4.) Eines Vorbehalts wegen der Kostenentscheidung bedarf es im Theilurtheile jedenfalls nicht und ist § 292 daher nicht anwendbar, **R. O.** 5, 301. In einem Zwischenurtheile kann über den Kostenpunkt keine dispositive Entscheidung getroffen werden, vgl. **Ann.** 4 zu § 90 **Schluf**; **Schollmeyer**, **Zwischenstreit** 16 ff., auch nicht in den

Zwischenurtheilen der §§ 248, 276, vgl. Anm. 4 Schluß § 276; *R.* 13, 390, 411; 18. Sept. 1889, 16. Juni 1890, *Raff.* 34, 1143, 1159, *ZW.* 1890 S. 255. Die Urtheile aus §§ 502, 562, welche Gaupp Anm. II Zwischenurtheile nennt, sind dies nicht, sondern provisorische Endurtheile. Die Zwischenurtheile aus Zwischenstreiten mit Dritten (§§ 68, 126, 352) bilden die Endentscheidungen dieser Zwischenstreite und haben daher auch die Kostenpflicht bezüglich derselben zu regeln. (Vgl. jedoch bei Zulassung des Nebenintervenienten Anm. 1 § 96.) In den Verweisungs-Endurtheilen der §§ 249 und 466 ist zugleich über die Kosten des betreffenden Verfahrens zu erkennen, jedoch nicht im Falle des § 467; vgl. Anm. 2 § 249, Anm. 4 § 467. Ueber die Fälle der f. g. Kostenseparation vgl. zu §§ 90 und 91. —

Die vom § 87 betroffenen „Kosten des Rechtsstreits“ sind die durch den begonnenen oder gemollten Rechtsstreit hervorgerufenen; sowohl die eigenen als auch „insbesondere“ die dem Gegner erwachsenen Kosten des Rechtsstreits. Dazu gehören noch nicht die Kosten für Vergleichsverhandlungen zur Vermeidung desselben, auch nicht für Auslagen zur Vorbereitung der Entscheidung; *R.* 28. Nov. 1890, *ZW.* 1891 S. 4; 26. Okt. 1891, *ZW.* 526 Ziff. 4; für den Erlaß von Besserungs- oder Rückkehrbefehlen vor Erhebung der Ehefeldungsklage (Kammergericht, *Buch* 13, 366), für ein Vorverfahren bei Verwaltungsbehörden, Kammergericht, *Buch* 13, 365, *ZW.* 1889 S. 372. Insofern eine Partei einen civilrechtlichen Anspruch auf Erstattung solcher Kosten zu haben verneint, hat sie denselben als besondere Nebenforderung event. durch besondere Klage geltend zu machen; vgl. *R.* 15. Juni 1889, *ZW.* 305. Dagegen gehören zu den Kosten des Rechtsstreits die für die Beglaubigung der Prozeßvollmacht (Anm. 6 § 76), die zur Information der Prozeßbevollmächtigten durch Briefwechsel, Reisen, Hülfe eines Rechtsverständigen u. s. w. angemessen angewendeten Kosten; *R.* 8. März 1890, *ZW.* 110; 24. Nov. 1890, *ZW.* 1891 S. 4; *DZ.* Braunschweig, *SA.* 46, 353; *DZ.* Oldenburg, *SA.* 47, 456; auch die durch eine Streitverkündung verursachten Kosten, wenn die Partei Veranlassung hatte, behufs zweckmäßiger Bertheidigung den Streit zu verkünden; *R.* 24. Mai 1882, *ZW.* 157; 12. Okt. 1885, *ZW.* 332; vgl. *R.* 6, 390; ebenso die Kosten eines Gutachtens zur Aufklärung des Sachverhalts oder zur Widerlegung eines gegnerischen Gutachtens, *R.* 26. März 1883, *ZW.* 155 Ziff. 4; 19. Nov. 1892, *ZW.* 1893 S. 12; Kammergericht, *Bl. f. R.* 4, 55; desgleichen Kosten zur Vorbereitung sonstigen Beweises, *R.* 10. Juni 1891, *ZW.* 385, *SA.* 47, 230; *Raff.* 35, 1181; wobei der Werth des Streitgegenstandes nach dem Werthe des Prozeßgegenstandes (nicht einem etwaigen höheren der Beweisführung) zu bestimmen ist, *DZ.* Naumburg, *Buch* 19, 292 (vgl. dagegen *DZ.* Hamburg, *SA.* 46, 213); Auslagen für eine notwendige Lokalbestichtigung durch den Anwalt vor der Klageerhebung, *R.* 15. Dez. 1885, *ZW.* 1886 S. 13, 14; für die zur Veranschaulichung von örtlichen Verhältnissen erforderlichen Situationspläne, *R.* 22. Mai 1891, *ZW.* 351; die Kosten für ein Armenrechtsgesuch, *R.* 20. März 1886, *ZW.* 145 (vgl. jedoch wegen der Anwaltsgebühren dafür *R.* 3. Mai 1888, *SA.* 45, 217; 19. Dez. 1892, *ZW.* 1893 S. 58). Die Anwaltsgebühren für Hinterlegung von Geld zur Herbeiführung vorläufiger Vollstreckbarkeit eines Urtheils sind, da dies ein zum Prozeßbetriebe gehöriger Akt ist, durch die Prozeßgebühr gedeckt und deshalb vom Gegner nicht noch außerdem zu erstatten, *R.* 9, 329; 26. Sept. 1891, *ZW.* 485; dasselbe gilt für Zahlungen zur Arrestsicherung, *R.* 2. Juli 1892, *ZW.* 372. Vgl. dagegen *Buch* 14, 329. Schadensersatzansprüche sind im § 87 nicht einbezogen und können nur mittelst besonderer Klage geltend gemacht werden, *Not.* 112. Zu solchen Schadensersatzansprüchen gehören auch die für Zeitversäumnisse der Partei durch Gänge zum Anwalt oder durch Mahnung eines auswärtigen Termins, *R.* 18. Dez. 1883, *ZW.* 1884 S. 44; 10, 410 (vgl. Meyer, *Buch* 7, 284 ff., 540; ferner *DZ.* Hall, *Buch* 8, 504, *AM.* Zastrow, *civ.* 68, 389, Pfleger, *Raff.* 31, 591 ff., *DZ.* Kiel 23. Dez. 1885 hinsichtlich des Verlustes an Arbeitslohn für gewöhnliche Arbeiter, *SA.* 41, 221), vgl. auch *DZ.* Cassel, *SA.* 46, 213; 47, 91; 48, 218; *DZ.* Oldenburg 47, 455 (in ähnlichem Sinne wie Zastrow). Die Kosten für Benutzung eignen Fuhrwerks zum Termin werden nur unter besonderen Umständen erstattungsfähig sein, vgl. *DZ.* Cassel, *Buch* 15, 398. Die Kosten eines

vorgängigen (an sich zulässigen) Mahnverfahrens bei rechtzeitigem Widerspruch gehören nach § 638 zu den Kosten des Rechtsstreits, auch wenn in der Klage und in dem Urtheil das Mahnverfahren nicht erwähnt ist (vgl. Anm. 1 § 638); ferner die eines Sühneverfuchs in Ehefachen §§ 570, 571 (vgl. jedoch wegen der Anwaltsgebühren Kammergericht, Busch 13, 368); eines vorgängigen Sühnetermins im amtsgerichtlichen Verfahren gemäß § 471 einschließlich der nothwendigen Reisekosten, D. O. Kiel, SA. 41, 356; ebenso die Kosten einer im Prozesse benutzten Sicherung des Beweises, §§ 447—455, D. O. Darmstadt, SA. 42, 367; R. O. 7. März 1888, Raff. R. 32, 1168; desgleichen eines Arrestes und einer einstweiligen Verfügung (vgl. Kammergericht, Bl. f. R. 2, 91), sofern Arrest oder Verfügung von dem Rechtsstreite betroffen werden, §§ 796—822. Wegen der Kosten einer angekündigten, aber durch Zurücknahme der Klage nicht zur Erhebung gekommenen Widerklage vgl. Busch 17, 476; einer angekündigten Anschlußberufung Anm. 1 § 483. Die Kosten der Zwangsvollstreckung sind im § 697 besonders behandelt, vgl. auch Anm. 3 zu § 99 a. E. Die Auslagen für die Bestellung der Sicherheit zum Zweck der Zw. erachtet das Kammergericht, Busch 14, 329, als nicht zum Zwangsvollstreckungsverfahren gehörig und als erstattungsfähig. (Ersteres ist unrichtig.) Wegen der Anwaltsgebühren dafür vgl. oben. Die Kosten für die Erfüllung der geltend gemachten Forderung (Gebühren für Gelderhebung) sind weder Kosten zum Zwecke der Entscheidung, noch zur Ausführung der Zwangsvollstreckung, gleichgültig ob die Erfüllung während des Rechtsstreits oder nach demselben erfolgt. Ebenso Stegemann, Busch 7, 358, Meyer das. 285; R. O. 16. Mai 1884, Z. M. 170, 3iff. 8; 6. März u. 21. Mai 1886, Z. M. 113, 230; 27. September (20. Juni?) 1889, Raff. R. 34, 762, SA. 45, 359; D. O. Dresden, SA. 43, 344. Wer sie zu tragen hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Dagegen Geßler u. O. Freiberg, Z. M. 1892 S. 437, 441, sowie Walter, Z. M. 1894 S. 145 ff. für die Erstattungsfähigkeit, weil es genüge, daß die Kosten durch den Rechtsstreit bzw. die Zwangsvollstreckung verursacht und zur Vermeidung eines Nachtheils betreffs vollständiger Befriedigung zweckentsprechend sind. Vgl. wegen des Anspruchs auf Gelderhebungs-Gebühren gegen den Rechtgeber und den Gegner Z. M. 1887, S. 375 ff., 385 ff., Wallm. 6, 415 f., R. O. 9, 329. — Nach der nunmehr konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts sind Schreibgebühren des Rechtsanwalts für das als Urschrift der Klage verwendete Concept derselben (R. O. Plen. 28, 401) und für eine als Urschrift verwendete Abschrift derselben (R. O. 3. Sen. 28, 406) weder erstattungsfähig noch überhaupt zulässig. Abw. früher R. O. 26, 428; 7. März 1891, Z. M. 201. Auch Schreibgebühren für Briefadressen sind nicht zulässig; R. O. 31, 403; Bl. f. R. 3, 84.

1a) Wenn die in die Prozeßkosten verurtheilte Partei hinsichtlich der Gerichtskosten Gebührenfreiheit genießt, so hat sie dem Gegner die von diesem bezahlten Gerichtskosten nicht zu erstatten, vielmehr sind solche dem Gegner von der Staatskasse zurückzuzahlen, O. R. O. § 98 Abs. 4; R. O. 18. Mai 1893, Z. M. 309.

2) Der Grundsatz, daß als zu tragende und zu erstattende Kosten nur solche anzusehen sind, welche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Vertheidigung nothwendig waren, gilt als gesetzlicher für alle Fälle der Kostenpflicht, und bildet die Grundlage der Festsetzung des zu erstattenden Betrages, § 98. Eines Auspruchs darüber im Urtheil bedarf es nicht; er versteht sich von selbst, sobald im Allgemeinen erkannt ist, daß eine Partei die Kosten zu tragen hat. Die Nothwendigkeit ist nach der Sachlage zur Zeit der Verwendung bzw. der Anordnung des Prozeßgerichts zu prüfen; die Partei hat keine Verpflichtung, beim Gerichte Anträge zu stellen, um durch eine andere Anordnung (z. B. Veranlassung einer Eidesleistung an einem bestimmten Tage) eine Minderung der Kosten zu bewirken; R. O. 22. Sept. 1893, Z. M. 468. Ebenfowenig ist zu prüfen, ob etwa eine billigere Prozeßart (Urkundenprozeß, Mahnverfahren) hätte gewählt werden können; Frey, Sächs. Arch. 3, 9. Einen Vorschuß vom Gegner zu fordern, ist eine Partei prozeßualisch nicht berechtigt, unbeschadet civilrechtlicher Verpflichtungen, welche geeignetenfalls den Erlaß einer einstw. Verf. gemäß § 819 oder § 16 Nr. 4 C. O. rechtfertigen. Vgl. für Preußen Anm. zu § 16 Nr. 4 C. O.; für gem.

R. vgl. Seuffert Vorb. 4 vor § 87, Gaupp Vorb. II. Ueber den Vorschuß für Gerichts-  
kosten O.R.G. §§ 81—85, 90; Sicherheitsleistung § 102. Der Zweifel, ob an Einen oder  
den Anderen zuzustellen, ob ein oder ein anderes Rechtsmittel zulässig sei, rechtfertigt nicht,  
von dem Unterliegenden die Erstattung der Kosten doppelter Zustellung erstatten zu  
lassen, R.O. 32, 387.

3) Dem Ermessen des Gerichts unterliegt es namentlich, ob die Kosten der ge-  
samten Beweisaufnahme (bei massenhafter Zeugenvernehmung), der Vertretung in (aus-  
wärtigen) Beweisterminen, R.O. 26, 378; 18. Dez. 1888, J.W. 1889 S. 40; 11. Junt 1891,  
J.W. 385; 7. April 1892, J.W. 235, nöthig waren; desgleichen die Kosten von Zwangs-  
vollstreckungsanträgen (vgl. § 742), einer Streitverkündung, die Mehrkosten, welche durch  
Theilung einer Forderung in mehrere Klagen entstehen, Busch 9, 393; (die Angemessenheit  
der Verbindung und Trennung ist nach den konkreten Umständen für den einzelnen Fall zu  
prüfen, R.O. 18. Nov. 1891, J.W. 1892 S. 11; S.A. 47, 337); die Reisekosten der Partei  
im Anwaltsprozeß, welche allerdings nur unter besonderen Umständen für erstattungsfähig  
erachtet werden können, R.O. 18. Dez. 1885, J.W. 1886 S. 39; 24. Nov. 1890, J.W. 1891  
S. 4; 3. Dez. 1893, J.W. 1894 S. 9; D.R.G. Dresden, S.A. 44, 218; der Annahme eines  
Korrespondenzmandatars, vgl. § 44 AnwObD.; R.O. 15, 402; 12. Juli 1887, J.W.  
351; 10. Okt. 1883, Raffr. 28, 1183 (abw. R.O. 9, 356 u. D.R.G. Jena, S.A. 40, 346,  
wegen § 87 Abs. 2); vgl. dagegen Anm. 6 u. R.O. 4. Jan. 1888, J.W. 66, S.A. 43, 342;  
18. Sept. 1888, J.W. 393; 25. Jan. 1889, J.W. 84; 21. Sept., 26. Okt. 1891, J.W. 466,  
526; 2. April 1892, J.W. 215; 18. Jan., 10. u. 12. Okt. 1893, J.W. 97, 498, 499; 29. Dez.  
1893, 24. Jan., 3. Febr., 24. Febr., 24. Sept. 1894, J.W. 1894 S. 64, 113, 118, 138, 515;  
S.A. 49, 458; 14. Dez. 1894, J.W. 1895 S. 40; vgl. auch J.W. 1888 S. 478 ff., wo dieser  
Kommentar mißverständlich als abw. citirt wird; Not. 112. Nichterstattungsfähig sind die  
Kosten für Uebersetzungen von Urtheilen u. s. w. in die der Partei geläufige fremde Sprache,  
D.R.G. Hamburg, S.A. 47, 91. Vgl. Anwendung des Grundsatzes in § 180, Beschränkung  
des freien Ermessens durch § 90.

4) Unter „obstiegender Partei“ ist diejenige zu verstehen, welche mit ihrem An-  
trage, den Gegner zur Kostentragung zu verurtheilen, durchgedrungen ist, ohne daß es  
darauf ankommt, ob ein Anspruch streitig geworden ist; R.O. 20. Sept. 1888, J.W. 393 f.  
„Bei dem Betrieb eigener Angelegenheiten“ (vgl. Anm. 5 § 74) kann der Rechtsanwalt  
von dem zur Erstattung der Kosten des Verfahrens verpflichteten Gegner Gebühren und  
Auslagen bis zu dem Betrage fordern, in welchem er Gebühren und Auslagen eines be-  
vollmächtigten Rechtsanwalts erstattet verlangen könnte; AnwObD. § 7. Der Anwalt,  
welcher als Prozeßpartei seinen Prozeßbevollmächtigten informirt, ist natürlich kein Kor-  
respondenzmandatar und hat keinen Anspruch auf die desfallige Gebühr; R.O. 29. Jan.  
1890, Raffr. 34, 1188, ebensowenig ein Anwalt, der dies als Konkursverwalter thut; R.O.  
4. April 1894, J.W. 242.

5) Abs. 2 ist von der Vorform. hinzugefügt. Die Gebühren und Auslagen des  
Anwalts der obstiegenden Partei (vgl. Anm. 4) gelten in allen Prozeßen,  
also auch in amtsgerichtlichen als nothwendige. Ein Antrag, die Vorschrift auf  
Anwaltsprozeße einzuschränken, ist in der R.R. abgelehnt; P. 660 zu § 85. Die Vorschrift  
ist ein den Richter neben dem Abs. 1 bindendes positives Gesetz, welches darüber, ob die  
Verwendung eines Anwalts zweckentsprechend und seine Kosten zu erstatten sind, kein freies  
Ermessen zuläßt, und in dieser Beziehung den Schlußsatz des Abs. 1 einschränkt. Dies  
gilt nicht bloß von der Zugiehung eines Anwalts im Allgemeinen, sondern auch für ein-  
zelne Prozeßakte; das Gericht hat sonach kein freies Ermessen darüber, ob die Thätigkeit  
eines Anwalts z. B. in einem einzelnen Termin zur entsprechenden Rechtsverfolgung noth-  
wendig war. (Mit Unrecht verneint vom D.R.G. Jena, S.A. 40, 354 und freilich nur ge-  
legentlich vom R.O. 18. Dez. 1888, J.W. 1889 S. 40. Vgl. dagegen R.O. 9. Dez. 1890, J.W.  
1891, S. 4; 2. Mai 1894, J.W. 278.) Die Erstattung der Anwaltskosten ist nur durch  
die weiteren Zusätze des Abs. 2 für den Fall der Verwendung auswärtiger oder meh-  
rerer Anwälte wieder eingeschränkt; Not. 112, 660. Worin die Gebühren und Auslagen

des Anwalts bestehen, ist nach dem Gesetze, der AnwObD., zu entscheiden. Es liegt indessen auf der Hand, daß das Gesetz nicht alle beliebigen Auslagen eines Rechtsanwalts ohne Unterschied der Kontrolle des Gerichts hat entziehen wollen; demnach muß hinsichtlich der Nothwendigkeit der Auslagen (z. B. der Reisekosten zu einem auswärtigen Termin, mit Rücksicht auf die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit der Vertretung durch einen anderen Anwalt am Terminsorte, vgl. Anm. 8) allerdings die gerichtliche Prüfung entscheiden; R. 13, 312; 20. Nov. 1886, ZB. 443; 22. Okt. 1887, ZB. 473. Vgl. Busch 18, 421, DLG. Jena, SA. 49, 219. Eine solche Prüfung sollte aber nicht von Kleinlichen Gesichtspunkten ausgehen (wie dies zu geschehen pflegt, wenn sie Subalternbeamten, sog. Kalkulatoren, überlassen wird, welche z. B. kein Bedenken tragen, Schreibgebühren für Mittheilungen von Beweisverhandlungen an die Partei u. dgl. als unnötig zu streichen. Wegen die Zuziehung von Kalkulatoren bei Kostenfestsetzungen vgl. Schulzenstein, Busch 14, 529; ferner die in Busch 15, 125 mitgetheilte Verf. des Oberlandesgerichtspräsidenten in Cassel); Porto für Briefe an die Partei oder den Gegner durch die Stadtpost erklärt das R. 15, 404 mit Recht für erstattungsfähig; ebenso die Kosten der für die Vollständigkeit der Handakten erforderlichen Abschriften aus den Gerichtsakten; R. 6. Dez. 1889, ZB. 514. Die Kosten der von dem Anwalt seiner Partei zugefertigten weiteren Abschriften erklärt LG. Berlin I nicht für erstattungsfähig, Bl. f. R. 2, 102; 5, 12; mit Unrecht; vgl. dagegen Kammergericht u. DLG. Jena, Bl. f. R. 2, 38. — Abs. 2 ist auch für die Kosten der nach § 25 Abs. 2 RAO. dem Anwalte von der Landesjustizverwaltung bestellten Vertreter, nicht der im § 25 Abs. 3 das. bezeichneten Rechtskundigen, welche nicht als Stellvertreter bestellt sind, anwendbar; R. (Plenum) 21, 349; 31, 425; 9. Juli 1888, ZB. 331, KassR. 37, 1103 (vgl. über die frühere Subskription R. 10, 379; 14, 393; 15, 433; DLG. Hamburg, SA. 38, 334; DLG. Jena, SA. 40, 217; DLG. Dresden, SA. 42, 211; DLG. Braunschweig, SA. 46, 205; LG. Hall, Ballm. 7, 126; LG. Hildesheim, ZB. 1886 S. 212; ferner ZMBl. 1883 S. 19, Garnier, Busch 7, 531 ff., Willenbücher, Kostenfestsetzungsverfahren 19 ff.) Für Vertretung eines Rechtsanwalts durch Bureau-Beamte können natürlich keine Anwaltsgebühren berechnet werden, ob und inwiefern anderweitige Auslagen, ist im einzelnen Falle zu ermessen, vgl. Bogt, Busch 15, 503.

6) Unter Zuziehung eines auswärtigen Rechtsanwalts sind nur diejenigen Fälle begriffen, wo ein nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnhafter Rechtsanwalt die Partei vor dem Prozeßgericht vertritt, R. 13, 312; 20. Nov. 1886, ZB. 443. Es fällt also darunter weder die Annahme eines Korrespondenzmandatars (vgl. Anm. 3), noch die Wahrnehmung von Terminen außerhalb des Prozeßgerichts durch einen nicht am Terminsorte wohnhaften Anwalt (vgl. Anm. 5, 7). Die hier als Ausnahme von Abs. 1 vorgeschriebene Prüfung betrifft nur die Reisekosten, nicht die sonstigen Gebühren und Auslagen des auswärtigen Rechtsanwalts, kann folglich auch nicht auf die Frage erstreckt werden, ob die Zuziehung eines Rechtsanwalts überhaupt erforderlich gewesen sei; denn wenn diese Frage geprüft und verneint werden müßte, wären folgerichtig die gesamten Vertretungskosten zu streichen, was unzulässig ist (vgl. Roedenbeck, Busch 9, 237, dagegen Struckmann, Busch 10, 350 ff.; Seuffert Anm. 3a). Eine noch weitergehende Beschränkung des Prinzips des § 87 enthalten die §§ 18 Abs. 5, 37 (34) RAO., wonach

- a) die Mehrkosten, welche bei der Vertretung einer Partei vor einem Kollegialgerichte durch einen bei demselben zugelassenen Rechtsanwalt dadurch entstehen, daß der letztere seinen Wohnsitz nicht am Orte des Gerichts hat;
- b) die Mehrkosten, welche bei der Vertretung einer armen Partei durch den ihr beigeordneten Rechtsanwalt dadurch entstehen, daß der letztere seinen Wohnsitz nicht am Orte des Gerichts hat,

die Gegenpartei nicht zu erstatten verpflichtet ist, Vorschriften, welche sich übrigens nicht auf die Annahme eines Korrespondenzmandatars (Anm. 3) beziehen, wie in ZB. 1888 S. 475 anscheinend angenommen wird, sondern abgesehen von den schon durch Abs. 3 § 87 gedeckten Reisekosten des Anwalts auf sonstige, die gewöhnlichen Auslagen und Gebühren



übersteigenden Mehrkosten, z. B. durch Annahme eines am Sitze des Prozeßgerichts wohnhaften Vertreters, größere Porti u. dgl. (Mit Unrecht hält Roebenbed, Busch 9, 232 ff. diese mit der C.P.D. gleichzeitig in Kraft getretenen Vorschriften, als derselben widersprechend und nicht anwendbar; vgl. Struckmann, Busch 10, 356 ff.; R.G. 14, 378.) Auch diese nach § 18 R.A.D. in der Regel nicht zu erstattenden Kosten sind anzurechnen, wenn und soweit durch die Bestellung des auswärtigen Anwalts die Prozeßführung billiger wird, R.G. 14, 377; 20. Dec. 1893, J.W. 1894, S. 63.

7) Wenn mehrere Streitgenossen Erstattung von Kosten zu fordern haben, so hat Jeder das Recht, daß ihm gegenüber der Gegner die Kosten trage und die Kosten seines Rechtsanwalts erstatte, wenn die verschiedenen Streitgenossen durch verschiedene Anwälte vertreten waren. Nach der nun konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts (R.G. 14, 395; 31, 417; 22. Juni 1893, Raff.R. 37, 1220, J.W. 342; 9. Juni 1894, J.W. 359) wird mit Rücksicht auf die Vertrauensstellung der Parteien zu ihren Rechtsanwälden und das selbständige Vetreibungsrecht jedes Streitgenossen, § 60, dieser Grundsatz auch nicht durch die Rücksicht beschränkt, daß für mehrere gleich interessirte und leicht mit einander in Verbindung tretende Streitgenossen die Verwendung eines gemeinschaftlichen Anwalts zweckentsprechend wäre, insbesondere ist auch für den Fall nothwendiger Streitgenossenschaft, § 59, jener Grundsatz nicht zu beschränken. A.R. frühere Aufl.; Peterfen Anm. III § 58 und Anm. I Nr. 3 § 87, Puchelt I, 319 Anm. 4, Struckmann-Roch Anm. 1 § 58; R.G. (4. Sen.) 12. Okt. 1885 in Uebereinstimmung mit den Motiven. Dem Nebeninterventienten wird vom R.G. 13, 433 mit zutreffenden Gründen die Befugniß zur Annahme eines besonderen Anwalts zuerkannt, vgl. Anm. 1 § 67. Wegen der Kostenersatzung, wenn derselbe Anwalt mehrere theils obliegende theils unterliegende Streitgenossen vertrat, vgl. Anm. 1 a. E. zu § 98. Die Kosten eines Rechtsanwalts werden durch einen Substituten behufs Wahrnehmung eines auswärtigen Beweistermins nicht überschritten, insoweit die dafür entstehenden Mehrkosten nicht höher sind als die etwaigen Reisefkosten und Lagegelber des Prozeßbevollmächtigten, D.L.G. Jena, S.A. 39, 462, vgl. auch R.G. 21, 407; 17. April 1890, J.W. 180; 26. Jan. 1891, J.W. 130; 7. April 1892, J.W. 235; 11. Nov. 1893, J.W. 564; Willenbücher a. a. D. 18. Vgl. Anm. 5.

8) Ob eine successive Verwendung mehrerer Anwälte nöthig war, unterliegt nach dem Gesamtzusammenhange des Abf. 2 ebenfalls dem Ermessen des Gerichts. „Mufte“ beschränkt sich daher nicht auf die Fälle absoluter Nothwendigkeit. Außer Tod, Verlust der Befähigung, Ausschneiden wegen hohen Alters (Kammergericht, Bl.f.R. 4, 23) oder aus Gesundheitsrücksichten (R.G. 2. Mai 1894, S.A. 50, 90) oder wegen Ergreifung eines anderen Berufs (R.G. 33, 369), Wohnsitzverlegung des Anwalts kann auch eine Kündigung des Mandats, sofern sie nicht von der Partei durch ihr Verschulden verursacht oder ohne Grund ausgegangen ist, einen Wechsel rechtfertigen. Vgl. R.G. 15, 393; 21. Juni 1888, J.W. 305; D.L.G. Jena, S.A. 42, 82; D.L.G. Cassel, S.A. 48, 218. Vgl. auch Hergenbahn, Busch 17, 133. Bei Verweisung des Prozeßes vom Amtsgericht an das Landgericht gemäß § 467 ist ein Wechsel in der Person des Anwalts jedenfalls dann nothwendig, wenn der bisherige Vertreter der Partei bei dem Landgerichte nicht zugelassen ist, R.G. 14. Sept. 1887, J.W. 416; 22, 432; 26, 416. In den Fällen der §§ 466 und 249 handelt es sich um die Kosten mehrerer Prozesse, deren Erstattung unabhängig von einander geltend gemacht werden können. Die Abweichung liegt in § 467 Abf. 2.

## § 88.

Wenn jede Partei theils obliegt, theils unterliegt, so sind die Kosten gegen einander aufzuheben<sup>1)</sup> oder verhältnißmäßig zu theilen.<sup>2)</sup>

Das Gericht kann der einen Partei die gesammten Prozeßkosten auferlegen, wenn die Zwielforderung der anderen Partei eine verhältnißmäßig geringfügige war und keine besonderen Kosten veranlaßt hat, oder wenn der

Betrag der Forderung der anderen Partei von der Festsetzung durch richterliches Ermessen, von der Ausmittlung durch Sachverständige oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig war.<sup>3)</sup>

K. 86. N. 150. P. 33. 518.

1) Abs. 1 ist eine Anwendung, nicht Modifikation, des Prinzips des § 87; Abs. 2 enthält zwei fakultative Abweichungen. Auch eine den Streitwerth an sich nicht erhöhende Nebenforderung kann auf die Vertheilung der Kosten von Einfluß sein, *R. O.* 23. März 1888, *Z. B.* 177. Ob ein einzelnes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel erfolglos war, ist für eine Quotenvertheilung einflußlos, vgl. § 91, *R. O.* 20. Sept. 1882, *S. A.* 38, 223; *Z. B.* 234. Für die Beurtheilung, ob eine Partei theils obliegt, theils unterliegt, bilden Klage und Widerklage zusammen einen Prozeß; vgl. Löning, *Buch* 4, 150—153. Vgl. *Anm.* 1 § 91. Daraus folgt auch, daß wenn über die Klage oder Widerklage durch Theilurtheil entschieden ist, § 273, die Entscheidung über den Kostenpunkt zweckmäßig bis zur Endentscheidung ausgesetzt wird (ebenso im Falle des § 274); indessen ist auch eine Theilentscheidung über den Kostenpunkt nicht unzulässig, wenn z. B. nach der Entscheidung über die Klage unbedingt gewiß ist, daß eine Partei, auch wenn sie bei der Entscheidung über die Widerklage obliegen sollte, mindestens eine bestimmte Quote der Kosten zu tragen hat. *M. R.* Meyer, *Buch* 7, 289, 296 f.; vgl. jedoch *Anm.* 2 § 93, *Anm.* 1 § 87, *Anm.* 2 § 273 und die dort angeführten Entscheidungen, auch *Anm.* 1 § 92. Eine Vertheilung der Kosten in der Weise, daß der einen Partei die der Klage, der anderen die der Widerklage aufzuerlegen seien, kennt die *C. P.* nicht. Ueber die Auslegung, wenn trotzdem so erkannt ist, vgl. *R. O.* 2. Febr. 1891, *Z. B.* 197, *Raff.* 35, 1183, *S. A.* 47, 338. — Das Aufheben der Kosten gegen einander (s. g. Vergleichen oder Kompensation; *A. O. D.* I 23 §§ 3, 4, *Bayr. P. D.* Art. 109, *Hann. P. D.* § 47) bedeutet nach dem bisherigen Sprachgebrauche, daß jede Partei die von ihr aufgewendeten oder noch aufzuwendenden Kosten ohne Erstattungsanspruch selbst trägt, *Not.* 113. Vgl. *O. R. O.* §§ 86—89, 94. Hinsichtlich der Gerichtskosten hat das *R. O.* 6, 400 angenommen, daß in der Anordnung der Kostenkompensation zugleich die Festsetzung liege, daß die Gerichtskosten jeder Partei zur Hälfte zur Last fallen.

2) Die Theilung braucht nicht mit mathematischer Genauigkeit der Entscheidung in der Hauptsache zu entsprechen, vielmehr ist dem richterlichen Ermessen dabei ein angemessener Spielraum belassen; *R. O.* 16. März 1889, *Z. B.* 168. Die Theilung kann auch die außergerichtlichen Kosten betreffen (*a. M.* Siebenhaar 144 *Anm.*) und betrifft diese, wenn sie in der Entscheidung nicht ausgeschlossen sind, da Abs. 1 nicht unterscheidet, § 100. Die Theilung kann nach Quoten (aller Kosten oder einzelner Abschnitte), Quanten oder unter Kombination dieser Modalitäten stattfinden. Wenn der Klageanspruch im Laufe des Prozesses ermäßigt oder modifizirt wird, so ist darin noch nicht ohne Weiteres ein theilweises Obliegen des Beklagten zu finden; vielmehr kommt es darauf an, wodurch die Ermäßigung oder Modifikation veranlaßt ist, ob durch eine ursprüngliche Zuverlorderung oder das Verhalten der Beklagten oder eine Veränderung der Umstände u. s. w.; vgl. *R. O.* 7. Okt. 1889, *Z. B.* 431.

3) Bezüglich der Entbindung von Kosten für eine Zuverlorderung, wenn der Betrag vom richterlichen Ermessen, von Sachverständigen oder von einer gegenseitigen Berechnung abhängig ist, war maßgebend, daß es für die Partei in der Regel kaum möglich ist, eine Mehrforderung zu vermeiden, *Not.* 113. Ob eine Ueberschreitung nicht doch vermeidlich war, ist nach den Umständen zu ermesfen. Dies gilt insbesondere von dem Falle der gegenseitigen Berechnung, bei welchem, wie *Gaupp* *Anm.* II aus den *Hann. Prot.* nachweist, vorausgesetzt ist, daß der Kläger vor Erhebung der Klage nicht in der Lage war, die Höhe der Gegenforderungen festzustellen. Uebrigens wird in der Praxis von der Befugniß im Schlupfsatz leider wenig Gebrauch gemacht. Vgl. auch Meyer, *Buch* 7, 298.

§ 89.<sup>1)</sup>

Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben,<sup>2)</sup> so fallen dem Kläger die Prozeßkosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.<sup>3)</sup>

R. 87. N. 195. P. 23. 518. 519.

1) Diese Ausnahme vom § 87 ist wesentlich durch die Rücksicht auf Feststellungsklagen und die Erweiterung ihrer Zulässigkeit (§ 231) veranlaßt, wie sich aus R. § 195 ergibt, wo sie nur für Feststellungsklagen vorgeschrieben war. (Die Ansicht von Seuffert Anm. 1, daß § 89 für Feststellungsklagen kaum Bedeutung habe, weil dieselben nur zulässig seien, wenn sie durch das Verhalten des Beklagten veranlaßt sind, ist irrig; das rechtliche Feststellungsinteresse kann auch ohne eine solche Veranlassung vorhanden sein, vgl. zu § 231.) Die Ausdehnung auf Klagen aller Art ist schon dadurch gerechtfertigt, daß die Aktivität der Klage, das Vorhandensein eines Klagerechts, nach dem bürgerlichen Rechte nicht immer von einer Rechtsverletzung oder einem bestimmten Verhalten des Beklagten abhängig ist, vgl. Anm. 2. Für die Fälle, wo Kläger in Ermangelung eines Klagerechts überhaupt abgewiesen werden muß, ist § 89 natürlich nicht gegeben; vgl. Bach I, 29, Anm. 18. Sind die Voraussetzungen des § 89 nur für einen Theil der Klage vorhanden, so ist § 89 für einen entsprechenden Theil der Kosten anwendbar. Hat der Beklagte zur Klage Veranlassung gegeben, so trifft ihn die Kostenlast, auch wenn das Klagerecht nach Erhebung der Klage durch Befriedigung des Klägers oder aus anderen Gründen erlischt; vgl. Anm. 5 § 243; in einem solchen Falle würde den Kläger nur dann ein Theil der Kosten treffen, wenn er trotz des Erlöschens des Klagerechts den Prozeß in der Hauptsache fortsetzt.

2) Ob der Beklagte durch sein Verhalten zur Klage Veranlassung gegeben hat, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Nach Meyer, Buch 7, 293 wird die Veranlassung durch Thatfachen gegeben, welche vernünftiger Weise dem Kläger die Ueberzeugung oder Vermuthung verschaffen mußten, er werde ohne Klage nicht zu seinem Rechte kommen. Diese Annahme legt aber zu wenig Gewicht auf das Verhalten des Beklagten, welches allein entscheidend ist; und ob dieses Verhalten im konkreten Falle so beschaffen ist, um jene Ueberzeugung oder Vermuthung zu begründen, kann nur mit Rücksicht auf das unter den Parteien obwaltende Rechtsverhältniß und das nach dem betr. bürgerlichen Rechte für ein solches vorgeschriebene Verhalten beurtheilt werden. Auch wenn ein Klagerecht gegeben ist (actio nata ohne Rechtsverletzung Seitens des Beklagten, gem. Recht bei persönlichen Forderungen, Endemann I, 397) hat dadurch allein der Beklagte noch nicht Anlaß gegeben. Vgl. die Beispiele bei Bach I, 20 Anm. 18 und bei Eccius 3 § 194 R. 30, § 199 b R. 11. *MR. Siebenhaar* I, 145. So auch bei einer Exekutionsintervention, falls der Gläubiger von der Abpfändung oder von dem Ansprüche vorher nichts wußte, vgl. Anm. 10 § 690, civ. 69, 448; Staub, *ZW.* 1889 S. 359; *Bl. f. R.* 4, 42; 5, 110. Wegen der Wechselklagen gegen Acceptanten ohne vorgängige Präsentation s. *RO.* 14, 31 und Anm. 3 § 555. Vgl. §§ 72, 73; *RO.* § 9 Abs. 2. Andererseits ist nicht gerade Verzug (mora) zur Veranlassung nöthig. Außer dem Verzuge kann Bestreiten, Vorenthalten, Verüßmen u. dgl. zur Klage Veranlassung geben. Vgl. auch Anm. 3. Wegen der Kündigungsklage des preuß. Rechts vgl. Anm. 6 § 231.

3) Ein Auerkenntniß des Anspruchs im Sinne des § 278 ist nöthig; das Zugestehen der Klagehatfachen genügt nicht, Anm. 1, ebensowenig der Erlaß eines Säumnishurtheils; die Anwendung auf diesen Fall ist ausdrücklich abgelehnt, indem die Ausdehnung auf diesen Fall im Entw. von der *RR.* gestrichen ist. Der Grundsatz des § 307, welcher im Falle zulässigen Einspruchs die frühere Prozeßklage bestimmend sein läßt, kann und soll (gegen Gerlach, Buch 20, 154) nicht die thatsächliche Zeitunterscheidung beseitigen und die nach einem Einspruche erfolgende Erklärung nicht zu einer „sofortigen“ im Sinne des § 89 machen; wie er ja auch nicht zu einer Ignorirung der in der Zwischenzeit erfolgten Thatfachen führen kann. Sofortiges Auerkenntniß

ist das in der ersten mB. sofort abgegebene, eine abweichende Erklärung in vorher. Schriftsätzen ist unerheblich (Meyer, Busch 7, 292). Liegt die Sache so, daß Kläger zur Zeit des Urtheils (wenn auch noch nicht bei Erhebung der Klage) vom Beklagten schon hätte befriedigt sein müssen, so genügt freilich das bloße Anerkenntniß zur Kostenbefreiung nicht, vielmehr wird der Nachweis der Erfüllung oder Erfüllungsbereitschaft Seitens des Beklagten geführt werden müssen, da andernfalls das Verhalten des Bell. rückwirkend die Erhebung der Klage rechtfertigt; vgl. Wach a. a. O. (der den Bescheß-Ausdruck für ungenau hält), aM. Gaupp Anm. II 2, Gerlach a. a. O. Mit Rücksicht auf die durch die Officialprüfung gebotene Beschränkung der Parteidisposition zu Anerkenntnissen ist § 89 in Ehe- und Entmündigungssachen nach den §§ 577, 611, 620, 624, 626 nicht anwendbar; desgleichen nicht bei sonstigem Officialverfahren; Birkeneyer, Busch 7, 379 ff. Daburch wird der § 89 nicht von sonstigen Statusklagen ausgeschlossen, wie Gaupp Anm. II R. 17 erinnert, denn für diese ist keine Abweichung von der Verhandlungsmaxime vorgeschrieben.

### § 90.<sup>1)</sup>

Die Partei, welche einen Termin oder eine Frist ver säumt,<sup>2)</sup> oder die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung, die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung oder die Verlängerung einer Frist durch ihr Verschulden veranlaßt,<sup>3)</sup> hat die dadurch verursachten Kosten zu tragen.<sup>4)</sup>

R. 88. N. 151—153. P. 33. 519.

1) Die Vorschriften der §§ 90, 91, 92 behandeln Fälle der s. g. *Kostenseparation*, d. h. Auferlegung von Kosten, welche durch bestimmte Abschnitte des Verfahrens entstehen (im Gegensatz zur Theilung nach Quoten oder Quanten der Gesamtkosten) vgl. auch § 95 Abs. 3; die Vorschriften der §§ 90, 92 Abs. 13 sind obligatorisch; die der §§ 91, 92 Abs. 2 vom fakultativen Ermessen des Gerichts abhängig; Mot. 114. Unter dem „Tragen“ der Kosten ist stets auch das Erstaten an den Gegner einbegriffen. Vgl. Anm. 1 §§ 87 u. 309.

2) Hat eine Partei einen Termin oder eine Frist ver säumt, so ist § 90 anwendbar, ohne daß ihr Verschulden dabei einen Einfluß hat. Anwendung davon in § 309.

3) Ob die Verlegung, Vertagung oder Fortsetzungstermine (über den Unterschied vgl. zu § 206) auf Antrag oder von Amtswegen bestimmt sind, macht keinen Unterschied. Ein Verschulden liegt insbesondere in der Nichtbeobachtung der Vorschriften über Zustellungen, Ladungen, Fristen, Schriftsätze. Vgl. § 210 Abs. 2.

4) Die Vorschrift ist ohne Antrag von Amtswegen anzuwenden „hat — zu tragen“. Bei dem in den Kostengesetzen angenommenen Pauschalsystem bewirkt die Verlegung der Termine und die Vertagung der Verhandlung an sich keine Mehrkosten an Gerichts- und Anwaltsgebühren, wohl aber die Erlassung eines Versäumnisurtheils und Einlegung des Einspruchs gegen dasselbe, für welchen Fall die Spezialvorschrift im § 309 gegeben ist (vgl. GRG § 32; AnwObD. § 27) und wohin auch der Fall des § 430 gehört, vgl. Meyer, Busch 7, 390. Der § 90 hat deshalb kein weiteres Anwendungsgebiet, als auf einmalige dem Gegner verursachte besondere außergerichtliche Kosten. z. B. durch wiederholte Reisen. Neben § 90 ist jedoch durch § 48 GRG. die Zulässigkeit einer Prozeßstrafe eingeführt. Derselbe lautet:

„Ist außer dem Falle des § 300 der Civilprozeßordnung durch Verschulden einer Partei oder eines Vertreters derselben die Vertagung einer mündlichen Verhandlung veranlaßt, oder ist durch nachträgliches Vorbringen von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln, Beweismitteln oder Beweismitteln, welches zeitiger erfolgen konnte, die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden, so kann das Gericht von Amtswegen die besondere Erhebung einer Gebühr für die verursachte weitere Verhandlung, sowie einer Gebühr für die durch das neue Vorbringen veranlaßte nochmalige Beweisanordnung beschließen. Die Gebühr besteht in der vollen Gebühr (§ 8); sie kann jedoch bis zu zwei Sechstheilen herabgesetzt werden.“

„Gegen den Beschluß findet Beschwerde nach Maßgabe der §§ 531—538 der Civilprozeßordnung und des § 4 Abs. 3 dieses Gesetzes statt.“

Dazu bestimmt § 94 Nr. 3 O.R.G.:

„Eine nach § 47 Abs. 2, § 48 beschlossene Gebühr kann sofort nach dem Beschlusse von der in diesem bezeichneten Partei ohne Anrechnung eines derselben obliegenden Vorzuschusses erhoben werden.“

Die Vorschrift des § 48 O.R.G., soweit sie wegen Vertagung der Verhandlung die Festsetzung einer Strafgebühr gestattet, findet keine Anwendung, wenn es zur Eröffnung einer Verhandlung überhaupt nicht kommt, die Parteien vielmehr durch Nichterscheinen, oder durch Nichtstellung von Anträgen die Eröffnung der Verhandlung vereteln, oder schon vorher die Aufhebung des Termins vereinbaren (vgl. § 225), ebensowenig wenn im Termine zur m.B. von beiden Parteien oder von einer Partei mit Genehmigung der Gegenpartei lediglich Vertagung beantragt wird; dagegen bedarf es zur Anwendung des § 48 einer vorausgehenden Sachverhandlung nicht, vielmehr genügt eine Verhandlung über den Vertagungs-Antrag, aus welcher die Voraussetzungen des § 48 O.R.G. erkennbar hervorgehen; vgl. R.O. 22, 429; 28. Jan. 1884, Raff.R. 28, 1179 u. Z.M. 89, Allgem. Verf. 23. Sept. 1887, Z.M.B. 257; R.O. 19. Nov., 7. Dec. 1887, Z.M. 1888 S. 21; 26. Nov. 1892, Z.M. 1893 S. 21; D.R.G. Cassel, S.A. 47, 79; Wach, civilprozeßualische Enquete, Erg. S. zu Busch II, 39, Barkhausen, Busch 12, 321; D.R.G. Hamburg (1. Civ.S.), S.A. 43, 452 (a.R. „es müsse eine Sachverhandlung vorhergehen“: D.R.G. Hamburg (3. Civ.S.), S.A. 43, 450; Kammergericht, Busch 12, 169; ferner Z.M. 1888 S. 77). Ein Verschulden der Partei oder des Vertreters ist nur für die erste Alternative des § 48 (nach dem Ermessen des Gerichts unter Berücksichtigung der Glaubhaftigkeit der Entschuldigimg, R.O. 23. Juli 1892, Z.M. 394), nicht für die Verzögerung des Rechtsstreits durch nachträgliches Vorbringen vorausgesetzt; R.O. 23. Jan. 1888, S.A. 43, 449, vgl. R.O. 31, 388; ob das Vorbringen zeitiger hätte erfolgen können, bleibt dabei immer zu prüfen, R.O. 25. April 1894, Z.M. 264. Durch die besondere Gebühr des § 48 wird die Kostenpflicht aus § 90, soweit sie nicht gegenstandslos ist, nicht absorbiert. Dieselbe kann nur der Partei nicht dem Prozeßbevollmächtigten auferlegt werden. Die Beschwerde gegen den Beschluß aus § 48 O.R.G. unterliegt nicht dem Anwaltszwange, was durch Bezugnahme auf § 4 O.R.G. ausgedrückt ist. Vgl. auch Anm. 1 § 205. Gegen den Beschluß, die Strafgebühr aufzuheben, hat die Gegenpartei kein Beschwerderecht, da sie die Gebühr nicht erhält und daher nicht theilhaftig ist, R.O. 25. Febr. 1892, Z.M. 164, S.A. 48, 209; die im Abs. 2 § 48 zugelassene Beschwerde findet überhaupt nur gegen den Beschluß der Erhebung der Gebühr statt, nicht gegen eine Erklärung, daß kein Grund vorliege, von Amtswegen eine Strafgebühr zu beschließen, R.O. 32, 392. In der eine Ermäßigung der Strafgebühr aussprechenden Entscheidung des Beschwerbegerichts, kann, wengleich die Gebühr aus anderen Gründen auferlegt wird, keinesfalls eine reform. in pejus gefunden werden; R.O. 5. Mai 1887, Z.M. 274.

Ueber die Kostenpflicht aus § 90 ist bei Entscheidung der Hauptsache im Theil- oder Endurtheil zu bestimmen (Schöllmeyer Zwischenstreit 16—18; Birkmeyer in medl. Zeitschr. I, 60 ff.), nicht durch Zwischenurtheil. Durch Zwischenurtheil könnte nur die Thatsache der Versäumung oder des Verschuldens einer Partei bei einem desfalligen Streit der Parteien festgestellt, aber nicht dispositiv über die Kosten entschieden werden. Vgl. Anm. § 91; Anm. 1 § 87. W. Struckmann-Roch Anm. 1, Brettner, Busch I, 255, welche über die Kostenpflicht ein Zwischenurtheil zulassen (vgl. Busch 12, 300 Nr. 9); ferner Seuffert Anm. 4 § 87 und Gaupp Anm. I, welche sämmtlich verkennen, daß eine dispositive Entscheidung über die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien, mag sie die Hauptsache oder ein Accessorium betreffen, nur den Charakter eines Endurtheils haben kann. Hierfür spricht auch der Ausdruck „erkennen“ in § 279 Abs. 2, welcher sich auf die Verpflichtungen der Parteien hinsichtlich der Kostentragung erstreckt, also auch auf § 90, sowie die Bestimmung des § 292. Der § 90 giebt nach Sinn und Wortlaut überhaupt nicht Anlaß zu der Annahme, daß über die darin genannten Kosten abgesehen zu entscheiden sei, sondern er enthält nur einen materiellen, den § 87 modifizirenden Grundsatz

über die Pflicht zur Tragung der Kosten, welcher bei der demnächstigen (im Endurtheil oder Theilurtheil) erfolgenden Kostenentscheidung von Amtswegen zu beachten ist.

### § 91.

Die Kosten eines ohne Erfolg gebliebenen Angriffs- oder Vertheidigungsmittels können der Partei auferlegt werden, welche dasselbe geltend gemacht hat, auch wenn sie in der Hauptsache obsiegt.<sup>1)</sup>

E. 89. N. 154. P. 33. 519.

1) Die nur fakultative Vorschrift des § 91, sachgemäß nur anwendbar, wenn die Partei die Erfolglosigkeit voraussetzen konnte, kann gemäß dem Grundsätze des § 87 (vgl. Anm. 2 § 87) auch bei erfolglosen Beweismitteln oder Beweisreden angewendet werden, und mag daher der Begriff der Angriffs- und Vertheidigungsmittel (vgl. Anm. § 137) hier in diesem weiteren Sinne verstanden werden. *MR. Meyer, Busch* 7, 305. Die Widerklage gehört nicht unter § 91, sondern § 88, vgl. Anm. 1 dazu u. *Meyer a. a. O.* 304; *RO.* 28. März 1885, *ZW.* 241, *SA.* 41, 95; 2. Febr. 1891, *ZW.* 197; *RaffR.* 35, 1183; *SA.* 47, 339. Wenn der Beklagte mit einer prozeßhindernden Einrede in erster Instanz obsiegt hat und das Urtheil in der Berufungsinstanz abgeändert wird, ist für die Anwendung des § 91 kein Anlaß, *RO.* 12. Juli 1890, *ZW.* 333. In dem Urtheile, welches eine prozeßhindernde Einrede verwirft, ist die Kostenentscheidung gemäß § 91, auch wenn derselbe anwendbar ist, nicht auszusprechen, sondern erst im Endurtheile; *RO.* 18. Sept. 1889, *RaffR.* 34, 1143.

Die Entscheidung über die Kostenpflicht nach § 91 erfordert keinen Partei-Antrag (§ 279). Von der Form derselben gilt das Anm. 4 § 90 Gesagte; *RO.* 7. Mai 1884, *RaffR.* 29, 1065 (am Schluß).

Die Vorschrift ist durch §§ 251 Abs. 2 und 256 Abs. 2 auch auf das nachträgliche (wenngleich erfolgreiche) Geltendmachen von Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln, Beweismitteln oder Beweisreden erweitert, dort allerdings nicht nach dem Grundsätze der Kostenseparation, sondern dem der Theilung der Gesamtkosten, vgl. Anm. 1 § 90. Der § 91 rechtfertigt stets nur die Auferlegung der Kosten des erfolglosen Streitmittels, z. B. der dadurch herbeigeführten Beweisaufnahme, nicht einer Quote der Gesamtkosten, *RO.* 20. Sept. 1882, *ZW.* 234, *SA.* 38, 223.

### § 92.

Die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels fallen der Partei zur Last, welche dasselbe eingelegt hat.<sup>1)</sup>

Die Kosten der Berufungsinstanz können der obsiegenden Partei ganz oder theilweise auferlegt werden, wenn sie auf Grund eines neuen Vorbringens obsiegt, welches sie nach freiem Ermessen des Gerichts in erster Instanz geltend zu machen im Stande war.<sup>2)</sup>

Die Kosten der Revisionsinstanz in Rechtsstreitigkeiten über Ansprüche, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, hat auch im Falle des Obsiegens die Reichs- oder die Staatskasse zu tragen, wenn der Werth des Streitgegenstandes die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt und der Vertreter des Reichs oder des Staates die Revision eingelegt hat.<sup>3)</sup>

E. 90. N. 155. P. 33. 519. 660. 661. P. z. G.V. 360. 361. 618.

1) Ueber den Begriff der Rechtsmittel vgl. Vorb. zu Buch III. Ein erfolgloses Rechtsmittel ist hinsichtlich der Kosten gleich einer besonderen Klage behandelt. (Ebenso nach gem. R., vgl. *Weyll* § 57 S. 767 f.) Auch die Anschließung an die Berufung oder Revision, §§ 482 ff., 518, ist ein Rechtsmittel im Sinne des § 92, selbst wenn nicht der

Fall des § 483 Abs. 2 vorliegt; da sie die Anfechtung eines Urtheils der früheren Instanz bezweckt. Die Kosten der Anschließung werden indeß nicht gesondert von denen der Berufung oder Revision berechnet; es ist deshalb nicht angängig, beim Erlaß eines Theilurtheils über die eine oder andere der unterliegenden Partei die Kosten ihres Rechtsmittels aufzuerlegen, vielmehr kann derselben hierbei nur eine Quote der gesammten Kosten der Rechtsmittelinstantz auferlegt werden; *R. O.* 17. Dez. 1884, *S. A.* 40, 229; falls dies dennoch geschehen wäre, würde (nach Analogie v. *R. O.* 2. Febr. 1891, *S. B.* 197, Anm. 1 zu § 88) eine Theilung nach Verhältnis der betroffenen Streitobjektswerte als beabsichtigt anzunehmen sein. — Abs. 1 ist obligatorisch, soweit nicht im Abs. 2 eine Ermächtigung zur Ausnahme gestattet ist, doch können auch in der Rechtsmittelinstantz die Vorschriften der §§ 90, 91 den Grundsatz des Abs. 1 modifiziren, ebenso §§ 251 Abs. 2 u. 256 Abs. 2, vgl. § 485; *Marcus*, *Buch* 12, 226. Zu den Kosten gehören, wie für § 87, außer den eignen Kosten die des Gegners und des Gerichts, nicht aber (abgesehen von einer Anwendbarkeit des § 96 Abs. 2) die Kosten eines Nebenintervenienten, welcher für den nach Abs. 1 Kostenpflichtigen intervenirt hat, wenn dieser gegen denselben keine Anträge gestellt hat; *R. O.* 24. Febr. 1893, *S. B.* 196. — Für den Fall des Einspruchs, welcher kein „Rechtsmittel“ ist, s. § 309.

Hat dagegen ein Rechtsmittel ganz oder theilweise Erfolg, so ist über die Kosten aller bisherigen Instanzen im Endurtheile (*R. O.* 21. Mai 1892, *Raff.* 36, 1185) eine neue Entscheidung in Verbindung mit der Sachentscheidung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 87, 88 unter Berücksichtigung der Ausnahmen in Abs. 2, 3 zu treffen (*Not.* 114 und *Borb.* 1 vor § 87, vgl. *Meyer*, *Buch* 7, 321). Wenn nur ein Theil des Klage- oder Widerklagebegehrens in die Rechtsmittelinstantz geblieben ist und in dieser eine sachliche Entscheidung zu Gunsten des Rechtsmittellägers erfolgt ist, während der andere Theil der Ansprüche in der Vorinstanz noch nicht endgültig erledigt (z. B. noch von Ableistung eines richterlichen Eides abhängig geblieben ist), so ist jedenfalls über die Kosten der Rechtsmittelinstantz zu erkennen, dagegen kann die Entscheidung über die Gesamtkosten der Vorinstanz dieser unter Zurückverweisung der Sache zu diesem Behufe überlassen werden, vgl. *D. O.* Braunschweig, *S. A.* 42, 348. Wird ein früheres Urtheil aufgehoben, aber die Sache selbst noch nicht entschieden, sondern in die vorige Instanz verwiesen, so ist die Kostenentscheidung der endlichen Sachentscheidung vorzubehalten, *Kurlbaum*, *P.* 271; *Wallm.* 6, 329. Ueber das Verfahren der Gerichtsschreibereien, wenn von dem Berufungsgericht über die Kosten der Revisionsinstanz erkannt ist, vgl. *Buch* 18, 291.

2) Die Ausnahme des Abs. 2 galt schon in der gemeinr. Praxis bei der prozeßsualen Restitution und wurde auch für die Appellationsinstanz empfohlen (*Weyll* § 53 *Rt.* 127, § 57 *Rt.* 17). Dieselbe bezieht sich sowohl auf den Berufungskläger wie auf den Berufungsbeklagten, da das Gesetz nicht unterscheidet und eine Veranlassung zu einschränkender Auslegung nicht gegeben ist (*Meyer*, *Buch* 13, 331 ff. gegen *Marcus*, *Buch* 12, 222 ff.; in der *Entsch.* v. 11. Juni 1888, *S. B.* 305 hat das *R. O.* anscheinend den Abs. 2 gerade gegen den Berufungsbeklagten zur Anwendung gebracht). Unter neuem Vorbringen ist sowohl das von Thatfachen als von Beweismitteln jeder Art (auch Eideszuschlebung, gegen *Marcus* a. a. D. mit *Meyer* a. a. D.) und Beweiseinreden zu verstehen. Vgl. *Gaupp* Anm. III u. *Seuffert* Anm. 2. Beide bemerken jedoch mit Recht, daß neues Vorbringen, welches der Vorderrichter von Amtswegen hätte berücksichtigen müssen, nicht unter Abs. 2 fällt. Selbstredend kann die Vorschrift nicht auf die Kosten der Vorinstanz angewandt werden, *R. O.* 11. Juni 1888, *S. B.* 305. Vgl. jedoch *R. O.* 13. Okt. 1893, *S. B.* 499, *S. A.* 49, 349.

3) Abs. 3 bezieht sich auf die Vorschriften der *C. P.* § 509 *Nr.* 2 und *O. B.* § 70 Abs. 2, 3 (vgl. auch *Reichs-Stempel-Ges.*, Fassung v. 27. April 1894, *R. O. B.* 381 § 33), und ist mit Rücksicht auf diese Vorschriften von der *R. R.* hinzugefügt, — ursprünglich als § 50 Abs. 2 *O. B.* — da der Staat oder das Reich zwar ein Interesse daran haben kann, zur Feststellung von Prinzipien und zur Einheitlichkeit der Rechtspflege Fragen in der Revisionsinstanz auch über geringfügige Beträge entscheiden zu lassen, dem bisher siegreichen Gegner jedoch durch die Zulassung der Revisionsinstanz nicht Kosten über das Verhältnis seines Interesses hinaus aufzuerlegen seien; *P.* zu *O. B.* 360, 361, 618, *P.* zu *C. P.* 660. Hat

im Falle des Abs. 3 der Gegner des Staats oder Reichs eine erfolglose Anschließrevision eingelegt, so kommt für diese Abs. 1 zur Anwendung, vgl. Anm. 1. — Der Werth ist nach §§ 8—9 zu berechnen.

### § 93.

Die Kosten eines abgeschlossenen Vergleichs sind als gegen einander aufgehoben anzusehen, wenn nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben.<sup>1)</sup> Dasselbe gilt von den Kosten des durch Vergleich erledigten Rechtsstreits, soweit nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist.<sup>2)</sup>

E. 91. N. 378. P. 33. 519.

1) Es ist nicht, wie im § 88, positiv bestimmt, daß die Kosten gegen einander „aufzuheben“, sondern nur „als aufgehoben anzusehen“ sind, d. h. daß anzunehmen ist, die Parteien hätten dies beabsichtigt. Es soll zur Erleichterung von Vergleichsabschlüssen, entsprechend der A.O.D. I 23 § 21, eine Interpretationsregel für solche Vergleiche sein, Mot. 115. Diese Folgerung ist aber kraft Gesetzes ausgesprochen, was die Ausdrucksweise der C.P.: „ist anzusehen oder anzunehmen“ regelmäßig bedeutet, s. §§ 39, 59, 129, 241, 243 Abs. 3, 296. Die in dieser Ausdrucksweise ausgesprochene Gleichstellung bedeutet die durch Gesetz bestimmte Gleichheit der Wirkung, eine Rechtsvermutung ohne Zulassung eines Gegenbeweises, soweit nicht ein solcher durch Ausnahmen von der Gleichstellung ausdrücklich nachgelassen ist, also eine praesumptio juris et de jure, vgl. Anm. 1 § 39. Dieselbe kann nicht durch den Nachweis widerlegt werden, daß nichts verabredet sei; die Wirkung kann vielmehr nur durch den Nachweis ausgeschlossen werden, daß ein Anderes vereinbart ist. Diese Vereinbarung braucht zur Ausschließung der Wirkung (exc. doli) nur mündlich getroffen zu sein. Zu erstatten sind demnach die Kosten des Vergleichs nur, wenn durch Vereinbarung oder durch Urtheil bestimmt ist, daß eine Partei sie tragen soll, R.O. 13. Jan. 1894, JW. 81.

2) Der Fall des Schlußsatzes liegt auch vor, wenn in einem Theilurtheil über die Kosten eine rechtskräftige Theilentscheidung getroffen ist (vgl. Anm. 1 §§ 87 u. 88) und die Parteien sich über den Restanspruch ohne besondere Erwähnung der Prozeßkosten vergleichen. Wenn nur über die Kosten des Rechtsstreits und nicht auch über die Kosten des Vergleichs eine Vereinbarung getroffen ist, so ist Satz 1 anwendbar, R.O. 8. März 1893 JW. 196. — Auf die Kostenpflicht gegenüber der Staatskasse hinsichtlich der Gerichtskosten bezieht sich § 93 nicht. Vorb. 1 vor § 87, vgl. O.R.O. §§ 21, 23, 101, 86, 88 und dazu Obz.O. 19. Dez 1887, SA. 43, 220. — Beide Sätze des § 93 beziehen sich sowohl auf den gerichtlichen, wie den außergerichtlichen Vergleich, Caupp Anm. II. Ein Unterschied wird nur dadurch begründet, daß der gerichtliche Vergleich einen vollstreckbaren Titel für die Kostenfestsetzung gemäß § 93 gewährt, § 702 Nr. 1, auch wenn in demselben des Kostenpunktes keine Erwähnung geschehen ist, daß dagegen aus dem außergerichtlichen Vergleich zunächst nur eine Kosten-Entscheidung gemäß § 93 beantragt werden kann.

### § 94.

Die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt ist unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird.<sup>1)</sup>

E. 92. N. 156. P. 33. 519.

1) Die über § 94 entstandene Streitfrage, ob die Anwendbarkeit desselben auf den Fall beschränkt sei, wenn gleichzeitig in der Hauptsache erkannt ist, wie im gem. Prozeßrecht, oder auch gleichmäßig für den Fall bestehe, daß der Kostenpunkt den alleinigen Gegenstand der Entscheidung bildet (vgl. Birkmeyer med. Zeitschr. 1, 82, 320—345; Kleiner 1, 345; v. Bülow Anm. 3; R.O. 6, 432; 9, 325, D.O. Oldenburg, SA. 38, 450; dagegen Aufsl. 3 dieses Kommentars Anm. 1 § 94; Oppenheim, Raffr. 27, 716 ff.; Seuffert, krit. Viertelj. 26, 487 ff.; Obz.O., SA. 37, 463 u. 38, 452), ist von den vereinigten Civil-Senaten des Reichsgerichts durch Urth. v. 18. Okt. 1883, R.O. 10, 309, in Uebereinstimmung mit den



beidseitigen Ausführungen zu Gunsten der zweiten Alternative, also der allgemeinen Anwendbarkeit für die erwähnten Fälle entschieden. Vgl. *R.O.* 30, 364. Die „Hauptsache“ ist hier nur als Gegensatz vom Kostenpunkt zu denken, umfaßt also Entscheidungen über prozeßhindernde Einreden, *R.O.* 23, 339, wie auch über anderweitige Nebenansprüche, z. B. Sinsen, *R.O.* 15. April 1893, *Z.B.* 266. Vgl. auch *R.O.* 27. Febr. 1894, *Z.B.* 172 (Beschwerde über einen Beschluß betr. Zulässigkeit des Eintritts in den Prozeß für statthaft erachtet, obwohl der Prozeß selbst nur wegen der Kosten fortgesetzt werden sollte). Hat das Gericht nur über den Kostenpunkt erkannt, die Entscheidung in der Hauptsache aber zu Unrecht unterlassen, so giebt ein solches Urtheil allerdings der betroffenen Partei auch in der Hauptsache Grund zur Beschwerde; allein die Ergänzung eines solchen unvollständigen Urtheils kann zunächst nicht im Wege des Rechtsmittels sondern nur nach Maßgabe des § 292 erreicht werden, *R.O.* 22, 421. (Unrichtig daher *R.O.* 13. April 1886, *Z.B.* 192, *Raffr.* 31, 1154.) Erst gegen die eine Ergänzung ablehnende nachträgliche Entscheidung würde das sonst zulässige Rechtsmittel eingelegt werden können. Vgl. *R.O.* 12. Juli 1889, *Z.B.* 364.

Inwieweit ein Urtheil angefochten wird, ergibt sich erst aus dem in der *m.B.* zu stellenden Antrage des Berufungs- oder Revisionsklägers. Ein in dem vorbereitenden Schriftsatz angekündigter Antrag ist dafür nicht maßgebend (Anm. 2 § 480). Ob § 94 anwendbar ist oder nicht, entscheidet sich also lediglich nach dem Inhalte des in der mündlichen Verhandlung gestellten Antrags, *R.O.* 6, 435. Wird ein Antrag auf Abänderung in der Hauptsache anfänglich gestellt, aber wieder zurückgenommen, so liegt ein solcher Antrag zur Entscheidung nicht vor, und wenn nur eine Anfechtung des Urtheils hinsichtlich des Kostenpunkts übrig bleibt, so muß das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden. Vgl. Franke, *Busch* 6, 80, 81; Barazzetti, *Rechtsmittel* 87, 32. Wird die Hauptsache nach Einlegung des Rechtsmittels zu Gunsten des Berufungs- (Revisions-) Klägers erledigt, so ist derselbe nicht genöthigt, die Anfechtung in der Hauptsache fallen zu lassen, vielmehr hat er seinen Antrag auf Abänderung des angefochtenen Urtheils in der Hauptsache mit der aus der geschehenen tatsächlichen Erledigung sich ergebenden Modifikation, den Antrag für erledigt zu erklären bzw. den gegnerischen Antrag zurückzuweisen, *R.O.* 1. Juni 1892, *Z.B.* 333, aufrecht zu erhalten, womit das Rechtsmittel über den Kostenpunkt zulässig bleibt. Hat das Gericht die Klage für erledigt erklärt, statt dem Antrage des Beklagten gemäß die Klage abzuweisen, so ist behufs beschlussfälliger Abänderung eine Berufung des Beklagten in der Hauptsache einzulegen und zulässig, *R.O.* 25. April 1894, *Z.B.* 279. Wird dagegen die Hauptsache schon vor Einlegung des Rechtsmittels erledigt, so ist, wenn man mit dem Reichsgerichte annimmt, daß nicht nur zur Zeit des Urtheilsverlasses, sondern auch noch zur Zeit der Rechtsmittel-Einlegung ein Beschwerdebegrund vorhanden sein muß, um die Einlegung des Rechtsmittels zulässig zu machen (*R.O.* 18, 418; 20, 430; 27, 365; 7. Juni 1894, *Z.B.* 423; vgl. Anm. 2 zu § 508), dann in der Regel ein Rechtsmittel nur hinsichtlich des Kostenpunktes möglich, also gemäß § 94 ausgeschlossen und nur ausnahmsweise könnte eine Partei trotz der Erledigung der Hauptsache vor Einlegung des Rechtsmittels noch ein Recht auf materielle Aenderung des Urtheils der Vorinstanz haben und geltend machen. Demnach ist auch nach geschehener Zurücknahme der Klage ein Rechtsmittel gegen ein Zwischenurtheil (aus §§ 248, 276) weder in der Hauptsache noch auch deshalb hinsichtlich des Kostenpunktes zulässig. Vgl. *Abf.* 2. Natürlich ist die Hauptsache nicht erledigt, wenn der Beklagte auf ein vorläufig vollstreckbares Urtheil den Kläger zur Abwendung der Zwangsvollstreckung befriedigt hat und das Rechtsmittel gerade zu dem Zwecke einlegt, um die Aufhebung dieses Urtheils und in deren Folge die Zurückstattung des Geleisteten zu erlangen, *R.O.* 29, 379. Ebenso ist das Rechtsmittel in der Hauptsache an sich zulässig, wenn die Erledigung derselben von dem Berufungskläger nicht anerkannt wird (wenn auch mit Unrecht) und deshalb die Abänderung des Urtheils in der Hauptsache beantragt wird, *R.O.* 27, 365; ferner, wenn der Kläger vor der Einlegung des Rechtsmittels seitens des Beklagten auf den ihm zuerkannten Anspruch verzichtet, der Beklagte jedoch die Abweisung des Klägers durch sein Rechtsmittel beantragt, da er ein Recht hierauf hat und der Verzicht den

Rechtsstreit nicht beendet, **R. O.** 27, 407; desgleichen vollends, wenn der Beklagte verurtheilt ist, obgleich er schon vor dem Urtheile durch Erfüllung die Klage erledigt hat, ist seine Berufung behufs der Erledigungserklärung zulässig, **R. O.** 33, 383. Daß eine der Parteien allein den Rechtsstreit für erledigt erklärt, auch wenn dies der Kläger thut, genügt gegen den Willen des Berufungsbeklagten nicht zur Erledigung, **R. O.** 6. Juni 1894, **Raff. R.** 39, 151. Vgl. die nach anfänglichem Schwanken, namentlich hinsichtlich des für die Zulässigkeit des Rechtsmittels maßgebenden Zeitpunktes nun in vorstehender Richtung konstante Rechtsprechung des Reichsgerichts über diese Frage: **R. O.** 15, 407, 425; 16, 323; 18, 418; 20, 430; 27365, 407; 9. Juli 1884, **Z. W.** 266; 13. Febr. 1886, **Z. W.** 146 u. **Raff. R.** 30, 1181 (30. Apr. 1886, **Z. W.** 164); 7. Jan., 20. Okt. 1888, **Raff. R.** 33, 1139, **Z. W.** 69, 422; 12. u. 16. Jan., 21. Febr. 1889, **Z. W.** 65, 108, 129, **S. A.** 45, 99; 18. März 1891, **Z. W.** 221; 17. März 1892, **Z. W.** 215; 7. Jan., 1. Mai 1893, **Z. W.** 93, 308; 24. Jan., 7. Juni 1894, **Z. W.** 81, 423. Vgl. auch **W. O.** Berlin II, **Bl. f. R.** 3, 34. Die Zulässigkeit der Beschwerde ist in Ansehung jedes sich beschwerenden Streitgenossen selbständig zu prüfen, **R. O.** 22. Mai 1894, **Z. W.** 359.

**Voraussetzung** für die Zulässigkeit des Rechtsmittels im Kostenpunkte ist die form- und fristgerechte Einlegung eines an sich zulässigen Rechtsmittels in der Hauptsache, **R. O.** 6, 339; 13, 390; 20, 430; 31, 44; 3. Nov. 1893, **Z. W.** 537; dagegen ist es ohne Einfluß, ob das Rechtsmittel auch für begründet zu erachten ist, und es kann deshalb gegen die Zulässigkeit des Rechtsmittels im Kostenpunkt nicht eingewendet werden, daß gegen die Hauptsache ein von der Partei selbst als aussichtslos erkanntes Rechtsmittel nur zu dem Zwecke eingelegt sei, um eine abändernde Entscheidung im Kostenpunkt zu erlangen; **R. O.** 27, 367; 13. Okt. 1888, **Z. W.** 407, **S. A.** 44, 361; 29. Dez. 1893, **Z. W.** 1894 S. 81. Ebenso ist es einflußlos, welche von den Parteien ein Rechtsmittel in der Hauptsache eingelegt hat. Ist dies von einer Partei geschehen, so hat die Gegenpartei wegen des Kostenpunktes das Recht der Anschließung; §§ 482, 518; **Not.** 116; **P.** 519; **R. O.** 5. Nov. 1890, **Z. W.** 1891 S. 7, 8, was auch für den Fall doppelseitiger Einlegung des Rechtsmittels der Beschwerde gilt (bei welcher eine eigentliche Anschließung nicht möglich ist); **R. O.** 19. Juni 1886, **Z. W.** 245; **D. O.** Kiel 2. Okt. 1889, **S. A.** 46, 214. Wegen des Fortfalls der Anschließung bei Zurücknahme oder Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig vgl. § 483, dessen Abs. 2 für die Anschließung wegen des Kostenpunktes bedeutungslos ist.

Hat die Partei gegen ein in der Hauptsache ergangenes Theilurtheil, durch welches über den Kostenpunkt nichts entschieden ist, ein Rechtsmittel eingelegt, so hat sie sich damit auch das Rechtsmittel gegen die im Resturtheil ausgesprochene Entscheidung über den Kostenpunkt erhalten; **R. O.** 7. Dez. 1887, **Z. W.** 1888 S. 11; 5. Mai 1888, **Z. W.** 383; 24. Juni 1890, **Z. W.** 274; 8. April 1893, **Z. W.** 444; **Zastrow, Raff. R.** 33, 825; **a. R.** Altwater, **Buch** 10, 253.

Der § 94 findet auch auf das Rechtsmittel der Beschwerde Anwendung, z. B. im Kostenfestsetzungsverfahren, **R. O.** 18. Sept. 1883, **Wallm.** 10, 342; 9. Juli 1887, **Z. W.** 351 (vgl. jedoch bezüglich der Höhe: **Kammerger.**, **Buch** 12, 507 u. **abw.** **D. O.** Cassel, **Buch** 16, 150, **S. A.** 47, 92), oder aus § 701, **R. O.** 8. Juli 1886, **S. A.** 42, 216. Gegen die Zulassung einer nach § 94 unzulässigen Beschwerde ist weitere Beschwerde zulässig, **R. O.** 3. April 1891, **Z. W.** 248; 9. April 1891, **Z. W.** 510; 10. Sept. 1893, **Z. W.** 470. Auf die Beschwerde eines Dritten, welcher in der Hauptsache nicht betheiligt war, dennoch aber von der Kostenentscheidung zu seinen Ungunsten betroffen wird, ist § 94 nicht anwendbar, da für ihn der Kostenpunkt die alleinige Hauptsache ist, **R. O.** 2. Juli 1891, **Z. W.** 412, **Raff. R.** 37, 135.

Auf die Einlegung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurtheil bezieht sich § 94 nicht, wie der Wortlaut „Rechtsmittel“ und „Anfechtung“ ergibt. Der Einspruch ist weder ein Rechtsmittel noch eine Anfechtung. Wird der durch Versäumnisurtheil zu Unrecht — weil keine Versäumung vorlag — abgewiesene Kläger demnächst in der Hauptsache befreit, so kann er dennoch wegen des Kostenpunktes Einspruch einlegen. Er muß, **dann** allerdings zur Verhandlung über die „Hauptsache“ (§ 305 Nr. 3) laden; aber unter der Hauptsache im Sinne des § 305 Nr. 3 kann auch der Kostenpunkt allein verstanden werden.

well hier der Ausdruck lediglich den Gegensatz zur Verhandlung über den Einspruch bezeichnet, R. 13, 327. Die in dieser Entsch. gemachte Anwendung der die Zulässigkeit des Einspruchs betreffenden Grundsätze auf die Zulässigkeit der Berufung gegen das auf den Einspruch ergehende Urtheil beruht auf einem offenbaren Versehen.

Dem § 94 nachgebildet ist § 74 des preuß. Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 3. Juli 1875 u. 2. Aug. 1880, jetzt § 105 Ges. v. 30. Juli 1883 über die allgem. Landesverwaltung. Auch auf Beschwerden im Preussischen Immobilien-Zwangsvollstreckungsverfahren findet § 94 Anwendung; R. 7. Jan. 1888, JZ. 69, dagegen nicht auf Rechtsmittel in Patentsachen; R. 1. Nov. 1890, JZ. 410 (abw. von R. 6, 340).

### § 95.

Besteht der unterliegende Theil aus mehreren Personen, so haften dieselben für die Kostenersatzung nach Kopftheilen.<sup>1)</sup>

Bei einer erheblichen Verschiedenheit der Betheiligung am Rechtsstreite kann nach dem Ermessen des Gerichts die Betheiligung zum Maßstabe genommen werden.<sup>2)</sup>

Hat ein Streitgenosse ein besonderes Angriffs- oder Verteidigungsmittel geltend gemacht, so sind die übrigen Streitgenossen für die durch dasselbe veranlaßten Kosten nicht verhaftet.<sup>3)</sup>

Durch die Bestimmungen dieses Paragraphen wird eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts begründete Verpflichtung, wegen der Kosten solidarisch zu haften, nicht berührt.<sup>4)</sup>

E. 93. N. 157. P. 33, 34. 519. 520.

1) Voraussetzung für § 95 ist, daß

a) die unterliegende Partei aus mehreren Streitgenossen besteht, Personen im Sinne des § 56 — mehrere gesetzliche Vertreter sind eine Person; der Vormund mehrerer Mündel vertritt mehrere Personen —;

b) daß für die Betheiligten derselbe Prozeß vorliegt. Ob § 95 auf den Fall der Prozeßverbindung nach § 138 anwendbar ist, hängt von der Bedeutung ab, welche man dieser Verbindung beimißt; vgl. Anm. 1 § 138. — Die Vorschrift betrifft nur die Pflicht zur Erstattung von Kosten dem Gegner gegenüber; das Rechtsverhältniß der Unterliegenden unter einander wird durch § 95 nicht berührt und ist unabhängig davon nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden; R. 8. Juni 1882, JZ. 175; 12. Juli 1894, JZ. 453. Die Vorschrift ist auch nur anwendbar, soweit die Mehreren unterliegen und Kosten zu erstatten haben; der Streitgenosse, welcher allein ein Rechtsmittel einlegt und unterliegt, hat dafür allein zu erstatten. Vgl. indeß für den Fall des § 59 Anm. 4 § 59. Die Unterliegenden schulden dem Gegner Jeder nur in Höhe seines Kopftheils (haften bedeutet hier: schuldig sein, vgl. RR. I 6 §§ 29, 32); nicht ist, wie Endemann I, 404 will, eventuell auch der von dem Einen nicht beizutreibende Theil von einem Andern wieder nach Kopftheilen einzuziehen. Keinen Unterschied macht es, ob die Streitgenossen durch ein einziges Urtheil oder innerhalb desselben Prozeßes nacheinander durch mehrere Urtheile zu den Kosten verurtheilt sind; R. 21. Dez. 1887, JZ. 1888 S. 66, SA. 43, 349. Vgl. jedoch bad. Annalen 58, 202.

2) Absf. 2. Maßgebend ist die Betheiligung sowohl am Streitgegenstand, als an der Prozeßführung nach den konkreten Umständen; Sarwey I, 178, vgl. die Entsch. a. E. von Anm. 1; aR. Reinde Anm. 1.

3) Absf. 3. Zu den Angriffs- und Verteidigungsmitteln sind ex ratione legis (vgl. § 87) hier die Beweismittel und Beweisreden mitzurechnen. Vgl. Anm. 1 § 137.

4) Absf. 4. Die Entscheidung über die (nach dem betr. bürgerlichen Rechte auszusprechende) Solidarhaft der Streitgenossen hinsichtlich der Kosten ist im Urtheil zu treffen (§ 279), nicht erst im Festsetzungsbeschluß. Hat das Urtheil eine solche Entschei-

dingung nicht ausdrücklich getroffen, so kommt für den Festsetzungsbeschluß Abs. 1 zur Anwendung, *R. O.* 30. Sept. 1886, *ZW.* 314; 21. Dez. 1887, *ZW.* 1888 S. 67; *RO. I* Berlin, *Bl.f.R.* 3, 67. *RR.* Kammergericht, *Bl.f.R.* 4, 74; vgl. auch *R. O.* 30, 341. Vorschriften des bürgerlichen Rechts, welche direkt die solidarische Verhaftung von Streitgenossen für die Prozeßkosten aussprechen, sind nicht gemeint und werden, abgesehen von vertragsmäßigen Bestimmungen, kaum vorhanden sein (vgl. jedoch *Seuffert Anm.* 3, dagegen *Gaupp Anm.* III). Gemeint ist eine, nach dem bürgerlichen Rechte begründete solidarische Verpflichtung der Streitgenossen, dem Gegner für die Erfüllung von Verträgen und anderen Verpflichtungen zu haften, und die vom erkennenden Richter zu berücksichtigende Konsequenz der materiellrechtlichen Pflicht, auch die Kosten für den Prozeß wegen Nichterfüllung oder Zwiiderhandlung solidarisch tragen zu müssen; *R. O.* 15, 381; 30, 341; *Petersen Anm.* 5, *Puchelt* 1, 333, *Struckmann-Roch Anm.* 4; *Reinde Anm.* 2; *A. Förster Anm.* 1a, *D. O.* Dresden 2. Juni 1880, *Wallm.* 1881, S. 407; *D. O.* Hamburg, *S. A.* 40, 449; 47, 340; *D. O.* Stuttgart, *S. A.* 41, 425; *Kammergericht, Bl.f.R.* 4, 74 (für Wechselschuldner). Dagegen nehmen *Seuffert, Gaupp, Endemann, Kleiner, v. Sarwey, Sellmann, Siebenhaar* eine civilrechtliche, die Solidarhaftung für Kosten direkt betreffende Vorschrift als vorausgesetzt an, unter Berufung auf den Wortlaut und auf die Protokolle zur gleichlautenden Vorschrift des hannov. Entwurfs. Indeß spätere legislatorische Faktoren haben nicht den Sinn des absoluten Wortlauts darunter verstanden. Ein Antrag in der Vorl., die solidarische Verhaftung der Streitgenossen für Kosten festzustellen, wenn sie in der Hauptsache dem Gegnern solidarisch verhaftet sind, wie dies auch die bayr. *P. O.* Art. 108 Abs. 2 bestimmt, ist abgelehnt und Abs. 4 übereinstimmend mit *R.* 157 angenommen, da dieselbe Intention jenes Antrags aus Abs. 4 genügend hervorgehe. Die *Notize* 117 citiren auch als Beispiel das *RR. I* 5 § 424. (Das Citat des § 426 beruht auf Druckfehler. Auch *RR. I* 6 §§ 29, 32 gehören hierher; desgleichen die solidarische Verhaftung mehrerer Wechselverpflichteten, Art. 81 *D. W. O.*, *Borchardt W. O.*, *Zusatz* 615 b, ebenso *H. O. B.* Art. 112.) In der *RR.* wurde die Streichung des Abs. 4 beantragt, weil die Streitgenossenschaft willkürlich und mechanisch sei und Landesvorschriften, welche den Streitgenossen unter Umständen solidarische Haftbarkeit für die Kosten auferlegen, nicht zu erhalten seien. Nach einer Entgegnung des *Dir. v. Amsberg*, daß nicht prozessuale, sondern nur Vorschriften des bürgerlichen Rechts aufrecht erhalten werden sollen, wurde der Antrag abgelehnt, *P.* 519, 520. Der allerdings undeutliche Wortlaut kann hiernach allein nicht maßgebend sein und würde auch kaum noch ein Gebiet für die Anwendung des Abs. 4 übrig lassen. Vgl. *RR. O.* § 92. (*RR.* auch *Sippmann, civ. R.* 67, 440 ff., vgl. jedoch gegen denselben die Ausführungen in *Auf. 4* S. 149.) — Mit Recht bemerkt *Pfizer, Busch* 19, 278 ff., daß bei ungleichem Verhalten der Streitgenossen betreffs der Rechtsverfolgung (contradict. bez. verflumend zc.) die solidarische Haftung diejenigen Kosten nicht betrifft, welche nur dem Einzelnen gegenüber erwachen sind. Für die Kosten der, nur gegen einen der Streitgenossen veranlaßten Zwangsvollstreckung haften die Anderen entsprechend nicht solidarisch, *Kammergericht, Bl.f.R.* 3, 95. — Die solidarische Verpflichtung der Streitgenossen zur Kostenersatzung (gegenüber dem Gegner) begründet natürlich noch nicht eine solche Verpflichtung zur Kostenzahlung gegenüber der Gerichtskasse, *D. O.* Hamburg, *S. A.* 47, 340.

## § 96.

Die Bestimmungen der §§ 87—93 finden auch auf die durch eine Nebenintervention verursachten Kosten<sup>1)</sup> Anwendung.<sup>2)</sup>

Gilt der Nebenintervenient als Streitgenosse der Hauptpartei (§ 66), so sind die Vorschriften des § 95 maßgebend.

**R. 94. N. 158. P. 34. 520.**

1) Zu den durch die Nebenintervention verursachten Kosten gehören namentlich auch die Anwaltsgebühren, sowohl die dem Intervenienten als auch die der Hauptpartei und ihrem Gegner durch die Intervention entstehenden. Ueber den Kosten-

punkt für den Zwischenstreit wegen der Zulassung der Intervention, desgleichen über die durch die Intervention im Hauptverfahren entstehenden Kosten, ist im Zwischenurtheil, § 68 Abs. 2, jedenfalls dann zu entscheiden, wenn die Intervention durch das Zwischenurtheil als unzulässig abgewiesen und damit beendigt ist. Dies folgt aus dem Principe des § 87 und aus der Thatfache, daß mit der Zurückweisung der Intervention der Interventent aus dem Prozesse ausscheidet und das Zwischenurtheil für ihn dann die Entscheidung dieses Prozesses ist. Die Polemik von Francke, Nebenparteien 92 ff., beruht auf irrtümlichem Uebersehen dieser Voraussetzung der Zurückweisung. Aber auch in dem Falle der Zulassung der Nebenintervention sind schon in dem darüber zu erlassenen Zwischenurtheile die durch den Zwischenstreit entstandenen Kosten zu regeln und der widersprechenden Partei nach § 87 aufzuerlegen; vgl. Anm. 1 § 87, Gaupp Anm. I 1. Ist dies unterblieben, so kann eine Ergänzung gemäß § 292 beantragt werden; es steht aber auch nichts im Wege, wenn ein solcher Antrag nicht gestellt wird, über die Kostenpflicht des Zwischenurtheils nachträglich im Endurtheil zu bestimmen. Was die weiteren durch die Theilnahme der Nebenintervententen am Hauptprozeße entstehenden Kosten betrifft, so ist im Urtheile des Hauptprozesses zugleich über die Kostenpflicht in Betreff „der durch die Nebenintervention verursachten Kosten“ zu entscheiden. Für dieselben sind nach § 96 Abs. 1 die §§ 87—93 anwendbar, d. h. der Nebeninterventent kann sie als obfliegender Theil vom Gegner erstattet verlangen, und muß sie als unterliegender Theil dem Gegner erstatten; Rot. 117, R. 158, Anm. 1 § 67, R. 13, 433. Ob der Beitritt des (nicht zurückgewiesenen) Nebenintervententen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nothwendig war oder nicht, ist nicht zu prüfen. (D. O. Hamburg 2. CivSen., dagegen 1. Senat, SA. 40, 355, 356.)

Die nicht deutliche Fassung des Abs. 1 verleitet zur Annahme, als sollten für die Kostenpflicht der beiden Hauptparteien gegen einander die §§ 87—93 auch hinsichtlich der durch die Nebenintervention verursachten Kosten anwendbar erklärt werden. Eine Vorschrift, für welche offenbar jeder Grund fehlen würde, da für dieses Verhältniß die Grundsätze in den §§ 87 ff. schon direkt bestimmt sind. Es sind vielmehr die Worte: „für die Kostenverpflichtung des Nebenintervententen und seines Gegners unter einander“ als fehlend zu ergänzen. Vgl. R. 15. Okt. 1884, JW. 266, Ziff. 4. Der § 96 ist in seiner jetzigen Fassung von der Vorcommission redigirt. Die laut Beschlußes der Vorkomm. eigentlich angenommene Fassung des Abs. 1 lautete jedoch deutlicher dahin: „die durch eine Nebenintervention veranlaßten besonderen Kosten sind nach Maßgabe der in den §§ 85—91 (jetzt: 87—93) enthaltenen Bestimmungen dem Nebenintervententen oder der Hauptpartei zur Last zu legen bez. zu kompensiren oder verhältnißmäßig zu theilen.“ Ohne daß etwas Anderes beschlossen wäre, ist dies im Wege der Redaktion dann durch die jetzige Fassung ausgedrückt. Im obigen Sinne entspricht die Vorschrift auch dem gemeinen Prozeßrechte, Weßell 52, Renaud 742. Für die dem Nebenintervententen entstandenen Kosten haftet die unterstützte Hauptpartei nicht; und ebenso für die Kosten der letzteren nicht der Nebeninterventent (abweichend von R. 158), abgesehen von besonderen Gründen des bürgerlichen Rechts. Das Verhältniß der unterstützten Partei zum Nebenintervententen hinsichtlich der Kosten ist durch § 96 überhaupt nicht berührt (Vorbem. 1 vor § 87) und ist in besonderem Verfahren unter ihnen festzustellen; R. 20. Nov. 1889, JW. 499; SA. 45, 356; 24. Febr. 1893, JW. 196; vgl. Anm. 1 zu § 92.

Zur Gewinnung eines Titels zur Zwangsvollstreckung muß das Endurtheil die Kostenpflicht des Nebenintervententen hzw. des Gegners ihm gegenüber bestimmen, Rot. 117, R. 15, 418, SA. 45, 131; 16. April 1886, JW. 191; 20. Nov. 1889, JW. 499 (am Schluß); D. O. Cassel, SA. 49, 350; vgl. dagegen R. 20. Febr. 1889, SA. 45, 218, wo für die Kostenpflicht bezüglich des Nebenintervententen eine Ergänzung der Urtheilsformel aus den Gründen zugelassen wird. Vgl. §§ 279 Abs. 2, 292.

Eine Verpflichtung der Nebenintervententen zur Ertragung von Kosten der Hauptsache bestimmt § 96 nicht; vgl. Anm. 3 § 68.

2) Die Kosten der Streitverklündung muß die unterliegende Partei nach dem

allgemeinen Grundsätze des § 87 tragen; mithin auch der unterliegende Gegner, soweit sie zur sachgemäßen Rechtsverfolgung oder Vertreibung nötig war. — Der betretende Litigensbenutzer ist Nebeninterventent, § 71, und hat dessen Rechte und Pflichten auch hinsichtlich der Kosten. Die Fälle der §§ 72, 73 sind Fälle der Streitverkündung, und es gelten dafür dieselben Grundsätze wegen der Kosten, soweit nicht aus der Prozeßübernahme bzw. gemäß §§ 72, 73 andere Partetrollen entstehen; Mot. 118.

### § 97.

**Gerichtsschreiber, gesetzliche Vertreter, Rechtsanwälte und andere Bevollmächtigte sowie Gerichtsvollzieher können durch das Prozeßgericht auch von Amtswegen zur Tragung derjenigen Kosten verurtheilt werden, welche sie durch grobes Verschulden veranlaßt haben.<sup>1)</sup>**

Die Entscheidung kann ohne mündliche Verhandlung erfolgen. Vor der Entscheidung ist der Beteiligte zu hören.<sup>2)</sup>

Gegen die Entscheidung findet sofortige Beschwerde statt.<sup>3)</sup>

E. 49 a. N. 180. P. 34. 35. 520. 681—688.

1) Der § 97 ist von der RR. — nach dem Vorbilde des H.C. u. R.C. sowie code de proc. art. 132, sowie unter Ablehnung eines gleichen Verfahrens gegen „Richter“ — beschlossen. Was als „grobes Verschulden“ anzusehen, ist eine tatsächliche, aus den begleitenden Umständen zu beantwortende Frage (für Preußen vgl. Eccius I, § 27; ObL. Präl. Nr. 703), für welche die civilrechtlichen Begriffe der culpa lata und des groben Versehens sachgemäß einen Anhalt geben. Jedenfalls hat der entscheidende Richter das Maß dafür nicht in seinen eigenen Fähigkeiten und Kenntnissen zu finden. Vgl. ZM. 1882 S. 82—85, 52, 65 u. R.W. 4, 429. Die Einreichung einer dem Anwaltszwang unterliegenden Beschwerde beim Reichsgerichte durch einen dort nicht zugelassenen Anwalt ist nach R.W. 13. Okt. 1894, ZM. 534 ein grobes Verschulden; ebenso die Einlegung einer Beschwerde gegen einen gesetzlich unanfechtbaren Beschluß sowie die Einlegung einer offenbar unzulässigen weiteren Beschwerde; R.W. 7. Jan. 1882, SA. 37 Nr. 250; 14. Jan. 1893, ZM. 173, (was für zweifelhafte Fälle, namentlich der Zulässigkeit der weiteren Beschwerde, nicht angenommen werden dürfte), dagegen erachtet R.W. 12. Dez. 1887, SA. 43, 461 einen Schreibfehler in der Klageabschrift gemeinrechtlich nicht für grobes Verschulden. Das Verschulden des Stellvertreters eines Anwalts (§ 25 P.A.D.) gilt auch für § 97 als Verschulden des Anwalts selbst, R.W. 13. Okt. 1894, ZM. 534. Ob die Verurtheilung nach § 97 der eigenen Partei der Vertreter u. oder dem Gegner zu Gute kommt, ist einflußlos. Als Prozeßgericht entscheidet das Gericht, bei welchem der Prozeß anhängig ist, in dem die betreffenden Kosten entstanden sind. Daraus ergiebt sich auch, daß nach Beendigung der Instanz eine solche Verurtheilung durch das Gericht derselben oder höheren Instanz und nach Erledigung aller Instanzen überhaupt nicht mehr geschehen kann. Der § 97 giebt nach Wortlaut, Stellung und Zusammenhang dieses Titels nur eine Regel für den mit der Entscheidung des Prozeßes, insbesondere des Kostenpunktes befaßten Prozeßrichter; derselbe kommt demnach auch im Zwangsvolstreckungsverfahren nicht zur Anwendung, D.R.G. Dresden, SA. 45, 352; unrichtig L.W. Dresden, civ.X. 69, 449, vgl. dagegen auch Sarwey und Petersen zu § 97. Im Uebrigen sind etwaige Regress-Ansprüche der Parteien gegen die in Abs. 1 genannten Personen, wegen schuldhafter Verursachung von Kosten, durch besondere Klage geltend zu machen; auch wird der nach dem bürgerlichen Recht in Betracht kommende geringere Grad einer Verschuldung durch § 97 nicht berührt. — Wenn die Kosten nicht auf Grund eines Verschuldens, sondern als Folge der Zurückweisung eines Rechtsmittels oder Antrags dem Vertreter, als Antragsteller bzw. Geschäftsführer ohne Auftrag auferlegt sind, ist § 97 nicht angewendet; welches Rechtsmittel gegen eine solche Entscheidung (z. B. wegen Verletzung des § 89 G.R.G. oder des § 92) zulässig ist, richtet sich deshalb nicht nach § 97,

sondern nach den sonst zutreffenden gesetzlichen Vorschriften; **R. O.** 2. Juli 1891, **RaffR** 37, 186; 7. Mai 1892, **ZW.** 270,

Im Preuß. **R. O.** zu **OS.** 24 April 1878 § 82 sind die Bestimmungen, nach welchen Gerichtsbeamte zum Ersatz von Schäden und Kosten im Aufsichtswege angehalten werden können, aufgehoben; — insoweit also auch § 81 Verordn. 7. Mai 1851 bez. **B.** 23. Sept. 1867 — gegen Buch 4, 400 ff. —; dagegen sind die Vorschriften über Feststellung und Ersatz der Kassenbesette (**B.** 24. Januar 1884, **OS.** 52 u. 23. Sept. 1867, **OS.** 1619) aufrecht erhalten. Ueber Niederschlagung von Gerichtskosten bei unrichtiger Behandlung **RR.** § 6.

2) Verfahren. Vgl. **Borb.** 1 vor § 119 und über die Natur des Verfahrens als Zwischenstreit **Borb.** 2a vor § 119; **R. O.** 14. Jan. 1893, **ZW.** 94. — Das Verfahren ist gebührenfrei, **RR.** § 47 Nr. 5; indeß Ausnahme § 47 Abs. 2, 3, vgl. § 94 Nr. 3 das.

3) Die verurtheilende Entscheidung ist dem Schuldigerklärten wegen der Frist zur sofortigen Beschwerde, § 540, nach Analogie des § 294 Abs. 3 von Amtswegen zuzustellen, sie enthält einen vollstreckbaren Titel, § 702 Abs. 3, und genügt daher auch zur Veranlassung der Kostenersatzung der Partei gegen ihn. Dagegen hängt die Anwendung des § 97 von dem Ermessen des Gerichts ohne Rücksicht auf einen Antrag ab. Die vertretene Partei und Gegenpartei hat kein Recht auf eine solche Entscheidung und demgemäß auch keine Beschwerde; dieselbe steht vielmehr nur dem Verurtheilten zu.

### § 98.<sup>1a)</sup>

Der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten kann nur auf Grund eines zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titels<sup>1)</sup> geltend gemacht werden.

Das Gesuch um Festsetzung des zu erstattenden Betrags ist bei dem Gericht erster Instanz anzubringen;<sup>2)</sup> es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.<sup>3)</sup> Die Kostenberechnung, die zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift derselben und die zur Rechtfertigung der einzelnen Ansätze dienenden Belege sind beizufügen.<sup>4)</sup>

**R. 95. N. 161. 162. P. 35. 520.**

1a) Zu §§ 98 ff. vgl. **Borb.** 2 vor § 87; **H. Meyer**, Wie liquidirt man Prozeßkosten? Berlin 1881; **Willenbücher**, das Kostenfestsetzungsverfahren, 3. Aufl. Berlin 1891, **Hergenhahn**, Buch 17, 110 ff. In den Endentscheidungen des Prozesses sind nur die Grundsätze über die Vertheilung der Kostenpflicht auszusprechen; die Festsetzung der Summen erfolgt in dem Kostenfestsetzungsverfahren; **R. O.** 10. Febr. 1883, **ZW.** 109, 110. Dasselbe ist als schriftliches Liquidationsverfahren ohne obligatorische mB. und ohne Endurtheil gestaltet; vgl. **Borb.** 2 vor § 87.

1) Die Titel, welche zur Zwangsvollstreckung geeignet sind, sind in §§ 644, 660, 868, 702, 706 angegeben. Von diesen kommen § 702 Nr. 5 u. § 706 hier nicht in Betracht, da sie zur Festsetzung von Prozeßkosten keine Veranlassung geben. Das Vollstreckungsurtheil für einen Schiedspruch, § 868, ist zugleich vollstreckbarer Titel zur Festsetzung der in dem Schiedspruch einer Partei auferlegten Kosten des schiedsrichterlichen Verfahrens, **Kammerger.**, **Bl.f.R.** 2, 53; vgl. **R. O.** 19, 406. Im Uebrigen bilden die Kosten des letzteren nicht einen Theil der Kosten des Hauptstreits, vgl. **R. O.** 20. Okt. 1894, **ZW.** 543; vgl. auch **Ann.** 1 § 868. Für Endurtheile besteht sich die erkannte vorläufige Vollstreckbarkeit, § 644, auch auf die Kosten. Es kann also auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Endurtheils die Festsetzung der Kosten beantragt werden; **R. O.** Berlin I, **Bl.f.R.** 3, 68. Die Unterscheidung von **Schneider**, **civ.R.** 66, 283 ff. zwischen vollstreckbaren und zur Zwangsvollstreckung geeigneten Titeln entspricht nicht dem Gesetz; auch ist es unrichtig, daß die Befristung der Hauptleistung in dem kondemnatorischen Urtheile auch den Kostenpunkt umfasse, über letzteren ist vielmehr in allen Fällen ohne Befristung zu erkennen. Ist die Vollstreckbarkeit des Urtheils von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht, so kann die Festsetzung nicht abgelehnt werden, weil der Nachweis der erfolgten

Sicherheitsleistung noch nicht geführt ist; indes ist im Festsetzungsbeschlusse dem Urtheil entsprechend auszudrücken, daß er nur gegen Sicherheitsleistung vollstreckbar ist; *R. 7. Mai 1882, ZW. 131; OLG. Dresden, Busch, 7, 96; OLG. Jena, SA. 40, 356.* Ohne solchen ausdrücklichen Zusatz im Kostenfestsetzungsbeschlusse würde derselbe unbedingt vollstreckbar sein (*AM. Haas, Raff. 34, 874* auf Grund der unrichtigen, dem § 702 Nr. 3 widersprechenden Ansicht, daß der Kostenfestsetzungsbeschuß für die Kosten des Rechtsstreits nur in Verbindung mit dem Urtheil ein vollstreckbarer Titel sei). Dem Zwecke der Sicherheitsleistung entsprechend ist jedoch nicht etwa die vorläufige Vollstreckbarkeit des Kostenfestsetzungsbeschlusses von der für die Hauptsache nach Inhalt des Urtheils zu bestellenden Sicherheit abhängig zu machen, *OLG. Raumburg, Busch 15, 401 f.* Die dagegen a. a. D. von v. Bruchhausen und Seuffert *Ann. 3* geltend gemachten Bedenken erscheinen nicht zutreffend. Wenn in dem Festsetzungsbeschlusse die Vollstreckbarkeit von einer besonderen für die Kosten zu bestellenden Sicherheit abhängig gemacht wird, so enthält dies keine Abänderung des Urtheils im Punkte der für die Hauptsache angeordneten Sicherheitsleistung, sondern nur eine entsprechende Anwendung desselben auf den Kostenpunkt; auch ist es nicht richtig, daß der Festsetzungsbeschuß keinen selbständigen vollstreckbaren Titel bilde; das Gegentheil ergibt sich aus § 702 Nr. 3. Die im Urtheil für die vorläufige Vollstreckbarkeit der Hauptsache bestimmten Modifikationen, so auch die dem Schuldner nachgelassene Hinterlegung, § 652 Abs. 2, sind auf den Kostenfestsetzungsbeschuß entsprechend für die Kosten anzuwenden; *R. 4. Jan., 20. Sept. 1890, ZW. 41, 360; 11. Mai 1891, ZW. 310; 11. Nov. 1891, SA. 47, 232.*

Die bloße Zurücknahme der Klage oder des Rechtsmittels begründet an sich noch keinen vollstreckbaren Titel zur Kostenerstattung, vielmehr nur das auf Grund der Zurücknahme auf Antrag zu erlassende Urtheil (vgl. § 243 Abs. 3, § 476 Abs. 3).

Nöthig ist nur, daß ein vollstreckbarer Titel vorliegt, bzw. hinsichtlich eines (vorläufig) vollstreckbaren Urtheils, daß es verkündet ist. Es genügt, wenn dies aus den Gerichts-Akten hervorgeht. Dagegen genügt nicht schon die Erklärung einer Partei in m. B., daß sie die Kosten übernimmt; *R. 20, 414.* Ein ohne vollstreckbaren Titel erlassener Festsetzungsbeschuß ist auf Beschwerde aufzuheben; *Busch 15, 516.* Vorgängige Zustellung nach § 671 ist nicht nöthig, da die Festsetzung keine Vollstreckung des Urtheils ist, § 283 Abs. 2, und ebensowenig die Vorlegung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urtheils (§§ 662 ff.). (Selbes angenommen vom Kammergericht zu Berlin *CivSen. III* in Sachen *Beckmann v. Zahnendorf*, Beschluß vom 25. März 1881.) Ebenso Willenbücher a. a. D. § 2 I B. S. 4. Gründet sich der Antrag darauf, daß das Urtheil rechtskräftig ist, so ist die Rechtskraft nachzuweisen; die hierzu nöthigen Kosten hat der Gegner nach dem Prinzip des § 87 zu erstatten. *AM. Busch 3, 434.*

Der Erstattungs-Anspruch umfaßt nur diejenigen Kosten, welche der Partei als solcher in ihrer dormaligen Parteistellung erwachsen sind, also z. B. nicht den Vorschuß, welcher im Ehescheidungsprozeße der Ehemann an seine Gegenpartei, die Ehefrau, zur Bestreitung der dieser erwachsenden Kosten hat zahlen müssen; ob ein Anspruch auf Erstattung eines solchen Vorschusses besteht, kann in dem Festsetzungsverfahren nicht entschieden werden, *R. 16. Mai 1887, ZW. 287.*

Sind Streitgenossen, von welchen nicht alle, sondern nur einer oder mehrere Erstattung der außergerichtlichen Kosten zu fordern haben, durch einen gemeinschaftlichen Anwalt vertreten gewesen, so kann der Erstattungs-Anspruch nur auf einen entsprechenden Theil der Anwaltskosten gerichtet werden, *R. 6. u. 4. CivSen. 20. Sept. 1886, 3. Dez. 1885, 2. Mai 1891, ZW. 330, SA. 47, 93;* überhaupt kann ein einzelner Streitgenosse nicht ohne weiteres Anspruch auf Erstattung der dem Gegner zur Last fallenden Gesamtkosten sämmtlicher Streitgenossen machen, sofern er nicht glaubhaft macht, daß er sie bezahlt hat und sich an seine Streitgenossen nicht mit Erfolg regressiren kann; *R. 31, 406; 18. Sept. 1893, ZW. 468,* abw. von früheren Urtheilen *ZW. 1887 S. 35 f.;* vgl. dagegen *Kammerg., H.f.R. 1891 S. 22.* Demgemäß kann der Rechtsanwalt, welcher zwei Streitgenossen vertritt, von welchen der eine seine Kosten vom Gegner erstattet fordern kann, der andre



selbst seine Kosten zu tragen hat, von dem kostenpflichtigen Gegner nur die Hälfte der Anwaltsgebühren erstattet fordern, *R. O.* 23. Nov. 1892, *J. B.* 1893 S. 13. Vgl. ferner *R. O.* 15. April 1893, *Raff.* 37, 1247; 17. April 1894, *J. B.* 179.

2) Das Gericht erster Instanz — die Kammer für Handelsachen, falls vor derselben die Sache in erster Instanz anhängig war, vgl. Anm. 1 § 34 — ist hinsichtlich der Kosten aller Instanzen zuständig. Eine Ausnahme bestimmt § 59 Ges. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890, wonach das Gesuch um Festsetzung der Kosten der zweiten (landgerichtlichen) Instanz bei dem Landgericht anzubringen, also auch von demselben zu erledigen ist. Im Falle der Entscheidung des Landgerichts nach § 820 ist dieses und nicht das Amtsgericht zuständig; *R. O.* 19. Dez. 1890, *J. B.* 1891 S. 68. Im Mahnverfahren sollen die Kosten des Verfahrens nach § 632 gleich im Zahlungsbefehl dem Betrage nach zur Zahlung ausgegeben werden; es bedarf daher keiner besonderen Festsetzung. Auch die Kosten der Zwangsvollstreckung sind zugleich mit dem einzuziehenden Anspruche beizutreiben, § 697. Daraus folgt jedoch nicht die Ungültigkeit des Kostenfestsetzungsverfahrens für solche Kosten, deren Beitreibung unterblieben ist. Zuständig für dasselbe ist freilich nicht das Vollstreckungsgericht, auch wenn die Kosten durch einen von demselben erlassenen Beschluß entstanden sind, sondern gemäß § 98 stets das Prozeßgericht erster Instanz; *S. O.* Berlin I, *Bl. f. R.* 3, 79; *Falkmann*, *Jf. O.* 1893 S. 11 (*a. R. O. S. O.* Colmar, *Bl. f. R.* 2, 51). Daß eine Kostenfestsetzung nur einmal in jedem Prozesse erfolgen solle (*Rot.* 118) ist nicht vorgeschrieben, vgl. das „nachträgliche Geltendmachen“ im § 100 u. *Willenbücher a. a. O.* 10 ff.; *R. O.* Plen. 27, 402 gegen früher *R. O.* 25, 408. Anders ist wieder in Patentstreitsachen erkannt vom *R. O.* 28. Nov. 1894, *J. B.* 1895 S. 6. Auch die für die Beschwerdeinstanz im Kostenfestsetzungsverfahren zu erstattenden Kosten sind dem Grundsatz des Abs. 2 entsprechend von dem Gericht erster Instanz festzusetzen; *S. O.* Berlin I, *Bl. f. R.* 3, 13. Wird aber der Kostenfestsetzungsbeschluß selbst von dem Beschwerdegericht erlassen, so ist dasselbe auch befugt, die Kosten des Verfahrens selbst mit festzusetzen, vgl. Anm. 3 § 99.

3) Es findet also für das Gesuch kein Anwaltszwang statt, und dasselbe kann auch schriftlich eingereicht werden, Anm. 4 § 74 Abs. 2. Die Befreiung vom Anwaltszwange ist jedoch nicht weiter (auf *v. B.*, Beschwerden *z. c.*) auszudehnen, vgl. Anm. 3 § 99, *a. R. Seuffert* Anm. 4.

4) Weder eine Abschrift der Belege noch des Gesuches beizufügen ist nöthig, sondern nur der Kostenberechnung. Ueber die Frage, ob und inwieweit die geschehene Aufwendung der Kosten nachzuweisen ist, vgl. *Vorb.* 2 vor § 87. Ueber das Verfahren vgl. Anm. 1 § 99. Entsprechende Anwendbarkeit des Abs. 2 vgl. *Gen.-Ges.* 1. Mai 1889 § 60 Abs. 2. — Wegen der Nothwendigkeit der Bezeichnung der einzelnen Belege in den Handakten vgl. *Bl. f. R.* 5, 34.

## § 99.

Die Entscheidung über das Festsetzungs-gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.<sup>1)</sup>

Zur Berücksichtigung eines Ansages genügt, daß derselbe glaubhaft gemacht ist.<sup>2)</sup>

Gegen den Festsetzungsbeschluß findet sofortige Beschwerde statt.<sup>3)</sup>

*E. 98. N. 163. P. 35. 520.*

1) Verfahren. Das Gericht kann verschieden verfahren:

a) Es setzt auf das Gesuch sofort fest und muß dann diesen nicht veränderten Beschluß nach § 294 Abs. 3 von Amtswegen den Parteien zustellen lassen. Das Festsetzungsverfahren ist ein zur ersten Instanz des Prozesses gehöriges Nachtragsverfahren, woraus für Zustellungen die Anwendbarkeit des § 162 (Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz), *R. O.* 24. März 1891, *S. N.* 47, 94, und für die Prüfung des Vollmachtspunktes im landgerichtlichen Prozeß die Ausschließung der Offi-

zial-Ehätigkeit des Gerichts folgt (§ 84), *R. O.* 9, 329, 392, soweit es sich in letzterer Beziehung nicht um die Prüfung der Legitimation für die Anbringung des dem Anwaltszwange nicht unterliegenden Gesuchs handelt, *Ann.* 3 § 98, § 84 *Abf.* 2 u. *Ann.* dazu, *Gaupp Ann.* II § 98; *Markus, Buch* II, 106 gegen Kammergericht ebendieselbst; *a. R.* auch *Meyer*, wie liquidirt man *z.* § 7 *S.* 9. Die Zustellung von Amtswegen ist nach Analogie des § 294 *Abf.* 3 schon mit Rücksicht auf die sofortige Beschwerde geboten (*R. O.* 3, 375), worauf auch § 98 *Abf.* 2 hinweist (eine zur Mittheilung an den Gegner bestimmte Abschrift). *Vgl. Rot., R. O.* 29. März 1892, *Z. B.* 216; ferner *Meyer*, Zustellungen von Amtswegen, Berlin 1882, *S.* 24 f. Zum Nachweise der Zustellung behufs der Zwangsvollstreckung (*vgl.* § 671) mag die Partei sich begl. Abschrift der Zustellungsurkunde ertheilen lassen. In der Praxis ist bei den Preussischen Gerichten die Ertheilung einer Bescheinigung des Gerichtsschreibers über die erfolgte Zustellung ziemlich allgemein gebräuchlich; die in *Z. f. G.* 1890 *S.* 154 mitgetheilten Bedenten sind im Hinblick auf die Befugnisse der Gerichtsschreiber aus § 646, bei Ertheilung von Rechtskraft-Zeugnissen die erfolgte Zustellung festzustellen, ohne Belang; *vgl.* § 19 *Abf.* 2 *Bes.* 31. März 1879, *GS.* 332. Das Zeugniß des Gerichtsschreibers entbindet gemäß § 383 den Gerichtsvollzieher von weiterer Prüfung. *Vgl.* auch *Ann.* 3 und *Z. f. G.* 1894 *S.* 105 (*Berf.* des *D. O.*-Präsidenten *Cöln* betr. Zustellung von Kostenfestsetzungsbeschlüssen).

b) Das Gericht kann (besonders wenn etwa außergewöhnliche Ansätze oder Thatfachen dies sachgemäß erscheinen lassen) den Gegner unter Mittheilung der Berechnung zuvor zur Erklärung in bestimmter Frist (§ 198 *Abf.* 1) auffordern. Die bei Nichterklärung eintretende Folge (welche nicht angedroht zu werden braucht, § 209 *Abf.* 1) besteht darin, daß das Gericht ohne Rücksicht auf etwaige Einwendungen und Aufklärungen des Gegners den Festsetzungsbeschluß erläßt. Ueber die Zweckmäßigkeit dieses Verfahrens, welches namentlich geeignet ist, die *Ann.* 5 § 87 gerügte Zuziehung von Subalternbeamten (Kalkulatoren) behufs Prüfung der Liquidationen entbehrlich zu machen, *vgl.* *Schulzenstein, Buch* 14, 529 f. Für diesen nicht verkündeten Beschluß erfolgt die Zustellung seitens des Gerichts wie zu a.

c) Das Gericht kann (sofort nach Anbringung des Gesuchs oder auch nach Auforderung des Gegners zur Erklärung) eine mündliche Verhandlung beschließen. Das weitere Verfahren ist dann dasjenige, was in allen Fällen eintritt, wenn *m. B.* beschlossen wird, ohne nothwendig sein, *vgl.* *Ann.* 1 vor § 119. Dieses Verfahren ist nicht üblich.

Im Beschlusse ist nicht auszusprechen, zu wessen Händen zu zahlen ist; er ergeht zwischen den Parteien (mit Ausnahme von § 115); *Vorb.* vor § 87; *Kammerg. u. Schulzenstein, Buch* 16, 541. — Ergeht der Festsetzungsbeschluß gegen mehrere Debenten, § 95, so ist die ziffermäßige Verpflichtung der Einzelnen unterscheidend auszubilden, *D. O.* *Augsburg, Buch* 19, 446. — Ueber Rechtsanhilfe für Kostenfestsetzungsbeschlüsse des Patentamts *vgl.* *R. O.* 33, 423.

2) Nur Kosten, welche unter das vorgängige Urtheil fallen, sind zu berücksichtigen; auch nicht die nach § 655 *Abf.* 2 zu erstattenden, wenn nicht auf Antrag durch Urtheil die Erstattung bestimmt ist, *R. O.* 16. Jan. 1892, *Z. B.* 93, *SA.* 47, 366. Das Gericht hat nur die liquidirten Beträge zu prüfen und kann auch nicht von Amtswegen Kosten, welche der Gegner nicht geltend macht, zur Abrechnung bringen, *R. O.* 16. Sept. 1891, *Z. B.* 466. Auch der Beschluß über eine Beschwerde hat stets nur den Punkt zu entscheiden, über welchen Beschwerde erhoben ist, *R. O.* 33, 391; 19. Okt. 1894, *Z. B.* 543. — Glaubhaft zu machen sind für den Ansaß die denselben bedingenden Thatfachen, Reisen, Verwendung von Bevollmächtigten, und dergl.; ob auch die bereits erfolgte Bezahlung der Gerichts- und Anwaltskosten, *vgl.* *Vorb.* 2 vor § 87 u. *R. O.* 31, 409. — Der Festsetzungsbeschluß hat sich nur damit zu befassen, objektiv die Höhe „des zu erstattenden Betrages“ (§ 98 *Abf.* 2) zu bestimmen, ohne Rücksicht, ob darauf schon etwas erstattet ist; *R. O.* 9. Dez. 1891, *Z. B.* 1892 *S.* 11, *SA.* 47, 340. *Abw. R. O.* 16. Sept. 1891, *Z. B.* 466, *Raff. R.* 36, 708, *SA.* 47, 231; 30. Okt. 1893, *Z. B.* 537. Einwendungen aus letzterem Grunde sowie etwaige Kompensanda können erst, wenn Zwangsvollstreckung er-

folgen soll, im besonderen Verfahren (§ 686) geltend gemacht werden. (R. 13, 360, Kammergericht 13. Jan. 1882, Ballm. 6, 671. Ebenso D. 20. Jena, Busch 7, 97; D. 20. Köln, S. f. 1892 S. 160). Vgl. über etwaige Anwendungen dieser Art Schmidt, Busch 6, 47 ff., Franke ebenda 84 ff., Strudmann ebenda 408 ff., Rulmann, cit. R. 68, 427 ff., Herzog, Z. 1886 S. 178 ff., Haas, Raff. 34, 878; dagegen Bökers, Busch II, 169 ff. Eine nur scheinbare Ausnahme bildet § 115, vgl. Anm. 1 u. 2 dazu, ferner D. 20. 7. Dez. 1886, S. 42, 218.

3) Wegen der sofortigen Beschwerde vgl. § 540. Das Beschwerdegericht hat, soweit die Beschwerde reicht, vgl. Anm. 2, eben so wie das Prozeßgericht alle Posten zu prüfen und kann statt einer unrichtigen Gebühr die richtige einsetzen, R. 24. Okt. 1893, Z. 536. Wegen die Ablehnung des Erlasses eines Festsetzungsbeschlusses (wegen Verneinung des ganzen Erstattungsanspruchs) findet die einfache Beschwerde aus § 530 statt; R. 6, 390; 2. Mai 1885, Raff. 29, 1030; D. 20. Cassel, Busch 14, 148, S. 45, 219. Dagegen ist die sofortige Beschwerde auch dann geboten, wenn sie sich gegen eine Dmiffion in dem erlassenen Festsetzungsbeschlusse richten soll (§ 292 ist nur bei Urtheilen anwendbar); R. 17. Okt. 1884, S. 42, 106, desgleichen wenn der Grund der Beschwerde in der Höhe des in dem Festsetzungsbeschlusse angenommenen Streitwerths liegt. Die Partei muß auch in solchem Falle (abw. von der allgem. Regel, vgl. Anm. 2 § 2) die zu niederige Bemessung des Streitwerths anzusechten befugt sein, damit ihr die Gegenpartei nicht, was sonst bei Veräumung der Nothfrist eintreten könnte, weniger zu erstatten braucht, als sie ihrem Anwalt bezahlt hat, R. 15. Dez. 1885, Z. 1886 S. 42; 20. Juni 1888, Z. 305. Indeß die Beschwerde ist dann unbegründet, wenn der Kostenfestsetzungsbeschluss einem, vom Anwalt nicht angefochtenen, also auch ihn bindenden, früheren Beschlusse über Festsetzung des Streitwerths entspricht, R. 30. Sept. 1893, Z. 485. Eine nachträgliche Menderung des Streitwerthes hat eine Abänderung des rechtskräftig gewordenen Festsetzungsbeschlusses nicht zur Folge, R. 20, 408; 3. April 1891, Z. 271; Kammerger., Busch 14, 159. Dagegen ist eine neue Festsetzung des Streitwerths im Laufe des Kostenfestsetzungsverfahrens darin zu berücksichtigen; R. 29. April 1891, Z. 306, 30. Nov. 1894, Z. 1895 S. 6; wobei jedoch eine von Amtswegen erfolgende Prüfung des Beschwerdegerichts über eine solche Festsetzung ausgeschlossen ist, R. 30. Sept. 1893, Z. 485. Vgl. auch über das Verhältnis des Werthfestsetzungs- und des Kostenfestsetzungsverfahrens R. 31, 419; D. 20. Döbenburg S. 48, 457. Die Beschwerden unterliegen dem Anwaltszwange, sofern der Rechtsstreit nicht bei einem Amtsgericht anhängig war, § 582, R. 7, 408; 9, 390; 21. Febr. 1885, Z. 121; 4. Juli 1887, Z. 353; in S. B. 72/89 I, Z. 1890 S. 25. — Auf Grund des Festsetzungsbeschlusses kann nach § 702 Nr. 3 die Zwangsvollstreckung betrieben werden. Der Beschluss ist dazu mit der Vollstreckungsklausel zu versehen, §§ 708, 662 ff. Im Beschlusse müssen daher auch der Berechtigte und der Verpflichtete benannt werden. Der Berechtigte ist nur die Partei, welche den als Grund des Erstattungsanspruchs dienenden, zur Z. geeigneten Titel, § 98 Abs. 1, für sich geltend machen kann, nicht ein Dritter, welcher die Kosten vorgeschossen hat; vgl. Vorb. 2 vor § 87. Auch der bevollmächtigte Rechtsanwalt hat durch das ihm nach § 12 Anw. O. zustehende Recht zur Beschwerde über die Festsetzung des Werthes (vgl. Anm. 2 zu § 2) kein eigenes Recht zur Beschwerde gegen den Festsetzungsbeschluss; R. 9, 389, 390; 7. März 1891, Z. 200; 8. Dez. 1892, Z. 1893 S. 37; 8. Dez. 1893, Z. 1894 S. 9. Dritte können indeß durch Session während des Verfahrens nach Maßgabe des § 236 mitbetheiligt werden oder nach dem Festsetzungsbeschlusse gemäß § 665 als Rechtsnachfolger eintreten. Abweichung beim Armenrechte f. § 115.

Der Festsetzungsbeschluss muß zugestellt sein, um die Zwangsvollstreckung zu veranlassen, oder gleichzeitig zugestellt werden, § 671, 708. Dies gilt auch für Beschlüsse, welche in m. B. verkündet sind, Anm. 3 § 283. Die bereits erfolgte Zustellung ist dem Vollz. nachzuweisen, vgl. Anm. 1 unter a, doch kann auch der Gerichtsvollzieher, welcher die Zustellung an den Gegner zu besorgen hat, zugleich unter Vermittelung des Gerichtsschreibers mit der Z. beauftragt werden, § 674 Abs. 2.

wodurch die gleichzeitige Zustellung des Feststellungsbeschlusses mit der ZB. auch bei nicht verklündeten Beschlüssen ermöglicht wird, vgl. jedoch wegen der Kosten der ZB. in diesem Falle weiter unten. Dagegen ist (wie auch für ein zu vollstreckendes Urtheil) die erfolgte Zustellung nicht schon behufs der Ertheilung der Vollstreckungsklausel nachzuweisen, § 283 Abs. 2 in Verb. mit §§ 662, 671; vgl. Circularverf. des Oberlandesgerichtspräsidenten zu Hamm 16. Juni 1888; Z.f.O. 1890 S. 154 f. Der Antrag auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel kann daher gleich mit dem Antrage auf Festsetzung verbunden werden. Ebenso braucht für die Ertheilung der Vollstreckungsklausel der Ablauf der Beschwerdefrist nicht abgewartet zu werden, da die Beschwerde keine aufhebende Wirkung hat, §§ 535, 540. Ueber den Anwaltszwang bei Beschwerden, vgl. vorst. und Anm. 6 § 532.

Die Pflicht zur Tragung der Kosten des Festsetzungsverfahrens (vgl. ORO. § 38 Nr. 1, AnwObD. §§ 23 Nr. 1, 30 Nr. 3), welche in der Regel zugleich mitfestzusetzen sind (Meyer, Busch 7, 319 f.), entscheidet sich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 87 ff.; so auch bei wiederholten Festsetzungsanträgen, Anm. 2 zu § 98, ZB. I Berlin, Bl.f.R. 2, 53. Bei einer gegenseitigen Kosten-Ausgleichung, § 100, sind die Kosten des Verfahrens nur von dem zu erstattenden Restbetrage zu berechnen und der erstattungspflichtigen Partei aufzuerlegen, Kammerger. Bl.f.R. 3, 101 (abw. 2, 110). Zu Einreden gegen die Kostenpflicht (Haas, RaffR. 34, 879) wird der Gegner nur in einem nach Anm. 1 b oder c angeordneten Verfahren Gelegenheit haben. Eine sofortige Beschwerde über diese Kostenpflicht (nicht den Betrag) steht ihm nur in Verbindung mit einer solchen über den sonstigen Inhalt des Kostenfestsetzungsbeschlusses zu, Anm. 94. Wird der Betrag in der liquidierten Höhe festgesetzt, so hat der Gegner auch die Festsetzungskosten zu tragen (vgl. jedoch § 100 Schlusssatz). Vgl. Haas, RaffR. 31, 598 ff. Zur Anwendung des § 89, welcher ohnehin ein Anerkennniß in mB. erfordert, ist zu berücksichtigen, daß für die Kostenfestsetzung in den §§ 98 ff. eine vorgängige Aufforderung an den Gegner nicht voraussetzt, sondern die Festsetzung ohne vorhergegangene außergerichtliche Aufforderung als regelmäßiges Mittel für die Kostenersatzung angesehen wird. Wollte jedoch der Antragsteller unter gleichzeitiger Zustellung eines, dem Gegner nicht schon durch Verkündung bekannten Festsetzungsbeschlusses sofort die Zwangsvollstreckung veranlassen, so würde der Gegner nach § 697 zu dem Einwande berechtigt sein, daß die Vollstreckungskosten nicht nothwendig waren; vgl. R.O. 28. Febr., 19. u. 20. März 1883, ZB. 155, SA. 38, 450; D.O. Darmstadt, SA. 42, 214. Dagegen verlangen D.O. Kiel, SA. 41, 357; Roedenbed, Busch 361 ff. vorherige Aufforderung des Gegners oder Zustellung der Kostenrechnung, damit demselben die Kosten des Festsetzungsverfahrens aufzuerlegen werden können. Dieser Ansicht kann jedoch nicht beigegeben werden. Wer verurtheilt ist, die gegnerischen Kosten zu erstatten, hat sich nach dem Betrage derselben zu erkundigen, falls er die gerichtliche Festsetzung nicht abwarten will, mindestens muß er sich dem andern Theile gegenüber erbiethen, vor gerichtlicher Festsetzung zu zahlen, da dies sonst nicht vermuthet werden kann. Vgl. R.O. 14, 320; D.O. Braunschweig, SA. 45, 359; ZB. Neu-Ruppin, Busch 13, 359; Caupp Anm. IV; Oergenhahn in Bödikers Mag. 8, 312 ff. u. in Busch 17, 110 ff.

Ueber die Anwendung der Vorschriften betr. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens vgl. Vorb. vor § 217.

### § 100.

Sind die Prozeßkosten ganz oder theilweise nach Quoten vertheilt, so hat die Partei den Gegner vor Anbringung des Festsetzungsgefuchs aufzufordern, die Berechnung seiner Kosten binnen einer einmöglichen Frist bei dem Gerichte einzureichen.<sup>1)</sup> Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist erfolgt die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Kosten des Gegners, unbeschadet des Rechts des letzteren, den Anspruch auf Erstattung nachträglich geltend zu machen.<sup>2)</sup> Der Gegner haftet für die Mehrkosten, welche durch das nachträgliche Verfahren entstehen.<sup>3)</sup>

1) Eine Mitwirkung des Gerichts zu dieser Aufforderung ist weder nötig noch beabsichtigt. Die Partei hat den Gegner direkt aufzufordern, die Zustellung nach §§ 152 ff. bewirken zu lassen und zur Feststellung, wann die „Frist“ abgelaufen ist, dem Gerichte die Zustellung nachzuweisen. (Etwas weiteres verlangt auch OLG. Dresden, Busch 6, 482 nicht, wenn es den Nachweis der Fristwahrung fordert, die aus der bloßen Einreichung der Kostenrechnung nicht festgestellt werden kann.) Der § 100 findet keine analoge Anwendung auf Fälle, wo die Kosten nicht nach Quoten verteilt sind; R. 19, 430; OLG. Braunschweig, SA. 46, 354; ebenso wenig dann, wenn über die Kosten der höheren Instanz durch vollstreckbares Urtheil definitiv erkannt ist, während die Entscheidung über die Kosten der Vorinstanz noch nicht definitiv, vielmehr z. B. von einem Eide abhängig ist. In solchem Falle steht der Festsetzung der Kosten der höheren Instanz nichts im Wege; R. 6. Dez. 1887 in Sachen Ahnert -|. Voigt B. V 122, 87 (un gedr.).

2) Die Frist ist eine gesetzliche und beginnt für beide Theile mit der Zustellung der Aufforderung, § 198 Abs. 2, vgl. § 209 Abs. 1. Vor Ablauf der Frist soll eine Entscheidung auf das Festsetzungsgeſuch nicht erfolgen. Wird vor dem Erlaß des Festsetzungsbeschlusses von dem Gegner die Kostenberechnung eingereicht, so ist nunmehr „unter Berücksichtigung und Vergleichung der beiderseitigen Ansprüche durch einen und denselben Beschluß festzusetzen, welche Partei und welchen Betrag sie der anderen zu erstatten hat“, vgl. R. 21. März 1885, 3W. 158. Dabei sind gemäß § 107 die Gerichtskosten nicht zu berücksichtigen, wenn eine Partei im Armenrecht streitet, Kammerg., Bl.f.R. 2, 110. Die einzelnen Sätze der beiden Liquidationen sind zu prüfen; so weit für eine der beiden Liquidationen die Festsetzung nicht durch Beschwerde angefochten ist, geht dieselbe in Rechtskraft über und wird durch eine Beschwerde hinsichtlich der anderen Liquidation nicht berührt, R. 33, 391. — Durch ein vom Gegner veranlaßtes nachträgliches Verfahren wird die Zwangsvollstreckung aus der früheren Festsetzung nicht gehemmt. Das nachträgliche Verfahren ist ein selbständiges und sachgemäß auch im Ausdrucke hinsichtlich des dem Gegner zu erstattenden Betrages zu trennen.

3) Obgleich der Gegner für die ihm zu erstattenden Kosten in der Sache obfiegender Theil ist, — Ausnahme vom Grundsatz über Kostenpflicht für das Festsetzungsverfahren Anm. 3 § 99.

## Sechster Titel. Sicherheitsleistung.

Dieser Titel bestimmt im § 101 für alle Fälle, in welchen Sicherheit aus prozessualischen Gründen erfolgen soll, die Mittel, durch welche Sicherheit zu bestellen ist. In den §§ 102—105 sind ferner die Bedingungen, unter welchen der Beklagte eine Sicherheitsleistung wegen der Prozeßkosten vom Kläger verlangen kann, sowie die Folgen der Nichtbestellung dieser Kostenſicherung festgesetzt (nicht für andere Fälle prozessualischer Sicherstellung). Für die anderen Fälle, in welchen sonst nach der C.P. Sicherheit verlangt werden kann, ergeben sich die Folgen der Nichtleistung aus den besonderen Vorschriften der C.P. Ueber diese anderen Fälle der Sicherheitsleistung s. Anm. 1 § 101. Rot. 120, 121. Vgl. zu diesem Titel: Cohn (Oppeln) zur Lehre von der Sicherheitsleistung, Raffr. 32, 574 ff.

### § 101.

Die Bestellung einer prozessualischen Sicherheit<sup>1)</sup> ist, sofern nicht die Parteien ein Anderes vereinbart haben oder dieses Gesetz eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zuläßt,<sup>2)</sup> durch Hinterlegung<sup>3)</sup> in baarem Gelde oder in solchen Werthpapieren<sup>4)</sup> zu bewirken, welche nach richterlichem Ermessen eine genügende Deckung gewähren.<sup>5)</sup>

1) Die Fragen, wann und wie aus Gründen civilrechtlicher Verpflichtungen — im Gegensatz zur prozessualischen Verpflichtung — eine Kaution zu leisten ist, und welche Folgen die Nichtleistung hat, sind durch die CP. nicht entschieden und insbesondere nicht durch den § 101 berührt. Auch das Recht der Staatsklasse, Vorstöße zu fordern, ist hier nicht behandelt; vgl. darüber RW. §§ 81, 84, 95, 90. Wegen der Vorstößforderung für Rechtsanwälte vgl. AnwObD. § 84, RW. § 38. Dagegen umfaßt § 101 alle Fälle, in welchen eine Partei von einer anderen eine prozessualische, d. h. nach Prozeßvorschriften gebotene Sicherheit verlangen kann, Wezell §§ 30, 46 S. 315 ff., 562 ff., Renaud § 56. Die Kautionsleistung für Kaufgebote bei Grundstücks-Subhastationen würde zwar begriffsmäßig als prozessualische anzusehen sein, ist aber ebenfalls vom § 101 nicht betroffen, da die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen nebst allen dazu gehörigen Akten nach § 757 der Landesgesetzgebung überlassen und durch die CP. nicht geregelt ist, und da die der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehörigen Subhastationen (Theilungshalber und s. g. freiwillige) von der, nur die streitige Gerichtsbarkeit betreffenden, CP. nicht berührt sind. Die Fälle einer prozessualischen Sicherheitsleistung, welche dem § 101 unterliegen, sind die einer Prozeßführung ohne Auftrag oder Vollmacht, § 85, der Prozeßkosten-Kaution von Ausländern, §§ 102 bis 105, der Anordnung oder Aufhebung von Arresten und einstweiligen Verfügungen, §§ 801, 803, 807, 818 und der Zulassung oder Aufhebung von Zwangsvollstreckungsmaßregeln, §§ 647, 650, 652, 657, 688, 690, 775. Alle anderen Kautionspflichten aus prozessualischen Gründen, wovon die meisten gemeinrechtlichen, aus dem röm. Rechte übernommenen, seit lange ein fast nur theoretisches Dasein fristeten, sind dadurch beseitigt. Die Fälle der Sicherstellung, welche durch die RD. §§ 47, 60, 142, 144, 155, 156, 158 betroffen werden, sind nicht prozessualische, sondern civilrechtliche. Auf die Kautionsstellung eines Konkursverwalters findet § 101 „entsprechende“ Anwendung; RD. §§ 65, 70. Andererseits giebt es nach der CP. keine (physischen oder juristischen) Personen, welche als solche von einer prozessualischen Sicherheitsleistung befreit wären, mithin ist auch der Reichsstaats-, sowie der Landesstaats- den Vorschriften der CP. über die Sicherheitsleistung unterworfen, vgl. Anm. 3 zu § 650. — Einen weiteren Fall prozessualischer Sicherheitsleistung bestimmen für die Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen Art. 190a Abs. 3, 222 HGB.

2) Sofern die Parteien die Mittel der Sicherheitsleistung vereinbaren, oder die CP. dem Gerichte ausdrücklich „freies Ermessen“, d. h. ein von positiven Vorschriften, insbesondere vom § 101 befreites Ermessen einräumt, ist jede Art der Kautionsleistung, also auch durch Pfänder jeder Art oder durch Bürgen zulässig. Ein „freies Ermessen“ ist, abgesehen von § 70 RD., welcher die Sicherheitsleistung selbst und damit auch jede Art derselben lediglich dem Ermessen überläßt, dem Gerichte nur für die Anlegung von Arresten, § 801, und die Aufhebung von Arresten wegen veränderter Umstände, § 807, desgleichen bei der Anfechtung von Generalvers.-Beschlüssen nach Art. 190a, 222 HGB. eingeräumt. In allen anderen Fällen tritt in Ermangelung einer Vereinbarung die Regel des § 101 ein. In § 104 ist nur für die Höhe das Ermessen freigestellt.

3) Darüber, wie und bei welcher Behörde oder Kasse die Hinterlegung zu bewirken ist, hat die CP. nichts bestimmt. Dies ist der Landesgesetzgebung überlassen, da die CP. und das GB. überhaupt nur die streitige Gerichtsbarkeit ordnen und die Angelegenheiten der Hinterlegungsbehörden, wenngleich sie auf Veranlassung von Rechtsstreitigkeiten in Anspruch genommen werden, als zur nichtstreitigen Verwaltung gehörig, nicht umfassen; GS. z. GB. § 2. Vgl. für Preußen: Hinterleg.-Ordn. 14. März 1879, GS. 249; Minist.-Berf. 8., 9., 31. Juli und 26. Aug. 1879, nebst den Bestimmungen des Finanzministers für die Ausführung der Hinterleg.-Ordn. (ZMBI. 156 ff., 173 ff., 326 ff.), sowie vom 21. Aug. 1880 (ZMBI. 197), 13. Mai 1886, ZMBI. 140, dazu Spieß, die Hinterleg.-Ordn. in Berlin 1890. Für Bayern: B. 8. Sept. 1879 und (Rheinpalz) 25. Sept. 1879, OBI. 1300; ferner Bef. 20. Dez. 1882 (München), OBI. 601; Sachsen: B. 25. Aug. 1882, OBI. 221; Baden: Bef. 7. Juni 1884 nebst B. 7. und 30. Dez. 1884, OBI. 181, 617,

651; Heffen: B. 9. Sept. 1879, Reg.-Bl. 667; Oef. 17. Juni 1882 und Bel. 30. Sept. 1882, Reg.-Bl. 127, 187; Mecklenburg: B. 22. April 1881, Reg.-Bl. Schwerin 117, off. Anz. für Streltz 143; Südd. Oef. 15. Sept. 1879, Verordn. 211; Lippe-Deimold: Oef. und Verf. 12. Okt. 1879, Oef. 887, 888; Schwarzburg-Rudolstadt: B. 13. Juli 1882, Oef. 76; Sachsen-Meiningen: Oef. 26. Juni 1879; Neuß j. L.: Depositalordn. 31. Dez. 1883. Für Württemberg vgl. Gaupp Anm. III Nr. 5.

4) Der Begriff: „**Baares Geld**“ wird hier nicht auf Zahlungsmittel zu beschränken bzw. auszudehnen sein, welche absolut baares Geld sind; sondern welche nach dem Zwecke des Verkehrs und des § 101 bei der Hinterlegung als Geld anzunehmen sind. Ausländisches Geld ist zwar an sich baares Geld, aber nicht immer bzw. nur zum Kurse am Hinterlegungsorte. Papiergeld, auch Reichskassenscheine (Oef. 30. April 1874 § 5) und Reichsbanknoten (Oef. 14. März 1875) sind an sich und absolut nicht baares Geld, vgl. RR. I 2 § 11; werden sie aber von der amtlichen Hinterlegungsstelle an Statt baaren Geldes angenommen, so ist dadurch baares Geld hinterlegt. Im Sinne des § 101 sind nach dem Zwecke des Gesetzes überhaupt als baares Geld alle Geldzeichen und nur solche zu verstehen, welche von der Hinterlegungsstelle als Geldzahlung nach den bestehenden Vorschriften angenommen werden müssen oder etwa darüber hinaus angenommen werden. Sind solche hinterlegt, so ist die Hinterlegungsstelle Schuldnerin des gleichen Betrages an Geld. Vgl. Koch, Busch 3, 366—373. In Betreff des an baarem Gelde hinterlegten Betrages ist die von der Hinterlegungsstelle bestätigte Höhe maßgebend und für ein Ermessen des Gerichts im Verhältnisse zur Deckung nach § 101 kein Raum. In der preuß. Hinterleg.-Ordn. 14. März 1879 werden nur Geld (ohne den Zusatz: baares Geld) und Werthpapiere unterschieden und ist im § 11 bestimmt: „Geld kann nur in Zahlungsmitteln hinterlegt werden, welche bei den Staatskassen in Zahlung anzunehmen sind“, abgesehen von den Zahlungen zur Befreiung von einer Schuld, § 11 Abs. 2, 3. — Die Hinterlegung von Werthpapieren ist ohne Rücksicht auf ihren staatlichen oder privaten, inländischen oder ausländischen Charakter, und auf den Markt- oder Börsenpreis oder den Mangel eines solchen zulässig; jedoch in allen Fällen mit der Beschränkung, daß das richterliche Ermessen darüber entscheidet, ob und in welcher Höhe die Werthpapiere genügende Deckung gewähren, Rot. 120. Ueber den Begriff der Werthpapiere s. Anm. § 722, Koch a. a. D. 380 ff., Goldschmidt, Hand.-R. § 109, Reyßner, D. Handelsbl. 1881 S. 424, Eccius I § 21 R. 13; Cohn a. a. D. 595 ff.; Brunner, Endemann Handbuch des Handelsr. Bb. 2 S. 140 ff.; R. 8, 375; 16, 169. Bei nachträglichem Sinken des Werths kann entsprechende Verstärkung der Sicherheit verlangt werden.

5) Im § 101 sind, und zwar für alle Fälle prozeßualischer Sicherheit, nur die zulässigen Mittel der Sicherheitsleistung bestimmt. Außer den besonderen Bestimmungen der §§ 102—105 für die Prozeßkosten-Kaution sind für die anderen Fälle der Sicherheitsleistungen (Anm. 1) besondere Vorschriften nicht nöthig gefunden. Die Bedingungen sind zugleich mit den Vorschriften über die Zulassung und Nothwendigkeit der Sicherheitsleistung bestimmt; die Vorschriften über die Verhandlung der Anträge, die Beschlußformen und Rechtsbehelfe sind die allgemeinen (vgl. Vorb. vor § 119), und die Folgen der Nichtleistung der Sicherheit sind durch die Sache selbst dahin gegeben, daß, wenn eine Prozeßführung ohne Auftrag oder Vollmacht, Arreste, einstweilige Verfügungen, Zwangsvollstreckungsmaßregeln oder deren Aufhebung unter der Bedingung der Sicherheitsbestellung zugelassen sind, die Zulassung selbst fortfällt, und als nicht erfolgt anzusehen ist, sofern die Sicherheit nicht geleistet wird, unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 209 Abs. 2.

In allen Fällen der Sicherheitsleistung kann als selbstverständliche Folge des Kautionsverhältnisses die Aufhebung der Sicherheitsleistung beantragt werden, wenn die Voraussetzung fortfällt, durch welche die Verpflichtung begründet wurde. Vgl. Rot. 122 § 101. Ueber die Formalitäten der Aufhebung und über die Feststellung der Voraussetzungen zur Aufhebung hat die O.P. nichts bestimmt. Dies ist ebenso wie die Art der Bewirkung der Hinterlegung der Landesgesetzgebung überlassen. Sofern dieselbe nicht aus-

drücklich eine mündliche Verhandlung der Parteien zur Feststellung, daß die Sicherheit zurückergeben werde, vorschreibt, ist eine m.B. an sich nicht unbedingt nötig. Vgl. Vorb. 1 vor § 119, DSB. Jena, SA. 38, 339 (aR. Gaupp Anm. III R. 7.) Die gerichtliche Anweisung auf die Hinterlegungsstelle gemäß § 30 Nr. 2 preuß. Hinterleg.-Ordn. 14. März 1879 ist in Fällen unbedenklicher Beseitigung der Voraussetzungen der Sicherheitsleistung durch einfache Verfügung zu bewirken. Vgl. jedoch die Bekanntmachung des Preuß. Justizministers 11. März 1892, ZMBl. 99 betr. die Unzulässigkeit der Vollstreckungsgerichte zu Anordnungen wegen Rückzahlung der zur Abwendung des ZB. oder in Vollstreckungs- oder Arrestverfahren zur Sicherheitsleistung hinterlegter Beträge. Der Beistellte kann sich auch mit dem Nachweise des Fortfalls der Voraussetzung direkt an die Hinterlegungsstelle wenden; R.O. 18, 284. Ist indeß dazu eine Erklärung des Gegners bzw. eine richterliche Bestimmung sachgemäß, so kann es ihm (gegen Fallmann 156) nicht verweigert werden, das Gericht deshalb anzugehen. Hinsichtlich der Rückzahlung von Arrestkautionen des Gläubigers insbesondere, so wie des Rechtsweges gegen die Hinterlegungsbehörden vgl. Anm. 3 § 801. Hinsichtlich der Rückzahlung von Kautionen des Schuldners vgl. §§ 652, 691, 692, R.O. 18, 284; 27. Nov. 1893, ZM. 1894, 55.

Die Einziehung der Kaution zum Zwecke der Befriedigung des Sicherheitsberechtigten kann nur im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen. Für die Form der ZB. ist entscheidend, daß die hinterlegte Kautionsmasse ein dem Kautionsleger gehöriges, wengleich mit dem Pfandrecht für dessen Gegner belastetes Eigentum ist, welches jedoch nicht im Besitze des Kautionslegers sich befindet, sondern auf dessen Herausgabe derselbe nur ein bedingtes Recht hat. Vgl. §§ 722, 730, 736, 746, 754. Hinsichtlich hinterlegten Geldes hat in der Regel der Kautionsleger nur eine bedingte Forderung auf Rückzahlung des entsprechenden Betrages (vgl. § 7 preuß. Hinterleg.-Ges. 14. März 1879). Die Erklärung, den Betrag als Sicherheit unter den anzugebenden besonderen Umständen zu hinterlegen, zufolge welcher die Hinterlegungsstelle das Hinterlegte für den bedingten Gläubiger in Gewahrsam nimmt, enthält jedenfalls dem Wesen nach durch Absicht und Zweck der Hinterlegung die Erklärung einer Pfandbestellung; R.O. 10. März 1883, WAlm. 8, 541; R.O. 12, 222; Weßell 322, MDR. I 14 §§ 397 ff., Rotwe zur Konl.-Ord. 216 zu b, Seuffert Anm. 4, Strudmann-Roch Anm. 3, Sohn a. a. D. 574, Dertmann, civArch. 79, 254 ff. Zu berücksichtigen ist freilich, daß zur Konstituierung eines wirklichen Pfandrechts auch den außer jenen Erfordernissen etwa zu beobachtenden landesgesetzlichen Vorschriften entsprochen sein müßte und daß die ZB. auf die Erfüllung dieser Erfordernisse an sich ein Recht nicht gewährt, Gaupp Anm. IV. Vgl. §§ 16, 14, 15 Nr. 2 C.O. §. 2D. sowie — besonders wegen der bei Hinterlegung von barem Gelde nach der Preuß. Hinterlegungsordnung entstehenden Rechtsverhältnisse — Anm. 3 § 709, Sohn a. a. D.; Eccius 2 § 139.

### § 102.<sup>1a)</sup>

Ausländer,<sup>1)</sup> welche als Kläger auftreten,<sup>2)</sup> haben dem Beklagten<sup>3)</sup> auf dessen Verlangen wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten.

Diese Verpflichtung tritt nicht ein:<sup>4)</sup>

1. wenn nach den Gesetzen des Staates, welchem der Kläger angehört, ein Deutscher in gleichem Falle zur Sicherheitsleistung nicht verpflichtet ist;<sup>5)</sup>
2. im Urkunden- oder Wechselprozesse;<sup>6)</sup>
3. bei Widerklagen;<sup>6a)</sup>
4. bei Klagen, welche in Folge einer öffentlichen Aufforderung angestellt werden;<sup>6b)</sup>
5. bei Klagen aus Ansprüchen,<sup>7)</sup> welche in das Grund- oder Hypothekenbuch einer deutschen Behörde eingetragen sind.



1a) Die §§ 102—105 ordnen lediglich den Fall der *Prozeßkosten-Kaution* (cautio pro expensis, vgl. über die geschichtliche Entwicklung Beyerl § 30 R. 67) unter Beschränkung auf Ausländer mit Rücksicht auf die gegen jeden inländischen Kläger gegebene Rechtsstufe, *Not. 121*. Ueber die Vorschusspflicht der Ausländer gegenüber der Staatskasse: *ORÖ. § 85*.

1) Ausländer ist Jeder, welcher nicht im Sinne des Reichsges. v. 1. Juni 1870, *VOBl. 355* (vgl. Reichsverf. v. 16. April 1871 Art. 3, *ROBl. 65* und *Def. v. dems. Tage § 2* das. 63) Reichsangehöriger ist. Vgl. §§ 53, 106; *OR. § 18*. Auf Deutsche, welche im Auslande wohnen, ist § 102 nicht anwendbar; *DZÖ. Celle 5. Nov. 1881, SA. 37, Nr. 149*. Bei juristischen Personen, sowie Gesellschaften, Genossenschaften, Stiftungen u. s. w. kommt es für die Beurtheilung der Ausländerqualität auf den Sitz derselben an. Hat eine ausländische Handelsgesellschaft im Inlande eine Zweigniederlassung, so dürfte sie in Bezug auf den Gewerbebetrieb der letzteren nicht als Ausländerin zu erachten sein. Nur von einem Ausländer, welcher als Kläger auftritt, kann der Beklagte die Bestellung einer Kostenkaution verlangen. Vorausgesetzt ist, daß der Kläger zur Zeit, wo das Verlangen geltend gemacht wird, Ausländer ist. Der Beklagte muß in Anwaltsprozeßen sein Verlangen als prozeßhindernde Einrede vor seiner Einlassung zur Hauptsache nach Maßgabe des § 247 (Nr. 4) geltend machen; in den Fällen der §§ 103, 104 Abs. 3 und wenn der Beklagte erst später die Ausländerereignischaft des Klägers erfahren hat, kann die Einrede gemäß § 247 Abs. 3 auch noch im späteren Verlaufe des Prozeßes vorgebracht werden. Ueber die Behandlung der Einrede im Uebrigen, s. § 247 bis 250, im Partei-prozeße § 465, in höheren Instanzen §§ 490, 529.

Der Beklagte, welcher seinen Anspruch als Einrede geltend macht, hat für denselben die Beweislast und muß also die Ausländerereignischaft des Klägers nöthigenfalls nachweisen. Der Kläger kann außer dem Bestreken seiner Ausländerereignischaft die im § 102 Abs. 2 aufgestellten Befreiungsgründe entgegenstellen und hat seinerseits hierfür die Beweislast, soweit ein Beweis dafür nöthig ist; indeß hat das Gericht auch von Amtswegen bei Prüfung der Einrede des Beklagten zu berücksichtigen, daß dieselbe in den Fällen des Abs. 2 kraft Gesetzes unbegründet ist.

Auch auf Privatklagen gemäß der *StP. § 414* finden die §§ 102—105 Anwendung. Das Verfahren ist hier indeß durch die *StP. §§ 419 ff.* bestimmt.

2) Auch von einem Ausländer, welcher als Mitkläger (Streitgenosse des Klägers) oder als Nebeninterventient des Klägers auftritt, kann der Beklagte Sicherheit verlangen. Das Recht auf Sicherheitsleistung beruht auf der möglichen und seitens des Beklagten durch Aufstellung seiner Einrede behaupteten (s. § 104 Abs. 2) Kostspflicht des Klägers, und auch der Mitkläger und der Nebeninterventient des Klägers haften dem Gegner nach §§ 95, 96 für die Prozeßkosten; der Nebeninterventient allerdings — abgesehen von § 66 — nur für die durch die Nebenintervention verursachten Kosten § 96; vgl. *Ann. 3 § 68*; wonach der Umfang seiner Kautionspflicht zu bemessen ist; vgl. *Ann. 2 § 104*. Bei der Verathung des *HC. § 78* und nach dessen Vorgange auch beim § 102 ist die Kautionspflicht des Nebeninterventienten als selbstverständlich noch besonders auszu- drücken nicht nöthig gefunden; *Not. 121, P. 88*. So auch *Grandt Nebenpart. 112*; *DZÖ. Karlsruhe 31. Jan. 1885, SA. 40, 357*. *AR.* unter Beschränkung auf § 66 *Endemann I 415*; *Hellmann I 350*. Der Nebeninterventient des Beklagten kann seinerseits nach Maßgabe seiner Rechte gemäß §§ 54, 66 vom klagenben Ausländer Sicherheit fordern und zwar im Falle des § 63 für die Hauptpartei, im Falle des § 66 auch für sich selbst. Durch die Kautionsforderung für die Hauptpartei tritt auch der Nebeninterventient nicht aus seiner Stellung als Gehülfe derselben heraus. Der Umstand, daß der Eintritt des Nebeninterventienten von dessen Belieben abhängt (was u. A. *Struckmann-Roch Ann. 2* gegen seine Befugniß zur Kautionsforderung geltend machen) entscheidet nicht; denn das Belieben wird doch in der Regel durch die Nothwendigkeit des eigenen Rechtsschutzes (oft zu dringender Abwehr von Unrecht) diktiert. *AR. Förster, Gaupp, Seuffert, Struckmann-Roch* zu § 102. Allerdings ist für die prozeßuale Zulässigkeit der Kautionsforderung

des Nebenintervenienten mit Rücksicht auf § 64 Satz 1 die Zeit seines Beitritts maßgebend; vgl. Anm. 1 sowie § 103.

Der Nichtigkeits- oder Restitutionskläger gemäß §§ 541 ff. unterliegt ebenfalls der Kautionspflicht. Im Mahnverfahren tritt jedoch der Gläubiger erst nach erhobenem Widerspruch bzw. mit der Klage (§ 636) als Kläger auf und hat vorher keine Sicherheit zu leisten. Anträge auf Sicherung des Beweises, auf Erlass einstweiliger Verfügungen, auf Entmündigung, Arrestgesuche sind keine Klagen und fallen deshalb nicht unter § 102. Bei Klagen auf Anfechtung oder Wiederaufhebung einer Entmündigung §§ 605, 620, 624, 626 eine Ausnahme von der Kautionspflicht zu machen (Caupp Anm. 1 Nr. 4), ist nicht angängig. — Gegen den Kläger, welcher selbst nicht Ausländer, als Rechtsnachfolger eines Ausländers klagt, ist § 102 nicht anwendbar. — Der Widerkläger ist hier nicht mit dem Kläger gleichgestellt, §§ 102 Nr. 3, 104 Abs. 2, auch nicht der Berufungskläger oder der Revisionskläger, da eine solche Ausdehnung des Begriffs eines Klägers der C.P. sprachlich fremd ist (vgl. § 111), und aus der Konstruktion der Rechtsmittel und dem Zwecke des Gesetzes zum Schutze gegen Klagen von Ausländern nicht folgt. Vgl. auch §§ 103, 104 Abs. 3, 105, R.O. 25. Febr. 1887, ZM. 111. Dasselbe gilt betreffs der Anwendung des § 65 O.R.G.; R.O. 31, 385; 25. Sept. 1891, Raffr. 37, 431. RR. v. Kräwell, Buch 4, 257; vgl. dagegen 524 das.

3) Der Beklagte hat dies Recht auf Sicherheitsleistung, ohne Rücksicht darauf, ob er selbst Inländer oder Ausländer ist.

4) Außer den Fällen zu Nr. 1—5 tritt die Verpflichtung auch dann nicht ein, wenn und so lange dem Kläger das Armenrecht bewilligt ist, §§ 106 Abs. 2, 107 Nr. 2.

5) Zu Nr. 1 vgl. Koppers, Zusammenstellung ausländ. Bestimmungen über Sicherheitsleistung, Armenrecht und Vollstreckung ausländ. Civilurtheile, Berlin 1891, Neubauer, Schr. f. G.R. 36, 399 ff. Der Kläger, welcher die Ausnahme zu Nr. 1 überhaupt, hat hierfür die Beweislast (Anm. 1 Abs. 2) und muß den Inhalt der Gesetze seines Staats nachweisen, vgl. § 265. Das auswärtige Amt zu Berlin lehnt die Vermittelung zur Erlangung amtlicher Auskunft über die betr. ausländischen Bestimmungen ab, ZMBl. 1885 S. 185. Zu den Gesetzen des Staats gehören auch die Staatsverträge (G.O. § 12). Für Klagen aus dem internationalen Eisenbahnfrachtverkehr nach dem internat. Uebereinkommen v. 14. Okt. 1890, R.OBl. 1892 Art. 56, ist die Kautionspflicht ausgeschlossen. Ferner sind Staatsverträge zur Befreiung der zum Armenrecht Verstatteten geschlossen mit Belgien 18. Okt. 1878, Luxemburg 12. Juni 1879 (R.OBl. 1879 S. 316, 318), Frankreich 20. Febr. 1880 (R.OBl. 1881 S. 81), mit Oesterreich-Ungarn 9. Mai 1886 (R.OBl. 1887 S. 120, 122) Art. 3. Außerdem ist in verschiedenen Handelsverträgen die Gleichstellung der beiderseitigen Staatsangehörigen im Rechtsverkehr auf die Dauer des Vertrages bestimmt, so mit Italien 6. Dez. 1891 Art. 3 (R.OBl. 1892 S. 97), vgl. Bl.f.R. 4, 127; Serbien 9. Aug. 1893 (R.OBl. 269); Rußland 29. Jan. 1894 (R.OBl. 153); alle vorstehende Verträge bis zum 31. Dez. 1903 gültig; Columbien 23. Juli 1892 (R.OBl. 1894 S. 474), bis 12. Juli 1904 gültig; Ortschaftenland 9. Juni 1884, gültig bis 20. Febr. 1895 (R.OBl. 1885 S. 23 Art. III); die sonstigen Handelsverträge mit Argentinien, Chile, Costa-Rica, Congo, Hawaii, der Südafrikanischen Republik, Dominikanischen Republik, Madagaskar, Paraguay, Guatemala, Honduras, Salvador (Pr. G.S. 1859 S. 405, 1863 S. 761, R.OBl. 1877 S. 13, 517; 1880 S. 121; 1886 S. 209, 3; 1885 S. 166; 1888 S. 178, 238, 262; 1872 S. 377 u. 1889 S. 191) vgl. bei Koppers a. a. D. 19 f. (Die Handelsverträge mit Oesterreich-Ungarn, Belgien, Schweiz, Uruguay enthalten keine allgemeine Gleichstellungsklausel bez. des Rechtsverkehrs.) Nach der Uebersicht von Drucker, ZM. 1887 S. 184 ff. sind Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit in Dänemark, Schweden, Norwegen, Portugal, Ungarn (vgl. Bl.f.R. 3, 14) und Italien. Dies ist für Schweden durch Gef. 19. Nov. 1886 außer Kraft gesetzt und dort Kautionspflicht eingeführt (Koppers a. a. D. 14). Keine Kautionspflicht besteht in Kroatten (Bl.f.R. 3, 14) und Slavonien, sowie in Bosnien und Herzegowina (Koppers

a. a. D. 7); desgleichen nicht in der Türkei, vgl. Busch 19, 517 (nur für den Berufungskläger). Für Oesterreich besteht (nach § 486 O. V.) eine Kautionspflicht für jeden in der Provinz nicht „kundbar satzbar“ bemittelten Inländer und Ausländer. Die Befreiung der Nr. 1 findet demnach auf Oesterreicher (abgesehen von dem Falle des Armenrechts nach der erwähnten Uebereinkunft) nicht Anwendung, da der Deutsche dort zur Sicherheitsleistung verpflichtet ist und das Gesetz keine Ausnahme für den Fall bestimmt, daß der Ausländer nach seinen Gesetzen in diesem Punkte mit dem deutschen gleichgestellt ist (gegen Fuld, Busch 9, 257 ff. und gegen Drucker a. a. D., sowie gegen Schrütka-Rechtenstamm, Busch II, 286, Kammergericht 24. Jan. 1891, Bl. f. R. 2, 34, 4, 113); vgl. Strudmann-Roch Ann. 3, Hellmann, Lehrb. 281; Seuffert Ann. 4, Gaupp Ann. IV Nr. 9; D. O. Hamburg, S. 44, 353; Kammerger., Bl. f. R. 6, 1; Dispeder, Z. B. 1894 S. 610. Bemerkenswerth ist, daß nach Art. 423 code de proc. in Frankreich der Ausländer in Handelsfachen keine Kostenlaston zu leisten braucht; R. O. 25. Sept. 1891, Z. B. 472, Raff. 37, 431; 6. Mai 1892, Z. B. 270; R. O. Mex., Busch 19, 287. Dasselbe gilt im Generalgouvernement Warschau für alle Handelsfachen und in den sonstigen Theilen des russischen Reiches innerhalb des Geltungsgebietes der Justizgesetze v. 20. Nov. 1864 für solche Handelsfachen, welche vor Handelsgerichten geltend gemacht werden, R. O. 24. Juni 1891, Z. B. 412; die Zulassung zum Armenrecht befreit dagegen dort nicht von der Kautionspflicht. Vgl. Z. B. 1883 S. 46 ff. In den Niederlanden sind Ausländer von der Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht befreit, Z. B. 1884, S. 22, R. O. 15. Juni 1891, Z. B. 200; in England nur wenn sie sich dort aufhalten, in Frankreich, Art. 16 code civ., Belgien, Luxemburg, Kanton Genf, Rumänien, Griechenland (abgesehen von Handelsfachen, vgl. oben) wenn sie daselbst Immobilien von hinlänglichem Werthe besitzen (Busch II, 290). Für die Schweiz besteht im Allgemeinen Kautionspflicht (abgesehen von Handelsfachen im Kanton Genf, vgl. oben), doch weichen die Bestimmungen in den einzelnen Kantonen vielfach von einander ab; vgl. Koppers a. a. D. 3 ff. Die Kautionspflicht besteht ferner für die Vereinigten Staaten von Nordamerika, Brasilien, Mexiko. — Ob die wegen der Kosten zu erlassende Entscheidung im Auslande thatsächlich vollstreckt werden wird, oder die Gesetze des ausländischen Staates eine Vollstreckung der inländischen Urtheile nicht gestatten, ist für die Begründung dieses Befreiungsgrundes unerheblich. Anträge, die Bedingung der Vollstreckbarkeit im Auslande aus R. § 166 wieder aufzunehmen, sind in der Vorl., wie in der R. gestellt, aber abgelehnt.

6) Nr. 2. Geht der Urkundenprozeß in das ordentliche Verfahren über (§ 559), so tritt die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung wieder ein, ebenso in dem Nachverfahren (§ 563). Vgl. § 103.

6a) Nr. 3 vgl. Ann. 2; ferner §§ 33, 253, 467.

6b) Nr. 4 vgl. §§ 823 ff.

7) Nr. 5. Das Wort „Ansprüchen“ ist von der Vorl. statt: „Forderungen“ (R. 166, E. 1, 99) aufgenommen, um unbedingt alle dinglichen oder persönlichen Ansprüche einzuschließen.

### § 103.

Der Beklagte kann auch dann Sicherheitsleistung verlangen, wenn im Laufe des Rechtsstreits der Kläger die Eigenschaft eines Deutschen verliert<sup>1)</sup> oder die Voraussetzung, unter welcher der Ausländer von der Sicherheitsleistung befreit war, wegfällt und nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.<sup>2)</sup>

R. 100. N. 167. P. 38. 520.

1) Ueber den Verlust der Reichsangehörigkeit vgl. Reichsges. 1. Juli 1870 §§ 13 ff. Der Prozeßtritt von Ausländern, welche Erben eines inländischen Klägers sind, gehört ebenfalls hierher.

2) Bei Wegfall der Voraussetzung der Befreiung (z. B. Aenderung der Staatsgesetze zu § 102 Nr. 1 oder Fortsetzung des Urkundenprozesses Nr. 2 im ordentlichen

Verfahren, §§ 559, 563) soll nach der offenbaren Absicht des Gesetzes der unbestrittene Theil zur Deckung wegen etwaiger Kostenforderungen dienen können. Inbezug ist ein Zurückbehaltungsrecht nicht ausdrücklich bestimmt, was auch in das materielle Zivilrecht eingreifen würde. Der Absicht wird unter Umständen nicht entsprochen, wenn für den unbestrittenen Theil ein vollstreckbares Theilurtheil vorliegt und vollstreckt werden soll; alsdann reicht der unbestrittene Theil zur Deckung nicht mehr aus und kann also nach § 103 Sicherheit verlangt werden, abgesehen von der Befugniß des Beklagten, durch Arrest (§ 797 Abs. 2) Sicherheit zu suchen. — Ein Anspruch, welchem ein Kompensationseinwand entgegengesetzt wird, ist nicht unbestritten.

Der § 103 ist von der Vorl. (theilweise nach R. 167) aufgenommen. Er enthält einen Fall, wo § 247 Abs. 3 anwendbar ist. Die Sicherheitsleistung muß in der ersten Instanz nach erlangter Kenntniß von den nach § 103 erforderlichen Thatfachen bei Vermeidung der Präklusion verlangt werden. (A. Förster Anm. 2.)

### § 104.

Die Höhe der zu leistenden Sicherheit wird von dem Gerichte nach freiem Ermessen festgesetzt.<sup>1)</sup>

Bei der Festsetzung ist derjenige Betrag der Prozeßkosten zu Grunde zu legen, welchen der Beklagte wahrscheinlich aufzuwenden haben wird.<sup>2)</sup> Die dem Beklagten durch eine Widerklage erwachsenden Kosten sind hierbei nicht zu berücksichtigen.

Ergiebt sich im Laufe des Rechtsstreits, daß die geleistete Sicherheit nicht hinreicht,<sup>3)</sup> so kann der Beklagte die Leistung einer weiteren Sicherheit verlangen, sofern nicht ein zur Deckung ausreichender Theil des erhobenen Anspruchs unbestritten ist.

R. 101. N. 168. P. 33. 520.

1) Vgl. Anm. 2 § 101. Im R. § 168 war bestimmt: „der Antrag ist auf eine bestimmte Summe zu richten“. Dies ist fortgelassen und als unbedingtes Erforderniß zur Begründung der prozeßhindernden Einrede nicht nöthig. — Die Festsetzung erfolgt durch das Gericht der jedesmaligen Instanz, bei welchem das Verlangen vorzubringen ist (vgl. Anm. 2), und zwar (mit der Fristbestimmung gemäß § 105) nach mündlicher Verhandlung, da es sich um einen wahren Einwand gegen die Rechtsverfolgung handelt. Eine Beschwerde über die Festsetzung ist nicht gegeben, da die Bedingungen des § 530 nicht vorhanden sind; der Kläger, welcher sich beschwert fühlt, kann es nur darauf ankommen lassen, der Festsetzung nicht Folge zu leisten und dann gegen die nach § 105 zu erlassende Entscheidung ein Rechtsmittel einzulegen, R. 26. Sept. 1894, JW. 505. Die Entscheidung über die Festsetzung ist ein Zwischenurtheil (vgl. jedoch Anm. 1 § 105), welches für sich selbst nicht anfechtbar ist, vielmehr nur mittelbar bei Einlegung des Rechtsmittels gegen das Endurtheil (§§ 473, 510); wird jedoch die Einrede des Beklagten verworfen, so ist es für diesen durch Rechtsmittel selbständig anfechtbar und dem § 248 Abs. 2 unterworfen. Vgl. OLG. Braunschweig, SA. 44, 101; OLG. Hamburg, SA. 44, 359. Dies gilt auch für die Fälle des § 190 a, 222 G. O. Durch einfachen Beschluß ist im Streitfalle die Einrede nicht zu erledigen. Wird der Antrag auf Erlaß eines Zwischenurtheils abgelehnt, so soll dagegen nach R. 26. Sept. 1894, JW. 505 Beschwerde zulässig sein, was jedoch mit Rücksicht auf das Erforderniß der Instanz, vgl. § 530, bedenklich erscheint.

2) Da das Recht des Beklagten auf der Kostspflicht des Klägers beruht, so ist nur derjenige, vom Beklagten wahrscheinlich aufzuwendende, Kostenbeitrag gemeint, welchen der Kläger möglicherweise zu erstatten hat. Wenn nur gegen einen Mitkläger, welcher Ausländer ist, oder gegen einen Nebenintervenienten des Klägers die Sicherheitsleistung gefordert wird, so wird hierdurch das Maß der Sicherheit beschränkt, §§ 95, 96; vgl. Anm. 2 § 102. Andererseits sind nicht nur die Prozeßkosten erster Instanz zu berücksichtigen, sondern, wie die

Not. 122 hervorheben, auch die der etwaigen Rechtsmittelinstanzen. Eine Nichtberücksichtigung der letzteren steht jedoch dem Verlangen einer weiteren Sicherheitsleistung in den folgenden Instanzen nach Abs. 3 nicht entgegen. Zwar bestimmt § 490, daß in der Berufungsinstanz die Einrede der mangelnden Sicherheitsleistung nur geltend gemacht werden kann, wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, dieselbe in erster Instanz geltend zu machen. Wenn indessen die Einrede überhaupt rechtzeitig nach §§ 247, 249 geltend gemacht ist, — wenngleich nicht als verzögertliche, R. 25. Nov. 1892, JZ. 1893 S. 14 — so kann gegen das Verlangen der Erhöhung aus den §§ 247, 490 ein Einwand nicht geltend gemacht werden, sofern dieselbe erst durch Beschreibung fernerer Instanzen oder anderer Umstände (z. B. Erhöhung des Streitwerts, Anm. 3) sich als für wahrscheinliche Aufwendungen nöthig zeigt, wobei jedesmal nicht bloß die Kosten der betr. Instanz, sondern die muthmaßlichen Gesamtkosten der Partei, einschließlich der bereits entstandenen, zu berücksichtigen sind, R. 11. April 1885, JZ. 182, S. 41, 97; 21. Jan. 1887, JZ. 37; 5. April 1894, JZ. 240, vgl. auch Anm. 4 § 105. Dies gilt auch für die Revisionsinstanz; R. 19. Nov. 1894, JZ. 1895 S. 40.

3) Abs. 3 ist sowohl dann anwendbar, wenn sich der Kostenbetrag als höher herausstellt, als auch wenn der Werth der Sicherungsmittel sich als geringer ergibt, wie ursprünglich angenommen, Not. 122. Auch im Falle des § 104 Abs. 3 ist § 247 Abs. 3 anwendbar. Ueber die Aufhebung der Sicherheitsleistung, wenn die Voraussetzung fortfällt Anm. 5 § 101.

### § 105.

Das Gericht hat dem Kläger bei Anordnung der Sicherheitsleistung eine Frist zu bestimmen, binnen welcher die Sicherheit zu leisten sei.<sup>1)</sup> Nach Ablauf der Frist ist auf Antrag des Beklagten, wenn die Sicherheit bis zur Entscheidung nicht geleistet ist,<sup>2)</sup> die Klage für zurückgenommen zu erklären<sup>3)</sup> oder, wenn über ein Rechtsmittel des Klägers zu verhandeln ist, dasselbe zu verwerfen.<sup>4)</sup>

R. 102. N. 169. P. 32. 520. 521. 593. 594.

1) Die „Anordnung“ erfolgt in Form eines Zwischenurtheils, wenn die Kautionspflicht oder die Höhe der Kaution unter den Parteien streitig ist, vgl. Anm. 1 § 104, R. 24, 431; 33, 431; andernfalls ist für ein Zwischenurtheil kein Raum. Wenn der Kläger sich erbitet, die geforderte Sicherheitsleistung in der vom Beklagten verlangten Höhe zu bewirken, so genügt ein Beschluß für die Anordnung, was auch in der Praxis das Uebliche ist. Die Frist, deren Bestimmung einen Theil („bei“) der Anordnung bildet ist eine richterliche Frist, also nach § 198 zu berechnen, vgl. §§ 202, 203; und nicht Nothfrist. Während des Laufes der Frist kann in der Hauptsache nur dann weiter verhandelt und entschieden werden, wenn der Beklagte nicht gemäß § 248 die Verhandlung zur Hauptsache verweigert hat (oder nicht verweigern kann, § 465 Abs. 3, § 490 Abs. 2). Beschwerde gegen die Anordnung ist unzulässig; R. 33, 431.

2) Nicht die Frist, sondern die Entscheidung über den nach Ablauf der Frist vom Beklagten in m. V. zu stellenden definitiven Antrag des Beklagten ist in diesem Falle präklusivisch. Die mit R. § 169 übereinstimmende Fassung E. § 102: „wenn die Sicherheit binnen dieser Frist nicht bestellt ist“, ist deshalb von der RR. in die jetzige Bestimmung umgeändert; P. 520, 521, 593, 594. Dabei ist über den sonst anwendbaren § 209 Abs. 2 hinaus die Leistung nicht bloß bis zum Schlusse der m. V., sondern bis zur Entscheidung zugelassen, was auch für die Fälle der §§ 190a, 222 G. O. gilt; R. 24, 432; Bergenhahn, Raff. R. 37, 591. Dem Beklagten steht frei, den Antrag gemäß Satz 2 nicht zu stellen; nicht aber 3B. wegen der festgesetzten Sicherheit zu beantragen, wofür das Zwischenurtheil keinen Vollstreckungstitel gewährt. Die Entscheidung gemäß Satz 2 nach Ablauf der Frist ist ein Endurtheil, also den gewöhnlichen Rechtsmitteln unterworfen. Beim Richtersehen des Klägers in der m. V. hat der Beklagte, sofern nicht bloß zur Verhandlung über den Zwischenstreit geladen ist, die Wahl zwischen dem Antrage aus § 105

oder aus § 295; auch bei der Wahl der ersten Alternative ist das Urtheil ein Verkümmernsurtheil; es beruht (gegen Bach Raffr. 36, 15 ff. u. Seuffert Anm. 3) auf der durch Nichterscheinen erfolgten Verkümmung des dem Kläger obliegenden Nachweises der Sicherheitsleistung als des einzigen Gegenstandes der Verhandlung über die prozeßförmliche Einrede, und hat darnach auch die Zulässigkeit des Einspruchs zur Folge; R. O. 24, 429.

3) Die Entscheidung ist ein **Endurtheil** und hat dieselben Wirkungen, wie wenn die Klage zurückgenommen würde. Ueber die Folgen der Zurücknahme einer Klage und das Recht des Beklagten, die Aussprechung der Kostenpflicht des Klägers durch Urtheil zu verlangen vgl. § 243 Abs. 3, 4. Eine entsprechende Bestimmung enthalten §§ 190 a, 222 § 208, vgl. Anm. 2 sowie Anm. 1 § 104.

4) Die Verwerfung des Rechtsmittels ist ebenfalls **Endurtheil**. In der Rechtsmittelinstanz kann die Kautionspflicht des Klägers (abgesehen von § 103 und von einer Erhöhung, vgl. Anm. 2 § 104) nur unter den Voraussetzungen des § 490 vom Beklagten neu geltend gemacht werden; vgl. Anm. 2 § 104, § 247 Nr. 4. Die Verwerfung des Rechtsmittels findet nur statt, wenn über ein Rechtsmittel des ausländischen Klägers zu verhandeln ist; die etwaige, nicht innerhalb der Nothfrist eingelegte Anschließung des Beklagten fällt damit fort; §§ 483 und Anm. 2 dazu, 518. Ist über ein Rechtsmittel des Beklagten zu verhandeln, so findet die sonstige allgemeine Rechtsfolge (Anm. 3) Anwendung, daß ungeachtet des bereits in erster Instanz ergangenen Urtheils die Klage (des Ausländers, wengleich Rechtsmittelbeklagten) für zurückgenommen zu erklären ist, wogegen die etwaige Anschließung des Klägers gemäß Schlußsatz zu verwerfen ist. *W. Gaupp* Anm. II u. *Seuffert* Anm. 3, welche eine Verwerfung der Anschließung des Klägers nicht für zulässig halten, wenn auf Zurückweisung der Klage zu erkennen ist; allein wenn in der Vorinstanz der Kläger mit einem Theile seines Anspruchs aus sachlichen Gründen abgewiesen ist, so ist nach dem Schlußsatz § 105 das dagegen eingelegte Rechtsmittel des Klägers stets auf Antrag des Beklagten zu verwerfen; und es ist kein Grund einzusehen, warum dem Beklagten diese stärkere Wirkung seiner prozeßförmlichen Einrede versagt werden solle, wenn es sich um eine Anschließung handelt, welche doch auch ein Rechtsmittel ist; sein weiterer Antrag, die Klage für zurückgenommen zu erklären, bezieht sich dann eben nur auf den übrigen Theil des Klageanspruchs. Da eine Klage auch theilweise zurückgenommen werden kann, Anm. 1 Abs. 3 § 243, so kann sie auch als theilweis zurückgenommen erklärt werden. Das gleiche Resultat tritt ein, wenn in dem angenommenen Falle Kläger keine Anschließung erklärt, sondern sich bei der theilweisen sachlichen Abweisung beruhigt; dann wird, da die Anfechtung des Beklagten sich nur auf den ihm ungünstigen Theil des Urtheils bezieht, der andere Theil in Rechtskraft übergehen, im Uebrigen aber die Klage für zurückgenommen zu erklären sein. Haben beide Theile selbstständige Rechtsmittel eingelegt, so kann der Beklagte die Verwerfung des klägerischen Rechtsmittels und, soweit er selbst das frühere Urtheil ansieht, die Zurücknahme-Erklärung der Klage beantragen. (Die von *Gaupp* Anm. II gemachte Unterscheidung, ob über die Rechtsmittel in einem oder in mehreren Urtheilen zu erkennen ist, hat weder einen prozeßualischen noch einen materiellen Grund.) Soweit über die Klage bereits rechtskräftig, etwa durch Theilurtheil, entschieden ist, kann natürlich weder in erster, noch in höherer Instanz, von einer Zurücknahme-Erklärung der Klage die Rede sein. Wenn nur ein Mitkläger oder Nebenintervenient aus § 66 von dem Verlangen der Sicherheitsleistung betroffen ist, so ist auch nur in Betreff seiner die Klage für zurückgenommen zu erklären bzw. das Rechtsmittel zu verwerfen, und es ist nach den sonstigen Verhältnissen §§ 56–59 zu beurtheilen, welchen Einfluß dies auf die Fortsetzung des Prozesses hat. Kommt ein sonstiger Nebenintervenient der ihn betreffenden Kautions-Anordnung nicht nach, so ist die Nebenintervention für zurückgenommen zu erklären, oder auch, was in der Wirkung gleichsteht, zurückzuweisen. Für Form und Anfechtung einer solchen Entscheidung ist § 68 maßgebend, da es sich dabei in der That nur um einen Widerspruch gegen die Zulassung des Nebenintervenienten handelt.

## Siebenter Titel. Armenrecht.

1) Die Bewilligung des Armenrechts, eine Folge der Pflicht gleichen Rechtsschutzes für Arme und Reiche, in Frankreich früher gewohnheitsmäßig durch die Anwaltskammern besorgt und erst durch ein Gesetz vom 22. Jan. 1851 gesetzlich geregelt, ist in Deutschland aus dem römischen und kanonischen Rechte reichsgesetzlich fortentwidelt und in alle deutschen Prozeßordnungen aufgenommen; Renaud § 232, Wezell 328, Pland 1, 168. Zur Beseitigung des Mißbrauchs, welcher die Rechtsgleichheit zu Gunsten der Armen wieder aufheben und ihnen die Anstrengung frivoler Prozesse erleichtern könnte, hatten die deutschen Prozeßordnungen das Armenrecht ver sagt, wenn der Prozeß muthwillig oder aussichtslos an gestellt werde. In Gemäßheit dieses Grundsatzes, ist die Vorprüfung und Bewilligung für jede Instanz besonders nöthig erklärt, § 110, und zur Gleichstellung des Gegners der armen Partei ist auch der Gegner einstweilen (bis zu seiner Beurtheilung in die Kosten) von den in § 107 Nr. 1 bezeichneten Gerichtslosten befreit, §§ 111, 114 Abs. 2, 116 Abs. 2; Rot. 123, 124; P. 39—42, 523, 524, 664. Die Entscheidung über Bewilligung des Armenrechts ist — abweichend von einzelnen deutschen Prozeßordnungen — nicht der Staatsanwaltschaft und auch nicht den Anwaltskammern, sondern dem Prozeßgerichte übertragen. Auch für Privatklagen gemäß der StP. § 414 gelten „für die Bewilligung des Armenrechts dieselben Bestimmungen, wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“, StP. § 419.

2) Der 7. Titel regelt nur das Armenrecht einzelner physischer Personen. Vgl. Anm. 2 § 106, Anm. 3 § 109. Ueber sonstige Befreiung von Gerichtslosten vgl. GRG. § 98 u. Vorbem. vor § 87, sowie für Preußen über Stundung und Niederschlagung von Kosten wegen Armuth Pr. AG. zu GRG. § 30. De lege ferenda vgl. Krüdmann, civArch. 82, 72 ff.

### § 106.

Wer außer Stande ist,<sup>1)</sup> ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des Prozesses zu bestreiten,<sup>2)</sup> hat auf Bewilligung des Armenrechts Anspruch, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint.<sup>3)</sup>

Ausländer haben auf das Armenrecht nur insoweit Anspruch, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist.<sup>4)</sup>

R. 108. N. 170. 171. P. 39—41. 528.

1) Gleichgültig ist, ob der Bittsteller als Kläger, Beklagter oder Interventent betheilig ist. Das Armenrecht findet auch für jedes nach der C.P. zulässige Verfahren einschließlicly des Mahnverfahrens und des Arrestes statt.

2) Durch das Vorhandensein alimentationspflichtiger Angehöriger wird der Anspruch auf das Armenrecht nicht beseitigt, P. 41. Für Prozesse des Waters oder Schwamnes als gesetzlichen Vertreters kommt indeß seine Verpflichtung zur Kostentragung mit in Betracht. Die nach § 726 II 1 A.R. bestehende Verpflichtung des Schwamnes zur Vorschießung der Kosten des Ehescheidungsprozesses für die Ehefrau steht der Bewilligung des Armenrechts an die Ehefrau so lange entgegen, als die Erfolglosigkeit dieses Mittels nicht feststeht; R.G. 19, 428; 5. Okt. 1898, Bl. f. R. 4, 121. (Abw. Kammergericht, Busch 10, 408; vgl. jedoch die a. a. O. dagegen erhobenen Bedenken und Marcus, ZB. 1892 S. 298.) Konkursverwalter haben für die von ihnen Namens der Konkursmasse zu führenden Prozesse keinen Anspruch auf Armenrecht (D.R.G. Colmar, Busch 7, 97), so wenig wie andere Vermögensmassen, Stiftungen, Personenvereine, vgl. Anm. 3 § 109.

3) Der Zusatz: „wenn — erscheint“ ist von der R.R. beigefügt. Er war in erster

Lesung in der gleichen Wortfassung, wie in R. § 170: „muthwillig oder völlig ausichtslos“ aufgenommen. Das Wort „völlig“ wurde dann gestrichen, um die Erfordernisse der Verweigerung nicht unnötig zu verschärfen; es solle nicht gesagt sein, daß dabei das Gegentheil von dem angenommen werden müsse, was der Arme behaupte, P. 39, 523. Die Halslosigkeit des prätenbirten Rechts muß jedoch „auf der Hand liegen“, um das Armenrecht zu versagen, R. O. 4, 416; 10. Dez. 1891, JMB. 1892 S. 55; RoffR. 36, 1228. Vgl. auch D. O. Dresden, Busch 6, 484. Erscheint bei objektiver Klagenhäufung die Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nur für einzelne Ansprüche ausichtslos oder muthwillig, so steht nichts im Wege, die Ertheilung des Armenrechts für diese Ansprüche zu versagen, im Uebrigen zu bewilligen, D. O. Dresden, Busch 6, 486; vgl. jedoch Anm. 2 § 110. — Die Bedingung, daß die „beabsichtigte“ Rechtsverfolgung nicht grundlos erscheint, setzt voraus, daß die Bewilligung vor oder mindestens im Laufe der Instanz beansprucht wird. Der Antrag kann deshalb nicht erst bei Beendigung der Instanz gestellt werden, R. O. 2, 378; 23. Juli 1892, JMB. 369; vgl. Anm. 1 § 110. Dagegen kann die Rechtsverfolgung nicht allein deshalb für aussichtslos erachtet werden, weil in Folge einer — zu Unrecht — erfolgten Versagung des Armenrechts für die höhere Instanz die Nothfrist für Einlegung des Rechtsmittels verstrichen ist, da hierin ein unabwendbarer Zufall im Sinne des § 211 zu finden sein würde; R. O. 26. Sept. 1884, JMB. 266, vgl. das. S. 277.

4) **Abf. 2.** Vgl. Koppers, Zusammenstellung zc. Berlin 1891 S. 21 ff. „Ausländer“ f. Anm. 1 § 102 und Anm. 3 § 109. Die Gegenseitigkeit ist sowohl dann verbürgt, wenn durch Staatsverträge als auch dann, wenn durch die Gesetze des ausländischen Staates festgestellt ist, daß den deutschen Reichsangehörigen oder auch nur den Angehörigen desjenigen Bundesstaats, bei dessen Gerichte dem Ausländer das Armenrecht eingeräumt werden soll, ebenfalls das Armenrecht in Prozessen bewilligt wird. Auch dann ist die Gegenseitigkeit als verbürgt, d. h. gesichert anzunehmen, wenn sie in tatsächlicher Uebung besteht. Vgl. § 661 Nr. 5; P. 40, 344—346, 446 ff. Ueber die Verschiedenheit des Grundgesetzes der verbürgten Gegenseitigkeit (vgl. auch §§ 102, 661) von dem der Retorsion: *Secus* 1 § 12 Rt. 59.

Die Einschränkung: „insoweit — als“ setzt voraus, daß der ausländische Staat ein Armenrecht kennt und die Deutschen ebenso wie seine Landesangehörigen behandelt. Im Falle einer Zurücksetzung der Deutschen hinsichtlich des Umfangs oder der Bedingungen, ist „insoweit“ die Gegenseitigkeit nicht verbürgt; Busch 1, 353; Sarwey 1, 193. Bei einem Staate, welcher kein Armenrecht kennt, wie z. B. den Vereinigten Staaten von Amerika, ist Gegenseitigkeit zu Gunsten desselben unmöglich. Das Österreich. Bürgerl. Gesetzbuch § 33 und das italien. Civilgesetzbuch Art. 3 stellen Ausländer und Inländer gleich. Für Italien ist durch Bekanntmachung vom 1. Okt. 1879, R. O. 312, bestätigt, daß die Gegenseitigkeit durch die italienische Gesetzgebung verbürgt ist (vgl. auch Handelsvertrag 6. Dez. 1891, R. O. 1892 S. 97. Art. 3 Abs. 2), für Oesterreich durch die österreich. Ministerial-Erklärung v. 16. Nov. 1881, Ballm. 7, 230, jetzt für Oesterreich-Ungarn durch Uebereinkunft v. 9. Mai 1886, R. O. 1887 S. 120. Für Belgien und Luxemburg ist die Zulassung durch Konventionen v. 18. Okt. 1878 u. 12. Juni 1879, R. O. 316, 318 geregelt; vgl. Allg. Verf. 27. Nov. 1885 betr. den Rechtshülfeverkehr in Luxemburg in Armenrechtsfachen, JMB. 356; desgleichen für Frankreich durch Konvention v. 20. Febr. 1880, R. O. 1881 S. 81. Verbürgt ist die Gegenseitigkeit ferner in Dänemark durch Herkommen, in Schweden und Norwegen (Auskunft der schwedischen Gesandtschaft 23. Juli 1890 in Sachen *Edberg* -| *Hagen* v. d. Hagen, Kammergericht II. 931. 90 IV). Für Rußland, Serbien, Griechenland, Columbien vgl. die Anm. 5 § 102 angeführten Handelsverträge. Nicht verbürgt ist die Gegenseitigkeit in Großbritannien. In der Schweiz sind die Verhältnisse in den einzelnen Kantonen vielfach von einander abweichend. In den Niederlanden wird Ausländern das Armenrecht nur nach Maßgabe etwaiger Staatsverträge bewilligt; ein solcher existirt zwischen Preußen und den Niederlanden vom 21. Aug. 1822, *Rampf*, Jahrb. 20, 38; vgl. JMB. 1891 S. 200. In



Rumänien ist das Institut des Armenrechts nicht ausgebildet. (Vgl. Roppers a. a. O., besonders wegen der Schweiz 23—31.) Ob die in den sonstigen Ann. 5 § 102 erwähnten Handelsverträgen vorkommende Gleichstellungsklausel auch auf das Armenrecht bezogen werden kann, ist nicht unbestritten, doch dürfte die Frage zu bejahen sein.

Abf. 2 gilt auch für den Fall, daß beide Parteien Ausländer sind, DZS. Dresden 6, 487.

### § 107.

Durch die Bewilligung des Armenrechts<sup>1)</sup> erlangt die Partei:

1. die einstweilige Befreiung von der Verächtigung der rückständigen und künftig erwachsenden Gerichtskosten, einschließlich der Gebühren der Beamten, der den Zeugen und den Sachverständigen zu gewährenden Vergütung und der sonstigen baaren Auslagen, sowie der Stempelsteuer;<sup>2)</sup>
2. die Befreiung von der Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten;<sup>3)</sup>
3. das Recht, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirtung von Zustellungen und von Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher<sup>4)</sup> und, insoweit eine Vertretung durch Anwälte geboten ist, zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde.<sup>5)</sup>

R. 104. N. 172. P. 41. 523. 524. 663.

1) Das Armenrecht theilweise zu bewilligen (zu unterscheiden von der Bewilligung des vollen Armenrechts für einen Theil der eingeklagten Ansprüche, Ann. 3 § 106), ist das Gericht durch das Gesetz, welches nur Folgen des einen Rechts zu Nr. 1, 2, 3, nicht Theile desselben kennt, nicht ermächtigt; von dem ihr nach Nr. 3 zustehenden Recht braucht die Partei allerdings keinen Gebrauch zu machen; Kammergericht, Blf.R. 3, 95; vgl. Ann. 5; und der Staat kann, auch ohne daß ein Armenrecht bewilligt worden, kraft seines Hoheitsrechts die ihm zustehenden Kosten stunden oder erlassen. Vgl. § 30 A.O. z. O.R.G. 10. März 1879.

2) Folge zu 1 ist die Befreiung vom Gerichtskostenvorschuß, O.R.G. §§ 81, 85 Abf. 5, und von der einstweiligen Einziehung der Gerichtskosten gemäß §§ 86 ff., 93, 94 O.R.G. (Der einmal bezahlte Gerichtskostenvorschuß kann freilich auf Grund der Bewilligung des Armenrechts nicht zurückgefordert werden; DZS. Jena, SA. 47, 95; ZS. u. DZS. Stuttgart, JfO. 1893 S. 166.) Das Wort „einschließlich“ bezieht sich auf alle nachfolgenden Gerichtskostenbezeichnungen zu Nr. 1 bis einschließlich „Auslagen“; unter den baaren Auslagen sind also nur Auslagen des Gerichts zu verstehen, nicht der Partei selbst. Demnach sind auch die amtlichen Zusendungen des Gerichts an die arme Partei zu frankiren, während diese auch ihrerseits ihre Sendungen an das Gericht zu frankiren hat, R.O. 7. Okt. 1885, 323. 321. Wenn die Partei jedoch nicht als solche in Betracht kommt, sondern als Objekt einer vom Gericht beschlossenen Beweisaufnahme (Begutachtung), so gehören auch die hierzu nothwendigen Auslagen (Reisekosten u. dergl.) zu den gerichtlichen (DZS. Colmar, Busch 7, 98). Auch Schreibgebühren für Abschriften, welche der Armenanwalt nach § 271 verlangen kann, hat die Staatskasse zu verauslagern; indes ist dadurch die Befugniß des Gerichts nicht ausgeschlossen, dem Armenanwalt die Akten zur Einsicht vorzulegen oder nach Hause zu geben, damit er die nöthigen Notizen oder wenn erforderlich Abschriften entnimmt; für die etwa nöthigen Schreibkosten, welche der Anwalt also dann für das Gericht bestreitet, kann er Entschädigung aus der Staatskasse fordern; R.O. 7, 341. — Wegen der Haftkosten bei der Zwangsvollstreckung vgl. Ann. 1 § 792. — Die Stempelsteuer, worauf sich die Befreiung einschließlich des Vollmachtsstempels (R.O. 9, 256) ebenfalls erstreckt, gehörte schon bisher nicht immer zu den Gerichtskosten, vgl. O.R.G. §§ 2, 100, 101. Die Endzeit für die einstweilige Befreiung ist durch §§ 112, 116 (117) bestimmt.

3) Nr. 2. Diese Folge des Armenrechts kommt nur Ausländern zu Gute, welchen das Armenrecht gemäß § 106 Abf. 2 bewilligt ist, vgl. Ann. 4 § 106, da nur gegen Aus-

länder nach § 102 ein Beklagter das Recht auf Sicherheitsleistung wegen Prozeßkosten hat. Von einer Sicherheitsleistung aus anderen Gründen befreit das Armenrecht nicht.

4) Nr. 3. Der Gerichtsvollzieher kann keinen Vorstoß fordern; seine baaren Auslagen werden aus der Staatskasse ersetzt, ObD. f. Gerichtsvollz. §§ 18, 21. Die Schreibgebühren für Anfertigung der zur Zustellung erforderlichen Abschriften (vgl. Pr. ZMBl. 1885 S. 6, Bayr. ZMBl. 1885 S. 157) gehören nach den Erlassen des Bayerischen Justiz-Ministeriums v. 2. Nov. 1885 u. 3. Dez. 1886 nicht zu denjenigen Auslagen, von denen die Bewilligung des Armenrechts befreit, da nach § 155 die Partei diese Abschriften dem Gerichtsvollzieher zu übergeben verpflichtet ist, demnach kann dieser auch, falls ihm die Fertigung der Abschrift von der Partei übertragen wird, Vorausbezahlung der Schreibgebühren fordern (S.f.G. 1887 S. 64). Vgl. ferner für Preußen Gesch.-Anw. f. Ger.-Vollz. v. 24. Juli 1879 (Anlage z. ZMBl. Nr. 31 von 1879) § 125, abgeändert durch Allg. Verf. v. 23. Febr. 1885 § 5, ZMBl. S. 70, sowie Verf. 29. Okt. 1894, ZMBl. 305. Ueber die Stellung des Gerichtsvollz. zur armen Partei hinsichtlich der Kosten der Zwangsvollstreckung vgl. Anm. 1 § 115.

5) Nach der RAO. § 34 kann einer Partei, welcher das Armenrecht bewilligt ist, auch insoweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, ein Rechtsanwalt auf Antrag beigeordnet werden. Für ein Verfahren vor dem Amtsgericht kann jedoch nur ein bei diesem, nicht aber auch ein bei einem anderen Gerichte desselben Ortes zugelassener, wenngleich dort wohnhafter Rechtsanwalt beigeordnet werden, OLG. Königsberg 16. Nov. 1889, ZM. 1890 S. 77 (abw. von früherer Entsch. des Ob. O. gegen die Ablehnung der Beordnung steht der Partei die Beschwerde zu, § 35 das. Der Anwalt hat nur das Recht zur Beschwerde gegen die Auswahl (worüber auch der Partei die Beschwerde zusteht), § 36, nicht gegen die Bewilligung des Armenrechts wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung, M. 25. März 1884, KassR. 28, 1134, SA. 39, 338; M. 15, 340; 30. März 1887, KassR. 33, 1188; 9. Jan. 1890, ZM. 45; OLG. Hamburg, SA. 46. 87. Das sonst bestehende Recht des Anwalts zur Ablehnung eines Mandats wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung oder Vertheiligung ist damit für den Fall der Beordnung besetztigt; vgl. dagegen Entsch. des Obergerichtshofes, Berlin I, 117; 3, 119 und ZM. 1883 S. 261, sowie die Ausführungen in früheren Aufl.; andererseits ZM. Verf., KassR. 24, 772 und die Busch 8, 306 erwähnte Abhandlung von Manhard. Dagegen kann der Anwalt sich allerdings über seine Beordnung beschweren, wenn die Partei nur das Armenrecht und nicht die Zuordnung eines Anwalts beantragt hat, welche nicht in Folge des Antrags auf Armenrecht auf Amtswegen zu erfolgen braucht, M. 22. April 1882, ZM. 127; vgl. Anm. 1. Die Beschwerde über die Auswahl kann auch begründet sein, wenn im Laufe des Prozesses die fernere Vertretung durch den Rechtsanwalt (z. B. wegen Beschimpfung durch die Partei) sich als ungeeignet zeigt; M. 30. März 1887, ZM. 190, SA. 42, 460, KassR. 33, 1188. Ein Beschwerdebegrund gegen die Auswahl wird ferner darin mit Recht gefunden, daß der mit dem beigeordneten Anwalt in einem Societätsverhältnisse hinsichtlich der Ausübung des Berufs stehende Rechtsanwalt Vertreter der Gegenpartei ist; M. 29. Nov. 1888, SA. 44, 214; Kammergericht 17. Dez. 1888, Busch 14, 330. In Betreff der Erstattungspflicht eines Gegners vgl. RAO. § 36 und CP. § 115. — Der Ausdruck „vorläufig unentgeltlich“ ist im Gesetze rücksichtlich der Fristbeendigung nicht bestimmt. Die Bestimmungen in §§ 116, 117 über die Nachzahlung derjenigen Beträge, von deren Zahlung die arme Partei einstweilen befreit war, können unmittelbar zur Erklärung nicht beitragen, da sich dieselben, wie der Wortlaut ergibt, lediglich auf die Nr. 1 des § 107 und allenfalls auf die der Staatskasse zur Last fallenden Auslagen der Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte beziehen. Den Ausdruck „vorläufig“ auf die Dauer der Instanz zu beschränken, würde der Tendenz des Gesetzes nicht entsprechen, welche aus dem § 116 dahin zu entnehmen ist, daß die arme Partei nicht allein an der Rechtsverfolgung durch die Nothwendigkeit der Vorstoßleistung nicht behindert, sondern auch, so lange der Grund für die Bewilligung des Armenrechts bestehen bleibt, nicht durch Einlagung der Kosten und Versuche der Beitreibung beunruhigt

werden solle, indem schon die Voraussetzucht solcher Maßregeln eine Behinderung der Rechtsverfolgung in sich schließt. Die Klage des für die arme Partei bestellten Gerichtsvollziehers oder Anwalts auf Nachzahlung der Gebühren ist demgemäß nach Analogie des § 116 zu begründen und andernfalls zur Zeit abzuweisen. Vgl. Komm.-Ver. z. R.A.D. im sten. Ber. des Reichstags 1878, 4, 1101. Noch weiter ist das Kammergericht in der Entscheidung v. 18. Jan. 1888 in Sachen Meyer wider Hilliges U. 1631/82 IV. gegangen, indem es für die Klage des Anwalts die im § 117 angeordnete Entscheidung über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge Seitens der armen Partei als notwendige Vorbedingung erachtet hat (vgl. D.S. Jena, S.W. 43, 97). Dies würde einer Beschränkung des Rechtsweges gleichkommen, und ist daher, da die Zulässigkeit des Rechtsweges in bürgerlichen Rechtsfreitigkeiten nicht durch bloße Analogien ausgeschlossen werden darf, nicht zu billigen. Die ohne m.B. erfolgende Entscheidung aus § 117 hat den Charakter der Administrativ-Justiz (aM. Gaupp u. Seuffert § 116). Vgl. Jahresbericht der Vorstände der Anwaltskammern v. Sept. 1892 in J.W. 1892, Beilage zu Nr. 17 S. 13.

Zur unentgeltlichen Wahrnehmung der Rechte gehört nach R.O. 23. Sept. 1889, J.W. 401, auch die Führung der Korrespondenz mit der Partei und die dazu nötige Verlegung von Porto. Der Anwalt verletzt seine Pflicht, § 28 R.A.D., wenn er von der armen Partei Vorschuß für Porto und Schreibgebühren fordert; während er das freiwillig dafür Gegebene annehmen darf; Entsch. d. Ehrengerichtshofs I, 115; 4, 161; 5, 57. Eine Verpflichtung der Staatskasse zur Erstattung der Porti an den Armenanwalt wird nicht anerkannt; doch sind gerichtliche und gerichtsvollzieherliche Postsendungen an den Armenanwalt zu frankiren; J.W. Berf., Busch 18, 291. Auch der einem Privatkläger nach § 419 Abs. 3 Str.P.D. zur unentgeltlichen Wahrnehmung des Rechts beigeordnete Anwalt hat keinen Anspruch auf Erstattung von Gebühren und Auslagen gegen die Staatskasse; R.O. Str. 25, 360. Ueber das Verlangen einer Mehrzahl von Urtheilsausfertigungen bezw. Abschriften vgl. R.O. 19. Mai 1894, J.W. 313. — Zur Uebersendung der Gebührenrechnung nach beendigter Instanz ist sowohl der Gerichtsvollzieher als der Armenanwalt berechtigt, wie der Letztere auch der armen Partei gegenüber das ihm aus § 32 Abs. 1 der R.A.D. zustehende Zurückbehaltungsrecht an den Handakten bis zur Bezahlung seiner Auslagen und Gebühren behält (vgl. Meyer, R.A.D. Anm. 2 § 32 und Lurnau die Justizverfassung, Berlin 1880, 2, 180). Vgl. auch Anm. § 117. — Wegen der Nothwendigkeit der Vollmacht (welche nicht stempelpflichtig ist, Anm. 2) vgl. Anm. 3 § 76, Eccius 2 § 154 Nr. 2.

### § 108.

Die Bewilligung des Armenrechts hat auf die Verpflichtung zur Erstattung der dem Gegner erwachsenden Kosten keinen Einfluß.<sup>1)</sup>

R. 105. N. 173. P. 42. 524.

1) Auch die von dem Gegner bezahlten Gerichtskosten und Vorschüsse darauf muß die in die Prozeßkosten Verurtheilte Partei erstatten; der § 98 Abs. 4 O.R.G. bezieht sich nur auf Parteien, welche Gebührenfreiheit genießen; vgl. Anm. 1a § 87. Anwendung des Grundsatzes des § 108 vgl. in R.O. 24, 437. Dagegen hat die Bewilligung des Armenrechts Einfluß auf das Recht, Sicherheit für die Prozeßkosten zu fordern, § 107 Nr. 2. Folge des § 108 ist die Zulässigkeit der Einrede aus § 247 Nr. 5 nach Zurücknahme einer Klage (§ 243). Vgl. Anm. 6 § 243. — Soweit der Gegner nach § 111 selbst von Zahlung der Kosten befreit ist, kann natürlich auch keine Erstattung gefordert werden.

### § 109.

Das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts ist bei dem Prozeßgericht<sup>1)</sup> anzubringen; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.<sup>2)</sup>

Dem Gesuch ist ein von der obrigkeitlichen Behörde der Partei ausgestelltes Zeugniß beizufügen, in welchem unter Angabe des Standes oder Gewerbes,

der Vermögens- und Familienverhältnisse der Partei sowie des Betrags der von dieser zu entrichtenden direkten Staatssteuern das Unvermögen zur Befreiung der Prozeßkosten ausdrücklich bezeugt wird. Für Personen, welche unter Vormundschaft oder Kuratel stehen, kann das Zeugniß auch von der vormundschafilichen Behörde ausgestellt werden.<sup>3)</sup>

In dem Gesuche ist das Streitverhältniß unter Angabe der Beweismittel darzulegen.<sup>4)</sup>

K. 106. N. 174. 175. P. 42. 524.

1) Nachdem § 110 die Bewilligung für jede Instanz besonders angeordnet hat, ist das Prozeßgericht der Instanz, für welche die Bewilligung erfolgen soll, dasjenige, von welchem darüber zu entscheiden ist. Der Ausdruck „Prozeßgericht“ ist mit Rücksicht darauf, daß das Armenrecht nicht bloß für eigentliche Prozesse, sondern für jedes Verfahren nach der C.P. bewilligt werden kann (Ann. I § 106), in weiterem Sinne zu verstehen, als dasjenige Gericht, bei welchem der Antragsteller eine Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung beabsichtigt (A. Förster Ann. 1); bei Einlegung der Beschwerde mitteln das Beschwerdebgericht, nicht dasjenige, gegen dessen Entscheidung die Beschwerde gerichtet ist, obwohl die Beschwerdebchrift bei letzterem einzureichen sein würde (§ 532 Abs. 1); R. 21. Dez. 1888, J. B. 1889 S. 40. Für die Zwangsvollstreckungsinstanz nach beendigter erster Instanz ist das Prozeßgericht erster Instanz zur Bewilligung des Armenrechts zuständig; O. Berlin I u. Kammergericht, Bl. f. R. 4, 91 vgl. Ann. I § 110.

2) Die Zulassung der Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers befreit von der Nothwendigkeit, im Anwaltsprozeße für den Antrag einen Anwalt zuzuziehen. Das Gesuch kann auch schriftlich eingereicht werden, Ann. 4 § 74.

3) Die Prüfung der Bedürftigkeit muß der Bewilligung des Armenrechts vorhergehen. Eine Bewilligung unter dem Vorbehalt des Nachweises der Bedürftigkeit ist nicht gestattet; R. 22. März 1893, J. B. 250. Das „Zeugniß“ ist für den Richter behufs der Bewilligung des Armenrechts nicht bindend. Der Richter hat das Recht der freien Beweiswürdigung, § 259, ob die Erfordernisse des § 106 vorhanden sind. Er kann ungeachtet des Zeugnisses das Armenrecht ablehnen. Das Zeugniß ist jedoch für die Bewilligung nothwendig, kann nicht durch andere Beweise ersetzt werden, und wenn es fehlt, oder von der ausstellenden Behörde widerrufen wird, ist das Armenrecht zu versagen; R. 14. April 1894, J. B. 261, S. A. 49, 461. — Welches die „obrigkeitliche Behörde der Partei“ ist, bestimmt sich nach der Landesverfassung und ist nöthigenfalls von der Verwaltung zu bestimmen. Theils durch die Ausführungsgesetze zur C.P., theils durch Verwaltungsanordnungen ist in den einzelnen Staaten hierüber Bestimmung getroffen. Vgl. v. Wilmowski-Levy R. O. zur C.P. S. 155, 158, 168, 191, 198, 207, 214, 227, 241, 251, 262, 269, 272, 278, 284, 297 und die Ann. 4 § 106 bezeichneten Konventionen mit Oesterreich-Ungarn, Frankreich, Belgien und Luxemburg. Dazu für Bayern: Del. 5. Juni 1879, O. Bl. 693; Baden: B. 26. Juli 1879, O. Bl. 318; Hessen: B. 2. Sept. 1879, Del. 29. Sept. 1879, Reg. Bl. 679, 697; Anhalt: Ges. 17. Dez. 1879, S. O. 10, 17. Für Württemberg vgl. Gaupp Ann. II R. 3. Für Preußen sind in der Regel auf dem Lande die Amtsvorsteher (ob auch Gemeindevorsteher, ist streitig), in den Städten die Polizeiverwaltungen (in Berlin die „Armendirektion“, Armenverwaltung des Magistrats, J. B. Bl. 1892 S. 8) zuständig; vgl. A. Förster Ann. 2. Aus Abs. 2 folgt, daß das Armenrecht stets nur einzelnen physischen Personen zu gewähren ist, nicht juristischen Personen oder Gesellschaften; auch nicht Konkurs- oder Nachlassverwaltern als solchen, Not. 123; R. 33, 366; (vgl. jedoch abw. für die durch einen Pfleger vertretene Deszendenz R. 15. Jan. 1894, J. B. 82, Raff. R. 38, 1115); Franke, Busch 6 § 91, Sturm, Raff. R. 30, 829; Ann. 2 § 106. Ebenso O. O. Hamburg, S. A. 46, 215, a. R. Kammergericht 15. März 1887, Busch 13, 368, weil die Versagung des Armenrechts an unvermögende Kirchen, Schulen und ähnliche Institute zu einer Rechtsverweigerung führen würde, was jedoch nur de lege ferenda zu erwägen wäre. Für die bezeichneten Institute besteht

übrigens in der Regel hinsichtlich der Gerichtslosten Gebührenfreiheit, und was die sonstigen Prozeßkosten betrifft, so sind dieselben im Verwaltungswege von denjenigen aufzubringen, welche zur Erhaltung der Institute (Kirchen- und Schulgemeinden, Patrone u. s. w.) verpflichtet sind.

4) Abs. 3 (R. § 174 Abs. 3) ist von der R. hinzugefügt, um die Vorprüfung nach § 106 zu ermöglichen, R. 42. Soweit die Gerichts-Akten das Streitverhältniß schon ergeben, insbesondere also für das Armenrecht in höheren Instanzen, ist eine Darlegung desselben nicht nöthig; das Gericht hat dasselbe nach dem Akteninhalte zu prüfen, sofern von der Partei nichts Neues angegeben wird; R. 4, 357 und 21. Juni 1881, Ballm. 7, 231; nur das für die Prüfung der Muthwilligkeit oder Ausichtslosigkeit etwa nöthige Material ist beizubringen, R. 10. Dez. 1891, JZ. 1892, 55, KassR. 36, 1229.

### § 110.

Die Bewilligung des Armenrechts erfolgt für jede Instanz besonders, für die erste Instanz einschließlich der Zwangsvollstreckung.<sup>1)</sup>

In der höheren Instanz bedarf es des Nachweises des Unvermögens nicht, wenn das Armenrecht in der vorherigen Instanz bewilligt war. Hat der Gegner das Rechtsmittel eingelegt, so ist in der höheren Instanz nicht zu prüfen, ob die Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung der Partei muthwillig oder ausichtslos erscheint.<sup>2)</sup>

#### R. 107. N. 176. P. 42. 524.

1) Die Bewilligung des Armenrechts kann für jede Instanz, so lange dieselbe nicht vollständig beendet ist, (vgl. Anm. 2 § 106) also auch nach Erlaß eines Theilurtheils über die Berufung, wenn die Anschließung noch anhängig ist, beantragt werden; R. 12. Juni 1888, JZ. 285, vgl. Anm. 3, § 106. Wenn nach einer Vorentscheidung über den Grund des Anspruchs in der höhern Instanz die Sache zur Entscheidung über den Betrag von Neuem in die höhere Instanz kommt, so ist dies eine neue Instanz, für welche das Armenrecht besonders zu bewilligen ist; R. 3. JZ. 1885 S. 352; 12. Febr. 1889, JZ. 108, vgl. im Uebrigen wegen der Verschiedenheit der Instanzen § 163. Ist das Armenrecht nur erst für eine höhere Instanz bewilligt, so muß es für die Zwangsvollstreckung beim Prozeßgerichte erster Instanz besonders nachgesucht werden; vgl. Anm. 1 § 109.

2) Abs. 2 Satz 1 schließt nicht aus, daß das Gericht höherer Instanz das Unvermögen von Amtswegen prüfen könne, R. 19, 428; 11. Juli 1891, JZ. 412; 14. April 1894, JZ. 261, SA. 49, 461. Wenn auf Grund des Satzes 2 einer Partei zur Vertheidigung gegen die Anschließung des Gegners das Armenrecht zu bewilligen ist, so kann es ihr auch für ihre eigene Berufung nicht versagt werden, weil sonst der Zufall, von welcher Partei das Rechtsmittel früher eingelegt ist, über die Bewilligung des Armenrechts entscheiden würde, R. 3. Nov. 1888, JZ. 423, KassR. 33, 124. — Die Nichtigkeits- und Restitutionsklage (§§ 541 ff.) beginnt einen neuen Prozeß und ist dafür Abs. 2 nicht anwendbar.

### § 111.

Die Bewilligung des Armenrechts für den Kläger, den Berufungskläger und den Revisionskläger hat zugleich für den Gegner die einstweilige Befreiung von den im § 107 Nr. 1 bezeichneten Kosten zur Folge.<sup>3)</sup>

#### R. 107a. P. 42. 524.

1) Wenn dem Kläger der jedesmaligen Instanz (Kläger, Berufungskläger, Revisionskläger) das Armenrecht bewilligt ist, so sollen einwillen von keiner Partei, also auch von dem Gegner nicht, die im § 107 Nr. 1 bezeichneten Gerichtslosten entgegogen werden, also auch dann nicht, wenn der Gegner Widerklage erhebt; ebenso D. O. Dresden, Buch 9, 485 f. Dies gilt auch für Auslagen, Schreibgebühren, Gebühren für

Zeugen und Sachverständige, vgl. Anm. 2 § 107 und enthält eine Modifikation der §§ 86, 87, 97 ORO.; R. 5. Juli 1887, ZM. 351; 23, 352. Die Vorschrift ist nicht anwendbar, wenn dem Beklagten in erster Instanz, dem Berufungsbeklagten oder dem Revisionsbeklagten das Armenrecht bewilligt ist. Dann ist dessen Gegner immer der angreifende Theil für die Instanz und kann auf die zur Begünstigung der Rechtsvertheidigung gegebene Vorschrift keinen Anspruch machen, R. 6, 420; 30. Juni 1887, ZM. 351; 27. Sept. 1889, ZM. 423; 23. Dez. 1891, ZM. 1892 S. 38, auch nicht der Gerichtskasse gegenüber den geleisteten Kostenvorschuß nach rechtskräftiger Verurtheilung der armen Partei in die Kosten zurückfordern, R. 9. Deg. 1891, SA. 37, 215, DRÖ. (Plenum) 29. April 1890, SA. 46, 89. Aus demselben Grunde hat der kostenpflichtige Kläger als Widerbeklagter in erster Instanz keinen Anspruch auf die Vergünstigung, da er die Instanz durch seinen Angriff begonnen hat. Wenn jedoch in der Berufungs- oder Revisionsinstanz beide Theile zugleich Berufungs- oder Revisionskläger und -beklagte sind, so ist § 111 nicht ausgeschlossen, da in demselben keine Ausnahme für den Fall gemacht ist, wenn der Gegner ebenfalls als Berufungs- oder Revisionskläger auftritt. Eine getrennte Berechnung der Kosten für die von beiden Parteien eingelegten Rechtsmittel findet nach ORO. §§ 11, 49, 94 Nr. 2 nur statt, wenn eine Partei das von ihr eingelegte Rechtsmittel zurücknimmt und ist in diesem Falle zu berücksichtigen. — Für den Streitgenossen des Klägers der Instanz und für den ihm assistirenden Intervenienten findet die Befreiung des § 111 nicht statt. — Bei Verletzung des § 111 hat der Beteiligte die Beschwerde gemäß §§ 531 bis 538 (ohne Anwaltszwang) ORO. § 4.

Die im § 111 bestimmte einstweilige Befreiung für den Gegner dauert so lange, wie das Armenrecht selbst, falls der Arme in die Kosten verurtheilt wird und erstreckt sich, wenn dem Gegner des Armen in diesem Falle ein bestimmter Beitrag zu den Gerichtskosten auferlegt wird, auf alle diesen Beitrag übersteigenden Kosten des § 107 Nr. 1; R. 23, 352; fällt aber nach § 114 Abs. 2 fort, sobald und soweit der einstweilen befreite Gegner in die Prozeßkosten rechtskräftig verurtheilt ist, oder der Prozeß ohne Kostenentscheidung beendet ist, also insbesondere durch Vergleich; DRÖ. Darmstadt, SA. 45, 449; DRÖ. Jena, SA. 46, 91; DRÖ. 19. Deg. 1887, SA. 43, 220; vgl. Anm. § 114. Eine noch nicht rechtskräftige Kostenentscheidung beendet nach dem Zwecke der §§ 111, 114 die Befreiung nicht; die nichtarme Partei würde sonst bei einer späteren Abänderung der Entscheidung gegen die Absicht des § 111 nicht befreit sein und von den Gerichtskosten, welche von ihr eingezogen würden, nichts wieder bekommen. Der § 93 ORO. ist durch diese Vorschriften eingeschränkt; R. 6, 419, ZM. 91; Buzsch 4, 397; 5, 404 (anr. bei Buzsch 5, 476). Die Sondervorschriften der §§ 111, 114 gehen überhaupt als *leges speciales* den Bestimmungen des ORO. betreffs des Gerichtskostenverschusses vor; R. 23, 352.

## § 112.

Das Armenrecht kann zu jeder Zeit entzogen werden, wenn sich ergibt, daß eine Voraussetzung der Bewilligung nicht vorhanden war oder nicht mehr vorhanden ist.<sup>1)</sup>

R. 108. N. 177. P. 42. 524.

1) Die Entscheidung kann von Amtswegen, R. 19, 428, auch auf einen Antrag des Gegners, des beigeordneten Anwalts, des Gerichtsvollziehers oder eines Dritten getroffen werden. Sie ist vom jedesmaligen Instanzgerichte zu treffen und hat nur für die Zukunft Wirkung, da hinsichtlich der Nachzahlung in §§ 116—118 besondere Bestimmungen getroffen sind. Die Entscheidung erfolgt in Beschußform, § 118, ohne Nothwendigkeit mündlicher Verhandlung, § 117, vgl. im Uebrigen Anm. § 117, DRÖ. Karlsruhe u. R., SA. 42, 217. Selbstverständlich bewirkt die Entziehung des Armenrechts, auch in der höheren Instanz, die gänzliche Befreiung desselben, mithin auch für die Zwangsvollstreckung (A. Förster Anm. 1), für die Zukunft, ohne rückwirkende Kraft. Wegen der Beschwerde vgl. § 118.

## § 113.

Das Armenrecht erlischt mit dem Tode der Person, welcher es bewilligt ist.<sup>1)</sup>

R. 109. N. 178. P. 42. 524.

1) Das Armenrecht ist rein persönlich, kommt dem Erben der armen Partei von selbst nicht zu Gute, und kann nur von demselben für seine Person besonders beantragt werden. Für seine Verpflichtung zur Nachzahlung bleibt § 116 maßgebend. Einer richterlichen Feststellung, daß die Beordnung des Anwalts mit dem Tode des Armen besetztigt ist, bedarf es nicht; Kammerg. Busch 17, 138. Die Beordnung als solche fällt mit dem Tode der armen Partei von selbst weg und es bedarf deshalb keines besonderen Widerrufs derselben, bzw. keiner Enthebung des Anwalts von dem gerichtlichen Auftrag; aber daraus folgt nicht — wie das Kammergericht annimmt — daß das Mandat des Anwalts erloschen sei, dieses besteht auf Grund des Vollmachtsverhältnisses — vgl. Anm. 3 § 76 — fort; der Anwalt ist nur befugt, zu kündigen, bzw. die Fortführung des Mandats von Bestellung eines Vorschusses abhängig zu machen.

## § 114.

Die Gerichtskosten, von deren Verichtigung die arme Partei einstweilen befreit ist, können von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner nach Maßgabe der für die Beitreibung rückständiger Gerichtskosten geltenden Vorschriften eingezogen werden.

Die Gerichtskosten, von deren Verichtigung der Gegner der armen Partei einstweilen befreit ist, sind von demselben einzuziehen, soweit er in die Prozeßkosten verurtheilt oder der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendet ist.<sup>1)</sup>

R. 110. N. 179. P. 42. 99—110. 524.

1) Abs. 1 sowie Abs. 2 setzen, abgesehen von der Schlußbestimmung des Abs. 2 eine rechtskräftige Verurtheilung voraus, R. 23. 355. Ueber Einziehung der Gerichtskosten vgl. Vorb. 1 vor § 87. Der Abs. 2 ist mit Rücksicht auf § 111 von der RR. hinzugefügt. Durch die Schlußbestimmung: „oder der Rechtsstreit ohne Urtheil über die Kosten beendet ist“ soll erreicht werden, daß der Gegner des Armen sich nicht zur Benachtheiligung der Staatskasse unter der Hand mit der armen Partei vergleiche und den Prozeß liegen lasse; der Gegner sei aufzufordern, zu erklären, ob der Prozeß weiter geführt werden solle; erkläre er, daß der Prozeß liegen bleiben solle, so trete die Bestimmung in Kraft, P. 524. Der Rechtsstreit gilt rücksichtlich der Gerichtskosten alsdann für beendet. Eine entsprechende Feststellung einer solchen Beendigung ist gemäß ORO. § 94 Abs. 1 nach Ablauf eines Jahres seit Bestimmung des ersten Termins oder Stellung des ersten Antrages angezeigt. Für den Fall, daß eine Partei ohne Verurtheilung durch eine vor Gericht abgegebene oder demselben mitgetheilte Erklärung Kosten übernommen hat, ist der § 114 nach ORO. §§ 86, 88 durch die Haftung dieser Partei für die übernommenen Kosten und das Recht der Kasse, dann von jeder Partei wenigstens die Hälfte einzuziehen, modifizirt.

## § 115.

Die für die arme Partei bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind berechtigt, ihre Gebühren und Auslagen von dem in die Prozeßkosten verurtheilten Gegner beizutreiben.<sup>1)</sup>

Eine Einrede aus der Person der armen Partei ist nur insoweit zulässig, als die Aufrechnung von Kosten verlangt wird, welche nach der in demselben Rechtsstreite über die Kosten erlassenen Entscheidung von der armen Partei zu erstatten sind.<sup>2)</sup>

R. 111. N. 180. P. 42. 99—101. 524.

1) Die für Arme bestellten Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte sind hiernach befugt, ihre Kostenbeträge für sich und als ihre Forderung vom Gegner einzuziehen, ohne dazu einer Cession der armen Partei zu bedürfen; Rot. 125, 126. Hierdurch ist ein wesentlicher Unterschied in Betreff der Stellung begründet, welcher sonst ein Dritter oder Bevollmächtigter hinsichtlich der Kosten gegenüber dem Gegner hat. Vgl. Vorb. 2 vor § 87 und Anm. 2 § 99. Die im § 115 Abs. 1 bezeichneten Ansprüche sind hierdurch, soweit nicht Kosten, welche von der armen Partei gemäß der Kostenentscheidung in demselben Rechtsstreite zu erstatten sind, gegengerechnet werden können, Abs. 2, gesetzlich als direkte, den Gerichtsvollziehern und Anwälten selbst, — und nicht der vertretenen armen Partei — gegen den Gegner zustehende Forderungen gekennzeichnet. Sie können diese Ansprüche „kraft eigenen Rechts“, wie die gleiche Bestimmung des R. § 180 sagt, betreiben. Sie erhalten dadurch das Recht, den Beschluß zur Festsetzung der zu erstattenden Kosten, welcher den Beginn des Verfahrens der Vertreibung bildet, und welcher der zur Zwangsvollstreckung gegen den Gegner nötige Titel ist, kraft eigenen Rechts für sich zu beantragen, und sind im Festsetzungsbeschlusse, § 99, als Selbstberechtigte zu nennen, woraus auch folgt, daß ihnen persönlich die Beschwerde gegen den Festsetzungsbeschluß zusteht, R. O. 9, 389; Raff. 28, 1180, und sie auch für die Kosten des Festsetzungsverfahrens persönlich haften; D. O. Pamburg, S. A. 41, 444 f., 42, 219; D. O. Raumburg, Bl. f. R. 2, 18; D. O. Cassel, S. A. 48, 340. Freilich können sie auf dieses Recht auch verzichten und die Festsetzungsgesuche können dann auch im Namen der Partei gestellt werden, in welchem Falle sie mit den Kosten des Festsetzungsverfahrens nicht belastet werden dürfen; dies setzt aber eine ausdrückliche Erklärung voraus, was Kammerg., Bl. f. R. 5, 12, nicht genügend beachtet. Eine Klage der Berechtigten gegen den Gegner ist nicht nötig und § 34 auf eine solche Klage nicht anwendbar. A. R. Puchelt I, 363. Der Gegner kann gegen diese Forderungen der Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte auch nicht sonstige, in der Exekutionsinstanz zulässige Einreden oder Kompensationsseinwendungen aus seinen Rechtsverhältnissen zur armen Partei, § 686, geltend machen, soweit nicht das Recht selbst durch Abs. 2 beschränkt ist. Die Forderung kann auch nicht als eine der armen Partei zustehende Forderung Exekutionsobjekt für Dritte wegen deren Ansprüche an die Partei sein. Eine Forderung der armen Partei wird sie erst (abgesehen von einem etwaigen Verzicht, vgl. oben), wenn diese den Gerichtsvollziehern bzw. Anwälten die Gebühren und Auslagen wirklich gezahlt und dadurch ein eigenes Recht auf Erstattung gegen den Gegner erworben hat. Wenn dies erst nach dem für die Gerichtsvollzieher oder Anwälte ergangenen Festsetzungsbeschlusse geschehen ist, so kann die arme Partei nur als deren Rechtsnachfolger gemäß § 665 den Beschluß für sich vollstreckbar erklären lassen. Der Annahme einer Succession des Gerichtsvollziehers und Rechtsanwalts in die Forderung der armen Partei nach Analogie der Ueberweisung zur Einzuehung (Seuffert Anm. 1, Gaupp Anm. I) steht schon die Bestimmung des Abs. 2 entgegen, vgl. dagegen Förster, J. f. O. 1888 S. 172 f.; einer solchen Konstruktion bedarf es aber auch nicht, vielmehr handelt es sich um eine singuläre obligatio ex lege, welche als Korrelat für die den Gerichtsvollziehern und Rechtsanwälten auferlegte gesetzliche Verpflichtung zur vorläufig unentgeltlichen Dienstleistung zu betrachten ist. Auf andere Bevollmächtigte oder Dritte außer den bestellten Gerichtsvollziehern und Rechtsanwälten kann diese exeptionelle Vorschrift nicht analog angewendet werden.

Die selbständige Vertreibung aus § 115 kann erst nach rechtskräftiger Verurteilung erfolgen (unbeschadet der sonstigen Befugnisse zur Vertreibung für die Partei aus vorläufig vollstreckbaren Urtheilen); indess schon die Verurteilung giebt dem Berechtigten das (bedingte) selbständige Recht darauf, welches durch einen Vergleich der armen Partei mit dem Gegner auch vor der Rechtskraft des Urtheils nicht mehr aufgehoben werden kann; Petersen I, 307; Strudmann-Roch Anm. 2. A. R. Seuffert Anm. 1 und Gaupp Anm. I. Es würde der Selbständigkeit des Kostenerstattungsrechts der Gerichtsvollzieher und Rechtsanwälte, wie es durch das Gesetz gewährt ist, widersprechen, wenn es der armen Partei zustände, darüber ohne Genehmigung des Berechtigten zu disponiren, und es erscheint auch durchaus billig, daß die arme Partei, welche sich der unentgeltlichen



Hülfe der Gerichtsvollzieher und Anwälte bedient hat, bei einer Disposition über das Kostenrecht an ihre Zustimmung gebunden ist. Ueber die Form der Betreibung im Mahnverfahren und im Zwangsvollstreckungsverfahren vgl. Buch 10, 364. Der Rechtsanwalt, welcher aus eigenem Rechte von dem Gegner seine Gebühren und Auslagen betreiben will, hat zu diesem Behufe kein Recht auf unentgeltliche Dienste des beigeordneten Gerichtsvollziehers; Kammergericht, Buch 14, 332; SA. 45, 349, S.f.O. 1889, S. 185; 20. Berlin I, Bl.f.R. 2, 18; 4, 24, Anders betreffs Einziehung von Kostenvorschüssen, welche gemäß einstweiliger Verfügung nach AR. II 1 § 726 (vgl. Anm. 6 EinbGef. § 16) vom Gegner verlangt werden, da die einstw. Verfüg. keine Kostenverurtheilung enthält, Kammerg. Bl.f.R. 5, 35. Der Gerichtsvollzieher, welcher seine eigenen Kosten betreiben will, kann dies nicht selbst thun, da er in eigener Sache von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, GB. § 156 I Nr. 1, und bei der Konkurrenz einer für seine eigenen Kosten vorgenommenen Pfändung mit einer Pfändung für die Forderung der armen Partei muß er hinter dieser zurückstehen, weil er sonst Befriedigung zum Nachtheile der armen Partei erlangen würde, was dem Zwecke seiner Beordnung widerspricht, vgl. A. Förster, S.f.O. 1888 S. 172 f., 181 f., Pollack ebenda 1890 S. 58 ff., 65 ff., 159 ff.; ferner 3B. 1890 S. 353; S.f.O. 1894 S. 14; aR. Bof, S.f.O. 1890 S. 17 ff. u. 117 ff.

2) Andere Einreden, als die im Abs. 2 zugelassene (welche eigentlich nur gegen die Berechnung des Betrages der zu erstattenden Kosten gerichtet und daher im Kostenfestsetzungsverfahren, nicht, wie Seuffert annimmt, durch besondere Klage, § 686, geltend zu machen ist, vgl. Gaupp Anm. II und Ob20. 7. Dez. 1886, SA. 42, 218) sind nicht nur dann ausgeschlossen, wenn sie sonst dem Gegner gegen die arme Partei (contra tertium), sondern auch, wenn sie der armen Partei gegen den Berechtigten (exc. de jure tertii) zustehen würden, z. B. Zahlung des Armen an den Anwalt, Erlaß des Anwalts für den Armen (vgl. Eccius I § 53 Rt. 12). Durch die Gewährung des Selbständigen eignen Rechts wird für dies Recht der Arme ein Dritter und über solche Einreden, welche aus dem Verhältnisse des Armen zu seinem Anwalt oder seinem Gegner entnommen sind, soll sich der Anwalt nicht noch mit dem Gegner auseinanderzusetzen haben. Ein Erlaß wird in der Regel ohnehin so zu verstehen sein, daß der Anwalt von dem Armen nichts haben will, ohne darum sein Recht gegen den Gegner aufgeben zu wollen; Gaupp Anm. II. AR. Petersen Anm. 2, Puchelt I, 363. Selbstverständlich geht das Recht des Anwalts und Gerichtsvollziehers nicht über das Recht der armen Partei auf Kostenersatzung in den Grenzen des § 87 hinaus, R. 15, 395. Mehrkosten, weil der beigeordnete Anwalt seinen Wohnsitz nicht am Gerichtsorte hat, braucht der Gegner nicht zu erstatten, RAO. § 37.

## § 116.

Die zum Armenrechte zugelassene Partei ist zur Nachzahlung der Beträge, von deren Verichtigung sie einstweilen befreit war, verpflichtet, sobald sie ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie nothwendigen Unterhalts dazu im Stande ist.<sup>1)</sup>

Daselbe gilt in Betreff derjenigen Beträge, von deren Verichtigung der Gegner einstweilen befreit war, soweit die arme Partei in die Prozeßkosten verurtheilt ist.<sup>2)</sup>

E. 118. N. 181. P. 43. 594.

1) Die jetzige Bestimmung des Eintritts der Zahlungspflicht ist von der Vorform. (statt des unbestimmten E. 1 § 100 „sobald sie zahlungsfähig ist“) in Uebereinstimmung mit dem Grund des Armenrechts § 106 getroffen. Der § 116 bezieht sich dem Wortlaute nach allerdings nur auf § 107 Nr. 1; derselbe Grundsatz ist indeß auch auf § 107 Nr. 3 anwendbar. Vgl. Anm. 5 § 107. Zur Entscheidung über die Verpflichtung der Staatskasse gegenüber (Verfahren § 117) ist in Uebereinstimmung mit § 112 das jedesmalige Instanzgericht zuständig, welches auf irgend welche Anregung prüfen kann, ob die Voraussetzung des § 116 vorhanden ist; nach Beendigung des Rechtsstreits das Gericht

erster Instanz; nicht (wie Gaupp Anm. II) das Gericht, welches zuletzt über die Zulassung zum Armenrecht erlannt hatte. Ebenso A. Förster Anm. 4; Seuffert Anm. 2; *RS.* 12, 416. Der Empfang einer Kapitals-Entschädigung für erlittene Verfümmelung ist allein nicht ausreichend, die Voraussetzungen des Abs. 1 zu erfüllen, *DRS.* Kiel, *SA.* 40, 96. ebensowenig, die Fähigkeit der armen Partei zu Ratenzahlungen, *RS.* 12, 416.

2) Mit Rücksicht auf §§ 111, 114 Abs. 2 ist von der *RR.* der Abs. 2 § 116 hinzugesetzt. Soweit die arme Partei zur Tragung derjenigen Kosten, von welchen der Gegner einstweilen nach § 111 befreit war, verurtheilt ist, hat die arme Partei diese Beträge zu zahlen, sobald sie dazu ohne Beeinträchtigung des Unterhalts für sich und ihre Familie im Stande ist; *P.* 524. — Im § 114 ist bestimmt, wann die einstweilen gestundeten Kosten vom Gegner, im § 116, wann sie von der armen Partei eingezogen werden können.

### § 117.

Ueber das Gesuch um Bewilligung des Armenrechts, über die Entziehung desselben und über die Verpflichtung zur Nachzahlung der Beträge, von deren Verächtigung die zum Armenrechte zugelassene Partei oder der Gegner einstweilen befreit ist, kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.<sup>1)</sup>

*E.* 113. *N.* 183. *P.* 43. 524.

1) Ueber die Zuständigkeit für Bewilligung des Armenrechts vgl. Anm. 1 § 109, für Entziehung Anm. 1 §§ 112; über die Verpflichtung zur Nachzahlung Anm. 1 § 116. Der § 117 bestimmt alle Fälle, in welchen das Gericht überhaupt hinsichtlich des Armenrechts zu entscheiden hat. Ueber fakultative mündliche Verhandlung s. Vorb. 1 vor § 119. Die Entscheidung erfolgt durch Beschluß, § 118, vgl. jedoch Anm. dazu. Ein nicht verkündeter Beschluß ist nach § 294 Abs. 3 den Parteien zuzustellen, welche von demselben betroffen werden; dies ist für beide Parteien der Fall, wenn das Armenrecht während des Processes — auch bei Beschreitung einer höheren Instanz — bewilligt, oder wenn dasselbe entzogen oder die Verpflichtung zur Nachzahlung von Beträgen ausgesprochen wird (wegen § 111); von der Versagung des Armenrechts wird nur der Antragsteller betroffen; die Bewilligung des Armenrechts vor der Klageerhebung findet noch keine Gegenpartei vor, vgl. Anm. 3 § 294. Das Verfahren ist gebührenfrei; *GRS.* § 47 Nr. 2. Wegen der Anwaltsgebühren vgl. *AnwObD.* § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 6, Anm. 1 § 87. — Auf die Verpflichtung zur Nachzahlung der Gebühren des Gerichtsvollziehers und Anwalts bezieht sich § 117 nicht, vielmehr unterliegt die Beurtheilung der Frage, ob hinsichtlich der Gerichtsvollzieher und Anwälte der Grundsatz des § 116 anwendbar ist, dem Prozeßgericht, bei welchem beschlüssige Klage auf Nachzahlung erhoben wird. Vgl. Anm. 5 § 107.

### § 118.

Gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht bewilligt wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, durch welchen das Armenrecht verweigert oder entzogen oder die Nachzahlung von Kosten angeordnet wird, findet die Beschwerde statt.<sup>1)</sup>

*E.* 114. *N.* 183. *P.* 43. 524.

1) Vgl. § 530. Da nicht sofortige Beschwerde stattfindet, kann das Gericht selbst abhelfen, § 534. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, § 535. Dieselbe ist auf Anfechtung der im § 118 genannten, der armen Partei nachtheiligen Beschlüsse beschränkt; gegen einen der armen Partei vortheilhaften Beschluß, z. B. Ablehnung des Antrags auf Armenrechtsentziehung ist keine Beschwerde gestattet, auch nicht der Staatskasse aus § 4 *GRS.*; *RS.* 20, 417; 17. Febr. 1887, *SM.* 93; 13. März 1888, *SM.* 164. Ueber die Beschwerde des Anwalts vgl. Anm. 5 § 107. Vgl. auch *RS.* 7. Jan. 1882, *SA.* 37, Nr. 250. Wird die Entziehung des Armenrechts in dem Endurtheil selbst als Bestandtheil desselben ausgesprochen — was nach § 118 nicht geschehen sollte — so soll

nach Ob20. 24. Juni 1884 (S. 39, 357) die Entscheidung nur mit dem gegen das Endurtheil selbst zulässigen Rechtsmittel angefochten werden können; aber die Beschwerde ist das zulässige Rechtsmittel, weil nicht die äußere (Urtheils-) Form der Entscheidung, sondern der gesetzliche Beschlußcharakter derselben (auch bei Verbindung mit einem wahren Endurtheil) über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet; R. 15, 391, 392; Caupp u. Seuffert zu § 118.

### Dritter Abschnitt.

## Verfahren.

### Erster Titel.

## Mündliche Verhandlung.

1) Der gesammte dritte Abschnitt (Verfahren §§ 119—229) gehört noch zum ersten Buche: „Allgemeine Bestimmungen“ und findet gleichmäßig auf alle Instanzen einschließlich der Zwangsvollstreckung und auf alle Theile des Verfahrens Anwendung, sobald überhaupt gemäß der Prozeßordnung in irgend welcher Beziehung Anträge oder Besuche gestellt werden. Der Abschnitt enthält daher nicht nur für die besonderen Vorschriften über das Verfahren in den einzelnen Instanzen und Prozeßarten, Buch 2—10, sondern auch für jedes Verfahren, welches durch die anderen allgemeinen Bestimmungen des ersten Buches, §§ 1—118, veranlaßt wird, die allgemeinen Vorschriften.

Die mündliche Verhandlung ist für jede Verhandlung „der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Richter“ nöthig, § 119. Als erkennender Richter ist das Prozeßgericht indeß nicht nur dann thätig, wenn es für den Rechtsstreit das Erkenntniß (Urtheil) erläßt, auch nicht nur dann, wenn es durch Beweisbeschluß erklärt, daß vor Erhebung des Beweises noch nicht erkannt werden könne, sondern auch in allen Fällen, in welchen es über irgend eine das Urtheil vorbereitende und die endgültige Entscheidung des Rechtsstreits bedingende Frage unter den Parteien entscheidet. Ob und wann ein Erkenntniß des Richters sachlich nöthig ist, wird weder durch § 119, noch überhaupt durch die C.P. entschieden. Es ist zunächst Sache der Partei, zu erwägen, ob sie, abgesehen von der Gesamt-Entscheidung über den dem Gerichte vorzubringenden Rechtsstreit, eine „erkennende“ Entscheidung des Gerichts über einzelne, die Streitsache betreffende Fragen für nöthig hält und verlangt; sie muß dann dazu laden, § 191. Dagegen ist gemäß der Natur der Sache das Gericht als erkennendes für solche Akte nicht thätig, in welchen es nur als verwaltende Behörde fungirt oder Thätigkeitsliches in Betreff eines noch gegenwärtigen oder beendeten Prozesses bezeugt oder daraus sich ergebende Anordnungen erläßt, z. B. die Rückgabe von Urkunden, von unstreitig erledigten Kautionen (Anm. 5 § 101) anordnet, Mittheilungen, Anordnungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz, Anordnungen zur Prozeßvorbereitung (§§ 37, 46) ergehen läßt; auch nicht für solche Akte, welche es in den nach der C.P. gebotenen oder zulässigen Grenzen zur Veranlassung des zur Entscheidung nöthigen Verfahrens vornimmt, Erlaß sogenannter prozeßleitender Verfügungen. Für solche Akte ist daher eine m.B. in der Regel nicht nöthig, vgl. jedoch für §§ 130 ff. nachst. Vorb. 4 Abs. 3. Daß eine m.B. erfolgen müsse, ist, abgesehen von dem Prinzip, daß die Verhandlung über den Rechtsstreit mündlich sein soll, ausdrücklich vorgeschrieben: für die Fälle der §§ 68, 126, 291, 292, 352, 354, 367, 390, 391, 653, 654, 660, 804, 805 und gemäß § 816 für den Erlaß einstweiliger Verfügungen in nicht dringenden Fällen. Mit Rücksicht darauf ferner, daß die m.B. nur vor dem erkennenden Richter stattfindet, sind von derselben diejenigen Fälle ausgeschlossen, in welchen gemäß der C.P. der Vorsitzende (§§ 193, 204), der beauftragte oder ersuchte Richter (Anm. 4 § 74), oder Gerichtsschreiber thätig zu sein haben. Für diese und andere Ausnahmefälle, in welchen

auf den einseitigen Antrag eines Beteiligten eine richterliche Entscheidung sofort getroffen werden kann, bedient sich die C.P. in der Regel der Ausdrucksweise: „die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen“, indem dem Ermessen des Gerichts überlassen wird, ob mit Rücksicht auf die Sachlage eine m.B. stattzufinden habe. Solche Fälle (theils Entscheidung einzelner, schriftlich genügend vorbereiteter Fragen oder solcher, für welche vorgängige m.B. nicht zweckmäßig wäre, theils Ausführung von Entscheidungen) sind in den §§ 37, 46, 49, 97, 99, 117, 160, 187, 203—205, 225, 290, 304, 371, 451, 536, 647, 657, 666, 668, 669, 684, 688, 690 Abs. 3, 696, 703, 705 Abs. 3, 710 Abs. 4, 773—776, 801, 813, 815, 816, 820, 822, 824 und R.D. § 66 bestimmt.

In diesen Fällen kann auf den einseitigen schriftlichen — in einigen Fällen auch mündlichen — Antrag („Gesuch“, vgl. Fitting, Busch 7, 233, welcher das Gesuch als „Begehren einer nicht unter der Herrschaft der Mündlichkeit stehenden Entscheidung“ definiert) die Entscheidung schriftlich erfolgen; und zwar wenn der Vorschritt kein besonderer Zusatz beigefügt wird, auch ohne daß der Gegner darüber gehört oder zur Gegenerklärung aufgefordert zu werden braucht. Der Gegner kann indeß auch zur schriftlichen Gegenerklärung aufgefordert werden. Für das Verfahren in Fällen, wenn „ohne vorgängige mündliche Verhandlung“ entschieden wird, sind besondere Vorschriften nicht erlassen; die Natur der Sache bringt es mit sich, daß die Entscheidung in einem schriftlichen „Beschlusse“ auf einen schriftlichen Antrag, nach oder ohne vorgängige schriftliche Gegenerklärung des Gegners besteht. Der Beschluß ist von Amtswegen zu stellen, § 294 Abs. 3. Darüber, ob und wann die Zustellung an beide Theile erfolgen muß, vgl. Anm. 3 § 294. Das Gericht kann indeß jederzeit noch eine m.B. anordnen oder sonstige Ermittlungen veranlassen.

Die Grundsätze für das Verfahren, wenn das Gericht in solchen Fällen fakultativer mündlicher Verhandlung beschließt, daß eine m.B. stattfinden soll, sind mehrfach freitlig; zunächst schon, ob das Gericht dann nach § 294 Abs. 3 beide Parteien von Amtswegen zur m.B. zu laden hat (so Raff.R. 24, 730 ff., 739 und 26, 263), oder dem Antragsteller die Ladung nach § 191 zu überlassen hat (so Fischer, Raff.R. 25, 629, 643, 647 ff.; Meyer Zustell. 18). Das Letztere ist anzunehmen, sofern auf den Antrag einer Partei zu entscheiden, und nicht ein Verfahren von Amtswegen (§§ 97, 117, 290) in Frage ist. Für den Grundsatz des § 191 ist die Anwendung geboten, ohne Unterschied, ob der Antragsteller vom Gesetze direkt oder vom Gerichte gesetzlicher Weise veranlaßt ist, mündlich zu verhandeln. Dem § 294 Abs. 3 ist bei dessen Beschränkung durch § 191 genügt, wenn dem Antragsteller der Beschluß zugestellt wird, daß mündlich verhandelt werden soll; er enthält wesentlich nur die Entscheidung, daß der Antrag (in Erwartung sofortiger Entscheidung ohne Verhandlung gestellt) zur Zeit und vor m.B. abgelehnt wird. Vgl. auch den praktischen Grund bei Meyer, Proz.Pr., 2. Aufl. S. 353, Anm. 9 u. S. 172. Dieses Verfahren ist wohl auch in der Praxis das am meisten verbreitete, wenigstens bei den Amtsgerichten und Landgerichten zu Berlin; aM. Seuffert Anm. 6, Caupp Anm. V zu § 119: Mittheilung des Beschlusses u. Termins an die Parteien ohne Ladungsformalien. — Für die Verhandlung selbst sind im Wesentlichen die allgemeinen Grundsätze entscheidend; ob eine solche kraft unmittelbarer Gesetzesvorschrift oder kraft gesetzlicher richterlicher Anordnung eintritt, begründet an sich keinen Unterschied, Raff.R. 25, 647; R.O. 8. Dez. 1886, ZMBl. 1887, S. 123; indeß ergeben sich Modifikationen schon dadurch, daß das Gericht die Anordnung einer m.B. jederzeit wieder beseitigen kann, § 534, und daher geeignetenfalls sogleich auch wieder davon absehen muß, sowie dadurch, daß die Verhandlung den Zweck der Information verfolgt und das Gericht auch ohnehin den vorliegenden Streitstoff, ohne Beschränkung auf das mündliche Vordringen der Parteien zu berücksichtigen hat, R.O. 27. März 1889, ZMBl. 169, daß sonach die ersuchten Partei kein Recht auf eigentliche Versäumnisfolgen und Versäumniskurthelle, und kein Recht aus dem für wahre Klagen und für den Prozeß gegebenen Vorschriften über Einlassungs- und Ladungsfristen beanspruchen kann (Ausnahme im Arrestverfahren, vgl. § 802). Vgl. Petersen Anm. 2 § 246; Caupp Anm. V, Seuffert Anm. 6 § 119; Wach Vortr. 119; Hellmann Lehrb. S. 662 f. AM. Strudmann-Roch Anm. 4; Förster Anm. 3 d § 119. In einzelnen

Fällen ist ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Gegner zuvor zu hören ist, §§ 97, 203, 776. Vgl. R.D. §§ 76, 97, 170, 189, 194, 195, 199, 205. In solchen Fällen kann ohne m.B. die Aufforderung zur Erklärung nach dem Ermessen des Gerichts durch unmittelbare Vorlegung derselben, oder durch förmliche Zustellung (etwa mit Fristbestimmung) erfolgen. Für die Pfändung von Forderungen ist im Gegentheil ausdrücklich bestimmt, daß der Schuldner über das Pfändungsgesuch vor der Pfändung nicht zu hören ist, § 735, ebenso bei Bedenken eines Richters über seine Mitwirkung, § 48, Abs. 2. Außer dem Mahnverfahren, als Versuch der Feststellung einer Schuld ohne Verhandlung ist nur in den Fällen des § 806 und des C.O. § 7 Abs. 2 sowie im § 137 O.B. (Oef. v. 17. März 1886, für die Entscheidungen des Plenums und der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts) bestimmt, daß eine m.B. nicht stattfinden soll.

2) Der Grundsatz der Mündlichkeit der Verhandlung erstreckt sich hinsichtlich der Entscheidung von Nebenfragen, welche behufs der Fortsetzung des Prozesses gelöst werden müssen, immer nur auf die unter den streitenden Parteien stattfindende Verhandlung. Die C.P. hat für die Streitigkeiten über Zwischenfragen die Bezeichnung: „Zwischenstreit“ und für die Entscheidung darüber die Benennung: „Zwischenurtheil“ in doppelter Bedeutung eingeführt:

a) Sie bezeichnet als Zwischenstreit einen Streit, welchen eine Partei oder beide Theile mit einem Dritten (einem Nebenintervenienten über die Zulassung, dem gegnerischen Anwalt oder einem Zeugen u. s. w.) führen. Diese Zwischenstreite haben ihr selbstständiges Leben, und gegen die darüber erlassenen Zwischenurtheile sind selbständige Rechtsmittel (sofortige Beschwerde) zulässig, §§ 68, 97, 126, 352; Mot. 20, 130 §§ 118 ff. Sie unterliegen an sich nicht dem Grundsatz der Mündlichkeit, welcher im § 119 für die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Richter vorgeschrieben ist. Wenn in Betreff der Differenzen mit Dritten also eine m.B. nötig sein soll, so ist dies im Gesetze immer ausdrücklich bestimmt, Mot. 20. Demgemäß ist (abgesehen von dem zur besonderen Lage verwiesenen Falle, wenn ein Dritter die Urkunde ediren soll, §§ 394, 397) die Entscheidung der Zwischenstreite mit Nebenintervenienten und dem gegnerischen Anwalt „nach vorgängiger m.B.“ in §§ 68, 126 angeordnet; dagegen ist für die Beschlüsse des Gerichts hinsichtlich der Zeugen und Sachverständigen, welche nicht erscheinen, eine mit den Zeugen oder Sachverständigen vorzunehmende m.B. nicht nötig erklärt, §§ 345, 346, 351, 352 ff., 367, 373 ff. Dasselbe gilt für den Fall des § 97; das Verfahren für § 97 hat einen disziplinären Charakter, ist jedoch dasselbe, wie bei einem Zwischenstreite. Außer diesen, im Gesetze ausdrücklich hervorgehobenen Fällen der §§ 68, 97, 126, 352, 367 sind Zwischenstreite mit Dritten als solche, welche in demselben Prozeßverfahren zu entscheiden sind, nicht anerkannt; andere Streitigkeiten mit Dritten, welche im Prozeß veranlaßt werden oder sich zeigen, müssen durch besonderen Rechtsstreit erledigt werden. Eine analoge Ausdehnung jener Vorschriften ist nicht zulässig. — In den anerkannten Fällen der §§ 68, 97, 126, 352 ist der Erlaß eines besonderen Zwischenurtheils über den Zwischenstreit obligatorisch und nicht für das Ermessen des Gerichts fakultativ; im Falle des § 97 kann die Entscheidung als besondere ergehen oder auch formell mit dem Endurtheil verbunden werden. In allen Fällen ist nur die sofortige Beschwerde als alleiniges Rechtsmittel zugelassen und dagegen jedes andere Rechtsmittel ausgeschlossen. Bei der Zulassung der sofortigen Beschwerde ist die Zustellung der Entscheidung als nötig vorausgesetzt, § 540. Ein Versäumnisverfahren und ein Versäumnisurtheil im Sinne der §§ 295 ff. findet für diese Zwischenstreite nicht statt, indem die §§ 295 ff. die totale Versäumnung des Rechtsstreits seitens einer Partei voraussetzen; folgeweise findet auch nicht ein Einspruch gemäß §§ 303 ff. statt: v. Bülow, Raff. 22, 809 ff. und Komm. (1. Aufl.) 61.

b) Außerdem läßt die C.P. eine gesonderte Entscheidung zu: 1. über einzelne im Rechtsstreite unter den Parteien selbst streitige, selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel (Ragegründe, Widerlagegründe. Einreden, Replikcn z. f. §§ 137, 251, 275) und 2. über „Zwischenstreite unter den Parteien. Das Urtheil wird für beide Fälle Zwischenurtheil genannt; und der Erlaß eines solchen hängt in beiden Fällen

vom Ermessen des Gerichts ab (§ 275), abgesehen von besonderen Ausnahmen, §§ 217 Abs. 4, 312 Abs. 2, 430, 248, 562. Das Verfahren über selbständige Angriffs- und Bertheidigungsmittel (zu 1) ist indes kein Zwischenstreit“ (vgl. § 275), was namentlich für die Anwendung des § 312 Abs. 2 erheblich ist. Der Begriff eines Zwischenstreits unter den Parteien ist im Gesetze nicht fixirt, nur negativ geht aus den Entgegensetzungen in den §§ 191, 275 hervor, daß der Streit über den Anspruch selbst (die Hauptsache, § 191) kein Zwischenstreit ist und daß auch die Verhandlung über selbständige Angriffs- oder Bertheidigungsmittel nicht als Zwischenstreit gilt. Die C.P. bezeichnet direkt nur den Fall des § 331 als Zwischenstreit und behandelt mit Rücksicht auf § 312 Abs. 2 außerdem die Fälle der §§ 430, 217 Abs. 4 als Zwischenstreite. Die Mot. bezeichnen als zulässige Zwischenstreite die Verhandlungen über die Zulässigkeit von Beweismitteln, über Beweiseinreden, über Vorlegung oder Echtheit von Urkunden, Erklärung über Zuschreibung oder Zurückschreibung von Eiden, Abnahme von Parteieiden, Mot. 30. Die Bestimmung des C. 1 § 277, daß diese Fragen „insbesondere“ dahin zu rechnen seien, ist als ungenügend und leicht mißverständlich gestrichen. Der Begriff des Zwischenstreits ist hiernach und nach der Wortbeutung nicht auf die vorbezeichneten Fälle zu beschränken, sondern es ist dazu jede einzelne einer abgeforderten Entscheidung fähige Streitigkeit unter den Parteien zu rechnen, welche nicht den Anspruch selbst direkt, und nicht ein selbständiges Angriffs- oder Bertheidigungsmittel zum Gegenstand hat, und welche zugleich in einem schwebenden Rechtsstreite vor dessen Entscheidung sich herausgestellt hat und für diese erheblich ist. Vgl. Pland I, 455; Hellmann Lehrb. 316; Faull über Begriff und prakt. Bedeutung des Zwischenstreits, Schwerin 1893. Demnach sind dazu außer den obigen, in der C.P. und in den Mot. erwähnten Fällen Verhandlungen über nachträgliche oder zu vervollständigende Beweisaufnahme, § 332 Abs. 2, über die Fassung einer Eidenorm, über die Zulässigkeit einer Klageänderung, § 241, über die Wiedererhebung gemäß § 216 Abs. 1, über die prozessualische Zulassung von nicht selbständigen Bertheidigungsmitteln und von Beweismitteln, §§ 251, 256 und dergleichen zu rechnen. Dagegen ist es nicht zulässig, über jenen Begriff hinaus vom Ermessen des Gerichts abhängig zu machen, ob dieses einen beliebigen Streitpunkt als Zwischenstreit behandeln will, damit die betreffenden Vorschriften (§§ 312, 426, 275) angewendet werden können (wie Struchmann-Roch § 275 Anm. 1; Endemann I, 304 wollen); vielmehr ist der Begriff des Zwischenstreits in der C.P. als gegebener vorausgesetzt (vgl. §§ 123, 191, 275, 312, 315, 331, 426, 462) und die Vorschriften über den Zwischenstreit sind nur anzuwenden, wenn ein solcher vorliegt. Schollmeyer: Zwischenstreit unter den Parteien, Berlin 1880, (ebenso Seuffert Anm. 3, 4 zu § 275) definiert den Gegensatz des Zwischenstreits zu den selbständigen Angriffs- und Bertheidigungsmitteln dahin, daß die selbständigen Streitmittel eine Berurtheilung oder Klageabweisung aus materiell-rechtlichen Gründen erstreben, die Zwischenstreitpunkte dagegen aus prozessualischen Gründen, oder daß letztere nach einer Prozeßregel im Laufe des Prozesses zu entscheiden sind; S. 64 ff., 72 ff., 81 ff., 93 ff. Indes was sich auch de lege ferenda für eine solche systematische Unterscheidung sagen ließe, in der C.P. kann sie als begründet nicht anerkannt werden. Die C.P. beschränkt die selbständigen Streitmittel, insbesondere Bertheidigungsmittel nirgends auf solche, welche auf materiell-rechtlicher Begründung beruhen; der Begriff umfaßt vielmehr auch die auf prozessualischen Rechten begründeten, also namentlich auch die prozeßhindernden Einreden und die Unzulässigkeit des Einspruchs und der Rechtsmittel. Vgl. Anm. 1 § 137. Andererseits ist die Feststellung von Thatfachen und Rechtsverhältnissen, wenn sie noch nicht den Anspruch selbst entscheidet, und nicht ein selbständiges Streitmittel ist, aber eines oder das Andere vorbereitet, begrifflich nicht davon ausgeschlossen, ein Zwischenstreitpunkt sein zu können. — Ueber das Verhältnis der „Hauptsache“ zur Kostenpflicht vgl. Anm. 4 § 90. — Schollmeyer beschränkt ferner den Zwischenstreit auf Streitpunkte, für welche eine Erledigung durch Zwischenurtheil möglich ist, unter Ausschließung aller solcher, welche durch Beschlüsse erledigt werden müssen oder durch Verfügung erledigt werden können, S. 82 ff. Dem widerspricht die Subsumtion aller im § 331 bezeichneten Streitpunkte unter den Begriff des Zwischenstreits. Aus § 275 ist vielmehr umgekehrt zu folgern, daß der Begriff

des Zwischenstreits ein vorausgesetzter ist und daß, wenn ein solcher vorliegt, die Entscheidung durch Zwischenurtheil erfolgen „kann“, ohne daß dadurch die sonstigen Vorschriften der Nothwendigkeit einer Beschlußentscheidung oder einer Entscheidung im Endurtheile berührt werden. Vgl. Raffr. 26, 458. Anträge auf Arreste oder einstweilige Verfügungen, welche für die Entscheidung der Hauptsache keinen Einfluß haben, können keinen Zwischenstreit begründen, sondern nur Nebenstreitigkeiten. Vgl. Schollmeyer 70—72, ferner Barazzetti, Prozeßfähigkeit 42.

Für die Zwischenstrette unter den Parteien tritt die Regel der mB. gemäß § 119 ein, weil sie Verhandlungen der Parteien vor dem erkennenden Richter sind. In Betreff der Bedeutung und Ansehnlichkeit der für diese Zwischenstrette erlassenen Zwischenurtheile s. Vorb. vor § 272. Ueber Versäumnißzwischenurtheile s. Anm. § 312 Abs. 2.

3) Nach dem Ausschelden der vorbemerkten ohne vorgängige mB. erfolgenden oder möglichen Akte bleibt für die eigentlichen Verhandlungen unter den Parteien vor dem erkennenden Richter der Grundsatz der mündlichen Verhandlung. Ueber die Bedeutung und den Werth der Mündlichkeit im Civilprozeß ist vor einiger Zeit wieder in der Literatur ein lebhafter Streit entstanden, auf welchen, da er sich hauptsächlich mit einer Kritik der C.P. beschäftigt, hier nicht näher eingegangen werden kann. (Vgl. Bähr, Thering Jahrb. 23, 339 ff., andererseits Wach, die ReichsC.P.O. u. die Praxis Leipzig 1886, vgl. Busch 10, 149, Franke, Busch 9, 508 ff., Henrici, Thering Jahrb. 24, 3, Lippmann, civR. 70, 82 ff., Sädel, Raffr. 30, 635 ff., die s. g. civilprozeßualische Enquete von Wach, Busch 11, Ergänz.-Heft; dagegen wieder Bähr, Thering 24, 329 ff.; vgl. ferner E. Koffka, Raffr. 31, 145 ff.; Goldenring, Busch 14, 52 ff.).

Für die mB. ist das Anhören beider Parteien, das sog. zweiseitige Gehör vorausgesetzt. „Eines Mannes Rede ist keine Rede, man soll sie billig hören und bedenken.“ Wenn nicht wirklich Beide verhandeln, so muß dies wenigstens Beiden möglich sein, § 300 Nr. 2. Dies gilt auch für das Versäumnißverfahren. Das Versäumnißurtheil erfolgt nur nach mB. Wenn einer Partei durch die Ladung zum Termine Gelegenheit zur mB. gegeben ist, dieselbe aber nicht erscheint oder nicht verhandelt, so muß die andere Partei mündlich verhandeln, um ein Versäumnißurtheil zu erwirken, §§ 295 ff. Das Verhandeln der versäumenden Partei wird dabei dann durch die gesetzlichen Vermuthungen ersetzt.

Für das mündliche Verfahren ergibt sich ferner als notwendiger und dem Systeme der C.P. entsprechender Grundsatz, daß demjenigen Gerichte, welches entscheidet, die Sache vorgetragen sein muß, und sonach die der Entscheidung unmittelbar vorangehende mündliche Verhandlung die maßgebende ist, § 280. Hat eine mB. stattgefunden, ohne zu einem Urtheil zu führen, so sind zwar die späteren (abgesehen von dem Falle der Vertagung) nur Fortsetzungen derselben (selbst nach einer Beweisaufnahme, vgl. §§ 127, 206, 297, 335) mit der Bedeutung, daß das früher Verhandelte als Theil der Gesamtverhandlung gilt; vgl. Anm. 1 § 206. Eine Wiederholung der gesammten mB. im spätern Termine ist daher nicht nöthig, wenn sich dieselben Richter der früheren Verhandlung erinnern, R. 26. Sept. 1892, JW. 461; 13. Juli 1893, JW. 425; bei einem Wechsel des Richterpersonals ist jedoch dem Grundsatz des § 280 gemäß ein vollständig neuer Sachvortrag erforderlich. Außerdem wird praktisch die Rücksicht auf das mangelnde Erinnerungsvermögen der Richter die Parteien zu Wiederholungen des früher Vorgetragenen nöthigen-Endlich ist durch § 297 für das Versäumnißverfahren bestimmt, daß auch jeder Termin zur Fortsetzung der mB. als (neuer) Verhandlungstermin im Sinne der §§ 295, 296 gilt, bei dessen Versäumung die gesetzlichen Folgen derselben ohne Rücksicht auf frühere Verhandlungen eintreten. Vgl. Wach, Vorträge 6 ff., Busch 11, Erg.-Heft 89 ff., Hellmann, Lehrb. 354, Birkmeyer, Grundriß 150, 211 ff., Meyer, Proz.-Pr. 2. Aufl. 3 ff.

Als weitere Konsequenzen aus dem Erfordernisse der mündlichen Verhandlung ergeben sich als **Radialgrundsätze**:

1. daß das erkennende Gericht Alles zu berücksichtigen hat, was mündlich vorgetragen wird, Rot. 18,

2. daß dasselbe nur das mündlich Vorgetragene berücksichtigen darf, Rot. 21 (vgl. jedoch Anm. 3 § 128).

Von dem ersten Grundsatz ist für den Anwaltsprozeß eine Ausnahme gemacht. Die Anträge (*petita*) der Parteien, über welche die richterliche Entscheidung angerufen wird, sollen zugleich schriftlich vorliegen; sie müssen deshalb aus den früheren Schriftsätzen (einschließlich der Klage) verlesen werden, und soweit sie neu gestellt oder abgeändert werden, aus Schriftsätzen, welche dem Protokolle beigelegt sind. Anträge und Aenderungen von Anträgen, welche nur mündlich vorgetragen werden, in einem Schriftsatz aber nicht festgestellt sind, sollen nicht berücksichtigt werden, § 269; Rot. 21, 22. Abw. für den Parteiprozeß vgl. §§ 469, 470. Von dem zweiten Grundsatz ist für das regelmäßige Verfahren keine Ausnahme gemacht, insbesondere auch nicht für den Vortrag über das Ergebnis der außerhalb des Prozeßgerichts stattgehabten Beweisaufnahme § 258 Abs. 2, und in den höheren Instanzen für den Vortrag des bisherigen Sachverhältnisses nach §§ 488, 529. (Vgl. Anm. 3 § 258, Anm. 2 § 488, Pland I, 180 ff., Meyer, KassR. 31, 834 u. ProzPr. 2; dagegen E. Koffka a. a. O.) Die Abweichung in dem „vorbereitenden Verfahren in Rechnungssachen.“ (§§ 313—319), wo der Vortrag der Parteien lediglich auf Grund des Protokolls erfolgt, § 318, und dieses letztere für den zu berücksichtigenden Streitstoff maßgebend bleibt, kann nicht zur Entkräftung der Regel dienen, da dieses Ausnahmeverfahren eben grundsätzlich abweichend von der Regel geordnet ist; das Gleiche gilt von der abweichenden Bestimmung in § 354 für den durch eine Zeugnisverweigerung hervorgerufenen Zwischenstreit der Parteien mit einem Zeugen.

Das Prinzip der Mündlichkeit macht allerdings die Schrift, insbesondere Schriftsätze der Parteien nicht entbehrlich. Dies ergibt sich schon aus der vorerwähnten Ausnahme von dem zu 1 hervorgehobenen Kardinalgrundsatz. Im Uebrigen kennt die C.P. Partei-Schriftsätze (abgesehen von Ladungen und unmittelbaren Gesuchen an das Gericht in gewissen Fällen vgl. Vorb. 1 u. Anm. 4, § 74) in einer doppelten Bedeutung, einmal als notwendiges Erforderniß zur Einleitung, Beendigung, Aufnahme oder Wiederaufnahme eines Verfahrens oder zum Eintritt eines Dritten in dasselbe (Klage, Einspruchs-, Berufungs-, Revisionschrift, Beschwerbeschäft, Nebeninterventionschrift, Streitverkündungschrift, Aufnahmefchrift, §§ 230, 305, 479, 515, 532, 67, 70, 227, 541) wozu auch die Schriftsätze zur Einleitung eines Vorverfahrens behufs Verichtigung des Thatbestandes oder Ergänzung eines Urtheils (§§ 291, 292) sowie zur Zurücknahme der Klage, des Einspruchs, der Berufung und Revision, sofern diese nicht in der m.B. erfolgt, §§ 243, 311, 476, 529 gehören; — f. g. bestimmende oder dispositive Schriftsätze — andererseits als fakultative zur bloßen Vorbereitung der m.B. §§ 120 ff. Während die ersteren und der für dieselben durch das imperative „muß“ vorgeschriebene knappe Inhalt zur Erreichung des beabsichtigten Zweckes obligatorisch sind, sind die letzteren und ihr durch das Wörtchen „soll“ angeordneter Inhalt nur instruktionell und zwar nur für den Anwaltsprozeß vorgeschrieben. Von beiden Arten der Schriftsätze (mit Ausnahme der Beschwerbeschäft) erhält das Gericht nur einfache Abschriften; Aufgabe desselben ist es, die frist- und formgerechte Zustellung der dispositiven Schriftsätze von Partei zu Partei und den vorgeschriebenen Inhalt derselben zu prüfen; dagegen ist eine Kenntnisaufnahme von dem Inhalte der vorbereitenden Schriftsätze dem Gericht als solchem in seiner Gesamtheit nirgends zur Pflicht gemacht, auch in der That bei größeren Kollegialgerichten praktisch undurchführbar und nicht in Übung. Diese Pflicht liegt nur dem Vorsitzenden ob, welchem die Leitung der m.B. anvertraut ist, und der sonach über das, was die Parteien als Inhalt ihrer mündlichen Vorträge in den vorbereitenden Schriftsätzen angekündigt haben, informiert sein muß (§ 130). Noch weniger ist dem Gericht in seiner Gesamtheit die vollständige Kenntniß der „Akten“ zur Pflicht gemacht (M. Lippmann, civR. 70, 87; E. Koffka a. a. O., vgl. dagegen Caupp, Centralbl. f. Rechtsw. 7, 26 ff.). Der Hauptzweck der vorbereitenden Schriftsätze ist nicht die Vorbereitung des Gerichts für den mündlichen Vortrag der Parteien, sondern die Vorbereitung der Gegenpartei auf die darin angekündigten Anführungen, damit der Rechtsstreit bis zur m.B. hinlänglich instruiert d. h. vorbereitet ist und eine Ver-



tagung derselben vermieden wird. Darum werden die Schriftsätze zugestellt. Die Vorbereitung des Gerichts — welche durch Einreichung der Schriftsatz-Abschriften erreicht werden soll — ist nur Nebenzweck derselben. Dieser Zweck wird durch die Information des Vorsitzenden genügend sichergestellt; die Praxis, namentlich der altpreussischen Gerichte, pflegt die desfallsige Aufgabe des Vorsitzenden durch Bestellung eines Referenten zu erleichtern, was zwar nicht contra, aber jedenfalls praeter legem ist, und in keinem Falle dem gesammten Gerichte eine Kenntniss der vorbereitenden Schriftsätze verschafft. Vgl. Anm. 1 § 127. Daß eine Kenntnissnahme Seitens sämmtlicher Gerichtsmitglieder unter Umständen zweckmäßig sein wird, soll damit nicht geleugnet werden; ebensowenig daß es in dem allgemeinen richterlichen, von der C.P. unberührt gelassenen officium liegt, sich derjenigen Thätigkeit nicht zu entziehen, welche zur zweckentsprechenden Erledigung des Prozesses angezeigt erscheint, und daß die Verweigerung einer solchen Thätigkeit gegebenenfalls disziplinarisch gerügt werden könnte. Daburch werden aber die prozessualen Vorschriften der C.P. nicht berührt oder entschleiden.

Die dispositiven Schriftsätze können und sollen (nicht müssen) zugleich vorbereitende sein; soweit dies der Fall ist, kommen sie in beiden Beziehungen in Betracht.

Eine dritte Art von Partei-Schriftsätzen sind solche, welche die m.B. begleitend entweder, wie schon erwähnt, für die bisher noch nicht schriftlich mitgetheilten oder für abgeänderte Anträge vorgeschrieben, § 269, oder zur Feststellung von neuen Anführungen, Abweichungen von früheren Anführungen, Geständnissen und Eideserklärungen zugelassen sind, § 270. Diese Schriftsätze bilden Theile des Sitzungsprotokolls, § 146 Abs. 3.

Abgesehen von den Partei-Schriftsätzen kommt die Schrift für die Thätigkeit des Gerichts mehrfach zur Anwendung, insbesondere bei Abfassung des Sitzungs-Protokolls und den Entscheidungen §§ 145 ff., sowie bei den Protokollen des beauftragten und ersuchten Richters §§ 151, 354. Die aus der Mündlichkeit der Partei-Verhandlung folgenden Grundsätze werden aber daburch für das regelmäßige Verfahren nicht berührt.

Eine Zurückweisung von Schriftsätzen wegen großen Umfangs ist nicht statthaft. Nur in Betreff der als Protokollbeilagen dienenden Schriftsätze ist die Befügung von der Zulassung des Gerichts abhängig, soweit es sich nicht um die obligatorische Befügung von Anträgen, wesentlichen Erklärungen und wesentlichen Abweichungen im Anwaltsprozesse handelt, §§ 146, 269, 270. Dem Geiste der C.P. entspricht allerdings möglichste Kürze der Schriftsätze.

Die Verletzung des Prinzips der Mündlichkeit ist eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 511; vgl. R.G. 4, 375; 8, 325; 16. Okt. 1882, Wallm. 573; 27. April 1883, J.W. 194, 204, S.A. 41, 357; 8. Dez. 1886, J.W. 1887 S. 123; 8. Febr. 1890, J.W. 79; 16. Juni 1893, J.W. 344, S.A. 49, 220; 23. Jan. 1893, Raff.R. 37, 1224; OdbL. 19. Jan. 1886, S.A. 41, 361, ferner §§ 258, 259 und Anm. dazu; indeß ist dieselbe nicht unter die absoluten Revisionsgründe im Sinne des § 513 aufgenommen. S. Anm. 8 § 513. Vgl. indeß auch § 501 (267, 492). Die Vermuthung spricht für die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften, R.G. 30. Mai 1894, J.W. 362. Ueber die Befestigung der Eventualmaxime und über die Beweisverbündung s. Vorb. 1, 2 vor § 230.

4) Zur Vermeidung von Unklarheiten und zur Erhaltung der Uebersicht sind dem Gerichte für jede mündliche Verhandlung weitreichende Befugnisse gegeben, insbesondere

- a) ein ausgedehntes Fragerecht an die Anwälte und Parteien, §§ 130—132;
- b) das Recht, vorhandene Urkunden und Akten zu verlangen, Augenschein und Vernehmung von Sachverständigen von Amtswegen zu veranlassen, §§ 133—135;
- c) das für die Leitung der Verhandlung sehr wichtige Recht, die Verhandlung über einzelne Theile des Rechtsstreits zu trennen und Prozesse zu verbinden, §§ 136—141, 273—276, sowie die Befugniß, zu jeder Zeit die geschlossene Verhandlung wieder zu eröffnen und die Zweifel zu beseitigen, § 142.

Die außer diesem formalen Rechte (zu c) dem Gerichte gegebenen Befugnisse zur materiellen Aufklärung des Rechtsstreits (zu a, b) sollen dazu dienen, das Erkennen der

wahren Willensmeinung der Parteien nicht durch eine übertriebene Rücksicht, nur die Parteien reden zu lassen, zu erschweren. Sie sollen jedoch nicht eine Inquisitionsmaxime einführen, und nicht angewendet werden, um eine absolute Wahrheit außer dem Vorgetragenen zu ermitteln, sondern sie sollen nur zur Aufklärung und Feststellung des Vorgetragenen helfen. Die Verhandlungsmaxime (richtiger wohl „Dispositionsmaxime“ v. Canstein, ration. Grundl. 185 ff.) ist für die C.P. maßgebend. Die Parteien haben das Dispositionsrecht sowohl darüber, über welchen Streitgegenstand und in welchen Beziehungen sie eine Entscheidung des Gerichts verlangen wollen (§ 279), als auch über die tatsächlichen Verhältnisse, welche sie als der Entscheidung zu Grunde liegend und als wahr oder streitig betrachtet wissen und vorbringen wollen. Vgl. Wehll §§ 13, 43 S. 97 ff., 516 ff.; Renaud § 78 S. 198 ff. In der letzteren Beziehung auf den für die Entscheidung über die Parteianträge maßgebenden Prozeßstoff ist dies in der C.P. zwar nicht durch einen ausdrücklichen Rechtsatz ausgesprochen; es ist indeß überall vorausgesetzt (§§ 129, 261 ff., 296, 404, 487, 498, 508, 511, 516, 526) und dem Gerichte ist keine Befugniß zu einer Inquisition gegeben, welche weiter führe als zur Aufklärung dessen, was die Parteien wirklich vorgebracht wissen wollen. Vgl. auch Mot. 127, 128, 133, 134; 11. Jan. 1893, RW. 95; Kocholl, Busch 10, 288. — Ueber das Dispositionsrecht der Parteien hinsichtlich der Prozeßvorschriften vgl. Anm. 4 vor § 230; über die Defensions-, Einlassungs- und Erklärungsspflicht des Beklagten vgl. Anm. § 129, Anm. 4 § 296; über Beseitigung der Verhandlungsmaxime bei Berufung gegen Entscheidungen des Patentamts vgl. Patentgesetz v. 7. April 1891, RW. 79 § 33 u. Verordn. v. 6. Dez. 1891, RW. 389 §§ 5, 7.

Zu beachten ist für die dem Gerichte in den §§ 130—143 beigelegten Befugnisse, daß sie im Eitel von der „mündlichen Verhandlung“ stehen, und daher, abgesehen von den zu §§ 139—141 bemerkten Ausnahmen, eine m.B. voraussetzen. Nach § 530 findet andererseits das Rechtsmittel der Beschwerde außer den gesetzlich bestimmten Fällen nur gegen Entscheidungen statt, welche eine m.B. nicht erfordern und ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückweisen. Gegen die Anwendung der Befugnisse der §§ 130—143 ist also eine Beschwerde nur zulässig, wo dies gesetzlich ausdrücklich gestattet ist, wie für Anordnung und Ablehnung der Aussetzung nach § 229. Vgl. D.S. Jena, SA. 39, 342.

Die Beteiligung der Staatsanwaltschaft ist (außer den Ehe- und Entmündigungssachen) nicht aufgenommen, Mot. 126, 127.

## § 119.

Die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte ist eine mündliche.<sup>1)</sup>

R. 115. N. 302. 303. P. 42. 524.

1) Der § 119 in Verbindung mit § 128 spricht das Prinzip der Vortragsform für die Verhandlung der Parteien vor dem erkennenden Richter aus. Er entspricht dem R. 303: „die mündliche Verhandlung bildet die ausschließliche Grundlage für die richterliche Entscheidung“, welcher Satz in dieser doktrinären Form nicht aufgenommen ist, weil das immerhin nötige schriftliche Nebenwerk (Klage, Anträge) nicht ausgeschlossen werden kann. Vgl. Vorb. 1—3 vor § 119. — Vgl. Ortloff, Die gerichtliche Nebekunst, 2. Aufl. Berlin 1890; dazu Kohler, Busch 16, 453.

## § 120.

In Anwaltsprozessen wird die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze vorbereitet;<sup>1)</sup> die Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge.<sup>2)</sup>

In anderen Prozessen können vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden.<sup>3)</sup>

R. 116. N. 184—188. P. 42. 524.

1) Ueber die verschiedenen Arten von Schriftsätzen vgl. Vorb. 3 vor § 119. Der erste vorbereitende und zugleich notwendige (bestimmende) Schriftsatz für den Prozeß

ist die Klageschrift, § 230. Außer der Klage sind vorbereitende Schriftsätze in allen Prozessen zulässig (Abs. 2), und sollen im Anwaltsprozesse die Regel bilden. Sie sind im Anwaltsprozesse durch den bevollmächtigten Anwalt zu zeichnen, § 74. Ueber die Befugung der Vollmacht vgl. § 84. Eine Abschrift des Schriftsatzes ist dem Prozeßgerichte einzureichen. Der Gegner erhält eine beglaubigte Abschrift, die Urschrift geht mit der Zustellungskunde an die zustellende Partei zurück, §§ 124, 156, 173; P. 43; Anm. § 173.

Aus der Eigenschaft der Schriftsätze als nur vorbereitender folgt, daß ihr Inhalt vor dem Termine zur mB. und vor dem mündlichen Vortrage in demselben keine Rechtswirkung hat, abgesehen von der Zulässigkeit, daß der Gegner ihn dann als Beweismaterial in Bezug nehmen kann. Durch die Geltendmachung einer Einrede oder einer Widerklage in einem vorbereitenden Schriftsatz wird also auch die Verjährung einer einzuwendenden Gegenforderung noch nicht unterbrochen. Eine Widerklage kann überhaupt als solche vor dem Termine zur mB. nicht erhoben, sondern nur vorbereitet werden, vgl. Anm. § 254. *MR. Puchelt I, 371.*

2) „In der Sache selbst“ hat die Unterlassung des Schriftsatzes auch im Anwaltsprozesse keine Rechtsnachtheile zur Folge; die unterlassende Partei ist deshalb mit Angriffs-, Bertheidigungs- und Beweismitteln nicht auszuschließen. Ein Vorbringen im ersten Termine zur mB. ist kein „nachträgliches“ Vorbringen im Sinne der §§ 251, 252; sonst würde der Schlußsatz des Abs. 1 § 120 nicht zutreffen. *MR. Hellmann I, 401 u. DRW. Stuttgart, Buch 8, 512.* — Der Nachtheil, welcher durch die Unterlassung des Schriftsatzes entstehen kann, ist die Möglichkeit, daß der Termin vertagt werden muß, was auch von Amtswegen geschehen kann, § 206, und daß auf Anträge oder Vorbringen, welche nicht vorher rechtzeitig durch Schriftsätze mitgetheilt worden sind, kein Versäumnisurtheil gegründet werden kann, § 300 Nr. 3. Vertagung wegen Unterlassung eines Schriftsatzes kann zur Kostenpflicht führen, § 90. Ob eine Vertagung eintreten soll oder (etwa wegen Unerheblichkeit des Vorbringens oder Unnötigkeit besonderer Information) nicht erforderlich ist, hat das Gericht zu würdigen; ein absolutes Recht auf Vertagung hat die Partei nicht, *Gaupp Anm. II. Vgl. indeß § 300.*

3) Im Parteiprozesse kann der Schriftsatz schriftlich ohne Zugiehung eines Anwalts eingereicht oder auch zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt und die Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers veranlaßt werden, §§ 457, 463, 152. Das Gericht muß die in Abschrift ihm eingereichten vorbereitenden Schriftsätze sowohl in Anwalts- als in Parteiprozessen annehmen, da sie auch in letzteren zugelassen sind. Weil sie indeß in diesen nur zugelassen und nicht zur Pflicht gemacht sind, ist die Nichtbenutzung der Befugniß im Parteiprozesse kein Verschulden im Sinne des § 90. (*Struckmann-Roch Anm. 3. Gaupp Anm. III. MR. Endemann I, 453, 454.*) Macht die Partei von der Befugniß Gebrauch, so sind die Kosten der Schriftsätze auch im Parteiprozesse nach dem allgemeinen Grundsatz des § 87 Abs. 1 zu ersetzen, soweit sie für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung oder Bertheidigung nöthig waren. Wegen der Gebühren für Anwälte vgl. Anm. 5 § 87.

Der Abs. 2 § 120 ist nur auf „andere Prozesse“ als Anwaltsprozesse anwendbar, nicht auf die im § 74 Abs. 2 erwähnten Verhandlungen im Anwaltsprozesse, welche selbst nicht „Prozesse“ sind. *MR. Puchelt I, 372.*

## § 121.

Die vorbereitenden Schriftsätze sollen enthalten:<sup>1)</sup>

1. die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter<sup>2)</sup> nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung; die Bezeichnung des Gerichts und des Streitgegenstandes; die Zahl der Anlagen;
2. die Anträge, welche die Partei in der Gerichtssitzung zu stellen beabsichtigt;<sup>3)</sup>
3. die Angabe der zur Begründung der Anträge dienenden tatsächlichen Verhältnisse;<sup>4)</sup>
4. die Erklärung über die tatsächlichen Behauptungen des Gegners;

5. die Bezeichnung der Beweismittel, welcher sich die Partei zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen bedienen will, sowie die Erklärung über die von dem Gegner bezeichneten Beweismittel;<sup>5)</sup>
6. in Anwaltsprozessen die Unterschrift des Anwalts, in anderen Prozessen die Unterschrift der Partei selbst oder desjenigen, welcher für dieselbe als Bevollmächtigter oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handelt.<sup>6)</sup>

E. 117. N. 184. 189. 190. P. 42. 43. 524.

1) Ueber die Bedeutung des „sollen“ s. Vorb. 3 vor § 119. Bei der nur instruktiven Bedeutung des § 121 hat die Nichtbeachtung seiner Vorschriften keinesfalls größere Nachtheile, als die Unterlassung des Schriftsatzes selbst, Anm. 2 § 120. Auch diese Nachtheile können namentlich hinsichtlich der Anwendung des § 90 sachgemäß wegen einzelner Unterlassungen gegen § 121 nur dann in Frage kommen, wenn aus dem Schriftsatz nicht genügend zu ersehen ist, von wem er herrührt, zu welcher Sache er gehört und was darin erklärt sein soll. Der § 121 gilt übrigens nicht blos (wie Siebenhaar 172) für den Anwaltsprozeß, sondern für alle im vorangehenden § 120 bezeichneten „vorbereitenden Schriftsätze“ vgl. Nr. 6. Wiewfern der Inhalt, namentlich die Begründung und die Beweismittel später noch ergänzt oder geändert werden dürfen, s. Anm. §§ 240, 251, 256.

2) Die Worte: „und ihrer gesetzlichen Vertreter“ sind von der RR. mit Bezug auf § 50 zugelegt. Für die Klageschrift ist die Angabe der gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 230 Abs. 2, wo dieselbe nicht erfordert ist, nicht wesentlich, R. 11. Mai 1894 KassR. 38, 1205, ebensowenig für das Gesuch um Erlaß des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren, § 630.

3) Im O. waren Nr. 2, 3 unter Nr. 2: „die Anträge — unter Angabe der zur Begründung derselben dienenden thatsächlichen Verhältnisse“ zusammengefaßt. Die RR. hat Welbes in 2 Nummern getrennt, um dem Mißverständnisse vorzubeugen, daß außer den im Anwaltsprozeße vorzulesenden Anträgen, § 269, auch die Begründung vorzulesen wäre, P. 43. Die in der Sitzung zu stellenden Anträge, § 128, sollen nur den Tenor der Entscheidung enthalten, welche der Antragsteller vom Gerichte verlangt — petita — Mot. 22; von Fitting, Buch 7, 240 „Sachanträge“ genannt.

4) Die Mot. 129 § 117 machen darauf aufmerksam, daß die Begründung nur eine Skizze mit möglichster Kürze und Vermeidung von Rechtserrörterungen enthalten soll, und andernfalls ihre beabsichtigte Bedeutung verkannt werde. S. Vorb. 3 vor § 119. Vollständig ist die Aufnahme wesentlicher Rechtsmomente schon in erster Instanz nicht zu vermeiden, noch weniger in höherer Instanz, zumal bei dem Verfahren der Referentenbestellung und schriftlichen Vottrug in den Akten, vgl. Anm. 1 § 127.

5) Ueber die Nothwendigkeit der Beweisverbindung s. Vorb. 2 vor § 230. Die Zeugen und Urkunden sollen speziell benannt bzw. bezeichnet werden.

6) Die Echtheit der Unterschrift hat das Gericht, welches ohnehin nur Abschrift erhält (§ 424), von Amtswegen nicht zu prüfen; es ist Sache der Parteien, nöthigenfalls in der m. B. Erörterungen zu veranlassen, sofern ein Schriftsatz darin wesentlich wird und Zweifel an der Authentizität entstehen. Dies folgt aus dem Principe des § 119. Im Anwaltsprozeße ist für die Klage, sowie für alle Schriftsätze in Folge des § 74 Abs. 1 die Unterschrift des Anwalts wesentlich und ohne solche ein Schriftsatz als ungehörig abzulehnen; R. 31, 375; Anm. 7 § 230. Etwas Mängel der Unterschrift unterliegen jedoch der freien richterlichen Würdigung nach § 259, R. 27, 405. Der Anwalt übernimmt mit der Unterzeichnung des Schriftsatzes die Verantwortlichkeit für denselben und für etwaige Ungebühr in demselben; die Gebühren für die Unterzeichnung sind deshalb auch dieselben, wie für die Fertigung des Schriftsatzes, §§ 5, 46 AnwObD. und Mot. § 5; Mot. 129, 230

## § 122.

Dem vorbereitenden Schriftsatz sind die in den Händen der Partei befindlichen Urkunden, auf welche in dem Schriftsatz Bezug genommen wird, in Urschrift oder in Abschrift beizufügen.<sup>1)</sup>

Kommen nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht, so genügt die Beifügung eines Auszugs, welcher den Eingang, die zur Sache gehörende Stelle, den Schluß, das Datum und die Unterschrift enthält.<sup>2)</sup>

Sind die Urkunden dem Gegner bereits bekannt oder von bedeutendem Umfange, so genügt die genaue Bezeichnung derselben mit dem Erbieten, Einsicht zu gewähren.<sup>3)</sup>

R. 118. N. 101. P. 43. 504.

1) Die Vorschrift ist in Verbindung mit §§ 125, 126 zur wesentlichen Erleichterung der Verhandlung und Förderung des Urkundenbeweises, § 385, angeordnet, Rot. 130. Vgl. §§ 133, 134. Die Beifügung ist ebenso, wie der Schriftsatz selbst nicht obligatorisch, Anm. 2 § 120, und nur für die Klage im Urkundenprozeß, § 556, unbedingtes Erforderniß. Wird die Urkunde in Urschrift der Urschrift des Schriftsatzes beigefügt, so gelangt sie mit dieser an die Partei nach der Zustellung zurück, §§ 156, 173. Zur Beweisantretung (§ 385) und im Urkundenprozeße unbedingt (§ 560 Abs. 2) ist im Termine die Urkunde vorzulegen. Will der Gegner die Urschrift vorher einsehen, so hat er das Mittel des § 125. Selbstverständlich bleibt es dem Beweisführer unbenommen, die Urschrift mit der dem Gerichte einzureichenden Schriftsatz-Abschrift (§ 124) demselben unaufgefordert einzureichen. — Auch auf Prozeßvollmachten bezieht sich § 122, wenn sie in dem Schriftsätze in Bezug genommen sind, was nicht nöthig ist; dasselbe gilt von der Legitimation des gesetzlichen Vertreters, vgl. Anm. 1 § 84. Die Beifügung von Uebersetzungen fremdsprachiger Urkunden ist nicht vorgeschrieben und nach § 133 Abs. 3 nicht als nöthig vorausgesetzt, R. 9, 430. Wegen der Handabdrücke vgl. § 399.

Ueber die Folgen, wenn eine dem Gerichte oder nach § 126 dem gegnerischen Anwalt zugestellte Urkunde verloren geht, und hinsichtlich der desfallsigen civilrechtlichen Verhaftung entscheidet das bürgerliche Recht; R. 50.

2) Ob nur einzelne Theile einer Urkunde in Betracht kommen, hat zunächst die Partei zu bestimmen, welche darauf Bezug nimmt, vorbehaltlich des Rechts des Gegners, gemäß § 125 die Vorlegung der Urkunde selbst zu verlangen oder in der m. B. die Erheblichkeit anderer Theile zu behaupten (§ 386). Wird dem Schriftsätze nur eine extraktweise Abschrift der Urkunde beigefügt, so liegt darin die Erklärung, daß nur diese Theile in Betracht kommen.

3) Als dem Gegner bereits bekannt sind namentlich die Urkunden anzusehen, welche er selbst ausgestellt hat.

## § 123.

Der vorbereitende Schriftsatz, welcher neue Thatsachen oder ein anderes neues Vorbringen enthält,<sup>1)</sup> ist mindestens<sup>2)</sup> eine Woche, wenn er einen Zwischenstreit<sup>3)</sup> betrifft, mindestens drei Tage vor der mündlichen Verhandlung zuzustellen.<sup>4)</sup>

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

R. 119. N. 102. P. 43. 524.

1) Ein „anderes neues Vorbringen“, als „neue Thatsachen“ kann in Beweismitteln (R. 11. Apr. 1894, J. B. 241), Beweisreden, Anträgen, Legitimationssachweisen bestehen; auch rechtliche Entgegnungen sind nicht mit Endemann I, 461 absolut auszuschließen, wie z. B. die Einrede der Verjährung eine Vorbereitung erfordern kann. Für die wichtigeren vorbereitenden Schriftsätze sind noch besondere Fristen bestimmt, welche Vorschriften als speziellere der für Schriftsätze im Allgemeinen im § 123 getroffenen Bestimmung vorsehen, so in §§ 234, 244, 481, 484, 517, 519, 548. Die Fristen des § 123 haben nur für solche Schriftsätze Bedeutung, für welche keine besonderen Fristen

festgesetzt sind, also anwendbar für Klagenachträge nach Zustellung der Klage, *R. O.* 15, 392 (vgl. jedoch Anm. 2 § 230); Nova im ferneren Verlaufe des Prozesses, namentlich auch in zweiter Instanz, *R. O.* 31, 388, sowie insbesondere für Zwischenstette, auch mit Dritten (§§ 68, 126). Die Frist des § 245 Abs. 1, deren Dauer von der Beurtheilung des Falles abhängt, wird von § 123 nur insoweit berührt, als die Festsetzung der Dauer nicht hinter den hier bestimmten Minimalfristern zurückbleiben darf. Die Folgen der Versäumung dieser Fristen sind dieselben, wie die des vorbereitenden Schriftsatzes selbst; Anm. 2 § 120. Sie haben wesentlich die Bedeutung, die Verschuldung einer Partei in Betreff der Vertagung der Verhandlungen festzustellen; *Rot.* 130, 131.

Im Parteiprozesse sind die Fristen nicht maßgebend, da die Vorbereitung durch Schriftsätze nicht nöthig ist, Anm. 3 § 120; *Saupp* Anm. IV.

2) Die Fristen können nach § 204 Abs. 1 noch abgekürzt, auch nach § 204 Abs. 2 ganz beseitigt werden. „Mindestens“ bedeutet die gesetzliche Minimalzeit, welche zu berücksichtigen ist, wenn nicht eine Abkürzung beantragt und richterlich bestimmt ist. Die volle Frist muß zwischen der Zustellung und dem Terminstage liegen; der Zustellungstag ist nicht schon als einer der 3 bzw. 7 Tage zu rechnen. Vgl. §§ 199, 200. Ist der Tag vor dem Termin ein Sonntag oder ein allgemeiner Feiertag, so bleibt derselbe, sowie ein etwa unmittelbar vorhergehender Sonntag oder allgemeiner Feiertag außer Berechnung. Anm. 2 § 200.

3) Ueber die Bedeutung des Zwischenstreits s. Vorb. 2 vor § 119. Aus der Fristbestimmung ergibt sich, daß hier nur Zwischenstette, welche mündlich verhandelt werden, in Frage kommen. Vgl. §§ 68, 136.

4) Verstanden ist natürlich die Zustellung an den Gegner, s. §§ 152 ff. Nach *R. O.* 16. Febr. 1884, *3 W.* 110 Ziff. 3, stellt überhaupt die Vorschrift des § 123 kein unerlässliches Gebot dar, dessen Verletzung einen Revisionsgrund abgeben könnte.

## § 124.

Die Parteien haben eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift ihrer vorbereitenden Schriftsätze und der Anlagen auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.<sup>1)</sup>

Diese Niederlegung erfolgt zugleich mit der Ueberreichung der Urschrift, wenn eine Terminbestimmung oder wenn die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers erwirkt werden soll,<sup>2)</sup> anderenfalls sofort nach erfolgter Zustellung des Schriftsatzes.<sup>3)</sup>

*E.* 120. *N.* 43—47. 524. 525. 663.

1) Die im § 124 vorgeschriebene Niederlegung von Abschriften hat lediglich Informationszweck für das Gericht bzw. dessen Vorsitzenden. Mit denselben werden die Prozeßakten gebildet, vgl. § 271. Bei Nichtbefolgung der Vorschrift hat die Partei zu gewärtigen, daß das Gericht nach seinem Ermessen von Amtswegen den Termin vertagt, § 206, auch wenn dem Gegner der Schriftsatz zeitig zugestellt ist, und ferner der Partei nach § 90 oder *GR O.* § 48 Kosten auferlegt. Vgl. Anm. § 90.

Gesuche, über welche ohne m. B. entschieden werden kann, sind keine vorbereitenden Schriftsätze und § 124 ist darauf nicht anwendbar. Sie sind in einem Exemplar dem Gerichte einzureichen. Dem Gegner eine Abschrift zuzustellen, ist nicht nöthig. Beschließt das Gericht m. B., so hat es dem Antragsteller dies zu eröffnen, § 294 Abs. 3, und dieser muß laden, § 191, wobei allerdings zur Vermelung von Vertagungen (besonders in Arrestsachen, vgl. Anm. 1 § 802) die Zustellung einer Abschrift des Gesuchs an den Gegner ratsam erscheint. Vgl. Vorb. 1 vor 119. Ueber Erstattung der Schreibgebühren vgl. Anm. 1 zu § 87 a. G.

2) Vgl. §§ 152 Abs. 2, 233.

3) Der Gegner, welchem zugestellt wird, erhält eine gemäß § 156 beglaubigte Abschrift des Schriftsatzes, die Urschrift erhält die Partei, welche zustellen läßt, mit der

Zustellungsurkunde zurück, §§ 156, 173. Durch die Niederlegung nach erfolgter Zustellung soll zugleich ausgedrückt sein, daß in der That die Zustellung erfolgt sei. Vgl. inbeß Anm. 3 § 243.

### § 125.

Die Partei ist, wenn sie rechtzeitig aufgefordert wird, verpflichtet, die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie in einem vorbereitenden Schriftsatz Bezug genommen hat,<sup>1)</sup> vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen und den Gegner von der Niederlegung zu benachrichtigen.<sup>2)</sup>

Der Gegner hat zur Einsicht der Urkunden eine Frist von drei Tagen. Die Frist kann auf Antrag von dem Vorsitzenden verlängert oder abgekürzt werden.<sup>3)</sup>

R. 121. N. 193. P. 49. 50. 525.

1) Der § 125 — dem code de proc. Art. 188 im Anschlusse an verschiedene deutsche Partikulargesetze nachgebildet — sollte sich nach den Bemerkungen in der RR. auch auf eine in Bezug genommene Prozeßvollmacht beziehen, P. 49, 50. Später wurde dann von der RR. die Bestimmung des § 76 angenommen, daß die Vollmacht zu den Gerichtsakten abzugeben ist. Bei der unterschiedslosen Fassung der Vorschrift des § 125 ist dieselbe aber immerhin auch für die „in Bezug genommenen“ Vollmachten anwendbar. Vgl. §§ 122, 84. Unter Urkunden sind nicht bloß Urschriften, sondern auch solche beglaubigte Abschriften oder Auszüge zu verstehen, welche die Partei an Stelle der Urschriften benutzen will, Gaupp Anm. I.

2) Die Aufforderung, sowie die Benachrichtigung können formlos, brieflich oder mündlich erfolgen, da die Form der Zustellung nicht vorgeschrieben ist. Folge der Unterlassung der verlangten Niederlegung ist, daß, wenn die auffordernde Partei Vertagung beantragen muß, weil etwa der Anwalt ohne Einsicht der abwesenden Partei keine Erklärung abgeben kann, der Säumige nach § 90 die dadurch verursachten Kosten zu tragen hat. Da eine Frist, in welcher der Aufforderung zu entsprechen, nicht vorgeschrieben ist, so entscheidet das Ermessen des Gerichts, wie dasselbe überhaupt darüber entscheidet, ob eine Vertagung erfolgen soll.

3) Die Frist ist nach § 199 zu berechnen und zwar von der Benachrichtigung ab. Benutzt der Gegner die Frist nicht, so hat er zu gewärtigen, daß seinem Antrage auf Vertagung befüß desfalliger Information nicht entsprochen wird.

### § 126.

Den Rechtsanwälten steht es frei, die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbekundigung zu bewirken.<sup>1)</sup>

Steht ein Rechtsanwalt die ihm eingehändigte Urkunde nicht binnen der bestimmten Frist zurück,<sup>2)</sup> so ist er auf Antrag nach vorgängiger mündlicher Verhandlung zur unverzüglichen Zurückgabe zu verurtheilen.<sup>3)</sup>

Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.<sup>4)</sup>

R. 122. N. 194. P. 50. 526.

1) Ob ein Anwalt eine solche Mittheilung bewirken will, ist seine Sache. Da er dazu nicht verpflichtet ist, so hat er in jedem Falle nach den Umständen und der Natur der Urkunde zu ermessen, ob er von der Befugniß ohne Gefahr Gebrauch machen kann; für sein desfalliges Verhalten ist er seinem Nachgeber nach Maßgabe des betr. bürgerlichen Rechts verantwortlich. Die Ertheilung der Befugniß durch das Gesetz entbindet den Sachwalter nicht von einem den Umständen angemessenen Gebrauch derselben. Vgl. Anm. 1 § 122; Gaupp Anm. III; von Bülow Anm. 2. RR. Petersen Anm. 2.

2) Die Frist kann von dem mittheilenden Rechtsanwalt bestimmt werden. In Abf. 2 ist diese Frist und nur, wenn eine solche nicht bestimmt ist, die des § 125 Abf. 2 gemeint.

S. v. Bülowowski u. R. Leop. Siebente Auflage.

Wenn der mittelhende Anwalt eine kürzere Frist als drei Tage bestimmt, so bleibt dem Gegner das Recht aus dem § 125 immerhin; es sollte aber mit Rücksicht auf die Verschiebenheit der Verhältnisse dem Mittelhenden gestattet sein, zumal bei früherer Mittelheilung und bei Bedürfnis der Selbstbenutzung eine kürzere Frist oder auch eine längere zu bestimmen. Ein Antrag in der Vorl., statt „binnen der bestimmten Frist“ zu setzen: „binnen der im § 125 bestimmten Frist“, wurde abgelehnt. RR. Kleiner I, 312, Gaupp Anm. II wegen des Citats in R. 194, welches aber absichtlich gestrichen ist.

3) Ueber die Natur dieses Zwischenstreits vgl. Anm. 2 vor § 119. Das Verfahren ist, wie für den Fall des § 68, durch die Nothwendigkeit vorgängiger m.B. bestimmt. Der Proponent der Urkunde muß zum Termine mit der Frist des § 194 laden, §§ 191, 193; für vorbereitende Schriftsätze ist § 123 maßgebend.

4) Nur die sofortige Beschwerde, § 540, findet statt; kein anderes Rechtsmittel, kein Einspruch, kein Versäumnisurtheil im Sinne der §§ 295 ff. Vgl. Anm. 2 vor § 119. Das Zwischenurtheil ist zufolge § 702 Nr. 3 sofort vollstreckbar; die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, § 535. Die Vollstreckung erfolgt nach § 769.

### § 127.

Der Vorsitzende eröffnet und leitet die mündliche Verhandlung.<sup>1)</sup>

Er ertheilt das Wort und kann es demjenigen, welcher seinen Anordnungen nicht Folge leistet, entziehen.<sup>2)</sup>

Er hat Sorge zu tragen, daß die Sache erschöpfende Erörterung finde und die Verhandlung ohne Unterbrechung zu Ende geführt werde; erforderlichenfalls hat er die Sitzung zur Fortsetzung der Verhandlung sofort zu bestimmen.<sup>3)</sup>

Er schließt die Verhandlung, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist, und verkündet die Urtheile und Beschlüsse des Gerichts.<sup>4)</sup>

R. 123. N. 307. P. 50. 525.

1) Ueber das Amt des Vorsitzenden vgl. Kleinfeller, die Funktionen des Vorsitzenden und sein Verhältnis zum Gericht, München 1885; dazu Meyer, Busch 9, 529, Mand I § 36 Anm. 15 S. 154 (Vorsitzende primus inter pares, als Organ des Kollegiums handelnd). „Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache“ § 197. Die §§ 127, 130 bestimmen die Befugnisse und Pflichten des Vorsitzenden hinsichtlich der Leitung der Verhandlung; die §§ 131—144 und 127 Abs. 1 die Befugnisse des Gerichts in der Verhandlung. Vgl. dazu Ube, Busch 5, 303 ff. Eine Anfechtung der Anordnungen des Vorsitzenden findet nur, soweit sie die Sachleitung und die Fragen betreffen, nach Maßgabe des § 131 statt, unbeschadet des Rechts zur Beschwerde im Disziplinarwege. Beim Amtsgerichte ist der Amtsrichter das Gericht und hat zugleich die Rechte und Pflichten des Vorsitzenden im Sinne der §§ 127, 130. Vgl. § 149 Abs. 1 in Verbindung mit § 149 Abs. 2 und OB. § 22 Abs. 1.

Ueber die Oeffentlichkeit der Verhandlung und die Aufrechterhaltung der Ordnung in derselben bestimmen OB. §§ 170—185, über die Gerichtssprache OB. § 186—193.

Einem anderen Mitgliede des Gerichts darf der Vorsitzende die Leitung der Verhandlung nicht übertragen; der Antrag, dies zuzulassen, ist in der RR. abgelehnt. Die Ansicht Endemanns I, 467, daß dies unausgesprochen dennoch zulässig und ein gesetzlicher Ausdruck dafür nur abgelehnt sei, weil dies eine innere Angelegenheit der Dienstinstruktionen oder der gerichtlichen Praxis sei, widerspricht dem § 127 Abs. 1 sowie der Geschichte jenes Antrages. Vgl. Anm. OB. § 68, Gaupp Anm. V und v. Bülow Anm. 3 § 127. — Daß ein „Berichterstatter“ (Referent) ernannt werden kann, ist in OB. §§ 199, 139 Abs. 2 vorausgesetzt; seine Funktionen können in der Verhandlung (außer dem Falle der §§ 353, 354 Abs. 3) keinesfalls darin bestehen, daß er dem Gerichte statt der Parteien (§ 128 Abs. 2) das Sachverhältnis vorzutragen hat, sondern nur darin, daß er den Vor-



sitzenden zur Feststellung von Abweichungen von früheren Schriftsätzen und Anträgen (§§ 269, 270) unterstützt und sein Fragerrecht gemäß § 130 Abs. 3 ausübt. Daß die Ernennung eines Berichterstatters zur Regel werde, liegt allerdings trotz der Befürwortung durch v. Kräweil (Wusch 3, 457; 4, 249) nicht im Geiste der O.P., und führt die Gefahr mit sich, daß die Vorzüge des mündlichen Verfahrens allmählig beseitigt werden, ohne daß die Garantien des schriftlichen Verfahrens erlangt werden. Die Niederlegung der Abschriften der Schriftsätze (§§ 124) ist wesentlich zu dem Zwecke vorgeschrieben, um dem Vorsitzenden die zur Prozeßleitung erforderliche Information zu gewähren; R. 44, vgl. Vorb. 3 vor § 119. Wenn es zweckmäßig erscheint, nicht den Vorsitzenden allein vor der Verhandlung zu informieren — was allerdings in verwickelten Sachen der Fall ist —, so empfiehlt es sich eher, die Akten bei sämtlichen Gerichts-Mitgliedern zurückerufen zu lassen, als einen Berichterstatter zu ernennen. Das Botum des Letzteren, welches ganz naturgemäß aus dem Studium der Akten sich entwickelt, erlangt sonst einen so überwiegenden Einfluß, daß die Wirksamkeit der m.B. dadurch erheblich abgeschwächt werden muß, vgl. Stippmann, cit. R. 70, 106 f. Angezeigt ist die Ernennung eines Referenten wohl hauptsächlich in denjenigen Fällen, in denen ein vorbereitendes Verfahren (§§ 313 ff.) geschwebt hat.

2) Auch dem Rechtsanwalte kann der Vorsitzende das Wort entziehen; ebenso den Gerichtsmitgliedern. Vgl. Anm. 5 § 130. — Die Entziehung des Wortes kann gemäß Abs. 2 nur wegen Nichtbefolgung der Anordnungen des Vorsitzenden (§§ 127, 130, O.B. § 177) erfolgen; sie ist nicht mit der nach § 143 vom Gerichte zu beschließenden Untertragung des weiteren Vortrags zu verwechseln, braucht nicht immer für die ganze folgende Verhandlung zu erfolgen und schließt nicht aus, daß später wieder das Wort erteilt werden kann. Sie kann indeß auch derartig erfolgen, daß jede fernere Erklärung damit abgeschnitten ist, und wirkt dann wie die Entfernung der Partei gemäß § 144, so daß, abgesehen von einer möglichen Vertagung, nur das bis dahin von der Partei Gesagte als für sie erklärt zu berücksichtigen ist; und, falls sie bis dahin überhaupt nicht verhandelt hat, auf Antrag Versäumnisurteil erlassen werden kann. Vgl. Anm. 1 § 144; Seuffert Anm. 3. Niemandem kann das Wort entzogen werden, bevor er es gehabt hat; aus diesem Grunde kann jedoch die Unmöglichkeit eines Versäumnisurteils im Falle der Wortentziehung nicht mit Hellmann I, 417 und Kleiner I, 515 behauptet werden; denn dessen Erlassung wird nicht dadurch gehindert, daß der Versäumende das Wort hat und Bescheidiges spricht, sondern dadurch, daß er über die Sache verhandelt; §§ 298, 299.

3) Die Sorge für die erschöpfende Erörterung soll nur „die Sache“, d. h. die vorgetragene Sache betreffen, namentlich in den Vorträgen, welche die Parteien halten, § 128 Abs. 2, keine Dunkelheiten und Unvollständigkeiten zurücklassen, so daß Karge stellt ist, was die Parteien vorgetragen wissen wollen (vgl. Abs. 4: „vollständig erörtert“ und § 129 Abs. 2); nicht aber soll der Grundsatz der Verhandlungsmaxime überschritten werden, um die absolute Wahrheit zu erforschen. Vgl. Vorb. 4 vor § 119.

4) Keine Partei hat einen besonderen Anspruch auf das letzte Wort. Anwälte, die es immer beanspruchen, welche Parteirolle sie auch vertreten, machen sich eines Mißbrauchs der Zeit und Geduld aller Beteiligter schuldig, welche abzustellen Pflicht des Vorsitzenden ist. Auch Wiederholungen sollten in den Plaidoyers der Anwälte möglichst vermieden und vom Vorsitzenden bezw. vom Gerichte abgeschnitten werden. Noch weniger sollten die Vorträge der Anwälte von der Voraussetzung einer gänzlichen Unbekanntschaft der Richterbank mit den einschlägigen Gesetzen ausgehen und sich in weitläufigen Auseinandersetzungen über bekannte Rechtsmaterien verbreiten. Auch hiergegen, sowie überhaupt gegen alle Arten von Abschweifungen gewährt § 127 die Mittel zur Remedur. Der Schluß der Verhandlung ist von entscheidender Wichtigkeit, §§ 129, 142, 197, 209, 251, 256, 295 ff. Der Vorsitzende hat die Verhandlung nicht bloß dann geschlossen, wenn er dies ausdrücklich ausspricht, sondern auch durch konkludente Handlungen, welche eine andere Absicht nicht annehmen lassen, so durch Verkündung des Beschlusses oder eines weiteren Termins, auch regelmäßig durch das Zurückziehen des Gerichts behufs der Berathung, falls dabei nicht ausdrücklich eine Fortsetzung der Verhandlung nach der Berathung vorbehalten wird, oder

Entlassung der Partei, vgl. Busch II, 331. Das nach Abs. 4 nöthige Einverständnis des Gerichts ist anzunehmen, wenn dieses der Erklärung des Vorstehenden nicht sofort widerspricht. Ueber Wiedereröffnung der Verhandlung vgl. § 142. Ueber Verkündung von Urtheilen und Beschlüssen vgl. §§ 281—283, 294.

### § 128.

Die mündliche Verhandlung wird dadurch eingeleitet, daß die Parteien ihre Anträge stellen.<sup>1)</sup>

Die Vorträge der Parteien sind in freier Rede zu halten; sie haben das Streitverhältniß in thatsächlicher und rechtlicher Beziehung zu umfassen.<sup>2)</sup>

Eine Bezugnahme auf Schriftstücke statt mündlicher Verhandlung ist unzulässig.<sup>3)</sup> Die Vorlesung von Schriftstücken findet nur insoweit statt, als es auf den wörtlichen Inhalt derselben ankommt.

In Anwaltsprozessen ist neben dem Anwalt auch der Partei selbst auf Antrag das Wort zu gestatten.<sup>4)</sup>

R. 194. N. 309. P. 50. 525.

1) Unter den Anträgen sind hier die Sachanträge des § 121 Nr. 2 (vgl. Anm. 3 dazu) zu verstehen. Dieselben bestimmen gemäß der Verhandlungsmaxime die Grenzen des Rechtsstreits §§ 279, 498 und sind für die richterliche Entscheidung fundamental. Sie sind im Anwaltsprozeß vorzulesen, § 269, vgl. Anm. 3 § 121; im Parteiprozeß mündlich zu stellen, § 464. Ueber die Frage, ob in dem Stellen der Anträge schon ein Verhandeln der Parteien zu finden ist, vgl. Anm. 1 § 298. Daraus, daß die mB. durch Stellung der Anträge einzuleiten ist, ergibt sich, daß die Anträge jeder andern Erörterung auch über bloße Formalken, selbst über den Antrag auf Aussetzung des Verfahrens vorzugehen haben; R. 24. Nov. 1885, JW. 1886 S. 10. Ein Verstoß gegen die Reihenfolge ist freilich ohne Bedeutung, da der Inhalt der mB. für die darauf zu erlassende Entscheidung als ein Ganzes aufzufassen ist; doch muß das Gericht jedenfalls vor Stellung der Sachanträge jede weitere Beschlussfassung ablehnen, da eine mB. ohne die vorgeschriebene „Einleitung“ nicht als ordnungsmäßig zu erachten ist; R. 2. Okt. 1890, JW. 370, Raffr. 36, 708. Darüber, daß eine Wiederholung des gesammten Vortrags in einer fortgesetzten Verhandlung vor denselben Richtern nicht notwendig ist, vgl. Vorb. 3 vor § 119. Auch die wiederholte Verlesung bez. Stellung der Anträge ist dann nicht nöthig, R. 31, 423.

2) Unter der „Partei“ ist hier Jeder zu verstehen, welcher für die Partei als Anwalt, Bevollmächtigter, gesetzlicher Vertreter, Beistand (§ 86) den Vortrag zu halten befugt bzw. verpflichtet ist. S. Abs. 4.

3) Im Abs. 3 ist der Nachdruck darauf zu legen, daß nicht „statt der mündlichen Verhandlung“ auf Schriftstücke Bezug genommen werden darf, d. h. die Partei oder ihr Vertreter darf nicht ein Schriftstück mit der Erklärung überreichen, daß dasselbe ihre Auslassung enthalte. Dagegen hat eine Bezugnahme auf Schriftstücke, z. B. Rechnungen, nicht absolut ausgeschlossen sein sollen. Die Partei kann erklären, der Gegner habe die in einer eingereichten Rechnung angegebenen Waaren oder Arbeiten bestellt und erhalten, ohne daß es nöthig ist, alle einzelnen Rechnungsposten in freier Rede vorzutragen. Aus den beiderseitigen Erklärungen ergibt sich, wieweit in Betreff der einzelnen Posten Bestimmteres vorzutragen nöthig ist, sofern nicht ein eigentlicher Rechnungsprozeß im Sinne des § 313 vorliegt, P. 50. AR. K. Förster Anm. 2, welcher unter allen Umständen jeden Rechnungsposten vorgetragen wissen will.

4) Die Partei kann selbst das Wort erbitten; sie muß es thun, wenn sie Geständnisse und thatsächliche Erklärungen ihres Anwalts widerrufen oder berichtigtigen und die Folgen des § 81 vermeiden will. Sie kann das „Wort“ zu thatsächlicher oder rechtlicher Erörterung erhalten; sie kann jedoch im Anwaltsprozeß nicht Anträge oder Abweichungen von Anträgen, welche nach § 269 aus Schriftstücken vorlesen werden müssen, aus

selbstleignen, nicht vom Anwalt gezeichneten Schriftsätzen mit wirksamer Kraft verlesen; sondern sie ist hierzu an die Mitwirkung des Anwalts gebunden. Im Uebrigen sind ihre Anführungen zu berücksichtigen, auch wenn sie vom Anwalte nicht zu den seinigen gemacht werden; *OLG. Jena, SA. 43, 227*; vgl. jedoch *Ann. 1 und 2 § 81*.

Der Partei, welche hier zu ihrem bevollmächtigten Anwalt in Gegensatz gestellt ist, steht der gesetzliche Vertreter einer prozessunfähigen Partei *ex ratione legis* und nach dem allgemeinen Grundsatz über die Stellung des gesetzlichen Vertreters (*Vorb. vor § 50*) gleich; nicht aber ein General- oder Spezialbevollmächtigter, welcher neben dem Anwalt erscheint, *Prot. 525*. *RR. ist v. Bülow Ann. 3* hinsichtlich des Generalbevollmächtigten, weil dieser Disponent des Prozeßes sei; dies ist indeß immer nur die Partei selbst und hinsichtlich der Regel des § 74, daß im Anwaltsprozeß nur der Anwalt als Vertreter (*alter ego*) zugelassen ist, kann diese Ausnahme des *Abf. 4* nicht ausdehnend interpretirt werden. Ausnahme vom *Abf. 4 §. 1, 2, 3, 4* f. *OB. § 189*. — Hat neben dem prozeßbevollmächtigten Anwalt ein anderer Anwalt die Ausführung der Partierechte übernommen, ohne daß ihm zugleich die Vertretung übertragen ist (*RRD. § 27*), so hat der prozeßbevollmächtigte Anwalt die Anträge zu verlesen und das Sachverhältniß vorzutragen, und dann ist auf seinen Antrag dem rechtsausführenden (*placidirenden*) Anwalt, welchen er als solchen vorzustellen hat, das Wort zur Rechtsausführung zu ertheilen, *Gaupp Ann. III*.

Im amtsgerichtlichen Verfahren ist *Abf. 4* unanwendbar und ist der Partei auf Verlangen stets neben ihrem Bevollmächtigten das Wort zu ertheilen. Durch die Bevollmächtigung verzichtet sie nicht auf ihr eigenes Recht zum Vortrage (§ 128 *Abf. 2*) und sie kann jederzeit die Vollmacht nicht nur überhaupt widerrufen, sondern auch in der angegebenen Beziehung beschränken, § 79 *Abf. 2. v. Sarwey I, 220*; *Gaupp Ann. III*.

## § 129.

Jede Partei hat sich über die von dem Gegner behaupteten Thatsachen zu erklären.<sup>1)</sup>

Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestritten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.<sup>2)</sup>

Eine Erklärung mit Nichtwissen ist nur über Thatsachen zulässig, welche weder eigene Handlungen der Partei noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind.<sup>3)</sup>

R. 125. N. 310. P. 50. 51. 525. 526.

1) Im Anwaltsprozeß muß die Erklärung unaufgefordert abgegeben werden, wenn das Präjudiz des *Abf. 2* vermieden werden soll. Im Parteiprozeß soll das Gericht dahin wirken, daß die Parteien sich vollständig erklären, § 464. *S. jedoch Ann. 1 § 464*. Mit denselben Folgen im Falle der Versäumniß sind die Erklärungen über die Anerkennung der Echtheit von Urkunden und über zugeschobene Eide abzugeben, §§ 404, 417. Zur Erklärung über eine Eideszuschreibung muß jedoch die Partei durch das Gericht aufgefordert werden, § 420. In der Berufungsinstanz können die in erster Instanz unterbliebenen Erklärungen nachgeholt werden, § 493.

Ueber die Bedeutung der Erklärungspflicht der §§ 129, 404, 417 und über Einlassungszwang bzw. Einlassungs- und Defensionspflicht vgl. *Bülow, civR. 62, 11 ff., 64, 7, 8*; *Löning, Buzsch 4, 135 ff.; 139 ff.*; *Petersen, Buzsch 3, 221 ff., 257 ff.*; *Schulze, Konkursr. 145*; *Ecclus I, § 50 Ann. 7*; *Seuffert Ann. 1* (bei dem auch weitere Literatur); *Erutter, prozess. Rechtsgeschäfte 465 ff.* — Dagegen *Wach, Grünhut Zeitschr. 6, 515 ff., 7, 130 ff.*; *Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm Leipzig 1877*; *Blösz, Beitr. z. Theorie des Klagerrechts, Leipzig 1880 S. 77 ff., 125, 132 ff.*; *Birkmeyer, civR. 66, 22 ff., Pland I § 56 S. 284 ff., Gaupp Ann. I. Theilweise abweichend: v. Amberg, civR. 65, 102 ff., Bolgiano, civR. 68, 84 ff.: v. Canstein, Buzsch 16, 1 ff. Einen Einlassungszwang oder eine Ein-*

Laßungspflicht kennt die *CP.* nicht und erklärt sie zur Prozeßbegründung weder eine solche Pflicht noch eine Einlassung des Beklagten (gegen Bach und Plösz) für nötig. Der Beklagte hat auch keine Defensionspflicht, sondern (mit Bülow, Löning zc.) die Pflicht, den vom Kläger erhobenen Prozeß über das von diesem behauptete Recht zu erdulden und das Recht der Defension. Die „Erklärungspflicht“ der §§ 129, 404, 417 hat keine andere Bedeutung, als daß der Beklagte in seinem Interesse entsprechend handeln bzw. sich erklären muß, wenn er nicht die prozeßualen Folgen des Nichthandelns gewärtigen will. Sein Motiv ist gleichgültig und kann daher auch nicht wissenschaftlich auf einen Verzichtswillen oder einen fingirten Verzicht gedeutet werden. Vgl. Anm. 4 § 296. — Die materiell-rechtlichen Vorschriften über die Folgen der abgegebenen Erklärungen sind durch die *CP.* nicht aufgehoben; demgemäß gilt *ABR.* I 20 § 256 noch jetzt; desgleichen der gemeinrechtliche Verlust des Lehns, wenn der Basall die Belehnung leugnet; *Seuffert, civX.* 67, 349. Ueber die Beseitigung bzw. Geltung der gemeinrechtlichen *poenae temere litigantium* vgl. *Seuffert a. a. O.* 323 ff.

2) Im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Prozesse, welcher der Nichteinlassung des Beklagten die Wirkung beimaß, daß die Klagehatsachen verneint seien, s. g. negative Litiskonfestation, stellt § 129 Abs. 2 für jede Partei als Versäumnisfolge der Nichterklärung über die thatsächlichen Behauptungen des Gegners fest, daß dieselben als zugestandene wirken. Thatsachen, welche eine Partei weder ausdrücklich noch nach dem Inhalte ihrer Gesamterklärungen bestritten hat, sind als zugestanden anzusehen. Es soll nicht ein ausdrückliches Bestreiten gefordert werden, um das Präjudiz abzuwenden. Wenn auch nur die Absicht des Bestreitens erhellt, so sind die Thatsachen nicht als zugestanden anzunehmen. Dies soll nach dem Gesamtinhalt der Erklärungen ermesien werden; mithin tritt, da diese Erklärungen vollständig erst mit dem Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, vorliegen (§ 251), auch erst mit diesem Zeitpunkte das von dem urtheilenden Richter anzuwendende Präjudiz in Geltung. Bis dahin können Thatsachen, worüber früher eine Erklärung nicht abgegeben war, noch bestritten werden, selbst wenn inzwischen schon eine Beweisaufnahme beschloffen und erfolgt war; *Rot.* 133, P. 525, 526, *Borb.* vor § 230 und § 251. — Abs. 2 enthält eine den Richter bindende positive gesetzliche Vorschrift; wenn die Voraussetzungen vorliegen, so ist sie unbedingt anzuwenden. Vgl. Anm. § 259 Abs. 2. — Die Vorschrift enthält (gegen v. Amberg, *civX.* 65, 88) nicht an sich eine wirkliche Fiktion, sondern nur eine Vermuthung. Die Nichterklärung ist nicht ein fingirtes Geständniß und unterscheidet sich von einem solchen in Folge der sonstigen, auf die Richterklärung anwendbaren und die Bedeutung des § 129 erläuternden Vorschriften dadurch, daß die unterlassene Antwort nicht nur bis zum Schlusse der letzten mB. (§ 251), sondern auch noch in zweiter Instanz (§ 493) nachgeholt werden kann. Mit dem Begriffe einer Fiktion würde die Zulassung einer solchen Nachholung nicht vereinbar sein, (wenn man nicht mit *W.* 23. Dez. 1885, *ZW.* 164 ein fingirtes Geständniß nur für die Instanz, oder eine provisorische Fiktion mit *Planck* I, 324, unterstellen will, was die Konstruktion nicht vereinfacht). Die Unterlassung bedarf also folgeredht auch nicht einer Widerrufsbegründung, wie sie nach § 263 für das wirkliche gerichtliche Geständniß nötig ist. (*WR.* Puchelt I, 388.) Sie wirkt aber, wenn sie bis zum Schlusse der letzten mB. nicht durch Erklärung beseitigt ist, zur Zeit wie ein Geständniß; *Bülow, civX.* 62, 27—34, 54 Anm., 59 ff., *Leonhard, Fiktionen* in der *CP.*, Berlin 1880 S. 29. Indeß kann sie auch bei Feststellung formeller Wahrheit durch das Urtheil zu einer wirklichen Fiktion werden, wenn das Gericht mit Rücksicht auf ein Beweisverfahren oder auf vorausgegangene Verhandlungen an der Wahrheit zu zweifeln hat oder gar vom Gegentheile überzeugt ist, und dennoch in einem demnächstigen Termine dem Vortrage und der positiven Gesetzesvorschrift folgend, wegen Versäumnung ein Zugeständniß annehmen muß, *Leonhardt a. a. O.* 34, 43. Sachgemäß würde durch Anwendung des Fragerechts, § 130, entgegengewirkt werden können. — Die Vorfrage zur Anwendbarkeit der Versäumniswirkung, ob nach den Gesamterklärungen eine Thatsache bestritten sei, unterliegt gemäß § 259 Abs. 1 der freien Thatsachenwürdigung des Gerichts. Da ein generelles Bestreiten der gegnerischen Behauptungen genügt, so be-

darf es in der Regel keiner ausdrücklichen Erklärung auf jede einzelne Thatsache, wenn dieselbe in dem generellen Bestreiten mitumfaßt wird. Ein theilweises Bestreiten ist jedoch unwirksam, soweit aus demselben nicht ersichtlich ist, auf welche einzelnen Behauptungen des Gegners sich dasselbe bezieht, also wenn z. B. der Beklagte erklärt, von einer aus mehreren Positionen bestehenden Waarenlieferung einzelne empfangen zu haben, andere nicht, ohne angeben zu wollen, welche Posten er erhalten hat und welche nicht. Ein solches, von der Gerichtssprache als unsubstantiirt bezeichnetes Bestreiten genügt nicht den Erfordernissen des § 129.

Ob eine, nach § 129 als (ausdrücklich oder der Absicht nach) bestritten anzusehende Thatsache nicht dennoch nach dem Gesamtergebnisse der Sachlage (einschließlich der sonstigen Erklärungen des Bestreitenden) als wahr und bewiesen anzusehen ist, unterliegt der richterlichen freien Beweiswürdigung, § 259. Es kann dazu genügen, daß mit einer anderen Erklärung desselben, welche anderweit bestätigt oder sonst glaubhaft ist, das Nichtwahrsein im Widerspruche stehen würde.

Das allgemeine Präjudiz des Abs. 2 ist gegen die erschienene und verhandelnde Partei aufgestellt; gegen die nicht erschienene oder nicht verhandelnde Partei sind spezielle Präjudize, in §§ 295 ff.; ferner §§ 316 Abs. 2, 504, 520 gegeben; vgl. auch § 430.

Für Ehe- und Entmündigungssachen findet das Präjudiz des § 129 keine Anwendung, §§ 577, 611, 620, 624, 626. — Für den Urkundenprozeß vgl. ferner § 560 Abs. 2. — Ueber entsprechende Anwendung bei Berufung gegen Entscheidungen des Patentamts vgl. Patentgesetz v. 7. April 1891, RÖBl. 79, §§ 29, 30, 33 u. Verordn. v. 6. Dez. 1891, RÖBl. 389, §§ 5, 7, 8.

3) Voraussetzung des Abs. 3 ist, daß nach der Behauptung des Gegners die Thatsachen entweder eigene Handlungen der Partei oder Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen sind. Wenn in den Fällen des Abs. 3 eine zulässige Erklärung mit Nichtwissen abgegeben ist, so gelten die Thatsachen als bestritten, wie in R. 310 direkt gesagt ist. Es wird zugelassen, dergleichen Thatsachen durch die Erklärung des Nichtwissens als solche zu bezeichnen, welche nicht zugestanden werden sollen, ohne daß direkt das Nichtwahrsein behauptet wird. — Wenn dagegen eine Partei über ihre eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen eine Erklärung „mit Nichtwissen“ abgibt, so ist diese „unzulässige“ Erklärung nicht genügend, um den Grundsatz des Abs. 2 auszuschließen; es soll eine bestimmte anerkennende oder bestreitende Erklärung abgegeben werden; anderenfalls findet Abs. 2 Anwendung. Bei der Fassung des Eides über eigene Handlungen oder Wahrnehmungen ist im § 424 Abs. 2 darauf Rücksicht genommen, daß der Schwörende mitunter sich nicht mehr der positiven Wahrheit erinnern könne. Es ist daher offenbar prozeßpolitisch, in derartigen Fällen zu bestreiten, aber die Umstände hervorzuheben, welche für die Anwendbarkeit des Ueberzeugungseides des § 424 Abs. 2 sprechen. Andernfalls könnte aus einer Erklärung, welche sich nur auf das Nichtmehr-Wissen beschränkte, geschlossen werden, die Thatsache solle nicht bestritten werden.

### § 130.

Der Vorsitzende hat<sup>1)</sup> durch Fragen<sup>2)</sup> darauf hinzuwirken, daß unklare Anträge erläutert, ungenügende Angaben der geltend gemachten Thatsachen ergänzt und die Beweismittel bezeichnet, überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden.<sup>3)</sup>

Der Vorsitzende hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, welche in Ansehung der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte obwalten.<sup>4)</sup>

Er hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.<sup>5)</sup>

1) Zu §§ 130—135 vgl. Schnetzer, richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts, Leipzig 1888.

Der § 130 behandelt das richterliche Fragerecht. Der BG. hatte (wie R. 311) in allen 3 Absätzen durch die Fassung: „der Vorsitzende kann — hinwirken u. s. w.“ die Anwendung des Fragerechts in das Ermessen des Vorsitzenden gestellt. Die RR. hat diese Anwendung durch Substitution der Worte: „hat zu —“ zur Dienstpflicht gemacht; P. 51 ff.

Daß eine Klage wegen mangelnder Substanziierung „angebrachtermaßen“ abgewiesen würde, — eine der CP. ohnehin unbekannt Form, vgl. Anm. 2 § 293 — sollte süglich durch das Fragerecht unmöglich gemacht werden; Petersen Anm. 2, Seuffert Anm. 5, Struckmann-Roch Anm. 3, vgl. auch Eccius I, § 55 Rt. 19, 20. Ueber die Unzulässigkeit der Uebertragung der Leitung vom Vorsitzenden an ein anderes Mitglied und über die Bestellung eines Berichterstatters vgl. Anm. 1 § 127.

Die Partei selbst hat kein Recht, die Anwendung des Fragerechts zu fordern; auch durch die vorbemerkte Aenderung ist nicht eine obligatorische Pflicht des Vorsitzenden der Partei gegenüber hergestellt, sondern nur eine Dienstinstruktion gegeben. Die Partei kann aus der Nichtanwendung des Fragerechts noch weniger ihrem Gegner gegenüber Rechte zu ihren Gunsten herleiten, sondern muß die aus ihren etwaigen unklaren Angaben und Unterlassungen folgenden Rechtsnachtheile gegen sich gelten lassen; R. 4. März 1881, Raffr. 26, 845; 14. Juni 1881, JW. 156. Die Nichtanwendung des Fragerechts allein kann daher nicht die Revision begründen, sofern nicht zugleich aus der besonderen Sachlage hervorgeht, daß eine Anwendung geboten oder erfolgversprechend gewesen wäre, um eine Abweisung „angebrachtermaßen“ zu vermeiden, oder sofern nicht sonst andere Rechtsnormen verletzt sind (R. 30, 368; 32, 127; 28. April, 27. Mai, 24. Juni, 1. Juli u. 25. Sept. 1882; 24. Febr., 13. März 1883; Wallm. 7, 379, 381; JW. 1882 S. 232, 234; 1883 S. 110; Raffr. 27, 1072; 28, 1135; Obz. 21. Mai 1883, SA. 38, 455; 20. Nov. 1890, SA. 46, 355), namentlich das vorgebrachte Material nicht genügend gewürdigt und desfallsige Mißdeutungen nicht durch das Fragerecht vermieden sind; R. 9, 239, 419; 10, 175, 405; 20, 334; 28. Nov. 1892, 28. März, 26. Okt. 1893, JW. 1893 S. 58, 251, 558; 17. April 1894, JW. 261; vgl. Anm. 1 zu § 419; oder wenn die Beurtheilung der Sache erkennen läßt, daß der Richter sich der Pflicht des § 130 nicht bewußt gewesen ist, R. 6, 358; 7, 368; 8, 371; 21. Sept. 1885, Raffr. 30, 159; 21. Sept. 1889, JW. 401; 17. Okt. 1891, Raffr. 36, 1072; Ressel, Raffr. 30, 87 ff., oder der Zweck des Fragerechts verkannt ist, R. 24. Juni 1889, JW. 364. Vgl. Seuffert Anm. 3. AR. Gaupp Anm. I, Band I 265; Rocholl, Busch, 10, 317; Hellmann I, 426, 428 Anm. 3, 5. Zu Rechtsbelehrungen ist der Vorsitzende nicht verpflichtet; noch weniger ist es seine Aufgabe, auf diesem Wege oder durch Hinweis auf richtige Auffassung des Sachverhältnisses die Partei zur Veränderung ihres Standpunkts und zur Stellung völlig veränderter Klageanträge zu veranlassen; R. 23. Juni 1888, JW. 328; vgl. auch Anm. 3.

2) Die Folge der Nichtbeantwortung gestellter Fragen — ebenso auch der Nichtanwendung des Fragerechts — ist die, daß dem Gerichte die freie Beweiswürdigung gemäß § 259 nach Maßgabe des Vorgetragenen verbleibt; Mot. 133. Die Bestimmung des R. 311; „wird eine Frage nicht oder nicht bestimmt beantwortet, so ist sie als auf die dem Gegner vortheilhaftere Weise beantwortet anzusehen“, ist absichtlich ausgegeben.

3) Durch §§ 130, 132 soll zwar die Erläuterung und Aufklärung des von den Parteien vorgetragenen Sachverhältnisses und der von den Parteien behaupteten Thatfachen und gestellten Anträge bewirkt werden; es soll aber nicht inquisitorisch etwaigen anderen Thatfachen, Einwendungen und Replikken nachgeforscht und nicht die Verhandlungsmagime aufgegeben werden. Vgl. Vorb. 4 vor § 119. Dies heben auch die Motive 127, 133, 134 für den § 130 und für den die amtsrichterliche Fürsorge noch weiter ausdehnenden § 464 wiederholt hervor. Hinsichtlich des Erläuterns unklarer Anträge und Ergänzens ungenügender Angaben läßt auch die Fassung keinen Zweifel, und es folgt ferner schon hieraus, daß der sich daran anschließende Satz: „überhaupt alle — abgegeben werden“

nur im gleichen Sinne zu verstehen ist und nicht ein ganz neues Element in das Verfahren einführen soll. Vgl. auch Buch 6, 173; ferner Kochol, Buch 10, 288, 317.

4) Ueber die Verläßlichkeit von Amtswegen s. §§ 54 Abs. 1, 84 Abs. 2, 300 Nr. 1, 497, 529, 552, 569 Abs. 2, 581, 597, 604, 621. Vgl. das Register unter „Amtswegen“ und die Zusammenstellung bei Hellmann I, 427 Anm. 4. In Anwendung des Abs. 2 hat das R. 18. Jan. 1884 (ZM. 86 Siff. 5) das Urtheil des Berufungsgerichts aufgehoben, weil der Berufungsrichter die Zulässigkeit des Rechtswegs nach Partikularrecht venieint, ohne die Parteien auf seine desfallsige Bedenken aufmerksam zu machen. Vgl. auch R. 21. Dez. 1893, ZM. 1894 S. 63.

5) Dem Vorsitzenden liegt die Aufrechterhaltung der Ordnung (OB. § 177) und die formelle und materielle Leitung der Sache (§§ 127 Abs. 1, 131) ob. Schon zur Vermeidung tumultuariſchen Verfahrens hat sich das Gerichtsmittglied, welches Fragen stellen will, von dem Vorsitzenden das Wort zu erbitten und kann nur nach Ertheilung des Wortes fragen, § 127 Abs. 2, deshalb „auf Verlangen“. Im Uebrigen ist das im Abs. 3 bestimmte Fragerecht der Gerichtsmittglieder ein unbedingtes, das Sachleitungsrecht des Vorsitzenden ist dadurch beschränkt und dieser ist nicht befugt, eine Frage des Richters zu beanstanden; über Beanstandung von Fragen durch Bethelligte vgl. § 131. — Ueber Fragen bei Zeugenvernehmungen vgl. §§ 361, 362.

### § 131.

Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden oder eine von dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmittgliede gestellte Frage von einer bei der Verhandlung betheiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht.<sup>1)</sup>

E. 126 a. P. 137. 138. 526. 663—665. Sitz. 168. S. 1. 2.

1) Nach dem § 131, von der RR. nach mehrfachen Aenderungen eingeschaltet, können Sachleitungsanordnungen sowie Fragen nur auf Grund gesetzlicher Unzulässigkeit mit der Wirkung, daß das Gericht entscheidet, angefochten werden; nicht wegen Unzweckmäßigkeit, was abgelehnt ist, P. 663, 664. Die Sachleitungsanordnungen, welche vom § 131 betroffen werden, können die formelle und materielle Leitung der Sache betreffen; auch das Ertheilen und das Entziehen des Wortes, insofern dies die Sachleitung berührt, was nicht immer der Fall zu sein braucht (v. Sarwey I, 218 Nr. 3); ebenso Anordnungen, daß mit Rücksicht auf die Sachleitung etwas zu unterlassen ist, z. B. der Vortrag einzelner Momente, die Stellung von Fragen. Dagegen gehören die Anordnungen, welche der Vorsitzende in der Sitzung zur Aufrechterhaltung der Ordnung (OB. § 177) außerhalb der Sachleitung trifft, nicht unter § 131 und nicht unter die Kontrolle des Gerichts; er trifft sie kraft seines vom § 131 unabhängigen Rechts. Ebenso ist vom § 131, welcher nebst § 127 und dem gesammten gegenwärtigen Titel nur die mB. betrifft, die Ausübung von Befugnissen nicht berührt, welche dem Vorsitzenden als solchem außerhalb der mB. nach §§ 125 Abs. 2, 193 Abs. 2, 204 Abs. 3, 234 Abs. 2, 314, 666, 669, 822 zustehen, selbst wenn sie zufällig während der Sitzung ausgeübt werden.

Zu den „bei der Verhandlung betheiligten Personen“, welche die Zulässigkeit einer Frage beanstanden können, sind Parteien im weitesten Sinne: Vertreter, Anwälte und Bevollmächtigte zu rechnen; desgleichen die Zeugen und Sachverständigen hinsichtlich der ihnen selbst vorzulegenden Fragen, P. 137, 138, 663—665; aR. v. Bülow Anm. 3. Die Mitglieder des Gerichts, vor welchem die Verhandlung erfolgt, werden hier, wie in dem gleichen Ausdruck des § 144, nicht als bei der Verhandlung betheiligt anzusehen sein. Vgl. Raffr. 26, 582; Gaupp Anm. II; Endemann I, 476; Kleiner I, 525; Seuffert Anm. 3; A. Förster Anm. 4 (welcher in diesem Kommentar irrthümlich die gegenheilige Ansicht vertritt findet), Reinde § 131; aR. Petersen, Sarwey zu § 131; Fitting § 47 Nr. 3. Im § 187 Abs. 2 sind zwar unter „den betheiligten Personen“

auch die Mitglieder des Gerichts zu verstehen. Diese Abweichung in einem anderen Gesetze entscheidet aber nicht für § 131.

Welche Anordnungen und Fragen gesetzlich unzulässig sind, ist nach dem bürgerlichen Rechte, insoweit ein desfalliges Recht verletzt sein soll, im Uebrigen nach den einzelnen Vorschriften der C.P. zu entscheiden. Aus prozeßualischen Gründen würden Fragen, welche mit dem Sachverhältnisse, den Anträgen und Thatsachen nicht zusammenhängen, sowie Anordnungen, durch welche Prozeßrechte einer Partei oder Befugnisse der Vertreter oder Zeugen verletzt werden, unzulässig sein.

Ueber die Unzulässigkeit einer Beschwerde gegen das Gericht in den Fällen der §§ 131 ff. s. Vorb. 4 vor § 119 u. Anm. 2 § 530.

### § 132.

Das Gericht<sup>1)</sup> kann das persönliche<sup>2)</sup> Erscheinen<sup>3)</sup> einer Partei zur Aufklärung des Sachverhältnisses anordnen.<sup>4)</sup>

R. 126 b. N. 312. 313. P. 52—54. 526. 527.

1) Der § 132 ist von der RR. gegen lebhaften Widerspruch eingeschaltet; hauptsächlich um in Konsequenz der „freien Beweiswürdigung“ dem Richter, insbesondere in Parteiprozessen vor dem Amtsgerichte, die Mittel zur Aufklärung zu geben; wobei vorausgesetzt wurde, der Paragraph werde voraussichtlich selten anzuwenden sein. — Nur das im § 132, wie überhaupt in den §§ 127—143 gemeinte, erkennende Gericht kann das Erscheinen vor sich anordnen; Vorb. 4 vor § 119. Auf den beauftragten oder ersuchten Richter bezieht sich die Vorschrift nicht. RR. Buchst. I, 393. Vgl. jedoch bez. des vorbereitenden Verfahrens Anm. 3 § 315.

2) Die Anordnung kann dahin gehen, daß eine Partei persönlich erscheine; sie ist daher, wie auch in der RR. angenommen wurde, nur gegen die Partei selbst, „welche über den Prozeß zu verfügen und gegebenenfalls zu schwören hat“, anwendbar; nicht gegen General- und Spezialbevollmächtigte, P. 54, 525. Mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes (vgl. Anm. 1) und die allgemeine Prozeßstellung des gesetzlichen Vertreters (vgl. Vorb. vor § 60. Rot. 77) ist dagegen anzunehmen, daß hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 132 der gesetzliche Vertreter der Partei gleichgestellt sein soll, P. 54, wie auch der Nebenintervenient. So auch Gaupp, Seuffert, Bülow und Kleiner, § 132.

3) Die Folge des unentschuldigten Richterscheitens ist, ebenso wie die Nichtbeantwortung gestellter Fragen, Anm. 2 § 130, die, daß das Gericht nach der Sachlage mit dem Rechte freier Beweiswürdigung zu urtheilen hat, und dabei auch die Thatsache des Richterscheitens in Erwägung ziehen kann; RR. 6. Okt. 1891, 3B. 486.

4) Das Gericht kann auf Grund des § 132 nur die Ladung einer Partei anordnen. Wenn ein Prozeßbevollmächtigter bestellt ist, so muß die Zustellung an diesen erfolgen (§ 162), sofern eine Zustellung nöthig ist und die Anordnung nicht im Termine verkündet wird. Ein Recht, Zwangsmittel zum Erscheinen anzuwenden, ist nicht gegeben, ebensowenig ist § 90 anwendbar (Wach, Vortr. 56). Vgl. Anm. 2 zu 572. In gleicher Weise kann nach § 268 Abs. 2 das persönliche Erscheinen der Partei zum Sühneversuche angeordnet werden. Ueber dergleichen Anordnungen in Ehe- und Entmündigungssachen s. §§ 579, 598, 612.

Das Erscheinen kann zur Aufklärung des Sachverhältnisses nur im Sinne der Verhandlungsmaxime verlangt werden, s. Vorb. 4 vor § 119, also nur zur Klarstellung dessen, was jede Partei durch ihren Bevollmächtigten vortragen lassen will; nicht zur Erforschung materieller Wahrheit oder zur Feststellung, ob die Erklärungen des Bevollmächtigten den Intentionen der Partei entsprechen. Hat das Gericht aus dem klaren Vortrage des Bevollmächtigten oder der Sachlage nicht Grund anzunehmen, daß die Partei mehr weiß, als der Bevollmächtigte, so ist für weitere Aufklärung kein Raum. Ein besonderer Anlaß zur Anwendung aus § 132 wird vorhanden sein, wenn der Bevollmächtigte nicht in der Lage ist, sich über die zur Klarstellung des Sachverhältnisses an ihn auf Grund des § 130 gerichteten Fragen zu äußern, oder wenn der Vortrag des Bevollmächtigten sich in Wider-



prüchen bewegt, die durch Befragung der Partei aufzuklären möglich sein kann. (Theilweise abw. Gaupp Anm. I, Hellmann I, 432, Petersen Anm. 1, Seuffert Anm. 1, und noch weitergehend Schneider a. a. O. 129 ff.) Ueber die Befugnisse des Prozeßbevollmächtigten gegenüber den von der Partei in Folge der Anwendung des § 132 abgegebenen Erklärungen vgl. Anm. 2 § 81. — Selbstverständlich kann das Gericht sowohl eine Partei allein, als auch beide Parteien hören wollen.

### § 133.

Das Gericht kann anordnen,<sup>1)</sup> daß eine Partei<sup>1a)</sup> die in ihren Händen befindlichen Urkunden, auf welche sie sich bezogen hat,<sup>2)</sup> sowie Stammbäume, Pläne, Risse und sonstige Zeichnungen<sup>3)</sup> vorlege.<sup>4)</sup>

Das Gericht kann anordnen, daß die vorgelegten Schriftstücke während einer von ihm zu bestimmenden Zeit auf der Gerichtsschreiberei verbleiben.<sup>5)</sup>

Das Gericht kann anordnen, daß von den in fremder Sprache abgefaßten Urkunden eine durch einen beeidigten Dolmetscher angefertigte Uebersetzung beigebracht werde.<sup>6)</sup>

R. 187. N. 314. 597. P. 54. 527.

1) Die Befugnisse, welche dem Gerichte in den §§ 133—143 gegeben sind, können von Amts wegen geltend gemacht werden, ohne Anträge einer Partei abzuwarten. Vgl. über die Bedeutung und Tragweite derselben Vorb. 4 vor § 119.

1a) Unter der Partei ist hier wie im § 132 u. § 134 auch der Nebeninterventent zu verstehen (gegen Kohler a. a. O. Anm. 3; mit Apt. Pflicht zur Urkundenebition S. 66). Der von Kohler geltend gemachte Gegengrund, daß die Partei sonst durch die Nichtbefolgung in eine ungünstige Lage gebracht werden könnte, ist nicht entscheidend.

2) Die Befugniß des Gerichts, die Vorlegung der von der Partei in Bezug genommenen Urkunden zu seiner Information zu fordern, wird schon von Älteren gemeinrechtlichen Juristen verteidigt. (Wegell § 44 R. 6; vgl. auch Kohler, civ. R. 79, 1 ff.) Der Art. 79 Abs. 1 § 20 B., welcher noch über den § 133 hinaus das Gericht berechtigt, die Vorlegung des Tagebuchs eines Handelsmüllers anzuordnen, auch wenn die Partei sich nicht darauf bezogen hat, und wenngleich es sich nicht in ihren Händen befindet, ist nach § 13 Abs. 1 § 20 B. aufrecht erhalten, Not. 485. Wegen der Vorlegung von Handelsbüchern vgl. Anm. §§ 385, 399.

3) Aus der Fassung, welche nur für Urkunden die Voraussetzung ausspricht, daß sie in den Händen der Partei befindlich und von ihr bezogen sind, nicht aber für Stammbäume, Pläne, Risse und Zeichnungen, folgern Petersen Anm. 2, Struckmann-Roch Anm. 2, Gaupp Anm. I, Kleiner I, 528, Seuffert Anm. 2, daß das Gericht auch die Beschaffung nicht vorhandener oder bezogener Stammbäume u., also die Anfertigung solcher seitens der Partei verlangen kann. Dies wird auch zugegeben werden müssen. Der R. § 314 bestimmte bei sonst gleicher Unterscheidung zwischen Urkunden und Stammbäumen u., daß die Partei sie „beibringe“. Endemann I, 478 setzt vorhandene und bezogene, Hellmann I, 433 vorhandene Stammbäume u. voraus.

4) Für den Fall der Nichtbefolgung des § 133 gilt das in Anm. 2 § 132 Gesagte.

5) Zu Abs. 2 vgl. die Vorschrift über die Verwahrung der Urkunden, deren Echtheit bestritten ist, in § 408.

6) Abs. 3. Es ist lediglich Sache der Prozeßleitung und des freien Ermessens, ob das Gericht die Beibringung einer Uebersetzung für notwendig erachtet und anordnen will, und zwar auch im Urkundenprozeße, R. O. 9, 436 ff. Wird der Anordnung nicht Folge geleistet, so braucht das Gericht die Urkunde nicht zu berücksichtigen, sofern nicht der von dem Beweisführer vorgetragene Inhalt derselben von dem Gegner zugestanden oder die von dem Ersteren beigebrachte unbeglaubigte Uebersetzung von dem Gegner als korrekt anerkannt wird. Das Gericht kann aber auch von Amts wegen einen beeidigten Dolmetscher mit der Uebersetzung beauftragen (Gaupp Anm. IV). Vgl. die näheren Bestimmungen über Dolmetscher, § 187—193 und für Elsaß-Lothringen R. Ges. v. 12. Juni 1889, R. O. B. 95.

## § 134.

Das Gericht kann anordnen, daß die Parteien die in ihrem Besitze befindlichen Akten vorlegen, soweit dieselben aus Schriftstücken bestehen, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen.<sup>1)</sup>

R. 128. N. 314. 400. 401. P. 54. 527.

1) Die Bestimmung betrifft in Ausdehnung des Grundsatzes des § 133 Abs. 1 Akten im Gegensatz zu bestimmt bezeichneten einzelnen Urkunden. Sie betrifft die Manualakten, welche die Partei oder ihre Prozeßbevollmächtigten über den Prozeß geführt haben, R. 400, ist jedoch auch für alle fiskalischen und andere Behörden, welche Akten führen, anwendbar, wenn der Fiskus bzw. der Inhaber der Akten Partei ist. Von den Akten brauchen jedoch nur die Schriftstücke vorgelegt zu werden, welche die Verhandlung und Entscheidung der Sache betreffen; alle Schriftstücke, welche die Vorbereitung zum Prozesse vor demselben, Informationsbeschaffung, Korrespondenz der Partei mit ihrem Bevollmächtigten, Privatgeheimnisse, d. h. Materialien, welche bei der Verhandlung und Entscheidung noch nicht benutzt sind, sondern nur zu etwa möglicher Benutzung aufbewahrt werden, können zurückgehalten werden. AR. Schneider a. a. O., vgl. dagegen Gaupp Anm. I Nr. 2. Unter der Verhandlung der Sache ist hier nicht bloß die mündliche Verhandlung selbst, sondern die gesammte Prozeßverhandlung zu verstehen. Vgl. Endemann I, 480; v. Sarwey I, 226. — Zur Entscheidung darf befeuerungsgachtet das Gericht nur benutzen, was mündlich vorgetragen wird. — Ein Präjudiz für die Nichtbefolgung ist auch für § 134 nicht gestellt. Vgl. Anm. 3 § 132. Ueber die Parteienrechte und über die Beschaffung von Urkunden und Akten, welche sich in Händen von Behörden finden, falls diese nicht Partei, sondern Dritte sind, s. § 397.

## § 135.

Das Gericht kann die Einnahme des Augenscheins, sowie die Begutachtung durch Sachverständige anordnen.<sup>1)</sup>

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche eine auf Antrag angeordnete Einnahme des Augenscheins oder Begutachtung durch Sachverständige zum Gegenstande haben.<sup>2)</sup>

R. 129. N. 315. P. 54. 527.

1) Die *Offizialbefugniß des Gerichts zur Einnahme des Augenscheins und Zuziehung von Sachverständigen* galt schon im gem. Prozeß, wenn auch nicht unbestritten. (Wegeß § 43 Nr. 31, §§ 44 Nr. 5 a, 8, 17, vgl. auch Langenbed, Busch 4, 485 ff.; Ude, Busch 5, 320 ff.) Erst das erkennende Gericht (vgl. Anm. 1 § 132) kann nach mündlicher Verhandlung, Augenschein oder Begutachtung anordnen, vor der Verhandlung ist § 135 noch nicht anwendbar. Die Bestimmung des § 344 Abs. 1 betr. die Einforderung eines Vorschusses vor der Labung (der Sachverständigen) dürfte im Falle des § 135 nicht zur Anwendung kommen (von R. O. 7, 390 unentschieden gelassen).

Im C. I war im § 128 (jetzt 135) gesagt: das Gericht kann, „wenn es zur Ausmittelung der Wahrheit dienlich erscheint“, u. s. w. Diese Voraussetzung wurde von der Vorl. gestrichen, um nicht zur Annahme zu verleiten, als solle der Richter eine absolute Wahrheit ermitteln, und als sei die Einführung der Inquisitionsmaxime beabsichtigt. Es wurde zur positiven Ausschließung dieses Zwecks beantragt, zu sagen: das Gericht kann, wenn es zur Aufklärung oder Würdigung von Parteibehauptungen erforderlich erscheint u. s. w. Dieser Antrag wurde indeß abgelehnt, weil dies selbstverständlich sei und sonst bei vielen anderen Bestimmungen in belästigender Weise wiederholt werden müßte. Demgemäß sind die Mittel nur zur Gewinnung des Verständnisses für das Behauptete und zur Feststellung bestrittener Behauptungen von Amtswegen zu benutzen. Vgl. Anm. 1 § 336, Vorb. vor § 367; Seuffert Anm. 2, Gaupp Anm. I; Hellmann Lehrb. 305.

Die Zuziehung von Rechnungsverständigen (s. g. Kalkulatoren) bei internen Arbeiten

des Gerichts, z. B. Kostenfestsetzungen, schwierigen Ausrechnungen für die Sachentscheidung ist den Gerichten nicht verwehrt und kann notwendige Auslagen machen, ist aber ein reines Internum und kann nicht auf den Grundsatz des § 135 (Reinde) zurückgeführt werden, Kammerger. Bl.f.R. 4, 62 (gegen Landgericht Berlin I, Bl.f.R. 5, 79).

2) Vgl. §§ 336, 337, 367—379.

## § 136.

Das Gericht kann anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werden.<sup>1)</sup>

Daselbe gilt, wenn der Beklagte eine Gegenforderung vorgebracht hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtllichem Zusammenhange steht.<sup>2)</sup>

R. 130. N. 318. 421. E. 54. 55. 61. 527.

1) Ueber das Trennungsrecht des Gerichts s. Vorb. 4 vor §§ 119, Schepers, RaffR. 24, 749, 859; vgl. RaffR. 31, 248. Ueber die Befugniß, auch nach dem Schlusse der Verhandlung noch im Urtheile zu trennen — Theilurtheil — s. §§ 273, 274. Ueber die Vollstreckbarkeit der Theilurtheile: § 644. — Ausgeschlossen ist die Trennungsbefugniß des Gerichts bei Klagen nach dem internationalen Uebereinkommen betr. Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890, RWBl. 1892 S. 793 Art. 51 Abs. 2.

Der Begriff des Anspruchs, welcher in mehrfacher Beziehung für die C.P. wichtig ist, von Windscheid I § 43 eingeführt, ist ein materiell-rechtlicher und kein prozessrechtlicher. Der Anspruch bedeutet im Sinne der C.P. das subjektive Privatrecht einer Person in seiner Geltendmachung gegen ein anderes Rechtssubjekt; und zwar im weitesten Umfange, ohne Beschränkung in Betreff des Entstehungsgrundes, der dinglichen oder persönlichen Rechte oder in Bezug auf vermögensrechtliches oder nichtvermögensrechtliches Verlangen, sowie ohne Beschränkung hinsichtlich des Ziels, einer Leistung, Handlung, Unterlassung, Duldung oder Anerkennung; ebenso (gegen Struchmann-Roch Anm. 2 und v. Sarwey I, 227 mit Windscheid a. a. D.) Caupp Anm. II, Endemann I, 482, 483, Seuffert Anm. 3, vgl. Schollmeyer Zwischenkr. 10; ferner ohne Rücksicht darauf, ob eine Rechtsverletzung bereits vorliegt, sowie ob das Gericht zur Geltendmachung des Anspruchs angerufen wird. Vgl. §§ 102 Nr. 5, 745—748, 751—753, 796, 800, sowie Rocholl, Busch 8, 356 (welcher allerdings mit Recht hervorhebt, daß die C.P. in einigen Stellen den Ausdruck mehr im Sinne eines tatsächlichen Anspruchs gebraucht). Vgl. über den Anspruchsbegriff der C.P. Leonhardt Busch 15, 327. Ueber den von Wach aufgestellten „Rechtsschutzanspruch“ vgl. Anm. Ia § 230 und R. Levy, RaffR. 35, 156 ff. Die Klage, die Widerklage und die Kompensationseinrede (auch das Gesuch um Erlaß eines Zahlungsbefehls) sind die Mittel, einen Anspruch vor Gericht geltend zu machen, und in der Prozeßordnung, welche die Geltendmachung von Ansprüchen behandelt, kommt daher der Begriff des Anspruchs hauptsächlich in Verbindung mit der gerichtlichen Geltendmachung zur Sprache (vgl. auch Anm. 3 § 491). Mit dem Begriffe der Forderung ist in der C.P. in der Regel ein obligatorischer, persönlicher, auf eine Leistung gerichteter Anspruch verstanden.

Mehrere Ansprüche werden geltend gemacht in Klagen, welche mehrere Ansprüche eines Klägers umfassend oder von mehreren Klägern oder gegen mehrere Beklagte angefragt werden, und zwar in jedem Falle subjektiver oder objektiver Klagenhäufung, §§ 55, 57, 232 (AR.: nur bei objektiver Klagenhäufung, Stebenhaar 182), auch wenn für mehrere Kläger oder mehrere Beklagte Einheit der Obligation oder ein solidarisches oder Korrealverhältnis besteht oder behauptet wird; da immerhin Jeder der mehreren Kläger einen, wengleich mit Anderen gemeinschaftlich zu verfolgenden Anspruch behauptet, bzw. gegen Jeden der mehreren Beklagten ein Anspruch geltend gemacht wird; Weßel § 5 S. 22 ff., § 63 S. 668 ff., Bland, Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten, Rot. 135. — Die Klage desselben Klägers gegen denselben Beklagten wegen eines dinglichen und zugleich persönlichen Anspruchs betrifft dagegen nicht mehrere Ansprüche, sondern nur einen, für welchen die Ver-

mögensmittel des Beklagten in verschiedener Weise in Anspruch genommen werden. Der Anspruch gegen eine Handelsgesellschaft und deren Inhaber ist ein Anspruch gegen Mehrere, vgl. Anm. 1 § 56. Die Stellung eines Präjudizial-Inzident-Klageantrags gemäß § 253 fügt der Klage einen neuen Anspruch zu und ist der Erhebung mehrerer Ansprüche „in einer Klage“ im Sinne des § 136 Abs. 1 gleichzustellen; Schollmeyer Zwischenstr. 31 ff. — Der Anspruch einer Widerklage ist nur in Gemäßheit des Abs. 2 hinsichtlich der Trennung zu berücksichtigen.

Hiernach bestimmen sich, abgesehen vom Abs. 2, die Voraussetzungen, unter welchen in abstracto das Gericht von seiner Trennungsbefugniß (§§ 136, 273, 274) Gebrauch machen kann. Ob und wann dies geschehen soll, unterliegt dem freien Ermessen des Gerichts; nur ist zur Anwendung der Befugniß, vgl. Vorb. 4 § 119, die mündliche Verhandlung vorausgesetzt, vgl. unten. Selbstverständlich ist von der Anwendung des § 136 nicht die Rede, wenn eine unzulässige Klagenhäufung abzulehnen oder eine Trennung sachlich in einem Falle des § 59 unmöglich ist.

Die Wirkung der Verhandlung in getrennten Prozessen besteht darin, daß die Termine, Verhandlungen, Rechtsbehelfe, Beschlüsse, Urtheile und Rechtsmittel für die verschiedenen Ansprüche gesondert, ohne Rücksicht und ohne Einfluß des einen Prozesses auf den andern bleiben. Die Rechtshängigkeit bleibt indeß für alle Ansprüche unberührt bestehen, da sie für alle schon durch die Klageerhebung begründet ist, § 235. Es bedarf daher keiner neuen Prozesseinleitung und Klage. Die Fortsetzung der getrennten Prozesse erfolgt in der einfachsten und natürlichsten Form, wenn bei Verkündung des Beschlusses für jeden Prozeß zugleich die ferneren Termine verkündet werden. Das Gericht kann sich indeß auf die Verkündung des Beschlusses beschränken und den Parteien überlassen, zu den getrennten Prozessen zu laden, § 191. Würde die Trennung in einem nicht verkündeten Beschlusse angeordnet, so ist Zustellung desselben an die Parteien von Amtswegen nöthig, § 294 Abs. 3. Der § 136 setzt jedoch, schon nach seiner Stellung in dem Titel „mündliche Verhandlung“ und bei der nur dem erkennenden „Gericht“ erteilten Befugniß, § 119, voraus, daß der Trennungsbeschluß auf Grund mB. erfolgt und deshalb verkündet werden muß (§ 294 Abs. 1, 127 Abs. 4, 146 Nr. 6). Ueber die Unzulässigkeit der Beschwerde gegen den Beschluß vgl. Vorb. 4 vor § 119. Die Wiederverbindung ist nach §§ 138, 441 gestattet.

2) Abs. 2. Trennung von Gegenforderungen. Das preuß. Recht hatte für den Fall, wenn Forderung und Gegenforderung aus demselben Geschäft entstanden sind, die Verhandlung in demselben Prozesse zugelassen und eine gleichzeitige Entscheidung über beide vorgeschrieben, ohne Rücksicht auf ihre Liquidität, und zwar auf Grund der prozessualen Vorschrift der AOD. I, 19 § 5, sowie der materiellen Bestimmung in § 542 I. 20 ARN.; Strietz. 45, 13, 304. Die franz. Jurisprudenz neuerer Zeit hat bei zweiseitigen Verträgen dieselbe Richtung eingeschlagen; Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompens. Ausg. 2 S. 554—580. Im § 136 Abs. 2 ist die Unzulässigkeit der Prozeßtrennung für rechtlich zusammenhängende Forderungen als Gesetz ausgesprochen; es ist nicht gestattet, die Verhandlung zu trennen, wenn die Gegenforderung mit der Klageforderung „in rechtlichem Zusammenhange“ steht, sondern nur im entgegengesetzten Falle; Not. 134, 135; P. 55, 61; RÖ. 24, 423; 15. Juni 1888, ZW. 286. Gegen die Anordnung der Trennung, welche ungeachtet ihres prozeßleitenden Charakters nur auf Grund mB. in Beschlußform erfolgen kann, Vorb. 4 vor § 119, ist an sich ein Rechtsmittel nicht zulässig (§ 530), dieselbe unterliegt aber mittelbar der Beurtheilung des höheren Richters bei Prüfung des gegen das Endurtheil eingelegten Rechtsmittels, §§ 473, 510. Ebenso RÖ. 24, 423. Wenn freilich statt einer solchen prozeßleitenden Anordnung in mißverständlicher Auslegung des Gesetzes (vgl. weiter unten) die Gegenforderung durch Urtheil „zum besonderen Prozeß“ verworfen d. h. für diesen Prozeß verworfen wird, so ist diese Entscheidung selbstverständlich den sonst zulässigen Rechtsmitteln unterworfen (RÖ. 28. Juni 1884, KassR. 29, 1067, ZW. 267; 22. Okt. 1888, ZW. 423, KassR. 33, 1143). Der Zusammenhang (Konnexität des gemeinrechtlich-rechtlichen Sprachgebrauchs) ist ein rechtlicher nur dann, wenn Anspruch und Gegenanspruch auf ein gemeinsames Rechtsverhältniß zurückzuführen sind, ohne daß gerade völ-

tige Identität des unmittelbaren Rechtsgrundes vorhanden sein muß. Vgl. *R. O.* 24, 423; 11. *Mat* 1886, *ZW.* 226; 15. *Junt*, 13. *Jult* 1888, *ZW.* 286, 341; 12. *Mat* 1891, *ZW.* 330; 12. *Dez.* 1891, *R. R.* 36, 444; 10. *Nov.* 1892, *ZW.* 1893 S. 14 *Siff.* 7. Eine Verabredung zu kompensiren, stellt auch für an sich nicht konnege Forderungen einen rechtlichen Zusammenhang her (*AR. A.* Förster *Ann.* 3 S. 228). Daß beide Theile bei Aufstellung der Behauptung des Gegners über den rechtlichen Zusammenhang einig sein müßten, wird (gegen Löning, *Buch* 4, 160 *Ann.* 208) vom Gesetze nicht verlangt. Dagegen genügt es nicht, wenn die Gegenforderung sich auf die Sache bezieht, welche Gegenstand der Forderung ist. Nicht ein Zusammenhang mit dem Gegenstande, sondern ein rechtlicher Zusammenhang mit der Forderung, also mit dem Grunde derselben, ist vorausgesetzt; *Struckmann-Roch Ann.* 4, *Gaupp Ann.* III B 1. Vgl. *Buch* 4, 90—94, 159 ff. — Voraussetzung für § 136 *Abf.* 2 ist ferner, daß es sich um „Forderungen“ und „Gegenforderungen“ handelt, also um Ansprüche aus obligatorischen Verhältnissen, vgl. *Ann.* 1, nicht um Ansprüche, welche auf der einen oder anderen Seite andere als obligatorische sind; v. *Sarwey* I, 231 u. *A.* (dagegen *Seuffert Ann.* 3b). Bei Geltendmachung anderer Ansprüche oder Gegenansprüche, so z. B. der Gegenansprüche des redlichen Besitzers wegen Verbesserungen oder nützlicher Verwendung gegen die Indikationsklage, ist ohne Rücksicht auf den rechtlichen Zusammenhang nicht auf Grund des *Abf.* 2 (wenngleich unter Umständen nach § 137) eine Trennung zulässig. Vgl. am Schluß dieser *Ann.*

Hinsichtlich derjenigen Kompensationsforderungen, welche entgegengestellt werden, ohne rechtlichen Zusammenhang mit der Klageforderung zu haben, ist das Trennungsrecht unbedingt und ohne Rücksicht auf den Grad der Liquidität gestattet, sofern nicht die Gegenforderung schon entscheidungsreif ist, § 274; *R. O.* 24, 423; 30, 275. Andererseits ist durch *Abf.* 2 das materielle Zivilrecht hinsichtlich der nothwendigen Erfordernisse der Kompensation nicht geändert; sondern nur über das prozeßuale Trennungsrecht eine so allgemeine Bestimmung getroffen, daß dieselbe auch kompensationsfähige Forderungen umfaßt. Vgl. *Kohler, Kompensation und Prozeß, Buch* 20, 1 ff. Die für die Gestattung der Kompensation vom bürgerlichen Rechte vorgeschriebenen Voraussetzungen bleiben bestehen, namentlich hinsichtlich der Unzulässigkeit der Kompensation gegenüber Forderungen einzelner Arten wegen ihrer Eigenschaft (*AR. I.*, 16 §§ 363—370); ob auch hinsichtlich der Liquidität (*AR. I.*, 16 §§ 359 ff., *L. ult. C. de compens.*, 4, 31, *code civ. Art.* 1291) ist bestritten. Es bejahen für den *code civ.*: *Petersen Ann.* III, 4; *Schollmeyer, Kompensationseinrede, Berlin u. Leipzig* 1883, S. 37; *R. O.* 11. *Mat* 1886, *ZW.* 225 *Siff.* 4. Dagegen: v. *Sarwey* I, 230; *Buchelt* I, 400; *Hellmann* I, 438; *Buch* 4, 444, 449; *R. O. Str.* 8, 346; *R. O.* 12, 254, 15, 376; 11. *Dkt.* 1893, *ZW.* 500; *Randry* § 42; *Dernburg* 2 § 106; *Ecclus* I § 94, *Ann.* 66 und 95, welche die gemeinrechtlich und partikularrechtlich zur Kompensation nöthig erklärte Liquidität als eine lediglich prozeßuale Bestimmung ansehen, welche durch die §§ 136, 274 jetzt beseitigt sei; ebenso auch jetzt: *Seuffert, Gaupp u. Struckmann-Roch* für gemeines u. Preuß. *R.* Dieser Ansicht muß beigepflichtet werden. Sie ist auch in der Praxis die herrschende. Ebenso werden die Wirkungen der Kompensation, insbesondere die Rückbeziehung auf die Zeit der Entstehung des Kompensationsrechts (*L. un. C. de compens.*, 4, 31; *AR. I.*, 16 §§ 300, 301; *code civ. Art.* 1291, vgl. *Petersen Ann.* 4, *RO.* 7, 86; 10, 167) durch § 136 nicht geändert; *R. O.* 11. *Mat* 1891, *ZW.* 385. Ueber Kompensation im Konkurse vgl. *RO.* §§ 46—49 und oben *Ann.* 1. Auch für Gegenforderungen im Konkurse ist bei Prozeßen zwischen Verwalter und Schuldner oder Gläubiger das Trennungsrecht aus § 136 nicht in Zweifel zu ziehen; *R. O.* 28. *Junt* 1884, *ZW.* 267, *Siff.* 8; *Raffr.* 29, 1067; *Wallm.* 9, 732.

Ob die Gegenforderung im Wege der Kompensationseinrede geltend gemacht ist (für welchen Fall *R.* 316, *Abf.* 2 allein das Trennungsrecht bewilligte) oder durch Widerklage, macht für die Anwendung des § 136 *Abf.* 2 keinen Unterschied; *Rot.* 135; sofern die Widerklage nicht Mangels der Erfordernisse für den Gerichtsstand, § 33, weil sie auch nicht mit den gegen den Klageanspruch geltend gemachten Verteidigungsmitteln in Zusammenhang steht, und der Widerbeklagte ihrer Zulassung widersprochen hat, vgl. *Ann.* 1

§ 33, überhaupt abzulehnen ist. Vgl. *M. O.* 23. Febr. 1888, *ZW.* 177, *Raff.* 32, 1170 (abw. den *Abf.* 2 nur für Einreden anwendend, *M. O.* 4. Dez. 1888, *ZW.* 1889 S. 40). In jedem Falle bleibt die Rechtshängigkeit der Klageansprüche bzw. der Widerklage, sofern letztere nach § 254 überhaupt schon rechtshängig geworden ist (vgl. *Ann.* 2 zu § 235), bestehen.

Die Formen der Fortsetzung der getrennten Prozesse sind dieselben wie für *Abf.* 1, vgl. *Ann.* 1 am Schlusse. Die Partestellung bleibt dieselbe, wie sie vor der Trennung war; *Struchmann-Roch*, *Endemann*, *Gaupp* zu § 136. Mit Unrecht meinen *A. Förster* *Ann.* 5c, *Petersen* (*Busch* 1, 93 ff., 4, 293 ff.; *Raff.* 30, 1 ff., 31, 535 ff.), *Alppmann* (*civ.* 71, 299 ff., *Busch* 13, 136 ff.), v. *Bälou*, *Seuffert* *Ann.* 5 u. *Occius* 1 § 94 *Ann.* 66, *M. O.* 16, 371; 19. Nov. 1892, *ZW.* 1893 S. 14 *Ziff.* 8, daß die nicht in rechtlichem Zusammenhange mit dem Klageanspruch stehende Kompensationseinrede auf Grund des § 136 *Abf.* 2 aus dem Prozesse hinausverwiesen werden könne, mit dem Erfolge, daß Beklagter behufs Geltendmachung seiner Gegenforderung eine selbständige Klage erheben müsse. Der § 136 *Abf.* 2 enthält, wie sein klarer Wortsinne und seine Stellung ergibt, lediglich eine Bestimmung über die Zulässigkeit einer prozessleitenden Anordnung, giebt aber keine civilrechtliche Gesetzesnorm, was über die Einrede zu entscheiden ist. Vgl. *M. O.* 23. Febr. 1888, *ZW.* 177, *Raff.* 32, 1170 (wo allerdings nur von der Widerklage die Rede ist, aber aus Gründen, die für die Kompensationseinrede ebenso und in noch höherem Grade zutreffen); *M. O.* 22. Okt. 1888, *ZW.* 423, *Raff.* 33, 1143. Die Verweisung der Kompensationseinrede aus dem Prozesse ist nichts anderes als eine durch Urteil erfolgende Berwerfung der Einrede für diesen Prozeß, also die Beseitigung derselben als Aufhebungsgrund für den Klageanspruch. Dies steht mit dem civilrechtlich begründeten Kompensationsrechte in Widerspruch, während der § 136 keine Veranlassung zu der Annahme gewährt, daß das materielle Recht durch die darin zugelassene Anordnung modifiziert werden solle. (Vgl. *Weg*, *Raff.* 31, 248 ff.) Allerdings wird der Kompensationsanspruch nicht rechtshängig (vgl. *Ann.* 2 § 235), allein für die getrennte Verhandlung der Einrede, als solche ist eine Rechtshängigkeit des Einrede-Anspruchs nicht erforderlich. Die Kompensationseinrede bleibt als Einrede gegen die rechtshängige Klage im getrennten Prozesse zu verhandeln und zur Entscheidung zu bringen. Dies wird auch durch § 274 bestätigt, welcher nur die Anwendung bzw. Ausdehnung der im § 136 gegebenen Befugniß im Stadium der Urtheilsfällung enthält und über die Forderung nur durch Theilurtheil entscheiden lassen will, mithin die Einrede nicht aus dem Prozesse ausschleibt. Vgl. *Ann.* 3 § 274, *Busch* 8, 507, *D. O.* Karlsruhe, *SA.* 40, 456; *D. O.* Hamm, *SA.* 42, 359. *Schollmeyer* (Kompensationseinrede 7 ff., 136.; vgl. über dessen Theorie *Ann.* 2 § 235) läßt zwar die Fortsetzung des Prozesses über den Kompensationsanspruch zu, aber nicht als Einrede, sondern als Widerklage, und folgert daraus, daß dieser Anspruch Streitgegenstand des getrennten Prozesses und darum rechtshängig sein müsse. Aber aus dem Gesetze geht nicht hervor, daß der Kompensationseinwand sich durch Prozeßtrennung in eine Widerklage verwandle, und der ihm zu Grunde liegende Anspruch besonderer Streitgegenstand des getrennten Prozesses sei. Die Erhebung einer Widerklage ist vom Willen der Partei abhängig und kann nicht vom Gericht dekretirt werden; die Partei, welche eine Gegenforderung im Wege der Kompensation geltend macht, hat damit noch nicht ihren Willen ausgedrückt, auch nur eventuell eine Widerklage zu erheben. Es ist deshalb auch unzutreffend, die Kompensationseinrede mit *Schollmeyer* eine „unentwickelte Widerklage“ zu nennen. Auch nach Prozeßtrennung gemäß *Abf.* 2 ist in beiden Prozessen die Klageforderung Streitgegenstand in dem einen Prozesse hinsichtlich ihres Entstehungsgrundes (und etwaiger Aufhebungsgründe außer der Kompensation), in dem anderen Prozesse hinsichtlich des Aufhebungsgrundes der Kompensation. Nur scheinbar enthält § 136 *Abf.* 2 eine Abweichung von der Regel, daß über dieselbe Streitfache nicht in mehreren Prozessen verhandelt werden soll, da trotz der getrennten Verhandlungen und Entscheidungen der Rechtsstreit hinsichtlich des Streitgegenstandes ein einheitlicher bleibt und erst durch die letzte Entscheidung endgültig erledigt wird. Analog §§ 502, 562, 563; § 248 *Abf.* 2. Auch in dem abgetrennten Prozesse über die Kompensationseinrede bleibt der

Klageanspruch der eigentliche Streitgegenstand, wie im Falle des § 503. Ein Prozeß ohne Rechtshängigkeit eines Anspruchs besteht demnach für den abgetrennten Prozeß nicht, wenngleich der Gegenanspruch durch Einrede ohne Widerklage nicht rechtshängig wird, *R. O.* 6, 420; 18, 408; 27, 299. Schollmeyer folgt *Dann*: *Differt.*, Beiträge zur Behandlung der Kompensationseinrede, Darmstadt 1886, vgl. gegen denselben *Petersen*, *Raff. R.* 30, 746. Der diesseitigen Auffassung beigetreten sind: *R. O.* 15, 376; 27, 296; 28, 414; 31, 1—9 (Plenum); 26. Sept. 1891, *Z. W.* 466; 18. Sept. 1893, *Z. W.* 471 (abw. früher *R. O.* 16, 371; 10. Nov. 1892, *Z. W.* 1893 S. 14; theilweise auch 21. Okt. 1891, *Z. W.* 570, *Raff. R.* 37, 389; *O. S. O.* 30. Okt. 1893, *S. A.* 49, 351), ferner die Verfasser des Entw. bürgerl. Ges., vgl. § 746 Absf. 2 u. Anm. 1 dazu; desgl. *Pfizer*, *Raff. R.* 32, 365 ff., *Köhler*, *Busch* 20, 49—72. Praktisch zu dem gleichen Resultate gelangen, jedoch auf Grund der Annahme einer Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede: *Struckmann-Roth*, *Gaupp*, *Wach*, *Reincke* u. *K.*; vgl. die Citate bei *Reincke* 179, 180. Das *R. O.* 31, 1 ff. hebt hervor, daß die Grundsätze der §§ 502, 503, 562, 563 entsprechend anwendbar sind, der Ausdruck eines Vorbehalts im Urtheil, weil selbstverständlich, nicht nöthig ist, und daß demnach über die Kompensation von demselben Gerichte und in derselben Instanz, vor welchem und in welcher die Einrede vorgeschützt ist, zu entscheiden ist.

Dieselben Grundsätze gelten auch, wenn eine Widerklage erhoben und eventuell Kompensation verlangt wird. Wird nur Widerklage erhoben, ohne daß auch nur eventuell Kompensation beansprucht wird, so kommt zwar § 136 Absf. 2 mit derselben Bedeutung prozeßleitender Anordnung wie hinsichtlich eines Kompensationserwandtes zur Anwendung; daß dabei die Urtheile in den beiden getrennten Verfahren eine selbständigere Wirkung neben einander haben, ist nicht Folge einer verschiedenen Bedeutung des Absf. 2, sondern Folge des Grundsatzes, daß das Gericht nicht eine Kompensationswirkung beschließen kann, wenn keine Partei einen Kompensationswillen erklärt. Vgl. abw. *Petersen*, *Busch* 19, 104.

Durch die Prozeßtrennung kann die Entscheidung der einen Forderung früher, als die der anderen erfolgen; wird die Klageforderung zuerst festgestellt, so wird an sich die Vollstreckbarkeit des Urtheils dadurch nicht gehemmt, daß über die Gegenforderung noch ein besonderer Prozeß schwebt. In Folge der Trennungsbefugniß kann daher die Gegenforderung unter Umständen ihren Kompensationszweck nicht sofort und gleichzeitig mit der Klageforderung erreichen, und die Klageforderung kann vollstreckbar sein, bevor über die Gegenforderung entschieden ist. Dem Gegner bleibt in solchem Falle nur übrig, durch Arreste oder unter Umständen gemäß §§ 651, 652 Sicherung zu suchen; *Rot.* 135; *R. O.* 26. März 1889, *Z. W.* 169. Die Möglichkeit einer zeitweisen Verkümmern der Wirkungen des Kompensationsrechts ist sonach vorhanden. Da jedoch die Befestigung des materiellen Rechts selbst durch § 136 nicht beabsichtigt und letzteres überhaupt nicht berührt ist, so ist das Urtheil über die Klageforderung nur ein provisorisches. Falls nach Urtheilsfeststellung der Klageforderung die Einrede als begründet festgestellt werden soll, kann der Beklagte nicht bloß diese Feststellung, sondern auch ihren Einfluß auf den von dem Einredeprozeß im Endergebnisse abhängig gebliebenen Klageprozeß dahin beantragen, daß der Kläger unter Aufhebung des früheren Klageurtheils mit seinem Anspruche abgewiesen werde, und das etwa vom Beklagten auf Grund des früheren Urtheils Bezahlte zu erstatten habe. Diese Entscheidung erfolgt durch Endurtheil; der Anspruch auf Erstattung des Bezahlten wird mit der Stellung des Antrags in der m. R. rechtshängig, § 254. *Anal.* §§ 503 Absf. 2, 563; *Gaupp* Anm. III B 2; § 746 Absf. 2 Entw. bürgerl. Gesf. u. Anm. 1 dazu. Ergiebt sich zuerst in dem Prozesse über die Gegenforderung die Unbegründetheit derselben, so steht nichts entgegen, die Kompensationseinrede durch Zwischenurtheil, vgl. Anm. 2 § 472, zurückzuweisen, etwa unter gleichzeitiger Wiederverbindung der getrennten Prozesse, § 141; ergiebt sich die Nichtigkeit der Gegenforderung vor Beendigung des Prozesses über die Hauptforderung, so kann dies zwar in gleicher Weise durch Zwischenurtheil festgestellt werden; es erscheint aber nicht angezeigt, schon auf Abweisung der Klage zu erkennen, bevor die Klageforderung spruchreif ist, aus den Anm. 4 § 293 am Schlusse bemerkten Gründen. Daß durch die

Erkennung der Prozesse über Klage und Einrede Komplikationen, namentlich bei Einlegung von Rechtsmitteln, entstehen können, ist richtig, indessen die C.P. giebt in den Officialbefugnissen des Gerichts zur Aussetzung des Verfahrens und zur Wiederverbindung der Prozesse ausreichende Mittel, dergleichen Komplikationen zu vermeiden oder zu lösen. Allerdings ist bei Anwendung des § 136 Abs. 2 wie überhaupt aller Officialbefugnisse der Prozeßleitung auf praktischen richterlichen Takt gerechnet. Die erwähnten Zwischenurtheile über die Kompensationseinrede unterliegen gemäß § 473 der Beurtheilung des Berufungsrichters bei der Berufung gegen das Endurtheil, da trotz der Erkennung der Prozesse doch immer nur ein Rechtsstreit zu entscheiden ist.

Auf die Einrede eines Retentionsrechts ist § 136 Abs. 2 nicht zu beziehen (indef § 137), abgesehen davon, daß dieselbe civilrechtlich in der Regel einen rechtlichen Zusammenhang mit dem Klageanspruch erfordert. (§ 539 I 20 A.R.; Dernburg I, 834.) Vgl. jedoch D.R. Hamburg, S. 46, 222. Damit wird nicht eine Gegenforderung, sondern ein mit einer Gegenforderung verbundenes Vertheidigungsmittel geltend gemacht. Vgl. auch die Quelle R. 136 „die Einrede der Kompensation auf Grund einer Gegenforderung vorgebracht“ und Rot. 134; Endemann I, 485; Caupp Anm. III B 1; Siebenhaar 185; Seuffert Anm. 3, Struckmann-Roch Anm. 3; R.G. 15, 421; 27. Okt. 1886, S. 444. A.R. Pefersén Anm. 2.

### § 137.

Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Replikén etc.)<sup>1)</sup> die Verhandlung zunächst<sup>2)</sup> auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei.<sup>3)</sup>

R. 131. R. 317. P. 55. 597.

1) Angriffs- und Vertheidigungsmittel im Sprachgebrauch der C.P. im weitesten Sinne sind alle Partelangaben, durch welche eine Partei einen in einer Klage oder Widerklage geltend gemachten Anspruch unterstützen oder beseitigen will. Dazu gehören Klagegründe, Vertheidigungsgründe, Einreden, Replikén, Duplikén (§ 251), Thatfachen und Beweismittel (§ 491 Abs. 1). Die Widerklage ist als selbständiges Mittel zur Erstrettung eines Anspruchs überhaupt nicht zu den „Angriffs- und Vertheidigungsmitteln“ zu rechnen und ist demgemäß auch § 137 nicht auf die Widerklage selbst, (wohl aber auf mehrere Widerklagegründe) anwendbar. Vgl. Anm. 2 § 251, Löning, Busch 3, 22—30, 162, Schöllmeyer Zwischenstr. 47 ff., Bach I, 289. Im engeren Sinne wird der Ausdruck unter Ausschließung der Beweismittel gebraucht, §§ 251, 252, 255, 256, 315, 319. Dagegen werden die Rechtsmittel von der C.P. nicht zu den Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln gerechnet, sondern in den §§ 91, 92, 491 in Gegensatz zu denselben gesetzt. Die C.P. enthält keine Andeutung, daß überhaupt die Mittel, durch welche unmittelbar der Erlaß einer Entscheidung über eine Klage oder einer andern Entscheidung veranlaßt werden soll, als Angriffs- und Vertheidigungsmittel verstanden werden. So wenig, wie die Klage selbst, werden die ihr in der prozeßalen Behandlung mehrfach gleichgestellten Rechtsmittel (Berufungskläger“ u. s. w.) dazu gerechnet. Der § 65 nöthigt nicht zu einer solchen Auslegung. Vgl. Anm. 2 § 65; Caupp Anm. II 2 § 136. A.R. Endemann I, 483; v. Sarwey I, 231; Hellmann I, 439. Auch der Einspruch und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sind aus diesem Grunde nicht dahin zu rechnen; noch weniger die Ladungen und Zustellungen.

Die C.P. unterscheidet selbständige Angriffs- und Vertheidigungsmittel, für welche sie gesonderte Verhandlung und Entscheidung durch Zwischenurtheil gestattet. Sie sind in den §§ 137, 262, 275, 426 erwähnt. Als maßgebendes Kriterium der Selbständigkeit aufzustellen, daß der Streitpunkt sich zwar nicht zu einem getrennten Prozesse (wie § 136), aber zu einer getrennten Verhandlung und Entscheidung durch Zwischenurtheil eignet, was doch wieder das Gericht beurtheilen soll, würde ein unzulässiger Schluß von dem Wirkungszweck der Befugniß auf die Zulässigkeit der Befugniß sein und die dem Gerichte



nur für selbständige Angriffs- und Bertheidigungsmittel gegebene Befugniß in Wahrheit zu einer Befugniß für alle „nach dem richterlichen Ermessen“ umgekalten. Der Begriff ist vielmehr als ein festgegebener und vom Ermessen des Gerichts unabhängiger vorausgesetzt und ist aus sich selbst, aus der Begriffsbeziehung zum Anspruche, aus den §§ 137, 262, 275, 426, insbesondere aus dem im § 275 gegebenen Gegensatze zum Zwischenstreite, wenngleich unter Mitberücksichtigung des Zwecks festzustellen; so daß nur unter den begriffsmäßig selbständigen Angriffs- und Bertheidigungsmitteln das Gericht diejenigen sondern kann, für welche es im gegebenen Fall eine Sonderung zu jenem Zwecke geeignet findet. Das Kriterium der Selbständigkeit wird darin zu finden sein, daß das Angriffs- oder Bertheidigungsmittel für sich allein geeignet sein muß, wenn begründet, ohne Rücksicht auf andere Anführungen die richterliche Anerkennung eines Anspruchs (oder eines Theils desselben) oder dessen Ablehnung unmittelbar zu beeinflussen, m. a. W. daß die Wirksamkeit des Angriffs- oder Bertheidigungsmittels auf die zu erlassende Entscheidung von andern thatsächlichen oder rechtlichen Momenten unabhängig ist. Vgl. auch Hellmann, Lehrbuch 312, R. 20. Juni 1893, ZB. 346. Zu einer Unterscheidung des „Zwecks“ als Verhandlungszweck für § 137, Beweiszwed für § 262 (?) und Entscheidungszweck für §§ 275, 426, wie Bach I 291 will, bieten Wortfassung und Zusammenhang der Vorschriften und der Gesamtzweck der Prozeßentscheidung keinen Anlaß. Vgl. auch Anm. § 262; v. Sarwey I, 231, 232. Als selbständig sind anzuerkennen: Klagegründe (R. 7. Apr. 1892, ZB. 300), Einreden, Replikken, Duplikken, die Behauptungen zur Begründung der Aktiv- oder Passivlegitimation und andere sog. präjudizielle Streitpunkte; nicht aber Beweis einreden und Beweismittel — das Gebiet des Zwischenstreits, zu welchem das selbständige Angriffs- und Bertheidigungsmittel im § 275 in Gegensatz gestellt ist, vgl. Vorb. 2 vor 119, — auch nicht einzelne, ein derartiges Mittel nicht erschöpfende Thatsachen, v. Sarwey und Gaupp a. a. O. Der Einwand der Zahlung der eingeklagten Forderung z. B. ist ein selbständiges Bertheidigungsmittel, dagegen nicht bloße Anzeigen (Indizien), aus denen auf die Thatsache der Zahlung geschlossen werden soll. Der Einwand der Verjährung ist ein selbständiges Bertheidigungsmittel; aber nicht die Anführungen bezüglich eines Elements des Verjährungseinwandes z. B. des Anfangs des Zeitraums. Ueber solche einzelnen Elemente eines Angriffs- oder Bertheidigungsmittels, oder über bloße Anzeigen für dieselben, darf weder eine abgeordnete Verhandlung beschloffen noch gemäß § 271 ein Zwischenurtheil erlassen werden. Die Beschränkung der selbständigen Streitmittel auf solche, welche auf Grund eines materiellrechtlichen Inhalts die Rechtfertigung oder Abweisung eines Anspruchs erstreben (so Bach, Vortr. 88, Fdb. I, 290 ff., Schollmeyer 48—64, v. Bülow Anm. 1, Westenburg, Raffr. 24, 176; Faull S. 30) ist in der C.P. nicht begründet. Auch die prozeßualischen Streitmittel „beziehen sich auf den Anspruch“, d. h. auf den in der gegenwärtigen Klage und Form geltend gemachten Anspruch. Vgl. R. 15, 399. Der Einwand z. B. der Unzulässigkeit des Rechtswegs ist sogar, wenn begründet, von Natur und Umfang des Anspruchs untrennbar. Vgl. auch Hoffmann, Raffr. 27, 192 ff. Im Sinne der Entgegensezung der Ladung zur Hauptsache und zum Zwischenstreit im § 191 ladet die Partel zur Hauptsache, wenn auch die prozeßualen Einwendungen des § 247 (so Nr. 1 u. 6) in Frage sind, wenngleich diese der im Sinne von § 247, abw. von § 191, gemeinten Hauptsache nicht angehören. Daraus, daß im § 262 ein prozeßualer Einwand nicht gemeint ist, kann nicht gefolgert werden, daß ein solcher nirgends bei selbständigen Streitmitteln gemeint sei (gegen Faull S. 30 ff.). — Das Bestreiten der Passivlegitimation will das R. 25. April 1884, ZB, 171 nicht als selbständiges Bertheidigungsmittel gelten lassen, weil es keine Einrede, sondern das Bestreiten der Klage enthalte, allein wenn man auch das bloße Bestreiten nicht als ein Bertheidigungsmittel ansehen will, so ist doch die Behauptung der Passivlegitimation (z. B. ob die Beklagten die Erben des Schuldners geworden sind) ein selbständiges Angriffsmittel, womit die Anwendbarkeit des § 137 gegeben ist, wenn diese Behauptung bestritten wird.

2) Die Verhandlung bleibt immer eine Verhandlung über den Anspruch, welchen die Angriffs- oder Bertheidigungsmittel betreffen, und kann nicht von diesem ge-

trennt werden. Sie kann aber hinsichtlich des Anspruchs „zunächst“ — d. h. mit dem Vorbehalte des Rechts der Parteien, nach Erledigung dieses Streitpunktes die anderen Streitpunkte zu erörtern, — auf den einzelnen Streitpunkt beschränkt werden. Sie kann z. B. durch die Verhandlung einer durchgreifenden Einrede dazu führen, daß sie allein schon ausreicht, den Anspruch und die darauf gegründete Klage abzuweisen; in diesem Falle ist ein Endurtheil zu erlassen, § 272, ohne daß die Erörterung der anderen Streitpunkte nöthig ist. Andersfalls kann das Gericht die Erörterung über einen selbständigen Streitpunkt, wenn er entscheidungsreif ist, durch ein nur denselben betreffendes Zwischenurtheil abschließen, § 275, und alsdann die übrigen Streitpunkte erörtern lassen. Durch das Zwischenurtheil wird das Streitmittel für die Instanz konsumirt, so daß neue Thatsachen darüber für das Endurtheil nicht vorgebracht werden dürfen, *R. 4. Febr. 1893, JW. 134*. Ist ein Zwischenurtheil nicht erlassen, während die Erörterung anderer Streitpunkte veranlaßt wird, so sind die Parteien wegen der Fortdauer der Verhandlung auch noch nicht mit Anführung neuen Vorbringens hinsichtlich jenes Streitpunktes präkludirt (§ 251 Abs. 1 „bis zum Schluß der Verhandlung“ vor dem Urtheil); *Endemann I, 490*. Stets muß in Folge dessen, daß die Beschränkung nur einstweilen („zunächst“) erfolgt, nachher, nachdem diese durch ein Zwischenurtheil oder durch Aufhebung der Beschränkung ohne ein solches erledigt ist, den Parteien zur sonstigen Verhandlung Gelegenheit gegeben werden (sofern nicht schon das Endurtheil hat erlassen werden können). Ist der Termin lediglich zur Verhandlung über den Streitpunkt bestimmt, so führt das Verkümmern desselben zwar nicht zu einem Verkümmnißzwischenurtheil, weil solches hier nicht zugelassen ist, wohl aber kann es zu einem Verkümmnißurtheil gemäß §§ 295 ff. führen, da die Verhandlung gleichwohl über den Anspruch stattfindet; vgl. *Ann. § 312; v. Bülow Ann. 2; Raffr. 22, 819; A. Förster Ann. 4c, Ann. 3 § 251*.

3) Die Formen der Anordnung und der Fortsetzung der Verhandlung sind dieselben, wie für die Trennung gemäß § 136. Vgl. *Ann. 1 § 136 am Schluß; außerdem über § 137 Schepers, Raffr. 24, 749 ff., 859 ff.*

### § 138.

Das Gericht kann die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen<sup>1)</sup> Verhandlung und Entscheidung anordnen,<sup>2)</sup> wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können.<sup>3)</sup>

*R. 132. N. 318. P. 55. 527.*

1) Voraussetzung der Verbindung ist die „Anhängigkeit“ der Prozesse bei demselben Gerichte; ob bei verschiedenen Kammern, ist gleichgültig; aber die Zulässigkeit der Verbindung von Prozessen vor Zivilkammern und denen vor Handelskammern bleibt den Vorschriften des *GB. §§ 101 ff.* unterworfen, da diese auf dem öffentlichen Rechte beruhen. *AR. Hellmann I, 442*. Im Kostenfestsetzungsverfahren ist eine Verbindung mehrerer Prozesse nicht mehr möglich, *RG. Berlin I, Bl.f.R. 2, 53*. Ueber die ferneren Voraussetzungen vgl. *Ann. 3*.

Ueber die Folgen einer Verbindung entscheidet das *RG. 5, 354* dahin, daß sie zwar nicht (betreffs der Zuständigkeit oder sonst) zurückwirkt, daß jedoch die verbundenen Sachen vom Zeitpunkt der Verbindung ab so zu behandeln sind, als wären sie schon in der Klage verbunden gewesen; die Ansprüche verschiedener, nur zu einem Prozesse gegen denselben Beklagten verbundenen Kläger werden daher zur Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet, *RG. 30, 335*; ebenso werden sie nach §§ 5, 508 Abs. 2 zusammengerechnet, um für die Revision des Beklagten die zulässige Höhe des Beschwerdegegenstandes zu ermitteln. Ebenso *DsRG. 21. Nov. 1883, SA. 39, 361*, ferner *RG. 6, 416* sowie *16. April 1884, Raffr. 28, 991*. Die weiteren Konsequenzen dieser richterlich bestimmten Streitgenossenschaft sind dann der Einfluß auf die Prozeßbetreibung nach § 60, auf den Unterschied hinsichtlich der

Vernehmung von Streitgenossen als Zeugen und auf die Eideszuschreibung. Die Gründe des Reichsgerichts sind: die Bemerkungen in den Mot. zu §§ 56, 57, 138, daß nach § 138 eine objektive und subjektive Klagenkumulation solle hergestellt werden können; der vermuthliche Zweck des Gesetzes, daß der Richter thun soll, „was der Kläger sachgemäß hätte thun sollen“, und der sonst eintretende Mißstand, daß auch bei sachlich engster Verbindung z. B. der Ansprüche von Mitberechtigten oder gegen Mitverpflichtete oder gleichartiger Ansprüche unter denselben Parteien eine prozessuale Trennung bleiben würde. Der Grundsatz des R.G., welchem Förster, Peterfen, Seuffert, Strudmann-Koch beitreten, bleibt, auch abgesehen von Gründen de lege ferenda, ein bedenkllicher, da das Gesetz, über den Motiven stehend, die Verbindung nur „zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung“ erfolgen lassen will, ein Ausdruck, welcher der Verbindung in einem Prozeß widerstrebt und sonst unnötig oder anders zu wählen gewesen wäre. Vgl. auch Anm. § 272 und Gaupp Anm. III. In jedem Falle ist die Aussage, welche eine der Parteien als Zeuge im Prozesse einer andern Partei vor der Verbindung geleistet hat, nach § 259 zu berücksichtigen, Kammergericht, Buzsch 18, 522 (vgl. R.G. 29, 343, Anm. 1 § 338).

2) Die Anordnung erfolgt durch Beschluß des Gerichts nach m.B., und unterliegt nicht der Beschwerde, ebenso wenig die Ablehnung einer von der Partei beantragten Verbindung, § 530; R.G. 24, 367. Mit der Anordnung ist zugleich der für die gleichzeitige Verhandlung zu bestimmende Termin zu verkünden, sofern nicht schon im Voraus der Vorsitzende die Termine in sämtlichen Prozessen auf dieselbe Stunde angelegt haben sollte, sodas die gleichzeitige Verhandlung der erschienenen Parteien sich unmittelbar an den Beschluß der Verbindung anschließen kann. In denjenigen Prozessen, in welchen die Verkündung des Beschlusses nicht stattgefunden hat, ist derselbe von Amtswegen den Parteien nebst dem verkündeten Termin zuzustellen, § 294 Abs. 3. Der weitere Prozeßbetrieb folgt den für das betreffende Prozeßstadium geltenden Regeln. Ist einer der Prozesse „zur Endentscheidung reif“, so hat das Gericht diese zu erlassen, § 272 Abs. 2 und kann dann nicht mehr eine Verbindung mit einem anderen Prozesse anordnen. Aus demselben Grunde ist in der Revisionsinstanz, wenn für einen der Prozesse die Revision unzulässig, also rechtskräftig entschieden ist, die Verbindung desselben mit einem anderen zur Ermöglichung der Revision unzulässig; R.G. 2. Okt. 1889, S.W. 423.

3) Die fernere Voraussetzung für § 138 ist entweder ein rechtlicher Zusammenhang der Ansprüche, welcher hier nicht in anderer Bedeutung zu verstehen ist, als für § 136, Peterfen Anm. 1, oder die Zulässigkeit der Klagenverbindung, wofür §§ 56, 57, 232 bestimmend sind. Eine weitere selbstverständliche Voraussetzung ist, wie für jede Klagenhäufung (s. § 232 u. Vorbem., § 56), die Anhängigkeit in derselben Prozeßart. Ueber die Verbindung von Aufgeböten ohne die Voraussetzungen des § 138 vgl. § 836. Obligatorisch ist eine Verbindung der Prozesse vorgeschrieben in § 478, ferner in Art. 190a, 222 E.O.B. (n. F.), sowie im Genoff.-Ges. 1. Mai 1889 § 49 Abs. 2, § 105 Abs. 1; desgl. theils vorgeschrieben, theils untersagt in Art. 50, 51, 52 des internat. Uebereinkommen betr. Eisenbahnverkehrsverehr v. 14. Okt. 1890, vgl. Anm. 1 § 57 u. Anm. 1 § 69. Außerhalb dieser Ausnahmen ist die Verbindung nach § 138 facultativ dem Ermessen des Gerichts überlassen, also dem Angriffe durch Revision nicht unterworfen, R.G. 20. März 1894, S.W. 194.

### § 139. <sup>1a)</sup>

Das Gericht kann, wenn die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theil von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, welches den Gegenstand eines anderen anhängigen Rechtsstreits bildet <sup>1)</sup> oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, <sup>2)</sup> anordnen, daß die Verhandlung bis zur Erledigung des anderen Rechtsstreits oder bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen sei. <sup>3)</sup>

1a) Der § 139 behandelt das von Bülow (Prozeßeinrede S. 121 ff., 135 ff.) unter dem Namen „Präjudizialdekret“ — zur Unterscheidung von der *exc. praejudicii* — bezeichnete, bereits dem R.R. bekannte Rechtsinstitut (vgl. Schollmeyer, Kompensationseinrede: 67 f.). Die gemeinrechtliche *exc. praejudicii* behufs Vorentscheidung der *major causa* vor der *minor* (vgl. Weßel § 64 S. 864 ff., Bülow a. a. O. 219) ist als prozessualische Regel durch die C.P. aufgehoben, R.O. 5, 375. (Ueber eine materielle *exc. praejudicii* vgl. § 588, ferner für das gem.R. — *quod praejudicium hereditati* oder *praedio non fiat* — Cuffert Anm. 1 und die Citate das.) — In der Revisionsinstanz ist die Anwendung des § 139, weil sie eine tatsächliche Würdigung erfordert, ausgeschlossen, R.O. 19. Okt. 1893, ZW. 537; SA. 49, 355.

1) Voraussetzung der richterlichen Verhandlungsaussetzung ist die gleichzeitige Anhängigkeit eines anderen Prozesses (sei es auch nur eines schiedsrichterlichen Verfahrens, D.O. Jena, SA. 42, 89; a.R. Hayum, der Schiedsvertrag, Lübingen 1892 S. 65, weil das schiedsrichterliche Verfahren nicht „Rechtshängigkeit“ im Sinne des § 235 begründet, was aber nicht entscheidet, da nur von Anhängigkeit die Rede ist; vgl. Anm. 1 § 235), in welchem über dasjenige Rechtsverhältnis, welches den Klagegrund des schwebenden Prozesses bildet oder eine Einrede begründet, R.O. 20. März 1893, ZW. 233; 27. Nov. 1893, ZW. 1894 S. 12, SA. 48, 459, und demnach für Klagegrund oder Einrede präjudizial ist, R.O. 16. März 1891, SA. 47, 232; 21. Dez. 1892, ZW. 1893 S. 58; 14. Nov. 1893, ZW. 1894 S. 10, materiell entschieden werden soll; z. B. Klagen über Zinsen in einem und über das Kapital im zweiten Prozesse, oder Prozesse über Störung in einzelnen Eigenthumsbefugnissen und über das Eigenthum selbst, die Entscheidung einer Hauptintervention, § 62 u. f. w. R. 542, 543. Vgl. auch Eccius 3 § 180 Nr. 75. Ob die Entscheidung vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, R.O. 14. Nov. 1893, ZW. 1894 S. 10. Daß eine Kompensationsforderung in einem anderen Prozesse ebenfalls durch Widerklage oder Einrede geltend gemacht wird, rechtfertigt nicht die Aussetzung der Entscheidung über die Kompensationseinrede, R.O. 3. Jan. 1894, ZW. 61, 62; SA. 49, 353. Ueber den Begriff des Rechtsverhältnisses vgl. §§ 231, 253. Daß das Rechtsverhältnis dem Prozeßrecht angehört (Prozeßfähigkeit), schließt die Anwendbarkeit des § 139 nicht aus, R.O. 11. Jan. 1890, ZW. 45. Auch wenn durch den andern Rechtsstreit das streitige Rechtsverhältnis nur für die Zukunft entschieden wird, indeß anzunehmen ist, daß dadurch der anhängige Rechtsstreit ebenfalls seine Erledigung findet, ist § 139 anwendbar; R.O. 21. April 1885, ZW. 183. Indes genügt es nicht, daß ein Anspruch je nach dem Ausfalle eines anderen Prozesses gegenstandslos werden kann, R.O. 15. März 1893, ZW. 233. Der Zweck der Aussetzung ist wesentlich die Vermeidung widersprechender Entscheidungen über dasselbe Rechtsverhältnis und dessen Folgen, R.O. 17. Nov. 1885, ZW. 1886 S. 10. Dagegen ist ein Aussetzungsgrund nicht schon dann vorhanden, wenn in einem anderen Prozesse lediglich die gleiche Rechtsfrage zur Entscheidung kommen soll; D.O. Dresden, SA. 42, 88; ebenso nicht wegen solcher Prozesse, in welchen von Anderen gleiche Ansprüche geltend gemacht werden, R.O. 21. Jan. 1893, ZW. 125. Ebensovienig ist ein Aussetzungsgrund wegen eines von dem Nebeninterventienten geltend gemachten Rechtsverhältnisses, welches nur für dessen eigene Rechte, nicht für die der unterstützten Hauptpartei entscheidend ist, gegeben; R.O. 11. April 1888, SA. 43, 350, vgl. § 64. Der Fall der Identität der beiden Rechtsstreite begründet den Einwand der Rechtshängigkeit, § 235 Nr. 1, § 247 Nr. 3. Wird dieser erhoben, so kann das Gericht nicht auf Grund des § 139 die Aussetzung anordnen, sondern muß über denselben erkennen, d. h. wenn er begründet ist, die Klage abweisen; R.O. 3, 401; 26, 369. Wird der Einwand der Rechtshängigkeit jedoch nicht erhoben, so läßt sich allerdings an der Aussetzungsbefugniß des Gerichts auch im Falle der Identität der Rechtsstreitigkeiten (*a minore ad majus*) nicht zweifeln; Gaupp Anm. II A (mit Bierhaus, Buch 5, 74; gegen Schollmeyer).

Die Aussetzung kann in jedem Rechtsstreite, auch in dem über eine einseitige Verf. erfolgen; R.O. 11. Jan. 1890, ZW. 45.

2) Die Hineinziehung der Verwaltungs-Entscheidungen in den § 139 (übe: R. 319 u. C. 1 § 132 hinaus) ist von der Vorl. beschloffen. Zu jener Zeit (1871) waren die Verwaltungsgerichte im Deutschen Reich noch keine allgemeine Einrichtung. Der Ausdruck „Verwaltungsbehörde“ wurde indeß auch nach der jetzt ziemlich allgemeinen Einrichtung der Verwaltungsgerichte beibehalten. Nach der ratio legis sind auch diese unter den Verwaltungsbehörden im Sinne des § 139 mitzuverstehen.

Voraussetzung ist:

1. daß die Verwaltungsbehörden das bedingende Rechtsverhältniß gesetzlich festzustellen haben, nicht auch, wie im Falle der Anm. 1, daß schon ein Verfahren darüber anhängig ist,
  2. daß das Gericht über den vor dasselbe gebrachten Rechtsstreit zu entscheiden befugt ist, da es andernfalls wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs die Klage abweisen müßte.
- Abgesehen von den hiernach auszuscheidenden Fällen der Unzulässigkeit des Rechtswegs sind zu unterscheiden:

I. die Fälle, in welchen Rechtsverhältnisse bergestalt von Verwaltungsbehörden zu bestimmen sind, daß ihre Festsetzung der Entscheidung des Zivilgerichts vorangehen muß und für dasselbe ganz oder theilweise maßgebend ist. Dahin gehören nach Reichsrecht die Vorentscheidungen gemäß § 155 in Verb. mit §§ 149 ff. Reichsbeamtengefeh 31. März 1873, RObI. 61, vgl. ROb. 14. Nov. 1884; ZB. 305, Wallm. 10, 177 ff.; § 115 in Verb. mit §§ 113, 114 Gef. 27. Juni 1871 btr. Pensionirung der Militärpersonen, RObI. 275; §§ 26—29 Ferkungs-Napongef. 21. Dez. 1871, RObI. 459; § 51 Gem.-Ordn. 21. Juni 1869, RObI. 245; § 5 Patentgef. 25. Mai 1877, RObI. 501 (jetzt 7. April 1891, RObI. 79). Für Preußen gehören dahin namentlich die Vorentscheidungen:

1. für Ansprüche gegen Beamte aus ihren Diensthandlungen gemäß Gef. 13. Febr. 1854, GS. 86, mobilisirt durch § 11 GS. zu OB. Vgl. § 39 ROb. zum OB. 24. April 1878,
2. für vermögensrechtliche Ansprüche von Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältniß nach §§ 5, 6 Gef. 24. Mai 1861, GS. 241 und B. 16. Sept. 1867, GS. 515, vgl. § 39 ROb. 24. April 1878,
3. in Vorfluthsachen nach §§ 10, 17—20 Gef. 15. Nov. 1811 u. Gef. 9. Febr. 1867, vgl. §§ 4, 98 Gef. 26. Juli 1876, GS. 297, Strieth. 84, 1,
4. bei Enteignung von Grundeigenthum nach §§ 2 ff. 21, 14 Gef. 11. Juni 1874, GS. 221, vgl. Strieth. 98, 21, 129,
5. nach § 13 Gef. 2. Juli 1875 betr. Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen GS. 561,
6. über die Benutzung eines Weges als öffentlichen nach § 135 II Kreisordn. 13. Dez. 1872, GS. 661, vgl. § 175 Gef. 26. Juli 1876, GS. 297, DvK. 72, 298; 81, 134 — jetzt nach § 56 Gef. 1. Aug. 1883, GS. 258, betreffs der privatrechtlichen Entschädigungsansprüche, wenn ein Weg im Verwaltungsstreitverfahren für einen öffentlichen erklärt ist,
7. betreffend Armenunterstützung bzw. Ansprüche gegen alimentationspflichtige Verwandte nach §§ 65—67 (63) Gef. 8. März 1871, GS. 130; vgl. DvK. 73, 239—250; 82, 53, Entsch. des Bundesamts f. Heim. 4, 83; 6, 48, 90.
8. betr. Wittwen- u. Waisengeld für die Hinterbliebenen evangelischer Geistlichen; Gef. 15. Juli 1889 (GS. 139) Art. 7.

Für Bayern vgl. DvK. 19. Sept. 1888, SA. 44, 212; für Württemberg Caupp Anm. II R. 23.

In diesen Fällen würde das Gericht auf Antrag des Beklagten eine vor Veranlassung der notwendigen Vorentscheidung angebrachte Klage als zur Zeit unzulässig abzuweisen haben, soweit es nach den einzelnen Vorschriften Sache des Klägers ist, die Vorentscheidung der Verwaltungsbehörden vor Erhebung seiner Klage zu veranlassen oder abzuwarten; was in den meisten der vorgebrachten Fälle vorausgesetzt oder ausgesprochen ist. Das Gericht wird dann auch in der Regel nicht in der Lage sein, von der Befugniß des § 139 zur Aussetzung Gebrauch machen zu können, denn in den meisten jener Fälle ist erst nach der Vorentscheidung eine Klageerhebung zulässig und die erst nach der Klage veranlaßte Ver-

1a) Der § 139 behandelt das von Bülow (Prozeßintreden S. 121 ff., 135 ff.) unter dem Namen „Präjudicialdekret“ — zur Unterscheidung von der exc. praejudicii — bezeichnete, bereits dem RR. bekannte Rechtsinstitut (vgl. Schollmeyer, Kompensationseinrede 67 f.). Die gemeinrechtliche exc. praejudicii behufs Vorentscheidung der major causa vor der minor (vgl. Weßell § 64 S. 864 ff., Bülow a. a. D. 219) ist als prozeßualische Regel durch die C.P. aufgehoben, R. 5, 375. (Ueber eine materielle exc. praejudicii vgl. § 588, ferner für das gem. R. — quod praejudicium hereditati oder praedio non stat — Senffert Anm. 1 und die Citate das.) — In der Revisionsinstanz ist die Anwendung des § 139, weil sie eine thatsächliche Würdigung erfordert, ausgeschlossen, R. 19. Okt. 1893, J. M. 537; S. A. 49, 355.

1) Voraussetzung der richterlichen Verhandlungsaussetzung ist die gleichzeitige Anhängigkeit eines anderen Prozesses (sei es auch nur eines schiedsrichterlichen Verfahrens, D. O. Jena, S. A. 42, 89; a. R. Gayum, der Schiedsvertrag, Tübingen 1892 S. 65, weil das schiedsrichterliche Verfahren nicht „Rechtshängigkeit“ im Sinne des § 235 begründe, was aber nicht entscheidet, da nur von Anhängigkeit die Rede ist; vgl. Anm. 1 § 235), in welchem über dasjenige Rechtsverhältnis, welches den Klagegrund des schwebenden Prozesses bildet oder eine Einrede begründet, R. 20. März 1893, J. M. 233; 27. Nov. 1893, J. M. 1894 S. 12, S. A. 48, 459, und demnach für Klagegrund oder Einrede präjudizial ist, R. 16. März 1891, S. A. 47, 232; 21. Dec. 1892, J. M. 1893 S. 58; 14. Nov. 1893, J. M. 1894 S. 10, materiell entschieden werden soll; z. B. Klagen über Zinsen in einem und über das Kapital im zweiten Prozesse, oder Prozesse über Störung in einzelnen Eigenthumsbefugnissen und über das Eigenthum selbst, die Entscheidung einer Hauptintervention, § 62 u. f. w. R. 542, 543. Vgl. auch Eccius 3 § 180 Nr. 75. Ob die Entscheidung vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, R. 14. Nov. 1893, J. M. 1894 S. 10. Daß eine Kompensationsforderung in einem anderen Prozesse ebenfalls durch Widerklage oder Einrede geltend gemacht wird, rechtfertigt nicht die Aussetzung der Entscheidung über die Kompensationseinrede, R. 3. Jan. 1894, J. M. 61, 62; S. A. 49, 353. Ueber den Begriff des Rechtsverhältnisses vgl. §§ 231, 253. Daß das Rechtsverhältnis dem Prozeßrecht angehört (Prozeßfähigkeit), schließt die Anwendbarkeit des § 139 nicht aus, R. 11. Jan. 1890, J. M. 45. Auch wenn durch den andern Rechtsstreit das streitige Rechtsverhältnis nur für die Zukunft entschieden wird, indeß anzunehmen ist, daß dadurch der anhängige Rechtsstreit ebenfalls seine Erledigung findet, ist § 139 anwendbar; R. 21. April 1885, J. M. 183. Indes genügt es nicht, daß ein Anspruch je nach dem Ausfalle eines anderen Prozesses gegenstandslos werden kann, R. 15. März 1893, J. M. 233. Der Zweck der Aussetzung ist wesentlich die Vermeidung widersprechender Entscheidungen über dasselbe Rechtsverhältnis und dessen Folgen, R. 17. Nov. 1885, J. M. 1886 S. 10. Dagegen ist ein Aussetzungsgrund nicht schon dann vorhanden, wenn in einem anderen Prozesse lediglich die gleiche Rechtsfrage zur Entscheidung kommen soll; D. O. Dresden, S. A. 42, 88; ebenso nicht wegen solcher Prozesse, in welchen von Anderen gleiche Ansprüche geltend gemacht werden, R. 21. Jan. 1893, J. M. 125. Ebenjowenig ist ein Aussetzungsgrund wegen eines von dem Nebeninterventienten geltend gemachten Rechtsverhältnisses, welches nur für dessen eigene Rechte, nicht für die der unterstükten Hauptpartei entscheidend ist, gegeben; R. 11. April 1888, S. A. 43, 350, vgl. § 64. Der Fall der Identität der beiden Rechtsstreite begründet den Einwand der Rechtshängigkeit, § 235 Nr. 1, § 247 Nr. 3. Wird dieser erhoben, so kann das Gericht nicht auf Grund des § 139 die Aussetzung anordnen, sondern muß über denselben erkennen, d. h. wenn er begründet ist, die Klage abweisen; R. 3, 401; 26, 369. Wird der Einwand der Rechtshängigkeit jedoch nicht erhoben, so läßt sich allerdings an der Aussetzungsbefugnis des Gerichts auch im Falle der Identität der Rechtsstreitigkeiten (a minore ad majus) nicht zweifeln; Gaupp Anm. II A (mit Bierhaus, Buch 5, 74; gegen Schollmeyer).

Die Aussetzung kann in jedem Rechtsstreite, auch in dem über eine einstweilige Verf. erfolgen; R. 11. Jan. 1890, J. M. 45.

2) Die Hineinziehung der Verwaltungs-Entscheidungen in den § 139 (Abw. R. 319 u. C. 1 § 132 hinaus) ist von der Vorl. beschlossen. Zu jener Zeit (1871) waren die Verwaltungsgerichte im Deutschen Reich noch keine allgemeine Einrichtung. Der Ausdruck „Verwaltungsbehörde“ wurde indeß auch nach der jetzt ziemlich allgemeinen Einrichtung der Verwaltungsgerichte beibehalten. Nach der ratio legis sind auch diese unter den Verwaltungsbehörden im Sinne des § 139 mitzuverstehen.

Boraussetzung ist:

1. daß die Verwaltungsbehörden das bedingende Rechtsverhältniß gesetzlich festzustellen haben, nicht auch, wie im Falle der Anm. 1, daß schon ein Verfahren darüber anhängig ist,
2. daß das Gericht über den vor dasselbe gebrachten Rechtsstreit zu entscheiden befugt ist, da es andernfalls wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs die Klage abweisen müßte.

Abgesehen von den hiernach auszuscheidenden Fällen der Unzulässigkeit des Rechtswegs sind zu unterscheiden:

I. die Fälle, in welchen Rechtsverhältnisse dergestalt von Verwaltungsbehörden zu bestimmen sind, daß ihre Festsetzung der Entscheidung des Zivilgerichts vorangehen muß und für dasselbe ganz oder theilweise maßgebend ist. Dahin gehören nach Reichsrecht die Vorentscheidungen gemäß § 155 in Verb. mit §§ 149 ff. Reichsbeamtengesetz 31. März 1873, RStB. 61, vgl. RSt. 14. Nov. 1884; ZB. 305, Ballm. 10, 177 ff.; § 115 in Verb. mit §§ 113, 114 Gef. 27. Juni 1871 btr. Pensionirung der Militärpersonen, RStB. 275; §§ 26—29 Festungs-Kayonges. 21. Dez. 1871, RStB. 459; § 51 Gew.-Ordn. 21. Juni 1869, RStB. 245; § 5 Patentgef. 25. Mai 1877, RStB. 501 (jetzt 7. April 1891, RStB. 79). Für Preußen gehören dahin namentlich die Vorentscheidungen:

1. für Ansprüche gegen Beamte aus ihren Diensthandlungen gemäß Gef. 13. Febr. 1854, GS. 86, modifizirt durch § 11 GS. zu St. Vgl. § 39 St. zum St. 24. April 1878,
2. für vermögensrechtliche Ansprüche von Staatsbeamten aus ihrem Dienstverhältnisse nach §§ 5, 6 Gef. 24. Mai 1861, GS. 241 und B. 16. Sept. 1867, GS. 515, vgl. § 39 St. 24. April 1878,
3. in Vorfluthsachen nach §§ 10, 17—20 Gef. 15. Nov. 1811 u. Gef. 9. Febr. 1867, vgl. §§ 4, 98 Gef. 26. Juli 1876, GS. 297, Strietz. 84, 1,
4. bei Enteignung von Grundeigenthum nach §§ 2 ff., 21, 14 Gef. 11. Juni 1874, GS. 221, vgl. Strietz. 98, 21, 129,
5. nach § 13 Gef. 2. Juli 1875 betr. Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen GS. 561,
6. über die Benutzung eines Weges als öffentlichen nach § 135 II Kreisordn. 13. Dez. 1872, GS. 661, vgl. § 175 Gef. 26. Juli 1876, GS. 297, DBL. 72, 298; 81, 134 — jetzt nach § 56 Gef. 1. Aug. 1883, GS. 258, betreffs der privatrechtlichen Entschädigungsansprüche, wenn ein Weg im Verwaltungsstreitverfahren für einen öffentlichen erklärt ist,
7. betreffend Armenunterstützung bzw. Ansprüche gegen alimentationspflichtige Verwandte nach §§ 65—67 (63) Gef. 8. März 1871, GS. 130; vgl. DBL. 73, 239—250; 82, 53, Entsch. des Bundesamts f. Fein. 4, 83; 6, 48, 90.
8. betr. Wittwen- u. Waisengeld für die Hinterbliebenen evangelischer Gelftliden; Gef. 15. Juli 1889 (GS. 139) Art. 7.

Für Bayern vgl. DBL. 19. Sept. 1888, SA. 44, 212; für Württemberg Gaupp Anm. II R. 23.

In diesen Fällen würde das Gericht auf Antrag des Beklagten eine vor Veranlassung der notwendigen Vorentscheidung angebrachte Klage als zur Zeit unzulässig abzuweisen haben, soweit es nach den einzelnen Vorschriften Sache des Klägers ist, die Vorentscheidung der Verwaltungsbehörden vor Erhebung seiner Klage zu veranlassen oder abzuwarten; was in den meisten der vorgebrachten Fälle vorausgesetzt oder ausgesprochen ist. Das Gericht wird dann auch in der Regel nicht in der Lage sein, von der Befugniß des § 139 zur Aussetzung Gebrauch machen zu können, denn in den meisten jener Fälle ist erst nach der Vorentscheidung eine Klageerhebung zulässig und die erst nach der Klage veranlaßte Ver-

waltungsfeststellung für die Entscheidung über die verfrühte frühere Klage einflußlos. Soweit dagegen in jenen Fällen, wie z. B. bei Entschädigungsforderungen wegen Entziehung oder Beschränkung von Grundeigenthum es Sache der Beklagten war, zuvor das erforderliche Enteignungsverfahren zu veranlassen oder abzuwarten und er, ohne dies zu thun, in die Rechte des Klägers eingriff, hängt die Entscheidung über eine solche Rechtsverletzung nicht davon ab, welche Rechte durch ein späteres Verwaltungsverfahren dem Beklagten etwa bewilligt werden möchten. Vgl. Strieth. 38, 29; 80, 117. Für die Aussetzung der Prozeßverhandlung ist also auch dann kein Raum.

II. Insofern in solchen Fällen keine der Parteien für ihre im Prozesse zu entscheidenden Rechte eine solche Vorentscheidung zu veranlassen verpflichtet ist, die Feststellung einer Vorfrage für diese Rechte aber durch die Verwaltungsbehörde maßgebend ist, ohne daß die Parteien dafür eine Vorentscheidung vor der gerichtlichen Geltendmachung ihrer Rechte zu veranlassen verpflichtet sind, oder ohne daß bei einer etwa an sich nöthigen Vorentscheidung die außerdem für das Gericht maßgebenden Feststellungen der Verwaltungsbehörde erfolgt sind, — welchen Fällen sich diejenigen anreihen, worin landesgesetzlich bestimmte Eigenschaften einer Person oder Sache (z. B. Staatsangehörigkeit, Bes. 1. Juni 1870, Feststellung eines Weges als eines öffentlichen, Bes. 1. Aug. 1883 § 56 Abs. 4) nur durch bestimmte Behörden festzustellen sind, — ist die Befugniß zur Aussetzung gemäß § 139 anwendbar.

III. Den Fällen zu I. stehen hinsichtlich der Frage über die Anwendbarkeit des § 139 diejenigen gleich, in welchen die vorläufige Feststellung einer Verwaltungsbehörde nothwendig ist, bevor der Rechtsweg beschritten werden darf, wenngleich jene Feststellung für die spätere Entscheidung des Gerichts nicht maßgebend ist. Dahin gehören nach Reichsrecht die vorläufigen Feststellungen nach §§ 34 ff., 40—42 Rayonges. 21. Dez. 1871; §§ 33, 34 Bes. 13. Juni 1873 betr. Kriegseinstellungen; §§ 134—147, 149, 150 Reichsbeamtengesetz 31. März 1873 und zwar die §§ 149, 150 auch für das Gesetz 20. April 1881 (vgl. jedoch R. 12, 70) betr. Wittwen- und Waisengeld, anwendbar; §§ 113, 114 Bes. 27. Juni 1871; § 120 a Gewerbeordn. (17. Juli 1878, 1. Juli 1883, vgl. R. 13, 341; jetzt aufgehoben durch Bes. 29. Juli 1890 über die Gewerbegerichte § 78); §§ 97 Nr. 4, 97 a Nr. 6, 100 e Nr. 1, 100 i Abs. 2 Gew. Ordn. in Verb. mit § 79 des Ges. über die Gewerbegerichte; §§ 46, 105, 106 Seemannsordn. 27. Dez. 1872; §§ 36—40 Strandungsordn. 17. Mai 1874. (Zur Strandordn. vgl. R. 7, 64); Bes. 15. Juni 1883 betr. Arbeiter-Krankenversich. § 58, R. 73 (Fassung vom 10. April 1892, R. 417; vgl. R. 17. Dez. 1894, J. W. 1895 S. 77); Unfallvers. Bes. 6. Juli 1884 § 5, R. 72, 28. Mai 1885, 5. Mai 1886 § 12, R. 137, 11. u. 13. Juli 1887. Nur fakultativ ist die Anrufung der Verwaltungsbehörde in den Fällen des § 75 Gew. Ordn.; §§ 71, 72, 78 Abs. 3 Bes. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890. Für Preußen vgl.:

1. betreffend vermögensrechtliche Ansprüche von Staatsbeamten außer ihrem Dienstverhältniße § 2 Bes. 24. Mai 1861 u. B. 16. Sept. 1867, bezugleich betr. Wittwen- und Waisengelder nach § 20 Gesetz 20. Mai 1882, S. 302, sowie betr. Pensionsansprüche unmittelbarer Staatsbeamten, Bes. 27. März 1872 u. 30. April 1884 §§ 22, 23, vgl. R. 19. Mai 1892, KassR. 36, 1178; betr. Ruhegehalt von Lehrern zc. öffentlicher nichtstaatlicher mittleren Schulen, Bes. 11. Juni 1894, S. 109 § 8.
2. betreffend Raffendefekte §§ 1 ff., 16, B. 24. Jan. 1844, S. 52, B. 23. Sept. 1867, S. 1619, § 82 Ausf. Bes. 24. April 1878, Zuständigkeitsgef. 1. Aug. 1883, § 17 Nr. 5; vgl. dazu R. 23. Jan. 1890, KassR. 34, 1119;
3. betreffs Enteignung von Grundeigenthum §§ 29 ff. Bes. 11. Juni 1874, S. 221;
4. §§ 12—15 Bes. 2. Juli 1875, S. 561 betreffend Anlegung und Veränderung von Straßen und Plätzen; vgl. dazu R. 26. April 1890, KassR. 34, 1123;
5. Vgl. § 135 Kreisordn. 13. Dez. 1872, Bes. 3. Juli 1875 u. § 4 Zuständigkeitsgef. 26. Juli 1876; Bes. 19. März 1881 § 19 und 22. März 1881, S. 155, 176, jetzt Zuständigkeitsgef. 1. Aug. 1883 und Bes. über die allgemeine Landesverwaltung 30. Juli 1883;
6. Entschädigungs-Ansprüche wegen Ablösung von Gewerbeberechtigungen; Bes. 17. Jan.



1845 § 43, GS. 79; Ges. 17. März 1868 § 62, GS. 249; Ges. 17. Dez. 1872 § 5 GS. 717;

Vgl. auch Lurnau, Preuß. Justizverf. I, 112 ff.

Unter den sehr detaillirten Vorschriften für Preußen (namentlich zu 5) sind indess diejenigen Fälle auszufordern, in welchen die vorgängige Anrufung der Verwaltungsthätigkeit nur fakultativ ist. Soweit sie zur Befreiung des Rechtswegs nothwendig ist, gilt auch hier das zu I Bemerkte.

Für Württemberg vgl. Gaupp Anm. II Nr. 31.

3) Die Anordnung der Aussetzung ist in das Ermessen des Gerichts gestellt („kann“). Wenn der Prozeß seiner Natur nach schleunige Entscheidung erheischt (z. B. in Räumungssachen), wird von der Aussetzungsbesugniß eher kein Gebrauch zu machen sein, vgl. RG. Berlin I., Bl.f.R. 4, 78. Ausgeschlossen ist das Ermessen nur, soweit eine für das Gericht maßgebende Entscheidung einer Verwaltungsbehörde abgewartet werden muß; vgl. OBG. Oldenburg, SA. 48, 220. Die Anordnung erfordert wegen der allgemeinen Vorschrift des § 225 Abs. 2 keine mB.; RG. 29, 383; aR. Seuffert Anm. 3, Gaupp Anm. I. Das Gesuch um Aussetzung unterliegt nicht dem Anwaltszwange, § 225 Abs. 1. Der Beschluß der Anordnung ist auf mB. zu verkünden, andernfalls von Amtswegen zuzustellen, § 294. Die Aussetzung kann auf unbestimmte Zeit oder auf bestimmte Zeit (bzw. mit der Auflage an die Partei, die maßgebende Feststellung der Verwaltungsbehörde beizubringen) erfolgen. Auch eine nur auf einen Theil des Rechtsstreits bezügliche Aussetzung erklärt RG. 24, 382 für zulässig. Die Wirkungen der Aussetzung sind durch § 226, die Rechtsmittel gegen die Anordnung durch § 229 bestimmt und damit ist zugleich die Beurtheilung der Anordnungen dem Berufungs- und Revisionsrichter entzogen §§ 473, 510; RG. 18, 188; 31. Jan. 1893, JW. 133. Da die Aussetzung in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, so ist die Unterlassung der Aussetzung ohne Ablehnung eines Antrags auch mit der Beschwerde nicht anfechtbar, RG. 6. Dez. 1892, JW. 1893 S. 37; ebenso nicht die Ablehnung eines Antrags aus dem Grunde, daß das Gericht mit Rücksicht auf die Sachlage erst im Termine zur mB. über die Aussetzung beschließen will, RG. 13. Juni 1894, JW. 361. Hat die Verhandlung, welche ausgesetzt werden sollte, inzwischen stattgefunden, so ist eine Beschwerde betreffs der Aussetzung gegenstandslos, RG. 1. Febr. 1892, JW. 150. Die Aufhebung der Aussetzung kann auch von Amtswegen nach § 141 erfolgen, ebenso wie die Aussetzung selbst nach § 139 zur Offizialthätigkeit des Gerichts gehört, vgl. Anm. Ia und Bülow u. a. D. 121. Einer Einrede der Partei bedarf es nicht, und es ist deshalb unzutreffend, wenn das OBG. Dresden (Busch 7, 93) — wohl in Erinnerung an die gemeinrechtliche exc. praejudicii — die Befugniß aus § 139 für den Urkundenprozeß in dem Falle verneint, daß der „Einwand des Beklagten“ nicht mit den im Urkundenprozeße zulässigen Beweismitteln unterstützt ist. Die Offizialthätigkeit des Gerichts kann auch im Urkundenprozeße jede Partei ohne Beschränkung auf eine bestimmte Art der Beweismittel anregen. Vgl. Anm. § 140.

### § 140.

Das Gericht kann, wenn sich im Laufe eines Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergibt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen.<sup>1)</sup>

R. 134. N. 320. P. 55. 527.

1) Welcher Einfluß der Ermittlung beigegeben wird, ist für die Anwendbarkeit des § 140 unerheblich. Das strafgerichtliche Urtheil hat für den Zivilrichter zwar keine bindende Kraft, GS. § 14 Nr. 1, kann aber immerhin auf die Bildung der richterlichen Ueberzeugung von Einfluß sein, ebenso auch die im Strafverfahren stattgehabten Ermittlungen, sofern sie zum Gegenstand der mB. gemacht werden, vgl. § 259. Ein unmittelbarer Einfluß auf den Zivilprozeß ist dem rechtskräftigen Strafurtheil in den §§ 422, 432, 543 Nr. 1—6 (544) eingeräumt. In den §§ 95, 96 des Unfallversicherungs-

gef. 6. Juli 1884, §§ 116, 117 Gef. 1. Mai 1886 ist das strafgerichtliche Urtheil zur Vorbedingung des materiellen Anspruchs gemacht; vgl. darüber R. O. 33, 89 u. Anm. 5 § 14 C. O. Ob im Laufe des Rechtsstreits vor oder nach Eröffnung eines Strafverfahrens Verdacht entsteht bzw. Einfluß auf die Entscheidung sich zeigt, ist im § 140 nicht unterschieden. Ebenso ist § 140 anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob die strafbare Handlung gegen einen Beteiligten, oder von einem Beteiligten, oder gegen Andere oder von Anderen verübt ist. In allen Fällen ist aber wirklicher, durch objektive Momente erzielter Verdacht erforderlich; die bloße Behauptung der Partei, auch wenn sie zu einer Denunziation geführt und dem Staatsanwalt zur Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens veranlaßt hat, genügt nicht zur Aussetzung, R. O. 15, 427; 8. Mai 1885, S. A. 40, 450. Wann das Strafverfahren erledigt ist, bestimmen §§ 259, 431, 433, 168, 169, 196, 203 St. P. Auch im Urkundenprozeß ist § 140 anwendbar, R. O. 13, 377, dagegen nicht innerhalb der Revisionsinstanz, entsprechend der auf die rechtliche Beurtheilung beschränkten Natur des Rechtsmittels, R. O. 11, 365; vgl. Anm. 1 § 139; nach der Rechtskraft eines bedingten Endurtheils ist die Aussetzung gemäß § 140 nicht unbedingt ausgeschlossen (wie R. O. Berlin I, Buzsch 9, 279), vielmehr in dem Falle eines möglichen Einflusses gemäß § 432 wohl statthaft. — Ueber die Form der Anordnung, Verkündung, Zustellung u. vgl. Anm. 3 § 139. Auch zur Anwendung des § 140 ist gemäß § 225 Abs. 2 m. B. nicht nöthig, R. O. 29, 383. Wegen der Beschwerde vgl. § 229 u. R. O. 15, 427. Wenn jedoch inzwischen ein Verkaumniß- oder sonstiges Endurtheil ergangen ist, bleibt für eine Beschwerde kein Raum, R. O. 29, 341.

### § 141.

Das Gericht kann die von ihm erlassenen,<sup>1)</sup> eine Trennung,<sup>2)</sup> Verbindung<sup>3)</sup> oder Aussetzung<sup>4)</sup> betreffenden Anordnungen wieder aufheben.<sup>5)</sup>

R. 135. N. 321. P. 55. 527.

1) Der § 141 bezieht sich nur auf die von dem Gerichte vermöge der diskretionären Befugnisse nach §§ 136—140 erlassenen Anordnungen, nicht auf die §§ 223 ff.; mithin kommt auch der für die letzteren anwendbare § 227 hier nicht zur Anwendung. — Das Gericht kann ferner nur die von ihm, d. h. von demselben Gerichte erlassenen Anordnungen aufheben, abgesehen von der Beschwerde, soweit sie betreffs der Aussetzung zulässig ist. Vgl. Anm. 2.

2) Die Aufhebung der Trennung ist Verbindung und kann also nur unter den Voraussetzungen des § 138, mithin auch nur bis zur Entscheidungsreihe eines der Prozesse, § 272, in derselben Instanz erfolgen. Die Aufhebung der Trennung setzt überhaupt voraus, daß die Prozesse in derselben Instanz schweben. Der Richter zweiter Instanz kann nur die vor ihm schwebenden Prozesse verbinden, nicht aber auf Grund des § 473 die vom ersten Richter angeordnete Trennung „für die Zukunft“ aufheben, wenn einer der Prozesse noch in erster Instanz schwebt. Der § 473 unterbreitet dem zweiten Richter die Vorentscheidungen lediglich hinsichtlich ihres Einflusses auf den schon in die zweite Instanz gebiehenen Prozeß, Gaupp Anm. I. A. R. theilweise Strudmann-Roch Anm. § 141; Endemann I, 495. Schollmeyer Kompensationseinrede 170. — Die Formen und Wirkungen der Aufhebung der Trennung sind die der Verbindung, Anm. 1 § 138.

3) Die Aufhebung der Verbindung ist Trennung; es finden daher §§ 136, 137 Anwendung. In den Fällen, in welchen die Verbindung obligatorisch ist, vgl. Anm. 3 § 138 a. G., ist eine Aufhebung der Verbindung natürlich ausgeschlossen.

4) Während sonst die Anordnungen nach §§ 130 ff. eine m. B. voraussetzen, vgl. Vorb. 4 vor § 119, setzt die Aufhebung der Aussetzung, da nach der Aussetzung ohne Aufnahme des Prozesses eine m. B. nicht möglich ist, offenbar voraus, daß die Anordnung ohne solche getroffen werden kann, wie auch die Aussetzung selbst nach § 225 keiner m. B. bedarf, vgl. Anm. 3 § 139. Die Annahme, daß das Gericht ohne Aufnahme des ausgefetzten Verfahrens seitens der Parteien und Ladung zur m. B. nicht in die Lage kommen könnte, die Aussetzung wieder aufzuheben, ist nicht richtig. Der Anstoß zu dem Beschlusse kann auch von anderer Seite kommen, z. B. durch Benachrichtigung seitens des

Strafrichters, daß die Erledigung des Strafverfahrens auf Hindernisse stoße, die in absehbarer Zeit nicht gehoben werden können; Seuffert Anm. 4. Wenn Gaupp Anm. II annimmt, daß zwar von Amtswegen die Aussetzung ohne mB. aufgehoben werden kann, aber nicht auf Partei-Antrag; so ist dagegen zu bemerken, daß eine Anregung der Officialthätigkeit des Gerichts durch die Partei in jeder Form (also auch durch Anzeige oder Besuch) erfolgen kann. Als nicht verkündeter Beschluß ist die Anordnung den Parteien von Amtswegen zuzustellen, § 294 Abs. 3, und zwar Weiden, da Jede gleichbetheiligt ist und laden kann, § 191 Abs. 1. Darüber hinaus zu gehen und dem Gericht die „Sadung von Amtswegen“ aufzuerlegen (v. Sarwey I, 237; Kleiner I, 544), ist kein Grund; eine Abweichung vom Selbstbetriebe der Parteien, § 191 Abs. 1, wie § 335 Abs. 2, ist hier nicht vorgeschrieben; die Rot. 159 sind nicht Gesetz.

5) Gegen Trennung oder Verbindung oder deren Aufhebung ist Beschwerde nicht zulässig. Vgl. Vorb. 4 vor § 119, Anm. 2 § 530. Gegen die Aussetzung und die Aufhebung der Aussetzung findet dagegen gemäß § 229 Beschwerde und zwar gegen die Aufhebung als Ablehnung fernerer Aussetzung sofortige Beschwerde statt. Diese Beschwerde dokumentirt, daß die Aufhebung gegen den Willen der Partei erfolgt und eine Ablehnung fernerer Aussetzung ist. Gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Aufhebung der Aussetzung, welche der Anordnung einer weiteren Aussetzung gleichsteht, findet gemäß § 229 einfache Beschwerde statt; Gaupp Anm. III; Endemann I, 495; Petersen Anm. § 141.

### § 142.

Das Gericht kann die Wiedereröffnung einer Verhandlung, welche geschlossen war,<sup>1)</sup> anordnen.<sup>2)</sup>

R. 136. N. 322. P. 55. 527.

1) Der Vorsitzende schließt die Verhandlung, § 127 Abs. 4. Nach geschlossener Verhandlung kann gemäß der dann folgenden Berathung des Gerichts von demselben die Wiedereröffnung beschloffen werden, insbesondere um Zweifel über abgegebene Erklärungen zu beseitigen. Der Beschluß ist zu verkünden. Eine Veranlassung zur Wiedereröffnung der Verhandlung kann jedoch nur aus der stattgehabten und geschlossenen Verhandlung entnommen werden, dagegen soll die Wiedereröffnung nicht zu dem Zwecke geschehen, um bereits präkludirte neue Thatfachen und Beweismittel (§§ 251, 256, 485, 491) zuzulassen; R. 16, 417; vgl. R. 15. Jan. 1886, SA. 41, 362; 17. April 1894, JW. 261. Ob sie anzuordnen ist oder nicht, unterliegt dem freien Ermessen des Gerichts, welches an sich der Nachprüfung des Revisionsrichters nicht unterliegt; R. 15. Febr. 1892, JW. 216; die Anordnung ist jedoch geboten, wenn der Vorsitzende die in concreto erforderlich gewesene Ausübung des Fragerichts gemäß § 130 behufs Ergänzung ungenügender Partei-Abgaben und Bezeichnung der Beweismittel unterlassen hat (vgl. Ube, Wuch 10, 92 ff.) und in Folge einer desfalligen ungenügenden Prüfung des vorgebrachten Materials kann Revision begründet sein, vgl. Anm. 1 zu § 130. Ueber die Rathsamkeit, nach geschlossener Verhandlung die Schlußverkündung abzuwarten und über die Frage, ob auch bei Abwesenheit einer Partei sofort weiter zu verhandeln ist, vgl. Anm. § 195.

2) Wenn die Verhandlung wieder eröffnet ist, so umfaßt dies den ganzen Umfang der Verhandlung, so daß also die Parteien auch früher unterlassene Erklärungen, Einwendungen und Bestreitungen vorbringen können, Rot. 136. Die an die geschlossene Verhandlung sich unmittelbar anschließende wiedereröffnete Verhandlung ist aber eine Verhandlung in demselben Termin, nicht in einem zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmten anderweitigen Termin, § 297, so daß ein Versäumnisurtheil gegen den, welcher bereits verhandelt hat, nicht erlassen werden kann. (AR. Seuffert Anm. 1.)

### § 143.

Das Gericht kann Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt, den weiteren Vortrag unterlagen.<sup>1)</sup>

Das Gericht kann Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig<sup>3)</sup> betreiben, zurückweisen.<sup>3)</sup>

Eine Anfechtung dieser Anordnungen findet nicht statt.

Auf Rechtsanwälte finden die Vorschriften dieses Paragraphen keine Anwendung.<sup>4)</sup>

R. 137. N. 308. 328. 329. P. 55. 537.

1) Unter den Parteien sind hier, wie im § 128 Abs. 2 (mit Ausnahme der Rechtsanwälte nach Abs. 4), Alle verstanden, welche für die Partei den Vortrag zu halten haben, insbesondere auch gesetzliche Vertreter, § 50. Die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage mangelt denjenigen, welche wegen eines körperlichen oder geistigen Mangels ihre Willensmeinung nicht verständlich machen können (vgl. auch Busch 2, 148; A. Förster Anm. 1). Für Verhandlungen mit den der deutschen Sprache Unkundigen, Tauben und Stummen sind OB. §§ 187—189 sedes materiae, doch ist auch auf solche Personen der § 143 Abs. 1 anwendbar, wenn neben der Unkenntniß der Deutschen Sprache oder der Taubheit auch eine Unfähigkeit zum geeigneten Vortrage sich ergibt; Caupp Anm. I.

2) Abs. 2. Im R. 128 und E. 1 § 136 war ein gewerbmäßiges Betreiben erforderlich; die Vorl. setzte dafür nur ein geschäftsmäßiges „im Sinne des gewöhnlichen Sprachgebrauchs genommen, so daß der Nachweis der Honorierung nicht geführt zu werden braucht“, Not. 136. Ein Antrag in der RR., das facultative „kann“ durch ein imperatives „hat zu“ zu ersetzen, ist abgelehnt, P. 55. Die Zurückweisung ist dadurch in das Ermessen des Gerichts gestellt, vgl. Busch 17, 234. In dem wiederholten Auftreten des Beamten einer Behörde oder des Gewerbegehilfen oder Handlungsgehilfen einer Privatperson als Bevollmächtigten in deren Prozessen liegt allein noch nicht das Kennzeichen der Geschäftsmäßigkeit, diese setzt vielmehr einen eigenen Geschäftsbetrieb des Bevollmächtigten voraus. Vgl. über den Gewerbebetrieb der s. g. Winkelkonsulenten § 35 Abs. 2, 3 der Reichsgewerbeordnung (gemäß Gesetz 1. Juli 1883, RGBl. 159). — Die Strafe des Querulirens nach der Preuß. A.O. III 1 § 30 ist noch in Kraft, RG. Str. 9, 357 ff. Vgl. Bierhaus Raffr. 27, 665, 683.

3) Die Zurückweisung trifft die im Abs. 2 Bezeichneten, wenn sie als Bevollmächtigte oder Beistände auftreten. Die Session von Forderungen an solche und die Eintragung gebirter Rechte ihrerseits ist dadurch nicht unterzagt. Andererseits ist vom Abs. 2 auch keine Ausnahme für den Fall der Vertretung naher Angehöriger gemacht. — Die Zurückweisung betrifft das mündliche Verhandeln vor Gericht, wovon der ganze Titel, §§ 119—151, handelt, und setzt die m.B. voraus. Der „Bevollmächtigte“ hört durch Zurückweisung noch nicht auf, ein solcher zu sein, und es wird ihm daher nach § 162 ferner zuzustellen sein; JW. 1881 S. 117; Bl.f.R. 4, 75; Petersen Anm. 2.

Als Folge einer Unterzagung des Vortrags nach Abs. 1 oder einer Zurückweisung nach Abs. 2 ist im § 144 Satz 2 die Fortsetzung der Verhandlung und die Zulässigkeit eines Versäumnisurtheils nur für den Fall angegeben, wenn Unterzagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung erfolgt war. Für den Fall der ersten Unterzagung oder Zurückweisung ergibt sich daraus per arg. e contrario diese Folge als unzulässig. Im Parteiprozesse wird demnach beim ersten Falle einer Unterzagung des Vortrags oder einer Zurückweisung stets Vertagung eintreten müssen, sofern nicht die anwesende Partei des von der Anordnung betroffenen Bevollmächtigten oder Beistandes oder der anwesende Bevollmächtigte der von der Anordnung betroffenen Partei weiter verhandeln kann und will; im Anwaltsprozesse kann nur der Abs. 1 des § 143 und zwar nur auf die gemäß § 128 Abs. 4 zum Worte verstattete Partei zur Anwendung kommen. Geschieht dies, so müßte allerdings auf Antrag des prozessbevollmächtigten Anwalts die Verhandlung vertagt werden (die Partei selbst kann keinen Antrag stellen), um der Partei, deren Unfähigkeit zum geeigneten Vortrage vielleicht eine vorübergehende Ursache hat, in dem nächsten Termin Gelegenheit zum Vortrage zu geben. Bezüglich des Auftretens von Gerichtsvollziehern als Bevollmächtigten und Beiständen im Parteiprozesse vgl. Anm. 1 § 75.

4) Abs. 1, 2 finden nach § 25 Abs. 3 RAO. weder auf die daselbst Abs. 1 bezeichneten Stellvertreter des Rechtsanwalts noch auf die im Justizdienst befindlichen Rechtskundigen nach zweijähriger Vorbereitung Anwendung, wenn sie einen Rechtsanwalt, ohne als dessen Stellvertreter bestellt zu sein, in Fällen vertreten, in denen eine Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht geboten ist, oder wenn sie unter Beistand des Rechtsanwalts die Ausführung der Parteirechte übernehmen. Vgl. R. O. 31, 427. Der Abs. 2 würde auf Referendarien auch vor Ablauf einer zweijährigen Vorbereitungszeit im Falle der Vertretung eines Anwalts keine Anwendung finden; sie betreiben nicht das Verhandeln geschäftsmäßig im Sinne des Abs. 2; Meyer, RAO. 42; Böll, RAO. 53. Zur Ergänzung des § 143 dient OB. §§ 177 ff.; vgl. Anm. 2 zu OB. § 177.

### § 144.

Ist eine bei der Verhandlung beteiligte Person zur Aufrechterhaltung der Ordnung von dem Orte der Verhandlung entfernt worden, so kann auf Antrag gegen sie in gleicher Weise verfahren werden, als wenn sie freiwillig sich entfernt hätte.<sup>1)</sup> Dasselbe gilt in den Fällen des vorhergehenden Paragraphen, sofern die Unterfagung oder Zurückweisung bereits bei einer früheren Verhandlung geschehen war.<sup>2)</sup>

R. 188. N. 329. P. 55. 537.

1) Die Vorschriften über die Aufrechterhaltung der Ordnung sind im OB. 177—185, über Entfernung aus dem Sitzungszimmer im OB. § 178 (auf Rechtsanwälte nicht anwendbar, s. Anm. zu OB. §§ 178, 180) gegeben. Wenn eine Partei sich freiwillig entfernt oder gemäß OB. § 178 entfernt wird, ohne bis dahin „verhandelt“ zu haben (§ 298), so kann ein Versäumniskurtheil nach §§ 295, 296 gegen sie beantragt werden. Hat sie bereits verhandelt, so wird sie nur mit demjenigen ausgeschlossen, was sie nicht schon vorgebracht hat, falls sofort erkannt wird, § 251. Wird indeß nicht erkannt, und erfolgt noch eine Fortsetzung der Verhandlung, so kann sie nach dem allgemeinen Grundsatz des § 251 noch ihre Erklärungen bis zum Schlusse derjenigen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, nachholen. Ist die entfernte Person eine Partei, deren Anwalt oder Bevollmächtigter anwesend bleibt, so kann überhaupt weiter verhandelt werden; ebenso wenn ein Beistand oder ein Bevollmächtigter, welcher nicht Anwalt ist, entfernt ist und im Parteiprozesse die Partei oder im Anwaltsprozesse der Anwalt bleibt.

Die Behandlung der entfernten Person gleich einer freiwillig sich entfernenden erfolgt auch nur „auf Antrag“ und ist auch dann noch in das Ermessen des Gerichts gestellt („kann“). Das Gericht kann ungeachtet eines solchen Antrags von Amtswegen vertragen, § 206.

Ueber die Folgen der Entfernung von Zeugen vgl. §§ 345, 365, 374.

2) Im R. 329 (Quelle des § 144) war der Bedingung der Unterfagung oder Zurückweisung bei einer früheren Verhandlung noch hinzugesetzt: und wenn „die Verhandlung deshalb vertagt war.“ Dies Erforderniß ist fortgelassen und zur Anwendbarkeit der Bestimmung nicht nöthig; Endemann I, 500. AR. Gaupp Anm. II; Seuffert Anm. 4; Struckmann-Roch Anm. 4: es genüge nicht, daß „zufällig“ früher eine Unterfagung oder Zurückweisung erfolgt sei, ohne eine Vertagung zur Folge gehabt zu haben. Indes selbst abgesehen davon, daß die absichtliche Fortlassung dieser Bedingung aus R. 329 dann bedeutungslos würde, muß es doch in der Persönlichkeit, und nicht im Zufalle liegen, wenn dergleichen derselben Person zum zweiten Male begegnet. Das ohnehin fakultative Ermessen des Richters hier zu beschränken, liegt kein Grund vor.

Voraussetzung für Satz 2 ist nach der ratio legis ferner die Richtung der Verfagung gegen dieselbe Person. Ueber die Folgerungen aus dem Satz 2 für den Fall der ersten Unterfagung oder Zurückweisung vgl. Anm. 3 § 143.

§ 145.<sup>1a)</sup>

Ueber die mündliche Verhandlung vor dem Gerichte<sup>1)</sup> ist ein Protokoll aufzunehmen.<sup>2)</sup>

Das Protokoll enthält:<sup>3)</sup>

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

R. 139. N. 360. 361. P. 55. 527. 665.

1a) Die §§ 145—150 handeln von der Form (§§ 145, 149), von dem Inhalt (146—148) und der Beweisraft (§ 150) des über die mB. aufzunehmenden Protokolls. Zum Begriffe des Protokolls gehört die Aufnahme dieser Urkunde während der Verhandlung oder im unmittelbaren Anschlusse an dieselbe, und die den Parteien, sowie den sonstigen handelnden Personen durch die Nothwendigkeit der Vorlesung (oder Durchlesung) und Genehmigung derselben gestattete Mitwirkung. Dies sind die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale des Protokolls von anderen gerichtlichen Aufzeichnungen in den Akten über Vorgänge des Verfahrens. Ueber die Entstehung des Ausdrucks (zuerst Kov. 14 c. 2 in anderem Sinne gebraucht) vgl. Weigel § 36 Nr. 78a. Ueber die Protokollführung im Civilprozeß vgl. auch H. Meyer, Raffr. 27, 303 ff.

1) Ueber die Protokolle richterlicher Verhandlungen außer der mB. s. § 151. Ueber die Protokolle des Gerichtsschreibers (§§ 74 Abs. 2, 457) sind reichsgesetzliche Vorschriften nicht gegeben; die Bestimmung darüber bleibt der Landesgesetzgebung überlassen. Ueber Protokolle des Gerichtsvollziehers bei Zwangsvollstreckungen vgl. § 682.

2) Das Protokoll ist unter Kontrolle des Vorsitzenden vom Gerichtsschreiber aufzunehmen, § 149. Wie aus § 148 hervorgeht, ist es während der Verhandlung aufzunehmen, vgl. jedoch DvL. 10. April 1883, SA. 39, 209. Beabsichtigt ist, daß der Gerichtsschreiber das Protokoll selbständig aufnimmt; indeß ist ein Diktiren nicht verboten. Der Gerichtsschreiber ist zu jeder mB., auch vor dem Amtsgericht, zuzuziehen, § 145 Nr. 2; sowie auch zu jeder Verhandlung außer der Sitzung von Amtsrichtern, beauftragten oder ersuchten Richtern § 151; GB. 154. Ein Antrag in der RR., der Landesgesetzgebung die Benutzung der Stenographie zur Aufnahme des Protokolls zu überlassen, ist abgelehnt, P. 665. Hamburg gestattet stenographische Aufzeichnung auf Antrag und Kosten einer Partei, § 2 AC. vom 14. Juli 1879, v. Wilnowski-Levy, Ausf. Gef. 286.

Auch wenn ein Protokoll nicht oder nicht genügend aufgenommen ist, bleibt die erfolgte mB. gültig, wird dadurch nicht ungeschehen gemacht und behält alle Wirkungen einer solchen, insbesondere in Betreff des nachträglichen Vorbringens, §§ 251, 252, 256, 332. Sowohl daß eine Verhandlung stattgefunden hat, als auch was darin verhandelt ist, kann, sofern es darauf ankommt, durch alle Beweismittel, auch abgesehen von der Erinnerung der Richter selbst, nachgewiesen werden, da das Gesetz keine Beschränkung darin vorschreibt, und namentlich für die folgenden Instanzen durch den Thatbestand des Urtheils; vgl. (insbesondere für Anerkennnisse § 146 Nr. 1) RC. 10, 366. Lediglich in Betreff der Formlichkeiten der mB. ist die im § 150 vorgeschriebene Beschränkung bestimmt, welche zugleich argum. e contr. bestätigt, daß im Uebrigen der Beweis unbeschränkt ist. Die Entkräftung des Thatbestandes kann allerdings rückichtlich des mündlichen Vorbringens nur durch das Protokoll geschehen, § 285.

Auch wenn im Termine zur mB. eine eigentliche mB. der Parteien nicht statt-

gefunden hat, ist ein Protokoll über die sonst im Termine vorgekommenen Akte (Aussagen von Zeugen, Ergebnis eines Augenscheins, Entscheidung des Gerichts, Verkündung desselben, §§ 146 Nr. 3—6) aufzunehmen; dies gilt auch für den Fall, daß beide Parteien ausbleiben, und weder eine Beweisaufnahme stattfindet, noch eine Entscheidung irgend welcher Art erfolgt. Der zu protokollierende Vorgang besteht hier in der Anwesenheit des besetzten Gerichts (bzw. des Dolmetschers) und dem Ausbleiben der Parteien beim Aufruf der Sache. Der Ausdruck in Abs. 1: „Ueber die mB. vor dem Gericht“ bedeutet mit Rücksicht darauf, daß auch in Anwesenheit der Parteien Beweise aufgenommen und Entscheidungen verkündet werden können, deren Aufnahme in das Protokoll vorgeschrieben ist: „Ueber den Hergang des Termins zur mB.“ (zum Theil abw. auf Grund der früheren hannoverschen Praxis: S. Meyer a. a. O. 304).

3) Das Protokoll ist eine öffentliche Urkunde, welche die nach den §§ 380, 382—384 zu beurthellende Beweiskraft hat. Die §§ 145, 149 bezeichnen die „vorgeschriebene Form“ des Protokolls, welche § 380 zur unbedingten Beweiskraft voraussetzt. Welche Mängel dergestalt wesentlich sind, um den Charakter der öffentlichen Urkunde aufzuheben und welche nur instruktionell vorgeschrieben sind, ist im Gesetze nicht gesagt. Vgl. Anm. 1 § 380. Auch die Vorschrift des § 145 ist nicht mit der Wirkung obligatorisch, daß das Fehlen eines der Momente der Nr. 1—5 das Protokoll des Charakters der öffentlichen Urkunde entkleidet. Dies ist schon im § 145 dadurch angedeutet, daß gesagt ist: „das Protokoll enthält“ und nicht einmal: das Protokoll muß enthalten, wie im § 682. Der Beweiswerth eines irgendwie hinsichtlich des § 145 mangelhaften Protokolls bleibt daher in Ermangelung einer Beweisbeschränkung der Würdigung des Gerichts überlassen. Vgl. Anm. 1, § 380, Endemann 404; Caupp Anm. IV. NR. ohne Gründe Feilbut, cit. 69, 371. — Für den Nachweis, daß das Protokoll von dem Gerichte als öffentlicher Behörde aufgenommen ist, sind §§ 149, 402 maßgebend. Vgl. Anm. § 149.

4) Nr. 2. In Ehesachen ist auch der Name des mitwirkenden Staatsanwalts anzugeben, § 569 Abs. 4; ebenso auch in Entmündigungssachen überall, wo er als Partei oder Antragsteller auftritt.

5) Nr. 5 vgl. OB. §§ 170 ff.

### § 146.<sup>1)</sup>

Der Gang der Verhandlung ist nur im Allgemeinen anzugeben.

Durch Aufnahme in das Protokoll sind festzustellen:<sup>2)</sup>

1. die Anerkenntnisse, Verzichtsleistungen und Vergleiche, durch welche der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird;<sup>3)</sup>
2. die Anträge und Erklärungen, deren Feststellung vorgeschrieben ist;<sup>4)</sup>
3. die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern dieselben früher nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen;<sup>4)</sup>
4. das Ergebnis eines Augenscheins;<sup>5)</sup>
5. die Entscheidungen<sup>6)</sup> (Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen) des Gerichts, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigelegt sind;
6. die Verkündung der Entscheidungen.<sup>7)</sup>

Der Aufnahme in das Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigelegt und als solche in demselben bezeichnet ist.<sup>8)</sup>

R. 140. N. 362. 377. P. 55. 527. 665.

1) Im § 146 ist der materielle Inhalt bezeichnet, welchen das Protokoll enthalten soll. Den Beweis des Gegentheils durch alle Beweismittel zu führen, ist zulässig. Vgl. § 380 Abs. 2 und Anm. 4 § 380. Auch die Genehmigung des Protokolls durch die Partei schließt diesen Gegenbeweis nicht aus (vgl. Weßell § 36 Nr. 86). Die Verkündung der Entscheidungen (Nr. 6) rechnet das RG. jedoch zu den nach § 150 nur durch das Sitzungs-

protokoll zu erweisenden *Förmlichkeiten* der *mB.* (*RO.* 2. Febr. 1887, *RaffR.* 31, 1155, *3B.* 65 *Ziff.* 3; *RO.* 16, 381; vgl. *Anm.* 1 § 159). Bgl. auch für *Nr.* 3 *Anm.* 4. Das *Sitzungsprotokoll*, weil gerichtliche Urkunde, genügt zur Feststellung gerichtlicher Erklärungen für Eintragungen und *Böschungen* in *Grundbüchern*, wemgleich es die *Unterschriften* der *Parteien* nicht enthält, nach *preuß. R.*; *Kammergericht, Berlin* 16. Jan. 1882, *Wallm.* 3*Nr.* 2, 509.

2) Während durch §§ 269, 270, 470 bestimmt ist, welche *Anträge* und *Erklärungen* zu *Protokoll* festgestellt werden müssen, um berücksichtigt zu werden und einem etwaigen anderen *Thatbestande* des *Urtheils* entgegengesetzt werden zu können, ergibt sich zugleich aus § 146, daß das *Gericht* weitere Feststellungen von *Anträgen* und *Erklärungen* zu *Protokoll* nicht vorzunehmen oder anzunehmen braucht. Im § 146 ist Alles angegeben, was „durch *Aufnahme* in das *Protokoll* festzustellen“ ist und danach sind (außer den *Nr.* 1, 3—6) nur die „*Anträge* und *Erklärungen*, deren Feststellung vorgeschrieben ist“, bezeichnet. Andere sind sonach weder direkt zu *Protokoll* noch durch *Schriftsätze* als *Anlagen* zuzulassen. Der *Antrag* auf *Erlaß* des *Bersäumnißurtheils* braucht nicht festgestellt zu werden, ebensowenig fallen *Beweis-Anträge* unter *Nr.* 2, *RO.* 12. Jan. 1885, *3B.* 66 (vgl. *Anm.* 2 *Nr.* 2 § 269, *S.* *Meyer* a. a. D. 312). Den *Bemerk* der *Berlesung* der bereits in den vorbereitenden *Schriftsätzen* enthaltenen *Anträge* (§ 269 *Abf.* 1) in das *Protokoll* aufzunehmen, halten *Strudmann-Roch* *Anm.* 1 zu § 269 nicht für nöthig. *Rathsam* ist jedoch mit Rücksicht auf § 150 die *Unterlassung* des *Bemerk* keinesfalls, vgl. *Meyer* *civ.* 78, 471.

3) *Nr.* 1, 2. Das *Sitzungsprotokoll* ist die alleinige *Kontrolle* des in das *Urtheil* aufzunehmenden „*Thatbestandes*“, welcher rücksichtlich des mündlichen *Parteevorbringens* nur durch das *Sitzungsprotokoll* widerlegt werden kann, § 285. Es ist daher für die *Parteien* und *Anwälte* von großer Wichtigkeit, die *Vollständigkeit* des *Protokolls* zu kontrolliren, insbesondere wenn *Zusätze* oder *Abweichungen* von den *Anträgen* oder *Erklärungen* der vorbereitenden *Schriftsätze* in der *Verhandlung* erfolgt sind. Von dem im § 146 angegebenen, durch das *Protokoll* festzustellenden Inhalte ist in dieser Beziehung das *Wesentlichste* unter *Nr.* 2 in Bezug genommen. Die darin bezogenen *Vorschriften* über die Feststellung von *Anträgen* und *Erklärungen* sind für den *Anwaltsprozeß* (einschließlich der höheren *Instanzen*, § 485) in §§ 269, 270, für *Rechnungssachen* in §§ 315, 316; für *Ehesachen* ausdrücklich in § 569 *Abf.* 4 und für den *Parteeprozeß* in § 470 enthalten.

Die in § 146 *Nr.* 1, 2 vorgeschriebene Feststellung durch *Aufnahme* in das *Protokoll* ist jedoch nur für den *Beweis* gegen den *Thatbestand* des *Urtheils*, nicht für die *Gültigkeit* und *Wirksamkeit* abgegebener und nicht *protokollirter*, aber in den *Thatbestand* aufgenommener *Erklärungen* von Bedeutung; *RO.* 10, 366 vgl. *Anm.* 2 § 145; *Ob2B.* 4. *Mai* 1886, *SA.* 41, 452.

*Nr.* 1. *Verstanden* sind *Anerkenntnisse* des *Anspruchs*, § 278, im *Gegensatz* zu den unter *Nr.* 2 und §§ 270, 470, 261 einbegriffenen *Geständnissen* von *Thatfachen*; nicht (gegen *2B.* *Rathbor*, *Buch* 8, 177) die *Aufnahme* des *Zugeständnisses* aller den *Anspruch* begründenden *Thatfachen* (vgl. die *Gegenausf.* von *Rathes* daselbst). Ueber *Berzichte* s. § 277. *Vergleiche*: §§ 471 *Abf.* 2, 702 *Nr.* 1, 2. *Anerkenntnisse* und *Berzichte*, welche den geltend gemachten *Anspruch* ganz erlebigen, beendigen an sich noch nicht den *Prozeß*, können vielmehr *Veranlassung* zu den in den §§ 277, 278 bezeichneten *Endurtheilen* geben. Dagegen ist nach einem den ganzen geltend gemachten *Anspruch* erlebigen, vor dem *Prozeßgericht* oder dessen gerichtlichen Organen, dem *beauftragten* oder *ersuchten* *Richter*, geschlossenen *Vergleich* nichts mehr, weder in der *Sache* noch in Bezug auf den *Kostenpunkt* (vgl. § 93) zu *verhandeln* oder zu *entscheiden*, mit dem *Prozeßvergleich* also die *Anhängigkeit* des *Rechtsstreits* beendigt (*aR.* *Woclus* 1 § 103, *Nr.* 17 a, vgl. *Anm.* 1 § 235). Wird der *Vergleich* dagegen außerhalb des *Prozesses* wemgleich vor einem *deutschen* *Gerichte* geschlossen, so würde eine *Beendigung* des *Prozesses* erst durch eine von allen *Parteien* vor dem *Prozeßgericht* abgegebene *Erklärung*, daß ein *Vergleich* geschlossen sei, eintreten, da ein außerhalb des *Prozesses* liegender *Vorgang* denselben nicht *unmittel-*



bar und formell beeinflussen kann. — Die Abnahme von Parteideben, welche nicht besonders erwähnt ist, ist als Theil des Ganges der Verhandlung (Abs. 1) zu vermerken.

4) Nr. 3. Vgl. §§ 147, 320, 340, 367, ferner R. 13, 418, wo ergänzende und abweichende Feststellungen in dem Urtheil gegenüber der protokollierten Aussage für unzulässig erklärt werden; während R. 25. Sept. 1886, ZB. 347 (mit Recht) solche Ergänzungen, sofern sie in keinem Widerspruche zu der protokollierten Aussage stehen und die Protokollierung nach § 147 hätte unterbleiben können, für zulässig erklärt; da das Urtheil nicht auf dem Protokoll, sondern auf dem gesammten Inhalt der mB. beruht. Die bloße Feststellung der Aussage im Urtheil hat allerdings nicht die Bedeutung einer protokollierten und dem Zeugen oder Sachverständigen selbst zur Erklärung mitgetheilten Aussage, kann also auch nicht als objektive Grundlage für die Würdigung eines Zeugen- oder Sachverständigenbeweises namentlich durch ein anders zusammengesetztes Richterkollegium dienen; R. 14, 379, 383; 17, 344; vgl. Anm. § 147.

5) Nr. 4. Vgl. §§ 3, 135, 336, 337.

6) Nr. 5. Unter „Entscheidung“ ist in der CP., wie durch die Zusätze angedeutet ist, jede Entschliessung des Prozeßgerichts verstanden. Ueber die Terminologie; Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen vgl. Anm. 1 § 272. Ueber die Protokollierungen bei Handhabung der Sitzungspolizei vgl. §§ 184, 185 GB.

7) Nr. 6. Ueber die unbedingte Nothwendigkeit der Aufnahme der Verkündung vgl. Anm. 1. Der Ausdruck „Verkündung“ ist jedoch nicht sakramental; so enthält z. B. die Beurkundung der Erlassung zugleich die der Verkündung, R. 17, 420.

8) Die Schriftsätze, welche hiernach als Protokoll-Anlagen gestattet werden, sind für die Anträge und Erklärungen zu Nr. 2 im Anwaltsprozeße als Schriftsätze des Anwalts geboten; im Parteiprozeße, soweit das Amtsgericht nach § 470 Feststellungen angemessen findet, und für die übrigen Feststellungen zu Nr. 1, 3—6 nach dem Befinden des Gerichts zulässig. Außer der Nothwendigkeit der Anlagebezeichnung im Protokolle selbst ist eine besondere Form für die „Schrift“ nicht vorgeschrieben. Wenngleich in §§ 269, 270 als „Schriftsatz“ bezeichnet, gehört sie nicht zu den vorbereitenden Schriftsätzen des § 121, da sie die mB. nicht vorbereitet, § 120, sondern begleitet. Sie braucht von den Erfordernissen des § 121 nicht eine ausführliche Bezeichnung der Sache zu haben und kann formlos sein; Rot. 23. Die knappste Bezeichnung des Rechtsstreits: A. wider B., und die Unterschrift des Anwalts genügen nebst dem sachlichen Inhalte. Ueber die Bedeutung der Protokoll-Anlagen für den Beweis des mündlichen Vortrags ihres Inhalts Anm. 3 § 270. Das als Theil des Protokolls zu betrachtende festzustellende Vorbringen ist nach § 148 mit zu verlesen oder den Parteien zur Durchsicht vorzulegen, Seuffert Anm. 2, vgl. Meyer, civR. 78, 461.

## § 147.

Die Feststellung der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen kann unterbleiben, wenn die Vernehmung vor dem Prozeßgericht erfolgt und das Endurtheil der Berufung nicht unterliegt. In diesem Falle ist in dem Protokolle nur zu bemerken, daß die Vernehmung stattgefunden habe.<sup>1)</sup>

R. 141. N. 363. P. 56. 527.

1) Die Bedeutung, welche diese Vorschrift bei dem Systeme des C. 1 (Ausschließung der Berufung gegen landgerichtliche Urtheile) im hohen Grade hatte, vgl. Rot. C. 1 § 12 C. 239, ist dadurch sehr gemindert, daß die Berufung gegen alle Endurtheile erster Instanz, § 472 (außer Verdamnisurtheilen), ausgedehnt ist. Die Vorschrift ist jetzt nur anwendbar, wenn es sich um Verhandlungen der Berufungs- oder Revisionsinstanz handelt; für die Berufungsinstanz, auch wenn Revision zulässig ist, da das Revisionsgericht an die Feststellung des Berufungsgerichts gebunden ist. Wenn in erster Instanz beim Ausbleiben einer Partei zunächst die beschlossene Zeugenvernehmung bewirkt wird, § 332 Abs. 1, so müssen, wenngleich der Erlaß eines der Berufung nicht unterliegenden Verdamnisurtheils in Aussicht steht, dennoch die Aussagen der Zeugen zu Protokoll

festgestellt werden, sowohl deshalb, weil die ausgebliebene Partei noch bis zum Schlusse der Verhandlung erscheinen und verhandeln kann, als deshalb, weil durch das Versäumniskürtheil die Instanz noch nicht mit Sicherheit abgeschlossen ist, vielmehr nach erhobenem Einspruch ein kontradiktorisches Endurtheil möglich ist; gerade mit Rücksicht auf dieses Endurtheil wird der Beweis ausgenommen und das Resultat festgestellt. Unter dem Endurtheil im Sinne des § 147 ist dasjenige zu verstehen, in welchem die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen für die Entscheidung zu wärbigen sind. (AR. mit Unrecht A. Förster Anm. 1 b.) In diesem Endurtheile müssen die Aussagen jedenfalls festgestellt werden nach §§ 259, 284 Nr. 3, 4, da § 147 nur die Unterlassung der Aufnahme im Protokolle gestattet; R. 15. März 1890, JW. 236; 18. Juni 1894, Raffr. 38, 1215, JW. 424.

Wenn nach der Vernehmung die Sache noch nicht spruchreif ist, vielmehr eine Vertagung der Verhandlung oder ein neuer Verhandlungstermin (z. B. wegen anderweitiger Beweiserhebungen) nothwendig wird, so ist zwar die Protokollierung unter den Voraussetzungen dieses Paragraphen ebenfalls in das Ermessen des Gerichts gestellt; allein es wird selten zweckmäßig sein, in solchen Fällen von der Protokollierung Abstand zu nehmen, weil bei fehlendem Erinnerungsvermögen Seitens eines Gerichtsmitgliedes, jedenfalls aber bei einem Wechsel in den Mitgliedern des erkennenden Gerichts zufolge des Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit der Verhandlung und der freien Beweiswürdigung die Vernehmung wiederholt werden muß; R. 14, 379, 383, 16. März 1882, JW. 131; 18. Febr. 1886, JW. 89, Raffr. 30, 727; woran auch durch einen etwaigen Verzicht der Parteien nichts geändert werden kann, da die erwähnten Grundsätze absolutes Prozeßrecht sind und der Parteivereinbarung nicht unterliegen, R. 3. Febr. 1887, JW. 67. Auch wenn nach Aufhebung des Berufungsurtheils eine neue Beweiswürdigung von einem anders zusammengesetzten Kollegium des Berufungsgerichts erfolgen muß, kann dieselbe nicht auf Grund der nicht protokollierten und nur in dem Thatbestande des aufgehobenen Berufungsurtheils wiedergegebenen Zeugen- oder Sachverständigen-Aussage erfolgen, R. 17, 344. Bgl. auch Anm. 4 § 146.

Zu der Bemerkung, daß die Vernehmung stattgefunden habe, gehört natürlich auch die Angabe der Personalien sowie der erfolgten oder nicht erfolgten Vertheidigung. Die Verweigerung eines Zeugnisses im Termine, § 351, ist, als zum Gange der Verhandlung gehörig, jedenfalls nach § 146 Abs. 1 in das Protokoll aufzunehmen.

### § 148.

Das Protokoll ist insoweit, als es die Nr. 1—4 des § 146 betrifft, den Beteiligten vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. In dem Protokolle ist zu bemerken, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen erhoben sind.<sup>1)</sup>

E. 142. N. 364. P. 56. 527.

1) Die Vorschrift des § 148 hat sich aus der Analogie der Notariatsprotokolle in der italienischen und deutschen Praxis entwickelt (Weßel § 36 Nr. 78). Im Falle einer früheren Entfernung der Beteiligten ist diese zu konstatiren. Durch die Nichtgenehmigung wird die Gültigkeit des Protokolls nicht beeinträchtigt; es ist eine amtliche Konstatirung der Behörde, welche dieselbe unter ihrer amtlichen Verantwortlichkeit vorzunehmen hat. Ueber die Bedeutung der Genehmigung des Protokolls Anm. 1 a § 146. Die Vorschrift des § 148 unterliegt dem Verzicht der Parteien und dem § 267, R. 12, 436. AR. Caupp § 148 unter Berufung auf R. 14, 382 u. 17. 378; welche Entscheidungen aber nicht die Heilung einer Verletzung des § 148 betreffen. Der Vermerk über die geschehene Vorlegung oder Verlesung ist auch für die Gültigkeit des Protokolls, selbst für § 150, nicht wesentlich. Der Beweis dafür kann anderweit geführt werden; Endemann I, 510; R. 11. Juli 1883, Raffr. 28, 1102, DvZG. 10. April 1883, SA. 39, 208. Ein lautes Diktiren des Protokolls in die Feder des Gerichtsschreibers kann die Vorlegung oder Verlesung nicht ersetzen; da festzustellen bleibt, ob das Geschriebene dem Diktat entspricht, was bekanntlich

nicht immer der Fall ist; aM. Gaupp unter Berufung auf die Hann. Prot. 2215; indefs der dort gelegentlich ausgesprochene Irrthum darf die Gesetzesauslegung nicht beeinflussen.

### § 149.

Das Protokoll ist von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben.

Ist der Vorsitzende verhindert, so unterschreibt für ihn der älteste betzfigende Richter. Im Falle der Verhinderung des Amtsrichters genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers.<sup>1)</sup>

R. 142. N. 365. P. 56. 527.

1) Die Führung des Protokolls ist Aufgabe des Gerichtsschreibers (vgl. OB. § 154 u. Anm.), welcher dabei von dem Vorsitzenden kontrollirt wird. Bei Differenzen zwischen beiden giebt nicht, wie A. Förster Anm. 2 annimmt, die Meinung des Gerichtsschreibers, als der eigentlichen Urkundsperson, den Ausschlag, sonst wäre die Kontrolle des Vorsitzenden bedeutungslos, vielmehr würde durch eine nicht auszugleichende Differenz die Aufnahme eines Protokolls unmöglich gemacht, da auch eine etwaige Entscheidung des Gerichts über die Differenz weder den Vorsitzenden noch den Gerichtsschreiber verbinden kann, etwas gegen ihre Ueberzeugung zu beurkunden. Allenfalls müßten die Differenzen in den Wahrnehmungen des Gerichtsschreibers und des Vorsitzenden in dem Protokoll zu bemerken sein; vgl. Gaupp zu § 149. Andere Unterschriften, mithin die der Parteien, Bevollmächtigten oder Zeugen sind nicht nöthig. Dagegen ist die Unterschrift des Gerichtsschreibers, und soweit sie nöthig ist, die des Vorsitzenden dergestalt wesentlich, daß ohne sie das Schriftstück kein Protokoll ist und keine Beweiskraft hat, weil die amtliche Befätigung fehlt, daß es eine von der Behörde aufgenommene Urkunde ist; Anm. 1 § 380, Gaupp. AM. Endemann I, 511. Daraus, daß die Unterschriften des Vorsitzenden in gewissen Ausnahmefällen ersetzt oder entbehrlich wird, folgt nicht, daß sie in den Regelfällen nicht wesentlich sei, wie A. Förster Anm. 1 annimmt. Ist der Amtsrichter verhindert, so hat dies der Gerichtsschreiber zum Protokoll zu konstatiren. Ueber die zweckmäßigste Beschäftigung von Referendarien als Gerichtsschreiber vgl. Meyer a. a. O. 323.

### § 150.

Die Beobachtung der für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden.<sup>1)</sup> Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt desselben ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.<sup>2)</sup>

R. 143. N. 366. 369. P. 55. 527.

1) Voraussetzung der Anwendung des ersten Satzes des § 150 ist, daß es auf den Beweis der Förmlichkeiten der Verhandlung überhaupt ankommt. Derjenige, welchem dann die Beweislast obliegt (vgl. z. B. § 513 Nr. 1, 6), kann den Beweis nur durch das Protokoll führen. — Was zu den vorgeschriebenen Förmlichkeiten der mB. — wohl zu unterschreiben von der Form des Protokolls, d. i. des Darstellungs- (Beurkundungs-) Mittels der Verhandlung — im Sinne des § 150 gehört, ist im Gesetze nicht näher bestimmt und muß also aus dem Begriffe bestimmt werden. Derselbe schließt den Inhalt der Verhandlung (§ 146) aus und umfaßt nur die äußerlichen Thatfachen, welche feststellen, daß und unter welchen äußeren, für die Gültigkeit erheblichen, Umständen eine mündliche Gerichtsverhandlung stattgefunden hat. Wesentlich dürften dazu gehören die Anwesenheit und Besetzung des Gerichts, die Zugiehung des Gerichtsschreibers, die Oeffentlichkeit der Verhandlung oder deren Ausschließung, die Anwesenheit der Verhandellenden und die Thatfache, daß verhandelt ist. Vgl. Gaupp Anm. I; v. Sarwey I, 244. Seuffert Anm. 1, welcher auch noch die Beweidigung der Zeugen und Sachverständigen zu den für die mB. vorgeschriebenen Förmlichkeiten

keiten zählt, vgl. *RO. Str.* 10, 92. Das Reichsgericht rechnet auch die Verkündung der Entscheidungen gemäß § 146 Nr. 6 dazu, vgl. *Ann.* 1 § 146.

2) Förmlichkeiten, deren Beobachtung das Protokoll nicht erwähnt, sind, sofern es auf den Beweis ankommt, nicht als gewährt zu erachten, da ein anderer Beweis als durch das Protokoll ausgeschlossen ist. Hiergegen ist auch der im Satz 2 in abstracto zugelassene Gegenbeweis der Fälschung nicht zulässig, weil ein die nicht erwähnten Förmlichkeiten betreffender Inhalt gar nicht vorhanden ist, also die Wahrheit wohl verschwiegen sein kann, nicht aber gefälscht, d. h. unrichtig darstellend geändert ist.

Gegen die Thatfache, daß und wie die im Protokolle erwähnten Förmlichkeiten zufolge der Angaben des Protokolls beobachtet sind, ist der Beweis zulässig, daß im Protokolle die Thatfachen vorfänglich unrichtig angegeben sind, also der objektive Thatbestand der Urkundenfälschung (Strafges. § 267) oder der wissentlich falschen Beurkundung (Strafges. § 348) vorliegt. *Abw. Meyer a. a. D.* 323, welcher nur ersteren voraussetzt. Ob die vorfänglich falsche Beurkundung noch vor der Vollziehung des Protokolls oder erst nachträglich erfolgt ist, macht keinen Unterschied. Der Beweis der Fälschung der Unterschriften oder der fälschlichen Anfertigung der Urkunde entkräftet natürlich das ganze Protokoll. Dagegen genügt der sonst nach §§ 380 Abs. 1, 383 Abs. 2, 3 gegen öffentliche Urkunden zulässige Beweis der objektiven Unrichtigkeit für diesen Fall nicht; auch nicht der Beweis des Irrthums oder einer Fahrlässigkeit. Andererseits ist nicht der Beweis einer strafbaren Fälschung erforderlich; und es sind auch für den Beweis der Fälschung alle civilprozessualischen Beweismittel zulässig; *Seuffert Ann.* 2. Vgl. über den Gegenbeweis gegen den Inhalt des Protokolls *Ann.* 1 a § 146.

### § 151.

Zu den Verhandlungen, welche außerhalb der Sitzung vor Amtsrichtern oder vor beauftragten oder ersuchten Richtern stattfinden, ist der Gerichtsschreiber gleichfalls zuzuziehen.<sup>1)</sup>

*E. 144. P. 367. 368. P. 56. 527.*

1) Ueber den beauftragten und ersuchten Richter s. *Ann.* 4 § 74. Vorschriften über den Inhalt des Protokolls vgl. in §§ 315, 316, 354. Sonstige Vorschriften sind für diese Verhandlungen nicht gegeben. Die Bestimmungen der §§ 145 ff. werden entsprechend anzuwenden sein, soweit sie nicht durch den abweichenden Zweck, durch andere Voraussetzungen oder sonstige Vorschriften modifizirt sind, wie z. B. § 145 Nr. 5 durch *GB.* § 170, ferner § 146 Abs. 1 und § 147 durch den Fortfall der Voraussetzung der *mB.* Nichtanwendbar ist § 150, der sich nur auf die für die *mB.* vorgeschriebenen Förmlichkeiten bezieht; *Saupp Ann.* II; *aM. Seuffert.*

## Zweiter Titel.

### Bustellungen.

1) Die Vermittelung der Geschäfte, welche nöthig sind, um behufs der Prozessentscheidung die erforderlichen Mittheilungen zwischen den Parteien, zwischen diesen und den Gerichten, sowie Zeugen, Sachverständigen, Dritten zu veranlassen, Ladungen zu bewirken, Erklärungen zu fordern, das Zustellungswesen (ebenso die Vollstreckung der Entscheidungen) war im gemeinrechtlichen Verfahren der unmittelbaren Fürsorge der Gerichte und der von denselben beauftragten, geleiteten und kontrollirten Beamten überlassen. Die Partei hatte sich mit der Klage an das Gericht zu wenden und dieses, einmal mit dem Prozesse befaßt, that von Amtswegen die nöthigen Schritte, um dessen Fortgang, die Ladungen und Mittheilungen zu fördern, Officialbetrieb des Prozesses durch das Gericht. Die preuß. *AGO.*, auch die Josephinische österreichische, und mehrere neuere Prozessordnungen (Württemberg, Baden, Braunschweig, Oldenburg, Lübeck) hatten sich diesem Gerichtsbetriebe angeschlossen. Im Gebiete des *code de procédure civile* bleiben dagegen die Ge-

richte hinsichtlich des vor dem Spruche nöthigen Geschäftsbetriebes passiv. Sie geben nur die Terminszeit kund, wenn sie Recht zu sprechen bereit sind, und die Parteien haben selbst für die nöthigen Vorbereitungen und Mittheilungen zu sorgen (unmittelbarer Prozeßbetrieb durch die Parteien). Durch besondere Beamte (huissiers) läßt der Kläger dem Beklagten die Klage und eine Partei der anderen oder Dritten Mittheilungen zustellen. Die Anzeige der Anwaltsbestellung seitens des Beklagten und der vorbereitende Schriftwechsel erfolgen unmittelbar zwischen den beiderseitigen Anwälten. Diesem französischen Systeme des Partebetriebs war auch die bayerische P.D. von 1869 gefolgt. Die hannov. P.D. von 1850, und im Anschlusse daran der hannov. Entw., sowie der Norddeutsche Entw. hatten das System des Partebetriebs zwar angenommen, aber durch eine größere Betheiligung des Gerichts modifizirt.

Weder durch die Verhandlungsmaxime noch andererseits durch die mündliche oder schriftliche Vortragsform wird das eine oder andere der Betriebssysteme notwendig. Es sind lediglich Fragen der Zweckmäßigkeit, durch welche Mittel die Zwecke am zuverlässigsten, schnellsten, besten und mit der mindest-möglichen Aufwendung größerer geistiger Kräfte, als zu solcher Thätigkeit nöthig ist, erreicht werden können. Diese Zweckmäßigkeitsrückichten haben dazu geführt, in der C.P. eine Vermittelung der beiden Systeme aufzunehmen, und die Thätigkeit des Gerichts beim Prozeßbetriebe mit eintreten zu lassen, aber beschränkt und unterstützt durch den Selbstbetrieb der Parteien.

Beim Beginn des Processes bis zur m.B. ist der Selbstbetrieb der Partei, vorbehaltlich der gerichtsjeitig erfolgenden Bestimmung des Verhandlungstermins, zugelassen und im Anwaltsprozeße (einschließlich der höheren Instanzen) nöthwendig. Die Partei muß zur Einleitung des Rechtsstreits bzw. einer Instanz (abgesehen von der Beschwerde) im Anwaltsprozeße durch direkte Beauftragung des Gerichtsvollziehers zur Verhandlung laden lassen. Im Parteiprozeße kann sie dies ebenfalls, sie kann sich aber auch an den Gerichtsschreiber wenden, um die Ladung zu veranlassen, §§ 152 ff., 191 ff. Nach der m.B. sorgt regelmäßig das Gericht für die Ansetzung der nöthigen ferneren Termine, § 127 Abs. 3, auch von Amtswegen für die beschlossene Beweisaufnahme, die Ladung von Zeugen und Sachverständigen, und die demnächstige Verhandlung, §§ 326 ff., 335, 342, 367; vgl. auch §§ 294, 185, 187 und C.B. § 107. Die Zustellung der Urtheile zu veranlassen, ist Sache der Parteien, § 238; im öffentlichen Interesse sind jedoch Urtheile auf Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe, § 582, sowie Beschlüsse über Entmündigung und deren Wiederaufhebung, §§ 602, 619, 623, 625, von Amtswegen zuzustellen.

Zur Ermöglichung und Erleichterung des Selbstbetriebs sind die Zustellungen und Ladungen den „Gerichtsvollziehern“ als besonderen Beamten übertragen, welche von der Partei und soweit das Gericht sie anordnet, vom Gerichte beauftragt werden. In allen Fällen jedoch, wo die Parteien durch Anwälte vertreten sind, ohne Unterschied, ob es sich um einen Anwalts- oder einen Parteiprozeß handelt, ist die erleichterte Zustellung von Anwalt zu Anwalt gestattet, § 181. Ueber Gerichtsvollzieher im Allgemeinen vgl. Anm. C.B. §§ 155, 156. Ueber Zustellungen im Allgemeinen und über diejenigen der Gerichtsvollzieher besonders vgl. Anm. 1, 2 § 152. Ueber Mängel der Zustellungen Anm. § 156. Ueber die Beweiskraft und Mängel der Zustellungsbekunden und über die Zulässigkeit anderer Beweismittel Anm. 1 § 173.

2) Nach dem Systeme der C.P., wie es erst durch Einschaltung der §§ 176—180 auf Beschluß des Bundesraths gestaltet ist, ist die Zustellung durch die Post zulässig und soll bei Strafe der Selbsttragung sonstiger Mehrkosten die Regel sein, muß aber durch den Gerichtsvollzieher vermittelt werden, welcher die Identität des zuzustellenden Schriftstücks festzustellen hat. Im Parteiprozeße kann die Partei durch Vermittelung des Gerichtsschreibers (an Stelle des Gerichtsvollziehers) die Zustellung durch die Post bewirken lassen, §§ 176—183. (Einen besonderen Ausnahmefall bildet die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post nach § 161, zu unterscheiden von der Zustellung durch die Post, vgl. § 152.) — Ueber Zustellungen in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vor den

Gerichten der deutschen Schutzgebiete vgl. Ges. 17. April 1886, *RSBl.* 75, § 3 Nr. 5; *Berordn.* 15. Juni 1886, *RSBl.* 187, § 6; 13. Sept. 1886, *RSBl.* 291, § 6; Ges. 15. März 1888, *RSBl.* 71, § 3 Nr. 10; *Berordn.* 2. Juli 1888, *RSBl.* 211, §§ 6, 7; 23. Juli 1888, *RSBl.* 221, § 1; 7. Febr. 1890, *RSBl.* 55, § 1; Ges. 1. Jan. 1891, *RSBl.* 1, §§ 6, 7. — Im Verfahren vor den Gewerbegerichten erfolgen die Zustellungen von Amtswegen, und ist das Zustellungswesen vereinfacht, Ges. 29. Juli 1890 §§ 30—33; vgl. *Minist. Reskr.* 13. Febr. 1892, *S. f. O.* 91; über Zustellungen in dem Verfahren vor dem Patentamt vgl. *B.* 11. Juli 1891, *RSBl.* 349 § 12. — Vgl. auch *Scheele*: Die Zustellung im Civilprozeß, *Hamm* 1886. Ueber Reform des Zustellungswesens vgl. *Bierhaus*, *Buch* 15, 463 ff., *Seuffert*, *Buch* 18, 277; v. *Lang*, Die wesentlichsten Mängel der *D. C. P. D.* *Lübigen* 1894 u. *civ. A.* 76, 265 ff.; dazu *R. Levy*, *Raff. R.* 38, 906 ff.

## § 152.

Die Zustellungen<sup>1)</sup> erfolgen durch Gerichtsvollzieher.<sup>2)</sup>

In Anwaltsprozessen ist der Gerichtsvollzieher unmittelbar zu beauftragen,<sup>3)</sup> in anderen Prozessen nach der Wahl der Partei entweder unmittelbar oder unter Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts.<sup>4)</sup>

**R. 148. N. 250. 257—264. P. 58. 57. 527—529.**

1) Die in diesem Titel über Zustellungen gegebenen Vorschriften betreffen an sich nur die der *C. P.* unterliegenden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten der ordentlichen Gerichtsbarkeit, §§ 3, 18 *CO.* Sie sind jedoch durch § 37 *St. P. D.* auf Strafsachen, durch die landesgesetzlichen Ausführungs- und Uebergangsgesetze auch auf die Zustellungen in gerichtlichen Angelegenheiten, welche nicht zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gehören, sowie auf die vor dem Inkrafttreten der *C. P.* anhängig gemachten Prozesse entsprechend bzw. unter Modifikationen anwendbar erklärt. Vgl. für Preußen *MO.* 24. März 1879 § 1, Uebergangsbef. 31. März 1879 § 2. (Abweichungen: *St. P. D.* §§ 39 bis 41; *Berf.* 16. Juli 1879, *J. M. Bl.* 194, 195; *Gesch. - Anw. f. Vollz.* §§ 39, 40—44, 45; § 19 Nr. 1 *Govollz. - D.*, §§ 15 resp. 14 der *Gesch. - Ord.* für die Gerichtsschreiberien.) Wegen der anderen Bundesstaaten vgl. v. *Wilmowski-Levy*, *Ausz. - Ges.*, *Register*: „Zustellung“. Wegen der deutschen Schutzgebiete und der Gewerbegerichte vgl. *Borb. 2.* — Vorbehalten bleiben überall gemäß § 5 *CO.* die etwa abweichenden Bestimmungen für Zustellungen an Deutsche Landesherren, und an Mitglieder der landesherrlichen Familien und der fürstlichen Familie Hohenzollern.

Su den Zustellungen sind auch die Zustellungen von Ladungen zu rechnen. Die Ladung im eigentlichen Sinne der *C. P.* ist die an einen Andern gerichtete schriftliche Aufforderung, zu einem Termin zu erscheinen, §§ 230 Nr. 3, 187 *Abf.* 1, 189, 191 *Abf.* 2, 192 ff. Sie ist also der Inhalt eines zuzustellenden Schriftstücks und Gegenstand einer Zustellung; ihre Zustellung ist das Mittel, die Form, die Ladung dem Dritten zukommen zu lassen; *Meyer*, *Raff. R.* 21, 488. Indeß wird auch die Veranlassung der Zustellung einer Ladung als Ladung bezeichnet; §§ 191 *Abf.* 1. Dagegen sind die Vorschriften dieses Tit. nur anwendbar, wo eine Zustellung von der *C. P.* vorgeschrieben ist, nicht auf die Mittheilungen (Aufforderungen, Anzeigen, Benachrichtigungen), wie z. B. §§ 70, 125, 327, 329, 330, 351, 634 *Abf.* 2 und öfter. Diese können formlos, schriftlich oder mündlich erfolgen, sofern nicht in der *C. P.* ausdrücklich eine Zustellung verlangt wird.

Zustellungen, welche von Amtswegen erfolgen, sind (gegen *Endemann* 1, 520, 528), von den Vorschriften dieses Tit. nicht ausgenommen. Der Wortlaut der Vorschriften (§§ 152 *Abf.* 1, 176 ff.) unterscheidet im Allgemeinen nicht zwischen den auf Parteibetrieb und den vom Gerichte veranlaßten Zustellungen (vgl. vielmehr § 156 *Abf.* 2 am Schluß); nur in einzelnen Bestimmungen (§§ 152 *Abf.* 2, 153—155, 179) ist der Parteiauftrag vorausgesetzt. Vgl. auch *preuß. Gesch. - Anw. für Ger. - Vollz.* §§ 18, 19. — Für die Frage, ob eine Zustellung auf den Betrieb der Partei, welche sie ausgeführt zu wissen interessiert ist, oder von

Amtswegen zu veranlassen ist, wird die Regel für den Parteibetrieb maßgebend. Im R. § 235 war an die Spitze des Titels von Zustellungen gesetzt: „die Zustellungen erfolgen auf Betreiben der Parteien, soweit nicht dieses Gesetzbuch ein Anderes bestimmt.“ In der G.P. ist dieser Grundsatz ebenfalls aufrecht erhalten, wenngleich als selbstverständlich nicht ausdrücklich ausgesprochen. Vgl. Anm. § 288 Abs. 1. So oft das Gesetz dem Gerichte eine Thätigkeit auferlegt, welche Zustellungen erfordert, §§ 294 Abs. 3, 326 ff., 335, müssen diese Zustellungen auf Betreiben des Gerichts erfolgen. Andererseits sind auch die von den Parteien betriebenen und beantragten Zustellungen in den Fällen der §§ 182—189 von dem Gerichte auszuführen, wobei jedoch zu unterscheiden bleibt, daß die Zustellung alsdann nicht von Amtswegen veranlaßt, aber auf Antrag in Ausübung der Amtspflicht bewerkstelligt wird. Vgl. Anm. § 187.

2) Abs. 1 drückt nur die Regel aus, vorbehaltlich der Ausnahmen der §§ 179, 181 bis 184, 187. Zu unterscheiden sind folgende Zustellungsarten:

- a) unmittelbare Zustellung durch den Gerichtsvollzieher;
- b) durch die Post seitens des Gerichtsvollziehers §§ 176 ff.;
- c) mittelst Aufgabe zur Post durch den Gerichtsvollzieher §§ 161, 221 Abs. 2, 730 Abs. 2, 736 Abs. 3;
- d) durch die Post seitens des Gerichtsschreibers § 179;
- e) von Anwalt zu Anwalt § 181;
- f) durch öffentliche Bekanntmachung §§ 186—190;
- g) mittelst Ersuchen von Behörden, Konsuln, Gesandten §§ 182—185.

Abgesehen von den bezeichneten Ausnahmen kann die Zustellung durch andere Personen als Gerichtsvollzieher z. B. durch Notare oder durch direkte Zufindung der Partei nicht erfolgen. Auch eine Zustellung durch den Telegraphen ist als gesetzliche Zustellung nicht statthaft. (Vgl. jedoch R. 14, 335.) Rot. 142.

Die Redaktion dieses Titels ist einigermassen dadurch beeinträchtigt, daß durch die Beschlüsse des Bundesraths die §§ 176—180 eingeschaltet wurden, ohne daß in der Fassung der früheren Paragraphen etwas geändert worden wäre. Vgl. Anm. 2 § 154. Auch die „durch die Post“ bewirkten Zustellungen, § 176, erfolgen „durch Gerichtsvollzieher“, welche damit zu beauftragen sind und in der § 177 angegebenen Weise thätig sein müssen. Nur im Falle des § 179 kann der Gerichtsschreiber, ohne einen Gerichtsvollzieher zuzuziehen, unmittelbar die Post ersuchen. Wenn dann der § 180 die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher der Zustellung durch die Post gegenüber stellt, so ist hier unter der ersteren eine solche verstanden, welche gemäß den (früher als alleinige gegebenen) Vorschriften der §§ 146—161 durch den Gerichtsvollzieher direkt ohne Vermittelung der Post — im Gegensatz zu den neu aufgenommenen Postzustellungen der §§ 176—179 — erfolgt ist. Vgl. Vorb. 2.

Der Gerichtsvollzieher ist von der Partei, welche zustellen lassen will, oder von deren Bevollmächtigten zu beauftragen; bei Zustellungen von Amtswegen wird er vom Gerichte beauftragt, vgl. preuß. Ges.-Anm. f. Svollz. § 20. Der Gerichtsschreiber kann, soweit dies zulässig ist (§§ 152 Abs. 2, 154), als Vermittler zur Ausführung eines Parteauftrags dienen. Für die von Amtswegen zu bewirkenden Zustellungen ist der Gerichtsschreiber ausführendes Organ des Gerichts und hat als solches dem Gerichtsvollzieher die Gerichtsaufträge zu übermitteln. Vgl. Ges.-Anm. f. preuß. Svollz. § 20; preuß. Ges.-Ordn. f. Ger.-Schreib. d. Amtäger. §§ 18, 26, d. Landger. u. d. Oberl.-Ger. §§ 17, 18 (ZMBl. 1879 S. 194, 230, 324). Für Sachsen vgl. ZMVerord. 17. März 1893, ZfO. 1893 S. 65. Das im § 179 zugelassene unmittelbare Ersuchen an die Post ist für Zustellungen von Amtswegen nicht anwendbar. Abw. Ges. betr. d. Gewerbeger. § 31.

In den Fällen des G.P. § 156 ist der Svollz. kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen. Ein unter Nichtbeachtung dieser Vorschrift erfolgter Zustellungsakt ist ungültig und hat keine Wirkung, Rot. z. G.P. 188. Die Ungültigkeit kann indeß durch Verzicht oder Unterlassung der Rüge gemäß § 267 Abs. 1 geheilt werden; dieselbe nach § 267 Abs. 2 für nicht verzichtbar und unheilbar zu erklären (wie Hellmann I, 465), ist kein Grund vorhanden; im öffentlichen Interesse liegt es nicht, daß sich ein Betheiliger

die Thätigkeit des Bevollz. in den Fällen des § 156 OB. selbst dann nicht gefallen lassen dürfte, wenn er es wollte. Vgl. Seuffert Anm. 1, Gaupp Anm. I.

Die **Gerichtsvollzieher** sind öffentliche „Beamte“, OB. § 155, welche die Aufträge der Parteien und des Gerichts, gebunden und beschränkt durch die gesetzlichen Vorschriften hinsichtlich der Zulässigkeit des Auftrags selbst und der Art der Ausführung, auszuführen haben, und welche in Betreff der Ausführung und Unterlassung ihrem Auftraggeber verantwortlich sind, und außerdem den Disziplinarvorschriften unterliegen. Ueber die Stellung des Bevollz. zu der ihn beauftragenden Partei **RO. 9**, 362 u. Anm. 3 § 674. Ihre Gebühren sind reichsgesetzlich durch die **GD. f. Bevollz.** 24. Juni 1878, **RSBl.** 166, u. das **Ges.** 29. Juni 1881, **RSBl.** 178 ff., geregelt. Die Regelung ihrer sonstigen Dienst- und Geschäftsverhältnisse ist bei dem Reichsgerichte dem Reichskanzler, bei den Landesgerichten der Landesjustizverwaltung überlassen, OB. § 155. Für die Konsulargerichtsbarkheit vgl. **Ges.** 10. Juli 1879 §§ 10, 44. Für Preußen vgl. Anm. 1 § 155 OB. Zu den Dienstvorschriften gehören insbesondere auch die Bestimmungen über ihre Zuständigkeit. Sie werden in Preußen (Lebenslänglich, aber auch einstweilig oder widerruflich, **Bevollz.-D.** 23. Febr. 1885, **RSBl.** 56 ff., §§ 13, 41, 49) bei den Amtsgerichten mit örtlicher Zuständigkeit für den Landgerichtsbezirk ihres Amtsgerichts angestellt, **Bevollz.-D.** §§ 16, 17. Vgl. **Verf. v. 22. Aug. 1891 betr. Bevollz. der Amtsgerichte I u. II Berlin**, **RSBl.** 217. Sie können indeß daselbst Zustellungen durch die Post nach jedem Orte des Deutschen Reiches bewirken, **Gesch.-Anw.** §§ 2, 18. Vgl. **OB.** § 161. Daß sie Zustellungen in anderen Bezirken außer ihrem Zuständigkeitsgebiete und außer durch Ersuchen der Post auch durch Ersuchen eines dort zuständigen Bevollz. veranlassen können (falls etwa die Adresse für die Post nicht bestimmt genug angegeben werden kann), ist nicht für ausgeschlossen zu erachten; vielmehr ist im Auftrage auch die Ermächtigung zum Weitergeben des Auftrags als verstanden anzusehen; **Gaupp Anm. I.** Handlungen eines Bevollz. außer seinem Zuständigkeitsbezirke sind ungültig und unwirksam, weil er außerhalb desselben nicht Bevollz. ist, indeß nach § 267 heilbar; **Gaupp Anm. I.** Vgl. Anm. 1 § 174. — Unter den bei einem Amtsgerichte angestellten mehreren Bevollz. sollen nach der **preuß. Gesch.-Anw. f. Bevollz.** § 22 die von Amtswegen oder unter Vermittelung aufgetragenen Geschäfte im Voraus vertheilt werden, die Gültigkeit ihrer Handlungen indeß durch die Beobachtung dieser Geschäftsvertheilung nicht berührt sein.

3) Im **Anwaltsprozeße** kann sich der Anwalt zur Veranlassung des Auftrags für den Bevollz. nicht an den Gerichtsschreiber wenden. Ein Antrag, dies zuzulassen, ist in der **RR.** abgelehnt. Auch zur Ladung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter (§ 74 Abs. 2) ist dies nicht zulässig (**RR. Kleiner 1**, 566), da § 152 Abs. 2 nicht Prozeßhandlungen, für welche eine Anwaltsvertretung nicht nötig ist, den übrigen Prozeßhandlungen, sondern die **Anwaltsprozeße** anderen Prozeßen gegenüberstellt und daher für jede Verwendung des Bevollz. im ganzen Verlaufe des Anwaltsprozesses nur der unmittelbare Auftrag zulässig ist. Vgl. auch § 120 und Anm. 3 dazu am Schlusse. Anders für ein amtsgerichtliches Verfahren; vgl. Anm. 4. — Der Auftrag an den Bevollz. wird im Anwaltsprozeße in der Regel vom Anwalt ausgehen. Indes ist die Ertheilung des Auftrags seitens der Partei selbst oder eines Bevollmächtigten derselben (z. B. eines bei dem Prozeßgerichte nicht zugelassenen Anwalts) nicht für unzulässig zu erachten, da es sich hierbei nicht um eine Vertretung vor dem Prozeßgerichte (§ 74 Abs. 1) handelt. Vgl. Anm. 3 § 74. Nach §§ 477 Abs. 2, 514 Abs. 2 ist insbesondere der Prozeßbevollmächtigte höherer Instanz befugt, das Urtheil der unteren Instanz zustellen zu lassen. Auch ohne Auftragsvertheilung genügt die Genehmigung der Partei (nach **preuß. RR.** auch ohne Schriftform), **RO. 30**, 389.

4) In **Parteiprozessen** kann die Partei (oder ihr Anwalt) nach ihrer Wahl entweder selbst unmittelbar den Bevollz. beauftragen, oder den Gerichtsschreiber ersuchen, Namens der Partei den Bevollz. zu bevollmächtigen, § 153 Abs. 1. Die Partei kann dazu einen bestimmten Bevollz. benennen, **preuß. Just.-Min.-Berf.** 18. Okt. 1888, **Buch** 18, 291. Zu den „anderen Prozeßen“ ist (außer § 315 Abs. 2) hier unzweifelhaft auch das **Mahn-**



verfahren gerechnet, selbst wenn man dasselbe nicht für einen eigentlichen Prozeß erachten will (vgl. Vorb. vor § 628). Ueberhaupt ist für ein amtsgerichtliches Verfahren ohne Prozeß oder nach einem Prozesse, für welches ein „Anwaltsprozeß“ nicht in Rede steht, die Vermittelung des Gerichtsschreibers als zulässig vorausgesetzt, wie die Bezugnahme in §§ 730 Abs. 2, 736 Abs. 3 zeigt. — Auftraggeber ist für den Svollz. die Partei selbst, während der Gerichtsschreiber immer nur den Auftrag vermittelt; Preuß. Gesch.-Anw. f. Svollz. § 20. Der Letztere ist nicht der Beauftragte der Partei, sondern fungirt als Organ der Behörde; R. 17, 391. — In dem von der Partei an den Gerichtsschreiber (ausdrücklich oder nach §§ 458, 462 gemäß gesetzlicher Vermuthung) gerichteten Gesuche zur Vermittelung einer Zustellung ist für denselben die Ermächtigung enthalten, entweder nach § 154 einen Svollz. zu beauftragen, oder nach § 179 unmittelbar die Post zu ersuchen. Die Partei kann indeß als Auftraggeber auch den einen oder anderen Weg bestimmt vorschreiben. Vgl. Anm. § 179. — Wegen der Gerichtskosten für Zustellungen vgl. Bef. 29. Juni 1881 (R. 178 ff.) Art. 1 Nr. 9 u. Art. 2.

### § 153.

Die mündliche Erklärung einer Partei genügt, um den Gerichtsvollzieher zur Vornahme der Zustellung, den Gerichtsschreiber zur Beauftragung eines Gerichtsvollziehers mit der Zustellung zu ermächtigen.<sup>1)</sup>

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, so wird bis zum Beweise des Gegentheils angenommen, daß dieselbe im Auftrage der Partei erfolgt sei.<sup>2)</sup>

R. 147. N. 260. P. 57. 529.

1) Abs. 1 regelt das Verhältniß zwischen dem Auftraggeber und dem Gerichtsvollzieher (bzw. Gerichtsschreiber). Dadurch, daß die mündliche Erklärung als genügend bestimmt ist, wird nicht ausgeschlossen, daß auch konkludente Handlungen (selbst außerhalb der gesetzlichen Vermuthungen der §§ 458, 462) genügen können, so z. B. die Suspension einer noch zuzustellenden Klage seitens des Anwalts, zumal an den regelmäßig von ihm requirirten Svollz. AR. Endemann 1, 524; Hellmann 1, 567.

2) Für den Svollz. ist ein Vollmachtsnachweis gegenüber demjenigen, welchem er zustellen will, nicht nöthig. Er ist durch die Vorschrift des Abs. 2 legitimirt; Rot. 144 § 147. Die in den Rot. 145 durch die publica fides des Svollz. begründete Vermuthung „bis zum Beweise des Gegentheils“ betrifft nach ihrem gesetzgeberischen Zwecke nur das Verhältniß der Partei zu dem Dritten, und ungeachtet des nicht unterscheidenden Wortlauts nicht das Verhältniß der Partei zum Gerichtsvollzieher, für welchen eine Auftrags-Vermuthung gegen die Partei auf Grund der publica fides aufzustellen, ebenso kein Grund vorliegt, wie auch im Verhältniß des Anwalts zu seinem Auftraggeber ein Gleiches nicht bestimmt ist. AR. Endemann 1, 524. Der Partei gegenüber hat also der Svollz. für seinen Gebührenbezug den Auftrag ohne Rücksicht auf Abs. 2 nachzuweisen, vgl. Anm. 1. — Wird die Vermuthung des Abs. 2 dem Dritten gegenüber von der Partei durch den Nachweis des Gegentheils widerlegt, so ist die Zustellung unwirksam. Nach R. 28. Okt. 1885, ZW. 351 zessirt ferner die Vermuthung des Abs. 2 in dem Falle, wenn in der Zustellungsurkunde die Person, für welche zugestellt werden soll, nach § 174 Nr. 2 nicht genannt ist. Vgl. auch § 676 u. Anm. — Uebrigens beziehen sich Abs. 1 u. 2 sowohl auf die unmittelbare Zustellung des Svollz. als auf die durch die Post.

### § 154.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist,<sup>1)</sup> hat<sup>2)</sup> dieser einen Gerichtsvollzieher mit der erforderlichen Zustellung zu beauftragen, sofern nicht die Partei erklärt hat, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher beauftragen wolle.

R. 148. N. 251. P. 57. 63. 64. 529.

1) Die Zulässigkeit der Vermittelung des Gerichtsschreibers ist gemäß § 152 Abs. 2 auf das amtsgerichtliche Verfahren beschränkt; mit Ausschluß aller Zustellungen innerhalb eines Anwaltsprozesses, auch der in § 74 Abs. 2 bezeichneten. Vgl. Anm. 3, 4 § 152. Außer dem Falle eines Partei-Eruchens um Vermittelung des Gerichtsschreibers, § 152 Abs. 2, können auch alle deutschen Gerichte, Staatsanwaltschaften und Gerichtsschreiber nach OB. § 162 wegen Ertheilung eines Auftrags an einen Bevollz. die Mitwirkung des Gerichtsschreibers des Amtsgerichts in Anspruch nehmen, in dessen Bezirk der Auftrag ausgeführt werden soll.

2) Außer der im Vorderfage ausgesprochenen Voraussetzung der Zulässigkeit der Vermittelung des Gerichtsschreibers (Anm. 1) ist in § 154 unausgesprochen vorausgesetzt, daß die Zustellung auch von der Partei wirklich gewollt ist. Außer den Klageabundungen und den sonst im Laufe des Rechtsstreits nöthigen Abundungen, für welche nach §§ 458, 462 das Gesetz den Antrag auf Vermittelung vermuthet, wenn nicht das Gegentheil erklärt ist, kann die Absicht der Partei, zustellen zu lassen aus konkludenten Handlungen erhellen, wenn eine Zustellung zur Ausübung ihres von der Partei beim Gerichte eingereichten oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärten Antrages nöthig ist. Dies gilt insbesondere für die Zustellung einer Nebenintervention, einer Streitverkündung, §§ 67, 70, der Aufnahme des Verfahrens gemäß § 227, des Zahlungsbefehls, § 629, der Pfändung einer Forderung, § 730, sowie für die Zustellung eines Urtheils mit Rücksicht auf § 671 alsdann, wenn die Zwangsvollstreckung daraus beantragt wird. Dagegen ist der Gerichtsschreiber sonst auch in Amtsgerichtsprozessen durch § 154 nicht ermächtigt, die Zustellung von Urtheilen, welche nach § 288 auf Betreiben der Partei erfolgen soll, zu veranlassen, wenn nicht durch die Partei ausgedrückt ist, daß sie eine Zustellung des Urtheils überhaupt, bzw. in dem gegebenen Zeitpunkte bewirken lassen wolle, was möglicherweise nicht in ihrem Interesse liegt. Dazu kommt, daß der Gerichtsschreiber bei Urtheilen, welche zwar für beide Parteien bestimmt, oder nur von der einen an die andere Partei zuzustellen sind, ohne Parteierklärung nicht wissen kann, für welche und an welche der beiden Parteien er zustellen lassen soll. Vgl. R. 14. Okt. 1885, 3W. 332. Die abweichende Ansicht von Meyer, Raffr. 24, 50—62 (vgl. dagegen 62 ff. a. a. D.) ist von ihm selbst in Zustell. v. Amtswegen 2 zurückgenommen.

Die Vorschrift des § 154: „hat zu beauftragen“ ist ferner durch den nachträglich eingeschalteten § 179 modifizirt.

### § 155.

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.<sup>1)</sup>

Die Zeit der Uebergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.<sup>2)</sup>

R. 149. N. 251. P. 57. 58. 529.

1) Für jede Person, welcher zugestellt werden soll, ist eine besondere Abschrift zu übergeben, damit der Bevollz. dem § 156 Abs. 1 entsprechend jeder eine beglaubigte Abschrift übergeben kann. Eine Zustellung an Mehrere durch ein einziges, bei demselben cirkulirendes Exemplar ist nicht zulässig; Endemann 1, 526; R. 5. März 1887, 3W. 111, Raffr. 31, 1156, SA. 42, 354. Bei der Zustellung an den Vertreter (nicht bloßen Zustellungsbevollmächtigten) mehrerer Bethelligter oder an einen von mehreren Vertretern, §§ 157 Abs. 3, 80, genügt jedoch die Uebergabe nur einer Abschrift § 172. Ueberhaupt ist es zulässig, mehreren Vertretern (gesetzlichen oder Prozeßbevollmächtigten) durch Uebergabe eines Exemplars zuzustellen, unmittelfar, oder durch die Post (unter gemeinschaftlicher Adresse) oder von Anwalt zu Anwalt (gegen gemeinschaftliches Empfangsbekentniß); auch durch Ersatzzustellung an einen gemeinschaftlichen Gehülfsen;

vgl. **RO.** 24, 216; 18. Sept. 1888, **ZB.** 394, **SA.** 44, 354; 22. Okt. 1889, **ZB.** 478, **SA.** 46, 216; 7. Jan. 1890, **ZB.** 46; vgl. jedoch den Rechtsfall, **Buch** 14, 493. Dem Bevollz. die Fertigung der Abschriften zu übertragen oder zu überlassen, ist nicht ausgeschlossen; er ist an sich nicht dazu verpflichtet, aber durch **Preuß. Zust. Min. Verf.** v. 3. Jan. 1885 dazu angewiesen, **Buch** 18, 291, 292. — Die Uebergabe von Abschriften entspricht nur dann dem Zwecke des § 155, wenn gemäß dem § 156 Abs. 1 Anderen beglaubigte Abschriften gegeben werden sollen, wie im § 156 (**BE.** § 166) früher für jede Zustellung in Aussicht genommen war; **Ann.** 1 § 156. Nachdem im § 156 die Zustellung von Ausfertigungen abweichend angeordnet ist, ohne daß § 155 dabei geändert wurde, ist zur Zustellung von Ausfertigungen, um dem § 156 Abs. 1 zu genügen, eine Ausfertigung (nicht eine Abschrift) bzw. eine entsprechende Zahl derselben zu geben; vgl. **Ann.** 4 § 156, sowie § 172.

2) Abs. 2 ist von der **RR.** zugesetzt, um dem Interesse des Auftraggebers, namentlich wo er Fristen innehalten muß, zu entsprechen, und hat für den Nachweis im Falle des § 213 einen großen Werth; **P.** 57, 58, 529. Auch für den Fall der Anwendbarkeit des § 190 ist die Vorschrift des Abs. 2 erheblich. Sie ist indeß nur instruktionell, die Gültigkeit der Zustellung wird durch die Nichtbeachtung nicht beeinflusst. Den Beweis der Zeit durch andere Beweismittel zu führen, ist nicht ausgeschlossen. Vgl. auch § 5 Abs. 3 der **Preuß. Gesch. Ordn.** für die **Gerichtsschreibereien.**

### § 156.

Die Zustellung<sup>1)</sup> besteht,<sup>2)</sup> wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll,<sup>3)</sup> in deren Uebergabe,<sup>4)</sup> in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.<sup>5)</sup>

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Vertreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt,<sup>6)</sup> bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.<sup>7)</sup>

**E. 149 a. (186). W. 251. P. 50. 530 zu § 166.**

1) Die Vorschriften über die Zustellung sind obligatorisch und nicht bloß instruktionell. (**MR. Heilbut, civR.** 69, 376 wegen der Indikativform der Vorschrift). Eine Zustellung, welche in anderer Weise, als nach den §§ 156, 165—172 erfolgt und eine Zustellung, welche an einen Anderen erfolgt, als an denjenigen, an welchen sie nach den §§ 157 bis 164 erfolgen soll, ist ungültig und es braucht ihr keine Folge geleistet werden. Zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vorschriften ist dabei vom Gesetze nicht unterschieden. Bei jeder Verletzung ist dem Beteiligten nicht ordnungsmäßig zugestellt bzw. ist er nicht ordnungsmäßig geladen, § 300 Nr. 2, auch wirkt die Zustellung nur zu Gunsten dessen, für den zugestellt ist (§ 174 Nr. 2, § 173 Abs. 3), **RO.** 1. Mai 1885, **ZB.** 241 (vgl. jedoch **Ann.** 2 § 178). Die Ausführung von **Petersen** I, 292—294 zu §§ 165—169, und **Buch** I, 70; (ähnlich **Fitting, Buch** II, 47, 51, 53, 66, 67): falls der Zweck der Zustellung erweislich dadurch erreicht sei, daß der Adressat das Zugestellte wirklich und auch rechtmäßig erhalten habe, seien durch diese Zweckerfüllung die etwaigen Mängel der Zustellung geheilt, macht zwar durch die Absicht, die sachlichen Rechte nicht durch Formalismus zu beschränken, einen bestehenden Eindruck; indeß das Gesetz deutet nirgends an, daß eine ordnungswidrige Zustellung außer dem Falle des Verzichts als gesetzliche gelten könne, oder daß die Anwendbarkeit der Vorschriften mit Rücksicht auf eine andere Zweckerfüllung fakultativ sei, beschränkt vielmehr das Recht der Rüge lediglich für bestimmte Zeit, § 267, und erkennt bei nicht ordnungsmäßiger Zustellung den Fall der Versäumung nicht an, §§ 300 Nr. 2, 3; 474. So auch **Gaupp Ann.** I, **Seuffert Ann.** 1; **RO.** 14, 338, 18. Mai 1885, **ZB.** 242 **Siff.** 9. **Abw. RO.** 17, 403; diese Abweichung ist von demselben III. Senat, **RO.** 21, 388; 29. Sept. 1888, **ZB.** 406 u. 10. März 1891, **ZB.** 222 gemißbilligt, desgleichen vom VI. Senat, **RO.** 19. Nov. 1894, **ZB.** 1895 **S.** 6; indeß vom V. Senat, **RO.** 15. Juni 1892, **ZB.** 331, **Raffr.** 36, 1222 wieder als richtig angenommen; vgl. auch **RO.** 4. Juni 1888, **Raffr.** 33

1) Die Zulässigkeit der Vermittelung des Gerichtsschreibers ist gemäß § 152 Abs. 2 auf das amtsgerichtliche Verfahren beschränkt; mit Ausschluß aller Zustellungen innerhalb eines Anwaltsprozesses, auch der in § 74 Abs. 2 bezeichneten. Vgl. Anm. 3, 4 § 152. Außer dem Falle eines Partei-Ersuchens um Vermittelung des Gerichtsschreibers, § 152 Abs. 2, können auch alle deutschen Gerichte, Staatsanwaltschaften und Gerichtsschreiber nach O.B. § 162 wegen Ertheilung eines Auftrags an einen Bevollz. die Mitwirkung des Gerichtsschreibers des Amtsgerichts in Anspruch nehmen, in dessen Bezirk der Auftrag ausgeführt werden soll.

2) Außer der im Vorderfaze ausgesprochenen Voraussetzung der Zulässigkeit der Vermittelung des Gerichtsschreibers (Anm. 1) ist in § 154 unausgesprochen vorausgesetzt, daß die Zustellung auch von der Partei wirklich gewollt ist. Außer den Klageabteilungen und den sonst im Laufe des Rechtsstreits nöthigen Ladungen, für welche nach §§ 458, 462 das Gesetz den Antrag auf Vermittelung vermutet, wenn nicht das Gegentheil erklärt ist, kann die Absicht der Partei, zustellen zu lassen aus konkludenten Handlungen erhellen, wenn eine Zustellung zur Ausübung ihres von der Partei beim Gerichte eingereichten oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärten Antrages nöthig ist. Dies gilt insbesondere für die Zustellung einer Nebenintervention, einer Streitverkündung, §§ 67, 70, der Aufnahme des Verfahrens gemäß § 227, des Zahlungsbefehls, § 629, der Pfändung einer Forderung, § 730, sowie für die Zustellung eines Urtheils mit Rücksicht auf § 671 alsdann, wenn die Zwangsvollstreckung daraus beantragt wird. Dagegen ist der Gerichtsschreiber sonst auch in Amtsgerichtsprozessen durch § 154 nicht ermächtigt, die Zustellung von Urtheilen, welche nach § 288 auf Betreiben der Partei erfolgen soll, zu veranlassen, wenn nicht durch die Partei ausgedrückt ist, daß sie eine Zustellung des Urtheils überhaupt, bzw. in dem gegebenen Zeitpunkte bewirken lassen wolle, was möglicherweise nicht in ihrem Interesse liegt. Dazu kommt, daß der Gerichtsschreiber bei Urtheilen, welche zwar für beide Parteien bestimmt, aber nur von der einen an die andere Partei zuzustellen sind, ohne Partiererklärung nicht wissen kann, für welche und an welche der beiden Parteien er zustellen lassen soll. Vgl. *RO.* 14. Okt. 1885, *ZB.* 332. Die abweichende Ansicht von Meyer, *RaffR.* 24, 50—62 (vgl. dagegen 62 ff. a. a. D.) ist von ihm selbst in *Zustell. v. Amtswegen* 2 zurückgenommen.

Die Vorschrift des § 154: „hat zu beauftragen“ ist ferner durch den nachträglich eingeschalteten § 179 modifizirt.

### § 155.

Die Partei hat dem Gerichtsvollzieher und, wenn unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zuzustellen ist, diesem neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften zu übergeben.<sup>1)</sup>

Die Zeit der Uebergabe ist auf der Urschrift und den Abschriften zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen.<sup>2)</sup>

**R. 149. N. 261. P. 57. 58. 529.**

1) Für jede Person, welcher zugestellt werden soll, ist eine besondere Abschrift zu übergeben, damit der Bevollz. dem § 156 Abs. 1 entsprechend jeder eine beglaubigte Abschrift übergeben kann. Eine Zustellung an Mehrere durch ein einziges, bei denselben cirkulirendes Exemplar ist nicht zulässig; *Endemann* I, 526; *RO.* 5. März 1887, *ZB.* 111, *RaffR.* 31, 1156, *SA.* 42, 354. Bei der Zustellung an den Vertreter (nicht bloßen Zustellungsbevollmächtigten) mehrerer Beteiligter oder an einen von mehreren Vertretern, §§ 157 Abs. 3, 80, genügt jedoch die Uebergabe nur einer Abschrift § 172. Ueberhaupt ist es zulässig, mehreren Vertretern (gesetzlichen oder Prozeßbevollmächtigten) durch Uebergabe eines Exemplars zuzustellen, unmittelbar, oder durch die Post (unter gemeinschaftlicher Adresse) oder von Anwalt zu Anwalt (gegen gemeinschaftliches Empfangsbekanntniß); auch durch Ersatzzustellung an einen gemeinschaftlichen Gehälfen;

vgl. **R. O.** 24, 216; 18. Sept. 1888, **ZB.** 394, **SA.** 44, 354; 22. Okt. 1889, **ZB.** 478, **SA.** 46, 216; 7. Jan. 1890, **ZB.** 46; vgl. jedoch den Rechtsfall, **Buch** 14, 493. Dem Vollz. die Fertigung der Abschriften zu übertragen oder zu überlassen, ist nicht ausgeschlossen; er ist an sich nicht dazu verpflichtet, aber durch **Preuß. Just. Min. Verf.** v. 3. Jan. 1885 dazu angewiesen, **Buch** 18, 291, 292. — Die Uebergabe von Abschriften entspricht nur dann dem Zwecke des § 155, wenn gemäß dem § 156 Abs. 1 Anderen beglaubigte Abschriften gegeben werden sollen, wie im § 156 (B. G. § 166) früher für jede Zustellung in Aussicht genommen war; **Ann.** 1 § 156. Nachdem im § 156 die Zustellung von Ausfertigungen abweichend angeordnet ist, ohne daß § 155 dabei geändert wurde, ist zur Zustellung von Ausfertigungen, um dem § 156 Abs. 1 zu genügen, eine Ausfertigung (nicht eine Abschrift) bzw. eine entsprechende Zahl derselben zu geben; vgl. **Ann.** 4 § 156, sowie § 172.

2) Abs. 2 ist von der **R. R.** zugesetzt, um dem Interesse des Auftraggebers, namentlich wo er Fristen innehalten muß, zu entsprechen, und hat für den Nachweis im Falle des § 213 einen großen Werth; **P.** 57, 58, 529. Auch für den Fall der Anwendbarkeit des § 190 ist die Vorschrift des Abs. 2 erheblich. Sie ist indeß nur instruktionsell, die Gültigkeit der Zustellung wird durch die Nichtbeachtung nicht beeinflusst. Den Beweis der Zeit durch andere Beweismittel zu führen, ist nicht ausgeschlossen. Vgl. auch § 5 Abs. 8 der **Preuß. Ges. Drbn.** für die **Gerichtsschreibereien**.

### § 156.

Die Zustellung<sup>1)</sup> besteht,<sup>2)</sup> wenn eine Ausfertigung zugestellt werden soll,<sup>3)</sup> in deren Uebergabe,<sup>4)</sup> in den übrigen Fällen in der Uebergabe einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks.<sup>5)</sup>

Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt,<sup>6)</sup> bei den von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücken durch den Gerichtsschreiber.<sup>7)</sup>

**E. 149 a. (166). N. 261. P. 50. 530 zu § 166.**

1) Die Vorschriften über die Zustellung sind obligatorisch und nicht bloß instruktionsell. (**AR.** **Feilbut**, **civ. A.** 69, 376 wegen der Inditativform der Vorschrift). Eine Zustellung, welche in anderer Weise, als nach den §§ 156, 165—172 erfolgt und eine Zustellung, welche an einen Anderen erfolgt, als an denjenigen, an welchen sie nach den §§ 157 bis 164 erfolgen soll, ist ungültig und es braucht ihr keine Folge geleistet werden. Zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vorschriften ist dabei vom Gesetze nicht unterschieden. Bei jeder Verletzung ist dem Betheiligten nicht ordnungsmäßig zugestellt bzw. ist er nicht ordnungsmäßig geladen, § 300 **Nr.** 2, auch wirkt die Zustellung nur zu Gunsten dessen, für den zugestellt ist (§ 174 **Nr.** 2, § 173 Abs. 3), **R. O.** 1. Mai 1885, **ZB.** 241 (vgl. jedoch **Ann.** 2 § 178). Die Ausführung von **Peterfen** I, 292—294 zu §§ 165—169, und **Buch** I, 70; (**ähnlich** **Gitting**, **Buch** II, 47, 51, 53, 66, 67): falls der Zweck der Zustellung erweislich dadurch erreicht sei, daß der Adressat das Zugestellte wirklich und auch rechtzeitig erhalten habe, seien durch diese Zweckerfüllung die etwaigen Mängel der Zustellung geheilt, macht zwar durch die Absicht, die sachlichen Rechte nicht durch Formalismus zu beschränken, einen bestehenden Eindruck; indeß das Gesetz deutet nirgends an, daß eine ordnungswidrige Zustellung außer dem Falle des Verzichts als gesetzliche gelten könne, oder daß die Anwendbarkeit der Vorschriften mit Rücksicht auf eine andere Zweckerfüllung fakultativ sei, beschränkt vielmehr das Recht der Milde lediglich für bestimmte Zeit, § 267, und erkennt bei nicht ordnungsmäßiger Zustellung den Fall der Versäumung nicht an, §§ 300 **Nr.** 2, 3; 474. So auch **Caupp** **Ann.** 1, **Seuffert** **Ann.** 1; **R. O.** 14, 338, 18. Mai 1885, **ZB.** 242 **Ziff.** 9. **Abw. R. O.** 17, 403; diese Abweichung ist von demselben III. Senat, **R. O.** 21, 388; 29. Sept. 1888, **ZB.** 406 u. 10. März 1891, **ZB.** 222 gemißbilligt, desgleichen vom VI. Senat, **R. O.** 19. Nov. 1894, **ZB.** 1895 **S.** 6; indeß vom V. Senat, **R. O.** 15. Juni 1892, **ZB.** 331, **Raff. R.** 36, 1222 wieder als richtig angenommen; vgl. auch **R. O.** 4. Juni 1888, **Raff. R.** 33

1176; ferner Max Klein, Busch 15, 493 ff.; Seuffert Anm. 1 § 156 u. Anm. 1 § 166. Die mangelhafte Zustellung ist jedoch nicht für ipso jure nichtig erklärt. Die Vorschriften sind im Interesse der Beteiligten gegeben, indem gesetzlich angenommen wird, daß bei Beobachtung derselben der Adressat das zuzustellende Schriftstück erhalten hat. Weil sie im Interesse der Beteiligten gegeben sind, können diese darauf verzichten, und für den Fall der Nicht-Rüge gemäß § 267 wird eine spätere Rüge präkludirt; der Mangel wird durch Verzicht oder Unterlassung zeitiger Rüge geheilt. Vgl. Anm. 1 § 267. Insofern ein Zustellungsmangel durch Parteigenehmigung bzw. Nicht-Rüge heilbar ist, hat die zustellende Partei kein Recht, den Mangel für sich gelten zu machen, wenn der Zustellungsempfänger denselben nicht rügen will. Nicht verzichtbar und der Partei-Disposition entzogen ist indes die Wahrung der im öffentlichen Interesse vorgeschriebenen und deshalb von Amtswegen zu beachtenden Nothfristen, § 202 Abs. 1. Vgl. Anm. 5 § 267 und die dort angef. Entsch. und abw. Meinungen. Auch die verschiedenen Arten der Zustellung (vgl. Anm. 2 § 152) sind im Interesse der Rechtssicherheit geordnet und die Wahl einer im konkreten Falle nicht zulässigen Zustellungsart (z. B. mittelst Aufgabe zur Post beim Mangel der gesetzlichen Voraussetzungen) steht nicht zur Disposition der Parteien, DSO. Jena, 19. Juni 1882 u. R. O., SA. 39, 466; Busch 7, 99. Das Gleiche gilt von den Vorschriften betr. den Partei- oder amtlichen Betrieb bei Zustellungen, Anm. 5 § 267. Ueber den Umfang der amtlichen Prüfung vgl. R. O. 9, 388, 412, 367. Erscheint eine Partei in Folge einer ungünstigen Ladungszustellung im Termine nicht, so kann auf Grund der Ladung ein Versäumnisurtheil nicht erlassen werden, weil sie „nicht ordnungsmäßig geladen“ ist, § 300 Nr. 2, unbeschadet der Heilung des Mangels einer Ladungszustellung im Einspruchsverfahren, wenn dennoch Versäumnisurtheil erlassen war, R. O. 21, 405. Erscheint sie, ohne gemäß § 267 zu rügen, so gilt der Mangel (außer bei Nothfristen) für geheilt und die spätere Rüge ist präkludirt. Erscheint sie und rügt den Mangel, so kann das Recht, welches sie vom Erscheinen gänzlich entbindet, ihr nicht dadurch verkümmert werden, daß sie dennoch erscheint und zur Vermeidung des Uebersehens bei richterlicher Prüfung oder zur Aufklärung wegen tatsächlicher, dem Richter sonst nicht erkennbarer Voraussetzungen auf den Mangel ausdrücklich aufmerksam macht. Falls der Adressat jedoch erscheint und sachlich verhandelt, und nur gelegentlich einen Zustellungsmangel erwähnt, so daß daraus zu entnehmen ist, er wolle von seinem Rechte, die Zustellung nicht zu honoriren, keinen Gebrauch machen, sondern nur künftige bessere Beachtung oder reglementarische Rüge veranlassen, so wird in einem solchen Verhalten ein Verzicht zu finden sein.

2) Die „Uebergabe“ ist der technische Ausdruck für die äußerlich wahrnehmbare Ablieferung des Schriftstücks, §§ 167, 170; die Zustellung ist der rechtliche Akt im Ganzen, welcher durch die Uebergabe bewirkt werden soll. Das „zuzustellende“ Schriftstück ist nicht das körperlich „zu übergebende“, sondern dasjenige, dessen beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung (vgl. Anm. 1 § 155 und Anm. 2 § 173) zum Zwecke der Zustellung übergeben wird. Vgl. §§ 161, 167, 170, 172, 173, 177, 178. Bei Zustellungen durch die Post ist das zu übergebende Schriftstück in einem mit dem Dienstsiegel des OoVgl. bzw. des Gerichts verschlossenen Briefumschlag aufzugeben (§§ 177, 179, was Förster Anm. 2 überfieht); das Gleiche muß für die Zustellung mittelst Aufgabe zur Post gelten. (Für die Gerichte in Preußen vgl. Allg. Verf. 22. Sept. 1879 und § 6 Regulativ Nr. 3, ZMBl. 368). Bei direkten Zustellungen ist ein Verschluß der Schriftstücke nicht vorgeschrieben, jedoch angemessen. Vgl. Anm. 3 § 166. Bezüglich der Zustellung an mehrere Personen vgl. Anm. 1 § 155.

3) Die Frage, wann eine „Ausfertigung“ — d. h. eine vom Gerichtsschreiber unterschriebene und mit dem Amtssiegel versehene Abschrift, § 288 Abs. 2 (Hellmann, Lehrb. 162, Band I, 469, DSO. Jena, SA. 42, 226; Fitting § 53 Nr. 1, § 66 Nr. 6 spricht auch von Ausfertigungen von Privaturkunden, Klagen u. dgl., was dem forensischen Sprachgebrauch widerspricht) — zugestellt bzw. zur Zustellung übergeben werden soll, war durch die Aenderung des BE. streitig geworden. Im BE. § 166 (jetzt 173) im Abs. 3 war zwischen § 163 Abs. 1 und 2 und § 173 jetzt Abs. 3, 4 bestimmt: „Jeder Person, an welche eine Zustellung erfolgt, ist beglaubigte Abschrift des mitzutheilenden Schriftstücks und der Zustel-

lungsurkunde zu übergeben.“ Die Urschrift sollte mit der Zustellungsurkunde des Bevollz. versehen, vom Bevollz. dem Auftraggeber wieder zugestellt werden. Diese Vorschriften hinsichtlich der „Urschriften“ sind im § 173 aufrecht erhalten, zugleich aber der frühere Abs. 3 des § 166 als jetziger § 156 versetzt und mit der Modifikation versehen, daß „Ausfertigungen“, welche zugestellt werden sollen, zu übergeben sind.

Die R. O. 3, 435 und 14. Mai 1882, Raff. R. 26, 1149 angenommen hat, ist durch diese Aenderungen des B. G. über die Frage, wann Ausfertigungen zuzustellen und zu übergeben sind, nichts bestimmt oder geändert. In Ermangelung einer allgemeinen Vorschrift hierüber ist sonach die Zustellung durch Uebergabe einer Ausfertigung nur in den Fällen nöthig, für welche dies vorgeschrieben ist. Dies ist nur für Ladungen von Zeugen und Sachverständigen und für die Zustellung eines Schiedspruchs bestimmt, §§ 342, 367, 865; außerdem nach § 50 (vgl. §§ 1, 27, 71) des preuß. Ges. v. 18. Febr. 1880 für das Urtheil in agrarischen Auseinandersetzungsachen, vgl. Anm. 4 § 4 Einf.-Ges., R. O. 2, 418; nach Hellmann Lehrb. 166 u. Pland 1, 469 in allen Fällen einer von Amtswegen erfolgenden Zustellung (womit die Praxis übereinstimmt), nach Fitting § 39 I (vgl. oben) bei jeder Zustellung, welche für den Empfänger einen Befehl oder eine Aufforderung enthält, also bei jeder Ladung (?). Vgl. ferner Meyer, Proz. Pr. 2. Aufl. S. 10 ff.

4) Da die Ausfertigung (und zwar wörtlich die zuzustellende: „deren Uebergabe“) dem Dritten zu übergeben ist, und andererseits der § 173 Abs. 2, 4 voraussetzt, daß der Betreibende eine Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks zurückhält, so bleibt nichts übrig, als entweder noch eine andere Ausfertigung als Urschrift dem Bevollz. zu übergeben (vgl. Anm. 1 § 155; v. Bülow §§ 155, 156), was zur möglichsten Anwendung des § 173 rathsam ist, oder den Abs. 2 des § 173 für die Zustellung einer Ausfertigung unanwendbar zu erklären, (was dem Wortlaute des § 156 entsprechen würde, da die Urschrift, die zuzustellende Ausfertigung, übergeben werden soll) und eine selbständige Zustellungs-Urkunde aufnehmen zu lassen; R. O. 4. Okt. 1883, 3B. 268, vgl. Anm. 3 § 173. — In allen Fällen der Zustellung bedarf es zu derselben der Uebergabe des Schriftstücks an den Empfänger bzw. Ersatz-Empfänger. Das bloße Zurücklassen in dessen Wohnung, Einwerfen in seinen Briefkasten und dergl. genügt nicht außerhalb des Falles des § 170; R. O. 4, 342.

5) Die Fälle, in welchen beglaubigte Abschrift zu übergeben ist, bestimmen sich durch den Gegensatz zu Anm. 3. Sie bilden die Regel. Es sind alle Fälle, in welchen nicht vorgeschrieben ist, daß eine Ausfertigung zugestellt werden soll, vgl. Anm. 3. Die Partei, welche ein Urtheil oder einen Beschluß zustellen lassen will (§§ 288, 730, 736, 802), muß die Ausfertigung der Entscheidung haben, um davon beglaubigte Abschrift zu entnehmen und die Ausfertigung als Urschrift (§ 173) demnachst zurückzubekommen, vgl. R. O. 3, 435; 19. Mai 1894, 3B. 313. — Wenn der Empfänger statt der beglaubigten Abschrift, eine (zweite) Ausfertigung erhält, so genügt dies als plus um so mehr; R. O. 4, 425; 28. Juni 1886, 3B. 268. Dasselbe muß entsprechend gelten, wenn die Urschrift einer Ladung statt einer beglaubigten Abschrift dem Geladenen übergeben ist, R. O. 15, 411. — Auf welchen mechanischen Wegen die Kopie hergestellt ist, ist unerheblich; s. g. Klatsch-Kopie genügt; R. O. 4, 355, 357, sofern sie lesbar ist, was freilich nicht immer zutrifft.

6) Abs. 2. Die Beglaubigung ist ein zur ordnungsmäßigen Zustellung wesentlicher Erforderniß, sie ist Theil des Zustellungsakts, wenn nur eine Abschrift, nicht eine Ausfertigung (Anm. 5) übergeben wird, R. O. 6, 361; 28. Okt. 1889, 3B. 445; 21. Sept. 1891, 3B. 467, Raff. R. 36, 711, SA. 47, 458; 6. Febr. 1892, 3B. 160. Weicht der Inhalt einer übergebenen Abschrift von der Urschrift ab, so kann sich der Empfänger gegen einen daraus entstehenden Nachtheil darauf berufen, daß ihm nur der Inhalt seiner Abschrift zugestellt ist; Rot. 153 zu §§ 166—168; R. O. 4, 434; 4. Jan. 1889, 3B. 67; 4. Febr. 1891, 3B. 146. Wird indeß die Zustellung durch eine ordnungsmäßige Zust.-Urkunde nachgewiesen, so hat der Empfänger keinen Einwand daraus, daß die beglaubigte Abschrift derselben in einer nicht nachtheiligen Weise abwetzt; R. O. 4, 433. Vgl. R. O. 9, 388, ferner für den Urkundenprozeß R. O. 3, 377; 9, 430,

sowie Anm. 1, 4 § 173. — Eine bestimmte Form für die Beglaubigung ist nicht vorgeschrieben. Genügen muß schon der Vermerk „beglaubigt“ nebst der Unterschrift des Beglaubigenden. Das Reichsgericht hat an Stelle der eigenhändigen Unterschrift einen Laustempel mit dem Namen des beglaubigenden Anwalts für ausreichend erachtet, *RO.* 7, 372; 14, 335, und das *OLG.* Königsberg, *Buch* 15, 403 sogar den einfachen Vermerk: „Beglaubigt, Rechtsanwalt“ ohne jede Namensunterschrift (bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt), was allerdings nicht unbedenklich ist, ebenso wie die Annahme, daß an Stelle der Beglaubigung durch den Anwalt die des *Soollz.* genüge, welcher die Zustellung auf Betreiben eines Anwalts besorgt; *RO.* 8, 346; 26. *Dkt.*, 22. Nov. 1883, *ZW.* 1884 S. 8, *SA.* 33, 455; 8. Nov. 1882, *RaffR.* 27, 1024. Letzteres folgert das Reichsgericht aus der Fassung des *Abf.* 2, namentlich aus dem vorangestellten Grundsatz, daß die Beglaubigung durch den *Soollz.* erfolge, diese sich durch die Boranstellung als Regel darstelle, also jedenfalls ausreichen müsse, auch wenn ein Anwalt betreibe. Der Schluß ist nicht richtig, die im *Abf.* 2 folgenden Sätze bestimmen eben, den Anfangsatz beschränkend, die Abweichungen, wann der *Soollz.* nicht zu beglaubigen hat. Darnach ist für den Anwaltsprozeß und das Betreiben eines Anwalts dessen Beglaubigung die Regel; und zwar hat derjenige Anwalt zu beglaubigen, welcher im Anwaltsprozeße die Zustellung (z. B. der Berufungsschrift) zu bewirken hat, *RO.* 33, 399. Reinenfalls ist ein anderer *Soollz.* als der zustellende zur Beglaubigung befugt; *RO.* 10. Febr. 1891, *ZW.* 178 und ebensowenig darf sich der Anwalt darauf verlassen, daß der *Soollz.* hätte beglaubigen müssen; daß dieser nicht beglaubigt hat, ist kein Restitutionsgrund im Sinne des § 211; *RO.* 21. Sept. 1891, *ZW.* 467, *RaffR.* 36, 711, *SA.* 47, 458. Wegen Gültigkeit der Beglaubigung durch einen mit der Zustellung beauftragten, nicht bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt im Anwaltsprozeße vgl. Anm. 3 § 74; *RO.* 24, 418. Bei Zustellungen auf Betreiben des Staatsanwalts hält *RO.* 7. Jan. 1888, *ZW.* 67 die Beglaubigung durch den Staatsanwalt (und zwar schon mittelst des Dienststempels ohne Beifügung des Namens) für ausreichend; so auch *RO.* 33, 365. Auch die Beglaubigung durch einen amtlichen Sekretär der Staatsanwaltschaft ist für ausreichend erachtet, *RO.* ebendas. u. 29. Sept. 1892, *Z.f.G.* 1893 S. 100.

Die Beglaubigung hat sich auf alle zuzustellenden Schriftstücke, einschließlich der Beilagen zu beziehen. Dies muß in irgend einer Weise — am besten freilich, jedoch nicht notwendig, durch einen Vermerk am Schlusse der sämtlichen zusammenhängenden Schriftstücke — ersichtlich gemacht werden; *RO.* 8. Juli 1886, *ZW.* 294; 10. Febr., 9. Sept. 1891, *ZW.* 178, 469. Ist eine Ladung zuzustellen, so hat dieselbe unmittelbar oder durch Bezugnahme auf einen Randvermerk den bestimmten Termin zu bezeichnen, Anm. 1 § 191; zwar ist nicht vorgeschrieben, daß der Wortlaut der gerichtlichen Terminsbestimmung einen Theil der Ladung oder eine Beilage derselben bilden müsse; diese Form erscheint jedoch zweckmäßig, um dem Geladenen die Ueberzeugung zu verschaffen, daß die Terminsbestimmung durch den Richter erfolgt ist, was das Reichsgericht für wesentlich erachtet; vgl. Anm. 2 § 193. Die bloße Beglaubigung der Terminsbestimmung ohne Beglaubigung des Schriftsatzes (vgl. oben) genügt nicht, *OLG.* Ellwangen, *Buch* 9, 110. Durch Beglaubigung der Ladung ist dagegen auch die darauf befindliche Terminsnotiz für beglaubigt zu erachten; *OLG.* Marienwerder, *Buch* 19, 447. — Der betreibende Anwalt hat nach *Abf.* 2 auch im amtsgerichtlichen Verfahren zu beglaubigen; *RO.* 8, 346.

7) Die Beglaubigung durch den Gerichtsschreiber für die von Amtswegen zuzustellenden Schriftstücke ist von der *RR.* zugesetzt, *P.* 530. Für Konturse vgl. *RO.* § 69. Insofern bei den von Amtswegen erfolgenden Zustellungen von Entscheidungen gemäß Anm. 3 Ausfertigungen zuzustellen sind, kann, abgesehen von deren Beurkundung durch den Gerichtsschreiber, die Beglaubigung sich nur auf andere zuzustellende Schriftstücke und auf etwaige Beilagen beziehen, vgl. auch Anm. zu § 187 *Abf.* 1.

### § 157.<sup>1)</sup>

Die Zustellungen, welche an eine Partei bewirkt werden sollen,<sup>2)</sup> erfolgen für die nicht prozeßfähigen Personen an die gesetzlichen Vertreter derselben.<sup>3)</sup>



Bei Behörden, Gemeinden und Korporationen, sowie bei Personenvereinen, welche als solche klagen und verklagt werden können, genügt die Zustellung an die Vorsteher.<sup>4)</sup>

Bei mehreren gesetzlichen Vertretern, sowie bei mehreren Vorstehern genügt die Zustellung an einen derselben.<sup>5)</sup>

**§. 150. N. 236. P. 58. 529.**

1) Die §§ 157—159 finden hauptsächlich bei Zustellungen, zu welchen vor der Anhängigkeit eines Rechtsstreits Auftrag gegeben wird, Anwendung; indeß sind sie auch für spätere Zustellungen anwendbar, soweit für diese nicht in den §§ 160—164 (welche einen anhängigen Prozeß betreffen) Ausnahmen gemacht sind. In den §§ 157 ff. ist bestimmt, wie die Zustellung an eine bestimmte Person bzw. Partei bewirkt werden muß, um für sie gültig und wirksam zu sein, die richtige Person und ihre Prozeßfähigkeit vorausgesetzt. Die Worte im § 157 Abs. 1: „welche an eine Partei bewirkt werden sollen“, sind dahin zu verstehen: welche nach dem Willen des Auftraggebers an eine Partei bewirkt werden sollen. Der Vollz. hat gemäß der Absicht und Erklärung des Auftraggebers hinsichtlich der Person des Adressaten, und an diesen dann unter Beobachtung der Vorschriften der §§ 157 ff. zuzustellen. Die richtigen Personen sowohl sachlich, als auch für die beabsichtigte Zustellung zu bezeichnen, ist Sache des Antragenden (vgl. Anm. 3); den Adressaten bleibt vorbehalten, ihre Rechtsbehelfe geltend zu machen: daß sie nicht prozeßfähig, nicht Vertreter, Vorsteher u. s. w. seien. Vgl. auch § 54 über die Berücksichtigung von Amtswegen.

2) Unter den Zustellungen an die Parteien sind auch diejenigen an Nebenparteien zu verstehen: Mitsdenunziaten, Nebenintervenienten, benannte Autoren, §§ 68 Abs. 3, 69, 73. — Wegen der Zustellung an die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien und der fürstlichen Familie Hohenzollern s. § 5 Ob. und Vorb. vor § 50 am Schlusse. — Die Zustellung an Erben im Sterbehause, vgl. § 32 I 7 AOB., ist absichtlich nicht aufgenommen, Rot. 145, 146, sie ist aber für diejenigen Erben, welche dort angetroffen werden, nach § 165 zulässig.

3) Ueber den Fall, wenn ein gesetzlicher Vertreter, z. B. Vormund, nach Landesgesetzgebung nicht berechtigt wäre, eine Zustellung mit rechtlicher Wirksamkeit ohne Ermächtigung einer Behörde in Empfang zu nehmen, s. Anm. 3 § 52. Voraussetzung der Zustellung an die gesetzlichen Vertreter ist, daß aus der Adresse die Prozeßfähigkeit und die Vertreter hervorgehen. Vgl. Sächs. JRRest. 17. März 1893, JfO. 1893 S. 73; ferner bez. Zustellung an Handelsfirmen JfO. 1894 S. 118. Fehlt ein gesetzlicher Vertreter, so sind die §§ 55, 219 zu beachten. Keinenfalls kann dieselbe Person (z. B. als Kläger) an sich selbst als zugleich den gesetzlichen Vertreter einer anderen Partei mit verbindlicher Wirkung gegen diese zustellen lassen; die Zustellung muß an einen anderen Vertreter, falls ein solcher da ist, oder unter Benutzung des § 55 erfolgen; RO. 7, 404. Ueber die Zustellung des Pfändungsbeschlusses Seitens des Gläubigers an sich selbst als Drittschuldner, welche nur scheinbar dem vorstehenden Grundsatze widerspricht, vgl. Anm. 10 § 730. Ueber Ersatzzustellung bei collidirendem Interesse des Ersatzempfängers Anm. 3 § 166.

4) Im Falle des Abs. 2 kann die Zustellung auch an die gesetzlichen Vertreter gemäß Abs. 1 erfolgen; die Zustellung an die Vorsteher soll nur ebenfalls „genügen“. Rot. 145. Meist werden jedoch Vorsteher und gesetzliche Vertreter identisch sein. Eine weitere Erleichterung für den Fall mehrerer Vorsteher enthält Abs. 3. Wird die gesetzliche Vertretung durch ein Kollegium (Magistrat, Regierung und dergl.) gebildet, so ist in der Regel der Vorsitzende derselben der Vorsteher im Sinne des § 157; die übrigen Mitglieder nicht; andern beim Vorstand einer Aktiengesellschaft, der aus mehreren Personen besteht: diese sind sämtlich „Vorsteher“. Merkmal der Vorsteher ist die der Person als solcher — wenigleich in Gemeinschaft mit andern — nicht bloß als Mitglied eines Kollegiums

zustehende Repräsentationsbefugniß (vgl. auch A. Förster Anm. 3). Für ein Amtsgericht ist der mit der allgemeinen Dienstaufsicht betraute Richter der Vorsteher, vgl. Anm. 3 § 730; Anm. 2 § 22 O.B. Die Adresse des Schriftstüchs braucht den Namen des Vorstehers nicht zu enthalten. Zu den Personenvereinen gehören auch Handelsgesellschaften, Aktiengesellschaften, eingetr. Genossenschaften, wie im § 19 (vgl. Pr. Gesch. Anw. f. Svollg. § 25 Abs. 3), nicht aber die im § 19 ebenfalls bezeichneten Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen; für letztere ist Abs. 2 nur anwendbar, wenn sie Korporationen oder Behörden sind. AR. Kleiner I, 573, 574. Die Zustellung an liquidirende Handelsgesellschaften erfolgt an die Liquidatoren, als gesetzliche Vertreter (Behrend Handelsr. I, § 82 Anm. 7 S. 572). Wenn in den Prozessen aus § 190 a, 222 O.B. an den Aufsichtsrath zugestellt werden muß, so genügt die Zustellung an den „Vorlegenden“ nur dann, wenn derselbe nach dem Gesellschaftsvertrag als Vorsteher dieses Kollegiums zu erachten ist; aR. (unbedingt) Alexander, S. f. Hand. 40, 106; abw. Ring, Aktienges. 2. Aufl. S. 462; was freilich meist zutreffen wird. Betrachtet man die sämmtlichen Mitglieder des Aufsichtsraths für solche Prozesse als gesetzliche Vertreter der beklagten Gesellschaft (denn diese ist Partei, Ring a. a. O. S. 459, R. O. 14, 142; Staub, Kommentar z. O.B. 2. Aufl. S. 458, § 7 zu Art. 222), so genügt die Zustellung an ein Mitglied des Aufsichtsraths nach Abs. 3, vgl. Anm. 5. — Die Ersatzzustellung, wenn die Vorsteher nicht angetroffen werden, nach §§ 166—169 ist zulässig; Birkenbihl, KassR. 33, 270.

5) Abs. 3 entspricht dem § 80. Die Zustellung an einen der gesetzlichen Vertreter oder Vorsteher genügt auch dann, wenn derselbe nicht allein, sondern nur in Gemeinschaft mit anderen, zur Vertretung bzw. zur Funktionirung als Vorsteher, befugt ist. Andernfalls wäre die Vorschrift ganz überflüssig und böte keine Erleichterungen für Zustellungen, wie sie beabsichtigt ist. (Behrend, Handelsr. I, 525; v. Hahn, Kommentar z. O.B. § 6. AR. Alexander a. a. O. S. 106 und die dort Citirten. Die Berufung auf den Ausdruck der Motive „gleichberechtigte ges. Vert.“ ist nicht beweisend. Quelle der Bestimmung ist § 34 I 7 Preuß. A.O.; vgl. Pr. C. § 148 Rt. 2 u. Not. dazu. Kollektiv-Prokuristen, auf welche Alexander exemplifizirt, sind keine gesetzlichen Vertreter, vgl. § 159.) Ueber Zustellungen an eine Gemeinde im Gebiete der Rheinischen Gemeinde-Ordnung D.R. G. 6. S. 112, 3f. 1892 S. 112. Vgl. auch Anm. 4 und § 172. Der Abs. 3 betrifft nicht die Fälle, in welchen mehrere Personen (Erben, sonstige Streitgenossen) verklagt sind; alsdann ist jeder Person besonders zuzustellen. Vgl. § 155 und Anm. 1 dazu.

## § 158.

Die Zustellung für einen Unteroffizier oder einen Gemeinen des aktiven Heeres oder der aktiven Marine erfolgt an den Chef der zunächst vorgesetzten Kommandobehörde (Chef der Kompagnie, Eskadron, Batterie u. s. w.).<sup>1)</sup>

R. 151. N. 237. P. 58. 102. 529.

1) Vom § 158 sind die Unteroffiziere mit und ohne Portepee (Feldwebel, Wachtmeister und die denselben gleich- oder nachstehenden Avancirten, Pr. Gesch. Anw. f. Svollg. § 25) sowie die Gemeinen einschließlich der Gefreiten und Obergefreiten (s. Anlage zum Militärstrafges. 20. Juni 1872, R. O. 204) betroffen; indeß nur die dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörigen (vgl. Anm. 1 § 673; Anlage A. des Reichsferwisges. 3. Aug. 1878, R. O. 244—250) im Gegensatz zum Beurlaubtenstande. Auf die Gensdarmerte, sowie auf Schutzeute oder andere militärisch organisirte Polizeiwehr, Feuerwehren ist § 158 nicht auszudehnen. — An Offiziere, desgleichen an alle Militärbeamte, welche nicht zu den Unteroffizieren und Gemeinen bzw. überhaupt nicht zum Soldatenstande gehören, ist direkt zuzustellen, vorbehaltlich der Vorschrift des § 184. Wegen der Mittheilung von Klagen gegen Offiziere vgl. Anm. 9 § 230. Ueber die Klasseneintheilung der Militärbeamten vgl. B. 29. Juni 1880, R. O. 169.

Die Gültigkeit der Zustellung ist im Falle des § 158 nicht davon abhängig, ob der „Chef“ dieselbe an den Adressaten wirklich weiter befördert. Für die Weiterbeförde-

zung soll die Regelung der Militärdienstverhältnisse sorgen; *Not.* 146. Durch die Zustellung an den Chef (auch wenn sie eine Ladung enthält) ist die Zustellung bewirkt; nur wenn eine Person des aktiven Soldatenstandes als Zeuge geladen werden soll, § 353, ist die Zustellung erst bewirkt, wenn die ersuchte Militärbehörde sie veranlaßt hat; *P.* 102. *Erfazuzustellung* nach §§ 166—169 ist zulässig; *Wirtenbühl, Raff.* 33, 267. — Auch die Zustellung des Protokolls des *Ovolls.* im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgt nach § 683 gemäß §§ 158, 166—170.

### § 159.

Die Zustellung erfolgt an den Generalbevollmächtigten,<sup>1)</sup> sowie in den durch den Betrieb eines Handelsgewerbes hervorgerufenen Rechtsstreitigkeiten an den Prokuristen<sup>2)</sup> mit gleicher Wirkung, wie an die Partei selbst.

**R. 152. N. 245. P. 58. 529.**

1) Die *Not.* 146 bezeichnen als den hier gemeinten Generalbevollmächtigten einen solchen, welcher zur Verwaltung aller Vermögensangelegenheiten bevollmächtigt ist, und dies wird auch die Regel bei einer Generalvollmacht sein. Die Vertretung sowohl im Rechtsstreite, als auch in Betreff der Zustellung ist alsdann hinsichtlich der nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten, namentlich für Statusfragen und Ehescheidungen (vgl. *Anm.* 3 § 21) ausgeschlossen. Indes sind solche nicht (mit *Petersen* erste *Ausf.* I, 383) ausschließlich als Generalbevollmächtigte zu bezeichnen. Theils werden Generalvollmachten vielfach ausgedehnt, um in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten, soweit darin eine Vertretung zulässig ist, mehr oder weniger umfassend zu vertreten, und in solchem Falle ist kein Grund, die Vertretung hinsichtlich der Zustellung für die von der Vollmacht betroffenen Angelegenheiten auszuschließen. Theils werden auch Generalvollmachten ausgestellt, welche die Vertretung in Vermögensangelegenheiten in einzelnen Beziehungen beschränken, ohne daß dadurch der Begriff der Generalvollmacht im gewöhnlichen und juristischen Sinne fortfällt, und ist dann die Zustellung nach § 159 nicht für die ausgeschlossenen, aber wohl für die betroffenen Gebiete zulässig. Zu den Generalbevollmächtigten sind demgemäß auch diejenigen zu rechnen, welche für eine Gattung geschäftlichen Betriebs des Machtgebers bestellt sind, wie z. B. *Schiffer, GDB.* Art. 496, *RO.* 13, 79 (vgl. auch *Anm.* 2; ferner *Fitting* § 39 *Not.* 10 und über den Begriff der Generalvollmacht *Ecclus* 2 § 141). Allerdings ist aber durch § 159 zugleich ausgedrückt, daß an Andere, welche im Voraus nur für einzelne zu erwartende Prozesse oder für einzelne Arten von Angelegenheiten bevollmächtigt sind, eine Zustellung nach § 159 nicht zulässig ist; *Caupp* *Anm.* I. Für einen anhängigen Rechtsstreit ist auch bei Vorhandensein eines Generalbevollmächtigten der § 162 zu beachten. Nachzuweisen ist die Generalvollmacht, das Bestehen derselben zur Zeit der Zustellung und ihr Umfang, ebenso die *Prokura*, *Anm.* 2, von demjenigen, welcher dabei interessirt ist, daß eine nach § 159 erfolgte Zustellung gültig ist; *RO.* 18. März 1884, *FB.* 136 S. 3; *DDB.* Oldenburg, *SA.* 49, 216. Theilweise abweichend *Pfizer, Raff.* 27, 216 ff. Unrichtig ist die von demselben (a. a. D. 225) beliebte Identifizirung des Generalbevollmächtigten und des Prokuristen mit der Partei selbst bezw. dem gesetzlichen Vertreter. Für Angelegenheiten der Berufsgenossenschaft der Seeleute vgl. *Ges.* v. 13. Juni 1887 betr. Unfallversch. der Seeleute, *GOBl.* 329 § 17 *Abf.* 2.

2) In Betreff des Prokuristen ist die Bestimmung Folge des Art. 42 *GOB.* Die direkte Zustellung an den Machtgeber ist ebenfalls zulässig. Die Zustellung an Handlungsbevollmächtigte (Art. 47 *GOB.*) ist durch § 159 nicht zugelassen, und nur dann zulässig, wenn ihnen die Befugniß dazu durch ihre Vollmacht besonders beigelegt ist, *Not.* 146, 147. Der Korrespondentheber, *GOB.* §§ 459 ff., ist für die Geschäfte der Heberei, wie insbesondere für die Vertretung vor Gericht, *GOB.* § 460 *Abf.* 3, Generalbevollmächtigter der Heber, vgl. *Anm.* 1, und als solcher für Klagen gegen diese zur Empfangnahme der Zustellung nach § 159 legitimirt. (Anders nach früherem Prozeßrecht; *RO.* I, 295.) Vorbehalten bleibt dabei die *Erfazuzustellung* gemäß §§ 166, 168, *Wirtenbühl, Raff.*

33, 273. Wegen der Kollektivprokuristen vgl. Anm. 1 § 80. Auf dieselben findet Abs. 3 § 157 keine Anwendung, vgl. Anm. 5 § 157.

### § 160.<sup>1)</sup>

Wohnt eine Partei weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, so kann das Gericht, falls sie nicht einen in diesem Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, auf Antrag anordnen,<sup>2)</sup> daß sie eine dafelbst wohnhafte Person zum Empfange der für sie bestimmten Schriftstücke bevollmächtige. Diese Anordnung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen. Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.

Wohnt die Partei nicht im Deutschen Reiche, so ist sie auch ohne vorgängige Anordnung des Gerichts zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten verpflichtet, falls sie nicht einen in dem durch den ersten Absatz bezeichneten Orte oder Bezirke wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat.<sup>3)</sup>

E. 153. N. 240. P. 58. 528.

1) Die Vorschriften des französl. und bad. Rechts über den erwähnten Wohnsitz (domicile élu), soweit es sich um Zustellungen handelt, sind durch § 15 Nr. 5 C. aufrecht erhalten.

2) Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 160 sind:

a) daß die Partei (einschließlich des Intervenienten, Anm. 2 § 157) bzw. der gesetzliche Vertreter, Vorsetzer, vgl. § 157, am Prozeßgerichtsorte oder in dem Amtsgerichtsbezirke, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, tatsächlich nicht wohnt, im Sinne der Anm. 2 § 165. Ob sie rechtlich ihren Wohnsitz dort hat, ist gleichgültig (AR. Hellmann I, 479; Kleinert I, 579); ebenso ihre Qualität als Inländer oder Ausländer. Das Landgericht II und das Amtsgericht II Berlin haben ihren Sitz in Berlin, obwohl ihre Gerichtsbezirke keinen Theil von Berlin umfassen, also im Bezirke des Amtsgerichts I Berlin. Jeder in Berlin Wohnende wohnt demnach hinsichtlich aller Gerichte erster Instanz dafelbst sowohl am Orte des Prozeßgerichts, als auch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat (unrichtig A. Förster Anm. 1a);

b) daß sie nicht einen dort wohnhaften Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Als solcher gilt jedoch auch der in Gemäßheit des § 19 RAO. von einem auswärts wohnhaften Rechtsanwalt bestellte Zustellungsbevollmächtigte (vgl. §§ 18, 19, 21 Abs. 3 dafelbst) und ebenso ein Rechtsanwalt, welcher an einem benachbarten Orte in der Bedeutung des § 18 RAO. wohnt. Für den Begriff „wohnhaft“ gilt dasselbe, wie für das Wohnen der Partei zu a. Wohnt der Generalbevollmächtigte oder Prokurist der Partei an dem betr. Ort, so hat sie dann bereits einen Zustellungsbevollmächtigten im Sinne des § 160 bestellt, was sie nach § 161 anzuzeigen hat;

c) daß die Klage schon zugestellt ist. Dies folgt daraus, daß die Anordnung nur vom „Gericht“ (Prozeßgericht) getroffen werden kann (vgl. §§ 132 ff.), also nicht schon vom Vorsitzenden bei der vor der Klagezustellung erfolgenden Terminsbestimmung, und daß die Möglichkeit der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten vorausgesetzt ist, welche vor der Zustellung der Klage für den anderen Theil nicht vorhanden ist. Die Klage selbst kann dem zu bestellenden Zustellungsbevollmächtigten zur Anhängigmachung des Prozesses nicht zugestellt werden. Vgl. nachst. d; Gaupp Anm. 1; Petersen Anm. 1; Seuffert Anm. 1; Hellmann I, 480. AR. v. Sarwey I, 256;

d) für die Zustellung an eine im Inlande wohnende Partei (Abs. 1 § 160) ist ferner stets ein Antrag des Gegners auf Anordnung der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten nöthig. Für das Gericht, welches nach den konkreten Umständen nach freiem Ermessen ohne Anfechtung und ohne den Betheiligten hören zu müssen, über den Antrag entscheidet, wird die Rücksicht maßgebend sein, ob der Prozeßbetrieb ohne Bestellung

eines Zustellungsbevollmächtigten mit entsprechender Beschleunigung und Einfachheit zu bewirken ist. Da eine mB. nicht nöthig ist, so kann der Antrag alsbald nach der Zustellung der Klage gestellt werden, ohne die mB. abzuwarten. („Antrag“ ist hier gleichbedeutend mit „Gesuch“, vgl. Fitting, Busch 7, 238.) Die Zustellung der Anordnung hat nach § 294 Abs. 3 zu erfolgen. — Von mehreren Parteien ist jeder Streitgenosse selbständig nach § 160 zu behandeln. — Die freiwillige Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten auch ohne Gerichtsanordnung ist nicht untersagt.

Nur zum Empfange von Schriftstücken, nicht zur Zustellung eines Urtheils oder Schriftstückes an den Gegner ist der Zustellungsbevollmächtigte berechtigt, sofern nicht die Partei dieselbe genehmigt; **RO. 30, 389.**

3) Für die nicht im deutschen Reiche wohnende Partei (vgl. Anm. 2 zu a) ist unter den Voraussetzungen der Anm. 2 zu a, b, c auch ohne Antrag des Gegners und ohne Anordnung des Gerichts die Verpflichtung des Abs. 2 vorhanden.

### § 161.

Der Zustellungsbevollmächtigte ist bei der nächsten gerichtlichen Verhandlung oder, wenn die Partei vorher dem Gegner einen Schriftsatz zustellen läßt, in diesem zu benennen.<sup>1)</sup> Geschieht dies nicht,<sup>2)</sup> so können alle späteren Zustellungen bis zur nachträglichen Benennung in der Art bewirkt werden, daß der Gerichtsvollzieher<sup>3)</sup> das zu übergebende Schriftstück unter der Adresse der Partei nach ihrem Wohnorte zur Post giebt. Die Zustellung wird mit der Aufgabe zur Post als bewirkt angesehen, selbst wenn die Sendung als unbestellbar zurückkommt.<sup>4)</sup>

Die Postsendungen sind mit der Bezeichnung „Einschreiben“ zu versehen, wenn die Partei es verlangt und zur Zahlung der Mehrkosten sich bereit erklärt.<sup>5)</sup>

**R. 154. N. 241. 265. 269. P. 58. 529.**

1) Der § 161 betrifft nur die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten gemäß § 160 und die Folgen der Nichtbestellung. Außer der Anzeige nach Abs. 1 Satz 1 ist eine sonstige Beglaubigung oder Vollmacht nicht nöthig; **Rot. 148.** Prozeßfähigkeit des Zustellungsbevollmächtigten oder eine Annahmeerklärung desselben sind nicht erforderlich. Die nächste gerichtliche Verhandlung, in welcher die Benennung erfolgen muß, ist im Falle des Abs. 1 § 160 die erste nach der Zustellung der Anordnung und im Falle des Abs. 2 § 160 die nächste, welche der im Auslande Wohnende wahrzunehmen hat, also wenn ein solcher verklagt und die Klage ihm gehörig zugestellt ist, die erste mB., d. h. der erste dazu bestimmte Termin, ohne Rücksicht darauf, ob in demselben verhandelt wird, da nach der ratio legis die auswärtige Partei den ersten gegebenen Anlaß benutzen muß. Die Benennung, welche als Prozeßhandlung auch seitens des Prozeßbevollmächtigten erfolgen kann, § 77, hat durch sich die Wirkung, daß für die Zustellung aller für die Partei bestimmten Schriftstücke der Zustellungsbevollmächtigte in jeder Beziehung die Partei vertritt und eine Annahmeverweigerung desselben gleich der Weigerung der Partei selbst zu behandeln ist, § 170.

Die Benennung gilt, wenn sie nicht für eine Instanz beschränkt ist, wie § 164 Abs. 2 als zulässig vorausgesetzt, für alle Instanzen; indeß mit Rücksicht darauf, wo der Zustellungsbevollmächtigte nach § 160 im Verhältnisse zum „Prozeßgerichte“ wohnen soll hzw. auf die Voraussetzung der Anm. 2 zu b § 160 für die höheren Instanzen nur, wenn das Gericht der höheren Instanz in demselben Amtsgerichtsbezirke mit dem Gerichte der unteren Instanz sich befindet und wenn nicht in höherer Instanz ein qualifizierter Prozeßbevollmächtigter bestellt ist; **Struckmann-Roch Anm. 1; Gaupp Anm. IV.**

Für den Fall des Todes des Vollmachtgebers oder einer Kündigung sind §§ 82, 83 entsprechend anzuwenden (**Rot. 148**). Daß der Zustellungsbevollmächtigte nach

Analogie des § 77 ohne Weiteres zur Substitution befugt sei, ist nicht anzunehmen (gegen A. Förster Anm. 1).

2) Der Unterlassung der Benennung stehen ex ratione legis die Fälle gleich, wenn die Benennung (mit Wirksamkeit für den Gegner, also durch Anzeige des Erklärenden der Vollmacht § 83, vgl. vor. Anm.) widerrufen ist, oder an den Benannten in der angezeigten Wohnung nicht zugestellt werden kann; Rot. 148.

3) Nur durch den Gerichtsvollzieher, nicht unmittelbar durch den Gerichtsschreiber kann diese Aufgabe zur Post ausgeführt werden; der § 179 ist hier nicht anwendbar, aR. v. Sarwey I, 274; natürlich auch nicht durch die Partei selbst. Beschränkung der Vollz. in Württemberg vgl. Gaupp Anm. IV Nr. 4.

4) Die Post soll in diesem Falle als gesetzlicher Zustellungsbevollmächtigter der nachlässigen Partei gelten, so daß die Zustellung an sie mit der Aufgabe des Schriftstücks zur Post, eine richtige Adresse nach ihrem Wohnorte vorausgesetzt, als bewirkt angesehen wird, ohne Rücksicht darauf, ob und wann das Schriftstück an den Adressaten gelangt. Verändert die Partei im Laufe des Processes ihren Wohnort, so muß sie dies dem Gericht und dem Gegner anzeigen, damit sowohl für Zustellungen von Amtswegen als auf Parteibetrieb ihr zeitiger Wohnort bekannt werde, andernfalls geschieht die Adressirung gültig nach ihrem früheren Wohnorte. Wenn die Voraussetzungen für eine Zustellung mittels Aufgabe zur Post gegeben sind, findet § 182 im Falle des Abs. 2 § 160 (auch für die Zustellung des Urtheils) nicht Anwendung, da nach Satz 3 des Abs. 1 die Zustellung bereits im Inlande bewirkt, also nicht mehr im Auslande zu bewirken ist. Vgl. §§ 208, 209. Die Strafzustellung durch „Aufgabe zur Post“ ist nicht mit einer Zustellung durch die Post, §§ 176 ff., zu verwechseln. Ueber die Zustellungsurkunde vgl. § 175. Rot. 143, 148.

Ueber sonstige Fälle der „Aufgabe zur Post“ vgl. §§ 221 Abs. 2, 730 Abs. 2, 736 Abs. 3, R.D. § 69; R.A.D. § 19 Abs. 3, Preuß. Gef. 13. Juli 1883 über die ZB. in Immobilien § 4 Nr. 3. Vgl. Anm. 5 § 59.

5) Abs. 2. Unter der „Partei“ ist diejenige verstanden, welcher zugestellt werden soll und welche auch im Abs. 1 als die „Partei“ bezeichnet ist. Vgl. P. 58: „Auf Begehren der auswärtigen Partei“. Die zustellende Partei hat in der Regel kein Interesse, ein gleiches Verlangen zu stellen.

Frankirung ist zwar nicht vorgeschrieben; der Absender bleibt jedoch der Post nach den Postvorschriften für alle Beträge verhaftet. Für die postamtliche Behandlung ist die Verfügung des General-Postmeisters v. 24. Aug. 1879, ZMBl. 373—375, vgl. preuß. Just. Min. Regulativ 22. Sept. 1879, ZMBl. 368—374, maßgebend.

Dafür, daß die Zustellungsart mittels Aufgabe zur Post aus § 161 nur bei Zustellungen auf Parteibetrieb, nicht bei solchen von Amtswegen statthaft sei — was das Landgericht Berlin I Cwivil. 13 als Rechtsgrundsatz festgestellt hat, Gen.-Akten XII. 1. — spricht weder der Wortlaut, noch ein innerer Grund. Die Zustellungsart kommt deshalb auch bei Zustellung von Ehecheidungs-Urtheilen nach § 582 zur Anwendung. Ebenso Kammergericht 24. Jan. 1888, Busch 13, 373.

## § 162.

Zustellungen, welche in einem anhängigen Rechtsstreite geschehen sollen,<sup>1)</sup> müssen<sup>2)</sup> an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten erfolgen.<sup>3)</sup>

R. 155. N. 230. P. 50. 520.

1) Der Rechtsstreit ist von der Erhebung der Klage an, § 235, bis zur Rechtskraft und Zustellung der Endentscheidung über den Rechtsstreit oder bis zum Abschlusse und der Zustellung eines Prozeßvergleichs, Anm. 3 § 146, anhängig. Die Anhängigkeit in jeder Instanz, selbst in der letzten, umfaßt, auch abgesehen von den speziellen Vorschriften des § 163, schon begriffsgemäß das Verfahren bis einschließlich der Zustellung des Endurtheils der Instanz. Vgl. Anm. 1 § 221, Anm. 1 § 235, R.O. 19, 395; 27. Sept. 1894, ZB. 573. Der § 162 betrifft daher auch die Zustellung von Urtheilen, § 288, R.O. 16, 352.

Demnach kann auch dann, wenn nach § 164 ein Rechtsmittelschriftsatz dem gegnerischen Bevollmächtigten der höheren Instanz zuzustellen ist, das Urtheil der früheren Instanz nicht diesem, muß vielmehr dem Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz zugestellt werden, und wenn ein solcher nicht vorhanden ist, der Partei; eine gleichzeitige Zustellung von Urtheil und Rechtsmittelschriftsatz nach § 477 Abs. 2 ist in einem solchen Falle nicht ausführbar, *R. O.* 9, 366 (abw. *R. O.* 27. Okt. 1885, *Z. B.* 353 Ziff. 10, vgl. Anm. 4 § 477). Ebenföwenig darf umgekehrt nach dem Tode oder dem Ausscheiden des Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz das Urtheil der letzteren dem Bevollmächtigten der unteren Instanz zugestellt werden, *R. O.* 10, 345, weil durch den Tod zc. des Anwalts vor der Zustellung des Urtheils das Verfahren der Instanz unterbrochen wird, § 221. Wenn für die höhere Instanz von dem Gegner noch kein Prozeßbevollmächtigter bestellt war, erfolgen die Zustellungen an dessen Prozeßbevollmächtigten der Vorinstanz, *R. O.* 8, 424; *O. B.* Braunschweig, *S. A.* 40, 357, *Z. B.* 1891 S. 93. Der § 162 umfaßt überhaupt alle während des Rechtsstreits erfolgenden Zustellungen, da keine Ausnahme gemacht ist, also auch die von Amtswegen, insbesondere die des Kostenfestsetzungsbeschlusses, *R. O.* 9, 329, 392; 24. März 1891, *Z. B.* 246, *S. A.* 47, 94; ebenso die Anordnung, welche nach § 160 betreffs der Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten getroffen wird, so wie die Zustellungen, welche bei Nicht-Bestellung nach § 161 durch Aufgabe zur Post an die Partei erfolgen. In allen Fällen soll nach der Anhängigkeit des Rechtsstreites die Zustellung nur an den Prozeßbevollmächtigten, wenn ein solcher bestellt ist, und alsdann nicht an die Partei selbst erfolgen. Der Prozeßbevollmächtigte soll nicht umgangen werden dürfen, um etwa durch Zustellung an die Partei diese zu beschädigen. Auch Zustellungen, durch welche persönliche Handlungen der Partei erfordert werden, z. B. Eidesleistungen oder das persönliche Erscheinen der Partei, § 132, müssen an den Prozeßbevollmächtigten erfolgen, *Not.* 149, 150. Vgl. Anm. 163. Wenngleich buchstäblich nur Zustellungen bezeichnet sind, so unterliegen der Vorschrift nach Zweck und Absicht des Gesetzes auch die Mittheilungen, welche nicht Zustellungen im technischen Sinne sind; Anm. 1 § 152. — Das Mahnverfahren ist, wenn rechtzeitig Widerspruch erhoben ist, nach §§ 636, 637 als anhängiger Rechtsstreit anzusehen; die Zustellung der ersten Ladung (§ 636 Abs. 2) ist jedoch Seitens des Gläubigers an den, welcher für die Partei Widerspruch erhoben hat, und Seitens des Schuldners an denjenigen, welcher für den Gläubiger den Zahlungsbefehl beantragt hat, nur unter der Voraussetzung zu bewirken, daß sie davon in Kenntniß gesetzt sind, wer für die Partei gehandelt hat; § 648; vgl. Anm. 3, sowie Anm. 3 § 634. In gleicher Weise gilt § 162 für das Arrestverfahren und das eine einstweilige Verfügung betreffende; vgl. *R. O.* 23. Dez. 1882, *Z. B.* 1883 S. 75. In einem sonstigen Verfahren, welches keine Klage voraussetzt (z. B. Sicherung des Beweises), fehlt dagegen die Voraussetzung eines anhängigen Rechtsstreites, falls dieser nicht anderweit anhängig ist (§ 448). Die Zustellung der Befehle des ehelichen Zusammenlebens, der Besserungsbeehle (vgl. *O. B.* § 16 Nr. 6) und der Anordnung gemäß *RR.* II 1 § 675 erfolgen noch nicht in einem dafür anhängigen Rechtsstreite, selbst wenn sie während eines wegen Ehehcheidung zc. schwebenden Rechtsstreites erlassen werden, und ist also § 162 dafür nicht anwendbar; *R. O.* 29, 172; 18. Januar 1892, *Z. B.* 157; 2. März 1893, *Z. B.* 244.

2) Die Vorschrift des § 162 ist mit technischer Schärfe „mäßen“ als die Gültigkeit bedingend hervorgehoben. Eine andere Zustellung (auch an die Partei selbst, oder an einen, im Urtheile oder im Sitzungsprotokolle unrichtig bezeichneten, Prozeßbevollmächtigten, *R. O.* 7. Nov. 1891, *Z. B.* 1892 S. 12, *Raff.* 36, 1226 oder an den für ein anderes Gericht bestellten Zustellungsbevollmächtigten des Prozeßbevollmächtigten) ist unwirksam. Die Vorschrift ist von Amtswegen beim Versäumniskurtheile, § 300 Nr. 2, 3 und bei der Prüfung von Nothfristen für Rechtsmittel, Einspruch zc. zu beachten. (*RR.* aus Zweckmäßigkeitgründen de lege ferenda Heilbut, civ. A. 69, 380 ff.). Ein desfalliger Mangel der Zustellung kann im Allgemeinen, da die Vorschrift im Parteinteresse gegeben ist, durch ausdrücklichen Verzicht oder Präklusion der Rüge gemäß § 267 geheilt werden. Vgl. Anm. 1 § 156. Ausgenommen hiervon sind jedoch die im öffentlichen Interesse gegebenen, der

Parteivereinbarung und ihrem Verzichte entzogenen Nothfristen (§ 202 Abs. 1). *AM. Fitting-Busch* II, 50 ff., der den Mangel durch ausdrückliche Genehmigung für heilbar erachtet; vgl. dagegen *Ann.* 5 § 267 und *RO.* 10. März 1891, *ZW.* 222, 10. Mai 1894, *ZW.* 423.

3) Zugustellen ist an den für die Instanz (vgl. § 163) bestellten **Prozeßbevollmächtigten**. Dabei ist jedoch aus inneren Gründen vorausgesetzt, daß dem Betreibenden bekannt ist, oder ohne Verschulden hätte bekannt sein müssen, daß ein Prozeßbevollmächtigter und welcher bestellt war, *RO.* 5, 360; 9, 347; 14, 351, 375; 16, 352; 18, 395; 17. Okt. 1891, *ZW.* 552, *Raffr.* 36, 1072, wobei auf die zur Verständigung der Partei bzw. ihrer Anwälte von der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten höherer Instanz nöthige Zwischenzeit Rücksicht zu nehmen ist, *RO.* 5, 358, und wobei es auch unerheblich ist, ob ein bloß mit der Vermittelung der Zustellung beauftragter Anwalt der unteren Instanz von der Bestellung des Prozeßbevollmächtigten höherer Instanz Kenntniß hat, *RO.* 9, 346. Eine besondere Form für die Verständigung der Gegenpartei von der Bestellung des Prozeßbevollmächtigten ist freilich nicht vorgeschrieben; *RO.* 18, 395. Kenntniß kommt nur, wenn sie auf sicherer Kunde beruht, in Betracht, *Hellmann*, *Busch* 18, 74. Ein Verschulden wegen Kenntnißmöglichkeit für den Gegner ist nach den konkreten Umständen zu beurtheilen; *RO.* 8. März 1889, *ZW.* 204. Im Parteiprozesse, wo die Vollmacht unbedingt beim Gerichte niedergelegt sein muß, §§ 84 Abs. 2, 76 ist damit auch für den Gegner die Konstatirung der Vollmacht gegeben. (Abweichung § 643; vgl. *Ann.* 1.) Indeß wenn er ohne Versäumung weder durch Schriftsatz oder Mittheilung, noch durch eine m.B. Veranlassung hatte, von der Bevollmächtigung Kenntniß zu erhalten, kann ihm nicht zugemuthet werden, einen Bevollmächtigten als bestellt zu kennen, welcher etwa nach der Verkündung des Urtheils (vgl. *ZW.* 1882 S. 170) seine Vollmacht ohne Mittheilung an den Gegner dem Gerichte eingereicht hat. Dagegen wird es für den Einspruch gegen ein Versäumnisurtheil seine Sache sein, dem im Termine festgestellten Prozeßbevollmächtigten zugustellen, welchen er ohne Versäumung erfahren hätte. Im Anwaltsprozesse, wo nicht das Gericht, sondern nur der Gegner die Vorlegung der Vollmacht verlangen kann, § 84, kann der Gegner nur auf seine Gefahr das Fehlen der Vollmacht rügen und bestreiten und hat also vorher und bis zur Feststellung des Mangels der Vollmacht den Anwalt, welcher sich als bestellter Bevollmächtigter gerirt, als solchen gelten zu lassen (wenngleich dieser nicht eine Vermuthung der Vollmacht für sich hat), weil nur in dem Falle, wenn die Rüge des Mangels begründet ist, der gegnerische Anwalt als nicht bestellt anzusehen ist. Er kann demnach, selbst wenn er den Mangel rügt, nur auf seine Gefahr, die Zustellung an den für den Gegner auftretenden Anwalt unterlassen. So auch *Seuffert Ann.* 2, *Hellmann* I, 486. Die Ansicht von *Endemann* I, 541, daß auch dann der Nachweis der Vollmacht für den Gegner der Anwendung des § 162 vorangegangen sein müsse und der Gegner nur auf seine Gefahr dem auftretenden angeblichen Bevollmächtigten zustellen könne, kehrt theoretisch die Rolle des bestreitenden Theils und die Folge des Bestreitens um und ist praktisch unausführbar. Vgl. *DSB. Jena*, *ZW.* 1886 S. 62. Wenn der Zustellende bestreitet, daß der als Prozeßbevollmächtigter auftretende Vollmacht habe und es auf den Nachweis der Vollmacht ankommt, so ist im Anwaltsprozesse zu berücksichtigen, daß es nach § 84 nicht erheblich ist, ob derselbe schon zur Zeit, wo er als Bevollmächtigter auftrat, eine urkundliche Vollmacht vorgelegt hat, vgl. *RO.* 13, 88 ff. und andererseits *Hellmann*, *Busch* 18, 74 ff. Die Zustellung an den ohne Vollmacht auftretenden Bevollmächtigten ist selbst beim Mangel einer schriftlichen Vollmacht wirksam, wenn die Partei nur mündlich Vollmacht erteilt, oder die Vertretung sonst genehmigt hatte, § 81. Demgemäß ist auch der nach § 85 einstweilen zugelassene Geschäftsführer ohne Auftrag bzw. vollmachtlose Bevollmächtigte bedingt bis zum Ablaufe der Frist des § 85 Satz 2 kraft der richterlichen Zulassung als bestellt vorbehaltlich der Folgen der Richtgenehmigung anzusehen. Jedenfalls ist im Anwaltsprozesse das Gericht nicht befugt, die Legitimation derjenigen zugelassener Anwälte, welche die Parteien als die betr. Prozeßbevollmächtigten der Instanz ausdrücklich oder stillschweigend anerkennen, zur Empfangnahme der Zustellungen von Amtswegen in Zweifel zu ziehen (§ 84 Abs. 2; *DSB.* 17. Febr. 1887, *SA.* 42, 352).



Ist die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten nicht ausführbar, weil derselbe nicht aufzufinden ist, was im Parteiprozeße bei größeren Gerichten nicht selten vorkommt, so kann die Zustellung nur an die Partei erfolgen, ebenso wie in dem Falle, wenn der Zustellungsbevollmächtigte nicht zu finden ist, vgl. Anm. 2 § 161. Das Gleiche gilt im Parteiprozeße, wenn der Prozeßbevollmächtigte gestorben oder zur Vertretung unfähig geworden ist, anders im Anwaltsprozeße, wo in solchen Fällen das Verfahren unterbrochen wird, bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht; § 221. vgl. oben Anm. 1.

Hinsichtlich der Zustellung, wenn Mehrere bevollmächtigt sind, vgl. §§ 80, 172, Anm. 1 § 155. An einen Prozeßbevollmächtigten mehrerer Parteien ist nur eine Zustellung für Alle nötig, § 172. Ueber die Zustellung an generelle Stellvertreter sowie an besondere Substituten eines Anwalts vgl. 4 § 77 u. Anm. 1 § 164. Der von dem prozeßbevollmächtigten Anwalt nach R.A.D. § 19 bestellte Zustellungsbevollmächtigte ist dem Prozeßbevollmächtigten im Sinne des § 162 gleichzustellen. Eine doppelte Zustellung an die Partei und ihren Prozeßbevollmächtigten kennt die C.P. außer dem Falle der §§ 223, 217 nicht. — Auch in preuß. agrarischen Auseinandersetzungssachen ist nach § 50 Bef. 18. Febr. 1880 das Urtheil an den Prozeßbevollmächtigten zuzustellen; R.O. 2, 418.

### § 163.

Als zu der Instanz gehörig sind im Sinne des vorstehenden Paragraphen auch diejenigen Prozeßhandlungen anzusehen, welche das Verfahren vor dem Instanzgerichte in Folge eines Einspruchs, einer Aufhebung des Urtheils des Instanzgerichts, einer Wiederaufnahme des Verfahrens oder eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz zum Gegenstande haben. Das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte ist als zur ersten Instanz gehörig anzusehen.<sup>1)</sup>

R. 156. N. 239. P. 58. 529.

1) Vgl. §§ 303 ff., 501, 527 ff., 541 ff., 685 ff. Zu dem im § 163 genannten Verfahren gehören selbstredend auch die einleitenden Zustellungen bei Einlegung des Einspruchs, der Wiederaufnahmelagen u. s. w., vgl. R.O. 7. April 1883, Raffr. 27, 1074. Auch wenn bei Zwangsvollstreckungen das zuständige Vollstreckungsgericht, § 684, nicht am Sitze des Prozeßgerichts ist, muß in den bezeichneten Fällen an den, wenngleich entfernten Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers zugestellt werden, und zwar im Interesse des Gläubigers, für welchen „schlecht geforgt wäre, wenn sein Bevollmächtigter die Zwangsvollstreckung für ihn betreibt, die Zustellungen aber gleichwohl ihm selbst zugehen sollen.“ Rot. 150. Wegen der Zustellung des Pfändungsgebots an den Schuldner bei Zwangsvollstreckungen in Forderungen vgl. jedoch § 730 Anm. 6. — Dem § 78 entsprechend können auch die Zustellungen in Folge einer Hauptintervention und hinsichtlich der während eines schwebenden Prozeßes veranlaßten Arreste oder einstweiligen Verfügungen an den Prozeßbevollmächtigten des Stammprozeßes bewirkt werden; allein da diese Verfahren nach § 163 nicht als zur Instanz desselben Prozeßes gehörig zu erachten sind, so ist auch die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten nicht obligatorisch, § 162; Saupp Anm. I, jetzt auch Seuffert Anm. 2. Da ferner sowohl das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte (§ 684) zur ersten Instanz im Sinne der §§ 162, 163 gehört, als auch das Verfahren „in Folge eines neuen Vorbringens in der Zwangsvollstreckungsinstanz“, so müssen insbesondere auch die Zustellungen in Folge von Einwendungen in der Exekutionsinstanz, sowie von Klagen aus den §§ 686, 687, 667, 696 an die bisherigen Prozeßbevollmächtigten erster Instanz erfolgen, bis in einem desfalligen neuen Prozeße ein neuer Bevollmächtigter bestellt wird. Vgl. Boh, J.f.G. 1891 S. 137. Der § 163 setzt jedoch ein Verfahren der Parteien voraus. Die Interventionen aus §§ 690, 710 sind nicht ein neues Vorbringen der Partei, sondern Klagen Dritter. Mitbin ist § 162 für die §§ 690, 710 nicht anwendbar; die fakultative Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten jedoch nach

§ 77 statthaft. Das Gleiche gilt von der Widerspruchsklage gegen den Eheilungsplan aus § 764; *OB. Hamburg, SA. 39, 376.* Ebenso *Gaupp Anm. I; Seuffert Anm. 2; Falkmann 127. AR. Sprenger, civA. 73, 257 ff., 261 ff.; Petersen (Hamburg), Busch 9, 362 ff. und ZQ. I Berlin, Bl. f. R. 2, 21,* welche den § 77 für die Fälle der §§ 690, 710, überhaupt nicht für anwendbar erklären (vgl. dagegen *Boß, civA. 71, 279 ff.*); während andererseits Förster und Frommhold (Widerspruchsklage S. 277) die Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten für obligatorisch ansehen. Die Anordnungen und Entscheidungen aus §§ 773—775 fallen ebenfalls unter §§ 162, 163; *RO. 8. Juli 1892, ZB. 371.* — Auch das Kostenfestsetzungsverfahren gehört zur ersten Instanz, *RO. 9, 329, 392; vgl. Anm. 1 § 99.* Nach Kammergericht 27. Okt. 1882, *Ballm. 8, 48,* muß sogar die Ladung zur Leistung des Offenbarungseides nach § 781 vor das daselbst bestimmte Vollstreckungsgericht gemäß § 163 (Schlußsatz) dem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz zugestellt werden. — Durch § 163 wird nicht bestimmt, daß der Rechtsstreit auch nach Zustellung der Endentscheidung der Instanz oder sogar nach Eintritt der Rechtskraft derselben in gewissen Fällen in derselben Instanz wirklich anhängig bleibe, vielmehr giebt § 163 lediglich dem Ausdrucks „Instanz“ für den Fall des § 162 eine erweiterte Bedeutung, welche im Uebrigen nicht maßgebend ist, soweit sie über die gewöhnliche Bedeutung hinausgeht.

### § 164.

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

Ist auch kein Prozeßbevollmächtigter erster Instanz vorhanden, so erfolgt die Zustellung an den von dem Gegner, wenngleich nur für die erste Instanz, bestellten Zustellungsbevollmächtigten; in Ermangelung eines solchen an den Gegner selbst, und zwar an diesen durch Aufgabe zur Post, wenn er einen Zustellungsbevollmächtigten zu bestellen hatte, die Bestellung aber unterlassen hat.<sup>1)</sup>

E. 157. M. 778. 809. 842. P. 58. 59. 529. 530.

1) Vgl. *Reyer PrjPr. 2. Aufl. S. 78.* Die Vorschriften des § 164, in Ergänzung des § 162 erlassen, sind zur Vermeidung der Unwirksamkeit der Zustellungen ebenso obligatorisch, wie § 162, *Rot. 149, 150 zu §§ 155—157.* Sie sind eine Anwendung des Grundsatzes, daß die Partei durch die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten den eigenen Prozeßbetrieb ganz aus der Hand giebt und sind daher nach denselben Vorschriften auch Versäumnisurtheile zweiter Instanz und Schriftsätze zur Aufnahme, § 227, zuzustellen; *RO. 8, 426; 9, 329.* Wenn ein oberstes Landesgericht gemäß § 7 *CG.* eingerichtet ist, so erfolgt zwar die Einlegung der Revision durch die Einreichung der Revisionschrift beim obersten Landesgerichte; aber § 164 bleibt für die Zustellung der Abschrift der Revisionschrift an den Revisionsbeklagten und für die Ladung zur mB. maßgebend, §§ 7 *Abf. 1, 8 Abf. 2 CG.*

Die Zustellung an den in erster Linie berufenen Bevollmächtigten für die höhere Instanz umfaßt auch den, gemäß § 77 von dem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz für die höhere Instanz bestellten, *RO. 22, 397;* sie hat aber auch hier, wie für den § 162, nur an den ohne Versäumung bekannten zu erfolgen. Vgl. *Anm. 3 § 162.* Ein Prozeßbevollmächtigter für die höhere Instanz kann schon in unterer Instanz für den möglichen Fall der Beschreitung der höheren Instanz im Voraus bestellt werden, und ist von dem hiervon unterrichteten Gegner bei Zustellung des Rechtsmittelschriftsatzes zu beachten, *RO. 18, 395; 4. Okt. 1887, ZB. 432* (in einem Falle, wo einem Anwalte zweiter Instanz Generalvollmacht erteilt war). Daß schon die bloße Mitbenennung eines Anwalts höherer In-

stanz in der Vollmacht für den Anwalt der unteren Instanz als eine solche eventuelle Bestellung aufzufassen ist (was 20. Elwangen, BUCH 9, 128 verneint), ist nach der angeführten Entscheidung zu bejahen, wie R. 14. Jan. 1889, ZW. 66, RaffR. 35, 151. Ob die Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die höhere Instanz dem Gegner bekannt war oder bekannt sein mußte (vgl. Anm. 3 § 162), ist freilich in jedem einzelnen Falle nach den Umständen zu entscheiden; R. 8. März 1889, ZW. 204. Der Hauptfall, an welchem bei der Zustellung des Rechtsmittelschriftsatzes an den Prozeßbevollmächtigten der höheren Instanz zu denken ist, ereignet sich dann, wenn Partei und Gegenpartei gegen dasselbe Urtheil nacheinander das Rechtsmittel einlegen. In diesen Fällen gilt der für das Rechtsmittel der einen Partei bestellte Anwalt zugleich für das Verfahren betreffend das Rechtsmittel der Gegenpartei bestellt, so lange, als das erstere noch nicht erledigt ist, R. 14. 348. Wenn hingegen von einer Partei nach Erledigung des gegnerischen Rechtsmittels oder nach Zurückweisung ihres erstingelegten verfrühten Rechtsmittels von Neuem gegen dasselbe Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt wird, so bildet das Verfahren über das letztere eine neue Instanz, für welche der frühere Prozeßbevollmächtigte des Gegners nicht als bestellt gilt, R. 8. 367; 14. 371; 27. 352. Ungulässig ist es jedoch, vor Erledigung der früheren verfrüht veranlaßten Berufungsinstanz eine neue daneben zu veranlassen; die während der schwebenden Berufungsinstanz von Neuem zuzustellende Berufungsschrift ist deshalb dem gegnerischen Anwalt der Berufungsinstanz zuzustellen; R. 25. Jan. 1893, ZW. 133, RaffR. 37, 1227. Vgl. auch OStG. 12. Juni 1890, SA. 47, 89. Die Rechtsmittel gegen verschiedene in demselben Rechtsstreit ergangenen Urtheile (Theilurtheile, Zwischen- und hzw. Endurtheile) gehören nicht zu derselben Instanz und in der Bestellung eines Prozeßbevollmächtigten für die eine Rechtsmittelinstantz liegt an sich nicht zugleich die Bestellung für die andere, R. 9. 352; 16. 354; 14. Okt. 1882, ZW. 259; 21. April 1883, ZW. 223; 14. Okt. 1885, ZW. 351, RaffR. 31, 109 (Abw. früher R. 25. Okt. 1882, ZW. 259, RaffR. 27, 1077). Vgl. Anm. 2 § 77, sowie Kräwel, RaffR. 24, 795 ff. Ist der Anwalt der zunächst nachgeordneten Instanz vor Zustellung des Urtheils gestorben, oder zur Vertretung unfähig geworden (wozu auch der Fall der Böschung bei dem Prozeßgericht gehört), so ist das Verfahren, — sofern es sich in der erwähnten Instanz um einen Anwaltsprozeß handelte — nach § 221 unterbrochen und ein Rechtsmittel kann vor Aufnahme desselben nicht eingelegt werden; ist jedoch einer der bezeichneten Fälle nach Zustellung des Urtheils eingetreten, so ist der Rechtsmittelschriftsatz, wenn sich der Fall in der Berufungsinstanz ereignet hat, dem Prozeßbevollmächtigten erster Instanz, und wenn sich der Fall in der ersten Instanz ereignet hat, gemäß Abs. 2 zuzustellen; vgl. R. 14. Mai 1884, ZW. 194, RaffR. 28, 1130; 13. Mai 1887, ZW. 288; R. 13. 310. Für den in der Instanz eines Amtsgerichts fortgefallenen Prozeßbevollmächtigten tritt allerdings ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des Fortfalls immer die Partei ein, wenn nicht ein Zustellungsbevollmächtigter bestellt ist. Die Zustellung des Rechtsmittelschriftsatzes in Ehe- und Entmündigungssachen müssen, wenn der Staatsanwalt Gegenpartei ist (§§ 586, 607, 620) an den Staatsanwalt der Rechtsmittelinstantz zugestellt werden, wie auch nur dieser zur Einlegung des Rechtsmittels befugt ist, R. 18. 405, 407; 25. 419; 30. Sept. 1892, ZW. 425.

Ist nach § 164 an den Gegner selbst zuzustellen, so ist auch gemäß § 159 eine Zustellung an den Generalbevollmächtigten hzw. Prokuristen zulässig, da dieselbe „gleiche Wirkung“ hat, wie die „an die Partei selbst“.

### § 165.

Die Zustellungen<sup>1)</sup> können an jedem Orte erfolgen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, angetroffen wird.<sup>2)</sup>

Hat die Person an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokale, so ist die außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokals an sie erfolgte Zustellung nur gültig, wenn die Annahme nicht verweigert ist.<sup>3)</sup>

1) Ueber die Folgen mangelhafter Zustellung vgl. Anm. 1 § 156. Im § 165 ist die Zustellung zur eigenen Hand des Adressaten behandelt, in den §§ 166—169 die sog. Ersatzzustellung. Vgl. die Einschränkung in der preuß. Ges.-Anw. f. Soollz. § 32, sich zuvor die Ueberzeugung von der Richtigkeit der Wohnung oder des Geschäftslokals und von der Identität der Personen zu verschaffen.

2) In Abs. 1 ist unter dem Orte nicht bloß die Ortsgemeinschaft, sondern wie aus dem Gegensatz des Abs. 2 (trotz der Worte „an diesem Orte“) hervorgeht, jede Vertikalität verstanden; Seuffert Anm. 1. M. Gaupp, Struckmann-Roch auf Grund der Rot. 151, welche allerdings unter dem Ort „jeden in Deutschland belegenen Ort“ (Stadt, Dorf u. f. w.) verstanden wissen wollen; dann würde aber die Zustellung an Personen, die in einem zu keiner Ortsgemeinschaft gehörigen Hause tatsächlich wohnen, wie häufig Bahnwärter, Schaufelbau-Arbeiter, Forstbeamte in fiskalischen, nicht in kommunal-fiskalen Forsten u. dgl. unausführbar sein. Die Gültigkeit der Zustellung ist hinsichtlich der Vertikalität gesetzlich nur durch den Abs. 2 beschränkt. Als schädlich anzusehen (und durch die preuß. Ges.-Anw. f. Soollz. § 24 reglementarisch vorgeschrieben) ist, daß „ein angemessener Ort und eine passende Gelegenheit gewählt werden, welche eine ungehinderte und sichere Uebergabe und Annahme des Schriftstücks gestatten“ z. B. nicht in Kirchen oder gottesdienstlichen Gebäuden, Rot. 151. Wenn indes trotzdem an einem unpassenden Orte zugestellt wird, bleibt die Zustellung gültig, Gaupp I, 447; Peterfen Anm. 3.

3) Unter der Wohnung im Abs. 2 ist ebenso, wie im Sinne des § 160, der Ort des tatsächlichen Wohnens verstanden, nicht ein Wohnsitz, Rot. 151, also auch eine Wohnung im Gasthose oder eine besuchsweise mitbenutzte Wohnung eines Anderen; M. 3. April 1891, ZM. 246, SA. 47, 96; 19. Nov. 1894, ZM. 1895 S. 6. Auch in Betreff einer Ehefrau, welche ihren Mann verstoßen hat, ist nur ihre tatsächliche Wohnung entscheidend, M. 16. Nov. 1893, ZM. 558, RaffR. 38, 494. Unter Geschäftslokal ist diejenige Räumlichkeit zu verstehen, in welcher eine Person gewöhnlich ihren Berufsgeschäften obliegt; M. 16, 349. Wenn Jemand auf der Reise begriffen ist oder seine bisherige Wohnung aufgegeben und nirgends eine Wohnung genommen hat, so kann ihm auf der Straße gemäß Abs. 1 zugestellt werden. Vgl. über Zustellung an Obdachlose Peters, J.f.G. 1889 S. 142. Die Annahme darf nur dann, wenn der Adressat eine Wohnung oder ein Geschäftslokal am Orte der Zustellung hat, außerhalb derselben verweigert werden. Vgl. § 170. Eine Ersatzzustellung nach § 166 außerhalb der Wohnung ist nicht zulässig, vgl. Anm. 2 § 166.

### § 166.<sup>1)</sup>

Wird die Person, welcher zugestellt werden soll, in ihrer Wohnung nicht angetroffen, so kann die Zustellung in der Wohnung an einen zu der Familie gehörenden erwachsenen Hausgenossen oder an eine in der Familie dienende erwachsene Person erfolgen.<sup>2)</sup>

Wird eine solche Person nicht angetroffen, so kann die Zustellung an den in demselben Hause wohnenden Hauswirth oder Vermiether erfolgen, wenn diese zur Annahme des Schriftstücks bereit sind.<sup>3)</sup>

E. 159. N. 243. P. 59. 530.

1) Die §§ 166—169 behandeln die sog. Ersatzzustellung, d. h. die Art der Ausführung des Zustellungsakts in solchen Fällen, wo die Person, welcher zugestellt werden soll, nicht an dem für die Zustellung bestimmten Orte (Wohnung oder Geschäftslokal § 166 Abs. 2) selbst angetroffen wird. Unter der Person, welcher zugestellt werden soll, ist nicht bloß die Partei zu verstehen, sondern jede Person, an welche nach den vorstehenden §§ 157—164 zugestellt werden soll, mag es die Partei selbst, oder ihr gesetzlicher Vertreter, Prozeßbevollmächtigter, Stellungsbevollmächtigter, Generalbevollmächtigter, Prokurist, oder die Kommandobehörde im Falle des § 158 sein. (Vgl. Birkenbihl, RaffR. 33, 262, welcher jedoch nur die Fälle der §§ 157 Abs. 4, 158, 159 in Betracht zieht.) Die §§ 166, 167, welche

die Ersatzzustellung für die Wohnung regeln, während die §§ 168, 169 die Ersatzzustellung im Geschäftslokale bestimmen, sind im Falle des § 169 Abs. 2 nur bedingt anwendbar. Abgesehen davon „kann“ der Bevollz. nach seinem Ermessen, falls der Adressat ein Geschäftslokal im Sinne des § 168 und eine Wohnung am Orte hat, die eine oder die andere Vertiklichkeit auffuchen und die Zustellung nach den betreffenden Vorschriften bewirken, ohne daß es auf die Gültigkeit Einfluß hat; er kann auch, statt von der Ersatzzustellung Gebrauch zu machen, zu anderen Zeiten wiederkommen, um die Zustellung zur eigenen Hand nach § 165 zu bewirken. In der preuß. Gesch.-Anw. f. Bevollz. §§ 27, 28 wird er angewiesen, falls ein Geschäftslokal im Sinne der §§ 168, 169 vorhanden ist, zunächst das Geschäftslokal aufzusuchen und nur, wenn die Zustellung dort nicht ausführbar ist, sie in der Wohnung nach §§ 165—167 auszuführen. Die Nichtbeachtung dieser dem Reichsgesetze gegenüber nur reglementarischen Dienstvorschriften (vgl. § 73 A. O. v. 24. April 1878) macht, abgesehen vom § 169 Abs. 2, die Zustellung nicht ungültig; dagegen ist sie ungültig, wenn sie nicht den Vorschriften der §§ 166—169 entspricht, Anm. 1 § 156. In Betreff der Zeitwirkung der Ersatzzustellungen s. Anm. 3 Abs. 2 § 167. Die Ersatzzustellung setzt voraus, daß der Adressat noch lebt. Wie an einen Verstorbenen nicht mehr zugestellt werden kann, so giebt es auch keine Ersatzzustellung für ihn; er hat keine Wohnung mehr, in welcher er angetroffen oder nicht angetroffen werden kann. Vgl. Pollack, 3. f. O. 1889 S. 85.

2) Voraussetzung für den § 166 ist nur, daß der bezeichnete Empfänger eine Wohnung im Sinne des § 165 Abs. 2 hat, und in dieser nicht angetroffen wird, gleichgültig, wo sonst er seinen Wohnsitz oder Aufenthalt oder ob er (außer dem Falle des § 169 Abs. 2) ein Geschäftslokal hat. Für die Voraussetzung des Nichtantreffens kommt es lediglich darauf an, ob der Bevollz. oder im Falle des § 178 der Postbote den bezeichneten Empfänger thatsächlich nicht antrifft, obgleich er sich in der durch die Haus- oder Familien-Einrichtung gegebenen Weise bemüht hat, ihn zu treffen. Weder ist es nöthig, daß der Empfänger in der Wohnung nicht anwesend ist und daß es unmöglich ist, ihn dort zu treffen; noch ist es erheblich, aus welchen Gründen, ob wegen Krankheit, Gefangenschaft (Anm. 3), anderweiter Beschäftigung, Schlafens, Essens u. s. w. der in der Wohnung anwesende Adressat für den Bevollz. oder den Postboten zur Zeit nicht zu treffen ist. Daraus allein, daß der Adressat (wegen Banterutis, begangener Verbrechen u. dgl.) sich verborgen hält oder unter Zurücklassung seiner Habseligkeiten und seiner Familie in der bisherigen Wohnung flüchtig geworden ist, folgt noch nicht, daß er seine Wohnung aufgegeben habe; D. O. Colmar 3. f. O. 1891 S. 38; Kammergericht in Sachen Klette -/ Schönbeck, II. 1327. 89 III. Hat der Adressat eine Wohnung an dem Orte der Zustellung, so kann auch eine Ersatzzustellung an denselben nach § 166 außerhalb der Wohnung z. B. in einem Spital, in welchem er krankheitshalber untergebracht ist, oder in einem Gefängniß nicht erfolgen; § 165 Abs. 2; D. O. Karlsruhe in S. A. 44, 220.

Die Annahmeverweigerung der im Abs. 1 bezeichneten macht im Gegensatz zu Abs. 2 die Zustellung nicht ungültig. Vgl. § 170.

Der B. G. bestimmte übereinstimmend mit R. 243: „an eine in der Wohnung anwesende, zu der Familie gehörige oder in der Familie dienende anwesende Person.“ Die R. R. hat die jetzige Fassung bestimmt. Für die Familienangehörigen ist daher die Eigenschaft als „erwachsener Hausgenosse“, d. h. als mit der Familie im Hause Wohnender notwendig. Für die Dienernden ist dagegen von dieser Eigenschaft abgesehen; es sollte hinsichtlich ihrer unerheblich sein, ob sie Hausgenossen sind, was sich oft schwer feststellen lasse; P. 59, 530. Vgl. § 683 Abs. 2 und Anm. 1 § 679. Dagegen sind unter dienenden nur solche Personen zu verstehen, welche in einem wirklichen festen Dienstverhältniße stehen, nicht solche, welche bloß zu einzelnen Dienstleistungen und Arbeiten als Tagelöhner u. dgl. gebunden sind, R. O. 18. Mai 1888, S. A. 43, 462. Ob der Hausgenosse auf längere Zeit oder nur vorübergehend im Hause wohnt, ist, wie nach § 165 für den Adressaten selbst, gleichgültig, Buchelt I, 441. R. R. Gellmann I, 496. — Ob Jemand zur Familie gehört oder erwachsen ist, ist Thatsache. Vgl. R. O. 19. Nov. 1894, Z. B. 1895

§. 6. Verwandtschaft ist zur Familienangehörigkeit nicht nöthig, Rump, cloA. 77, 312. Daher hält Boß, JfO. 6, S. 3, 11 auch die Zustellung an den Dienstherrn für seine Dienstreute, welche seine Hausgenossen sind, für zulässig. Als Familie, zu welcher Andere gehören oder in welcher Jemand dient, kann auch das Hauswesen eines Junggesellen oder einer Unverheiratheten angesehen werden. Zu den Erwachsenen sind ohne Rücksicht auf die Großjährigkeit diejenigen zu rechnen, deren körperliche Reife über die des Knaben- bzw. entsprechenden Mädchenalters hinaus entwickelt ist. Ob das der Fall, ist eine Thatfrage, über welche zunächst allerdings der Voollj. zu entscheiden hat, jedoch nicht mit bindender Kraft für das erkennende Gericht, vgl. R. 14, 338.

3) Dem Hauswirth steht sein Stellvertreter gleich. Als Hauswirth oder als dessen Stellvertreter im Sinne des § 166 ist derjenige anzusehen, an welchen sich ein Dritter, der mit einem Hausbewohner in Verkehr treten will, zu diesem Zweck gemäß der Hauseinrichtung zu wenden hat, da es sich hier nur um diesen Verkehr und nicht um die Vertretung des Grundeigentümers hinsichtlich einer Verfügung über das Haus selbst oder um Verwaltung oder dergleichen handelt. Demnach kann an den Bierzewirth oder Portier zugestellt werden; Korrb. Prot. 357; R. 1. Juli 1889, JZB. 305. Den Portier eines Spitals rechnet D. O. Karlsruhe, SA. 44, 220, nicht hierher. Hiernach bestimmt es sich auch, an wen das den Straf- oder Untersuchungsgefangenen zuzustellende Schriftstück behändigt werden kann, sofern die Zustellung zur eignen Hand den Gefängnisreglements widerspricht. Vgl. D. O. Hamburg, SA. 49, 355. Nach dem preuß. Reglement 16. März 1881 für die Gefängnisse der Justizverwaltung § 79 (Anl. zu JZB. 50) erfolgen „alle Zustellungen an Gefangene in Gegenwart eines Gefängnißbeamten“. Der Zustellungsbeamte muß sich also dazu in Gegenwart eines Beamten den Gefangenen vorführen lassen. Für die von Amtswegen erfolgenden Zustellungen (welche in der Regel durch Vermittelung des Direktors der Gefangenanstalt veranlaßt werden) sind Gefängnißbeamte als Hülfsgerihtsvollzieher bestellt; Min.-Verf. 25. Okt. 1881, JZB. 257. Vgl. § 52 Voollj.-Ordn. 23. Febr. 1885 (auch Gerichtsschreiber, Gerichtsschreibergehülfen, Sekretäre oder Assistenten bei der Staatsanwaltschaft), JZB. 63. Die Reichspost, sowie die Königl. Württembergische und die Königl. Bayerische Post übernimmt die Ausführung von Zustellungen an Gefangene, über welche eine Zustellungsurkunde auszustellen ist, nicht; vgl. Bel. des Bayer. JZ. 23. Juni 1890, Bayer. JZB. 197; JfO. 1890 S. 102. Vgl. ferner über Zustellung an Gefangene: Burgheim, Stfchr. der Anwaltskammer Hamm 4. Jahrg. Nr. 1, JfO. 1890 S. 136.

Als Vermiether ist der des Adressaten gemeint, auch wenn er Astermiether ist.

Die Ersatzempfänger: Hausgenossen, Dienende, Hauswirth und Vermiether sollen in Betreff des Empfangens den bezeichneten Empfänger vertreten. Sie sind daher zu einer solchen Vertretung nicht zu verwenden, wenn sie für sich entgegenstehende Interessen haben, wie Niemand Bevollmächtigter seines Gegners sein kann. Vgl. Anm. 3 § 157. Der Vermiether, welcher seinen Miether verklagt, kann nicht für diesen zugleich Ersatzempfänger dieser Klage sein, das Ermessen des Voollj. oder Postboten, welchem die Befugnisse der Ersatzzustellung („kann“ s. Anm. 1) anvertraut sind, muß ein vernünftiges sein. Nach R. 17, 409 soll die Ersatzzustellung an den Gegner des Adressaten jedoch zulässig sein, wenn nicht der Gegner selbst, sondern ein Dritter (Nebeninterventent) zustellen läßt und die Unthunlichkeit bei der Zustellung (durch den Postboten, § 178) nicht erkennbar ist. Vgl. auch R. 24. Nov. 1887, JZB. 1888 S. 13, ferner Hahn, RaffR. 33, 549.

Der Konkursverwalter ist für Zustellungen, welche an den Gemeinschuldner erfolgen müssen, nicht dessen Ersatzempfänger, auch dann nicht, wenn das Konkursgericht nach § 111 R. O. die Postanstalten um Aushändigung der für den Gemeinschuldner bestimmten Sendungen an den Verwalter ersucht hat. Zur Wirksamkeit einer Zustellung an den Gemeinschuldner ist in solchen Fällen eine Postzustellung unthunlich.

Die Ersatzzustellung nach Abs. 2 ist nicht schon dann zulässig, wenn der Adressat in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen ist, vielmehr muß nach dem Wortlaut des Gesetzes zuvor die Zustellung in der Wohnung an den Adressaten, event. nach Abs. 1 ver-

geblüch versucht sein, **R. 18.** Mai 1885, **ZW.** 242. Vgl. auch Anm. 3 § 167. — Ueber die Unzulässigkeit der Zustellung nach § 166 Abs. 2 u. § 167 nach vergeblichem Eindringen zur Nachtzeit vgl. Anm. 1 § 171. — Allgemeine Verkehrsrisiken sprechen dafür, daß bei Zustellungen an Ersatzempfänger die zuzustellenden Schriftstücke von dem Bevollmächtigten übergeben werden, wie dies bei Postzustellungen im § 177 gesetzlich vorgeschrieben ist. Vgl. Anm. 2 § 156. Dienlich angeordnet ist dies für das Königreich Sachsen durch Verf. 16. März 1889 (**ZWBl.** f. Sachsen S. 10; **ZfO.** 1889 S. 61).

### § 167.

Ist die Zustellung nach diesen Bestimmungen nicht ausführbar,<sup>1)</sup> so kann sie dadurch erfolgen, daß das zu übergebende Schriftstück auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts, in dessen Bezirke der Ort der Zustellung gelegen ist, oder an diesem Orte bei der Postanstalt oder dem Gemeindevorsteher oder dem Polizeivorsteher niedergelegt und die Niederlegung sowohl durch eine an der Thür der Wohnung zu befestigende schriftliche Anzeige,<sup>2)</sup> als auch, soweit thunlich, durch mündliche Mittheilung an zwei in der Nachbarschaft wohnende Personen bekannt gemacht wird.<sup>3)</sup>

**R. 160. N. 244. P. 59. 530.**

1) „Nach diesen Bestimmungen“ d. h. nach §§ 165, 166; Preuß. Gesch.-Anw. f. Bevollm. § 31: „Ist der Empfänger in der Wohnung nicht angetroffen, und kann die Zustellung auch nach § 30 (166) nicht erfolgen“. (Diese Bemerkung ist von Caupp Anm. I Nr. 1 mißverstanden; die Anwendung des § 167 setzt voraus, daß die Zustellung an den Adressaten weder persönlich noch durch Ersatzzustellung gemäß § 166 hat ausgeführt werden können; so auch **R. 6.** Juni 1891, **ZW.** 386; dies ist vorstehend durch Bezugnahme auf §§ 165 u. 166 deutlich ausgedrückt. Daß eine Ersatzzustellung nach § 167 zulässig sei, bevor eine solche nach § 166 versucht worden, ist nicht gesagt und hat nicht gesagt werden sollen.) Daß der Adressat kein Geschäftslokal am Orte habe, ist für § 167 nicht Voraussetzung, abgesehen von dem Falle des § 169 Abs. 2; vgl. Anm. 1 § 166. Unter der Unausführbarkeit ist nicht eine absolute Unmöglichkeit, sondern eine Unthunlichkeit nach verständigem Ermessen zu verstehen. Vgl. Anm. 3 § 166. Die Unausführbarkeit bei einem Versuche, nach §§ 165, 166 zuzustellen, genügt nicht, wenn der Versuch unter Nichtbeachtung gesetzlicher Vorschriften (betr. Eindringen in die Wohnung zur Nachtzeit) unternommen ist, **R. 30.** 420, vgl. Anm. 1 zu § 171.

2) Hinsichtlich der Niederlegung vgl. die ministeriellen und postalischen Anordnungen vom 14., 19. und 29. April 1880, **ZWBl.** 95 ff. — In die Anzeige soll nach der Preuß. Gesch.-Anw. § 31 neben dem Orte der Niederlegung auch die Bemerkung aufgenommen werden, daß die Niederlegung zum Zwecke der Zustellung erfolgt ist und die niedergelegten Schriftstücke vom Orte der Niederlegung abzuholen sind. Für Bayern: **Verf.** 16. Aug. 1879, **Bl.** 1001; **Verf.** 20. Dez. 1889, **Bl.** 681 und **ZWBl.** f. Bayern 249 (**ZfO.** 1890 S. 25, 26); Württemberg: **Verf.** 29. Sept. 1880, **RegBl.** 209; Mecklenburg: **Verf.** 27. Febr. 1880, **RegBl.** Schwerin 35; Sachsen-Weimar: **Verf.** 4. Juni 1880, **RegBl.** 171; Schwarzburg-Rudolstadt: **Verf.** 9. Juli 1880, **Bl.** 53; Lippe-Deimold: **Verf.** 2. Febr. und 26. Okt. 1880, **Bl.** 41, 179; Waldeck: **Verf.** 19. Nov. 1880.

3) Durch die Einschränkung „soweit thunlich“ ist dem verständigen Ermessen Spielraum gegeben; indes ist die Beachtung der Vorschrift nicht der subjektiven Willkür des Bevollmächtigten überlassen und ihre Verletzung, wenn sie objektiv nach den Umständen thunlich beobachtet werden konnte, für die Gültigkeit nicht einflußlos; **Hellmann** I, 499; **AR. Struckmann-Roch** Anm. 1; **Buchelt** I, 441; **Seuffert** Anm. 3; **Caupp** Anm. II. Die Unthunlichkeit kann freilich schon dadurch veranlaßt werden, daß Niemand eine entsprechende Vermittelung zu übernehmen verpflichtet ist und die Mittheilung nur einen Zweck hat, wenn zu erwarten ist, daß die „Personen“ den Adressaten benachrichtigen.

Ist dem § 167 entsprochen, so ist die Zustellung zu dieser Zeit erfolgt, wie dasselbe hinsichtlich der Zeit auch von den anderen Ersatzzustellungen nach den §§ 166, 168, 169 gilt. Vgl. § 174 Nr. 1. Die Ersatzzustellungen enthalten die Fiktion, daß zur Zeit derselben der Adressat selbst die Zustellung erhalten habe.

Der § 167 bezieht sich nicht auf den Fall, daß eine Partei im Laufe des Prozesses ihre Wohnung aufgegeben hat und ihr gegenwärtiger Aufenthalt unbekannt ist. Die in Preußen für diesen Fall gültig gewesene Ersatzzustellung durch Anheften an die Thür der bisherigen Wohnung ist nicht aufgenommen, vielmehr muß öffentliche Zustellung gemäß § 186 ff. erfolgen. (Nordb. Prot. 871, 372).

### § 168.

Für Gewerbetreibende, welche ein besonderes Geschäftslokal haben, kann, wenn sie in dem Geschäftslokale nicht angetroffen werden, die Zustellung an einen darin anwesenden Gewerbegehilfen erfolgen.<sup>1)</sup>

Wird ein Rechtsanwalt, welchem zugestellt werden soll, in seinem Geschäftslokale nicht angetroffen, so kann die Zustellung an einen darin anwesenden Gehilfen oder Schreiber erfolgen.<sup>2)</sup>

R. 161 N. 245. P. 59. 530.

1) Nach § 165 kann an eine Person, wenn sie eine Wohnung und ein Geschäftslokal hat, an jedem dieser Orte zugestellt werden, in welchem sie angetroffen wird. Wird sie nicht getroffen, so ist in der Wohnung nach § 166 zuzustellen; es kann aber im Falle des § 168 auch im Geschäftslokale zugestellt werden. Die Partei hat die Wahl zwischen beiden Zustellungsarten, auch für Abs. 2; R. O. 9. April 1891, SA. 47, 233; J. f. G. 1892 S. 87. Eine Zustellung im Hause des Gehilfen würde indeß für Abs. 1 wie Abs. 2 keine gültige sein, R. O. 9. Jan. 1882, JW. 39, 40 und Raff. R. 26, 1153, ebensowenig eine Ersatzzustellung im abgesonderten Geschäftslokale des Anwalts an eine lediglich mit häuslichen Diensten betraute Person (Dienstmädchen, „Einhüterin“), R. O. 12. Juli 1882, JW. 253. Befindet sich jedoch das Geschäftslokal des Anwalts oder des Gewerbetreibenden innerhalb seiner Wohnung, so sind §§ 166 u. 168 nebeneinander anwendbar, R. O. 10, 359. Für die Anwendbarkeit des § 168 Abs. 1 u. 2 wird jedoch immer vorausgesetzt, daß ein besonderer für die geschäftlichen Zwecke bestimmter Raum vorhanden ist und als solcher benutzt wird, dagegen ist nicht erforderlich, daß der Adressat denselben ausschließlich für sich als Geschäftslokal benutze; vielmehr ist auch ein in Gemeinschaft mit Anderen (z. B. Sozias) benutztes Geschäftslokal ein besonderes im Sinne des § 168; auch kann der Ersatzempfänger ein gemeinschaftlicher Gewerbegehilfe des Adressaten und der anderen Inhaber des Geschäftslokales sein, R. O. 16, 349.

Weitere Voraussetzung (vgl. Abs. 1 u. 2) ist das Nichtantreffen d. h. die Abwesenheit des Adressaten; die bloße Behinderung desselben durch anderweitige Geschäfte genügt nicht, R. O. 17, 403. Fernere Voraussetzung ist nach der ratio legis hier, wie für § 169, daß die Zustellung während der gewöhnlichen Geschäftsstunden erfolgt; R. O. 21, 388.

Der Begriff des Gewerbetreibenden ist nach dem Sprachgebrauche im weitesten Sinne zu verstehen. Kaufleute, welche „gewerbsmäßig Handelsgeschäfte“ treiben (Art. 4, 47 HGB.), Fabrikbesitzer, auch Gerichtsvollzieher gehören dahin. Dagegen werden Ärzte, Künstler, Schriftsteller und Notare sprachgebräuchlich nicht zu den Gewerbetreibenden gerechnet. — In gleicher Weise hat der Sprachgebrauch darüber zu entscheiden, wer zu den Gewerbegehilfen zu rechnen ist; Lehrlinge sind darunter zu verstehen; überhaupt Jeder, welcher in einem dauernden Dienstverhältnisse zu dem Gewerbetreibenden behufs der Thätigkeit für den Gewerbetrieb steht; R. O. 13, 181, R. O. 4, 427.

2) Unter dem Geschäftslokale eines Rechtsanwalts im Sinne des Abs. 2 ist nur ein solches an seinem Wohnorte zu verstehen; wohnt er nicht am Orte des Gerichts (§ 18 Abs. 3, 4 R. A. D.), so kann hier eine Ersatzzustellung an ihn gemäß § 168 Abs. 2 nicht erfolgen, sondern nur an den von ihm gemäß § 19 R. A. D. zu bestellenden Zustellungsbe-



vollmächtigten; **R.** 8. Febr. 1887, **ZM.** 93, **SA.** 43, 354 (vgl. dagegen das Urtheil eines Landgerichts, **ZM.** 1886 S. 214). Gehülfe eines Anwalts ist Jeder, welcher zu ihm in ein dauerndes Dienstverhältniß zur Wahrnehmung von solchen Geschäften für den Anwaltsberuf, welche nicht bloße Schreiber- und Botendienste sind, getreten ist; **R.** 4, 427. Indes ist § 168 nicht anwendbar für die Zustellung von Anwalt zu Anwalt, **Ann.** 2 **Abf.** 2 § 181.

### § 169.

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher einer Behörde, einer Gemeinde, einer Korporation oder eines Personenvereins, welchem zugestellt werden soll, in dem Geschäftslokale während der gewöhnlichen Geschäftsstunden nicht angetroffen, oder ist er an der Annahme verhindert, so kann die Zustellung an einen anderen in dem Geschäftslokale anwesenden Beamten oder Bediensteten bewirkt werden.<sup>1)</sup>

Wird der gesetzliche Vertreter oder der Vorsteher in seiner Wohnung nicht angetroffen, so finden die Bestimmungen der §§ 166, 167 nur Anwendung, wenn ein besonderes Geschäftslokal nicht vorhanden ist.<sup>2)</sup>

**R.** 162. **N.** 245. 246. **P.** 59. 530.

1) Die Voraussetzungen hinsichtlich des Adressaten sind für den § 169 dieselben, wie für § 157 **Abf.** 2, vgl. **Ann.** 4 § 157. Die Ersatzzustellung ist nur an einen anwesenden Beamten oder Bediensteten zulässig und kann nur unter den Beschränkungen des **Abf.** 1 erfolgen, daß der Adressat während der gewöhnlichen Geschäftsstunden aufgesucht und dann nicht angetroffen oder an der Annahme verhindert ist. Vgl. **R.** 29. Sept. 1888, **ZM.** 406; 21, 388. Zu den Personenvereinen gehören auch Handelsgesellschaften und Genossenschaften (vgl. § 19 „Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Personenvereine“). Auch auf den Chef der Kommandobehörde nach § 158 ist § 169 anwendbar, wenn sie ein besonderes Geschäfts- (Dienst-) Lokal hat; **Caupp Ann.** I.

2) **Abf.** 2. Vgl. **Ann.** 1 § 166. Die Anwendung des § 165 (Zustellung in der Wohnung an die Person des Adressaten) ist auch dann, wenn ein besonderes Geschäftslokal vorhanden ist, nicht ausgeschlossen. „Hat die Behörde u. s. w. ein besonderes Geschäftslokal, so kann außerhalb dieses Lokals auch in der Wohnung nur an den Empfänger in Person zugestellt werden“, **Preuß. Gesch.-Ann.** § 29. Ist ein besonderes Geschäftslokal vorhanden, aber niemand darin anwesend, so ist § 167 dennoch nicht anwendbar, was eine Zustellung unmöglich machen kann, wenn solche auch zu eigenen Händen des gesetzlichen Vertreters oder Vorstehers in deren Wohnung nach § 165 nicht ausführbar ist; ist das Geschäftslokal freilich dauernd verlassen oder verschlossen, so wird es als aufgegeben anzusehen sein; **Caupp Ann.** II; **Kleiner I.**, 597.

### § 170.

Wird die Annahme der Zustellung ohne gesetzlichen Grund verweigert,<sup>1)</sup> so ist das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückzulassen.<sup>2)</sup>

**R.** 163. **N.** 247. **P.** 59. 530.

1) Einen gesetzlichen Grund zur Verweigerung hat derjenige, an welchen die Zustellung erfolgen soll, nicht nur in den Fällen der §§ 165 **Abf.** 2, 166 **Abf.** 2, 171 **Abf.** 4, worin die Weigerung ausdrücklich als zulässig bezeichnet ist, sondern auch, wenn sonst die Vorschriften der §§ 165—169, 171 in Betreff der Person, des Orts oder der Zeit nicht beobachtet sind; insbesondere auch, wenn die als Adressat angegangene Persönlichkeit nicht die für die Zustellung bezeichnete ist, selbst wenn nur der Vorname falsch angegeben ist. Dagegen hat der richtig bezeichnete Empfänger keinen Grund zur Verweigerung, weil er sachlich nicht gemeint sein könne, oder wenn der Requirent die Zustellung an einen Vertreter (§ 157) oder Prozeßbevollmächtigten (§ 165) habe veranlassen müssen. Ob die An-

nahme von dem bezeichneten Empfänger selbst oder von einem Erlageempfänger verweigert ist, macht keinen Unterschied.

2) Die Zurücklassung ersetzt dann die Uebergabe und ist Zustellung. Ohne Zurücklassung hat die Zustellung auch bei ungegründeter Weigerung keine Wirksamkeit.

### § 171.<sup>1)</sup>

An Sonntagen und allgemeinen Feiertagen<sup>2)</sup> darf eine Zustellung, sofern sie nicht durch Aufgabe zur Post bewirkt wird, nur mit richterlicher Erlaubniß erfolgen.<sup>3)</sup>

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

Die Verfügung, durch welche die Erlaubniß erteilt wird, ist bei der Zustellung abschriftlich mitzutheilen.<sup>4)</sup>

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

R. 164. N. 248. P. 59. 530.

1) Der § 171 bestimmt über Zustellung an Sonntagen und allgemeinen Feiertagen. Dagegen enthält die C.P. keine Bestimmung darüber, ob eine Zustellung auch zur Nachtzeit zulässig und, wenn Nachts erfolgt, wirksam sei. In den Mot. 151 ist bemerkt: „Zustellungen zur Nachtzeit unter gesetzlicher Normirung der Tageszeit generell auszuschließen, erschien nicht angezeigt; die meisten Staaten haben materielle Gesetze zum Schutze der persönlichen Freiheit (vgl. u. A. preuß. Gef. 12. Febr. 1850, C.S. 45). Wo solche nicht bestehen, werden die nöthigen Anordnungen richtiger dem Reglement für die Gerichts-vollzieher überlassen.“ Für Zwangsvollstreckungen ist von der R.R. § 681 eine entsprechende Bestimmung zugefügt. Für Zustellungen haben die Wirkungen einer nächtlichen Zustellung indeß um so mehr Wichtigkeit, als von der Zustellung die Einlegung der Rechtsmittel und Wahrung von Fristen abhängt. Durch die Motive ist die Frage nicht gelöst; und die Berathung der R.R. über § 681 hat sie für Zustellungen nicht zum Austrage gebracht. Die civilprozessualische Zulässigkeit und Wirksamkeit einer zur Nachtzeit erfolgten Zustellung ist nur nach der C.P. zu entscheiden. Da die C.P. die Zeit nicht einschränkt, so sind reichsgesetzlich auch Zustellungen zur Nachtzeit rechtlich wirksam. Wo die Landesgesetzgebung nur Prozeßbestimmungen über die Zeit getroffen hat, sind sie ungewisselhaft durch die C.P. aufgehoben; § 14 Abs. 1 C.S. Durch die nach C.P. § 155 für die Landesjustizverwaltung in Aussicht genommenen Reglements hinsichtlich der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Wollz. kann denselben untersagt werden, Nachts Zustellungen vorzunehmen. Hierdurch kann aber die reichsgesetzliche Wirksamkeit der zur Nachtzeit erfolgten Zustellungen nicht beeinträchtigt werden. Wenn sie erfolgen, so ist ihnen die Wirksamkeit selbst gegen künftige Landesgesetze nicht abzuspochen. Bei der derogirenden Kraft der auch das materielle Recht umfassenden Reichsgesetzgebung würden nach Art. 2 der Reichsverfassung auch Landesgesetze für diese Frage außer Anwendung bleiben. Vgl. Ctbl. § 4. Auch die Bestimmung der preuß. Verfassung Art. 6, daß das Eindringen in die Wohnung nur in den gesetzlich bestimmten Formen und Fällen gestattet ist, steht nicht entgegen, zumal es Sache der Reichsprozeßgesetzgebung war und ist, die Bedingungen der Zulässigkeit von Zustellungen zu ordnen. Eine andere Frage ist es jedoch, ob die Landesjustizverwaltung, welcher nach C.P. § 155 die Bestimmung der Dienst- und Geschäftsverhältnisse der Wollz. übertragen ist oder die Landesgesetzgebung dahin bestimmen kann, daß, ohne nächtliche Zustellungen für unwirksam zu erklären, der Dienst nur in angemessenen Tageszeiten auszuüben ist. Dies muß bejaht werden. In diesem Sinne kann die im C.P. § 155 der Landesjustizverwaltung übertragene Bestimmung der Dienst-

verhältnisse auch nur verstanden werden. In gleichem Sinne behalten auch frühere Gesetze über die Vornahme von Zustellungen zu bestimmten Tageszeiten (so preuß. Ges. v. 12. Febr. 1850) nur reglementarische Bedeutung für das Verhalten des Vollz. Wenn unter Nichtbeachtung solcher Gesetze der Vollz. vergeblich eine Zustellung versucht, so ist dadurch nicht eine Unausführbarkeit im Sinne der §§ 167, 166 Abs. 2 gegeben. Wird dem Vollz. im Falle seines Versuchs zum Eindringen in die Wohnung dies von dem Adressaten gemäß solcher Bestimmungen verweigert, so kann er nicht nach §§ 167, 166 Abs. 2 wirksam zustellen, **R. O.** 30, 426; 3. Juni 1893, **S. W.** 344. Sofern jedoch die Zustellung zur Nachtzeit nach §§ 165, 166 Abs. 1, 168 erfolgt, bleibt sie wirksam. So auch Peterfen Anm. 3, Hellmann I, 494; Kleiner I, 599; Gaupp Anm. III; Endemann I, 551; Fitting § 39 R. 38, jetzt auch Seuffert Anm. 5. Die abweichende Ansicht von Struckmann-Roch Anm. 4, weil die hier vertretene Ansicht den Rot. und der Erklärung von v. Amsberg widerspreche und die materielle Bedeutung von Gesetzen aufhebe, kann hiermit die für den Civilprozeß eintretende Wirksamkeit nächstlicher Zustellung nicht beseitigen. Landesgesetze, welche prozessuale Wirkungen haben, sind in Betreff dieser durch § 14 C. B. aufgehoben. Einen Unterschied zwischen Zulässigkeit und Wirksamkeit zu machen (wie Struckmann-Roch Anm. 4), ist kein Grund, da hier selbstredend nur von der civilprozessualischen Zulässigkeit, d. h. der mit der Wirkung für den Prozeß verbundenen, und von der Zulässigkeit der einzelstaatlichen Gesetzgebung entgegen dem Reichsgesetze mit dieser Wirkung die Rede sein kann, während die sonstige Zulässigkeit von Dienst- und Verkehrs-Vorschriften außer Frage steht. **A. Förster** Anm. 5 will § 681 Abs. 1 auch für Zustellungen zur Anwendung bringen, was unzulässig, da das Gesetz den für § 681 von der **R. R.** beschlossenen Zusatz für § 171 nicht bestimmt hat.

Nach der preuß. Ges.-Anw. f. Vollz. § 8 soll der Vollz. Amtshandlungen, welche das Betreten der Wohnung erforderlich machen, zur Nachtzeit nur „mit Genehmigung des auftraggebenden Richters“ (oder Staatsanwalts) vornehmen und ist dabei die Nachtzeit, abweichend vom Gesetze 12. Febr. 1850, ebenso wie im § 681 Abs. 3 für Zwangsvollstreckungen bestimmt.

2) Welcher Tag ein allgemeiner Feiertag sei, ist reichsgesetzlich nicht geregelt und entscheiden die Landesgesetze des Orts der Zustellung. Vgl. §§ 194, 200 und Anm. **GB.** § 201. Allgemeiner Feiertag ist der Tag, an welchem nach Landesgesetzgebung Geschäftsruhe für die Gesamtheit der Bevölkerung eintritt, **R. O.** Str. 4, 240. In Preußen sind allgemeine Feiertage: Weihnachten, Ostern, Pfingsten, je zwei Tage; Neujahr, Bußtag (Mittwoch vor dem letzten Trinitatis-Sonntag, Ges. 12. März 1893, **GS.** 29), Charfreitag, Himmelfahrt, in der Provinz Schleswig-Holstein auch der Gründonnerstag, **R. O.** 28. Sept. 1883, **S. W.** 268. Vgl. v. Bülow Anm. 1. Wegen anderer deutschen Staaten s. v. Wilmowsk-Lenz, deutsche Ausf.-Ges., Register „Feiertage“, für Elsaß-Lothringen Ges. 19. Okt. 1887 (Ges.-Bl. 79, Weihnachten, Neujahr, Christi Himmelfahrt, Mariä Himmelfahrt, Allerheiligen, Charfreitag, Ostermontag und Pfingstmontag). Ob außer den für den gesammten einzelnen Staat bestimmten allgemeinen Feiertagen — auch politische sind dahin zu rechnen — für den Ort der Zustellung noch andere maßgebend sind, ist nach dem Inhalte desfalliger staatlicher Anordnung zu entscheiden; **Strietz.** 27, 246; **R. O.** Str. 4, 240 (betr. den Charfreitag und Frohnleichnamstag in Bayern). In Sachsen ist der Gründonnerstag kein allgemeiner Feiertag (**D. Z.** Dresden, 3. f. **S.** 1893 S. 46). Die Gerichtsferien sind für Zustellungen im **GB.** §§ 201—204 als Hinderungsgrund nicht bezeichnet.

3) Abs. 1 bezieht sich nur auf die durch den Gerichtsvollzieher nach §§ 165—170 erfolgenden Zustellungen; dagegen nicht auf die Zustellungen durch Aufgabe zur Post gemäß § 161 (in Folge der Ausnahme im § 171 Abs. 1 selbst), auch nicht auf die Übergabe an die Post gemäß § 176 (weil dies für sich noch nicht die Zustellung, sondern nur die, den Empfänger noch nicht persönlich berührende Vorbereitung dazu ist); ebenso (gegen Struckmann-Roch Anm. 1; Hellmann Lehrb. 173, — mit Peterfen Anm. 1; Buchelt I, 442; Gaupp Anm. I; Seuffert Anm. 3, jetzt auch Fitting § 39 R. 38), auch nicht auf die durch den Postboten nach § 178 erfolgende Zustellung, da § 171 dem Abschnitte über

die Gerichtsvollzieher-Zustellungen angehört und in dem später eingeschalteten Abschnitte über die Postboten-Zustellung (§§ 176—180, vgl. Vorb. 2 vor § 152 und Anm. 2 § 152) nicht obligatorisch mit aufgenommen ist. Im § 178, welcher alle Vorschriften enthält, die seitens der Postboten zur gültigen Zustellung zu beobachten sind, sind als solche eben nur die Vorschriften über die Form der Zustellung, §§ 165—170, und (aus naheliegenden Gründen wegen der verschiedenen Verkehrs- und Dienstverhältnisse) nicht die des § 171 über die Zeit aufgenommen. *AM. Schönfeld, J.f.O. 1889 S. 103.*

4) Die Vorschriften der Abs. 1, 2, 3 sind nicht bloß instruktionell, sondern zur Gültigkeit der Zustellung zu beobachten, wie dies an sich schon für alle Zustellungs-vorschriften gilt, Anm. 1 § 156, und hier auch aus dem Gegensatz Abs. 4 arg. e contrario hervorgeht (von Heilbut, *civA. 69, 246*, auf erkündelte Weise bestritten. Wäre die Vorschrift nur reglementarisch, so könnte die Zustellung bei Verzweigen der Annahme nach § 170 nicht ungültig sein, wie aus Abs. 4 klar hervorgeht. Vgl. *Schönfeld, J.f.O. 1889 S. 101 ff., 110*). Die Verfügung (Abs. 3) ist „bei der Zustellung“ abschriftlich mitzutheilen, also nicht von Amtswegen beiden Theilen nach § 294 Abs. 3 zuzustellen, was durch Abs. 3 modifizirt ist; sondern bei Zustellungen von Amtswegen in der für dieselbe nöthigen Weise mit den sonst zuzustellenden Schriftstücken gemäß § 156; und ebenso entsprechend bei Zustellungen auf Parteibetreiben; *Mejer Zustell. 28.*

### § 172.

Ist bei einer Zustellung an den Vertreter<sup>1)</sup> mehrerer Betheiligter oder an einen von mehreren Vertretern die Uebergabe der Ausfertigung oder Abschrift eines Schriftstücks erforderlich, so genügt die Uebergabe nur einer Ausfertigung oder Abschrift.

Einem Zustellungsbevollmächtigten mehrerer Betheiligter sind so viele Ausfertigungen oder Abschriften zu übergeben, als Betheiligte vorhanden sind.<sup>2)</sup>

**R. 165. N. 249. P. 59. 530.**

1) Unter dem Vertreter sind hier alle einbegriffen, welche hinsichtlich der Zustellung der Partei gleichgestellt sind, gesetzliche, Stellvertreter, Bevollmächtigte, Geschäftsführer ohne Auftrag im Falle des § 85. Vgl. Anm. 2 § 210. Auch an mehrere Vertreter derselben Partei kann zu gemeinschaftlichen Händen oder durch Ersatzzustellung an einen für beide Vertreter befugten Ersatzempfänger durch Uebergabe eines Exemplars zugestellt werden; vgl. Anm. 1 § 155.

2) Zu Abs. 2 vgl. § 2 Abs. 2, § 14 Nr. 1 *GesD. f. Zwollz.*

### § 173.

Ueber die Zustellung<sup>1)</sup> ist eine Urkunde aufzunehmen.<sup>2)</sup>

Dieselbe ist auf die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einen mit derselben zu verbindenden Bogen zu setzen.<sup>3)</sup>

Eine durch den Gerichtsvollzieher beglaubigte Abschrift der Zustellungs-urkunde ist auf das bei der Zustellung zu übergebende Schriftstück oder auf einen mit demselben zu verbindenden Bogen zu setzen.<sup>4)</sup>

Die Zustellungsurkunde ist der Partei, für welche die Zustellung erfolgt, wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, dem Gerichtsschreiber zu übermitteln.<sup>5)</sup>

**R. 166. N. 252. 254 ff. P. 59. 530.**

1) Zu den Pflichten des Gerichtsvollziehers betreffs der Zustellung gehört auch die Aufnahme der Zustellungsurkunde und die Uebermittelung derselben hzw. einer beglaubigten Abschrift an beide Theile, den Auftraggeber und den Empfänger. Die Zustellung selbst ist jedoch auch ohne diese Urkunde erfolgt und vollendet; wenn nicht, so könnte nicht „über

die Zustellung“ eine Urkunde aufgenommen werden, wie Abs. 1 sagt, und zwar eine Urkunde, welche bereits enthält, welcher Person „zuge stellt ist“, § 174 Nr. 4. Demnach sind die Vorschriften der §§ 173 ff., insbesondere § 173 Abs. 3, wonach dem „bei der Zustellung“ zu übergebenden Schriftstück, also vor der Uebergabe, beglaubigte Abschrift der Urkunde beigefügt werden soll, zur Gültigkeit der Zustellung selbst nicht wesentlich. Der Umstand, daß sie obligatorisch sind („ist“ in Abs. 1—4), hat die Bedeutung, daß ihre Beachtung unbedingt verlangt werden kann, und auch ohne Verlangen erfolgen muß, weil jedem Theil das Beweismittel der Urkunde zukommen soll. Die Zustellung bleibt gültig, wenn auch gar keine Urkunde aufgenommen ist, so wie eine mB. gültig bleibt, wenn auch kein Protokoll darüber aufgenommen ist, Anm. § 145, Endemann I, 557; Petersen Anm. I 1. „Die Zustellungsurkunde hat nicht die Eigenschaft eines Formal- oder Solennitätsakts“; die Mängel der Zustellungsurkunde sind nicht Mängel der Zustellung; und ebenso auch nicht umgekehrt; RÖ. 19. Juni 1882, RaffR. 26, 1154; 5. Juni 1891, ZW. 386, RaffR. 36, 124. Insbesondere wird daher die Gültigkeit der Zustellung nicht dadurch beeinträchtigt, daß die nach Abs. 3 zu übergebende Abschrift der Zustellungsurkunde nicht ausgefüllt oder mangelhaft ist; RÖ. 4, 433; 15. März 1882, Wallm. 7, 301, ZW. 131, RaffR. 27, 1082; RÖ. 22. Juni 1883, RaffR. 27, 1084 (ZW. 133) gegen die frühere Entscheidung RÖ. 18. Jan. 1882, ZW. 65 u. Wallm. 7, 253 u. gegen DLÖ. Frankfurt 20. Nov. 1883, Wallm. 9, 620. Die Zustellungsurkunde ist Beweismittel für die erfolgte Zustellung. Im § 173 sind die Vorschriften über die Pflichten der Zustellungsbeamten gegeben, um die Urkunde beiden Theilen zugänglich zu machen; in den §§ 174, 175 die Vorschriften über ihren Inhalt. Die Urkunde kommt überhaupt nur in Betracht, soweit es auf den Beweis ankommt. Die G.P. bestimmt auch nicht, daß sie das einzige zulässige Beweismittel sein soll und die Zustellung nur durch die Urkunde bewiesen werden könne, auch nicht, daß der Beweis, soweit er nicht durch die Urkunde geführt werden kann, nicht anderweit ergänzt werden könne. Die Zustellung kann, wie jede Thatsache, durch alle Mittel nach dem Grundsatz des § 259 nachgewiesen werden; RÖ. 12, 365; 31, 432, und nenngleich in den weitaus meisten Fällen, sobald es sich um den Nachweis handelt, ein anderer Beweis, als durch die Zustellungsurkunde, (zumal sofort) schwer zu führen ist, so ist er doch gesetzlich nicht ausgeschlossen, und kann insbesondere sowohl die gesammte Zustellung durch Zugeständniß des Empfängers, als auch folgerichtig ein einzelner streitiger Punkt, welcher in der Urkunde (gegen § 174) nicht enthalten oder irrtümlich unrichtig angegeben ist, zur Ergänzung des Urkundensbeweises durch die feststehenden begleitenden Umstände oder anderweit nachgewiesen bzw. richtig gestellt werden. Vgl. Anm. § 174; Busch 5, 401, 402; ZW. 1882 S. 139; RÖ. 5, 413; 12, 365; 31, 432; 17, 405, 413; 31. Jan. 1883, RaffR. 28, 740; 1./8. Febr. 1887 ZW. 93; 5. Juni, 19. Okt. 1891, RaffR. 36, 124, 469; 30. Okt. 1893, ZW. 539; DLÖ. 3. Juli 1884, 31. März 1887, SA. 40, 430; 42, 465; DLÖ. Darmstadt, SA. 46, 217. In anscheinendem Widerspruch hierzu steht eine Entscheidung des RÖ. 25. Sept. 1884 (RaffR. 29, 1076), wo angenommen wird, daß die Postzustellung nur durch eine im Gesetze ausdrücklich bestimmte Beurkundung bewiesen werden könne, vgl. Anm. 2 § 178. Noch weiter geht A. Förster, welcher die Zustellungsurkunde als einen integrierenden Theil des Zustellungsakts selbst ansieht und durch jeden „inneren“ Mangel der Beurkundung den Zustellungsakt unwirksam werden läßt (Anm. 2 § 173, Anm. 2c § 156 u. Anm. 3 § 174). Aehnlich Scheele, die Zustellung im Civilprozeß 9 ff., Seuffert Anm. 1, sowie Anm. 8 § 174; Gaupp Anm. I sowie Anm. I § 174 u. RÖ, II, 404 (V. Sen.); 19, 426 (I. Sen.); inbezug dagegen RÖ. 5. Juni 1891 RaffR. (I. Sen.). Ein „innerer“ Mangel soll jede Nichtbeachtung der Vorschriften des § 174 sein. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich schon aus Abs. 1 § 173. Die Begründung derselben stützt sich lediglich darauf, daß in den Mot. 152 gesagt ist: „Die §§ 166—168 (jetzt 173—175) betreffen den Zustellungsakt selbst“ und im § 174 der Ausdruck gebraucht ist: „Die Zustellungsurkunde muß enthalten.“ Allein aus diesem letzteren Ausdrucke ergibt sich nur die Nothwendigkeit gewisser Erfordernisse einer vollbeweisenden Zustellungsurkunde, aber nichts über das Verhältniß der Zustellungsurkunde zur Zustellung selbst. Aus der Untauglichkeit des Beweismittels

mittels folgt noch nicht die Ungültigkeit des zu beweisenden Aktes. Die Bestimmungen des § 174 werden durch diese Auffassung nicht zwecklos, wie Gaupp annimmt; vgl. Anm. 1 § 174; die angeführte Bemerkung der Motive aber, daß die Vorschriften über die Zustellungsurkunden den Zustellungsakt selbst betreffen, braucht nicht dahin verstanden zu werden, daß sie zum Zustellungsakte als ein nothwendiger Bestandtheil gehören sollen, umso weniger als die Mot. (152, 153) die Zustellungsurkunde in der That nur als Beweismittel, nicht als Solennitätsakt behandeln, wenn sie hinzufügen: „Daß ferner mangelhafte Zustellungsurkunden rücksichtlich ihrer Beweiskraft vom Richter frei zu würdigen sind (§§ 244, 371), bedarf keines Ausspruchs (vgl. hannov. Prot. I S. 276).“ Die Berufung von Gaupp auf § 181 ist bedeutungslos, denn auch hier ist die Quittung des Anwalts nur „zum Nachweise der Zustellung“, nicht als Formalakt vorgeschrieben und nicht als einziges Beweismittel zugelassen, vgl. Anm. 1 § 181. Wenn die G.P. die Erhaltung und Zerstörung materieller Parteirechte durch das Zustellungs-System schon ohnedies mehr als billig von äußeren Zufälligkeiten abhängig macht, dürfte es wenig angezeigt erscheinen, die Gefährlichkeit dieses Systems noch über die ausgesprochene Absicht des Gesetzes hinaus zu verschärfen, zumal durchaus kein innerer Grund vorliegt, der Zustellungsurkunde die Bedeutung eines Formal- und Solennitätsaktes zu ertheilen. Abw. auch Fitting, Buch II, 59, da die Konsequenz dazu führe, die Zustellung selbst durch Vereinbarung der Parteien entbehrlich zu machen.

Zustellungsurkunden sind gemeinschaftliche im Sinne des § 387 Abs. 2, vgl. auch § 198 Abs. 2; es kann deshalb die Edition vom Gegner verlangt werden; JW. 1882 S. 131.

2) Die **Gerichtsvollzieher** sind öffentliche Beamte (vgl. Anm. 2 § 152); die von ihnen in der vorgeschriebenen Form (vgl. §§ 380, 174) aufgenommenen **Zustellungsurkunden** sind also öffentliche Urkunden. Ihre Beweiskraft ist daher nach § 383, bzw. sofern die Erklärungen Anderer, z. B. über Annahmehereitschaft oder Weigerung, §§ 165 Abs. 2, 166 Abs. 2, 170, 171 Abs. 4 oder über Familienangehörigkeit, Dienst-, Beamten- oder Gehülfnen-Verhältnisse (§§ 166, 168, 169) enthalten, nach § 380 zu beurtheilen. Entsprechend ist auch der Beweis der Unrichtigkeit gemäß §§ 380, 383 zulässig. Vgl. §§ 145, 380, 383.

3) Abs. 2. Die Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks soll mit der Urschrift der Zustellungsurkunde nach Abs. 4 dem Auftraggeber zurückgegeben werden und soll dadurch das urkundliche Beweismittel hergestellt sein, daß dies Schriftstück zugestellt ist. Dies ist buchstäblich ausführbar und auszuführen bei der Zustellung von Schriftstücken, deren beglaubigte Abschrift zu übergeben ist, und bei Zustellung von Ausfertigungen dann, wenn dem Gerichtsvollzieher, wie in der Praxis meistens geschieht, zwei Ausfertigungen, die eine zur Uebergabe, und die andere zur Rückgabe an den Auftraggeber (als Urschrift) übergeben werden. Nach R.O. 4. Okt. 1883, JW. 268, ist bei Zustellung von Ausfertigungen Abs. 2 nicht ausführbar, vielmehr eine abgeforderte Zustellungsurkunde aufzunehmen, welche die Bemerkung enthalten muß, daß eine Ausfertigung des Schriftstücks und eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist; übrigens aber wird Abs. 2 nur für instruktionell erklärt; R.O. 30. Sept. 1892, JW. 426; Anm. 4 § 156.

4) Die Vorschrift des Abs. 3, daß dem Empfänger eine beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde zu belassen ist, bezweckt theils die Kontrolle des Gerichtsvollziehers, theils die Herstellung des Nachweises für den Empfänger, daß und auf wessen Veranlassung, sowie zu welcher Zeit die Zustellung erfolgt ist. Vgl. Anm. 3 § 300, Anm. 1 § 497. Dieselbe hat, wie auch Gaupp Anm. III zugiebt, nur instruktionelle Bedeutung und ihre Befolgung ist deshalb auf die Gültigkeit der Zustellung ohne Einfluß; vgl. die Anm. 1 mitgetheilten Entscheidungen; ferner R.O. 15. Juni 1892, JW. 331, KassR. 36, 1255. Bei Abweichungen der Urschrift und Abschrift der Zustellungsurkunde gelten dieselben Grundsätze wie bei Abweichungen in den Urschriften und Abschriften der zugestellten Schriftstücke, vgl. Mot. 153; Anm. 6 § 156; R.O. 4. Febr. 1891, JW. 146. Daß eine Abweichung der Abschrift nicht durch eine mittelst Korrektur veränderte Stelle derselben bewiesen werden kann, ist selbstverständlich; R.O. 4. Jan. 1889; SA. 45, 222.

Ueber die Abschrift bei Postzustellungen vgl. Anm. 2 § 178.

5) **Abf. 4.** Ueber das Verfahren des Zwollz. wenn für mehrere Personen zugestellt ist, vgl. Verf. des OLG. Präs. zu Köln, S.f.O. 1893 S. 90. Die Partei, auf deren Betreiben eine Zustellung erfolgt, hat die Zustellungsurkunde, welche sie bekommt, zu behalten und wenn zum Antrage auf Versäumniskurtzheil oder aus sonstigem Grunde dem Gerichte die Zustellung nachzuweisen ist, die Urkunde vorzulegen; Rot. 152 §§ 166—168. — Die Urkunden für die von Amtswegen angeordneten Zustellungen, welche der Gerichtsschreiber erhält (Zusatz der R.R.), bleiben bei den Gerichtsakten. Vgl. dazu preuß. Zust. Min. Verf. v. 10. Mai 1887, Busch 18, 292.

### § 174.

Die Zustellungsurkunde muß enthalten:<sup>1)</sup>

1. Ort und Zeit der Zustellung;
2. die Bezeichnung der Person, für welche zugestellt werden soll; wenn die Zustellung von Amtswegen angeordnet ist, das Gericht, von welchem die Anordnung ausgeht;
3. die Bezeichnung der Person, an welche zugestellt werden soll;
4. die Bezeichnung der Person, welcher zugestellt ist; in den Fällen der §§ 166, 168, 169 die Angabe des Grundes, durch welchen die Zustellung an die bezeichnete Person gerechtfertigt wird; wenn nach § 167 verfahren ist, die Bemerkung, wie die darin enthaltenen Vorschriften befolgt sind;
5. im Falle der Verweigerung der Annahme die Erwähnung, daß die Annahme verweigert und das zu übergebende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen ist;
6. die Bemerkung, daß eine Ausfertigung oder eine Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks und daß eine Abschrift der Zustellungsurkunde übergeben ist;
7. die Unterschrift des die Zustellung vollziehenden Beamten.<sup>2)</sup>

R. 167. N. 253. P. 59. 530.

1) Der § 174 bezeichnet den wesentlichen Inhalt der Zustellungsurkunde. Als unbedingte Formvorschrift läßt sich nur die Unterschrift des Zustellungsbeamten zu 7 bezeichnen. Es läßt sich darüber streiten, ob dadurch, daß der Inhalt als durchaus wesentlich erfordert wird, derselbe zugleich die Bedeutung hat, daß das Schriftstück ohne denselben nicht „in der vorgeschriebenen Form“ im Sinne des § 380 aufgenommen, also bei jedem Mangel überhaupt nicht als öffentliche Urkunde anzusehen sei. Aus der kategorischen Vorschrift: „muß enthalten“ geht hervor, daß Zustellungsurkunden, welche eines der Erfordernisse der Nr. 1—7 nicht oder unvollständig enthalten, mangelhaft sind. Andererseits ist der Zusatz, welchen R. § 253 und E. 1 § 166 hinzugefügt hatten: „Eine Zustellungsurkunde, welche den vorstehenden Bestimmungen nicht entspricht, hat nicht die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde“, von der Vorl. gestrichen. (Ebenso im § 682.) Die Urkunde sollte dadurch unter die allgemeinen Regeln über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden gestellt werden; und es sollte nicht jeder Mangel oder jede Unvollständigkeit die Wirkung haben, die Beweiskraft der ganzen Urkunde oder des übrigen Theils zu vernichten. Die Eingangsworte: „muß enthalten“ wurden indeß übereinstimmend mit R. § 253 und E. § 166 beibehalten, um das Maß der Anforderungen zu bezeichnen, welche gestellt werden könnten, damit die Urkunde einwandfrei sei, und um nicht durch eine instruktionelle Vorschrift („soll“) die Deutung zu veranlassen, daß es in das Ermessen des Gerichtsvollziehers gesetzt sei, ob etwas fehlen könne. Mit der Beseitigung jenes Zusatzes des E. 1 ist durch den § 174 so, wie er ohne Zusatz lautet, auch in der That ausgedrückt, daß für den Inhalt zwar die Erfordernisse zu 1 bis 7 hergestellt wesentlich sind, daß eine den-

selben vollständig entsprechende Zustellungsurkunde und nur eine solche als eine nicht weger mangelhaften Inhalts zu beanstandende anzusehen ist, daß jedoch der vorgeschriebene Inhalt nicht zugleich Formvorschrift sein soll, und daß beim Mangel eines oder des andern der Inhaltsanforderungen (abgesehen von Nr. 7) die Urkunde nicht schon aufhören soll, eine „in der vorgeschriebenen Form“ ausgenommene, also nach § 380 eine öffentliche Urkunde zu sein. Vgl. Anm. 1 § 380; Heilbut, cit. R. 69, 382 f., vgl. auch R. 24, 418.

Wenn die Zustellungsurkunde wegen eines Mangels im Inhalte für ein Moment des Zustellungsakts nicht beweisend ist, und ebenso auch, wenn die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde nach § 380 als vollständig cessirend angenommen wird, bleibt immer, soweit es sich um den Beweis der Zustellung oder irgend einer Thatsache hinsichtlich derselben handelt — abgesehen von der Beschränkung der Beweismittel für den Urkundenprozeß, § 558 — der Grundsatz maßgebend, daß die Zustellungsurkunde nicht das einzige zulässige Beweismittel für die Zustellung ist, und daß, auch wenn sie nicht alle Thatsachen hinsichtlich derselben beweist, der Beweis anderweit ergänzt werden kann, R. 19. Juni 1882, 5. Juni, 19. Okt. / 2. Nov. 1891. Raffr. 26, 1154; 36, 124, 469, 3W. 1891 S. 558. Vgl. Anm. 1 § 173, wo auch die abw. Ansichten mitgeteilt sind. In dieser Beziehung bleiben Recht und Pflicht des Gerichts zur freien Thatsachenwürdigung, § 259, in voller Kraft, wie sonst, wenn eine für den Rechtsstreit erhebliche Thatsache durch eine öffentliche Urkunde zu beweisen ist und diese keine öffentliche oder mangelhaft ist. Das Gericht kann also auch, wenn eines der Erfordernisse zu 1 bis 7 nicht wörtlich in der Zustellungsurkunde enthalten ist, nach den aus der Urkunde und aus den Umständen zu ziehenden Schlussfolgerungen, sowie nach anderweltem Beweise Thatsachen, welche zur Feststellung einer gültigen Zustellung nöthig sind, als wahr annehmen. Ob es auf den Beweis der Zustellung oder auf einen Mangel der Zustellung ankommt, richtet sich danach, ob der Beweis der Zustellung von Amtswegen zu prüfen ist, wie beim Versäumnisurtheil (§ 300 Nr. 2) oder bei der amtlichen Prüfung der Einlegung der Rechtsmittel, des Einspruchs u. s. w., und ob ein Mangel der Zustellung gemäß § 267 ungerügt geblieben und geheilt, oder gerügt ist. Vgl. Anm. 1 § 156. Ein Mangel der Zustellungsurkunde wird durch § 267 nicht direkt betroffen und mit der Beweiswürdigung, soweit eine solche nöthig ist, hat § 267 nichts zu thun.

Ein Gerichtsvollzieher, welcher nach OB. § 156 kraft Gesetzes im einzelnen Falle von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, würde, wenn er dennoch in solchem Falle eine Zustellung bewirkte und eine Urkunde darüber aufnahm, nicht nur eine an sich ungültige Handlung bewirken, sondern seine Zustellungsurkunde würde auch, weil nicht „innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse“ ausgenommen, nach § 380 nicht eine öffentliche Urkunde sein. Ueber den Beweis der tatsächlichen Verhältnisse, welche ihn von der Ausübung des Amtes ausschließen, ist nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu entscheiden. — Dasselbe gilt auch für die Funktionen und Zustellungsurkunden von Gerichtsvollziehern außerhalb des Gebietes ihrer Zuständigkeit. Vgl. indeß Anm. 2 § 152 am Schlusse.

2) Nr. 1. Unter Ort ist die Ortschaft zu verstehen bzw. der Raum, soweit dies nach §§ 165—169 wesentlich ist; unter Zeit der Kalendertag. Nähere Zeitbestimmungen sind nicht obligatorisch, können aber zweckmäßig sein, z. B. zur Feststellung der Priorität einer Pfändung, sowie zur Feststellung der Wahrung einer a momento ad momentum zu berechnenden Frist, vgl. Peters, J. f. G. 1889 S. 142.

Nr. 2. Die Person, für welche zugestellt werden soll, ist der unmittelbare Auftraggeber, sei dies die Partei selbst, oder deren gesetzlicher Vertreter oder Prozeßbevollmächtigter (A. Förster Anm. 1), nicht den Auftrag vermittelnde Personen (Substituten, Boten u. dergl.) vgl. Bach I, 608, 612; R. 1. Mai 1885, 3W. 240, Raffr. 30, 1074. Ueber die Heilung eines etwaigen Mangels durch nachträgliche Genehmigung oder anderweitigen Beweis, daß die Zustellung für die betr. Partei erfolgt ist, vgl. R. 17, 411. Ueber den Wegfall der Vermuthung aus § 153 Abs. 2, wenn die Person, für welche zugestellt ist, in der Urkunde nicht genannt ist, Anm. 2 § 153.



Nr. 3 ist der Adressat gemeint, vgl. § 22 preuß. Gesch.-Anw. f. Vollz. Daß der Adressat nur eine Person, nicht auch mehrere, sein könne, ist durch das Gesetz nicht ausgedrückt, vgl. *RO.* 24, 416; 22. Okt. 1889, *ZMBl.* 478; Anm. 1 § 155.

Nr. 4. Diejenige Person ist gemeint, welcher das Schriftstück übergeben ist („zugestellt“ ist hier im technischen Sinne gebraucht, vgl. Anm. 2 § 156).

Nr. 5 vgl. § 170.

Nr. 6 vgl. §§ 156, 173 Abs. 3. Die Abschriften müssen beglaubigt sein, die Zustellungsurkunde braucht aber der Beglaubigung nicht ausdrücklich zu erwähnen, *RO.* 19. Okt./2. Nov. 1891, *ZMBl.* 553, *RaffR.* 36, 467 (aM. A. Förster Anm. 1).

Nr. 7 vgl. Anm. 1. Wegen Befügung des Dienstfiegers vgl. preuß. Gesch.-Anw. f. Vollz. § 34 Abs. 2.

Die Unterschrift des Empfängers der Zustellung ist in keinem Falle nöthig, und wird entsprechend auch bei den durch Postboten vermittelten Zustellungen (§ 178) nicht erfordert. Vgl. *Berf. d. Gen.-Postm.* 24. Aug. 1879, *ZMBl.* 375. — Die Gerichtsvollzieher sind außer dem Inhalte zu Nr. 1 bis 7 durch die *ObD. f. Vollz.* 24. Juni 1878 § 23 verpflichtet, unter den Urschriften und Abschriften ihrer Akte eine Berechnung der Gebühren und Auslagen aufzustellen. Gebühren f. §§ 2, 3; Auslagen einschl. Schreibgebühren §§ 13, 14; Reisekosten § 17 *ObD. f. Vollz.* Hierzu *Ges.* 29. Juni 1881 (*ROBl.* 168) Art. 3 Nr. 1 und 2; für Preußen: *Allg. Verf.* 23. Febr. 1885, *ZMBl.* 68, §§ 1—5, 8; 27. März 1888, *S.f.G.* 75. Formulare für Zustellungsurkunden vgl. *Beilagen zur preuß. Gesch.-Anw. f. Vollz.*, *ZMBl.* 1879 hinter S. 204 und zur *Berf. d. Gen.-Postm.* 24. Aug. 1879.

### § 175.

Ist die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgt, so muß die Zustellungsurkunde den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen unter Nr. 2, 3, 7 entsprechen und außerdem ergeben, zu welcher Zeit, unter welcher Adresse und bei welcher Postanstalt die Aufgabe geschehen ist.<sup>1)</sup>

*E. 168. P. 59. 430.*

1) Die Vorschrift betrifft nur die nach § 161 zulässige „Aufgabe zur Post“, nicht die „Zustellung durch die Post“ nach §§ 176 ff., für welche die Erfordernisse der Zustellungsurkunde im § 178 angegeben sind. Vgl. auch preuß. *Zust.-Min.-Berf.* vom 22. Sept. 1879 betreffend Postsendungen und *Berf. d. Gen.-Postm.* 24. Aug. 1879, *ZMBl.* 368—375. Die Abschrift der Zustellungsurkunde ist in den Briefumschlag mit einzuschließen; der etwa ausgestellte Postschein, § 161 Abs. 2, mit der Zustellungsurkunde zu verbinden; die als unbestellbar zurückkommende Sendung ist dem Auftraggeber zu übermitteln, preuß. *Gesch.-Anw. f. Vollz.* § 36.

### § 176.

Zustellungen können auch durch die Post erfolgen.<sup>1)</sup>

*P. 169. N. 250. P. 61. 62. 530.*

1) Vgl. Anm. 2 § 152. Unter der Post ist die *Reichspost*, sowie die *Bayerische* und *Württembergische Post* zu verstehen, nicht eine ausländische Post. (Abweichend können Zustellungen mittelst Aufgabe zur Post § 161, 175 — wenn diese bei einer inländischen Post erfolgt — auch an solche Personen erfolgen, die im Auslande wohnen, falls die Voraussetzungen dieser Zustellungsart gegeben sind. Dies ist keine Zustellung im Auslande, sondern im Inlande, Anm. 4 § 161.) Wegen Zustellungen im Auslande vgl. §§ 182—184. Die preuß. *Gesch.-Anw. f. Vollz.* § 18 bezeichnet die Zustellungen, welche von *Vollz.* unmittelbar ohne Mitwirkung der Post ausgeführt werden, als „gewöhnliche Zustellungen“, diejenigen nach §§ 176—178 als „Zustellungen durch die Post“ und die nach § 161 als „Zustellungen durch Aufgabe zur Post“. — Ueber die Fassung des Postfiskus und der Postbeamten entscheidet das materielle Recht: das *Reichspostgesetz* 28. Okt. 1871 §§ 6—15, *ROBl.* 347 und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, *P.* 62.

Ueber Postzustellungen: Postordnung f. das Deutsche Reich v. 11. Juni 1892 (Beil. zu Nr. 29 des Amtsblattes des Reichs-Postamts, Grotesend, Gesetzgeb. 1892 S. 362) §§ 26, 41. Vgl. Mittelstein, Beiträge zum Postrecht Berlin 1891.

### § 177.

Wird durch die Post zugestellt, so hat der Gerichtsvollzieher<sup>1)</sup> einen durch sein Dienstsigel verschlossenen, mit der Adresse der Person, an welche zugestellt werden soll, versehenen und mit einer Geschäftsnummer bezeichneten Briefumschlag, in welchem die zuzustellende Ausfertigung oder die beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks enthalten ist, der Post mit dem Ersuchen<sup>2)</sup> zu übergeben, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsorts aufzutragen. Daß die Uebergabe in der bezeichneten Art geschehen, ist von dem Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks oder auf einem mit derselben zu verbindenden Bogen zu bezeugen.<sup>3)</sup>

E. 170. N. 250. P. 62. 83. 530.

1) Der Betretende hat sich an einen Gerichtsvollzieher zu wenden, damit dieser durch die Post zustellt. Eine Regelung der Zuständigkeit bestimmter Volls. in Betreff der Zustellungen durch die Post war für die G.P. nicht in Aussicht genommen; die Partei sollte sich dazu an jeden Volls. im Deutschen Reiche wenden können; Mot. 153. Dem entspricht auch G.B. § 161. Die Zuständigkeit des Volls. für den Bestimmungsort ist danach keinesfalls nötig und nicht davon abhängig, ob dieser Ort in einem anderen Bundesstaate liegt. Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit für den Ort seiner Thätigkeit, also den Abfendungsort, ist dagegen die Landesjustizverwaltung, welcher die Regelung der Dienst- und Geschäftsverhältnisse überlassen ist, G.B. § 155, nicht beschränkt und eine Funktionierung jedes Volls. in jedem deutschen Orte durch G.B. § 161 in Verb. mit § 146 nicht beabsichtigt. Die preuß. Volls.-D. 23. Febr. 1885, ZMBl. 56 ff. § 17 bestimmt die örtliche Zuständigkeit als den Landgerichtsbezirk seines Amtsgerichts umfassend und die preuß. Gesch.-Anw. f. Volls. § 18 erklärt ihn bei gewöhnlichen Zustellungen (f. Anm. 1 § 176) auf jenen Amtsbezirk beschränkt, mit dem Zusatz: „Zustellungen durch die Post kann er nach jedem Orte des deutschen Reichs bewirken“. Vgl. im Uebrigen Anm. 1 § 155 G.B.

Nur die Volls. und im Falle des § 179 die Gerichtsschreiber können die Post gemäß § 177 ersuchen, nicht die Partei direkt. Vgl. § 178 Abs. 3. — Ueber die Nichtanwendbarkeit des § 171 Abs. 1 vgl. Anm. 3 § 171.

2) Ueber die Form des Ersuchens des Volls. an die Post vgl. Verf. des Gen.-Postm. 24. Aug. 1879 und Formulare dazu. Für die Anfertigung der Adressen und Ausfüllung der Formulare sind Schreibgebühren weder vom Volls., noch im Falle des § 179 vom Gerichte zu berechnen; ZMBl. 1880 S. 210.

3) Das „Bezeugen“ setzt voraus, daß die Uebergabe an die Post durch den Volls. persönlich oder in seiner Gegenwart erfolgt ist, vgl. Anm. 2 § 179; aM. Seuffert Anm. 1 u. Bl.f.Rechtsanw. in Bayern 54, 81 ff. (abgedr. in J.f.G. 1889 S. 111 ff.).

### § 178.

Die Zustellung durch den Postboten erfolgt in Gemäßheit der Bestimmungen der §§ 165—170.<sup>1)</sup>

Ueber die Zustellung ist von dem Postboten eine Urkunde aufzunehmen, welche den Bestimmungen des § 174 Nr. 1, 3—5, 7 entsprechen und außerdem die Uebergabe des seinem Verschlusse, seiner Adresse und seiner Geschäftsnummer nach bezeichneten Briefumschlages, sowie der Abschrift der Zustellungsurkunde bezeugen muß.

Die Urkunde ist von dem Postboten der Postanstalt und von dieser dem Gerichtsvollzieher zu überliefern, welcher mit derselben in Gemäßheit der Bestimmung des § 173 Abs. 4 zu verfahren hat.<sup>2)</sup>

E. 171. N. 250. 252. P. 63. 530.

1) Daß der Empfänger eine Empfangsbefcheinigung ausstellt, ist hier, so wie auch für Zustellungen durch den Vollz. selbst (§§ 156, 174), nicht vorgeschrieben. Welche Vorschriften außer § 178 noch getroffen werden sollen, bleibt den Postverordnungen überlassen. Vgl. Postordnung 11. Juni 1892 Anm. 1 § 176; Verf. d. Gen.-Postm. 24. Aug. 1879, ZMBl. 373—375, sowie vom 27. Dez. 1879 (Post-Amtsbl. Nr. 80, ZMBl. 1880 S. 7 u. Verf. 7. Jan. 1880 das. S. 6). Für Bayern jetzt: Postordnung 1. Mai 1889 (ZMBl. 204 ff.) besonders §§ 21, 25, 37, 87; vgl. S.f.G. 1889 S. 77, ferner Verf. 8. Okt. 1889 (ZMBl. Nr. 16, S.f.G. 1889 S. 185) dazu Verf. 25. Sept. 1879 (Bayer. ZMBl. 1253) § 20. Für Württemberg: Postordn. 14. März 1881, Gaupp Anm. III. Nr. 5, Anm. IV Nr. 6. Darüber, daß der § 171 hinsichtlich der Zeit für die Postboten nicht anwendbar ist, vgl. Anm. 3 § 171.

2) Für die Zustellung durch die Post besteht die Zustellungsurkunde aus zwei Urkunden, aus der des Vollz. über die Uebergabe an die Post nach § 177 und aus der Urkunde des Postboten nach § 178, R.G. 25. Sept. 1884, Raff.R. 29, 1076; von beiden Urkunden ist dem Empfänger beglaubigte Abschrift zu geben; Ffcher, Raff.R. 25, 807; Preuß. Allg. Verf. 16. Juni 1883, ZMBl. 191; ebenso für Sachsen Verord. 6. April 1887, Sächs. ZMBl. 14, 15; für Sippe-Deilmold 6. Juli 1883, G.S. 93. Andersfalls würde der Empfänger nicht einmal erfahren, in wessen Auftrage bzw. für wen die Zustellung erfolgt. Das Gesetz hat freilich die Uebergabe einer Abschrift der Gerichtsvollzieher-Urkunde für die Zustellung durch die Post (wohl in Folge eines Redaktionsfehlers) nicht vorgeschrieben, und kann deshalb wegen der Unterlassung die betr. Zustellung gesetzlich nicht bemängelt werden, D.R.G. Karlsruhe, Buch 7, 342; R.G. 14, 392; 15, 411; 20. April 1894, ZM. 278. Auch die Zustellungsurkunde des Postboten ist eine öffentliche Urkunde im Sinne der §§ 383, 380, Anm. 2 § 173. Wegen des Verhältnisses der Zustellung zur Zustellungsurkunde, der Zulässigkeit anderen Beweises und der Beweisergänzung, gilt auch für die Postzustellung das in Anm. 1 § 173 Bemerkte. (Abw. R.G. 25. Sept. 1884, Raff.R. 29, 1076, betreffs einer allerdings äußerst mangelhaften Befcheinigung des Postboten. Vgl. dagegen R.G. 24, 418).

Ueber die von Amtswegen erfolgende Behändigung von Urkunden (Hypothekenbriefen, Wechsel, Wertpapieren) vgl. für Preußen Verf. 4. Juni 1887, ZMBl. 157.

## § 179.

Insoweit eine Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist,<sup>1)</sup> kann derselbe unmittelbar die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. In diesem Falle finden die Vorschriften der §§ 177, 178 auf den Gerichtsschreiber entsprechende Anwendung; die erforderliche Beglaubigung erfolgt durch den Gerichtsschreiber.<sup>2)</sup>

E. 172. N. 250. P. 63. 64. 530. 531. 665. 666.

1) Die Voraussetzungen sind dieselben, wie für § 154. Vgl. Anm. 1 § 154 und Anm. 3, 4 § 152; §§ 730 Abs. 2, 736 Abs. 3. — Der Gerichtsschreiber hat die Wahl zwischen dem Verfahren nach § 154 und nach § 179; ist aber an etwaige Anweisungen der Partei hinsichtlich der Wahl gebunden (Anm. 2 § 154). Der § 180 ist auch in Betreff der Ausübung dieses Wahlrechts anwendbar. Nach §§ 18 bzw. 17 der preuß. Gesch.-Anw. f. d. Gerichtsschreibereten (ZMBl. 1879 S. 230) soll der Gerichtsschreiber nur dann, wenn der Bezug Gefahr bringt, unmittelbar gemäß § 179 die Post um Bewirkung der Zustellung ersuchen. Auf Zustellungen von Amtswegen ist § 179 nicht anwendbar, Anm. 2 § 152.

2) Der Gerichtsschreiber soll in diesen Fällen an Stelle des Vollz. und ohne einen solchen zuzuziehen, selbst die Post ersuchen können. Da der Gerichtsschreiber

dann die nach § 177 vom Voollz. auszustellende Beglaubigung („Bezeugung“) der Uebergabe an die Post ausstellen soll, so sind dienstreglementarische Vorschriften darüber nöthig, wie die Uebergabe erfolgen muß, wenn der Gerichtsschreiber sie nicht in eigener Person bewirkt, sondern sich dabei von Anderen vertreten läßt, und wie sie dem Gerichtsschreiber nachzuweisen ist, damit er dieselbe bezeugen kann; P. 531, 666. In der RR. war die Streichung des Paragraphen beantragt, aber abgelehnt; die RR. erklärte sich darüber einverstanden, daß (bei Annahme des Paragraphen) die Bescheinigung des Gerichtsschreibers nicht dahin zu lauten brauche, daß er selbst zur Post gegangen sei, sondern auch dahin lauten könne, daß er einen Voollz. mit der Aufgabe bei der Post beauftragt habe; P. 531; Druckfehlerbericht zu P. 531; Zusamm. der authent. Deklar. 1. Okt. 1876. Vgl. die ausführliche Darstellung der Verhandlungen der RR. bei Hellmann I, 517—519. Diese Deklaration vertritt jedoch nicht Gesetzesstelle; eine Bescheinigung, wie sie darin erwähnt ist, genügt offenbar nicht, um das auch nach § 179 nöthige Attest zu ersetzen, und entspricht weder dem § 177 noch dem § 179, sondern macht nach der deutlichen Vorschrift des § 177 dann noch ein weiteres Attest des Voollz. über seine Uebergabe an die Post nöthig. Nur bei einer weitherzigen Auslegung des § 177 könnte es genügen, daß der Gerichtsschreiber (statt des Voollz., § 177) durch einen für den inneren Gerichtsdienst angestellten Voollz. (Strudmann-Roch Anm. 3; Caupp Anm. III) oder sogar nur durch eine „juverläßige Mittelsperson“ (Peterfen Anm. 2) der Post übergeben läßt, statt übergiebt, und auf Grund der Anzeige dieses Boten die Uebergabe bezeugt. Dem Wortlaute der §§ 177, 179 und der sonstigen Strenge der Zustellungsvorschriften entspricht dies nicht. Vgl. v. Bülow Anm. 3; Erdemann I, 564; Hellmann I, 519. Ueber die Gerichtskosten für das an die Post gerichtete Ersuchen um Zustellung vgl. GRW. § 40 in Verb. mit Geb.D. f. Voollz. §§ 2, 3, Art. 1 Nr. 9 und Art. 3 Nr. 1 des Ges. 29. Junt 1831 (RWB. 178). Ueber die Frankirung der Sendungen in Preußen: Allg. Verf. 22. Sept. 1879 zu § 1 des Regul. Nr. 3 f. (RWB. 259).

### § 180.

Ist eine Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher bewirkt, obgleich sie durch die Post hätte erfolgen können, so hat die zur Erstattung der Prozeßkosten verurtheilte Partei die Mehrkosten nicht zu tragen.<sup>1)</sup>

R. 173. P. 65. 531.

1) Die Vorschrift soll, namentlich zur Vermeidung einer Vertheuerung durch Reisekosten des Voollz., darauf hinwirken, daß die Zustellungen durch die Post (nach §§ 176—179) als weniger kostspielig zur Regel werden, ohne die Möglichkeit einer unter Umständen schnelleren und vorsichtigeren direkten Zustellung Seitens des Voollz. auszuschließen. Unter der Zustellung durch einen Voollz. ist hier mit Rücksicht auf den Gegensatz eine solche verstanden, welche er unmittelbar ohne Vermittelung durch die Post bewirkt; unter den Zustellungen durch die Post sind hier nicht bloß die in § 179, sondern alle in den §§ 176—179 bezeichneten gemeint; Rot. 153 (vgl. auch §§ 2, 3 Geb.D. f. Voollz.).

### § 181.

Sind die Parteien durch Anwälte vertreten, so kann die Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen.<sup>1)</sup>

Zum Nachweise der Zustellung genügt das mit Datum und Unterschrift versehene schriftliche Empfangsbekanntniß des Anwalts, welchem zugestellt worden ist.<sup>2)</sup>

R. 174. N. 203. P. 71. 72. 531. 532.

1) Die (fakultative) Zustellung von Anwalt zu Anwalt setzt ohne Rücksicht, ob ein Anwaltsprozeß vorliegt, nur voraus, daß die Parteien durch Anwälte vertreten sind; sie ist also auch anwendbar, wenn ein Anwalt Partei ist und sich selbst vertritt, ebenso zwischen Anwälten verschiedener Instanzen, R. 5, 414. Der charakteristische Unterschied liegt darin,

daß die Zustellung ohne Vermittelung eines Dritten als Urkundsperson erfolgt. Eine persönliche Uebergabe des einen Anwalts an den andern ist nicht nöthig; der Zustellende kann sich jedes Mittels (auch der Post) bedienen und der Adressat kann die Empfangnahme durch Jeden besorgen lassen, muß jedoch wissen, daß ihm zugestellt wird; Franke, Busch 5, 385 ff. Die Zustellung des § 181 kann daher vor der Kenntnißnahme des empfangenden Anwalts (bei Abgabe im Hause oder Bureau) noch nicht perfekt sein; *R. O.* 8, 328. Vgl. *D. O. Kiel*, *S. A.* 48, 100. Da die Zustellung nach § 181 nur fakultativ ist und ihre Ausführbarkeit möglicherweise auf Hindernisse stoßen kann, vgl. *Anm.* 2, auch eine dem § 180 entsprechende Bestimmung hier nicht getroffen ist, so dürfen die Mehrkosten einer anderweiten Zustellungsart nicht deshalb als erstattungsunfähig erklärt werden, weil eine billigere Zustellung von Anwalt zu Anwalt hätte erfolgen können; *Kammergericht* 25. Okt. 1888, *Busch* 14, 328; (ähnlich *Gaupp Anm. V*, abw. *Kammergericht* 20. Febr. 1889, *Busch* 14, 257). Zustellungen an eine Anwaltsfirma als solche sind unzulässig, *D. O. Cassel*, *Busch* 14, 493.

2) Die *Not.* 154 meinen, *Abf. 2* setze das Einverständnis beider Anwälte voraus. Wohl mit Unrecht. Der betreibende Anwalt hat nach *Abf. 1* das Recht, von dieser Zustellungsform Gebrauch zu machen; der empfangende Anwalt ist verpflichtet, anzunehmen und das Empfangsbekanntniß auszustellen. Nicht zur Wirksamkeit, sondern nur zum Beweise, wenn dies nöthig ist, dient *Abf. 2*. Freilich braucht der Empfänger nicht über eine ungenügende Zustellung eine Bescheinigung zu geben, *J. B.* 1882 S. 124. Im Falle einer Weigerung, Verzögerung, Abwesenheit u. s. w. wird jedoch der zustellende Anwalt, um die Zustellung nöthigenfalls beweisen zu können, und ohne Zeitverlust den gewünschten Zweck zu erreichen, allerdings auf den Weg der Zustellung durch den *Ovollz.* gebrängt, da er kein Zwangsmittel hat.

Von den allgemeinen Vorschriften über Zustellung sind die aus dem Begriffe der Zustellung folgenden und die den nothwendigen Empfänger betreffenden Vorschriften der §§ 156, 162—164, 172 auch hier anwendbar; nicht aber die für die Zustellung durch *Ovollz.* und *Postboten* gegebenen besonderen Vorschriften, insbesondere nicht die durch die vorausgesetzte Unmittelbarkeit von Anwalt zu Anwalt ausgeschlossene *Erfasszustellung*, §§ 166—169, und (gegen *Hellmann* 1, 523) nicht § 170; *Franke a. a. O.* 383; *J. B.* 1881 S. 137, 153; 1882 S. 253 (*R. O.* 12. Juli 1882).

Die Quittung eines dem Anwalt zur Zeit gleichgestellten *General-Stellvertreters* im Sinne des § 25 *R. A. O.* oder eines nach § 19 *R. A. O.* bestellten *Zustellungsbevollmächtigten* genügt ebenfalls als Quittung des Anwalts (*R. O.* 22. Juni 1883, *J. B.* 225), nicht aber die eines sonst ermächtigten *Bureaugehülfen*. Ebenso *D. O. O.* 3. April 1888, *S. A.* 44, 95. Auch die Quittung des *Zustellungsbevollmächtigten* beweist natürlich nur für solche Zustellungen, für welche er bestellt ist, dagegen nicht für solche, welche für den Anwalt in seiner Eigenschaft als bei einem anderweiten Gericht zugelassenen bestimmt sind (*O. O. Ellwangen*, *Busch* 9, 126).

*Abf. 1* enthält eine positive (*Ausnahme-*) *Beweisregel*, § 259 *Abf. 2*. Der Ausdruck „genügt“ besagt, daß durch die Quittung voller Beweis der Zustellung geliefert wird. Damit wird dieselbe einer öffentlichen Urkunde gemäß § 383 gleichgestellt (*R. O.* 15, 373), demgemäß ist auch gemäß § 383 *Abf. 2* der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatfachen (als Gegenbeweis gegen die Quittung) zulässig; *R. O.* 4. April u. 12. Juli 1882, *J. B.* 126, 253; *Franke* 392; insbesondere auch darüber, daß zu der bezeugten Zeit noch nicht dem Anwalt persönlich oder mit seinem Wissen (vgl. *Anm.* 1) zugestellt war; *R. O.* 8, 328; 9, 414; 13, 366; 15, 373; 22. Dez. 1887, *Raffa* 32, 1173. Für die *Beweiskraft* macht es keinen Unterschied, ob die Quittung in einer besonderen Urkunde erteilt, oder auf die Urschrift oder eine Abschrift des zugustellenden Schriftstückes gesetzt ist; vorausgesetzt ist nur, daß sie dem *Gegenanwalt* ausgehändigt ist (*R. O.* 17, 338), da § 173 *Abf. 2* auch nicht analog anzuwenden ist, *R. O.* 11. Juni 1881, *Wallm.* 6, 150; 28. Juni 1886, *J. B.* 268. Die Quittung ist jedoch lediglich *Beweismittel* („zum Nachweise der Zustellung“ dienend, *Abf. 2*), nicht *Formalakt* oder integrierender Theil des *Zustellungsaktes*.

Von dem Verhältnisse derselben zur Zustellung gilt dasselbe, was Anm. 1 § 173 und § 174 von dem Verhältnisse der Zustellungs-Urkunde zur Zustellung überhaupt bemerkt ist; *RO.* 14, 348; 31. Jan. 1883, *RaffR.* 28, 740; 28. Juni 1886, *ZM.* 268. Durch *Abf. 2* wird nicht ausgedrückt, daß die Quittung des Anwaltes ein Minimum des Beweises der Zustellung von Anwalt zu Anwalt darstelle, und daß ein anderweitiger Beweis nicht zulässig sei. Denn der Ausdruck „genügt“ schließt sprachlich nur das Verlangen strengerer Beweismittel aus, nicht die Zulassung anderer. Um letzteres anzunehmen, müßte dies im Gesetze irgendwie angedeutet sein. *Abw. Franke a. a. D.* 390 ff.; *Scheele a. a. D.* 13 ff.; *RO.* 5, 413; 13, 366; 19, 423; *Gaupp und Seuffert*; vgl. dagegen wieder *RO.* 22. Dez. 1887, *ZM.* 1888 S. 67, *RaffR.* 32, 1173, wo ein Ergänzungsbeweis über die Zeit der Zustellung (gegen ein späteres Datum der Quittung) mit Recht zugelassen ist. Dies ist nicht ein Gegenbeweis gegen den Inhalt des Empfangsbekanntnisses, als eines Beweismittels der rechtmäßigen Zustellung, sondern eine direkte Beweisführung eben dafür auf Grund anderer Beweismittel. Die Entscheidung *RO.* 14, 348 spricht (im Eingange) nicht, wie *Gaupp Anm. III Rt. 12* annimmt, von einem anderweitigen Beweise für die Ausstellung des Empfangsbekanntnisses, sondern von einem anderweitigen Beweise für die Zustellung, während weiterhin zwar an den Erfordernissen festgehalten wird, daß der Anwalt, an den die Zustellung erfolgt, durch das Empfangsbekanntnis sein Einverständnis mit der Art der Zustellung erkennbar gemacht haben müsse, jedoch anderseits anerkannt wird, daß auch dieses Erforderniß im Gesetze keinen ganz prägnanten Ausdruck gefunden habe. In der That hat dieses „Erforderniß“ im Gesetze gar keinen Ausdruck gefunden. Das Einverständnis kann nicht wirksamer als durch die thatsächliche Annahme des zuzustellenden Schriftstücks erklärt werden; daß aber das Empfangsbekanntnis das alleinige Ausdrucksmittel dafür sei, sagt das Gesetz nicht.

Soll durch Vermittelung eines *Swollz.* eine Zustellung von Anwalt zu Anwalt erfolgen, so schreibt die preuß. *Gesch.-Anw. f. Swollz.* § 37 an deren Stelle die förmliche Zustellung vor, wenn die Quittung des Anwaltes oder seines Zustellungsbevollmächtigten verweigert wird oder wegen Abwesenheit oder aus sonstigem Grunde nicht zu erlangen ist oder eine Beurkundung durch den *Swollz.* vom Auftraggeber verlangt wird. Vgl. über diesen Fall *Walter, Z.f.G.* 1893 S. 98 ff., 154 ff., 189 ff. Derselbe bemerkt im Anschluß an *Gaupp Anm. 15*, daß die erwähnte Vorschrift der *Gesch.-Anw.* irrelativ sei, da der *Swollz.* als solcher für eine Zustellung nach § 181 zur Mitwirkung überhaupt nicht berufen ist, vgl. *Anm. 1*. Daraus folgt aber nicht, daß wenn der Anwalt sich behufs einer Zustellung nach § 181 der Hilfe eines *Swollz.* bedient, dieser kein Amtsgeschäft verrichtet, wie *Walter* annimmt, weil es sich um einen bloßen Botendienst handelt, und daß deshalb die Mindergebühr des § 2 *Geb.-Ord. f. Swollz.* sich auf die förmliche Zustellung beziehe. Diese Annahme verkennt, daß der mit der Zustellung von Anwalt zu Anwalt beauftragte *Swollz.* für den Fall, daß die Zustellung nach § 181 auf Schwierigkeiten stößt, zugleich mit der förmlichen Zustellung beauftragt ist. Seine Thätigkeit ist deshalb von Anfang an eine dienliche und die Mindergebühr des § 2 *Geb.-O.* setzt voraus, daß es zu einer förmlichen Zustellung nicht gekommen ist.

Streitig ist, wie bei der Zustellung von Anwalt zu Anwalt derjenige, welchem zugestellt wird, die Zustellung zu beweisen hat, vgl. *ZM.* 1882 S. 75, 100, 101, 131. Sachgemäß sollte dafür eine Bescheinigung des zustellenden Anwaltes nach § 259 als genügend angenommen werden. Da ferner *Abf. 2* die Beweisraft der Quittung des Adressaten nicht auf den zustellenden Anwalt einschränkt, so muß eine solche als Duplikat-Quittung auch für den quittirenden Zustellungs-Empfänger beweisen. Vgl. *Franke a. a. D.* 395 bis 399. Ebenso *Kammergericht*, in Sachen *Conraths - Fiskus III B.* 160/81 und *RO.* 1. Okt. 1881 (*SA.* 37, 216), sowie *RO.* 14, 348; 15. Dez. 1890, *ZM.* 1891 S. 65. Das Bedenken des *OLG. Hamburg* 29. Dez. 1886, *SA.* 42, 220, daß die Bescheinigung des zustellenden Anwaltes vor der Zustellung ausgestellt werde, ist praktisch nicht begründet, da der Zustellungs-Empfänger das Datum dieser Bescheinigung kontrollirt und in der Regel selbst ausfüllt. Jedenfalls kann auch das in den Händen des *Begners* befindliche Em-

pfangsbekanntniß als gemeinschaftliche Urkunde in Bezug genommen werden; **R. 17, 386.**  
**Bgl. Anm. 3 § 387.**

### § 182.

Eine im Auslande zu bewirkende Zustellung<sup>1)</sup> erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reichs.<sup>2)</sup>

**E. 175. N. 265—266. P. 72. 532.**

1) Wenn die Zustellung im Auslande erfolgen muß, so hat der Vorsitzende bei der Ladung zur m.B. die Einlassungsfrist (§ 234 Abs. 2) und ebenso das Gericht demnächst die Einspruchsfrist im Versäumnisurtheile besonders zu bestimmen, um der etwaigen Nothwendigkeit längerer Fristen Rechnung zu tragen (§ 304 Abs. 2). Wegen einer Beweisaufnahme im Auslande s. §§ 328, 329. In den Fällen der §§ 740, 743, 761 ist eine Zustellung überhaupt nicht nöthig, wenn sie im Auslande erfolgen muß. Im Falle der §§ 730 Abs. 2, 736 Abs. 3 kann die Zustellung an Schuldner im Auslande durch „Aufgabe zur Post“ nach § 161 erfolgen (nicht bei Zustellung eines Arrestbefehls, **D. 22. 15. Nov. 1892, S. 49, 123**). Wegen der späteren Zustellungen im Falle des § 160 Abs. 2 vgl. Anm. 4 § 161. **Bgl. ferner § 186 Abs. 2.** — Im Mahnverfahren ist eine Zustellung im Auslande unzulässig, § 628 Abs. 2.

2) Die §§ 182—185 und 186—189 enthalten die Fälle, in welchen die Thätigkeit des Gerichts zur Zustellung in Anspruch zu nehmen ist. Es sind die Ausnahmen von der Anwendbarkeit der Vorschriften der §§ 156—181; letztere sind daher nur soweit anwendbar, als sie durch diese Ausnahmenvorschriften direkt oder durch die Nothwendigkeit ihrer Ausführung und den Begriff der Zustellung indirekt in Anspruch genommen sind. Die §§ 182—185 bestimmen für alle im Auslande zu bewirkende Zustellungen; für solche sind die hier vorgeschriebenen bzw. die nach § 186 Abs. 2 zugelassenen Zustellungen die einzigen zulässigen Arten.

Das Gesuch ist an das Prozeßgericht oder an dessen Vorsitzenden, welcher hier als Organ desselben das Ersuchen nach § 185 zu erlassen hat, zu richten; in Anwaltsprozessen durch einen Anwalt, da es sich um eine Thätigkeit des Prozeßgerichts handelt, welche dieses durch seinen Vorsitzenden ausübt; **Gaupp Anm. II; Struckmann-Roch Anm. 1 § 185; Peterfen Anm. 1, 2; Seuffert Anm. 2 zu § 185. M. Hellmann 1, 528.** Wegen die Ablehnung des Gesuchs steht die Beschwerde zu, § 530. — Dem Gesuche sind die zuzustellenden bzw. zu übergebenden Schriftstücke in derselben Form und derselben Zahl beizufügen, wie für jede Zustellung nach §§ 155, 156. Die ganz allgemeine Vorschrift des § 156 für jede Zustellung, worin „die Zustellung besteht“, ist als Folge des Begriffs der Zustellung auch für die im Ausland zu bewirkende maßgebend; und wird sich demgemäß das Ersuchen des Vorsitzenden darauf zu richten haben, daß dem Dritten die nach § 156 zur Zustellung zu übergebenden Ausfertigungen und beglaubigten Abschriften zukommen. Aus gleichem Grunde ist § 156 Abs. 2 hinsichtlich der Beglaubigung anwendbar und folgerichtig behufs der Ausführung nach § 156 auch die Vorbereitungs Vorschrift des § 155. Hieraus folgt weiter, daß auch § 155 Abs. 2 entsprechend dahin anwendbar ist, daß der Gerichtsschreiber die Zeit der Uebergabe zu vermerken und der Partei auf Verlangen zu bescheinigen hat, was für Zustellungen im Auslande und durch öffentliche Bekanntmachungen nach § 190 noch besondere Wichtigkeit hat. **Bgl. Reuling, S. 1879 S. 252 ff. (Natürlich hat der Vollz. mit dem Ersuchen und der Vorbereitung zu demselben nichts zu thun; daß diessetts eine Mitwirkung des Vollz. angenommen zu werden scheint, wie Gaupp Anm. II Nr. 2 bemerkt, beruht auf einem Mißverständniß.)**

Ob und wie der Vorsitzende das Ersuchen direkt an die zuständige Behörde des fremden Staates richten kann, oder an den dort residirenden deutschen Konsul oder Gesandten richten muß, und unter Vermittelung welcher inländischen Behörden das eine oder andere Ersuchen erfolgen muß, richtet sich nach den bestehenden Staatsverträgen und nach den für die inländischen Behörden geltenden Dienstvorschriften. Direkte Ersuchen an die Be-

Hörden eines fremden Staates können nur erfolgen, wenn ein Bundesstaat, dessen Gericht das Ersuchungsschreiben erläßt, § 185, oder das Reich entsprechende Rechtshülfe-Verträge mit dem fremden Staate abgeschlossen hat. Durch welche Operationen und unter welchen Modalitäten die ausländische Behörde in Folge des direkten oder diplomatisch vermittelten Ersuchens die Zustellung bewirkt und die zu übergebenden Schriftstücke an den Dritten gelangen läßt, richtet sich nach dem Rechte ihres Staates und ist nach § 184 Abs. 2 hier nicht zu prüfen, wenn die fremde Behörde die erfolgte Zustellung bezeugt. Ist ein direktes Ersuchen an die ausländische Behörde nicht zulässig, so ist der Gesandte oder Konsul zu ersuchen.

Entsprechend der vom Reichsjustizamte im Einvernehmen mit dem auswärtigen Amte an alle deutschen Regierungen ergangenen Mittheilung und der demgemäß erlassenen preuß. Minist.-Verf. 3. Sept. 1880. *IRBl.* 205, sind

I „die auf Grund des § 182 C.P. zu erlassenden Ersuchungsschreiben zu richten:

1. an die fremden Landesbehörden nur unter der Voraussetzung, daß nach den bestehenden Vereinbarungen ein direkter Briefwechsel mit den Behörden des betreffenden Landes zulässig ist,

2. in allen übrigen Fällen a) an den Konsul, sofern anzunehmen, daß die Zustellung ohne diplomatische Verwendung bei der fremden Regierung bewirkt werden kann; welche Voraussetzung allgemein zutrifft in Großbritannien und Irland nebst Kolonien, in den Vereinigten Staaten von Amerika und in den Bezirken der mit Gerichtsbarkeit ausgestatteten Konsulate; in den übrigen Ländern aber nur dann, wenn die Person, welcher zugestellt werden soll, erweislich oder präsumtiv dem Deutschen Reiche angehört; b) an die Gesandten in denjenigen Fällen, in welchen die Voraussetzungen zu a) nicht gegeben sind.“

II „In Zustellungsangelegenheiten findet thunlichst ein unmittelbarer Geschäftsverkehr der deutschen Gerichtsbehörden mit den betreffenden Zustellungsbehörden statt.“ In Folge der Genehmigung des auswärtigen Amtes sind nicht nur an die deutschen Konsuln, deren Verzeichniß jährlich das auswärtige Amt (auch für den Buchhandel durch die Hofbuchhandlung von C. F. Mittler & Sohn zu Berlin) veröffentlicht (vgl. preuß. *IRBl.* 1891 S. 343), sondern auch an die Gesandten für Zustellungsachen (nicht für andere) die Ersuchungsschreiben ohne Dazwischenkunft des auswärtigen Amtes zu senden. Vgl. betr. des Geschäftsganges für Zustellungen im Auslande Preuß. Allg. Verf. 20. Mai 1887, *IRBl.* 139 ff., namentlich zu Nr. 4, 6, 11, 12, 20; ferner Gajn: Vorschriften betr. die im Auslande zu erledigenden Ersuchungsschreiben, Berlin 1887; Wollenzien, die Bureau-Verwaltung bei den Preussischen Justizbehörden, Berlin 1890 S. 405 ff.; bezüglich Württembergs Gaupp Anm. III. In Oesterreich-Ungarn insbesondere sind die Konsuln nur dann um Zustellungen zu ersuchen, wenn die deutsche Staatsangehörigkeit der Person, an welche zugestellt werden soll, außer Zweifel steht, Verf. 12. Juli 1881, *IRBl.* 159. Wegen der dortigen Formen der Zustellung vgl. Min.-Verf. 20. Mai 1887 Nr. 33, *IRBl.* 148. (Wegen der Urkunden-Beglaubigung für Oesterreich-Ungarn Vorb. vor § 380.) Kosten der Rechtshülfe: *IRBl.* 1890 S. 345. In Betreff der Konsuln vgl. Ges. 8. Nov. 1867 (§ 19); *RSBl.* 141; Dienstinstr. 6. Juni 1871 § 19; *CG.* § 13 Abs. 1; Reichsges. üb. d. Konsulargerichtsbarkeit 10. Juli 1879, *RSBl.* 197. Wegen der Zustell.-Urkunden vgl. § 185 Abs. 2.

Ist die Zustellung im Auslande weder durch direktes Ersuchen, noch durch Vermittelung der Konsuln oder Gesandten ausführbar, insbesondere im Falle einer Weigerung seitens der ausländischen Behörden, so ist die öffentliche Zustellung nach § 186 Abs. 2 zulässig.

Das Deutsche Reich hat mit der Schweiz das Uebereinkommen v. 1./10. Dec. 1878 getroffen, daß den deutschen und schweizerischen Gerichtsbehörden der unmittelbare Geschäftsverkehr in allen Fällen gestattet ist, in welchen nicht der diplomatische Verkehr durch Staatsverträge vorgeschrieben ist oder in Folge besonderer Verhältnisse rathlich erscheint; *Centralblatt f. d. deutsche Reich* 1879 S. 6; *IRBl.* 1879 S. 20; Verzeichniß schweiz. Gerichtsbehörden f. *IRBl.* 1888 S. 103—106, 1890 S. 73.



Für das übrige Ausland außer der Schweiz sind die bestehenden Verträge der einzelnen Bundesstaaten noch maßgebend. Für Preußen vgl. die vorangeführte Min.-Verf. 20. Mai 1887, ZMBl. 139—153. Betr. Requisitionen an russische Behörden s. ZMBl. 1870 S. 277—280. — 1875 S. 236. — Abkommen mit Rußland wegen des unmittelbaren Geschäftsverkehrs zwischen den Justizbehörden der preussischen u. russischen Grenzprovinzen vom 23. Januar (4. Febr.) 1879 GS. 138, u. 17. (29.) August 1884 GS. 72; zusätzl. Erklärung v. 16. (28.) Jan. 1893, GS. 83; vgl. Just.-Min.-Verf. 30. Mai u. 16. Dez. 1879, ZMBl. 128, 474; dazu Minist.-Verf. 9. Febr. 1883, ZMBl. 32, und Verzeichniß der russischen Gerichtshöfe, ZMBl. 1894 S. 168 ff., ferner bez. direkter Kommunikation mit österreichischen Behörden, ZMBl. 156 S. 210 ff. Für Ungarn vgl. Megl. Zsh. f. intern. Privat. 3, 359 ff. Ueber die Franzirung der portopflichtigen Korrespondenz von Preuß. Gerichten mit den Behörden von Oesterreich-Ungarn und der Schweiz, ZMVerf. 22. Sept. 1879 (ZMBl. 254) zu § 1 des Regul. Nr. 4, Bekanntmachung 31. Okt. 1873 (RStBl. 366) u. Verf. 8. April 1878, ZMBl. 60, mit den kaiserlichen Vertretungen im Auslande, ZMVerf. 22. Sept. 1869, § 1 des Regul. Nr. 3 u. Verf. 4. Sept. 1876; ZMBl. 173.

Zustellungen an Personen in deutschen Schutzgebieten erfolgen, mittelst Ersuchens der betr. Gerichtsbehörden; vgl. die Anm. 4 § 13 OB. angeführten Gesetze u. f. w., sowie Allg. Verf. 1. Mai 1891, ZMBl. 129. Die Ersuchungsschreiben sind nach der Allg. Verf. 20. Mai 1887 Ziff. 7 (ZMBl. 139) dem Justizminister, in eiligen Fällen dem Minister der auswärtigen Angelegenheiten einzureichen; Allg. Verf. 20. Febr. 1893, ZMBl. 59.

### § 183.

Zustellungen an Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen,<sup>1)</sup> erfolgen, wenn dieselben zur Mission des Reiches gehören, mittelst Ersuchens des Reichskanzlers; wenn dieselben zur Mission eines Bundesstaates gehören, mittelst Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten dieses Bundesstaates.

Zustellungen an die Vorsteher der Reichskonsulate erfolgen mittelst Ersuchens des Reichskanzlers.<sup>2)</sup>

R. 176. N. 270. P. 72. 532.

1) Darüber, welche Deutsche das Recht der Exterritorialität genießen und also nach § 183 zu behandeln sind, vgl. Anm. 1 § 16; OB. §§ 18—21 und Anm. dazu. Wo sie sich aufhalten und wo die Zustellung an sie erfolgen soll, ob im Inlande, d. h. im deutschen Reiche oder im Auslande, ist für die Anwendbarkeit des § 183 gleichgültig. In allen Fällen ist § 183 anwendbar, sobald die Person des Adressaten da, wo die Zustellung erfolgen soll, zu den Exterritorialberechtigten gehört. Der Grund für die Ausnahmenvorschrift des § 183 und die sonstige Unterschiedslosigkeit ihres Aufenthalts liegt darin, daß sie von der Gerichtsbarkeit eines andern Bundesstaates als ihres eigenen befreit sind. Der § 183, wenngleich im Abschnitte von Zustellungen im Auslande stehend, macht den Aufenthalt im Auslande nicht zur Voraussetzung und findet also namentlich auch auf die von den deutschen Bundesstaaten unter einander beglaubigten Missionen und die Mitglieder des Bundesraths Anwendung. M. Endemann I, 569, vgl. dagegen A. Förster Anm. 2. Sofern jedoch Deutsche sich in ihrem eigenen Bundesstaate befinden, in welchem sie staatsangehörig sind, ohne daß ihr Staat sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat (OB. § 18 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2), und sofern es sich um die Zustellung derselben durch Zustellungsbeamte ihres Heimathsstaates handelt, genießen sie in dieser Beziehung keine Exterritorialität und ist daher § 183 nicht anwendbar. Für Württemberg vgl. ZMVerf. 28. Sept. 1885 u. 27. Juni 1887 (Amtsbl. des Just.-Min. 1885 S. 43, 1887 Nr. 7) und dagegen Gaupp Anm. I Nr. 4, welcher sich mit Recht gegen die in dem Erlaß ausgesprochene Anwendung des § 183 auf Bedienstete, die Deutsche sind (OB. § 19),

wendet. Diefen ift, falls fie in der Behaufung des Exterritorialen wohnen und Seitens des Letzteren eine Zufteflung in der Wohnung nicht gefattet wird, nach § 167 zuzufteflen, fofern die dort vorgedriebene Befefigung einer Anzeige an der Thür der Wohnung von dem Exterritorialen gefattet werden follte. Andernfalls könnte auch außerhalb der Wohnung nach § 165 Abf. 2 zugefteflt und die Annahme einer foldhen Zufteflung dürfte auch nicht verweigert werden, weil die im Haufe des Exterritorialen, alfo im fingirten Auslande befindliche, unzugängliche Wohnung nicht als eine Wohnung am Orte der Zufteflung erachtet werden kann. Vgl. über die Zufteflungen in den Wohnungen von Exterritorialen Allg. Verf. 20. Jan. 1893, ZMBl. 37; desgl. für Bayern Bekanntm. 5. April 1893, bayer. ZMBl. 75; S. f. G. 1893 S. 81.

Ausländer, welche im Deutfchen Reiche Exterritorialität genießen, find von der inländifchen Gerichtsbarkeit und damit auch von der Pflicht, die Zufteflungen deutfcher Beamten zu refpektiren, befreit, GB. § 18; fie werden gemäß der diplomatifchen Fiktion als im Auslande, d. h. in ihrem eigenen Staate wohnhaft angefehen, die Zufteflungen an fie find daher auszuführen, wie wenn fie im Auslande wohnten, § 182.

2) Für die Zufteflungen an deutfche Konfuln im Auslande ift nach Abf. 2 ohne Rückficht darauf, ob fie ein Recht der Exterritorialität genießen, das Erfuchen an den Reichskanzler als die ihm vorgefezte Behörde zu richten.

Die Konfuln auswärtiger Mächte find in der Regel der inländifchen Gerichtsbarkeit unterworfen, fo weit nicht Staatsverträge anders beftimmen; GB. § 21. Die Zufteflungen an fie erfolgen in der gewöhnlichen Weife nach §§ 165 ff. Für die Vorladung von Konfuln, welche als Zeugen geladen werden foßen, erfordert der Konfularvertrag mit Rußland 8. Dez. 1874 Art. 3 ein amtliches Erfuchen der Gerichtsbehörde, ebenfo Konvention mit Griechenland 26. Nov. 1881 (RStBl. 1882 S. 101) Art. III, mit Serbien 6. Jan. 1883 (RStBl. 62) Art. III, Handelsvertrag mit der fudafrifanifchen Republik 22. Jan. 1885 (RStBl. 1886 S. 209) Art. 10. Im Uebrigen pflegt nur das „Eindringen“ der Behörden in die Wohnung ausgefchloffen zu fein. Vgl. Konfularverträge mit den Verein. Staaten von Amerika 11. Dez. 1871 (RStBl. 1872 S. 95) Art. 5; mit den Niederlanden 11. Jan. 1872, RStBl. 67, mit Spanien 12. Jan. 1872, RStBl. 211, mit Italien 7. Febr. 1872, RStBl. 134 u. Dazu Berord. des Sächf. Zuf.-Min. 20. Juni 1869, S. f. G. 1890 S. 1.

## § 184.

Zufteflungen an Perfonen, welche zu einem im Auslande befindlichen oder zu einem mobilen Truppentheile oder zur Befagung eines in Dienft geftehten Kriegsfahrzeuges gehören,<sup>1)</sup> können mittels Erfuchens der vorgefezten Kommandobehörde erfolgen.<sup>2)</sup>

R. 177. N. 271. P. 72. 532.

1) Die Mobilmachung von Truppentheilen erfolgt nach der Anordnung des Kaiſers, Reichsverf. 16. April 1871 Art. 63, RStBl. 81, Reichsmilitärgef. 2. Mat 1874 § 6, RStBl. 46, (modifizirt für den Landfturm durch §. 25 Wehrpflichtgef. 11. Febr. 1888, RStBl. 11), auch in Württemberg, StBl. 1870 S. 662, — in Bayern durch den König von Bayern auf Veranlaſſung des Kaiſers, Vertrag 23. Nov. 1870, RStBl. 1871 S. 20, 82. — Vgl. über mobile Truppentheile Militärſtrafgef. 20. Juni 1872 (RStBl. 1872 S. 173) §§ 9 Nr. 1; mobile Truppen in der Marine daſelbſt §§ 9 Nr. 1, 162, 164. — Die „Indienſteflung“ eines Kriegsfahrzeuges kann auch ohne Kriegszuſtand und ohne Mobilmachung vorkommen, Vgl. a. a. D.

2) Abweichend von § 158 gilt hier die Zufteflung nicht ſchon durch das Erfuchen an die Kommandobehörde (vgl. Anm. § 158) als bewirkt, ſondern erſt durch die von ihr zu bewirkende Zufteflung an den bezeichneten Empfänger. — Die Beſtimmung des § 184 ift nur fakultativ („kann“). Die Zufteflung kann alfo auch im Inlande nach den allgemeinen Vorſchriften und § 158, im Auslande nach § 182, ſoweit thunlich, erfolgen (Seuffert Anm. 3). aR. N. Förſter für § 182, Anm. 2.

## § 185.

Die erforderlichen Erforschungsschreiben werden von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen.<sup>1)</sup>

Die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen.<sup>2)</sup>

R. 178. N. 272. P. 72. 532.

1) Unter dem Prozeßgerichte ist das Gericht der Instanz verstanden, in welcher zuzustellen ist, unter dem Vorsitzenden derjenige der betr. Kammer bzw. des Senats. Vgl. darüber und wegen des für Zustellung vollstreckbarer Urkunden aus § 705 zuständigen Gerichts Anm. 1 § 187.

2) Das Zeugniß ist eine öffentliche Urkunde, §§ 380, 383. Hinsichtlich der Echtheit sind die §§ 402, 403 maßgebend. Sofern hiernach die Vorfrage, ob ein schriftliches Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten vorliegt, bejaht werden muß, ist dasselbe unbedingt hinsichtlich der Zustellung beweisend. Der Beweis der Unrichtigkeit ist unzulässig; die Vorschrift des § 185 Abs. 2 ist eine positive Beweisregel (§ 259 Abs. 2), welche durch ihre unbedingte Fassung die Anwendung der sonst für öffentliche Urkunden maßgebenden §§ 380 Abs. 2, 383 Abs. 2 (als Ausnahme davon) ausschließt. AR. Gaupp Anm. III.

Die Vorschriften darüber, wer den Nachweis der Zustellung zu führen hat, sind für die Zustellungen im Auslande dieselben, wie für andere, und damit bleiben für sie auch die zur Erreichung dieses Zwecks gegebenen Vorschriften über das Verfahren mit den Zustellungsurkunden nach erfolgter Zustellung maßgebend. Das gemäß § 185 Abs. 2 zum Nachweise dienende Zeugniß ist nach § 173 Abs. 4 bei den auf Parteibetreiben erfolgten Zustellungen dem Antragsteller zur übermitteln, bei den von Amtswegen angeordneten zu den Gerichtsakten zu nehmen. — Der Nachweis ist selbstredend durch das Zeugniß nur für die Schriftstücke geführt, deren Zustellung bezeugt ist. Erheilt aus dem Zeugnisse allein nicht vollständig, was zugestellt ist, und ist etwa das zugestellte Schriftstück nur durch Bezugnahme auf das gerichtliche Ersuchen bezeichnet, so ist zum Nachweise dafür, welches Schriftstück zugestellt ist, unter entsprechender Anwendung des § 173 Abs. 2 das Zeugniß mit der Urschrift des zuzustellenden Schriftstücks zu verbinden und Beides zusammen bildet dann die nach § 173 Abs. 4 zu behandelnde Zustellungsurkunde, vgl. Keuling, ZW. 1879 S. 252. Ueber Frankturg s. Anm. 2 § 182 am Schluß.

Für den Fall der Zustellung eines Arrestbefehls hat R. O. 14, 335 sowohl das Erforschungsschreiben an den Konsul als das Zustellungszeugniß desselben auf dem Wege des Telegramms für zulässig erachtet. — Ueber Zustellungen in Dänemark (bei Annahmeverweigerung) vgl. Bl.f.R. 5, 79.

## § 186.

Ist der Aufenthalt einer Partei unbekannt, so kann die Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen.<sup>1)</sup>

Die öffentliche Zustellung ist auch dann zulässig, wenn bei einer im Auslande zu bewirkenden Zustellung die Befolgung der für diese bestehenden Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht.<sup>2)</sup>

R. 179. N. 273. P. 72. 532.

1) Ob eine öffentliche Zustellung (Ediktalcitation, vgl. über die Entwicklung dieses Instituts im CR. und in der romanistischen Doktrin Weßell § 67 Rt. 78 ff.), deren Verfahren in den §§ 186—189 behandelt wird, nötig ist, damit der Ansuchende seinen Zweck erreicht, z. B. die Verurteilung eines Beklagten, hängt zunächst davon ab, ob für den Zweck überhaupt eine Zustellung nötig ist. Wird eine Zustellung nötig, so sind, soweit nichts Anderes vorgeschrieben ist, die Förmlichkeiten der öffentlichen Zustellung zu beobachten, auch wenn es sich um eine zweite oder fernere Ladung handelt. Auch für die Streitverkündung an einen Dritten sind sie nötig, wenn eine solche erfolgen muß oder

soil. (Vgl. Eccius 1 § 86 Rt. 49.) Für die Fälle der §§ 683, 740, 743, 761 ist jedoch eine Zustellung oder Ladung überhaupt alsdann für unnötig erklärt, wenn sie nur durch öffentliche Zustellung oder im Auslande bewirkt werden könnte.

Das bürgerliche Recht über die Zulässigkeit oder Nothwendigkeit einer Abwesenheitsbevormundung wird durch die §§ 186—189 nicht berührt. Prozeßuallich, d. h. zur Erreichung des durch den Prozeß oder im Prozeße zu bewirkenden Zweckes ist die Bestellung eines Abwesenheitskurators neben der öffentlichen Zustellung nicht nöthig. Andererseits können die Vorschriften über eine cura absentis dazu benutzt werden, um durch Bestellung eines Abwesenheitsvormundes eine öffentliche Zustellung unnötig zu machen; Rot. 155, 156. Vgl. preuß. Vorm.O. §§ 82, 84. Nicht zu billigen ist jedoch die Ablehnung des Gesuchs um öffentliche Zustellung aus dem Grunde, daß die Einleitung einer Abwesenheitsvormundenschaft zulässig sei (wie O.O. Stettin, Raffr. 25, 808 Rt. 55); die Benützung eines zulässigen Mittels darf nicht versagt werden, weil noch ein anderes Mittel möglich ist, vgl. A. Förster Anm. 2. Durch den Ausdruck „kann erfolgen“ ist die Bewilligung der öffentlichen Zustellung nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt (vgl. Anm. 1 § 187); vielmehr erklärt sich der Ausdruck daraus, daß § 186 nur bestimmt, unter welchen Voraussetzungen die öffentliche Zustellung zulässig ist (vgl. Abs. 2), m. a. W. was zur Zuassung erforderlich ist. Daß sie beim Vorhandensein der Erfordernisse bewilligt werden muß, wird durch die Indikativform des § 187 ausgedrückt. Es ist deshalb unrichtig, aus dem Ausdruck „kann erfolgen“ auf eine Unsicherheit der Terminologie zu schließen, wie dies von Heilbut, civ.A. 69, 424 geschieht.

Ueber die öffentlichen Bekanntmachungen im Konkurse s. R.D. §§ 68, 73, 85, 90, 103, 105, 139, 151, 166, 175, 191.

Voraussetzung für Abs. 1 ist, daß der Aufenthalt zur Zeit, wo die Zustellung erfolgen soll, unbekannt ist. Ob dies der Fall, ist Thatsache (vgl. Anm. 4 § 18), welche das Gericht nach § 259 bei der Entscheidung über die Bewilligung des Gesuchs (§ 187 Abs. 1) zu entscheiden hat. Vgl. O.O. Hamburg, SA. 43, 462. Daß er der betreibenden Partei unbekannt war, ist allein nicht unbedingt maßgebend, vgl. Anm. 4 § 18. Die „Partei“ ist hier, wie im § 157 Abs. 1 im weitesten Sinne einschließlich der Zustellungen gemäß §§ 69, 73 verstanden; Anm. 2 § 157. Die Unbekanntheit des Aufenthalts eines gesetzlichen Vertreters oder eines Generalbevollmächtigten ist indes ex ratione legis nicht entscheidend.

2) Die Unausführbarkeit oder voraussichtliche Erfolglosigkeit im Auslande ist namentlich dann vorhanden, wenn die ausländischen Behörden ihre zur Zustellung erforderliche Mitwirkung versagen oder dieselbe durch Kriegszustand, Abbruch diplomatischer Verbindungen, ungeordnete Verhältnisse im Auslande u. s. w. nicht zu erlangen ist; Anm. 1 § 187. Besondere Weitläufigkeit oder Kostspieligkeit der Zustellung im Auslande nach den dortigen Vorschriften ist natürlich kein Grund zur Bewilligung der öffentlichen Zustellung, vgl. O.O. Darmstadt, 1. Mai 1889, SA. 45, 362. — Ausgeschlossen ist die öffentliche Zustellung im Rahnverfahren, § 628 Abs. 2. — Ueber die Nichtanwendbarkeit des Abs. 2 zur wirksamen Zustellung an einen Drittschuldner nach § 730 vgl. M.O. 22, 404. — Zum Auslande gehören auch die deutschen Schutzgebiete; für diese ist aber eine Unausführbarkeit nicht anzunehmen; Busch 14, 207. Vgl. Anm. 2 § 182 a. E.

## § 187.

Die öffentliche Zustellung wird, nachdem sie auf ein Gesuch der Partei vom Prozeßgerichte bewilligt ist,<sup>1)</sup> durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen besorgt.<sup>2)</sup> Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden.

Die öffentliche Zustellung erfolgt durch Anheftung einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an die Gerichtstafel.<sup>3)</sup> Enthält das Schrift-

stüd eine Ladung, so ist außerdem die zweimalige Einrückung eines Auszugs des Schriftstücks in dasjenige Blatt, welches für den Sitz des Prozeßgerichts zur Veröffentlichung der amtlichen Bekanntmachungen bestimmt ist, sowie die einmalige Einrückung des Auszugs in den Deutschen Reichsanzeiger erforderlich.<sup>4)</sup>

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

R. 190. N. 274. 275. 277. 292. P. 72—74. 532.

1) „Prozeßgericht“ ist dasjenige Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig gemacht werden soll oder anhängig ist, also wenn gemäß § 477 Abs. 2 die Berufungsschrift gleichzeitig mit dem Urtheil erster Instanz zugestellt werden soll, auch für die Zustellung des Urtheils das Gericht zweiter Instanz, R. 15, 346. Nach Zustellung des die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe aussprechenden Urtheils gemäß § 582 an den einen Theil ist für die öffentliche Zustellung an die Gegenpartei das Gericht der nächst höheren Instanz zuständig, da durch die erstgedachte Zustellung schon die Rechtsmittelfrist für die erstere Partei in Lauf gesetzt ist; R. 4. März 1887, ZM. 112. Dies trifft jedoch nur dann zu, wenn für die Partei, welcher das Urtheil in der Ehesache zugestellt worden, überhaupt ein Rechtsmittel zulässig erscheint, vgl. Anm. 2 § 472. Für die öffentliche Zustellung vollstreckbarer Urkunden aus § 705 tritt an Stelle des „Prozeßgerichts“ das Gericht, welches sie aufgenommen hat, bei notariellen Urkunden das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Notar oder die Behörde, welche die Urkunde verwahrt, den Amtssitz hat, bzw. das die Urkunde verwahrende Gericht selbst; vgl. § 705 Abs. 3; Koch-Zastrow, Formularbuch 10. Aufl. S. 180. Das Gleiche gilt für Zustellungen im Auslande nach § 185. Die öffentliche Zustellung ist auf das Gesuch einer Partei zu bewilligen, wenn eine der Voraussetzungen des § 186 vorhanden ist. Die Entscheidung des Gerichts ist als nicht verkündeter Beschluß von Amtswegen zuzustellen, § 294 Abs. 3, dem Antragsteller in gewöhnlicher Weise, dem Adressaten mit der Zustellung selbst. Gegen die Ablehnung hat die Partei das Recht der Beschwerde nach § 530, da das Gesuch das Verfahren betrifft und m.B. nicht erforderlich ist. AR. Endemann I, 574. Selbstredend ist die Bewilligung nicht von einer anderweitigen sachlichen Prüfung (z. B. der Zulässigkeit des Rechtsweges) abhängig, soweit eine solche Vorprüfung nicht sonst für die Einleitung einer Sache vorgeschrieben ist (vgl. A. Förster Anm. 1).

Ein Gesuch der Partei (von dessen Erfordernissen das Anm. 2 § 182 Gesagte gilt) ist für die öffentliche Zustellung im Prozesse oder zur Anhängigmachung eines Rechtsstreits nach Abs. 1 allemal und auch dann, wenn sonst Zustellungen während eines Prozesses von Amtswegen angeordnet werden sollen, unbedingte Voraussetzung. Im Abs. 1 ist kein Unterschied gemacht und dies hat auch in den Kosten seinen guten Grund. Das Gegentheil würde, zumal im Falle des § 335 Abs. 2 Satz 2, den Grundsätzen der G.P. über den Parteibetrieb (§ 228) widersprechen und müßte schon aus diesem Grunde meistens auf solche Zustellungen beschränkt werden, welche im öffentlichen Interesse, §§ 582, 602, 619, von Amtswegen anzuordnen sind, wobei übrigens schwerlich ein öffentliches Interesse betheilt ist, wenn der Aufenthalt unbekannt ist; Endemann I, 574. AR. für Zustellungen von Amtswegen Strudmann-Roch Anm. 1; Petersen Anm. II, 1, jetzt auch Caupp Anm. I, Seuffert Anm. 2. A. Förster Anm. 1a findet einen „logischen“ Widerspruch darin, die Zustellung „von Amtswegen“ von einem Parteigesuche abhängig zu machen; allein der Widerspruch ist kein logischer, nur ein tatsächlicher, wie er in jedem Verhältnis von Ausnahme zur Regel enthalten ist. Durch § 187 ist als Ausnahme von der Regel über die Zustellungen von Amtswegen angeordnet, daß öffentliche Zustellungen in allen Fällen nur auf besonderes Parteigesuch angeordnet werden sollen, selbst wenn die Zustellung sonst von Amtswegen erfolgen müßte. Es liegt hierin eine anderweite Voraussetzung für die amtliche Thätigkeit bei Zustellungen. Der Grund liegt offenbar in der Vermehrung der Kosten, welche der Partei nicht gegen ihren Willen zugemuthet werden soll, sowie darin,

daß die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung von der Partei nachzuweisen sind. Die entgegengesetzte Ansicht würde dazu führen, daß das Gericht bei jedem nach § 294 Abs. 3 von Amtswegen zuzustellenden Beschlusse, sobald das Schriftstück unbestellbar ist, von Amtswegen Nachforschungen nach dem Aufenthalte des Adressaten anstellen müßte, um bei Fruchtlosigkeit derselben die öffentliche Zustellung anzuwenden. Eine solche Ausdehnung des Offizialprinzips ist nicht im Geiste der O. B. Will die Partei die öffentliche Zustellung nicht beantragen, so hat sie die Folgen der mangelnden Zustellung zu tragen. Der (von Gaupp u. Seuffert angezogene) § 80 b O. B. (Ges. 26. Juni 1881), welcher bestimmt, daß für die von Amtswegen „bewirkten“ Zustellungen baare Auslagen nicht erhoben werden, findet jedenfalls auf öffentliche Ladungen keine Anwendung. Von dieser durch die Kosten-Novelle neu eingeführten Erleichterung sollten nur die kleinen Auslagen für wirkliche amtliche Zustellungen betroffen werden, nicht die oft sehr erheblichen Insertionskosten für öffentliche Bekanntmachungen (§ 79 Nr. 3 O. B.). Die öffentliche Zustellung ist nur eine fingirte, § 189.

2) Dadurch, daß der Gerichtsschreiber die Ausführung der bewilligten öffentlichen Zustellung von Amtswegen besorgt, wird diese, sofern sie an sich eine Zustellung auf Partiebetrieb sein würde, nicht eine Zustellung, welche vom Gerichte von Amtswegen angeordnet ist, also nicht eine Zustellung von Amtswegen im Sinne des § 173 Abs. 4, wie Strudmann-Koch Anm. 1 § 187 annehmen. Die bewilligte Zustellung behält vielmehr ihren ursprünglichen Charakter als solche, und nur ihre Ausführung ist in allen Fällen dem Gerichtsschreiber als dessen Amtspflicht auferlegt. Demgemäß behält auch die Zustellung von Amtswegen, wenn die öffentliche Zustellung einmal auf Parteigesuch bewilligt ist, ihren Charakter. Die allgemeinen Vorschriften der §§ 155, 156, 173 sind hierfür auch bei öffentlichen Zustellungen maßgebend, soweit sie in §§ 187, 188 offenbar vorausgesetzt und nicht geändert oder berührt sind; Anm. 2 § 182 und nachst. Anm. 3, 4. — Zur Gültigkeit der Zustellung ist (ungeachtet des § 17 Nr. Gesch.-Anw. f. d. Gerichtsschr. d. Oberlandesger.) die Anheftung an die Gerichtstafel durch den Gerichtsschreiber persönlich nicht nöthig, vielmehr ist es ausreichend, wenn diese durch einen anderen Gerichtsbeamten mit seinem Wissen und Willen geschieht. Für den Beweis ist § 259 maßgebend, die in § 17 Gesch.-Anw. vorgeschriebene Bescheinigung ist nur eine dienstpragmatische Anordnung; R. O. 32, 400 (gegen Kammergericht, Bl. f. R. 5, 11).

3) Nach dem Wortlaute des Abs. 2, welcher nach Modifizierung des § 156 hinsichtlich der zuzustellenden Ausfertigungen (vgl. Anm. 3 § 156) nicht geändert ist, muß in allen Fällen, also auch zur Zustellung von Ausfertigungen eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstücks an der Gerichtstafel angeheftet werden. Die Anheftung einer Ausfertigung statt einer beglaubigten Abschrift würde freilich als plus die Gültigkeit der Zustellung nicht beeinträchtigen, Anm. 5 § 156. Für die Bedeutung des zuzustellenden Schriftstücks und für die Beglaubigung sind, da abweichende Vorschriften nicht gegeben sind, die Bestimmungen der §§ 156, 179 offenbar vorausgesetzt und in Bezug genommen. Vgl. die damit übereinstimmende preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschreib. §§ 18 bzw. 17.

Für die öffentlichen Bekanntmachungen im Konkurse sind im § 68 R. O. abweichende Formen der Veröffentlichung bestimmt.

4) Enthält das Schriftstück eine Ladung, so hat der Gerichtsschreiber auch die im zweiten Satze des Abs. 2 und nach Abs. 3 angeordneten Insertionen (nach Bewilligung des Gesuchs) von Amtswegen zu veranlassen; nach preuß. Just. Min. Verf. 5. Sept. 1882, Buzsch 18, 293, im öffentlichen Anzeiger des Regier.-Amtsblatts. Die Beachtung eines bestimmten Zeitraums zwischen der ersten und zweiten Einrückung ist nicht vorgeschrieben. Was der Auszug des Schriftstücks enthalten muß, bestimmt § 188.

Für den Verbleib dessen, was nach §§ 187—189 als beweisende Zustellungsurkunde anzusehen ist, sind durch diese §§ 187—189, welche nur die Zustellung selbst betreffen, keine Vorschriften gegeben, mithin die für alle Zustellungen gegebenen des § 173 maßgebend, soweit sie nicht durch die Art der Zustellung selbst nothwendig beeinflusst sind. Letzteres ist offenbar der Fall hinsichtlich der Schriftstücke selbst, welche die Zustellungs-

urkunde bilden. Dies sind die angeheftete beglaubigte Abschrift mit dem Atteste über die Anheftung und bei Ladungen auch die bezüglichen öffentlichen Blätter. Dagegen liegt kein Grund vor, hinsichtlich des Verbleibs dieser Beweisstücke von der Vorschrift des § 173 Abs. 4 abzugehen, vgl. auch die Begründung hierfür in Anm. 2 § 185, Anm. 2 § 182 und vorst. Anm. 2. So auch Kurlbaum II, Prot. 73, 74; Puchelt I, 462; v. Sarwey I, 281; Kleiner I, 624. Die preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Gerichtsschreib. §§ 18 bzw. 17 bestimmen: „Die Schriften, welche die Stelle der Zustellungsurkunde vertreten (Ausgänge und Beweisblätter) werden, wenn die öffentliche Zustellung auf Parteigesuch bewilligt ist, der Partei übermittelt, wenn sie von Amtswegen erfolgt, mit den Akten dem Richter vorgelegt“. Wenngleich nach der richtigen Ansicht (vgl. Anm. 1) die öffentliche Zustellung immer auf Parteigesuch erfolgt, kann man doch nach der Bewilligung Zustellungen auf Parteibetrieb und von Amtswegen unterscheiden (vgl. Anm. 2). In diesem Sinne ist auch die angeführte Vorschrift der Gesch.-Anw. korrekt. Abweichend wollen Struckmann-Roch Anm. I, Petersen Anm. II 3, Gaupp Anm. IV die Beweisbelege immer bei den Gerichtsakten belassen, desgleichen Fischer, RAssR. 25, 809 im Interesse des Geladenen behufs jeberzeitiger Einsicht, vgl. Anm. 3 § 387. v. Bülow Anm. 5 meint: ob die Beweisbelege der Partei auszuhandigen oder bei den Gerichtsakten zu belassen, sei nicht vorgeschrieben, indeß Beides unbedenklich. — Da auch die gerichtliche Bewilligung erforderlichenfalls nachzuweisen ist, so ist der Beschluß nebst der Urschrift (entsprechend dem § 173 Abs. 2) den Beweisstücken sachgemäß anzuhängen.

Ueber die Bestimmung der Einspruchsschrift im demnächstigen Versäumnisurtheil s. § 304 Abs. 2. — Das Versäumnisurtheil hat der Antragsteller dann mittelst neuen Gesuchs (§ 288) nach den Vorschriften für öffentliche Zustellungen ohne Ladung, § 187 Abs. 2 Satz 1, zustellen zu lassen. — Die Vorschriften über Ladungen sind nach § 825 auch für öffentliche Aufgebote maßgebend.

### § 188.

In dem Auszuge des Schriftstücks müssen das Prozeßgericht, die Parteien, der Gegenstand des Prozesses, der Antrag, der Zweck der Ladung und die Zeit, zu welcher der Geladene erscheinen soll, bezeichnet werden.<sup>1)</sup>

E. 181. N. 276. P. 74 533.

1) Im § 188 ist zur Ergänzung des § 187 Abs. 2 Satz 2 für Ladungen vorgeschrieben, was der Auszug in den öffentlichen Blättern enthalten muß. Unter dem Antrage ist das Petitum im Sinne des § 121 Nr. 2 zu verstehen. Enthält das zustellende Schriftstück keinen Antrag, so kann ein solcher auch nicht in den Auszug aufgenommen werden. Dagegen sind die sonstigen Erfordernisse für den „Auszug“ auch für das zustellende Schriftstück selbst obligatorisch. Das Fehlen eines Antrags könnte nur dann für die Wirksamkeit der Ladung von Bedeutung sein, wenn zur Stellung von Versäumnisanträgen oder zur Vermeldung der Vertagung die vorherige Mittheilung des Antrags an den Gegner nothwendig und nicht schon früher erfolgt ist. Der Inhalt anderer Schriftstücke als des zur Zustellung eingereichten, ist bei Anfertigung des „Auszugs“ nicht zu berücksichtigen. Bei einer öffentlichen Ladung in einem bereits anhängigen Rechtsstreit ist deshalb auch der Klageantrag in den Auszug nicht mitaufzunehmen; und überhaupt nur ein Antrag, der in der zustellenden Ladungsschrift enthalten ist. Es steht auch nichts im Wege, sofern das zustellende Schriftstück nichts weiter enthält, als die im § 188 angegebenen Daten, an Stelle eines Auszugs das ganze Schriftstück zu inseriren. Vgl. Kammergericht, Busch 13, 375.

### § 189.

Das eine Ladung enthaltende Schriftstück gilt als an dem Tage zugestellt, an welchem seit der letzten Einrückung des Auszugs in die öffentlichen Blätter ein Monat verstrichen ist. Das Prozeßgericht kann bei Bewilligung der öffentlichen Zustellung den Ablauf einer längeren Frist für erforderlich erklären.

Enthält das Schriftstück keine Ladung, so ist dasselbe als zugestellt anzusehen, wenn seit der Anheftung des Schriftstücks an die Gerichtstafel zwei Wochen verstrichen sind.<sup>1)</sup>

Auf die Gültigkeit der Zustellung hat es keinen Einfluss, wenn das anzuhesende Schriftstück von dem Orte der Anheftung zu früh entfernt wird.<sup>2)</sup>

R. 182. N. 278. 279. 281. P. 74. 532.

1) Eine nach §§ 186—189 bewirkte Zustellung hat kraft Gesetzes zu den in Abs. 1 und 2 bezeichneten Zeiten dieselbe Wirkung, wie wenn eine gewöhnliche Zustellung nach §§ 165 ff. zu derselben Zeit erfolgt wäre. Die Ausdrücke: „gilt als zugestellt“ und „ist als zugestellt anzusehen“ sind gleichbedeutend. Abgesehen von den seltenen Fällen, wo der Adressat zu gleicher Zeit von der Zustellung Kenntniss erhält, ist dies eine wahre gesetzliche Fiktion der gemäß §§ 156, 165 erfolgten Uebergabe des zuzustellenden Schriftstückes an den Adressaten, sowohl hinsichtlich der Zustellung selbst, als auch in Betreff ihrer Zeit. Durch die Rückziehung ihrer Wirkungen gemäß § 190 wird diese Fiktion noch erweitert. Vgl. Anm. §§ 167, 170; Leonhard, Fiktionen der C.P.D. 48 ff. Ein Beweis fehlender oder zu einer anderen früheren oder späteren Zeit gewonnenen Kenntniss ist hinsichtlich der Zustellungswirkung einflusslos, wenngleich er hinsichtlich der bona fides von Bedeutung sein kann, soweit sie — insbesondere bei früherer Kenntniss — auch ohne Zustellung rechtlich erheblich ist. Vgl. § 239. — Der bezeichnete Empfänger kann auch, wenn er sich meldet, keinesfalls eine nochmalige gewöhnliche Zustellung verlangen oder erwarten; denn die Zustellung ist gemäß Abs. 1, 2 schon erfolgt. Er kann auch nicht die Ausantwortung der zuzustellenden Schriftstücke beanspruchen; er hat sie vermöge der Fiktion erhalten und hat kein Recht, dem andern Theil die Beweisstücke zu entziehen. Er mag von dem Rechte Gebrauch machen, die Gerichtsakten einzusehen und sich Ausfertigungen oder Abschriften daraus geben zu lassen, § 271. Für den Ablauf der Zeitdauer nach Abs. 1 ist der Zeitpunkt der Anheftung an die Gerichtstafel unerheblich (vgl. A. Förster Anm. 1 gegen v. Bülow u. Caupp); doch bleibt die Anheftung an die Gerichtstafel (vgl. Anm. 2 § 187) immerhin ein wesentliches Erforderniss der öffentlichen Zustellung, § 187 Abs. 2, es kommt nur für den Fall des Abs. 1 nicht darauf an, ob auch der in Abs. 2 bemerkte Zeitraum verstrichen ist. Der Ausdruck des Gesetzes läßt darüber keinen Zweifel, und auch in den Mot., auf welche Caupp Bezug nimmt, ist keine abweichende Ansicht ausgesprochen. Ueber Berechnung der Fristen des Abs. 1 u. 2 vgl. § 200. Dieselben gehören jedoch nicht zu den für die Parteithätigkeit bestimmten Fristen in engerem Sinne und unterliegen daher nicht der Hemmung durch die Gerichtsferien, § 201, sowie durch Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens, § 226, vgl. Vorb. 4 vor § 191 u. Anm. 3 § 193; Schwalbach, civ. 66, 264 ff.; DZS. Cassel, SA. 49, 356. Daß für Zustellungen überhaupt die Gerichtsferien keinen Hinderungsgrund bilden, ist schon oben bemerkt, Anm. 2 § 171, dies würde jedoch wegen §§ 201 u. 226 nicht allein entscheiden.

Für die öffentlichen Bekanntmachungen im Konkurse ist der Zeitpunkt der Wirkung im § 68 K.O. anders bestimmt.

2) Abs. 3, Zusatz der R.Z. analog dem § 826; P. 74, 435, 532.

## § 190.

Wird<sup>1)</sup> auf ein Gesuch,<sup>2)</sup> welches die Zustellung eines demselben beigelegten Schriftstücks mittels Erfuchens anderer Behörden oder Beamten oder mittels öffentlicher Bekanntmachung betrifft, die Zustellung demnächst bewirkt, so treten, insoweit durch die Zustellung eine Frist<sup>3)</sup> gewahrt und der Lauf der Verjährung<sup>4)</sup> oder einer Frist unterbrochen wird, die Wirkungen der Zustellung bereits mit der Ueberreichung des Gesuchs ein.

R. 183. N. 213. 260. P. 74. 532. 65—69.



1) Die zur Ergänzung der §§ 182—189 gegebene, auf diese Fälle indeß auch beschränkte Vorschrift des § 190 wird insbesondere durch § 239, jetzt auch § 809 wichtig. Sie soll Nachtheile für den Ansuchenden vermeiden, wenn zur Zustellung die Officialthätigkeit des Gerichts durch Ersuchen an andere Behörden oder Beamte (§ 182—185), oder eine öffentliche Bekanntmachung (§§ 186—189) nöthig wird. Voraussetzung für die Wirkung ist, daß die Zustellung demnächst auch wirklich bewirkt wird. Alsdann soll die Zustellung als schon zur Zeit der Ueberreichung des Gesuches geschehen angesehen, und die Wirkung der Zustellung auf diesen Zeitpunkt zurückbezogen werden, um die Folgen der Verzögerung der Beamten und des bei der Art jener Zustellungen regelmäßig längeren Zeitraums unschädlich zu machen.

Der § 190 enthält durch die Rückziehung der Zustellungswirkung eine wahre gesetzliche Fiktion und hat alle Folgen einer solchen. Vgl. Anm. 1 § 189, Leonhard a. a. D. 46, 17 ff., 19. Die Bedingung der demnächstigen Zustellung ist keine Suspensiv-Bedingung, vielmehr die Nichtzustellung Resolutiv-Bedingung und sind danach die Wirkungen zu bestimmen, vgl. § 809 Abs. 3, Laström, Busch 9, 425; 10, 275 ff. AR. KassR. 32, 796.

2) Die Wirkungen treten mit der Ueberreichung desjenigen Gesuchs ein, auf welches (wenngleich erst im Beschwerdewege) die Zustellung bewirkt wird. Wenn ein Gesuch zur Zeit beantragt oder abgewiesen, dann aber erneuert oder ergänzt vorgebracht wird, und erst dem letzteren stattgegeben wird, so ist nur das letzte Gesuch maßgebend.

3) Der § 190 betrifft alle Fristen, Prozeßfristen und andere. Die Nebenstellung der Verjährung und die Bezugnahme auf den § 190 im § 239 ergeben schon daß unter den Fristen nicht bloß Prozeßfristen verstanden sind, sondern — wie auch im R. §§ 213, 280 gesagt war — alle nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts und der C.P. in Betracht kommenden Fristen, insbesondere auch Nothfristen (s. Vorb. 4 vor § 191 sowie § 201 und vgl. im § 202 den Ausdruck: „Fristen mit Ausnahme von Nothfristen“). Die Rückziehung der Wirkungen erfolgt hinsichtlich der Fristen nur, soweit durch die Zustellung eine Frist gewahrt oder unterbrochen werden soll, also wenn z. B. der Antragsteller eine von ihm inne zu haltende Frist zur Klageerhebung wahren oder eine für ihn schon laufende Nothfrist unterbrechen will, nicht aber, sofern der Antragsteller eine Frist erst in Lauf setzen will, also nicht, wenn er die Zustellung eines Urtheils bewirken will, welche die Rechtsmittelfristen für beide Theile bestimmt, auch nicht, wenn es sich um andere Rechtsfolgen handelt, R. O. L. 435. Für diese Fälle bleibt die Regel für den Zeitpunkt der Wirkung einer nach §§ 182 ff. ausgeführten oder nach § 189 fingirten Zustellung bestehen. Dies gilt auch für alle andern Wirkungen der Zustellung außer den Fristen und der Verjährung, sie treten nicht nach § 190 ein. Durch die Einreichung der Klage mit dem entsprechenden Gesuche wird nur die Frist zur Erhebung der Klage gewahrt, die Klage selbst gilt aber hinsichtlich sonstiger Wirkungen noch nicht als erhoben und der Rechtsstreit gilt noch nicht als anhängig, §§ 230, 235.

4) Die Verjährung, welche sonst nach § 239 erst durch die Erhebung, d. h. Zustellung der Klage unterbrochen wird, wird im Falle des § 190 schon durch die Ueberreichung des Antrags auf Ladung des Beklagten unterbrochen. Im § 13 Abs. 3 C. O. ist Art. 80 B. D. dahin abgeändert, daß die Wechselverjährung auch gemäß § 190 unterbrochen wird.

In dem Verfahren vor den Gewerbegerichten nach dem Gef. 29. Juli 1890 ist der Grundsatz des § 190 auf alle Zustellungen ausgebehnt (§ 30 Art. 4 des Gef.).

### Dritter Titel.

#### Ladungen, Termine und Fristen.

1) Ueber Begriff und Erfordernisse der Ladung vgl. Vorb. 2 vor § 191, ferner Anm. 1 § 191, Anm. 2 § 193. „Termin“ im Sinn der C.P. ist ein für die W.B. der Parteien oder zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht oder einem beauftragten oder ersuchten Richter bestimmter Tag bzw. der Abschnitt eines solchen unter Bestimmung eines näheren Zeittheils (Stunde, Minute), vor dessen Eintritt die Verhandlung nur im Einverständnis aller Be-

theiligten beginnen darf (vgl. Anm. § 197). Im Verfahren vor den Amtsgerichten sind die im Voraus bestimmten „ordentlichen Gerichtstage“ Termine für Verhandlungen von Parteien nach § 461. Die Einrichtung der „Termine“ ist von einem unmittelbaren Auftreten oder Verhandeln der Beteiligten vor dem Richter untrennbar (vgl. Wegell § 68, gegen welchen Schwalbach, civR. 66, 211 ff. nur mit Scheingründen polemisiert). Die Dauer des Termins ist für den Begriff desselben unwesentlich, die gesammte Zeitdauer desselben wird als eine Einheit angesehen, dergestalt, daß der Termin erst veräußt ist, wenn bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt ist, § 197 Abs. 2. Der Gebrauch, den Termin als Zeitpunkt (freilich nicht als mathematischen) im Gegensatz zur Frist als Zeitraum zu bezeichnen (mit Unrecht von Schwalbach u. A. Förster Vorb. 1 vor § 191 getadelt) ist deshalb zutreffend, wie er durch den Ausdruck selbst (terminus — als Zeitgrenze) entstanden und gerechtfertigt ist. Vgl. Fitting § 42 Nr. 1. Uneigentlich wird als Termin zuweilen auch die in demselben stattfindende Verhandlung bezeichnet (vgl. Wegell a. a. D., A. Förster a. a. D. § 197 und OB. § 202 „Abhalten von Terminen“). Im Gegensatz zum Termin gehört die Zeitdauer zum Begriffe der Frist, sie ist stets ein aus fortlaufenden bestimmten Zeittheilen (Stunden, Tagen, Wochen, Monaten u. s. w.) bestehender Zeitraum, vgl. Vorb. 4. Ein Termin in der ursprünglichen Sprachbedeutung als äußerste Grenze für eine — auch vorher zulässige — Erklärung der Parteien ist der Aufgebotstermin § 824.

Gemäß dem Grundsätze, daß den Parteien der Prozeßbetrieb und namentlich die Einleitung des Prozesses überlassen ist, hat die Partei die Ladung zur mB., d. h. die Aufforderung an die Gegner und sonstigen Beteiligten, in einem bestimmten Termine zu erscheinen, durch Zustellung der Ladung nach §§ 152—190 selbst zu veranlassen. Dies bleibt Sache derjenigen Partei, welche über die Klage, über ein Rechtsmittel, einen Einspruch u. s. w. oder über einen Zwischenstreit verhandeln lassen will, §§ 191 ff., 233. Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen angelegt sind, bedarf es jedoch der Ladung der Parteien überhaupt nicht, § 195. Andere Termine, welche von Amtswegen anberaumt werden, sind den Parteien durch Zustellung des Beschlusses vom Gerichte bekannt zu machen, § 294 Abs. 3. Zeugen und Sachverständige hat das Gericht direkt zu laden, §§ 342, 367. Das Prinzip ist im § 191 dahin ausgesprochen, daß es Sache der Parteien ist, den Rechtsstreit in Gang zu setzen oder fortzusetzen und dazu laden zu lassen, wie sie ihn auch ruhen lassen können, § 228. Daß das Gericht laden zu lassen hat, ist daher eine Ausnahme für die Verhandlungen der Parteien, welche von den §§ 191 ff. allein betroffen werden; folgerichtig tritt diese Ausnahme nur ein, wo sie im Gesetze ausdrücklich bestimmt ist. Dies ist unter der Voraussetzung, daß der Termin nicht verkündet ist, in den Fällen der §§ 317, 326, 331, 333, 335, 761 und OB. § 107 geschehen. Vgl. indeß auch Anm. 1 § 138. Für die von den Mot. 159 hierher gezogenen Fälle der §§ 142, 139, 140 (Wiedereröffnung oder Aufnahme eines geschlossenen oder ausgesetzten Verfahrens) ist im Gesetze, § 284 Abs. 3, nur die Zustellung des nicht verkündeten Beschlusses der Aufnahme und der Wiedereröffnung, nicht die Ladung zu einem bestimmten Termine vorgeschrieben. Die von Fischer, RaffR. 25, 602 ff., 628 ff., 654, 677, 802 ff., 815 ff., 847 ff. abstrahirten systematischen Regeln, hauptsächlich auf die Unterscheidung der ersten und der Fortsetzungstermine — abgesehen von Ausnahmeverfahren — gegründet, sind in der aufgestellten Allgemeinheit nicht unbedingt zutreffend, vgl. z. B. §§ 228, 427 Abs. 2. Für die von Amtswegen erfolgenden Termins-Bekanntmachungen der §§ 317, 331, 335 und OB. § 107 ist die Form der Ladungszustellung, welche § 294 Abs. 3 vorschreibt, nicht modifizirt (Gegen Fischer a. a. D. 819 ff. mit Meyer. Zustell. 31 ff., 38).

2) Der Termin zur mB. wird (abgesehen von dem Verfahren nach § 461 in amtsgerichtlichen Prozessen) vom Vorsitzenden des Gerichts bestimmt. Der Ansuchende hat zunächst diese Bestimmung zu erwirken und dann die Ladung zu veranlassen. Eine Ladung ohne bestimmten Termin und ebenso die Zustellung einer Klage oder eines Schriftsatzes ohne Ladung sind zum Zwecke der mB. wirkungslos. Dies ist überhaupt keine Ladung im Sinne der OB., Anm. 1 § 193. Vgl. Mot. 157—160, 537—540.

Durch die Bestimmung über die Verlängerung und Abkürzung der Fristen und Verzögerung von Terminen, §§ 202—207, hat das Verfahren eine derartige Elastizität, daß die Einrichtung eines besonderen summarischen Verfahrens für Sachen, welche mehr oder weniger der Beschleunigung bedürfen, unnötig gefunden ist, *Not.* 164.

3) Die Beteiligung des Vorsitzenden und des Gerichts überhaupt beschränkt sich bis zur m.B. auf die Bestimmung des Termins. Eine sachliche Prüfung des Antrags und eine Ablehnung der Terminbestimmung, weil der Antrag aus formellen oder materiellen Gründen unzulässig sei, also eine Abweisung per decretum ohne m.B., wie sie in dem gemeinen und preuß. Prozesse Recht und Pflicht des Prozeßgerichts war, läßt die C.P. nicht zu. Sie widerspricht dem Mündlichkeitsprinzip, weil nur das in m.B. vollständig Vorgebrachte maßgebend ist und erst nach Anhörung beider Theile in m.B. entschieden werden kann, ob Anträge unzulässig sind, *Not.* 158. Vgl. jedoch über die natürlichen Schranken dieses Grundgesetzes Anm. 4 § 193. Abweichungen gelten beim Mahnverfahren, Aufgebotsverfahren sowie bei Ehe- und Entmündigungssachen: §§ 570, 597, 617, 631, 824.

4) Während die Termine das mündliche Vordringen der Parteien zeitlich begrenzen (vgl. *Not.* 1), thun dies die Fristen für die Prozeßhandlungen der Parteien außerhalb der Termine, insbesondere ihre schriftlichen Erklärungen, vgl. *Weyell a. a. O.*, *Alexander-Rag*, Buch 7, 507, ff., v. *Wilmowski-Ley* Vorträge 52 ff., *Schulze* „Von den prozessualischen Zeitbestimmungen etc.“ (Festschrift für *Planck*, Straßburg 1887 S. 2). Allerdings können auch im Termine schriftliche Erklärungen abgegeben oder vielmehr mündliche Erklärungen von den Parteien als Protokoll-Anlagen schriftlich fixirt werden, § 270, und in einigen Fällen Fristen gewahrt oder veräumte Fristen nachgeholt werden, vgl. § 209 Abs. 2. Dies sind jedoch nur scheinbare Ausnahmen von der Regel. — Von den eigentlichen prozessualischen Fristen als den zeitlichen Orenzen für die Prozeßhandlungen der Parteien außerhalb der Termine, sind als uneigentliche Fristen die für die Thätigkeit des Gerichts und die Organe desselben einschl. der *Evollz.* bestimmten zu unterscheiden, vgl. Anm. 3 § 193. Dieselben haben theils einen rein disciplinären Charakter §§ 281, 286, 287, 529, 534, 717; theils sind es Zeiträume, von deren Ablauf die Perfektion, Zulässigkeit oder Nothwendigkeit einer vom Gericht oder dessen Organen vorgenommenen oder vorzunehmenden Handlung abhängt, vgl. §§ 189, 714, 827, 847, 794, theils Zeiträume für die Dauer anzuordnender Zustände, §§ 133 Abs. 2, 580 Abs. 2. In diesem Tit. 3 sind nur die eigentlichen Prozeßfristen, und zwar auch nur die innerhalb eines anhängigen Rechtsstreits behandelt, vgl. Anm. 1 § 200; wengleich die Vorschriften über Berechnung der Fristen auch auf Fristen anderer Art natürliche Anwendung finden.

Unter den eigentlichen Prozeßfristen werden gesetzliche und richterliche Fristen unterschieden, §§ 198, 202. (Die Begriffsbestimmung s. weiter unten.) Von den gesetzlichen sind besonders die *Notfrist*en charakterisirt: Fristen, welche im Gesetze ausdrücklich als „*Notfrist*en“ bezeichnet sind. (Begriffsbestimmung Anm. 5 § 201). Es sind dies die Fristen zur Einlegung des Einspruchs, der Berufung, der Revision, der sofortigen Beschwerde, zur Erhebung der *Richtigkeits-* und *Restitutionsklagen*, sowie der *Anfechtungsklagen* gegen das *Ausschlussurtheil* im Aufgebotsverfahren und gegen einen *Schiedspruch*, §§ 304, 477, 514, 540, 549, 835, 870. Vgl. auch *Gen. Ges.* 1. *Mal* 1889 § 104, *Ges.* über die *Gew. Ger.* § 71. Diese *Notfrist*en können, da sie im Interesse der öffentlichen Ordnung bestimmt sind (*Not.* 164 §§ 195 ff., *P.* 75), auch durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert oder verkürzt werden, §§ 201, 202 Abs. 1, 228. Für besondere *Veräumnisfälle* bei *Notfrist*en ist eine *Restitution* mit strengen Erfordernissen gegeben, §§ 211—216. Hervorzuheben sind ferner:

I. Die *Einlassungsfrist*en, d. h. die Zeiträume, welche zwischen der Zustellung der *Rageschrift* bzw. der *Berufungs-* oder *Revisionschrift* einerseits und dem Termine zur m.B. liegen, §§ 234, 459, 481, 517, 567.

II. Die *Ladungsfrist*en, d. h. solche, welche in einer anhängigen *Streitfache* zwischen der Zustellung der *Ladung* und dem *Terminstage* liegen sollen, §§ 194, 636.

Die Einlassungs- und Ladungsfristen sind im Gesetze sämmtlich derartig bestimmt, daß festgesetzt ist, wieviel Wochen oder Tage sie mindestens betragen sollen. Diese für die Thätigkeit des Gegners von dem Ladenden freizulassenden Zwischenfristen können richterlich auf Antrag verkürzt werden, § 204; die Verlängerung ist schon durch die Terminbestimmung möglich gemacht.

III. Fristen, welche die Zustellung vorbereitender Schriftsätze regeln, und zwar

a) für die Beantwortungen der Klage, der Berufungs- und der Revisionschrift; §§ 244, 484, 519. Sie sind derartig bestimmt, daß die Beantwortungen innerhalb der ersten zwei Drittel der Einlassungsfrist zugestellt werden sollen, also ein relativer Bruchtheil der Einlassungsfrist;

b) für sonstige vorbereitende Schriftsätze, §§ 123, 245. Auch vom Gericht können nach § 245 Abs. 2 wahre Zwischenfristen festgesetzt werden, z. B. Zustellung eines Schriftsatzes innerhalb einer bestimmten Zeit vor dem nächsten Termin; dies übersieht Alexander-Rag, Buch 7, 513 Anm. 41.

Die Verlängerung und Abkürzung ist für richterliche Fristen auf einseitigen Antrag zulässig; für gesetzliche nur, wo dies im Gesetze besonders gestattet ist, § 202. Die Begriffe der gesetzlichen und richterlichen Fristen sind in der C.P. nicht definiert. Daneben sind im § 204 hinsichtlich der Einlassungs-, Ladungsfristen und Fristen für vorbereitende Schriftsätze besondere Vorschriften in Betreff der Abkürzung auf Antrag, nicht aber in Betreff einer Verlängerung gegeben. Es fragt sich gegenüber den ungenauen Äußerungen in den Mot. 161 und in der RR. (P. 75), ob diese Fristen zu den richterlichen oder zu den gesetzlichen zu rechnen sind, und worin der Unterschied der gesetzlichen und richterlichen Fristen besteht. Der Begriff einer Frist und der Sprachgebrauch werden in Verbindung mit der Weise, wie die C.P. die Fristen regelt, entscheiden müssen. Begriffsmäßig sind für jede Frist der Beginn und die in Verbindung mit dem Beginn zugleich das Ende bestimmende Dauer entscheidend. Als Prozessfrist kennt die C.P. keine gesetzliche, d. h. durch Gesetz bestimmte Frist, deren Beginn nicht auch gesetzlich relativ durch ein bestimmtes prozessualisches Ereigniß (Verklündung, Zustellung oder andere Thatfachen) gegeben ist; für den Beginn einer gesetzlichen Frist ist deshalb auch keine allgemeine Vorschrift nöthig gehalten (vgl. § 198). Indem dagegen für den Beginn der richterlichen Fristen, falls nicht der Richter selbst einen bestimmten Zeitpunkt (*terminus a quo*) festsetzt, die gesetzlichen Regeln des § 198 Abs. 1 gegeben sind, welche den Lauf jener Fristen mit der Verklündung oder Zustellung der Fristfestsetzung beginnen lassen, ist dadurch ausgedrückt, daß alle Fristen, deren Dauer richterlich bestimmt ist, zu diesen richterlichen Fristen zu rechnen sind. Den Beginn der gesetzlichen Frist bestimmt allemal das Gesetz (*hypo. relativ*); den Beginn der richterlichen Frist bestimmt entweder der Richter direkt oder das Gesetz (§ 198 Abs. 1) ergänzend. Für den Begriffsunterschied der C.P. zwischen gesetzlichen und richterlichen Fristen ist danach nicht der Beginn entscheidend, sondern die Dauer, welche auch den wesentlichen Gegenstand der Vorschriften über Fristen (§§ 199—204) bildet. Gesetzliche Fristen sind für die C.P. solche, deren Dauer durch das Gesetz bestimmt wird, richterliche solche, deren Dauer das Gericht bestimmt, vgl. Hellmann, Lehrb. 356, Schulze a. a. D. 24. Ebenso Seuffert Vorb. 4, Caupp Vorb. B. I, Fitting § 42. Die Einlassungs- und Ladungsfristen, sowie die Schriftsatzfrist des § 123 sind danach in der Regel — mit Ausnahme der richterlichen Bestimmung solcher Fristen in den Fällen der §§ 217 Abs. 3, 234 Abs. 2, 304 Abs. 2, 459 Abs. 2, 481, 517 — gesetzliche Minimalfristen. (RR. Schulze a. a. D. 27.) Der Richter selbst ist daran gebunden und kann sie nur auf Antrag nach § 204 kürzen. Die Beantwortungsfristen IIIa sind gesetzliche mit relativ (als Bruchtheil) gesetzlich bestimmter Dauer, vom Richter nicht direkt zu verlängern, aber indirekt durch die Terminbestimmung. Die Fristen des § 245 Abs. 2 sind richterliche; die des § 245 Abs. 1 gesetzliche mit relativ bestimmter Dauer. Von praktischer Bedeutung wäre der Streit nur, wenn man die Beantwortungsfristen mit den Mot. oder nach § 202 als richterlich direkt verlängerungsfähig erachtete.

Zu den gesetzlichen Fristen gehören ferner außer den Nothfristen noch die Fristen

der §§ 100, 125, 212, 291, 292, 632, 634, 637, 655. Die Eintheilung der Fristen in laufende und nicht laufende bei Schwalbach ist (mit Megeander-Raz a. a. O.) nicht für be-  
rechtigt zu erachten. Die Bewegung (d. h. das Laufen der Frist) gehört zum Begriffe der  
Zeit, also aller Fristen.

### § 191.

Die Ladung zu einem Termin erfolgt durch die Partei, welche über die  
Hauptsache oder über einen Zwischenstreit mündlich verhandeln will.<sup>1)</sup>

Ist mit der Ladung zugleich eine Klageschrift oder ein anderer Schrift-  
satz zuzustellen, so ist die Ladung in den Schriftsatz aufzunehmen.<sup>2)</sup>

R. 194. W. 210. 211. P. 74. 582.

1) Die Ladung d. i. die Aufforderung, in einem Termine zu erscheinen, ist nicht eine  
Unterart der Zustellung, sondern Inhalt (oder Theil des Inhalts) eines zuzustellenden  
Schriftstücks. Im § 191 Abs. 1 und in dem öfter wiederholten Ausdrucke: „die Partei zc.  
ist zu laden“ umfaßt der Begriff zugleich das Veranlassen der Zustellung des die Ladung  
(§§ 230 Nr. 3, 187 Abs. 1, 189) enthaltenden Schriftstücks, Anm. 1 § 152. Die Ladung  
kann in Verbindung mit einem andern dispositiven (Klage, Einspruch, Berufungsschrift zc.)  
oder vorbereitenden Schriftsatz zugeestellt werden; indeß ist, wie aus der Voraussetzung  
des Abs. 2 § 191 hervorgeht, auch eine Ladung ohne Zustellung eines andern Schrift-  
satzes zulässig. — Die Ladung gemäß Abs. 1 muß eine Erklärung der Partei sein,  
welche der Ovolz. nach §§ 152 ff. nur zuzustellen hat; der Ovolz. kann ohne ein solches  
zuzustellendes Schriftstück (vgl. § 153) nicht auf Grund eines mündlichen Auftrags selbst  
laden; eine desfallige Bestätigung in einer Urkunde des Ovolz. ist keine wirkliche Zu-  
stellung einer Ladung.

Zur Wirksamkeit einer Ladung ist, abgesehen von der Beachtung der erforder-  
lichen Fristen und der sonst vorgeschriebenen Erklärungen, in den §§ 191—194, eine gül-  
tige Zustellung derselben erforderlich. Die Nichtbeachtung der obligatorischen Vorschrift  
hat für die Gültigkeit der Ladung und hinsichtlich der Rüge und Berücksichtigung des  
Mangels seitens der Partei oder von Amtswegen dieselben Wirkungen, wie die Nichtbe-  
achtung der Vorschriften über Zustellungen für diese. Vgl. Anm. 1 § 156.

Die Vorschrift des § 191 Abs. 1 brüdt das Prinzip aus, daß der Wille  
der Parteien, einer oder der anderen, den Rechtsstreit sowohl beim Beginne desselben oder  
einer Instanz, als auch im Verlaufe desselben in Bewegung zu setzen hat, und daß dazu  
das Mittel der Ladung von der Partei auszugehen hat, vgl. R. 210. Entsprechend der  
französisch-rechtlichen Auffassung ist es der Willensakt der Partei, welcher durch die La-  
dung den Prozeß in Bewegung setzt, nicht, wie Pland annimmt, ein Willensakt des Ge-  
richts, welches die Ladung anordnete und der Partei zustellen ließe; eine solche Fiktion ist  
weber nötig noch im Gesetz begründet; vgl. Seuffert, Busch II, 205. Per arg. e contrario  
ist dadurch zugleich der Gegenatz ausgedrückt, daß, wenn keine Partei verhandeln will, auch  
keine Ladung erfolgt und das Gericht nicht von Amtswegen zu laden hat. Ist indeß von  
Amtswegen geladen, während eine Partei hätte laden sollen, so kann dies von den Par-  
teien nach § 267 geheilt werden; R. 30. April 1889, JW. 235. Ausnahmen von dem  
Parteietrieb dahin, daß das Gericht zu laden hat, sind nur anzunehmen, wo dies aus-  
drücklich bestimmt ist. Vgl. Anm. 2 § 193. Auch in den Fällen, worin ungeachtet der Ver-  
kündung eines neuen Termins nach gesetzlicher Vorschrift zu laden ist, und ein Verschümmis-  
urtheil ohne neuen Termin noch verfaßt wird, nämlich in den Fällen der §§ 300 Abs. 2,  
302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611, 620, 624, 626 wird durch diese Vorschriften, welche  
(theilweise) Ausnahmen von der Regel des § 195 begründen, nicht bestimmt, daß das  
Gericht zu laden hat: es bewendet also bei der Regel des § 191 Abs. 1, daß die ver-  
handlungswillige Partei zu laden hat. Vgl. auch Anm. 6 § 302. Ein Gegen-Argument  
aus § 294 Abs. 3 ist für verkündete Beschlüsse und Verfügungen überhaupt nicht zu  
entnehmen, während § 294 Abs. 1 für alle auf Grund einer mB. ergehenden Beschlüsse —

wozu jene Fälle gehören — die Verkündung vorschreibt. Vgl. Buchelt I, 470; Meyer ProzPr. 2. Aufl. S. 16. *MR. Bach*, *Krit. Viert.* 15, 342, *Baron*, *Buch* I, 401. Vgl. dagegen *Fischer*, *Raff.* 25, 831 ff.

Ob der Gegenstand, über welchen eine Partei verhandeln will, sich überhaupt zur mB. eignet (vgl. Vorb. 1 vor § 119), ob etwa eine Differenz, welche die Partei als Zwischenstreit verhandeln will, wirklich einen solchen darstellt (Vorb. 2 vor § 119), hat die Partei, welche verhandeln will, zu erwägen. Gerichtsseitig ist hierüber nicht schon bei Veranlassung der Ladung, sondern erst auf Grund der Verhandlung zu entscheiden, § 119. Vgl. jedoch Anm. 4 § 193. Unerheblich ist es für den Grundsatz des § 191 vollends, ob eine Partei zum Angriffe oder zur Abwehr verhandeln will; und ob sie gern oder ungern verhandelt oder als Beklagte nur deshalb verhandeln will, weil sie es muß, um andere Nachtheile abzuwenden, z. B. beim Einspruche, § 305, oder bei einer Terminverlegung, worin *Baron a. a. D.* 404, 407 ohne Grund einen Unterschied findet. An sich sieht es im Willen des Beklagten, sich nicht zu wehren. Die Ladung zur Verhandlung über einen Zwischenstreit wird auch (gegen *Faull*, *Zwischenstreit* S. 61) nicht dadurch unzulässig, daß schon ein Termin zur Verhandlung über die Hauptsache ansteht, wenngleich dies selten zweckmäßig sein wird. — Durch die Bezeichnung des zu verhandelnden Gegenstandes ist indeß zugleich ausgedrückt, daß eine Partei nicht zur Verhandlung über jede beliebige einzelne Frage, sondern nur zur Verhandlung über die Hauptsache oder über einen Zwischenstreit laden darf.

Ueber den Inhalt der Ladung vgl. Anm. §§ 192, 193. — Für die Wirkung der Ladung (vgl. §§ 208 ff., 295 ff.) ist es unerheblich, vor welches deutsche Gericht und durch welchen deutschen Bevollmächtigten die Ladung erfolgt, *OB.* § 161. Außer für die geladene Partei hat die Ladung auch für den Ladenden selbst die Wirkung, daß er sich selbst ladet und zur Vermeldung eigener Versäumung selbst im Termine erscheinen muß, Anm. 3 § 300.

2) Die Vorschrift des Abs. 2, welche für die wichtigen Fälle der Einleitung oder Aufnahme einer Instanz in den §§ 230, 305, 479, 515, 548 wiederholt wird, ist dergestalt obligatorisch, daß, wenn es sich um einen bestimmenden Schriftsatz handelt, derselbe andernfalls als nicht vorschriftsmäßig zugestellt zu erachten ist, vgl. Anm. 5 § 479. Ist bei Verwendung mehrerer Blätter bzw. Erklärungen die eine Erklärung in der andern in Bezug genommen, so bildet sie freilich einen Theil derselben und beide gelten als eine. Durch die Vorschrift soll vermieden werden, daß nicht bei gleichzeitiger Zustellung mehrerer Schriftstücke durch denselben Akt eine Unsicherheit darüber entsteht, welches zugestellt ist. — Wenn der Schriftsatz selbst nicht obligatorisch ist, oder keine dispositive Bedeutung hat, so kann die Nichtbefolgung der Vorschrift allerdings keine Rechtsnachtheile in der Sache nach sich ziehen, da die Ladung dann auch ohne jeden Schriftsatz ihre Wirkung äußert.

## § 192.

In Anwaltsprozessen muß die Ladung zur mündlichen Verhandlung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, die Aufforderung an den Gegner enthalten, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen.<sup>1)</sup>

*K. 185. N. 209. 212. P. 74. 532.*

1) Die Aufforderung der Anwaltsbestellung muß jeder, nicht an einen Rechtsanwalt gerichteten, Ladung zur mB. in Anwaltsprozessen beigelegt sein, *Rot.* 160. Insbesondere ist die Aufforderung bei jeder mit Ladung verbundenen Einleitung einer Instanz oder Aufnahme des Verfahrens, §§ 217 Abs. 2, 221 Abs. 2, 227 erforderlich; auch nachdem das Amtsgericht sich gemäß §§ 466, 467 unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht verwiesen hat. Die Ansicht von *Keuling* (*ZB.* 1883 S. 64), daß bei einer zweiten Ladung der Partei die Aufforderung nicht wiederholt zu werden brauche, wird durch den klaren Wortlaut widerlegt. Die Streichung der Worte „über die Klage u. s. w.“ aus § 185 des *BE.* ist allerdings unter die f. g. reaktionellen Aenderungen der *RR.* auf-

genommen (Gahn, Materialien CP. 2, 1285). Daraus ist aber nicht zu folgern, daß die Kommission die aus der Aenderung des Entwurfs mit Nothwendigkeit sich ergebende Erweiterung der Bestimmung nicht gewollt habe, vgl. auch Barazetti, Bab. Ann. 108 und Gaupp Anm. I.

Folge der Nichtbeachtung der Vorschrift („muß“) ist, daß gegen den Gegner, als nicht ordnungsmäßig geladen, ein Versäumnisurtheil nicht erlassen werden darf (§ 300 Nr. 2), sowie daß auch die durch einen zugelassenen Anwalt erscheinende Partei mit Erfolg dies rügen und Vertagung beantragen kann, und der die Aufforderung Unterlassende die Kosten der Vertagung nach § 90 zu tragen hat (von Heilbut, civ. R. 69, 384 mit Gründen bestritten, welche nur de lege ferenda in Betracht kämen), während im Falle der Nichtzüge einer in zulässiger Vertretung erscheinenden Partei der Mangel nach § 267 als geheilt gilt, vgl. Barazetti a. a. O. 110 ff. Abgesehen von einer solchen Heilung hat die nicht ordnungsmäßige Ladung überhaupt keine rechtliche Wirkung; es werden dadurch weder Nothfristen gewahrt, noch wird der Rechtsstreit anhängig. Durch den § 192 werden die Vorschriften darüber, was für die Ladung der §§ 230, 479, 515 u. s. w. wesentlich ist, ergänzt. Wird die Aufforderung nach der Zustellung der Ladung nachgeholt (vgl. Korb. Prot. 530, dagegen Busch 8, 511), so muß auch die Nachholung rechtzeitig sein, um wirksam zu werden; aR. Gaupp Anm. II, der eine Nachholung ohne neue Ladung überhaupt nicht für wirksam erklärt, was jedoch ein zu weit gehender Formalismus sein dürfte. Die Aufforderung zur Bestellung eines bei dem Prozeßgericht zugelassenen Anwalts muß deutlich erkennbar sein, ohne daß es gerade auf die gebrauchten Worte ankommt; vgl. Kammergericht, Bl.f.R. 2, 90. — Eine Frist zur Bestellung des Anwalts ist nicht vorgeschrieben; die Folgen der Verzögerung (vgl. §§ 245, 208, 209, 90) treffen die säumige Partei ohne vorgängige Androhung.

Die Ausnahme, wenn die Zustellung an einen Rechtsanwalt erfolgt, trifft zu, ohne Rücksicht darauf, ob der Anwalt bei dem betr. Gericht zugelassen ist oder nicht, persönlich Partei ist oder als Vertreter, Generalbevollmächtigter (§§ 157, 159) oder Prozeßbevollmächtigter (§ 77) eine Partei vertritt. Vorausgesetzt ist allerdings die Zustellung an einen nach der deutschen Rechtsanwaltsordnung überhaupt zugelassenen Anwalt.

Außerdem muß jede Ladung selbstverständlich den Zweck des Termins und die Aufforderung, zu erscheinen, welche allerdings schon in dem Ausdruck „Laden“ gegeben ist, enthalten (R. 209), sonst wäre es nicht eine dem § 191 Abs. 1 entsprechende Ladung. Das weitere Erforderniß eines zeitlich bestimmten Termins ergibt § 193. Der etwaige sonstige Inhalt der Ladung ergibt sich aus dem Zwecke der Ladung und des Termins. Vgl. Anm. 2 § 193, Schl. Eine besondere gerichtliche Anweisung zur Befolgung der Ladung ist nicht nöthig; das Gesetz macht die Befolgung der Ladung gegenüber allen deutschen Gerichten zur Pflicht und verbindet mit der Versäumung ohne Weiteres die gesetzlichen Folgen. Dies besonders auszudrücken, wie R. § 212 thut, ist nicht nöthig gefunden, weil es aus dem Gesetze hervorgeht. Vgl. §§ 208 ff., 295 ff., Rot. 160.

### § 193.

Die Ladung ist zum Zwecke der Terminsbestimmung bei dem Gerichtsschreiber einzureichen.<sup>1)</sup>

Die Bestimmung der Termine<sup>2)</sup> erfolgt binnen vierundzwanzig Stunden<sup>3)</sup> durch den Vorsitzenden.<sup>4)</sup>

Auf Sonntage und allgemeine Feiertage sind Termine nur in Nothfällen anzubekommen.<sup>5)</sup>

E. 186. W. 213. 217. 219. P. 74. 532. 533.

1) Durch die Einreichung der „Ladung“ (vgl. Anm. 2) wird der Antrag auf Terminsbestimmung ausgedrückt; einer anderen Form bedarf es dazu nicht. Ist die Terminsbestimmung schon durch Verkündung erfolgt, ohne daß § 195 anwendbar ist, also namentlich, wenn in den Fällen der §§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2,

611, 620, 624, 626 die Partei den Gegner zum neuen Termin laden muß (Anm. 1 § 191), dann bedarf es beim Fortfalle des Zweckes keiner Einreichung zur Terminsbestimmung. Daß in solchen Fällen der Beschluß des Gerichts, durch welchen der Termin bestimmt ist, zugustellen, und die betreibende Partei sich dazu erst Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Verhandlung, in welcher der Termin verhandelt ist, geben lassen müßte, ist im Gesetze nicht vorgeschrieben. Vgl. auch Anm. 2. Die Partei hat den bereits verkündeten Termin in ihre Ladung aufzunehmen und auf ihre Verantwortung hinsichtlich der Richtigkeit des Termins zu laden.

Die Anordnungen über zeitige Vorlegung der Ladung an den Vorsitzenden behufs der Terminsbestimmung, über Wiederabholung seitens des Ansuchenden, Geschäftsstunden u. s. w. gehören in die Dienstreglements für die Gerichtsschreiberei. Vgl. Anm. 68. Tit. 11, 12; Preuß. Gesch.-Ordn. f. d. Ger.-Schreib. §§ 3, 13 bzw. 12. Ueber die Pflicht der Partei zur Abholung DSO. Stuttgart, JW. 1894 S. 97.

2) Aus dem Zusammenhange geht hervor, daß unter der „Ladung“ im Abs. 1 die Blanko-Aufforderung noch ohne Festsetzung des Termins verstanden ist; ebenso aus Zweck und Zusammenhang, daß die dem anderen Theile zugustellende Ladung im Sinne der §§ 191, 192, 230, 300, 305, 479, 515 u. s. w. nur dann eine vollständige und wirksame Ladung ist, wenn sie den bestimmten Termin enthält. Die G.P. setzt stets eine Ladung zu einem zeitlich bestimmten Termine voraus, Vorb. 2 vor § 191. Die Zustellung einer Ladung, welche ohne Angabe eines bestimmten Termins erfolgt, ist unvollständig und hat keine Wirkung einer Ladungszustellung, weder hinsichtlich des Verschärfungsverfahrens, § 300, noch hinsichtlich des Erfolges der Erhebung der Klage oder der Wahrung von Fristen, §§ 230, 235, 239. Abw. O.E. § 177; Rot. 158, DSO. Celle, SA. 40, 98; ferner R.O. 9, 388; 13, 334. Auch die Ladung zu einem zeitlich unmöglichen Termine (Mangel an Uebereinstimmung des Wochentags und Datum) ist unvollständig und wirkungslos; abw. DSO. Stuttgart, Busch 19, 290. Die Unterlassung der Terminsbezeichnung ist grobes Verschulden, R.O. 3. April 1894, JW. 206. Der Mangel ist jedoch, vgl. die angeführten Urtheile, heilbar gemäß § 267, vgl. Anm. 1 § 156, Anm. 5 § 479. RR. Keuling, JW. 1883 S. 57 ff. Vgl. auch Begründung zum E. 1 S. 235, 236 und Rot. 37, 38, § 10 Anfang.

Die richterliche Terminsbestimmung ist nicht eine Verfügung des Vorsitzenden im Sinne des § 294 Abs. 3, dessen Anwendung hier ausgeschlossen ist (vgl. Fischer, R.A.R. 25, 810 ff.), sondern nach ihrem Zwecke in Verbindung mit den Grundätzen der §§ 119, 191, 228 nur die an die betreibende Partei gerichtete Erklärung, daß in dem bestimmten Termine die Verhandlung zugelassen wird, Anm. 1 § 191. In welcher Form sie erfolgt, ist nicht vorgeschrieben und unwesentlich. Der Ladende hat auf seine, im Termine sich ergebende Verantwortung zu einem, wirklich vom Vorsitzenden bestimmten, Termin zu laden, und diesen Termin sachlich gleichmäßig, entweder unmittelbar in der Ladung oder durch Bezugnahme auf einen Randvermerk oder auf eine beigefügte Abschrift der gerichtlichen Terminsbestimmung mitzutheilen. Es ist nicht gerade notwendig, daß unter die Abschrift der Terminsbestimmung ein besonderer Beglaubigungsvermerk gesetzt werde, wenn nur die Schlußbeglaubigung das gesammte Schriftstück einschließlich der Terminsbestimmung zu bezeugen geeignet ist. Vgl. DSO. Marienwerder u. Meyer, Busch 10, 447 und Anm. 6 § 156. Nach R.O. 30. Juni 1884, JW. 211 gehört allerdings zur Wirksamkeit der Ladung die Aufnahme der richterlichen Terminsbestimmung in einer solchen Form (gemäß § 156), daß der Geladene sich von der Thatsache der Terminsbestimmung durch den Richter überzeugen kann. Dies ist für die Fälle einer notwendigen Ladung nach mündlicher Terminsverkündung in Abwesenheit des zu Ladenden (§§ 300 Abs. 2, 302 Schluß, 578 Abs. 2) schwerlich ausführbar, und daher auch nicht als Rechtsgrundsatz anzuerkennen.

Aus der Ladung muß ferner hervorgehen, vor welches Gericht dieselbe erfolgt, und es wird dies zweckmäßig in den Kontext der Ladung aufzunehmen sein; doch ist dies nicht absolutes Erforderniß, wenn nur aus den Schriftstücken, z. B. aus der Abschrift der Terminsbestimmung deutlich erkennbar ist, vor welches Gericht die Ladung erfolgt, R.O. 6, 349. Die Angabe der Gerichts-Abtheilung (Kammer, Senat) ist zwar ebenfalls für



die Gültigkeit der Ladung nicht absolutes Erforderniß, — so daß etwa die Zulässigkeit des Einspruchs oder der Rechtsmittel oder die Wirkungen der Klageerhebung davon abhängig wären — doch kann ein solcher Mangel oder eine unrichtige Bezeichnung der Abtheilung unter Umständen (namentlich bei erheblicher räumlicher Trennung der Abtheilungen) Verzagung des Termins rechtfertigen. Jedenfalls ist die Angabe des Terminsortes erforderlich, falls der Termin ausnahmsweise nicht an der Gerichtsstelle abgehalten ist (§ 196). Vgl. auch Anm. 6 § 230.

Will eine Partei mit einer Ladung einen besonderen Zweck verbinden, z. B. Leistung des durch ein Urtheil auferlegten Eides (vgl. Anm. 2 § 427) so muß sie selbst diesen Zweck in der Ladungsschrift ausdrücken und kann dies nicht von dem Vorsitzenden verlangen (O. S. Jena, SA. 41, 98). Anders natürlich bei einer Ladung von Amtswegen.

3) Die für die Thätigkeit der Gerichtspersonen bestimmte Frist von 24 Stunden ist keine eigentliche Prozeßfrist, ebensowenig die Fristen der §§ 133 Abs. 2, 189, 281, 286, 287, 529, 534, 580, 714, 717, 761, 794, 827. Vgl. Vorb. 4 vor § 191; Weßell 918, 919; Eccius, Raffr. 23, 739. Auf Verletzung des Abs. 2 kann die Revision schon wegen Mangels eines wesentlichen Zusammenhanges zwischen Entscheidung und Gesetzesverletzung nicht gestützt werden, Anm. 6 § 511, Raffr. 25, 1112.

4) Der Vorsitzende erhält die Ladung nur zur Terminbestimmung, und kann diese keinenfalls aus Gründen sachlicher Prüfung, weil Klage, Einspruch, Berufung u. s. w., welche damit verbunden sind, unbegründet, verspätet oder unzulässig seien, oder weil zu einer m. B. kein Grund vorliege, zurückweisen. Solche Erwägungen sind erst vom erkennenden Gerichte auf Grund der m. B. anzustellen, § 119, Vorb. 3 vor § 191. Darum ist aber der Vorsitzende nicht verpflichtet, auf jedes Schriftstück, welches als Ladung vorgegeben wird, einen Termin zu bestimmen. Vielmehr wird nach §§ 191 Abs. 1, 193 Abs. 1 eine „Ladung“ durch eine „Partei“, d. h. ein als Ladung vor das bestimmte angesprochene Gericht betreffs eines Rechtsstreits beabsichtigtes und geeignetes Schriftstück vorausgesetzt. Die Terminbestimmung kann daher abgelehnt werden, wenn die Ernstlichkeit und Zuverlässigkeit der Willenserklärung überhaupt nach dem Schriftstücke nicht vorhanden ist; wenn die Unterschrift dessen, welcher laden will, fehlt (§ 121 Nr. 6), also eine Willenserklärung einer Partei, zu laden überhaupt nicht feststeht, Endemann 1, 489; wenn zu einem Anwaltsprozeß ein für das angegangene Gericht nicht zugelassener Anwalt, welcher vor dies Gericht nicht laden kann und für dasselbe überhaupt nicht „Anwalt“ ist (§ 74 Abs. 1), laden lassen will, wenn aus der Ladung der Zweck derselben — Einleitung oder Fortsetzung eines bestimmten Rechtsstreits — nicht ersichtlich ist; Prot. 538; Caupp Anm. II; Petersen Anm. 2; Fortenbach, Busch 8, 161—163; Eccius, Raffr. 29, 12; Trutter prozess. Rechtsgesch. 250 ff.; vgl. hierzu Anm. 1 § 247. Das Fehlen der Vollmacht für ein amtsgerichtliches Verfahren hat nach § 84 Abs. 2 erst „das Gericht“, nicht der die Funktion des Vorsitzenden ausübende Amtsrichter als solcher zu berücksichtigen. Eccius a. a. O. 7 ff. will, indem er (gegen Fischer, Raffr. 25, 811 mit Bach Vorb. 50) davon ausgeht, daß die Terminbestimmung nicht eine prüfungslose Ergänzung der Ladung, sondern ein Jurisdiktionsakt und deshalb in Betreff der Zulässigkeit eines solchen zu prüfen sei, die Vorprüfung Seitens des Vorsitzenden noch auf andere Punkte ausdehnen: die Parteifähigkeit, die Identität der im Laufe eines Prozesses ladenden Partei mit der ursprünglichen, das Vorhandensein der wesentlichen Klage-Erfordernisse, die Befassung des Gerichts mit dem anhängigen Rechtsstreit, zu welchem geladen wird (M. 26. Sept. 1884 in der Grob. Hoff. Ehef. sache), das Vorhandensein der wesentlichen Bestandtheile der Rechtsmittelschriftsätze, die Zulässigkeit einer m. B. in dem jeweiligen Stadium des Prozesses, das Vorhandensein der Gerichtsbarkeit über die zu ladende Person (§ 5 C. O. 3. C. O. u. C. P.), sowie endlich auf einen etwaigen strafbaren Inhalt des Schriftsatzes. Indes die Terminbestimmung ist ein Jurisdiktionsakt nur in dem Sinne, daß gerichtsfertig gestattet wird, die Zulässigkeit der Verhandlung und damit auch der Ladung selbst vor Gericht zu erörtern und die Entscheidung über diese Erörterungszulassung ist weder durch den Wortlaut noch durch den Geist der C. P. dem Vorsitzenden weiter eingeräumt, als daß er zu

prüfen hat, ob eine Ladung im Sinne des Gesetzes vorliegt. Man wird zugeben können, daß der Vorsitzende gemäß § 191 zu prüfen hat, ob die Ladung ihrem Inhalte nach zur mB. über die Hauptsache oder den Zwischenstreit eines Zivilprozesses erfolgt und wenn sie sich auf einen bereits anhängigen Zivilprozeß bezieht, ob sie von einer Person ausgeht, welche sich als Partei in demselben gerirt; alles Weitere gehört aber der sachlichen Prüfung des Gerichts an. Vgl. z. B. § 497. Andersfalls würde man dazu gelangen, für alle Seitens des Gerichts von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte den Vorsitzenden zu einer Vorprüfungs-Instanz zu machen, und damit den nach der C.P. in der mB. liegenden Schwerpunkt der Rechtsprechung zu verschieben. Dieser Auffassung stehen die Materialien des Gesetzes, wie Eccius anerkennt, entgegen; und aus dem Gesetze selbst ergibt sich kein Anlaß, derselben den Vorzug vor der in den Motiven ausgesprochenen Auffassung zu geben. Vgl. Schulze, Festgabe für Pland, Straßburg 1887 S. 9; Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 2, (Dehterer mit einigen Abweichungen); Landtsberg, Raffr. 36, 736 ff. Wenn bei nur fakultativer mB. eine Ladung eingeht, so ist der Vorsitzende allerdings ohne Gerichtsbeschluß zur Terminsbestimmung nicht befugt, da die Ansetzung des Termins die Anordnung der mB. durch das Gericht voraussetzt (vgl. Anm. 1 § 536); thut er es dennoch, so ist das Gericht zur Aufhebung des Termins befugt (gegen Fortenbach a. a. D.), da es in der Sache selbst ohne mB. entscheiden kann; dagegen ist in Fällen obligatorischer mB. ein solcher Gerichtsbeschluß ohne vorausgegangene mB. unzulässig (gegen Eccius a. a. D. S. 22); das von dem Reichsgericht in der Ehesache der Gräfin Gutton-Gzapska wider den Großherzog von Hessen am 26. September 1884 (RM. 1884 S. 269 Ziff. 6) eingeschlagene, abweichende Verfahren kann nicht als dem Gesetze entsprechend erachtet werden.

Gegen die Ablehnung der Terminsbestimmung ist nach § 530 Beschwerde zulässig. Jedenfalls muß der Vorsitzende, wenn er nicht binnen 24 Stunden den Termin bestimmen will, den Antragsteller bescheiden, und darf nicht das Schriftstück liegen lassen, um etwa den Eingang vorbehaltenener anderer Schriftstücke (Vollmacht) abzuwarten, **RM.** 33, 244.

Der Vorsitzende hat bei der Terminsbestimmung die konkreten Umstände, etwaige Anträge der Parteien, § 204, und die gesetzlichen Minimalfristen (Borb. 4 vor § 191) zu beachten, **Mot.** 158. Das Gericht hat im Termine, wenn es sich um ein Verschärfungs-urtheil handelt, zu prüfen, ob die nicht erschienene Partei ordnungsmäßig geladen ist, und namentlich auch, ob ihr eine geringere als die Minimalfrist gelassen ist. Vgl. § 204 Abs. 2 und § 300 Nr. 2, 3. Außerdem hat das Gericht die ihm im § 302 ertheilte Befugniß zur Korrektur einer unangemessenen Terminsbestimmung des Vorsitzenden.

5) Abs. 3 gilt bei seiner allgemeinen Fassung für alle Termine, auch für verkündete, sowie für die Termine eines beauftragten oder ersuchten Richters, § 207. Ueber die allgemeinen Feiertage s. Anm. 2 § 171.

## § 194.

Die Frist, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung der Ladung und dem Terminstage liegen soll (Ladungsfrist), beträgt in Anwaltsprozessen mindestens eine Woche, in anderen Prozessen mindestens drei Tage, in Meß- und Marktsachen mindestens vierundzwanzig Stunden.<sup>1)</sup>

**H. 187. N. 214. P. 74. 583.**

1) Ueber die Ladungsfrist, welche dadurch charakterisirt ist, daß sie nur in einer in der betr. Instanz anhängigen Sache vorkommt, vgl. Borb. 4 vor § 191. Die §§ 459, 567 Abs. 2, welche von Einlassungsfristen (in anhängig zu machenden Sachen) handeln, sind deshalb nicht als Modifikationen des § 194 anzusehen. Der § 636 Abs. 2 (Ladung vor das Amtsgericht nach erhobenem Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl) enthält eine Anwendung des § 194, modifizirt denselben aber für Meß- und Marktsachen, indem er die dreitägige Ladungsfrist allgemein vorschreibt, und als *lex specialis* dem § 194 vorgeht. Ueber Meß- und Marktsachen vgl. § 30. (Ein Mahnverfahren wird in Meß- und Marktsachen freilich kaum praktisch werden, jedenfalls gilt dafür nicht der besondere Ver-

richtsstand des § 30, sondern § 629 Abs. 2). Daß in Anm. 4 § 193 am Schlusse über die Berücksichtigung der Fristen Bemerkte gilt auch von Ladungsfristen. Die Partei hat auch auf die Innehaltung der Ladungsfrist ein Recht. Ueber die Abkürzung und Verlängerung s. §§ 202, 204.

Da die Fristen zwischen der Zustellung und dem Terminstage liegen sollen, so sind sie ohne Hinzurechnung des Zustellungstages und des Terminstages voll zu rechnen, vgl. §§ 199, 200. Zum Termine am 9. März im Anwaltsprozeß ist nicht erst am 2., sondern schon am 1. März zuzustellen. — Die Vorschrift („legen soll“) ist nicht so unbedingt wesentlich, daß bei Verletzung derselben die verletzende Partei mit ihren Anträgen in der Sache selbst abzuweisen wäre, wie ein Kläger, welcher den Erfordernissen des § 230 nicht genügt hat. Indes ist der unter Verletzung der Vorschrift Geladene immer nicht ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen; erscheint er nicht, so kann kein Versäumnisurtheil gegen ihn erlassen werden, § 300 Nr. 2; erscheint er, so kann er Vertagung verlangen; ein ungerichteter Mangel betreffs der Frist wird gemäß § 267 getheilt.

Die Ladungsfrist hat ihre regelmäßige Anwendung auf die Ladung zur Einlegung des Einspruchs, § 305. Darüber, daß sie auch für verkündete neue Termine zu beobachten ist, vgl. Anm. § 195. Wie der Zusammenhang mit § 191 ergibt, bezieht sich die Ladungsfrist des § 194 dagegen nur auf Ladung von Parteien (im weitesten Sinne, also auch von Nebenintervenienten, Streitgenossen nach § 60), nicht aber auf Ladung von Zeugen und Sachverständigen; Gaupp Anm. II.

### § 195.

Zu Terminen, welche in verkündeten Entscheidungen bestimmt sind, ist eine Ladung der Parteien nicht erforderlich.<sup>1)</sup>

R. 188. N. 215. P. 74. 533.

1) Die auf Grund einer mB. ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen vom Gerichte verkündet werden, §§ 283, 294 Abs. 1, 146 Nr. 5, 6. Die Verkündung wirkt auch gegen die nicht anwesende Partei, §§ 283 und 294 Abs. 2. Wenn in einer verkündeten Entscheidung ein neuer Termin bestimmt ist, so gelten die Parteien durch die Verkündung für geladen, und es bedarf keiner Ladung dazu, weder von Amtswegen, noch auf Veranlassung einer Partei; ohne Rücksicht darauf, ob eine oder beide Parteien bei der Verkündung zugegen waren, vorausgesetzt, daß sie zu dem Termine, in welchem verkündet wird, gültig geladen waren. (Ausnahmen s. am Schluß.)

Die Vorschrift des § 195 bedeutet und bestimmt die Gleichstellung der Wirkung der Ladung und der Verkündung. Die „Ladung“ bedeutet hier offenbar, wie im § 191 Abs. 1 die Zustellung der Ladung, Anm. 1 § 191. Sie soll für verkündete Termine kein Erforderniß sein, um die Wirkung der Ladung zu haben, und die Verkündung soll in dieser Beziehung „die Ladung ersetzen“, Mot. 158, wie auch sonst die Verkündung die Wirkung der Ladungszustellung hat. (Vgl. § 198 Abs. 1). Unabhängig davon bleibt aber auch für verkündete Entscheidungen die Vorschrift des § 194 über die bis zum Termine nöthige Ladungsfrist (vorbehaltlich einer Abkürzung nach § 204) maßgebend; da § 195 nur die Wirkung einer Ladung, nicht die Wirkung einer rechtzeitigen Ladung vorschreibt, und die Frage, welche Frist der Geladene haben soll, nicht davon abhängt, ob ihm eine schriftliche Ladung zuzustellen ist. *MR. Gaupp Anm. II* und *Borb. A III vor § 191*; *Seuffert Anm. 2 Borb. 2 IV vor § 191* und *Fischer a. a. D. 812, 813*, weil im § 194 eine Zustellung der Ladung vorausgesetzt sei. Indes dieser buchstäblichen Gesetzesauslegung treten sowohl Grund und Zweck der Frist (Anm. 1 § 194) entgegen, als auch die systematische Folgeordnung der Vorschriften, welche in den §§ 191—194 die schriftlichen Ladungen behandeln, um dann im § 195 deren Modifizierung für den Fall der Verkündung zu bestimmen. Die Verkündung ist im § 195 entsprechend dem § 198 Abs. 1 nur der Ladungszustellung behufs gleicher Wirkung gleichgestellt. (Aber auch *Fitting § 40 S. 198*, weil durch die Ladung der Partei zur ersten mB., da die Verhandlung auch in verschiedenen Terminen ein einheitliches Ganze bilde, stets eine Ladung zu allen erforderlichen Terminen erfolgt sei; allein dann hätte es einer Ladungs-

tritt in einem anhängigen Rechtsstreit überhaupt nicht bedurft; und gerade deshalb, weil die mB., ungeachtet sie ein einheitliches Ganzes bildet, äußerlich in verschiedene Termine auseinanderfallen kann, ist eine Ladung zu jedem dieser Akte erforderlich. Die Ladung stellt eben die äußerliche Verbindung her.)

Die „verkündete Entscheidung“ umfaßt, entsprechend dem § 146 Nr. 5, 6, alle Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen, welche das Gericht in Folge der mB. erläßt. Es bleibt daher Sache der Partei, auch nach dem Schlusse der Verhandlung die Verkündung abzuwarten oder sich sonst Kenntniß davon zu verschaffen. Wenn sie im verkündeten neuen Termine ausbleibt, so kann ein Verkündungsurtheil gegen sie beantragt werden, § 297. Ein Antrag, nur die Ladung der bei der Verkündung anwesenden Partei für nicht erforderlich zu erklären, ist in der RR. abgelehnt, Mot. 158, P. 74. — Wenn dagegen von Amtswegen ein Termin anberaumt oder verlegt, oder ein ausgefertigtes oder geschlossenes Verfahren (§§ 139, 140, 142) aufgenommen oder wiedereröffnet wird, ohne daß der Termin in einer verkündeten Entscheidung bestimmt ist, so ist der Termin von Amtswegen durch Zustellung eines Beschlusses oder der Verfügung den Parteien mitzutheilen, § 294 Abs. 3, Mot. 159. Auch diese Zustellung hat den Charakter einer Ladung, bei welcher die Ladungsfrist und bei öffentlicher Zustellung die Vorschriften des § 187 für Ladungen zu beobachten sind; aAR. die Abs. 1 citirten Schriftsteller. — Daß gemäß § 142 das Gericht sofort nach Verkündung der Anordnung, daß die Verhandlung wieder eröffnet wird, auch dann, wenn eine Partei sich entfernt hat, die andere Partei allein verhandeln lassen kann, ist nicht die Absicht des Gesetzes, wenngleich dasselbe eine ausdrückliche Vorschrift darüber nicht gegeben hat. Wenn die Verhandlung vom Vorsitzenden geschlossen ist, § 127 Nr. 4, so muß zunächst ein Beschluß (oder Urtheil) des Gerichts ergehen, welcher zu verkünden ist, §§ 127 Nr. 4, 146 Nr. 5, 6, §§ 281, 283, 294 Abs. 1. Wenn der Beschluß dahin geht, daß die Wiedereröffnung angeordnet wird, so bedeutet dies, daß die geschlossene Verhandlung nicht ausgereicht hat, um das Gericht genügend aufzuklären und daß es dazu einer ferneren mB. bedarf. Unzweifelhaft wird dieselbe, wenn beide Theile zugegen und damit einverstanden sind, was in ihrem eigenen Interesse liegt, sofort erfolgen können. Das Gericht kann auch sofort einen neuen Termin zur Fortsetzung der mB. beschließen und verkünden. Dagegen ist der Schluß der „Verhandlung“ für die Partei der Schluß des „Termins zur Verhandlung“, arg. §§ 197 Abs. 2, 251 Abs. 1 und Mot. 161. Auch die Mot. 158, 159 Nr. 4 setzen voraus, daß nach der Wiedereröffnung der Verhandlungstermin zu verkünden oder von Amtswegen bekannt zu machen ist. AR. Band I, 514.

Ausnahmen vom Grundsatz des § 195 vgl. §§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1, 578 Abs. 2, 611, 620, 624, 626. Darüber, wer in diesen Ausnahmefällen zu laden hat, vgl. Anm. 1 § 191.

### § 196.

Die Termine werden an der Gerichtsstelle abgehalten, sofern nicht die Einnahme eines Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen vor Gericht verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann.<sup>1)</sup>

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern sind nicht verpflichtet, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen.<sup>2)</sup>

R. 189. N. 216. P. 74. 533

1) Zur Abhaltung eines Termins außerhalb der Gerichtsstelle ermächtigt nur die Unmöglichkeit der Bornahme an Gerichtsstelle; nicht eine bloße Zweckmäßigkeitserwägung, also z. B. nicht die Kostenersparung bei Zeugenvernehmungen; vgl. Str. Verf. 6. Dez. 1890, Buzß 18, 293 (Müller, Preuß. Justizverwaltung 4. Aufl. S. 21 u. 1105). Es kann sich sachgemäß auch nur darum handeln, ob die Handlung zur Erreichung des beabsichtigten

Zwecks „an Gerichtsstelle nicht vorgenommen werden kann“. Hinsichtlich der Oeffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte ist im O. B. §§ 170 ff. kein Unterschied zwischen den Terminen an und außerhalb der Gerichtsstelle gemacht. *MR. Gaupp* Anm. II, der nach der Entstehungsgeschichte die Oeffentlichkeit nicht für erforderlich, wenn auch nicht für unzulässig erachtet; dies widerspricht jedoch dem § 145 Nr. 5 u. O. B. §§ 170 ff. Die Oeffentlichkeit kann nur aus gesetzlichen Gründen ausgeschlossen werden. Ist ein Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht außerhalb der Gerichtsstelle angesetzt, so gilt der Termin gleichzeitig zur Fortsetzung der m. B., § 335. Dabei ist es nicht unzulässig, den Terminsort so zu bestimmen, daß die Beweisaufnahme in loco stattfinden und die Fortsetzung der m. B. an der Gerichtsstelle sich daran anschließen, da absolute Einheit des Terminsorts nicht vorgeschrieben ist. Wird eine solche Trennung jedoch nicht beliebt, so steht der Fortf. der m. B. auch außerhalb der Gerichtsstelle keine gesetzliche Vorschrift entgegen (*aMR. ZW. 1883 S. 193, 212*).

2) *Abf. 2.* Vgl. O. B. § 5 und O. B. z. O. B. § 5; ferner §§ 132, 268, 572, 579 (598, 612, 617, 625). Für die Vertreter der in *Abf. 2* bezeichneten Beteiligten (vgl. *Borb.* vor § 50 und *preuß. AO. v. 24. März 1879 § 3*) gilt die Vorschrift des *Abf. 2* nicht. Auch als Zeugen sind die in *Abf. 2* Bezeichneten von der Verpflichtung zum persönlichen Erscheinen an Gerichtsstelle entbunden. Darüber, daß sich *Abf. 2* nicht bloß auf die Landesherren zc. desjenigen Bundesstaates, zu welchem das Gericht gehört, sondern auf alle Landesherren zc. des Deutschen Reichs bezieht, vgl. *Anm. 1 § 5 O. B.*

### § 197.

Der Termin beginnt mit dem Aufrufe der Sache.<sup>1)</sup>

Der Termin ist von einer Partei veräuimt, wenn sie bis zum Schlusse desselben nicht verhandelt.<sup>2)</sup>

**E. 190. N. 290. P. 74. 533.**

1) Die Terminszeit (Termins-Stunde oder Termins-*Viertelstunde*) ist die Zeit, nach deren Eintritt sofort verhandelt und das Veräuimnißurtheil beantragt werden kann, *P. 532*. Der Aufruf der Sache darf nicht vor dem Beginn der Terminszeit erfolgen (vgl. *Borb. 1* vor § 191); er hat den Zweck, die im Gerichtsgebäude versammelten Parteien und sonstigen Beteiligten zum Auftreten zu veranlassen, und demgemäß festzustellen, wer in dem Termin erschienen ist. Der Aufruf setzt demnach das versammelte Gericht voraus und muß ferner sachgemäß nicht bloß im Sitzungszimmer, sondern auch in den für den Aufenthalt der Parteien, Anwälte, Zeugen u. s. w. bestimmten Räumlichkeiten (Wartezimmer, Korridoren u. s. w.) erfolgen. Er wird vom *Spollz.* oder Gerichtsdiener im Auftrage des Vorsitzenden besorgt, vgl. *f. Preußen Gesch.-Anw. f. Spollz. § 120 Abf. 2 Nr. 1; Dienstordn. f. Gerichtsdiener v. 23. Febr. 1885 §§ 8, 9, ZW. 1. 65.*

Sollte in der Ladung oder bei der Verkündung keine Stunde bezeichnet sein, so wird als gerichtsfällig verstandene Terminszeit diejenige anzusehen sein, mit welcher das Gericht gewöhnlich seine Sitzungen beginnt. Mit dieser Zeit kann daher auch ein Veräuimnißurtheil erlassen werden (vgl. *Weyell* über die sog. *Contumazfrist* § 68 *Nr. 12*).

2) Wenn eine Partei erst nach Beginn des Termins erscheint und verhandelt, bevor der Vorsitzende die Verhandlung geschlossen hat, § 127 *Abf. 4*, so ist sie noch mit allen Erklärungen zuzulassen, § 251 *Abf. 1, Rot. 161*. Darüber, wann der Termin geschlossen ist, vgl. *Anm. 4 § 127 und Anm. § 195*. Ob die Terminsstunde abgelaufen ist, bleibt für den Schluß gleichgültig, sowie es für den Beginn unerheblich ist, ob der Aufruf erst nach der Terminsstunde erfolgt. Vorausgesetzt ist, daß der Termin nicht vor der festgesetzten Zeit abgehalten bzw. geschlossen werden darf. — Eine Partei, welche sich vor dem Schlusse der Verhandlung entfernt, nachdem sie bereits verhandelt hat, fällt nicht unter *Abf. 2*. Nach dem Schlusse der Verhandlung kann keine Partei weiter verhandeln, sofern nicht eine Wiedereröffnung, § 142, erfolgt. Ist nach einem begründeten Antrage auf Veräuimnißurtheil der Termin geschlossen, so darf er selbstredend nicht wegen eines

späteren Erscheinen des Gegners wiedereröffnet, vielmehr muß dem Antrage stattgegeben werden. Auf ein schon erlassenes Versäumnisurtheil können auch beide Parteien durch Vereinbarung nicht verzichten, da die C.P. keinen Konventionalprozeß kennt, vgl. Vorb. 4 vor § 230, und die Beseitigung des Urtheils nur durch Einspruch bzw. Berufung gestattet ist, wofür die Zulässigkeit im konkreten Falle von Amtswegen zu prüfen ist, §§ 303, 306, 216 Abs. 2, 310, 474, 497.

### § 198.

Der Lauf einer richterlichen Frist<sup>1)</sup> beginnt, sofern nicht bei Festsetzung derselben ein Anderes bestimmt wird,<sup>2)</sup> mit der Zustellung des Schriftstücks, in welchem die Frist festgesetzt ist,<sup>3)</sup> und, wenn es einer solchen Zustellung nicht bedarf, mit der Verkündung der Frist.<sup>4)</sup>

Der Lauf einer gesetzlichen oder richterlichen Frist, deren Beginn von einer Zustellung abhängig ist, beginnt mit dieser auch gegen diejenige Partei, welche die Zustellung hat bewirken lassen.<sup>5)</sup>

R. 191. N. 231. 232. P. 74. 533.

1) Ueber die unterscheidenden Merkmale der eigentlichen und uneigentlichen, der richterlichen und der gesetzlichen Fristen s. Vorb. 4 vor § 191. Für den Beginn der gesetzlichen Fristen ist außer der relativen Vorschrift des Abs. 2 keine allgemeine Bestimmung getroffen, weil ihr Beginn schon gesetzlich stets mit Rücksicht auf ein bestimmtes prozessualisches Ereigniß — eine Zustellung (oder ausnahmsweise § 540, 301, 329 Abs. 2, Verkündung) bei Nothfristen oder nach §§ 244, 292, 624, 632, Mitteilung oder Aufforderung, §§ 100, 125, 637, 855 oder andere Thatfachen, §§ 212, 291, 605, 634 — festgesetzt ist. Für die richterlichen Fristen vgl. die Beschleunigungsvorschrift im Telegraphengef. v. 6. April 1892, RObI. 467 § 13.

2) Der Fristbeginn, welcher gemäß Anm. 3, 4 im Abs. 1 § 198 vorgeschrieben ist, wird nur anwendbar, wenn richterlicherseits nicht ein anderer Fristbeginn bestimmt ist. Das Gericht kann einen solchen direkt durch Festsetzung eines bestimmten Zeitmoments anordnen, oder auch relativ mit Bezug auf andere Momente.

3) Die Zustellung des Fristfestsetzungsbeschlusses bildet den Fristbeginn, wie aus dem Gegensatz zum folgenden Fall der Anm. 4 hervorgeht, allemal dann, wenn diese Zustellung zur Wirksamkeit des Beschlusses gesetzlich nöthig ist; nicht auch, wenn eine Zustellung erfolgt ist, ohne erforderlich zu sein. Es bedarf der Zustellung, wenn der Beschluß nicht verkündet ist, §§ 283, 294, Mot. 162. Vgl. Anm. 4.

4) Der Zustellung bedarf es nur dann nicht, wenn die Frist verkündet ist, Anm. 3. Eine verkündete Frist beginnt (entsprechend dem verkündeten Termine, Anm. § 195) auch gegen die bei der Verkündung abwesende Partei, welche den Termin oder die Verkündung versäumt hat, §§ 283 Abs. 1, 294 Abs. 2. Auch die in einem verkündeten Urtheil bestimmte Frist — z. B. wenn durch Endurtheil ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung nur unter der Bedingung aufrechterhalten wird, daß binnen einer bestimmten Frist eine Sicherheit geleistet wird — läuft von der Verkündung, da die Wirksamkeit des Urtheils, abgesehen von der Zwangsvollstreckung und der Einlegung der Rechtsmittel oder des Einspruchs, nicht von der Zustellung abhängig ist, § 283 Abs. 2.

Ist Mehreren auf derselben Parteilatte, namentlich Streitgenossen, die Frist gesetzt, so erfolgt die Berechnung des Beginns für Jeden der Bethelligten besonders nach den für ihn zutreffenden Momenten des Abs. 1, soweit nicht § 59 ein Anderes bestimmt, Mot. 163 § 192. Vgl. Anm. 3 § 477.

5) Abs. 2 dient zur Beseitigung mehrfacher Zustellungen und zur Einheitlichkeit der Frist; insbesondere mit Rücksicht auf die Zustellung der Urtheile, welche auf Verreiben einer Partei veranlaßt werden muß, § 288, und welche den Beginn der Rechtsmittelfristen bestimmt, Mot. 163.

Voraussetzung für Abs. 2 ist nach dem Wortlaute, daß eine Partei die Zustellung hat bewirken lassen. Daher ist

a) Abs. 2 nicht anwendbar, wenn die Zustellung nicht auf Betreiben einer Partei, sondern von Amtswegen erfolgt ist, vgl. §§ 582, 602, 619, 623, 625.

b) Ebenso ist Abs. 2 nicht anwendbar, wenn ein Wollz. ohne den Auftrag einer Partei, wenngleich in deren präsumtiven Interesse, zustellen ließ, wenn also die Vermuthung des § 153 Abs. 2 widerlegt ist (gegen Meyer, Raffr. 24, 60, vgl. Anm. 2 § 154).

c) Dagegen ist Abs. 2 auch dann anwendbar, wenn auf Antrag und Betreiben einer Partei eine Zustellung im Auslande oder eine öffentliche Zustellung erfolgt, wenngleich diese durch das Gericht auszuführen ist; Anm. 2 § 182, Anm. 2 § 187. Indeß ist alsdann § 190 für den Fristbeginn gemäß § 198 Abs. 2 nicht anwendbar, weil § 190 die Zustellungswirkung nur in Betreff der Wahrung einer Frist und nicht auch hinsichtlich des Beginnes einer solchen vorschreibt, Anm. 3 § 190.

### § 199.

Bei der Berechnung einer Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, wird der Tag nicht mitgerechnet, auf welchen der Zeitpunkt oder das Ereigniß fällt, nach welchem der Anfang der Frist sich richten soll.<sup>1)</sup>

R. 192. N. 223. 224. P. 74. 533.

1) Die Berechnungsvorschriften der §§ 199 ff. betreffen alle, gesetzliche und richterliche, prozessrechtliche Fristen, nicht aber auch die nach dem bürgerlichen Civilrechte zu bestimmenden Fristen, welche nicht Gegenstand der Regelung der C.P. sind. Ueber Fristen, welche nach Stunden zu berechnen sind (vgl. §§ 194, 224, 459, 567), ist nichts Besonderes bestimmt; sie sind daher in Ermangelung einer Abweichung vom Wortverstande a momento ad momentum zu berechnen; Struckmann-Roch Anm. 1. Für die nach Tagen bestimmten Fristen (vgl. §§ 123, 125 Abs. 2, 194, 459, 567 Abs. 1, 761) ist die Anfangszeit in § 199 entsprechend dem Art. 328 C.O. und dem Art. 32 B.D. festgesetzt. Das Ende ist gemäß astronomischer Berechnung der Tage die dem letzten Tage folgende Mitternacht. Vgl. RR. I. 3 § 45. Wieferr indeß noch insbesondere zur Richtigkeit eine Thätigkeit ausgeführt oder verlangt werden kann, bzw. angenommen werden muß, richtet sich nach der Natur der Handlungen, und soweit die Thätigkeit von Gerichtspersonen oder Wollz. in Frage kommt, nach den betreffenden Dienstvorschriften. Vgl. Anm. 1 § 171.

Die dem Sprachgebrauche widersprechende Vorschrift des Art. 328 C.O., daß unter „acht Tagen“ volle acht Tage (und nicht 7 Tage) außer dem im § 199 bezeichneten Tage zu rechnen seien, ist abweichend von R. 224 nicht aufgenommen, mithin auch als Prozeßvorschrift nicht gültig. Im Art. 328 C.O. ist dies nur für einen Fall des materiellen Rechts bestimmt; es ist nicht eine dem C.O. § 13 Abs. 1 unterliegende Prozeßvorschrift. Soweit der Sprachgebrauch nicht durch das Gesetz fixirt ist, findet die natürliche Auslegungsregel statt, daß Jeder berechtigt und verpflichtet ist, dem allgemeinen und nicht dem für einen bestimmten Bereich vorgeschriebenen Sprachgebrauche zu folgen. Vgl. DvL. 31, 189 ff. Die Not. 163. welche die Geltung jener Vorschrift für den Prozeß nach Art. 328 C.O. annehmen, können weder die Sprache noch das Gesetz ändern. — Acht Tage heißt nach deutschem Sprachgebrauche soviel wie eine Woche, ebenso wie quinze jours nach französischem Sprachgebrauche zwei Wochen. So auch Siebenhaar S. 219. RR. Struckmann-Roch Anm. 2; Petersen Anm. II 3; Kleiner I, 644; Caupp Anm. I; Seuffert Anm. 2. Die Frage betrifft nur richterliche Fristen; die C.P. bestimmt keine Frist von acht Tagen.

### § 200.

Eine Frist, welche nach Wochen oder Monaten bestimmt ist, endigt mit Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder Zahl dem Tage entspricht, an welchem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monate, so endigt die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats.<sup>1)</sup>

Fällt das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages.<sup>1)</sup>

R. 198. N. 225. P. 74. 533.

1) Verzeichniß der Fristen der C.P. nach Wochen und Monaten vgl. v. Wil-mowski-Levy, Vorträge zur C.P. S. 61, 62; Seuffert und Gaupp Vorb. vor § 191; Hell-mann 556 ff. Die Vorschriften des § 200 entsprechen den Art. 328—330 G.O.B., Art. 32, 92 W.D. Die Frist von einem halben Monat (vgl. Art. 328 G.O.B.), der C.P. unbekannt-würde, wenn bestimmt, nach den Umständen und dem in Rede stehenden Monate zu inter-pretiren sein. — Die Frist von einem Monate würde, wenn am 31. Jan. beginnend (§ 198), mit dem Ablaufe des 28. Febr. und im Schaltjahre mit dem 29. Febr., wenn mit dem 24. Jan. beginnend, mit Ablauf des 24. Febr. endigen (sofern nicht Abs. 2 modifizirt).

Die Frist eines Jahres ist an sich eine Frist von 12 Monaten; ein halbes Jahr sind 6 Monate, ein Vierteljahr 3 Monate. Diese Fristen sind dem Sprachgebrauche ent-sprechend ebenso wie Monatsfristen nach § 200 zu berechnen; die Jahresfrist endigt mit dem Ablaufe des wiederkehrenden Jahrestages. — Indes sind nicht alle Fristen-Vor-schriften der C.P. auf die in der C.P. selbst vorgeschriebenen Jahresfristen: §§ 212 Abs. 3, 549 Abs. 2 (580 Abs. 2), 835 Abs. 2, 870 Abs. 2 anzuwenden. Keine derselben ist mit dem Namen einer „Frist“ in der C.P. bezeichnet. Sie sind zwar nicht civilrechtliche Verjährungsfristen (wie Fitting, cit. A. 61, 417; v. Sarwey I, 296), sondern (außer der nicht die Thätigkeit der Parteien, sondern des Gerichts bestimmenden Magimalfrist des § 580 zur Aussetzung des Verfahrens in Ehefachen, vgl. Anm. 3 § 193) Präklusivzeit-räume für die Zulassung von Rechtsbehelfen (neuen Klagen). Die §§ 201, 202, was prak-tisch wichtig ist, finden darauf keine Anwendung, weil diese Vorschriften nebst dem gesamtem Abschnitte, §§ 198—204, Fristen in einem anhängigen Verfahren voraussetzen. Vgl. Anm. 2 am Schluß, Raffl. 23, 367 und (Ecclus) 739; Gaupp Vorb. B I 1 vor § 191, Seuffert Vorb. 4 vor § 191. Zu demselben Resultate der Unanwendbarkeit des § 201 auf Jahresfristen gelangen aus anderen Gründen Fitting a. a. O. und Lehrb. § 42 Rt. 14; v. Sarwey I, 296. Dagegen ist § 190 auch für Jahresfristen anwendbar. Vgl. Anm. 3 § 190.

2) Abs. 2 gilt auch für Tagfristen (§ 199), wie aus einer Vergleichung des R. § 225 hervorgeht. Hier war im Abs. 1 gesagt: „Eine Frist, welche nach Tagen bestimmt ist, endet mit Ablauf des letzten Tages der Frist.“ Dann folgte als Abs. 2 der jetzige Abs. 1 des § 200 und als Abs. 3 der Abs. 2 des § 200, so daß die Beziehung dieses letzteren auf Tagfristen unzweifelhaft war. Der C. 1 (§ 186) hat den ersten Absatz, offenbar als selbstverständlich, fortgelassen, wodurch die Beziehung des nunmehrigen Abs. 2 (früher Abs. 3) auf Tagfristen zwar verdunkelt worden ist, aber nicht beseitigt werden sollte. Das Gleiche gilt für Stundenfristen (D.O. Hamburg, S. A. 41, 363) und für Zwischenfristen, bei welchen der letzte Tag vor dem Termine bzw. des Zeitraums, innerhalb dessen zu han-deln ist, wenn er ein Sonntag oder allgemeiner Feiertag ist, außer Berechnung bleibt; Seuffert Anm. 3; a. M. Gaupp Anm. II für Zwischenfristen, weil sie nur die Zeit für die Vornahme des Zustellungsakts durch die betreibende Partei begrenzen und daher vom Terminstage ab rückwärts berechnet würden; aber die Zwischenfristen sind gerade für die Thätigkeit des Zustellungsempfängers gegeben und dieser muß sie von der Zustellung an vorwärts berechnen, um den letzten Tag, an dem er sich zu dem Termin vorbereiten oder prozessualisch handeln (z. B. die Klagebeantwortung aufstellen), kann, festzustellen, vgl. auch Anm. 1 § 201. — Darüber, welcher Tag allgemeiner Feiertag ist, vgl. Anm. 2 § 171. Entscheidend ist hier das Landesrecht des Ortes, an welchem die beschriftete Handlung zu bewirken ist; Petersen Anm. I 3; Seuffert Anm. 4; v. Sarwey I, 295; Gaupp Anm. II. — Nicht anwendbar ist Abs. 2 auf nichtprozessualische Fristen, z. B. auf die Frist des § 26 R.D. (R.G. 17, 328), ebensowenig auf die in Reichs- und Partikulargesetzen zur Bes-schreibung des Rechtsweges vorgeschriebenen Präklusiv- und Verjährungsfristen, Anm. 1 Abs. 2; vgl. z. B. preuß. Enteign.-Ges. v. 11. Juni 1874 §§ 30, 31 (R.G. 10. Juni 1892, S. 351); Gew.-Ord. § 100 d. Nr. 3, G.O.B. Art. 190 a, 222, 223; Gen.-Ges. 1. Mai 1889



§ 49; Gef. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890 § 72 Abs. 1 (mit dem hier gebrauchten, der C.P. entlehnten Ausdruck „Nothfrist“ hat man aber wohl eine nach der C.P. zu berechnende Nothfrist verstanden, ebenso im § 104 Gen.Gef. 1. Mai 1889).

### § 201.

Der Lauf einer Frist wird durch die Gerichtsferien gehemmt.<sup>1)</sup> Der noch übrige Theil der Frist beginnt mit dem Ende der Ferien zu laufen. Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt der Lauf der Frist mit dem Ende derselben.<sup>2)</sup>

Die vorstehenden Bestimmungen finden auf Nothfristen<sup>3)</sup> und Fristen in Feriensachen<sup>4)</sup> keine Anwendung.

Nothfristen sind nur diejenigen Fristen, welche in diesem Gesetz als solche bezeichnet werden.<sup>5)</sup>

R. 194. N. 226. 227. 219. P. 65—70. 112. 123—125. 533. 534.

1) **Gerichtsferien.** Vgl. OB. §§ 201—204 u. Telegraphengef. v. 6. April 1892 RStBl. 467 § 13; Alexander-Rap, Busch 7, 500 ff. Ueber die Unanwendbarkeit des Ferieneinflusses auf Jahresfristen s. Anm. 1 § 200. Auch die sonstigen (nicht in der C.P.) zur Erhebung von Klagen bestimmten Präklusivfristen und die sog. uneigentlichen Fristen vgl. Vorb. 4 vor § 191, Anm. 3 § 193, Anm. 2 § 200, unterliegen nicht der Hemmung durch die Gerichtsferien (OLG. Cassel, SA. 49, 356), sowie durch Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens § 226. Auf die nach (24) Stunden bestimmten Fristen den Ferieneinfluß nicht zu erstrecken (wie Fitting, civR. 61, 417), ist bei der allgemeinen Fassung des Abs. 1 kein Grund; Eccius, Raffr. 23, 739. Da § 201 keine Prozeßfrist ausnimmt, so ist er auch auf Einlassungs-, Ladungs-Fristen und die Fristen für vorbereitende Schriftsätze anwendbar; aR. Gaupp Anm. IV und Vorb. I 3 vor § 191, Seuffert Anm. 5. Gegen die von Gaupp geltend gemachten Gründe vgl. Anm. 2 § 200. Was Seuffert hervorhebt, daß innerhalb der Zwischenfristen eine der Mitwirkung des Gerichts bedürftige Prozeßhandlung nicht vorzunehmen sei, ist nicht entscheidend, weil die Gerichtsferien nicht bloß für die Gerichte, sondern zu Gunsten aller Beteiligten eingeführt sind, vgl. Anm. 1 § 201 OB. — „Auf das Mahnverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren und das Konkursverfahren sind die Ferien ohne Einfluß“, OB. § 204, mithin auch auf die Fristen in diesen Verfahren, so §§ 632, 637.

2) Soweit die Gerichtsferien auf den Fristenlauf Einfluß haben, wird die Ferienzeit nicht mitgerechnet. Die Frist soll während der Ferien weder beginnen noch endigen, noch laufen. Hat sie vor den Ferien begonnen, so sind die Tage, welche im Falle des Fortlaufens der Frist noch in den Ferien fallen würden, „der noch übrige Theil der Frist“ nach dem Ende der Ferien nachzuholen. Die Ferien „beginnen am 15. Juli und endigen am 15. Sept.“; sowohl der 15. Juli als der 15. Sept. sind also Ferientage. Hat eine Frist von einem Monate am 11. Juli begonnen (§ 198), welche daher ohne Ferien mit dem Ablaufe des 11. August beendet sein würde, so läuft die Frist statt der in den Ferien fallenden 28 Tage noch während der 28 Tage nach dem 15. Sept., also bis zum Ablaufe des 13. Okt., und falls dies ein Sonntag ist, gemäß § 200 Abs. 2 bis zum Ablaufe des 14. Okt., vgl. OLG. Dresden, Busch 7, 100. — Fällt der Anfang der Frist in die Ferien, so beginnt sie mit dem 16. Sept., da der Ablauf des 15. Sept. erst das „Ende der Ferien“ ist (Mot. 163: „mit dem ersten Tage nach den Ferien“).

3) **Nothfristen** in allen Sachen und alle Fristen in Feriensachen werden durch die Ferien nicht gehemmt, und beginnen auch während der Ferien, Anm. 1 OB. § 202. Ueber die Anzulässigkeit einer Vereinbarung über Nothfristen s. Anm. 5.

4) **Feriensachen** sind sowohl die gesetzlich in OB. § 202 Abs. 2 Nr. 1—6 und im Telegr.Gef. v. 6. April 1892 § 13 der Art nach bestimmten, als auch die gemäß OB. § 202 Abs. 3 durch Gerichtsbeschluß oder Verfügung des Vorsitzenden auf Antrag als Ferien-

sachen bezeichneten. In den letzteren Sachen sind die Fristen vor dem Erlasse des Beschlusses noch keine Fristen in Feriensachen. Der Beschluß ist, wenn während der Ferien erfolgt, da ein Termin, also auch eine Verkündung in Nichtferiensachen während der Ferien ausgeschlossen ist (C.B. § 202 Abs. 1), von Amtswegen zuzustellen (§ 294 Abs. 3). Mit dieser Zustellung (§ 198 Abs. 1) wird die Frist, wie sonst im Falle des Abs. 1 mit dem 16. Sept., begonnen bzw. fortgesetzt. — Fristen in Feriensachen können durch Vereinbarung verlängert, § 202 Abs. 1, und ihre Versäumung kann durch Unterlassung einer Rüge nach § 267 geheilt werden.

5) Abs. 3 ist Zusatz der Borf. Die Bestimmung hat hier ihre Stelle gefunden, weil hier zum ersten Male die Nothfristen erwähnt sind.

Die Nothfristen sind nur die sieben der §§ 304, 477, 514, 540, 549, 835, 870. Vgl. Borf. vor § 191 und Anm. zu §§ 190, 213, 239. Als Nothfrist bezeichnet ist auch die im § 104 Gen. Ges. 1. Mai 1889 für die Erhebung der Anfechtungsklage gegen die vollstreckbar erklärte Berechnung festgesetzte Frist von einem Monat, sowie die im § 71 Abs. 1 Ges. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890 für die Erhebung der Klage gegen die Entscheidung des Gemeindevorsethers festgesetzte Frist von zehn Tagen. Keine Nothfristen sind dagegen die in Art. 190 a, 222, 223 C.B., § 49 Gen. Ges. 1. Mai 1889 festgesetzten Präklusivfristen, vgl. Anm. 1. Abgesehen von § 304 Abs. 2 sind die Nothfristen gesetzliche Fristen. Charakteristisch ist für sie: 1. daß sie durch die Gerichtsferien nicht beeinflusst werden, § 201 Abs. 2; 2. daß sie durch Partevereinbarung nicht verlängert oder verkürzt und überhaupt nicht beeinflusst werden können, §§ 202 Abs. 1, 228 Abs. 1; 3. daß gegen die Versäumung das Prozeßmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 211 ff. gegeben ist; 4. aus dem der Ausschließung des Einflusses der Partevereinbarung, §§ 202, 228, zu Grunde liegenden Prinzipie der Berücksichtigung im öffentlichen Interesse (R. 164) folgt ferner allgemein, daß die Wahrung der Nothfristen von Amtswegen zu prüfen ist, was theilweise (nämlich außer für die Fälle der §§ 835, 870) ausdrücklich vorgeschrieben ist, §§ 306, 497, 529, 537, 552, und daß ein Parteiverzicht oder die Unterlassung einer Rüge, § 267, unwirksam ist. Dies gilt also auch hinsichtlich der Einflußlosigkeit der Ferien.

## § 202.

Durch Vereinbarung der Parteien<sup>1)</sup> können Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen,<sup>2)</sup> verlängert oder abgekürzt werden.

Auf Antrag können richterliche und gesetzliche Fristen abgekürzt oder verlängert werden, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen jedoch nur in den besonders bestimmten Fällen.<sup>3)</sup>

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

R. 195. N. 228. 229. 234. P. 75. 534. 535.

1) Für die §§ 202—204 ist die gesetzliche Bescheinigungs-Borschrift für den Rechtsstreit betr. das Telegraphen-Gesetz v. 6. April 1892, RStBl. 467, § 13 zu berücksichtigen. — Die Vereinbarung über Verlängerung oder Abkürzung von Fristen ist eine Prozeßhandlung, zu welcher der Prozeßbevollmächtigte durch seine Vollmacht auch ohne besondern Auftrag seines Rechtgebers befugt ist; dem Anwalt kann diese Befugniß auch für den Anwaltsprozeß von der Partei nicht entzogen werden, §§ 77, 79. Eine Form der Vereinbarung ist nicht vorgeschrieben; die civilrechtlichen Vorschriften über Vertragsformen sind für die Prozeßregeln nicht anwendbar. Es genügt daher auch eine mündliche, sowie eine sog. stillschweigende Vereinbarung durch konkludente Handlungen. Die Rüge der Fristversäumniß ist, soweit eine Vereinbarung zulässig ist, also mit Ausnahme von Nothfristen, ein Einwand, auf welchen die Partei verzichten kann und welcher bei nicht zeitiger Geltendmachung präkludirt wird, § 267. — Ueber die Unanwendbarkeit des § 202 (einschließl. Abs. 1) auf die Jahresfristen der C.B. vgl. Anm. 1 § 200. Hinsichtlich der für die Ge-

richtshätigkeit bestimmten „uneigentlichen“ Fristen (vgl. Vorb. 4 vor § 191, Anm. 3 § 198) versteht sich die Unanwendbarkeit von selbst.

2) Rothfristen können als „Gegenstand der öffentlichen Ordnung“ Rot. 164, selbst durch Vereinbarung der Parteien nicht abgekürzt oder verlängert werden. Ein Antrag, Rothfristen für verlängersfähig zu erklären, ist von der R.R. abgelehnt, P. 534. Außer den Rothfristen ist auch die Frist des § 212 (Abs. 2) daselbst für nicht verlängersfähig erklärt. Vgl. §§ 206—216.

Folge der Ungültigkeit der Vereinbarung ist, daß sie unwirksam und auch ohne Einwand des Gegners nicht zu berücksichtigen ist; ein Verzicht auf den Einwand ist unzulässig. AR. Siebenhaar 221.

3) Ueber den Unterschied der gesetzlichen und richterlichen Fristen s. Vorb. 4 § 191. Die einzigen Vorschriften, welche eine Aenderung gesetzlicher Fristen auf Antrag zulässig erklären, sind zu Gunsten einer Abkürzung in § 204, einer Verlängerung (auch ohne Antrag) in § 189 Abs. 1, und einer Verlängerung oder Abkürzung in § 125 Abs. 2 enthalten. Die Vorschriften der §§ 234 Abs. 2 und 304 Abs. 2 betreffen nicht eine Verlängerung oder Abkürzung gesetzlicher Fristen, sondern ordnen nur für einen singulären Fall die anderweite Normirung derselben durch richterliche Bestimmung an.

Nach Ablauf der Frist kann eine „Verlängerung“ derselben wirksam nicht beantragt werden (dies ist durch den Ablauf unmöglich geworden), sondern nur die Bewilligung einer neuen. Inbeß kann auf einen schon vor dem Ablaufe der Frist gestellten Antrag nachher die damit ex tunc wirkende Verlängerung bewilligt werden. — Das Verfahren für einen Antrag gemäß Abs. 2 bestimmen §§ 203, 204. Zu entscheiden hat das Gericht, soweit nicht dem Vorsitzenden desfallsige Befugnisse eingeräumt sind, vgl. Anm. 1 § 204. Voraussetzung ist die Glaubhaftmachung (§ 266) erheblicher Gründe. Vgl. inbeß Anm. 1 Schluß § 204.

### § 203.

Ueber das Gesuch um Abkürzung oder Verlängerung einer Frist kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden.<sup>1)</sup>

Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung darf nur nach vorgängigem Gehör des Gegners bewilligt werden.<sup>2)</sup>

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen das Gesuch um Verlängerung einer Frist zurückgewiesen ist, findet nicht statt.<sup>3)</sup>

R. 196. N. 230. P. 75. 535.

1) Vgl. über „Gesuch“ und fakultative m.B. Vorb. 1 vor § 119. Das Gesuch unterliegt im Anwaltsprozeße dem Anwaltszwange, § 74, im Parteiprozeße kann daselbe zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden, § 463.

2) Ueber die Formen des nothwendigen Gehörs ohne m.B. s. Vorb. 1 vor § 119. Eine nach Abs. 2 erfolgte Bewilligung kann der Beurtheilung höherer Instanz gemäß §§ 473, 511 unterbreitet werden, Endemann I, 601; Peterfen Anm. II, 5; Strudmann-Roch Anm. 3; bezugleich als Justizverzögerung im Disziplinarwege gerügt werden. Dagegen ist eine Beschwerde nach § 530 nicht zulässig, selbst wenn die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung ohne vorheriges Gehör des Gegners erfolgt sein sollte, Gaupp Anm. III, Seuffert Anm. 3; Kammergericht 2. Dez. 1889, Busch 15, 405 und besonders Schulzenstein daselbst 405 ff., vgl. auch analog R.G. 15, 422. — Für die Frage, ob eine „wiederholte“ Verlängerung vorliegt, ist auch eine vereinbarte Verlängerung als erste zu rechnen; im Abs. 2 ist nicht über eine wiederholte Bewilligung, sondern über eine wiederholte Verlängerung bestimmt, Gaupp Anm. II; Seuffert Anm. 2; a.R. v. Sarwey I, 299. — Eine Ausnahme vom Abs. 2 enthält § 204 Abs. 3.

3) Durch Abs. 3 wird gegen die Zurückweisung einer Verlängerung sowohl die sonst nach § 530 zulässige Beschwerde, als auch die Beurtheilung in höheren Instanzen gemäß §§ 473, 511 ausgeschlossen. Wegen die Zurückweisung eines Gesuchs auf Abkürzung

ist Beschwerde nach § 530 zulässig. Das Begehren einer Partei, den von der Gegenpartei gestellten Antrag auf Verlängerung zurückzuweisen, ist jedoch kein Gesuch um Abkürzung; überhaupt kein das Verfahren betreffendes „Gesuch“ im Sinne des § 530, vielmehr nur ein Widerspruch gegen das Gesuch der anderen Partei; Schulkenstein a. a. O. 411 ff.

### § 204.

Einlassungsfristen, Ladungsfristen sowie diejenigen Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind, können auf Antrag abgekürzt werden.<sup>1)</sup>

Die Abkürzung der Einlassungs- und der Ladungsfristen wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß in Folge der Abkürzung die mündliche Verhandlung durch Schriftsätze nicht vorbereitet werden kann.<sup>2)</sup>

Der Vorsitzende kann bei Bestimmung des Termins die Abkürzung ohne vorgängiges Gehör des Gegners und des sonst Betheiligten verfügen; diese Verfügung ist dem Betheiligten abschriftlich mitzutheilen.<sup>3)</sup>

R. 197. N. 231. P. 75. 535.

1) Vgl. Vorb. 2 Abs. 2; Vorb. 4 vor § 191; Anm. 1 § 202. — Die Vorschriften des § 204 dienen wesentlich als Surrogat besonderer Bestimmungen in schleunigen Sachen. Der „Antrag“ kann auf der Klage bzw. der ersten Ladung vermerkt sein, Rot. 164 § 197. Auch der Termin selbst kann als Endpunkt der Fristen bestimmt werden.

Nach der Natur der hier behandelten Fristen sind vom § 204 hauptsächlich Fälle betroffen, in welchen zugleich bei der Terminsbestimmung, Abkürzung der Fristen erbeten wird. In der Regel, namentlich bei Einleitung des Rechtsstreits oder einer Instanz hat der Vorsitzende über den Abkürzungsantrag zu befinden, Abs. 3. Sofern indeß in einem Prozesse das Prozeßgericht darüber zu entscheiden hat, ob ein neuer Termin anzuberaumen ist (so auf Vertagungsanträge, bzw. nach § 300 und bei Beschließung eines Termins von Amtswegen, § 206), hat auch das Gericht die Entscheidung über den Antrag auf Fristabkürzung zu treffen. Die Bestimmung des Terminstages bleibt nach den aus den §§ 127 Abs. 3, 193, 204 Abs. 3 hervorgehenden Prinzipien immer Sache des Vorsitzenden.

Die Abkürzung kann nur auf Antrag erfolgen, nicht von Amtswegen. Eine Abkürzung ohne Antrag (auch für eine Ladungsfrist in verkündeter Entscheidung, Anm. 1 § 195) ist unwirksam und begründet kein Versäumnisurtheil. Wegen die Zurückweisung eines Antrags ist nach § 530 Beschwerde zulässig. Vgl. Kammerger., Busch 16, 151. Eine richterliche Verlängerung der Fristen ist nach § 202 Abs. 2 auch auf Antrag nicht zulässig, wenngleich gerichtsseitig indirekt durch die Terminsbestimmung auf die Dauer der Frist ein gewirkt werden kann. Die Fristen sind (außer den Ausnahmefällen der §§ 217, 234, 304, 459, 481, 517) gesetzliche Fristen und können in den Regelfällen gegen § 202 Abs. 2 nicht durch richterliche Verlängerung zu richterlichen gemacht werden (wie v. Sarwey I, 298, 300 meint); die „dogmatische“ Subsumtion der Fristen unter die richterlichen in den Rot. hat keinen Gesetzesdruck erhalten; Vorb. 4 vor § 191.

Für die hier behandelten Zwischenfristen ist § 204 lex specialis, und da hier nicht wie in § 202 Abs. 2 eine Glaubhaftmachung erheblicher Gründe verlangt ist, bleibt die Bewilligung dem freien richterlichen Ermessen überlassen.

2) Abs. 2 ist von der Vorb. dem C. 1 § 190 und R. § 231 hinzugefügt, um die Bezugnahme auf ein entgegenstehendes Recht auszuschließen. Der Geladene muß im Termine zur Vermeidung der Versäumnisfolgen erscheinen. Wenn sich dann herausstellt, daß in der That eine genügende Vorbereitung unmöglich war, so ist der Termin zu vertagen, Rot. 164.

3) Die im Abs. 3 dem Vorsitzenden für die hier bezeichneten Fristen ertheilte Befugniß ist eine Ausnahme von dem § 203 Abs. 2, und kann nach § 302 hinsichtlich der Wirkung vom Gerichte wieder beseitigt werden.

Die in Abs. 3 verlangte Mittheilung ist obligatorisch; bei ihrer Unterlassung kann ein Verkümmniskurtheil nicht erlassen werden, Buchelt I, 488. Die Mittheilung hat in derselben Weise zu erfolgen wie der Schriftsatz, auf welchem die Terminbestimmung verfügt wird. Der Ladende, § 191, hat die Verfügung als zur Terminbestimmung gehörig („bei“) mitzutheilen; indem hierdurch § 294 Abs. 3 modifizirt wird. Ebenso im Falle des § 234 Abs. 2; Meyer Zustell. 28, 29, 35; Strudmann-Roch Anm. 4. Wird bei Verkündung eines Termins, zu welchem die abwesende Partei besonders zu laden ist (§§ 300 Abs. 2, 578 Abs. 2), die Ladungsfrist abgekürzt, so hat die ladende Partei dem Gegner Abschrift des Beschlusses (Protokolls) mitzutheilen, und daß dies geschehen ist, in dem neuen Termine — zur Erwirkung eines Verkümmniskurtheils und zur Vermeidung wiederholter Vertagung — durch die Zustellungsurkunde nachzuweisen.

### § 205.

Die Parteien können die Aufhebung eines Termins vereinbaren.<sup>1)</sup>

Wird die Verlegung eines Termins beantragt, so finden die Bestimmungen über Verlängerung einer Frist entsprechende Anwendung.<sup>2)</sup>

R. 198. N. 232. P. 75. 535.

1) Die Terminsänderung auf Parteiverlangen wird im § 205 behandelt (Abs. 1 setzt den Willen beider Parteien voraus, Abs. 2 den Antrag einer Partei oder beider); die Ansetzung neuer Termine von Amtswegen im § 206. Die Zulassung der Parteivereinbarung über die Aufhebung eines Termins ist Folge des im § 228 ausgesprochenen Grundsatzes, daß die Parteien über das Ruhen und Fortsetzen des Verfahrens zu bestimmen haben. Sie entspricht der für Fristen im § 202 Abs. 1 gegebenen Vorschrift und bezieht sich auf alle Termine, auch auf die zur Beweisaufnahme, zur Verkündung von Entscheidungen oder sonst von Amtswegen angeetzten Termine. Für das Gericht wird die Vereinbarung erst durch die Anzeige beider Parteien wirksam; erfolgt eine solche, so muß das Gericht den Termin aufheben und die etwa betheiligten Dritten benachrichtigen, § 294 Abs. 3. Vorausgesetzt ist eine Vereinbarung aller Parteien bzw. Streitgenossen; die Zustimmung des Nebenintervententen ist bei seiner Stellung zur Partei, falls er nicht als Streitgenosse gilt, nicht nöthig, §§ 64, 66; Anm. 1 § 64. Für die Form der Vereinbarung ist keine Vorschrift gegeben, und rücksichtlich des Verhältnisses der Parteien unter einander keine Form nöthig. Wird mit der Anzeige der Vereinbarung über die Aufhebung zugleich ein Antrag auf Anberaumung eines neuen Termins gestellt, so ist auf diesen Antrag gerichtsseitig zu bestimmen; er kann indeß nach § 193 nicht abgelehnt werden. Die den Parteien beigelegte Befugniß, die Aufhebung eines Termins zu vereinbaren, hindert die Anwendung des § 90 und die im § 48 ORO. zugelassene Auferlegung von Strafkosten; da von einer Verkümmung oder Schuld der Parteien da nicht die Rede sein kann, wo sie nur von ihrem Rechte Gebrauch machen. Vgl. R. O. 30. April 1884, KassR. 28, 1179; Allg. Verf. 23. Sept. 1887, JWB. 257; Anm. 4 § 90.

2) Abs. 2 betrifft nur die vorher beantragte Verlegung eines Termins, nicht die Vertagung oder Fortsetzung der mB. Vgl. Anm. 1 § 206. Der vom Richter bestimmte Termin steht nicht einer gesetzlichen, sondern einer richterlichen Frist gleich, und es sind also die über Verlängerung richterlicher Fristen gegebenen Vorschriften der §§ 202, 203 anwendbar. Danach sind erhebliche Gründe glaubhaft zu machen, § 202 Nr. 2, und ist eine Beschwerde weder über Zurückweisung des Gesuchs, § 203 Abs. 3, R. O. 13. Febr. u. 16. Sept. 1890, JWB. 79, 332, noch über Bewilligung desselben zulässig; § 530, R. O. 15, 422. Wird der Antrag von beiden Parteien gestellt und ein früherer Termin nicht beantragt oder der Antrag so spät gestellt, daß nur ein späterer Termin anberaumt werden kann (vgl. Anm. 1 am Schlusse), so erübrigt sich durch diese Sachlage das Erforderniß der Glaubhaftmachung von Gründen. Die Entscheidung darüber, ob verlegt werden soll (abgesehen von einer Vereinbarung gemäß Abs. 1), steht dem Gerichte zu; Anm. 3 § 202. Die Bestimmung des Terminstages bleibt gemäß dem aus Rücksichten des gerichtlichen Geschäftsbetriebes

offenbar allgemeinen Grundsatz (§§ 127 Abs. 3, 193 Abs. 2, 326) Sache des Vorsitzenden; Peterfen Anm. II 3.

Die Rückverlegung auf einen früheren Termin ist keine Verlängerung, sondern eine Abkürzung der Frist bis zu demselben, und ist darauf eine „entsprechende“ Anwendung der Bestimmungen über Fristverlängerung sinngemäß nicht möglich; also auch nicht Abs. 2 § 205, sondern § 203 Abs. 2, geeignetenfalls § 204 Abs. 3, anwendbar; Struckmann-Roch Anm. 2; v. Sarwey I, 303; Puchelt I, 489; Gaupp Anm. II; Seuffert Anm. 2; aM. Sellmann I, 568; Kleinert I, 656. Gegen Zurückweisung eines Besuchs um Rückverlegung eines Termins ist Beschwerde nach § 530 zulässig, Anm. 3 § 203; Busch 16, 151.

### § 206.

Die Verlegung eines Termins, die Vertagung einer Verhandlung und die Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung kann auch von Amtswegen erfolgen.<sup>1)</sup>

R. 199. N. 232. P. 75. 535.

1) Eine Verlegung des Termins erfolgt, wenn vor demselben ein neuer bestimmt wird, eine Vertagung der Verhandlung, wenn im Termine, also nach dem Aufrufe der Sache, § 197 Abs. 1, vor dem Eintritte in die sachliche Verhandlung (v. Bülow Anm. I u. Seuffert Anm. 1; R. 23, 369) ein neuer Termin bestimmt wird. Ein Termin zur Fortsetzung der Verhandlung (§ 127 Abs. 3) wird anberaumt, wenn verhandelt ist, die Verhandlung aber nicht zu einem Endurtheil geführt hat (vgl. §§ 297, 335, DRG. Cassel, SM. 47, 79), dergestalt, daß das Verhandelte in dem ferneren Termine als Theil der Gesamtverhandlung gilt, falls nicht ein Wechsel im Richterpersonal eingetreten ist, § 280; vgl. Vorb. 3 vor § 119; Gaupp Anm. I; Seuffert Anm. 1; Struckmann-Roch Anm. 2 § 90; Endemann I, 604; Meyer, KassR. 28, 707 ff.; Barthhausen, Busch 12, 321. — In allen Fällen des § 206 ist eine Beschwerde über Beschlüsse nach § 530 unzulässig, R. 15, 422; 16. Sept. 1890, ZM. 333. Hinsichtlich der durch eine Partei verschuldeten Kosten sind § 90 und DRG. § 48 anwendbar. — Der § 206 behandelt nur Anordnungen von Amtswegen. Darüber, ob eine Verlegung, Vertagung oder Fortsetzung stattfinden soll, hat das Gericht zu beschließen, nicht der Vorsitzende, welchem die G. P. hierzu keine Befugniß ertheilt hat; v. Sarwey I, 304; Peterfen Anm. II 3; Seuffert Anm. 2. (AM. für eine Fortsetzung gemäß § 127 Abs. 3 Gaupp Anm. II; für jede Fortsetzung und Verlegung Struckmann-Roch Anm. 1.) Die Bestimmung des neuen Terminstages bleibt in allen Fällen Sache des Vorsitzenden. Vgl. Anm. 2 § 205; Struckmann-Roch Anm. 1; Peterfen Anm. II 3. AM. v. Sarwey I, 304, 305. Die im Termine beschlossene Vertagung oder Fortsetzung ist zu verkünden, § 294 Abs. 1. Wegen der Ladung von Amtswegen bei einer außerhalb der m. B. erfolgenden Anberaumung von Terminen, wozu insbesondere § 335 gehört, vgl. Vorb. 1 vor § 191 und §§ 195, 294 Abs. 3. Die Ladung muß die für jede Ladung vorgeschriebenen Erfordernisse (§§ 191, 192 und Anm.) enthalten, Mot. 159.

Eine wesentliche Beschränkung des § 206 enthält § 302.

### § 207.

Die in diesem Titel dem Gericht und dem Vorsitzenden beigelegten Befugnisse stehen dem beauftragten oder ersuchten Richter<sup>1)</sup> in Bezug auf die von diesen zu bestimmenden Termine und Fristen zu.

R. 200. N. 233. P. 75. 535.

1) Vgl. Anm. 2 § 74, ferner (über Beschwerden) §§ 539, 540.

### Vierter Titel.

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

Folge der natürlichen Voraussetzung, daß Jeder mit Bewußtsein handelt und schweigt, ist der Grundsatz: wer etwas unterläßt („versäumt“), muß erwarten, daß das Unterlassene

nicht berücksichtigt wird. Dies hat im Gegensatz zu den gemeinrechtlichen Wiederholungen und Fristen die neueren Prozeßgesetzgebungen und die C.P. zu peremptorischen Terminen und Fristen geführt. (Ausnahmen: §§ 59 Abs. 1, 209 Abs. 2, 316 Abs. 1, 578 Abs. 1, 611, 620, 624, 626.) Folge der entscheidenden Bedeutung der m.B. ist ferner die Annahme, daß die Partei, welche überhaupt die ganze m.B. versäumt, darauf verzichten will. Es erfolgt dann ein die ganze Klage umfassendes Versäumniskurtheil; das Gesetz verlangt dazu indeß einen Antrag des Gegners, §§ 295, 296. Bei Versäumung einzelner Prozeßhandlungen, Erklärungen, Fristen, Termine zc. ist in der Regel weder ein Antrag des Gegners, noch eine vorgängige Androhung der Rechtsnachteile für deren Eintritt nöthig, §§ 208, 209. Die sachlichen Bestimmungen darüber, was durch Unterlassung von Prozeßhandlungen versäumt wird, gehören in die Lehre vom Verfahren, Buch 2, 3.

Die C.P. kennt als allgemeines Hülfsmittel gegen die Folgen der Versäumung nicht die gemeinrechtliche (im preuß. Verfahren längst beseitigte) Restitution, welche die Motivirung einer Entschuldbarkeit zur Voraussetzung hatte, aber lax behandelt die Quelle von Verschleppungen wurde. Die C.P. gewährt aber:

1. gegen Versäumniskurtheile nach Analogie der französischen, auch in die Hannov. P.D. übergegangenen Opposition den Einspruch, welcher keiner Motivirung bedarf, lediglich vom Entschlusse der versäumenden Partei abhängt und die Wiedereröffnung der Verhandlung behufs Nachholung des Versäumten in derselben Instanz bezweckt; — der Einspruch ist nebst den Versäumniskurtheilen in §§ 295—312 behandelt;

2. gegen Versäumnisse einiger Prozeßhandlungen je nach den Umständen die nachträgliche Zulassung bis zur Entscheidung, meistens jedoch nur, wenn bestimmte Entschuldigungsgründe glaubhaft gemacht werden; die Fälle sind im Zusammenhange mit dem Verfahren zu erörtern: §§ 44 Abs. 4, 247, 319, 332, 339, 367, 398, 490, 493, 869; vgl. über prozeßuale Nachholungen Ue, Buch 10, 72 ff.;

3. gegen versäumte „Nothfristen“ unter Ausschließung anderer Hülfsmittel eine Restitution behufs wirksamer Nachholung in derselben Instanz bei Glaubhaftmachung einer Verhinderung durch unabwendbare Zufälle; diese „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand“ ist nach Voranstellung einiger allgemeiner Grundsätze über Versäumungen (§§ 208 bis 210) in den §§ 211—216 behandelt. Rot. 165—169.

## § 208.

Die Versäumung einer Prozeßhandlung<sup>1)</sup> hat zur allgemeinen<sup>2)</sup> Folge, daß die Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung ausgeschlossen wird.

R. 201. M. 284. P. 76. 535.

1) Die Versäumung, von welcher dieser Titel handelt, ist nur die Versäumung einer Partei. Weder die Versäumungen von Zeugen und Sachverständigen, wofür die §§ 345 ff., 367 sedes materiae sind, noch die des Richters bzw. der Gerichtspersonen, welche den Disziplinarvorschriften oder dem § 97 unterliegen, kommen hier in Frage. Die Versäumung einer Prozeßhandlung seitens der Partei liegt vor, wenn sie dieselbe in der zulässigen Zeit nicht vornimmt, gleichgültig, ob die Unterlassung eine absichtliche oder unabsichtliche, und durch welche Gründe oder Ursachen sie herbeigeführt ist. Verweigerung ist ausdrücklich absichtliche Versäumung. Der Grundsatz des § 208 gilt, wie jede Prozeßvorschrift, soweit nicht eine Ausnahme (so § 120) davon ausdrücklich bestimmt ist, vgl. Abw. von R. § 284 im C. 1 § 193 und B.C. § 201. Er gilt also außer den immerhin wichtigsten Versäumungen eines Termins oder einer Frist auch hinsichtlich solcher Prozeßhandlungen, welche ohne Zeitgrenze eine Vorbedingung anderer Akte oder Wirkungen sind (Endemann I, 610), mit der Folge, daß die letzteren erst bei Nachholung des Unterlassenen zulässig sind. Vgl. §§ 671, 672. Wann eine Prozeßhandlung versäumt ist, enthalten die Bücher vom Verfahren, Buch 2 ff. Ueber Nachholung in der Berufungsinstanz vgl. insbes. § 493. — Eine fernere allgemeine Folge der Versäumnis ist, daß auch dann, wenn die Nachholung des Versäumten gestattet ist, der Versäumende — theilweise unter Berücksichtigung des Verschuldens — die verursachten Kosten zu tragen hat; §§ 90, 309, 216 Abs. 3.

2) Neben der „allgemeinen Folge“ bestehen die besonderen Folgen, welche für einzelne Arten von Veräumnungen je nach der Sachlage vorgeschrieben sind, so die Annahme eines Zugeständnisses, §§ 129, 296, eines Verzichts auf die Klage, § 295, einer Genehmigung, §§ 81, 763, der Anerkennung von Urkunden, §§ 392, 404, der Eidesweigerung, §§ 417, 429, 430, der Feststellung eines Beweisresultats, § 504 Abs. 2, der Zurücknahme des Widerspruchs, § 767 zc. Vgl. Verzeichnisse bei Seuffert Anm. 2, Hellmann I, 535 ff. Für den nicht veräumnenden Streitgenossen hat die Veräumnung des veräumnenden Streitgenossen keine Folgen, vgl. §§ 58, 59. — Soweit das Verfahren eine Bornehme der veräumneten Prozeßhandlungen noch gestattet, kann im Allgemeinen der Gegner der veräumnenden Partei auf die Folgen der Veräumnung verzichten und wird der Verzicht mit rechtzeitiger Unterlassung der Rüge nach § 267 präkludirt. Die Veräumnung der Rechtsfristen dagegen ist mit Rücksicht auf ihren Charakter durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht nicht zu beseitigen, § 202 und Anm. 5 § 201.

Andere als die gesetzlichen Nachtheile können mit prozessualischer Wirkung auch vertragsmäßig (außer einem schiedsrichterlichen Verfahren, § 860 Abs. 2) von den Parteien nicht bestimmt werden, da ein vereinbarter (Konventional-) Prozeß nicht zulässig ist, die Vereinbarung vielmehr für das Prozeßverfahren nur in den ausdrücklich gestatteten Grenzen Wirkung hat. Vgl. Vorb. 4 vor § 230.

### § 209.

Einer Androhung<sup>1)</sup> der gesetzlichen Folgen der Veräumnung bedarf es nicht; dieselben treten von selbst ein, sofern nicht dieses Gesetz einen auf Verwirklichung des Rechtsnachtheils gerichteten Antrag<sup>2)</sup> erfordert.

Im letzteren Falle kann, so lange nicht der Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über denselben geschlossen ist, die veräumnete Prozeßhandlung nachgeholt werden.<sup>3)</sup>

R. 202. N. 235. 236. P. 75. 535.

1) Weber die allgemeinen, noch die besonderen Folgen der Veräumnung brauchen vorher angedroht zu werden, um gegen die Parteien (Anm. 1 § 208) wirksam zu sein. Jeder muß die Gesetze kennen oder sich nöthigenfalls danach erkundigen; es ist keine Sache, was er thun und lassen will. Die Mot. 169, 170 erkennen in der Unterlassung einer Androhung, welche die Streitigkeiten über die Androhung und Ausführung richtiger und unrichtiger Verwarnungen abschneidet, einen Ausfluß der Verhandlungsmagime. — Ausnahmeweise ist zur Wirksamkeit von Folgen einer Parteiveräumnung eine Androhung beim Mahnverfahren, § 632, und bei öffentlichen Aufgeböten, §§ 824 Nr. 3, 841, vorgeschrieben. Der § 632 betrifft allerdings (gegen Endemann I, 611) die Veräumnung einer Prozeßhandlung: des Widerspruchs; v. Bülow Anm. 1. Die Androhung der Folgen einer Zuwiderhandlung gegen die Pflicht zur Unterlassung oder Duldung von Handlungen im Zwangsvollstreckungsverfahren (Strafandrohung) schreibt § 775 vor. Ohne Androhung der Folgen wird die ausdrückliche vorgängige Aufforderung zur Erklärung in den Fällen der §§ 420, 468 und eine Befehlung über die Unzuständigkeit in § 465 vorgeschrieben.

2) Auch ein Antrag ist sowohl hinsichtlich der allgemeinen als der besonderen Folgen („der gesetzlichen Folgen“ Abs. 1) nur nöthig, wo dies bestimmt ist. Die Nothwendigkeit eines Antrags ist jedoch für die hauptsächlichste Veräumnung, nämlich der Termine zur m. B. und deren Analogien vorgeschrieben, vgl. §§ 295, 296, 312, 105, 144, 217, 223, 318, 430, 504, 520, 563, 578, 611, 620, 626, 639, 767, 829.

3) Der „Antrag“ ist in der als Regel vorausgesetzten m. B. zu stellen; die schriftliche Einreichung eines Antrags genügt nicht; Mot. 170, Vorb. 3 vor § 119. Nur da, wo das Verfahren selbst eine m. B. nicht voraussetzt, genügt der Antrag (Gesuch) außerhalb einer solchen, § 639. Im § 105 ist indeß (gegen Kleiner I, 663 Anm. 7) allerdings eine m. B. vorausgesetzt: Entscheidung über Zurücknahme der Klage oder über ein Rechtsmittel,



desgleichen in Art. 190a, 222 §OB. Aus dem Grundsätze, daß erst mit dem Schlusse der m.B. veräuimt wird (§§ 197, 251), folgt die Zulässigkeit der Nachholung bis dahin (entsprechend im Mahnverfahren bis zur Verfügung des Vollstreckungsbefehls und im Aufgebotsverfahren bis zur Erlassung des Ausschlußurtheils); *NR.* 24, 429. Anwendungen und Ausdehnungen des Grundsatzes s. §§ 105, 634, 639, 828.

## § 210.

Auf Grund der den Minderjährigen und den ihnen gleichgestellten Personen als solchen zustehenden Rechte findet die Aufhebung der Folgen einer Veräumung nicht statt.<sup>1)</sup>

Insofern die Aufhebung der Folgen einer unverschuldeten Veräumung zulässig ist, wird eine Veräumung,<sup>2)</sup> welche in der Verschuldung<sup>3)</sup> eines Vertreters ihren Grund hat, als eine unverschuldete nicht angesehen.

*E.* 203. *N.* 287. 288. *P.* 75. 535.

1) Die gemeinrechtliche Restitution für Minderjährige und Gleichgestellte (Wegell § 53 E. 678 ff.; Windscheid I § 117) ist hierdurch aufgehoben. In Betreff der Aufhebung aller Folgen einer Veräumung, sowohl einer direkten Nachholung als auch einer Begründung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß §§ 211 ff. (Endemann I, 613) ist die *restitutio minorum* beseitigt.

Daß außerdem auch die Restitutionsgründe der früheren Prozeßrechtssysteme (Zwang, Irrthum, Betrug, Abwesenheit) in Betreff ihrer prozessualischen Wirksamkeit fortfallen, soweit eine solche nicht nach dem Systeme der *CP.* §§ 211 ff. oder als Verläßlichkeit von Entschuldigungsgründen für eine nachträgliche Zulassung von Prozeßhandlungen gestattet ist, *Wob.* 2 vor § 208, folgt schon aus der Aufhebung der früheren Prozeßgesetze und der Neuordnung der *CP.*, § 13 *EO.*, *Gaupp* Anm. I; *Petersen* Anm. 1; *Seuffert* Anm. 2. *MR.* Hellmann I, 581. Die sonstigen Restitutionsvorschriften des bürgerlichen Rechts für Minderjährige und Gleichgestellte, z. B. hinsichtlich der Verjährung, *MR.* I, 9 §§ 537 ff., 594, werden durch die Ausschließung der prozessualischen Restitution nicht berührt; *Rot.* 170.

2) Die Veräumung des Vertreters gilt (abweichend vom gem. Prozeß, Wegell § 53 *Rt.* 23 ff.) in Betreff der Wirkung als Veräumung der Partei selbst; dies ist Folge des Verhältnisses des Vertreters als Repräsentanten seines Machtgebers, *Anm.* 1 § 81. Die Vorschrift des *Abf.* 2 hat ihre Bedeutung theils für die Frage, ob bei unabwendbaren (also unverschuldeten) Zufällen eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 211 ff. bewilligt werden kann, theils für die Fälle, in welchen die nachträgliche Zulassung veräumter Prozeßhandlungen alsdann noch vorgeschrieben ist, wenn ein Entschuldigungsgrund vorliegt, so insbesondere in den Fällen der §§ 247, 332, 490, 491 *Abf.* 2, 869; *Wob.* 2, 3 vor § 208. Das Verschulden des Vertreters, welches, wenn von der Partei selbst herrührend eine Wiedereinsetzung nach §§ 211 ff. unmöglich macht, soll die gleiche negative Wirkung haben, und ebenso in Betreff der Nachholung veräumter Prozeßhandlungen nicht als Entschuldigungsgrund gelten.

Unter den „Vertretern“ sind hier sowohl die gesetzlichen Vertreter, § 50, als auch die Stellvertreter, Prokuristen, Bevollmächtigte, §§ 74 ff. verstanden, *Rot.* 171, also auch vertretende Streitgenossen im Falle des § 59 und Zustellungsbevollmächtigte, § 160, vgl. § 172; ebenso der *negotiorum gestor* im Falle des § 85 *Abf.* 2; sowie der generelle Stellvertreter oder sonstige Vertreter des bevollmächtigten Anwalts, *Anm.* 2 § 74, *Anm.* 1 § 97; §§ 350 *Rt.* 4, 410. *MR.* für den Zustellungsbevollmächtigten Hellmann I, 581; *Kleiner* I, 665. Inbeh in Betreff der Empfangnahme des Zugestellten vertritt auch der Zustellungsbevollmächtigte die Partei mit voller rechtlicher Wirkung, *Anm.* 1 § 161. Eine Verschuldung seinerseits kann in der Unterlassung versprochener Weiterbeförderung liegen; ob dies eine Prozeßhandlung ist, bleibt gleichgültig; veräuimt aber in Folge dessen die Partei eine Prozeßhandlung, so kann sie behufs ihrer Nachholung sich nicht mit dem Verschulden ihres

Zustellungsbevollmächtigten entschuldigen. Der Zustellungsbeamte ist kein Vertreter der Prozeßpartei im Sinne des Abs. 2 nach R. 10, 362; vgl. indeß die erheblichen Bedenken von Wend. Raff. 36, 538 dagegen aus dem Verhältnisse, daß der Bevoll. auch bei Zustellungen, wie bei Zwangsvollstreckungen Vertreter der Partei ist.

3) Das Vorhandensein einer „Verschuldung“ (von der Vorl. der „Nachlässigkeit“ des R. § 288 und E. 1 § 195 substituirt) unterliegt der freien Bewerthung des Gerichts. Das eigene Verschulden der Partei wirkt selbstverständlich ebenso gegen sie. Ein Unterschied hinsichtlich des Grades der Schuld (culpa) ist von der C.P. nicht aufgestellt; insbesondere wird auch hinsichtlich der verschiedenen Rechtskenntniß zwischen der Partei und einem Anwalt oder sonstigen Vertreter kein Unterschied gemacht. Rechtskenntniß ist für die C.P. kein Entschuldigungsgrund, Anm. 1 § 209, zumal nach §§ 74, 87 Abs. 2 die Zugiehung eines Anwalts nahe gelegt und erleichtert ist. Die C.P. kennt für das Verschulden der Parteien sowie ihrer Vertreter als Regel nur einen Grad der culpa, und zwar, wie in der C.P. nicht ausdrücklich gesagt ist, aber aus allen Bestimmungen in Verbindung mit § 259 hervorgeht, die Fahrlässigkeit, welche in der Vernachlässigung der Sorgfalt einer für sich achtbaren Partei liegt, sowie für das G.B. die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (Art. 282) maßgebend ist. Ob wegen Mangels an dieser Sorgfalt oder in Folge absichtlichen Handelns oder Unterlassens ein Verschulden vorliegt, ist eine Thatfachen-Frage, welche nach den konkreten Umständen gemäß § 259 zu würdigen ist. Vgl. Anm. 2 § 211. Ausnahmen: „grobes Verschulden“ in dem von der R.R. später eingefügten § 97 und „grobe Nachlässigkeit“ in den §§ 252, 339, 367, 397. Vgl. v. Bödendorff, Busch I, 226 ff., 232.

### § 211.<sup>1)</sup>

Einer Partei, welche durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert worden ist, eine Nothfrist einzuhalten, ist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen.<sup>2)</sup>

Hat eine Partei die Einspruchsfrist veräußert, so ist ihr die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn sie von der Zustellung des Veräußerungsurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat.<sup>3)</sup>

E. 204. R. 289. P. 75. 535.

1) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (restitutio in integrum) §§ 211 bis 216, ist auf Veräumung von Nothfristen beschränkt, vgl. § 201 Abs. 3 und Anm. dazu, also auch der Fristen in § 104 Gen.Ges. 1. Rat 1889 und § 72 Ges. üb. Gewerbegerichte 29. Juli 1890. Die §§ 211—213 enthalten die Bedingungen der Zulässigkeit der Wiedereinsetzung. Sie ist für alle Anwalts- oder Amtsgerichts-Prozesse anwendbar. Durch den Charakter der von dem Rechtsbehelfe ausschließlich betroffenen Nothfristen, als einer im öffentlichen Interesse gesetzlich geordneten Prozeßinstitution, sind auch für die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, durch welche die Wahrung einer Nothfrist nur nachgeholt werden soll, die Zulassung durch Parteivereinbarung, der Verzicht einer Partei hinsichtlich der Erfordernisse und die Präklusion einer Rüge gemäß § 267 ausgeschlossen. Aus gleichem Grunde ist die richterliche Prüfung der Zulässigkeit (Stattthäftigkeit, Inhalt, Form und Frist des Antrags) von Amtswegen geboten; Anm. 5 § 201 und Vorb. 4 vor § 191. Diese letzteren Konsequenzen sind auch dadurch gesetzlich ausgedrückt, daß nach § 216 Abs. 2 auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags die Vorschriften anwendbar sind, welche in dieser Beziehung für die nachgeholt Prozeßhandlung gelten. Da für das Konkursverfahren, abgesehen von den durch den Konkurs hervorgerufenen Prozessen, die sofortige Beschwerde der einzige einer Nothfrist unterliegende Rechtsbehelf ist, so findet hier nur hinsichtlich dieses Rechtsmittels die Wiedereinsetzung statt.

2) Die „Wiedereinsetzung“ setzt eine Verhinderung durch einen Zufall voraus, welcher wie ein Naturereigniß, von der Partei nicht abwendbar war. Die Voraussetzung: ein „unabwendbarer Zufall“, ist dieselbe, wie für die „höhere Gewalt.“

vis major“ des § 395. Dies ergibt die Fassung: „Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle“; wie das Naturereigniß nur darum ein Hinderungsgrund ist, weil es, wie ein unabwendbarer Zufall, also für keine Vorsicht berechenbar und unüberwindlich eintritt; so müssen auch andere (also durch Menschenhand veranlaßte) Zufälle denselben Charakter haben. Für den Begriff der Voraussetzung gilt also, was hinsichtlich der „höheren Gewalt“ maßgebend ist; das Hinderniß der Versäumniß muß ein Ereigniß sein, welches unter den gegebenen, nach der Besonderheit des Falles zu berücksichtigenden Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren, noch in seinen schädlichen Folgen vermeidlich ist, „casus cui infirmitas humana resistere non potest“, *Not.* 171, 172. (Der Begriff der höheren Gewalt ist neuerdings vielfach angefochten, vgl. *Gelpcke in Revh.* des 22. Juristentages Bd. 1 S. 348 ff. und die dort Citirten.) Ist die Versäumung durch eigenes Verschulden oder das des Vertreters erfolgt, so findet § 211 nicht statt; *R.* 21. Sept. 1891, *JW.* 467, *RaffR.* 36, 711, *SA.* 47, 458 (Unterlassung der Beglaubigung gegen § 156); 2. Juli 1892, *JW.* 369 (fehlende Sorge für den Empfang von Zusendungen); 21. Sept. 1893, *JW.* 470 (späte Zusendung des Urtheils an die Partei); 26. Jan. 1894, *JW.* 118. Aber auch der bloße Mangel eines Verschuldens auf Seiten der Partei oder ihres Vertreters ist allein nicht ausreichend, um einen unabwendbaren Zufall festzustellen. Vgl. *R.* 1, 276; *II.* 146; *II.* 82; *II.* 13; 23. März 1888, *JW.* 197; 4. Juni 1888, *RaffR.* 33, 1176, *SA.* 44, 97; 10. März 1891, *JW.* 222; 19. März 1892, *JW.* 216, *SA.* 48, 341; *Goldschmidt, Zeitschr. f. Hand.* 3, 86—115; *Ratomer Ann.* 10 a § 395 *POB.*; *Dernburg, Grünhut Zeitschr.* *II.* 335 ff. (gegen *Erner, Grünhut* 10, 487); *Ude, RaffR.* 29, 779 ff.; *Saßpflüchgef.* 7. Juni 1871 § 1, *ROBl.* 207; *Postgef.* 28. Okt. 1871 § 11 *Nr.* 2, *ROBl.* 347; *DGO.* 2, 259; 8, 27, 159; 13, 71; *Preuß. Eisenb.-Ges.* 3. Nov. 1838 § 25 und *RaffR.* 25, 1051. Freiheitsberaubung, schwere Krankheit, obrigkeitliche Anordnungen, Unterbrechung des Verkehrs durch Krieg, Ueberschwemmung, Stürme, Eisenbahnunfälle und dergl., im Falle einer öffentlichen Zustellung auch Unbekanntheit mit derselben (*P.* 73, vgl. § 211 *Abf.* 2), ferner ungebührliche Verzögerung oder unbegründete Versagung des Armenrechts Seitens des Instanzgerichts; verspätete Ertheilung des Armutshülfzeugnisses, wenn die Partei sich rechtzeitig darum beworben hat, zufällige Verzögerung der richtigen Aktenübersendung bei den Gerichten, unvorhergesehene vorzeitige Schließung der gerichtlichen Briefannahme-Stelle (bei einer sofortigen Beschwerde) können solche Hindernisse sein; *R.* 8, 375; *II.* 375; *II.* 389; 23. Okt. 1885, 15. April 1887, *JW.* 1885 S. 352, 1887 S. 233, *RaffR.* 32, 407; 8. Okt. 1887, *SA.* 43, 355; 3. Okt. und 3. Dez. 1888, *JW.* 1888 S. 406, 1889 S. 18; 22. Febr. 1889, *JW.* 138; 8. April 1890, *JW.* 178; 12./15. Jan. 1891, *JW.* 119, *SA.* 48, 102; 30. März, 3. Okt. 1892, *JW.* 270, 461; 15. Mai, 19. Juni 1893, *JW.* 344, 423, *RaffR.* 37, 1229; 6. Dezbr. 1893, *JW.* 1894 S. 119; 10. März, 5. April, 7. Juni, 3. Juli 1894, *JW.* 179, 261, 397, 423; *RaffR.* 38, 1207. *RR. v. Canstein, Busch* 16, 1 ff., 111 ff., welcher jede Versäumnißfolge nach der *CP.* als Prozeßstrafe auffaßt, und für die Wiedereinsetzung deshalb jeden Zufall für ausreichend erachtet, was sowohl dem Wortlaut des § 211 als der Behandlung der Versäumnißfolgen in der *CP.* grundsätzlich widerspricht.

Erforderlich ist in jedem Falle der Kaufmangus zwischen der Versäumung der Rothfrist und dem Zufall, die Hinderung „durch“ den letzteren. Dies Erforderniß fehlt beim Eintreten eines Zufalls, sowohl wenn nach demselben noch entsprechend gehandelt werden konnte, als auch wenn die nöthigen Schritte zur Wahrung der Rothfrist von der Partei oder ihrem Vertreter so spät vorgenommen werden, daß die Wahrung der Frist auch ohne den Zufall höchst unwahrscheinlich ist; nicht der eintretende Zufall ist dann Grund der Hinderung, sondern das Verschulden der Partei oder ihres Vertreters; *R.* 2, 424, 427; 3, 419; 4, 384; 10. März und 29. Okt. 1881, *RaffR.* 26, 123, *JW.* 211; 16. Febr. 1886, *JW.* 90; 23. Nov. 1889, *JW.* 525, *SA.* 45, 363; 21. Okt. 1891, *JW.* 552; 22. März, 27. Juni 1893, *JW.* 250, 382; *Busch* 5, 78; *DBZO.* 24. Nov. 1883, *SA.* 39, 343. Zum Nach-

wette, daß der Kausalzusammenhang zwischen dem Ereigniß und der Verschuldung nicht durch ein Verschulden der Partei oder ihres Vertreters ausgeschlossen sei (nicht zur Charakterisirung des Ereignisses selbst, wie v. Canstein annimmt), genügt jedoch, daß der Säumige zur Wahrung der Nothfrist die von ihm nach der konkreten Sachlage vernünftiger Weise zu erwartende Sorgfalt angewendet hatte; *R. O.* 10. März 1891, *J. M.* 222. Hinsichtlich des Zeitpunktes für Gesuche um Bewilligung des Armenrechts hat die Partei namentlich mit genügender Sorgfalt zu ermitteln, ob mit Rücksicht auf mögliche Störungen im Eisenbahn- und Postbetrieb das Gesuch noch rechtzeitig eintreffen und ob nach den bestehenden Vorschriften für Bewilligung des Armenrechts noch ausreichende Zeit dazu übrig bleiben wird; *R. O.* 14. Juni u. 23. Okt. 1886, *J. M.* 246, 397; 12./15. Jan. 1891, *J. M.* 119, *Ö. M.* 48, 102; 22. März 1893, *J. M.* 250; dabei ist indeß für Einlegung von Rechtsmitteln nicht schon die Zeit von der Verkündung des Urtheils ab, sondern erst von der Zustellung desselben ab mit Rücksicht auf die Erheblichkeit der Begründung zu berücksichtigen, *R. O.* 10. Dez. 1891, *Raff. R.* 36, 1228; auch nicht die Zeit nach dem Ablaufe der Nothfrist, welche lediglich für die Frage in Betracht kommt, ob die Wiedereinsetzung rechtzeitig beantragt ist; *R. O.* 15. Mai 1893, *J. M.* 344, *Raff. R.* 37, 1229.

Ob der Zufall die Partei selbst, sofern sie zur Wahrung der Nothfrist zu handeln hat, oder den Prozeßbevollmächtigten oder Vertreter betroffen hat, ist an sich unerheblich. Es genügt ein „unabwendbarer Zufall“ in der Person des Letzteren z. B. eine krankhafte Störung der Geistesthätigkeit, deren sich der Vertreter nicht bewußt war; *R. O.* 11. März 1890, *J. M.* 151; indeß muß dann auch die Partei, welche an sich das Handeln ihres Vertreters erwarten konnte, mit Rücksicht auf die obigen Requisite mit dem Zufalle unbekannt oder zu spät benachrichtigt oder verhindert sein, die Folgen des Zufalles (insbesondere durch Bestellung eines anderen Vertreters) noch abzuwenden; *Saupp Anm. III*; *Endemann I*, 615, 616; *Strudmann-Roch Anm. 6 § 213*. Ein Zufall, welcher die Partei trifft, während sie einen Bevollmächtigten hat, welcher handeln kann, aber versäumt, genügt nicht, § 210 Abs. 2. Der Zufall ist nach § 214 Nr. 2 glau bhaf zu machen.

Dem unabwendbaren Zufalle sind als Zulassungsgründe die Fälle der §§ 211 Abs. 2, 213 gleichgestellt; für diese sind nur die dort bezeichneten Requisite ohne sonstige Erfordernisse eines unabwendbaren Zufalles nöthig.

3) Die Bedeutung des Abs. 2 liegt darin, daß bei versäumter Einspruchsfrist die Unkenntniß der Partei vom Verschuldungsurtheile stets als ein Zufall im Sinne des Abs. 1 gelten soll, wenn sie von der Partei (oder ihrem Vertreter, § 210 Abs. 2) nicht verschuldet war. Dieser besondere, nur den Einspruch, § 304, betreffende Restitutionsgrund ist zugelassen, weil mit Rücksicht auf das Zustellungs Wesen (Erfassungszustellung, öffentliche Zustellung) die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß eine Partei nicht nur von der Klage, sondern auch vom Urtheile nicht zeitig genug Kenntniß erhalten hat. Voraussetzung für die Wiedereinsetzung nach Abs. 2 ist, daß die Partei und ihr „Vertreter“ (im Sinne des § 210 Abs. 2) von der Zustellung des Verschuldungsurtheils vor Ablauf der Einspruchsfrist keine oder erst eine so späte Kenntniß erhalten haben, daß der Einspruch nicht mehr eingelegt werden konnte; *Strudmann-Roch Anm. 2*. Der Restitutionsgrund ist nicht vorhanden, wenn sie von der Thatfache der Zustellung „Kenntniß“ erhielten, auch wenn das Urtheil oder dessen Wortlaut ihnen nicht zugegangen ist; *Sellmann I*, 584; vorausgesetzt, daß die Kenntniß insoweit genügend ist, um den zu ladenden Gegner, das Urtheil und das anzugehende Gericht zu kennen, und den Erfordernissen des § 305 zu entsprechen, vgl. § 271. Der Abs. 2 ist nicht anwendbar, wenn die Partei selbst (wenn gleich nicht ihr Vertreter) zeitige Kenntniß hatte, ebenso nicht, wenn ein Prozeßvertreter zeitige Kenntniß hatte oder ein Zustellungsbevollmächtigter die zeitige Mittheilung versäumte; *Anm. 2 § 210*. Ueber den Grad des Verschuldens s. *Anm. 3 § 210* und vorst. *Anm. 2*.

### § 212.

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer zweiwöchigen Frist beantragt werden.<sup>1)</sup>

Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem das Hinderniß gehoben ist;<sup>2)</sup> sie kann durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden.

Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der veräumten Nothfrist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.<sup>3)</sup>

R. 205. N. 292. P. 75. 535.

1) Die Frist des Abs. 1 ist eine unbedingt peremptorische gesetzliche Frist. Sie kann nicht nur gleich den Nothfristen selbst durch Vereinbarung der Parteien nicht verlängert werden (Abs. 2, vgl. § 202), sondern sie ist auch nicht als Nothfrist (§ 201 Abs. 3) erklärt, damit nicht für die Veräumung dieser Frist dann wieder eine Wiedereinsetzung zulässig würde; Rot. 172, P. 75; R. 16. Febr. 1891, JW. 198; 7. Juli 1893, JW. 382. Die Frist des Abs. 1 ist, weil nach Wochen bestimmt, nach § 200 zu berechnen, und unterliegt, weil keine Nothfrist, dem Ferteneinfluß des § 201 Abs. 1. Ebenso O. 88. Hamburg, SA. 39, 210, Gaupp Anm. I; doch ist letzteres mit Rücksicht darauf, daß die Frist gleichzeitig dazu dient, das innerhalb der Nothfrist Veräumte nachzuholen, § 214 Nr. 3, also die Nothfrist nachträglich zu wahren, nicht ohne Bedenken, vgl. Anm. 3.

2) Ebenso wie die Thatfachen des § 211 für den Restitutionsgrund, ist auch der Zeitpunkt der Hebung des Hindernisses von dem Ansuchenden glaubhaft zu machen, da er begründen muß, daß er den Antrag in der zulässigen Frist gestellt hat, § 214 Nr. 1, 2; R. 31, 400; vgl. Anm. 2 § 214. Entscheidend ist, wann das Hinderniß als solches gehoben ist, d. h. keine Hinderungswirkung hinsichtlich der Wahrung der Nothfrist mehr ausübt. Im Falle des § 211 Abs. 1 hängt dies von der Besonderheit des Hindernisses ab; im Falle des § 211 Abs. 2 ist es gehoben, wenn die Partei oder ihr Vertreter genügende Kenntniß im Sinne der Anm. 3 § 211 erlangten. Die Kenntniß, daß die von der Partei zu veranlassende Zustellung des Schriftsatzes nicht gehörig erfolgt ist, genügt zur Beseitigung des Hindernisses betreffs der nöthigen Wiederholung der Zustellung, auch wenn ihr dieser Umstand noch nicht formell bewiesen war, sofern sie nur genügenden Anlaß hatte, die Vorschriftsmäßigkeit der Zustellung zu bezweifeln und die Zustellung mit eventuellem Wiedereinsetzungsgefuche zu wiederholen, R. 6, 343, 344. Die Frage, ob das Hinderniß gehoben, unterliegt der richterlichen Thatfachenwürdigung.

3) Die Präklusivfrist von einem Jahre ist aus doppeltem Grunde, weil sie eine nicht in einem anhängigen Verfahren laufende Präklusivfrist ist, Anm. 1 § 200, und weil sie die Wahrung der im öffentlichen Interesse zu beachtenden Nothfrist betrifft, Anm. 1 § 211, weder dem Ferteneinflusse des § 201, noch der Parteivereinbarung des § 202 unterworfen, was auch der Wortausdruck des Abs. 3 „kann nicht mehr“ bestätigt. AR. Hellmann I, 585.

### § 213.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Veräumung einer Nothfrist ist der Partei auf Antrag auch dann zu ertheilen,<sup>1)</sup> wenn spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist das zur Wahrung derselben zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder, insoweit die Zustellung unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, dem Gerichtsschreiber zum Zwecke der Zustellung übergeben ist.<sup>2)</sup>

Die Wiedereinsetzung muß innerhalb einer einmonatigen Frist nach Ablauf der veräumten Nothfrist beantragt werden.<sup>3)</sup>

R. 205 a. P. 65—69. 76. 111. 112. 123—125. 535. 666. Sitz. 168. S. 2. 3.

1) Die von der R.R. aufgenommene Vorschrift des § 213 ist eine singuläre Ausnahme von § 210 Abs. 2, erleidet daher keine analoge Ausdehnung weder auf größere Verspätungen, noch auf Säumniß von Prozeßbevollmächtigten; *R.O.* 2, 417; 3, 419; *Bunfen*, Buch 5, 249—262.

2) Die Vorschrift des § 213 setzt nicht noch den Nachweis eines ursächlichen Vorfalls im Sinne des § 211 oder die Abwesenheit einer Verschuldung des *Evollz.* bzw. Gerichtsschreibers voraus, sondern in der Fassung „auch dann“ sich dem § 211 Abs. 2 anschließend, giebt sie dem Falle die Wirkung eines fetsens der Partei nicht abwendbaren Zufalls. Zufolge dieser Gleichstellung kommt es auf die Erfordernisse des § 211 dann nicht an, wenn die Wiedereinsetzung nach § 213 zu gewähren ist. Nach der Motivirung in der R.R. soll der Partei, welche sich der Vermittelung des *Evollz.* oder Gerichtsschreibers bedienen muß, deren Verschämung nicht zum Nachtheil gereichen. Vorauszusetzen ist jedoch nach der *ratio legis* als selbstverständlich, daß das zuzustellende Schriftstück nach Inhalt und Adresse geeignet ist, die Nothfrist zu wahren, daß es in der vorschriftsmäßigen Form nebst den nöthigen Abschriften, § 155 Abs. 1, dem *Evollz.* oder Gerichtsschreiber (vgl. indeß nachst. Abs. 3) übergeben ist, daß überhaupt die Partei (oder ihr Vertreter) ihrerseits alles Erforderliche zur Wahrung der Nothfrist gethan hat und daß diese gewahrt sein würde, wenn derselbe Schriftsatz vor Ablauf der Nothfrist dem Adressaten zugestellt wäre. Dies ist nebst der Thatsache und der Zeit der Uebergabe selbst (vgl. § 155 Abs. 2) nach § 214 Nr. 1, 2 glaubhaft zu machen; *R.O.* 16, 364; *Ob2G.* 15. Okt. 1886, S. 42, 221. Für die im Abs. 1 vorausgesetzte Zeit der Uebergabe ergibt der Wortlaut: „am dritten Tage vor u.“, daß zwischen der Uebergabe und dem Ablaufe der Nothfrist zwei volle Tage liegen müssen. Da die Frist mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist endet, § 200, so müssen dieser letzte Tag (als der erste vor dem Ablauf) und der vorletzte Tag der Frist als diese zwei Tage gerechnet werden. Endet die Nothfrist am 11. Aug., so muß die Uebergabe am 9. Aug. erfolgt sein, um § 213 anwendbar zu machen; *R.O.* 18. Jan., 26. Mai u. 6. Juni 1882, *J.W.* 65, 175, *Wälzm.* 7, 252, 285, 587; *R.O.* 7, 315; *Ude*, *Raff.R.* 29, 787. Für den Nachweis der Zeit sind außer dem § 155 Abs. 2 auch andere Beweismittel zulässig, *Ann.* 2 § 155.

Der § 213 betrifft nur die Zustellung durch *Evollz.*, nicht Zustellungen im Auslande oder öffentliche Zustellungen, §§ 182—189, für welche § 190 zu beachten bleibt; auch nicht die Nothfrist für eine sofortige Beschwerde, welche nicht einer Partei zustellen, sondern dem Gerichte einzureichen ist; *Ude* a. a. O. 788.

Inwiefern die Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers zulässig ist, vgl. *Ann.* 3, 4 § 152. Der „Uebergabe“ an den Gerichtsschreiber stehen in den zulässigen Fällen seiner Vermittelung die Anträge zum Protokolle des Gerichtsschreibers §§ 462, 457, 458, nach der *ratio legis* gleich; *Bunfen* a. a. O. 257; *Ude* a. a. O. 791; *Seuffert* *Ann.* 5; *a.R. Gaupp* *Ann.* III, weil Analogie unzulässig sei und der Gerichtsschreiber dann noch nicht die nöthigen Abschriften hätte. Indes die Anwendung des Gesetzes nach der aus den Vorberathungen offenkundigen gesetzgeberischen Bedeutung ist keine analoge Ausdehnung und entspricht nur dem richtigen Verständniß des Wortlauts; und durch die Erklärung zu Protokoll des Gerichtsschreibers hat die Partei im Sinne der §§ 458, 462, 213 daselbe gethan, als wenn sie das Schriftstück nebst den nöthigen Abschriften übergeben hätte. Vgl. *Ob.* *Mürnberg*, Buch 14, 487, wo auch mit Recht angenommen wird, daß die Wiedereinsetzung dadurch nicht ausgeschlossen werde, daß die Partei bei ihrer Protokoll-Erklärung den aus den Akten ersichtlichen gegnerischen Prozeßbevollmächtigten nicht benannt hat.

Ist eine besondere Gerichtsschreiberei (Annahme-Stelle) für die Empfangnahme aller für die Gerichtsschreibereien bestimmten Schriftstücke eingerichtet, wie bei größeren Gerichten üblich, so ist der Tag der Uebergabe bei dieser Stelle entscheidend, da dieselbe die Funktionen der sämmtlichen Gerichtsschreibereien bezüglich der Empfangnahme der Schriftstücke nach der Geschäftsorganisation ausübt. Dies gilt auch von dem Einwerfen in den für jene General-Annahme-Stelle etwa eingerichteten Briefkästen während der Geschäfts-

stunden, da das Einwerfen in diesen Kasten die geschäftsordnungsmäßige Uebergabe an den Gerichtsschreiber enthält. Jastrow, Busch 8, 229 nimmt bei Parteilabungen erst den Erlaß der Terminbestimmung als entscheidend für den Tag der Uebergabe an den Gerichtsschreiber an; jedoch mit Unrecht, da schon die ursprüngliche Uebergabe zum Zwecke der Zustellung geschieht, und die Partei von diesem Zeitpunkte ab von der Mitwirkung ausgeschlossen ist.

Ob die Zustellung zu spät, oder überhaupt nicht, oder unwirksam Seitens des Bevollz. erfolgt oder Seitens des Gerichtsschreibers vermittelt ist, macht für die Anwendung des § 213 keinen Unterschied, R. 6. II, 375; 10. Okt. 1888, JW. 406, Cassf. 33, 1144; D. 20. Karlsruhe, SA. 43, 232.

3) Die Frist des Abs. 2 tritt für den Fall des § 213 an die Stelle des hier nicht anwendbaren § 212. Die Frist, entsprechend dem Abs. 3 des § 212 vom Ablauf der veräumten Nothfrist an zu berechnen, also unabhängig von der Kenntniß der Veräumung, ist eine gesetzliche, aber keine Nothfrist; sie kann zwar nicht auf einseitigen Antrag, jedoch durch Vereinbarung der Parteien verlängert werden, § 202, da dies hier nicht, wie im § 212 Abs. 2, ausgeschlossen ist und eine Analogie hier unstatthaft ist; — obgleich eine Abweichung vom § 212 in dieser Beziehung wohl nicht gewollt ist und mit dem gesetzlichen Systeme der Nothfristen in Widerspruch steht. Vgl. Anm. 1 § 214. Ebenso Strudmann-Roch Anm. 5; Buchelt I, 503. AR. Bunsen a. a. O. 251—254, Seuffert Anm. 6 u. Caupp Anm. V. Eine Ausdehnung der Antragsfrist ist auch im § 214 Abs. 3 enthalten. Von dem Ferien-Einfluß gilt das Anm. 1 § 212 Gesagte.

## § 214.

Die Wiedereinsetzung wird durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt.<sup>1)</sup> Derselbe muß enthalten:<sup>2)</sup>

1. die Angabe der die Wiedereinsetzung begründenden Thatfachen;<sup>3)</sup>
2. die Angabe der Mittel für deren Glaubhaftmachung;<sup>4)</sup>
3. die Nachholung der veräumten Prozeßhandlung oder, wenn diese bereits nachgeholt ist, die Bezugnahme hierauf.<sup>5)</sup>

Ist die Einlegung der sofortigen Beschwerde veräumt worden, so wird der Antrag auf Wiedereinsetzung durch Einreichung des Schriftsatzes bei Gericht gestellt. Die Einreichung kann sowohl bei dem Gerichte, von welchem die angefochtene Entscheidung erlassen ist, als auch bei dem Beschwerdegericht erfolgen.<sup>6)</sup>

Im Falle des § 213 kann die Wiedereinsetzung auch in dem für die mündliche Verhandlung bestimmten Termine ohne vorgängige Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden, wenn die Zustellung der Ladung zu dem Termin innerhalb der einmonatigen Frist nach Ablauf der veräumten Nothfrist erfolgt ist.<sup>7)</sup>

R. 206. H. 293. P. 76. 124. 125. 535. 536. 666. 667. Sitz. 168. S. 2. 3.

1) Die §§ 214—216 betreffen das Verfahren der Wiedereinsetzung, und zwar § 214 den Antrag, § 215 das zuständige Gericht, § 216 das Verfahren nach dem Antrage. Für den Antrag enthalten § 214 Abs. 1 die Regel, Abs. 2, 3 Ausnahmen. Die Regel ist dadurch bestimmt, daß mit alleiniger Ausnahme der sofortigen Beschwerde — für welchen Fall deshalb die Ausnahme im Abs. 2 bestimmt ist — alle Nothfristen nur durch die Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner, verbunden mit einer Ladung desselben zur m. B., gewahrt werden können; §§ 304, 477, 514, 549, 835, 870. Die Wiedereinsetzung ist deshalb auch nur dadurch zu beantragen, daß dem Gegner und zwar demselben, welchem zur Wahrung der Nothfrist zugestellt werden muß, der Antrag zugestellt wird. Die Zustellung Seitens der Partei, welche durch eine Ladung Seitens des Gerichts nicht ersetzt werden kann, R. 6. März 1894, JW. 139, muß innerhalb der in §§ 212, 213 bestimmten

Fristen erfolgen, wenn diese gewahrt sein sollen. War die Nothfrist im Anwaltsprozeße zu wahren, so finden §§ 74, 152 auch hier Anwendung; im amtsgerichtlichen Verfahren (§ 75) sind die Formen der §§ 457, 462 zulässig.

2) Der Schriftsatz ist nicht bloß vorbereitend, sondern, wie Klage, Einspruchs-, Berufungs-, Revisionschrift und Nebenintervention, zugleich ein „bestimmender“ (dispositiver). Der Inhalt zu Nr. 1, 2, 3 ist unbedingtes Erforderniß („muß enthalten“), sodasß beim Fehlen eines derselben der Antrag zurückzuweisen, auch eine nachträgliche Vorbringung neuer Wiedereinsetzungsgründe (mit gleicher Begrenzung wie bei der Klage) unzulässig ist; R. O. 16, 368; 31, 400. (MR. Heilbut, weil eine Vorchrift wie in §§ 305, 497 fehle und „innere“ Gründe dagegen sprächen.) Darüber, daß die Zulässigkeit auch in Betreff der Form und des vorgeschriebenen Inhalts des Antrags von Amtswegen geprüft werden muß: Anm. 2 § 216. Die Prüfung hat jedoch ebenso, wie hinsichtlich dessen, was eine Klage „enthalten muß“, § 230, nicht schon bei der Terminbestimmung (vgl. Anm. 5), sondern erst bei der Verhandlung über den Antrag (§ 216) zu erfolgen.

3) Nr. 1. Die begründenden Thatfachen sind diejenigen, welche nach §§ 211 oder 213 die Zulassung der Wiedereinsetzung rechtfertigen und die Rechtzeitigkeit derselben nach §§ 212, 213 feststellen, R. O. 31, 400.

4) Nr. 2. Daraus, daß der Antragsteller im Antrage die Mittel zur Glaubhaftmachung (§ 266), nicht die Beweismittel, anzugeben hat, ist allerdings zu schließen, daß für die definitive Zulassung des Antrags nur eine Glaubhaftmachung des Wiedereinsetzungsgrundes, nicht eine eigenliche Beweisführung erforderlich ist, Seuffert Anm. 1, Gaupp Anm. II, Struamann-Roch Anm. 2; R. O. 20. März 1889, SA. 44, 372.

5) Nr. 3. Das hier aufgestellte Erforderniß ergibt sich aus dem Wesen der Wiedereinsetzung, welche nicht die Wiedereröffnung der Frist bezweckt, sondern nur die Beseitigung der nachtheiligen Folgen der Versäumung. Das Erforderniß galt schon für die gemeinr. Restitution (Weßell § 53 Rt. 105). Die Nachholung der versäumten, b. h. überhaupt nicht oder nicht in der Nothfrist erfolgten Prozeßhandlung besteht, falls eine sofortige Beschwerde versäumt war, in der Anbringung derselben (vgl. Anm. 6 Abs. 2). In allen anderen Fällen (s. Anm. 1) besteht sie in der Zustellung des zur Wahrung der versäumten Nothfrist bestimmten und mit der Ladung zur Verhandlung verbundenen Schriftsatzes. Die Ladung muß vor das im § 215 bezeichnete Gericht erfolgen. — Falls die versäumte Prozeßhandlung zur Zeit des Antrags auf Wiedereinsetzung nach dem Ablaufe der Nothfrist in der Voraussetzung, daß diese gewahrt werde, bereits vorgenommen war — § 213 und § 211 Abs. 1 bei Unkenntniß von dem Hindernisse der zeitigen Zustellung oder Einreichung — bedarf es im Wiedereinsetzungsantrage nur der Erwähnung, daß dies geschehen sei.

6) Abs. 2. Handelt es sich um die Wiedereinsetzung hinsichtlich einer versäumten sofortigen Beschwerde, § 540, so ist abweichend von allen anderen Fällen (s. Anm. 1) der Schriftsatz, welcher den Wiedereinsetzungsantrag enthält, nicht dem Gegner zuzustellen, sondern dem Gerichte einzureichen, wie auch die Beschwerde selbst dem Gerichte einzureichen war. Hierin besteht die Ausnahme dieses Falles von der Behandlung der übrigen Nothfristen im Abs. 1. Der Antrag (Schriftsatz) muß jedoch denselben Inhalt haben, welcher im Abs. 1 unter Nr. 1, 2, 3 angegeben ist. Mit Rücksicht darauf, daß die Beschwerde selbst sowohl bei dem angegriffenen, als bei dem Beschwerdebegerichte eingereicht werden kann, §§ 532, 540 Abs. 2, ist dies im Abs. 2 auch für den Wiedereinsetzungsantrag nachgelassen.

In dem Falle des § 539, Antrag auf Aenderung der Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters, muß die Nachsuchung der Entscheidung des Prozeßgerichts, falls es sich um eine sofortige Beschwerde handelt, ebenfalls „binnen der Nothfrist“ erfolgen; da die Nachsuchung gleichzeitig die nach § 539 Abs. 2 zulässige Beschwerde über das Prozeßgericht enthält, § 540 Abs. 4. Mit Rücksicht hierauf kann, wie auch Seuffert Anm. 3; Petersen Anm. 1; Sellmann I, 592; Kleiner I, 676, 677; Gaupp Anm. III annehmen, in diesem Falle der Wiedereinsetzungsantrag nur beim Prozeßgerichte angebracht werden.

7) Abs. 3. Die Bestimmung, welche auf Antrag des Dr. Bähr von der R. ein-



geschaltet ist, enthält eine zweifache Ausnahme vom gewöhnlichen Verfahren: die Zulassung der Ueberschreitung der Antragsfrist, § 213 Abs. 2, und die Entbindung von der Zustellung eines Schriftsatzes, § 214 Abs. 1; *R. 16. Mai 1882, JWB. 167.* Die sofortige Beschwerde, welche keine mB. voraussetzt, wird vom Abs. 3, wie vom § 213, nicht betroffen. — Für die Anwendbarkeit des Abs. 3 ist es (ungeachtet der Begründung des Antragstellers, welcher hauptsächlich den Fall treffen wollte, daß die Partei von ihrer Versäumung vor dem Termine keine Kenntniß hatte und der Termin erst nach Ablauf eines Monats von der Versäumung der Rechtsfrist stattfindet) nicht erforderlich erklärt, daß die Partei ohne ihr Verschulden den Antrag nicht schon innerhalb des Monats habe stellen können; ein solcher Nachweis kann daher auch nicht verlangt werden. — Wenn gemäß Abs. 3 der Antrag ohne vorgängigen Schriftsatz im Termine gestellt werden kann, so muß der Inhalt, welchen der Schriftsatz schon hätte enthalten müssen, mündlich vorgebracht werden. Für die Glaubhaftmachung sind nicht bloß die Mittel anzugeben, vielmehr muß dieselbe nach den Grundsätzen des § 266 sofort erfolgen. Außerdem muß der Antrag selbst im Anwaltsprozeße nach § 269 zur Vermeldung der Nichtberücksichtigung aus einem dem Protokolle beizufügenden Schriftsatz verlesen werden; *R. 16. Mai 1882, JWB. 167.* Beim Nichterscheinen des Gegners ist gemäß § 300 Nr. 3 zu vertagen und der Partei zu überlassen, den Wiedereinsetzungsantrag und dessen Begründung dem Gegner vor dem nächsten Termine etwa gelegentlich der Ladung (§ 300 Abs. 2) mitzutheilen; vgl. *Gaupp Anm. IV Rt. 5; jetzt auch Seuffert Anm. 3.*

### § 215.

Ueber den Antrag auf Wiedereinsetzung entscheidet das Gericht, welchem die Entscheidung über die nachgeholte Prozeßhandlung zusteht.<sup>1)</sup>

*R. 207. H. 293. P. 76. 536.*

1) Die Vorschrift beruht in Verbindung mit § 214 Nr. 3 und § 216 darauf, daß die Wiedereinsetzung ein früheres Verfahren voraussetzt, und daß dieselbe, sowie das Nachholen möglichst mit dem Verfahren selbst bei demselben Gerichte in derselben Instanz verbunden werden soll, *Not. 173, 174.* (So auch schon im gem. Prozeß, *Wegel § 53 Rt. 98 ff.*) Das zuständige Gericht wird daher durch die §§ 303 ff., 473, 510, 540, 547, 640, 834, 871 bestimmt.

### § 216.

Das Verfahren über den Antrag auf Wiedereinsetzung ist mit dem Verfahren über die nachgeholte Prozeßhandlung zu verbinden. Das Gericht kann jedoch das Verfahren zunächst auf die Verhandlung und Entscheidung über den Antrag beschränken.<sup>1)</sup>

Auf die Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags<sup>2)</sup> und auf die Anfechtung der Entscheidung<sup>3)</sup> finden die Vorschriften Anwendung, welche in diesen Beziehungen für die nachgeholte Prozeßhandlung gelten. Der Partei, welche den Antrag gestellt hat, steht jedoch der Einspruch nicht zu.<sup>4)</sup>

Die Kosten der Wiedereinsetzung fallen dem Antragsteller zur Last, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind.<sup>5)</sup>

*R. 208. H. 295. P. 76. 536.*

1) Abgesehen von einer sofortigen Beschwerde ist nicht zugelassen, daß die Entscheidung ohne mB. erfolgen, bzw. der Antrag durch Verfügung a limine zurückgewiesen werden kann. Vielmehr ergibt sich das Gegentheil daraus, daß die Ladung zur mB. im § 214 Abs. 3 vorausgesetzt und diese selbst durch § 216 Abs. 2 vorgeschrieben ist. Wird gemäß der im zweiten Satze des Abs. 1 gegebenen Befugniß das Verfahren auf die Verhandlung und Entscheidung über den Wiedereinsetzungsantrag beschränkt, so kann es als Zwischenstreit zu einem Endurtheil führen, wenn der Antrag zurückgewiesen wird; sonst zu einem Zwischenurtheil. Berufung und Revision sind natürlich nur zulässig, wenn durch ein

Endurtheil entzieden ist; **R.O.** 12, 373, Vorb. 2 vor § 119, Anm. 2 § 137. Das Zwischenurtheil unterliegt jedoch der Beurtheilung des Berufungs- und Revisionsgerichts nach §§ 473, 510; **R.O.** 23. Nov. 1889, **ZB.** 525. Ueber die Bedeutung des „Zwischenurtheils“ vgl. Anm. 2 § 137.

2) Für die Formen der Entscheidung über die Zulässigkeit des Antrags und für die bei der Entscheidung statthafte bzw. notwendige Prüfung sind die Vorschriften maßgebend, welche in gleicher Beziehung für die nachgeholtte Prozeßhandlung gelten, mithin namentlich die Pflicht des Gerichts, von Amtswegen die Statthaftigkeit und die Wahrung der vorgeschriebenen Formen und Fristen zu prüfen; Anm. 1 § 211, Anm. 5 § 201. Vgl. §§ 306, 497, 529, 537, 552. Von diesem Grundsatz in den Fällen der §§ 835, 870 eine Ausnahme zu machen, ist keine Veranlassung (vgl. Anm. 2 § 835); **Seuffert** Anm. 2.

3) Für die Art und Form, wie die Entscheidung über den Antrag (Endurtheil, Zwischenurtheil s. Anm. 1) angefochten werden kann, für die Zuständigkeit des über die Anfechtung entscheidenden Gerichts und für das Verfahren betreffs der Anfechtung sind ebenfalls die Vorschriften bestimmend, welche für die Anfechtung der Entscheidung über die nachgeholtte Prozeßhandlung gelten, also §§ 303 ff., 472 ff., 507 ff., 531 ff., 554. Vgl. die Anm. 1 angef. Entsch. des **R.O.** Eine Ausnahme hiervon bestimmt der zweite Satz des **Abf.** 2, indem er der Partei, welche den Antrag gestellt hat, falls ein Versäumnisurtheil gegen sie erlassen wird, (nicht ihrem Gegner) den Einspruch, § 303, versagt.

4) Infolge der Unstatthaftigkeit des Einspruchs sind Berufung und Revision im beschränkten Umfange des § 474 **Abf.** 2 zulässig. Vgl. Anm. 2 § 474.

5) **Abf.** 3. Ausnahme von § 87, indem dem Antragsteller auch dann, wenn er in der Hauptsache obliegt, die Kosten zur Last fallen — entspricht dem § 309 (vgl. auch § 72 **Schluf.**). Im Falle des § 213 ist auch die Anwendung des § 96 zulässig. Ueber die Höhe der Kosten vgl. **OR.O.** § 26 Nr. 5, **AnwObD.** § 20.

Die durch Ablauf der Rothfrist eingetretene formelle Rechtskraft des Urtheils, § 645, wird von dem Wiedereinsetzungs-Antrage und der Zulassung desselben nicht berührt; und erst durch die Rechtskraft des auf die Wiedereinsetzung in der Sache ergehenden abändernden Urtheils in ihren Wirkungen beseitigt, vgl. **Coctus** 1 § 55 **Nt.** 6. Die analoge Anwendbarkeit des § 655 **Abf.** 2 unterliegt keinem Zweifel, **Coctus** 1 **Anh.** § 55, 56 **Nt.** 7. Ueber die Einstellung der Zwangsvollstreckung § 647.

## Fünfter Titel.

### Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Im gem. Prozesse fehlte es an gemeinsamen Vorschriften über Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens. Was darüber unter der Rubrik „Reassumption“ gelehrt wurde, beschränkte sich auf den Fall der Universalsuccession beim Tode der Partei, allenfalls auf den des Konkurses. Dabei blieb es unentschieden, ob und inwieweit die Fristen für die Erben unterbrochen wurden, oder ob denselben gegen den Ablauf derselben Restitution ex clausula generali zu gewähren sei (vgl. **Wegell** § 6, **Endemann Lehrb.** § 93, **Renaud** § 50, **Fränd**, **Busch** 13, 184 ff.). Die Preussische **ABD.** hatte Vorschriften über Aussetzung des Verfahrens im Falle des Todes, eines Justitiums, Abwesenheit einer Partei im öffentlichen Interesse und wegen streitiger Gerichtsbarkeit aufgenommen, ergänzt durch **Lab.-Ordre** 12. und 25. Juli 1831 (**Tit.** 20 **Zy.** 1 **ABD.**). Im **code de proc.** **Ly.** 1 **Buch** 2 **Tit.** 17 §§ 342 ff. finden sich Vorschriften über Wiederaufnahme der Instanz in gewissen Fällen. Eine weitere Ausbildung hat dies Institut sodann durch die **Hann. PD.** §§ 168 bis 173 — im Anschlusse an die **Genfer PrD.** 29. Sept. 1819 **Art.** 272—279 — erfahren. Erst im **Preuß.** **Entw.** ist ein prinzipieller Unterschied zwischen Aussetzung und Unterbrechung des Verfahrens anerkannt und sind darüber detaillierte Vorschriften erlassen, §§ 755—775. Trotz mehrfachen Widerspruch und gegen den **St.G.** § 212 ff. hat die **Nordd. Prozeßkommission** diese Unterscheidung beibehalten und noch eine dritte Kategorie des „Ruhen“ des Verfahrens in Folge Vereinbarung der Parteien oder beiderseitigen

Ausbleibens im Termine hinzugefügt. (Korbb. Prot. 617. Aehnlich bez. des „Ruhens“ schon Oldenburg PD. 1857 Art. 114, 209; Babilische PD. 1864 § 298, bez. der Unterbrechung und Aussetzung Bayer. PD. Art. 292 ff.; Württemb. PD. §§ 490 ff.). — Die Grundfälle der G.P. sind folgende:

Bermüde des Verfügungsrechts der Parteien können dieselben ihren Rechtsstreit freiwillig raufen lassen, § 228. Unabhängig vom Willen der Parteien kann der Rechtsstreit einen nothwendigen Stillstand erleiden, entweder durch zwingende Ereignisse, welche eine sofortige Fortsetzung unmöglich machen und kraft Gesetzes eine „Unterbrechung“ herbeiführen, damit nicht eine Partei unvertheidigt sei, §§ 217—222, oder durch Ereignisse, welche einen zeitigen Stillstand wünschenswerth machen und kraft richterlicher Anordnung (auf Antrag oder von Amtswegen) eine „Aussetzung“ des Verfahrens veranlassen, §§ 223 bis 225, 229. In den §§ 226, 227 find einige gemeinschaftliche Bestimmungen für Unterbrechungen und Aussetzungen gegeben.

Unterbrechungsgründe sind:

1. der Tod einer Partei, der Verlust ihrer Prozeßfähigkeit, oder der Wegfall ihres gesetzlichen Vertreters, — wenn sie nicht durch einen Prozeß Bevollmächtigten vertreten ist, §§ 217, 219, 223,
2. die Konkursöffnung, wenn der Rechtsstreit die Konkursmasse, § 218, oder Ansetzungen von Rechtsbandlungen des Schuldners betrifft (§ 13 Gef. 21. Juli 1879),
3. Stillstand der Rechtspflege, justitium, § 222,
4. in Anwaltsprozessen Tod oder Unfähigkeit des vertretenden Anwalts, § 221.

Aussetzungsgründe sind die Fälle 1, wenn die Partei durch einen Bevollmächtigten vertreten ist, § 223, Militärdienst und Verkehrs Hindernisse, § 224, der Fall einer Hauptintervention, § 62, Präjudizialität eines anderen Prozeß, Verwaltungs- oder Strafverfahrens, §§ 139, 140, Ehreuzwecke in Ehesachen, § 580, Anmeldungen im Aufgebotsverfahren, § 830. Dadurch, daß die landesgesetzlichen Vorschriften über die Einstellung des Verfahrens bei Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten durch § 15 Nr. 1 G.B. (vgl. G.B. § 17, G.B. z. G.B. § 17) unberührt bleiben, bilden auch die Kompetenzkonflikte je nach der Landesgesetzgebung einen Grund zur Unterbrechung oder zur Aussetzung. Nach dem preuß. Gesetz 1. Aug. 1879 § 7, G.S. 573 erfolgt Unterbrechung. Vgl. Anm. § 222. — Ueber die Anzulässigkeit der Aussetzung aus anderen als den gesetzlich zugelassenen Gründen Anm. 1 § 225. — Ueber Wirkungen, Beginn und Ende der Unterbrechung und Aussetzung s. § 226. — Die Aufnahme des Verfahrens nach einer Unterbrechung oder Aussetzung, § 227 — nicht zu verwechseln mit der Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Endurtheil geschlossenen Verfahrens, § 541 — kann nach Wegfall des Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrundes erzwungen werden, Prot. 174—176. Die Vorschriften sind von der gemeinrechtlichen reassumptio litis (Weßell § 6 S. 41; Renaub § 50 S. 120) wesentlich verschieden.

Der fünfte Titel behandelt die Unterbrechung und Aussetzung „des Verfahrens“, und es wird daher namentlich mit Rücksicht auf die Wirkungen (§ 226) wichtig, bis zu welchem Zeitpunkte das „Verfahren“ dauert, auf welches die Vorschriften dieses Titels anwendbar sind. Vgl. hierüber Anm. 1 § 162; Anm. 3 § 146; Anm. 1 § 235. Zum Verfahren jeder Instanz gehört auch die Zustellung des Urtheils dieser Instanz, vgl. Anm. 1 § 221, abgesehen indeß davon, daß diese unter Umständen ohne Einfluß auf die Rechtskraft des Urtheils ist, Anm. 3 § 645. Sachgemäß wird auch im zweiten Buche: „Verfahren in erster Instanz“ die Zustellung der Urtheile im § 288 behandelt, und sind die Vorschriften des § 288 auch für die Berufungs- und Revisionsinstanz als unter den Vorschriften über das „weitere Verfahren“ einbegriffen, nach §§ 485, 520 anwendbar.

Ueber die Anwendbarkeit der Vorschriften des fünften Titels auf das Mahnverfahren vgl. Anm. 2 zu § 632. Auch auf das nach Beendigung der ersten Instanz in derselben stattfindende Kostenfestsetzungsverfahren, §§ 98—100, findet dieser Titel entsprechende

Anwendung, vorausgesetzt, daß sich ein Unterbrechungs- oder Aussetzungsgrund während dieses Verfahrens ereignet; *RO.* 11. März 1892, *ZM.* 204, *S.f.O.* 1892 S. 87. Ist derselbe schon vorher eingetreten und auf das Verfahren des Rechtsstreites selbst von Einfluß gewesen, so kann auch das Kostenfestsetzungsverfahren (aus dem vorläufig vollstreckbaren Urtheil) nicht vor Aufnahme des Rechtsstreits selbst beginnen. Ist dagegen nach Beendigung des Rechtsstreits, aber vor Beginn des Kostenfestsetzungsverfahrens eine Thatsache eingetreten, welche zur Unterbrechung oder Aussetzung des Rechtsstreits geführt haben würde, falls er noch nicht beendet wäre, so steht dem Beginn des Kostenfestsetzungsverfahrens unter Berücksichtigung der veränderten Sachlage nichts entgegen; sodas also z. B. nach dem Tode des Kostenschuldners der Kostenfestsetzungsbeschluß gegen die Erben auf Grund eines gegen diese vorher erwirkten Zwangsvollstreckungsmittels (mit Hilfe der §§ 665, 666) beantragt werden kann (vgl. *Buch* 16, 312 f.); sofern nicht überhaupt ein weiteres Verfahren gegen den Schuldner gesetzlich unzulässig ist, *RO.* § 10. Vgl. *Senft*, *S.f.O.* 1891 S. 10 ff. Nicht ganz korrekt *Fitting* § 51 Nr. 46. Ueberhaupt sind die Vorschriften dieses Titels auf jedes, auch nicht von dem Grundsatze der Mündlichkeit beherrschte Verfahren, sofern dasselbe nicht einen integrierenden Theil eines anderen (Haupt-) Verfahrens bildet, besonders anwendbar; vgl. *Fitting* a. a. D., *RO.* 30, 409 (s. jedoch betr. des Entmündigungsverfahrens *Anm.* 1 § 217). Auf die Zwangsvollstreckung an sich, welche kein „Verfahren“ im Sinne der *OP.* ist, finden die §§ 217 ff. jedoch keine Anwendung, vgl. *Fitting* a. a. D. Nr. 1, sowie §§ 665, 666, 693 ff., wohl aber auf Rechtsstreitigkeiten, welche durch die *ZB.* oder behufs derselben veranlaßt werden, §§ 660, 667, 668, 685, 686, 687, 690, 696 Abs. 3, 708, 704 Abs. 3, 705 Abs. 5, 773—775, 778, 781 ff.; wobei allerdings *RO.* § 11 zu beachten ist. Vgl. auch *Anm.* 1 zu § 218. Wegen der Kosten vgl. *ORO.* §§ 26 Nr. 4, 47 Nr. 9, 93, 94, *AnwObD.* § 20.

### § 217.

Im Falle des Todes einer Partei<sup>1)</sup> tritt eine Unterbrechung des Verfahrens<sup>2)</sup> bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger ein.<sup>3)</sup>

Wird die Aufnahme verzögert,<sup>4)</sup> so können die Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache geladen werden.<sup>5)</sup>

Der die Ladung enthaltende Schriftsatz ist den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen.<sup>6)</sup> Die Ladungsfrist wird von dem Vorsitzenden bestimmt.<sup>7)</sup>

Erscheinen die Rechtsnachfolger in dem Termine nicht, so ist auf Antrag die behauptete Rechtsnachfolge als zugestanden anzunehmen und von dem Gerichte durch Veräumnisurtheil auszusprechen, daß das Verfahren von den Rechtsnachfolgern aufgenommen sei. Eine Verhandlung zur Hauptsache ist erst nach Ablauf der Einspruchsfrist und, wenn innerhalb derselben Einspruch eingelegt ist, erst nach dessen Erledigung statthaft.<sup>8)</sup>

R. 209. H. 379. 382. 384—387. 389. 390. P. 76. 536.

1) Vgl. Dr. Hans Sperl: Succession in den Prozeß, erste Hälfte, Gesamtnachfolge, *Oraz* 1895. — Die Voraussetzung des Unterbrechungsgrundes: Tod einer Partei betrifft nur den Tod einer physischen Partei; derjenigen physischen Person, in deren Namen und für deren Gefahr der Prozeß geführt wird, Vorb. vor § 50. Beim Aufhören einer juristischen Person ist § 219 anwendbar, weil die Vertretungsbefugniß ihres gesetzlichen Vertreters aufhört. Ebenso *Seuffert* *Anm.* 1, *Caupp* *Anm.* I (aM. *Wach* I § 46 Nr. 30, *Kohler*, *Prozeß* als Rechtsverhältnis 90, *Frank*, *Buch* 13, 219 f., *DRG.* *Cassell* ebenda 379, vgl. dagegen *RO.* 18. März 1890, *ZM.* 157 u. *Anm.* 3 zu § 219). Der gesetzliche Vertreter, für dessen Tod § 219 bestimmt, und der Prozeßbevollmächtigte, s. § 221 und *Anm.* 1 § 221, sind im § 217 unter der Partei nicht mit verstanden. Ebensovienig ist der Antragsteller in dem Official-Entmündigungsverfahren

des Amtsgerichts (§§ 593 ff. 621) Partei, sein Tod unterbricht daher nicht das Verfahren, während durch den Tod des zu Entmündigten das Verfahren überhaupt gegenstandslos, also beendet wird, Anm. 3 § 594. Das Letztere gilt auch von dem Officialverfahren betr. die Wiederaufhebung der Entmündigung §§ 616, 625. Einer Entscheidung über die Kosten unter den Parteien bedarf es in solchen Fällen nicht, da Parteien nicht vorhanden sind und die Einziehung der Gerichtskosten für die Staatskasse bzw. die Ertragung derselben seitens der Staatskasse nach den Grundsätzen der §§ 601, 618, 622 keiner Entscheidung bedarf. Dagegen wird durch den Tod des Entmündigten in dem contradictorischen Verfahren aus Veranlassung von Anfechtungsklagen gemäß § 605, 624 und Wiederaufhebungs-Klagen §§ 620, 626 zwar der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, vgl. Anm. 4 u. 6 § 605, wegen des Kostenpunktes tritt jedoch Unterbrechung und Aufnahme ein, vgl. DZ. Dresden, cit. X. 68, 406. Ob überhaupt in Statussachen, Ehestreitigkeiten und anderen nicht vermögensrechtlichen Rechtsstreiten der Tod einer Partei das Verfahren in der Hauptsache erledigt oder ob dasselbe von den Erben fortgesetzt werden kann, ist eine Frage des Civilrechts, vgl. Vorb. vor § 568; R. 21. Juni 1882, SA. 39, 6; von der Beantwortung derselben in einzelnen Fällen hängt es ab, ob der Tod das Verfahren nur wegen des Kostenpunktes oder auch in der Hauptsache unterbricht; vgl. auch Gaupp Anm. I. — Entsprechend anwendbar ist § 217 auch bei Unterbrechung der vom § 8 Konk. D. betroffenen Prozesse und der Prozesse über einen Anfechtungsanspruch nach § 13 Anfecht. Ges. v. 21. Juli 1879; vgl. Anm. 2 § 218.

Auch der Nebeninterventient ist Partei im Sinne des § 217, da er mit Rücksicht auf sein eigenes Recht zuzuziehen ist, Anm. 3 § 68, Anm. 1 § 64; a. R. Gaupp Anm. I und Frand, Buch 13, 205 f., welche übersehen, daß sowohl der Nebeninterventient als auch die von ihm unterstützte Hauptpartei ein Recht auf Zugiehung desselben im Hauptverfahren haben und daß der Gegner sich diese Zugiehung gefallen lassen muß. Die Nebenintervention würde bei Nichtanwendung des § 217 auf den Tod des Nebeninterventienten vielfach ihren Zweck verfehlen. Ebenso ist der benannte Auktor, § 73, Partei im Sinne des § 217, sobald er an Stelle des Beklagten den Prozeß übernommen hat, Anm. 2 § 73 unter c u. e, Frand a. a. D. 210.

Jeder Streitgenosse ist Partei. Durch den Tod eines Streitgenossen aus § 58 wird jedoch nur hinsichtlich seiner, sowie seiner Rechtsnachfolger der Prozeß unterbrochen; mit Rücksicht auf §§ 243 Abs. 2, 226 Abs. 2 kann dann auch ohne vorgängige Aufnahme die Klage gegen ihn oder seine Erben nicht zurückgenommen werden. Dagegen kann der Prozeß nach § 58 gegen die anderen Streitgenossen und von denselben ohne Rücksicht auf diese Unterbrechung fortgesetzt werden; im Falle des § 59 wirkt eine Unterbrechung in der Person eines Streitgenossen zugleich für alle andern Streitgenossen; R. 12. Juni 1893, JW. 342; a. R. betreffs des § 59 Frand a. a. D. 204, 205. Dem Tode der Partei steht die rechtskräftige Todeserklärung gleich, Gaupp I.

2) Eine Unterbrechung tritt nicht ein, wenn eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten stattfand, § 223. Im Anwaltsprozeße kann daher dieser Unterbrechungsgrund nur eintreten, wenn und so lange die Partei noch keinen Anwalt bestellt hat (darüber, in welcher Weise die Bestellung wirksam für den Prozeß zu erfolgen hat, vgl. Anm. 3 § 162, Frand a. a. D. 206 ff.). Der Grund des § 217 kann indeß auch nach Eintritt des Grundes des § 221 hinzutreten. Darüber, bis wann das „Verfahren“ dauert, um dessen Unterbrechung es sich hier handelt, vgl. Vorb. vor § 217, Anm. 1 § 221. Die Unterbrechung erfolgt mit dem Momente des Todes kraft Gesetzes, ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Gerichts oder der andern Partei, Anm. 1 § 226, Anm. 1 § 221. — Ueber den Einfluß des Todes auf die Zwangsvollstreckung s. §§ 665, 693—696, Vorb. vor § 217.

3) Die Rechtsnachfolger, welche sich als solche melden, können das unterbrochene Verfahren aufnehmen, haben jedoch im Falle des Bestreitens ihr Nachfolgerecht nachzuweisen. Ueber die Form der Aufnahme vgl. § 227. Wer Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei geworden ist, bestimmt das materielle Recht; entscheidend ist, wer in

Folge des Todes in das streitige Recht oder die in Rede stehende Verpflichtung eintritt. Daher sind nicht bloß Universalsuccessoren, Erben (wie Strudmann-Roch Anm. 1, Köhler, Busch 12, 123, Franck a. a. D. 219 f. und Schollmeyer Zwischenstr. 105 wollen), wemgleich dies die Regel sein wird, sondern auch solche Singularsuccessoren, welche in Folge des Todes in das Recht oder in die Pflicht eintreten: Vermächtnißnehmer, Lehnsfolger, Fideikommißfolger, Bedingt-Berechtigte, deren Recht mit dem Tode eines Andern wirksam wird (A.R. 1, 19 § 33, 1, 21 §§ 176, 388), berechtigt bzw. verpflichtet, den Prozeß aufzunehmen, N.O. 26, 141; 31, 334; Nordb. Prot. 1, 429; Petersen Anm. 3; Hellmann 1, 599; Kleiner 1, 684; v. Bülow Anm. 2; Seuffert Anm. 1, Gaupp Anm. II. Jeder der Erben kann das Verfahren aufnehmen, sofern er sachlich dazu legitimirt ist, N.O. 7. Nov. 1894, 3W. 581. Die Annahme, daß allemal die Erben in die prozeßualen Beziehungen eintreten (Franck a. a. D. 121), ist aber nicht für alle Partikularrechte und alle Rechtsverhältnisse richtig und hängt vom bürgerlichen Rechte ab. Die §§ 236, 237 bestimmen nur über den Prozeßtritt solcher Singularsuccessoren, welche durch Verfügungen unter Lebenden: Veräußerung, Cession (vgl. § 236 Abs. 2) Rechtsnachfolger werden. Auf diese ist § 217 nicht anwendbar, ObL. 14. Febr. 1889 u. O.O. Karlsruhe, N.O. 6. März 1888, S.V. 44, 355, 356. Vgl. über die Prozeßverhältnisse gegenüber falschen Erben Köhler, Busch 12, 126 ff., 138 ff.

4) Abs. 2. Die Anfangsworte des Abs. 2: „wird die Aufnahme verzögert“ bedeuten, wenn die Rechtsnachfolger mit der Aufnahme zögern, ohne ein Recht dazu zu haben. Ihr Gegner hat, sofern es in der Verhandlung darauf ankommt, nachzuweisen, daß diejenigen, welche er als Rechtsnachfolger anspricht, es wirklich sind. Dies folgt aus der Voraussetzung des Abs. 2 und aus den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast. Vgl. Abs. 4, Not. 176. Wollen die Geladenen einwenden, daß sie zwar Rechtsnachfolger geworden, aber noch ein Recht haben, zu zögern, so haben sie ein solches Recht zu begründen. Darüber hinaus sind (gegen Strudmann-Roch Anm. 2; Petersen Anm. 4; Buchelt I, 512; Kleiner 1, 685; Hellmann 1, 600; v. Bülow Anm. 3) für ein Ermessen des Gerichts durch Abs. 2 keine Befugnisse eingeräumt, eine Zögerung gutzuheißen oder noch fernere Fristen (aus Zweckmäßigkeitsrücksichten?) zu bewilligen. Hätte dies bestimmt sein sollen, was im Wortlaute des Abs. 2 nicht schon liegt, so hätte dem Abs. 2 ein Zusatz gegeben werden müssen, um zu bestimmen, daß das Gericht zur Beurtheilung, ob eine Verzögerung vorliegt, nicht bloß ein Recht zur Zögerung, sondern noch andere Umstände berücksichtigen könne oder solle; Endemann 1, 628; v. Sarwey 1, 322; Seuffert Anm. 2; Gaupp Anm. IV.

Ein etwaiger Einwand aus dem bürgerlichen Rechte, daß die Rechtsnachfolger während der Ueberlegungsfrist noch nicht verpflichtet seien, auf Prozesse sich einzulassen (preuß. A.R. 1, 9 § 386; N.O. 27, 78, 83) ist nach Maßgabe des bürgerlichen Rechts und der Sachlage aufzustellen und zu beweisen; Endemann 1, 628; Strudmann-Roch Anm. 2. Ueber die Aufrechterhaltung dieser Vorschriften, insbesondere des § 386 cit., vgl. Anm. 3 § 694; Dernburg 3, 604; Eccius 4, § 269 Nr. 26. Die Ansicht von Buchelt Anm. 6 u. Franck a. a. D. 233, das Landesrecht über die Bedenkzeit der Erben habe im Prozesse keine Geltung mehr und bedinge nicht mehr den Begriff der Verzögerung, will zu Unrecht unter Verkümmerung der mit der Erbschaftsübernahme verbundenen materiellen Rechte die Vorfrage, ob zur Zeit der Rechtsweg gegen Erben zulässig ist, nach Prozeßgesetzen entscheiden, welche nur unter der Voraussetzung anwendbar sind, daß er zur Zeit zulässig sei.

Endlich entscheidet sich auch nach dem bürgerlichen Rechte, ob den geladenen Rechtsnachfolgern (z. B. Benefizialerben vor der Theilung) der Einwand zusteht, daß noch andere vorhanden sind, ohne deren Zugiehung sie nicht passiv legitimirt sind; vgl. ObL. 1. Juli 1886, S.V. 42, 92, wo anscheinend der Einwand gemäß § 217 überhaupt für unzulässig erachtet wird, weil die SpD. nicht vorschreibe, daß alle Rechtsnachfolger geladen werden müssen. Allein wenn die Rechtsnachfolger nach dem bürgerlichen Rechte nur in ihrer Gesamtheit belangt werden können, so sind einzelne derselben nicht die Rechtsnachfolger im § 217 und als Einzelne nicht zur Aufnahme des Verfahrens verpflichtet.

5) Das Verfahren über die Aufnahme vor dem Endurtheile ist ein Zwischenstreit unter den Parteien und das Urtheil, welches das Verfahren mit der neuen Partei für aufgenommen erklärt, ist ein Zwischenurtheil im Sinne der §§ 289, 473, 510, Borch. 2b vor § 119; R. 27, 358. Mit dem Momente, worin Jemand Rechtsnachfolger wird, ist er sachlich Partei; das Verfahren darüber, ob eine Rechtsnachfolge eingetreten ist, ist demgemäß als Zwischenstreit unter Parteien konstruirt, Schollmeyer Zwischenstr. 107—112. Daran ändert es (gegen Frand 237 f.) auch nichts, daß es ein Streit über die Anerkennung als Partei ist und in dieser Beziehung eine gewisse prozessuale Selbständigkeit hat; auch nicht, daß das Verfahren, wenn bereits das Endurtheil in einer Instanz verkündet ist, zettlich demselben nachfolgen kann. Die Prozeßzulassung durch Beschluß des Gerichts festsetzen zu lassen, widerspricht den Rechten der Bethelligten, § 191, gegen Frand 245 f. Wenn das Verfahren durch rechtskräftige Entscheidung beendet ist, also eine Unterbrechung des Verfahrens nicht mehr möglich ist, Borch. vor § 217, fällt die Feststellung der Nachfolge behufs Ermöglichung der Ausführung in ein ganz gesondertes Nachverfahren nach §§ 665—667. So lange jedoch das Verfahren schwebt und gemäß § 217 unterbrochen wird, ist der Streit über die Aufnahme, also darüber, zwischen welchen Personen als den realen Parteien der Rechtsstreit und dessen Entscheidung wirksam sein soll, ein wahrer zur Endentscheidung nöthiger Zwischenstreit. Das darüber ergehende Urtheil ergänzt dann, auch wenn bereits ein sachliches Endurtheil vor der Unterbrechung gesprochen ist, das Verfahren in der wesentlichen Beziehung der Konstitution der Parteien, behält aber begrifflich immer den Charakter eines Zwischenurtheils, § 275; R. 7. Nov. 1894, JW. 589. Wird durch dasselbe das Verfahren dann für aufgenommen erklärt, bevor das Endurtheil zugestellt, also das Verfahren dieser Instanz noch nicht beendet ist, so wird demgemäß das Zwischenurtheil ein dies Endurtheil ergänzendes und einen Theil der Sachentscheidung bildendes Element derselben; es ist also selbständig nicht anfechtbar, kann nur durch Anfechtung des Endurtheils angefochten werden und unterliegt dann nach §§ 473, 510 der Prüfung des Berufungs- bzw. Revisionsgerichts, R. 27, 358. Wird das Verfahren erst dann unterbrochen, nachdem das Endurtheil der früheren Instanz bereits zugestellt ist, also das Verfahren dieser Instanz bereits beendet ist, während jedoch noch die Rechtsmittelfrist läuft, so kann eine Aufnahme nicht mehr in der beendigten früheren Instanz, sondern nur in höherer Instanz durch Ladung vor dieselbe veranlaßt bzw. erzwungen werden, womit die Einlegung eines Rechtsmittels (Berufung, Revision) zu verbinden ist, wenn dem Aufnehmenden ein solches zusteht, R. 27, 357; 30. Sept. 1891, Raffr. 36, 470, JW. 486. (Das Urtheil R. 2. Okt. 1885, JW. 321, 322, „wettere Theilungs-Interessenten“ betreffend, scheint eine andere Sachlage vorauszusetzen.) — Es kann nach § 137 nicht zweifelhaft sein und ist in der Praxis durchaus üblich, daß das Prozeßgericht im Falle eines Streits über die Nachfolge die Verhandlung zunächst auf diesen Streit beschränken kann, vgl. Anm. 1 § 137; Seuffert Anm. 4; a. M. Sperl a. a. O. 99. Wird die Rechtsnachfolge verneint und der Antrag darauf abgewiesen, so ist diese Entscheidung, welche den Anspruch gegen den Dritten definitiv erledigt, ein Endurtheil, vgl. anal. betr. §§ 237, 238; R. 11, 318; 32, 429 (hier wird auch angenommen, daß wenn zu Unrecht ein Beschluß erlassen ist, derselbe nach § 229 mit Beschwerde anfechtbar sei.)

Die Aufnahme Seitens der Rechtsnachfolger kann durch Schriftsatz oder Erklärung in der m. B., zu welcher sie zu diesem Zwecke geladen sind, oder, falls für den Nachlaß ein Kurator bestellt wird, nach §§ 220, 219 durch Anzeige erfolgen, womit je nach der Sachlage nicht immer eine Ladung verbunden zu sein braucht, §§ 225, 227; vgl. Anm. 8 a. E. Will der Gegner die von den Aufnehmenden behauptete Rechtsnachfolge bestreiten, so kann er sie zur Verhandlung laden, § 191, sofern Seitens der Aufnehmenden eine Ladung nicht erfolgt. Für die Aufnahme Seitens des Gegners ist in dem Falle, wenn für den Nachlaß ein Kurator bestellt wird, nach § 220 die Form des § 219 (Anzeige) gegeben. In jedem andern Falle kann die Aufnahme Seitens des Gegners jedoch nur durch einen Termin oder eine Ladung veranlaßt werden, selbst wenn nur ein vor dem Tode der Partei verkündetes Urtheil noch zugestellt werden soll, da die Zustellung noch zum Verfahren der Instanz gehört;

Vorb. vor § 217; Seuffert Anm. 2, Caupp Anm. IV 1. *AR.* v. Sarwey I, 322, 323. Der Gegner, welcher laden „kann“, indeß dazu nicht verpflichtet ist (Konsequenz des Grundsatzes des § 228), muß jedoch, wenn er laden will, zu Beidem: zur Aufnahme und zur Hauptsache zugleich laden; sofern noch eine Verhandlung der Hauptsache in der Instanz, worin die Aufnahme zu beantragen ist, möglich ist. Ist letzteres nicht mehr oder noch nicht möglich, weil das Sachurtheil der Instanz schon erlassen ist oder bei Ladung zur höheren Instanz nicht dem Antragsteller, sondern nur dem Gegner ein Rechtsmittel zusteht, so genügt die Ladung zur Aufnahme, *RG.* 30. Sept. 1891, *RaffR.* 472.

Wer zu dem in *Abf.* 2—4 bezeichneten Verfahren laden kann, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt; aus dem Inhalte ergiebt sich, daß nur ein Prozeß-Gegner des Verstorbenen dazu berechtigt ist. Ein Streitgenosse des Verstorbenen kann vermöge seines Betreibungsrechts, § 60, den Prozeß nur seinem Gegner gegenüber unter Zugziehung seiner Streitgenossen betreiben. Erfolgt dazu die Aufnahme Seitens dieser Rechtsnachfolger nicht freiwillig, so kann der Streitgenosse nicht in der Form des Verfahrens der *Abf.* 2—4, welche zumal im *Abf.* 4 eine Gegnerschaft und die Anwendbarkeit der §§ 295 ff. voraussetzt, die Aufnahme veranlassen; die Differenzen der Streitgenossen und ihrer Rechtsnachfolger unter einander sind nicht in dem gegen einen Dritten schwebenden Prozesse zum Austrage zu bringen; sie müssen ihre etwaigen Rechte in einem besonderen Prozesse geltend machen. Ein *Verkümmisurtheil* eines Streitgenossen gegen einen andern ist, wie in den §§ 295 ff., so auch in dem diese allgemeinen Vorschriften anwendenden *Abf.* 4 (*Not.* 176) nicht als zulässig vorausgesetzt. Höchstens könnten daher *Abf.* 2, 3 als für die Ladung des Streitgenossen anwendbar erachtet werden; der „Antrag“ im *Abf.* 4 könnte immer nur vom Gegner ausgehen und nur die von diesem behauptete Rechtsnachfolge betreffen. — *Bgl.* auch *Anm.* 2 § 218.

6) *Abf.* 3. Die erforderliche Ladung ist, um wirksam zu sein, den Rechtsnachfolgern selbst zuzustellen, und nicht etwa einem gesetzlichen Vertreter des Verstorbenen oder seinem Zustellungsbevollmächtigten. Die Zustellung an die Nachfolger selbst hat in dem Sinne zu erfolgen, wie in den §§ 157 ff. die Zustellung an eine Partei erfolgen soll; die Zustellung zur eignen Hand ist nicht als nöthig erklärt, und Ersatzzustellung oder öffentliche Zustellung sind nicht ausgeschlossen. An den Prozeßbevollmächtigten des Verstorbenen kann die Ladung im Falle des § 217 nicht geschickt werden, da, wenn ein solcher vorhanden ist, nach § 223 eine Unterbrechung nicht eintritt, *Anm.* 2. Ist alsdann eine Aussetzung erfolgt, und soll nach einer solchen die Aufnahme gemäß § 223 *Abf.* 2 erfolgen, so ist ebenfalls die Zustellung der Ladung an die Rechtsnachfolger selbst nach *Abf.* 3 zur Wirksamkeit der Ladung, neben der Zustellung an den Bevollmächtigten, nöthig (Ausnahme von § 162). Die Ladung muß im Anwaltsprozeße die Aufforderung zur Anwaltsbestellung enthalten, § 192. *AR.* Endemann I, 630, weil der bestellte Anwalt nach § 82 befugt sei, weiter zu fungiren; indeß § 192 verlangt die Aufforderung, sofern die Zustellung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt; und § 82 verlangt für den Fall der Aussetzung eine neue Vollmacht der Nachfolger. Ebenso *Caupp Anm.* IV 1.

7) Die Ladungsfrist des zweiten Satzes *Abf.* 3 ist hier ausnahmsweise eine richterliche (Vorb. 4 vor § 119) und unterliegt der Beurtheilung des Gerichts gemäß § 302. Der Vorsitzende hat auch die Einlassungsfristen zu berücksichtigen, soweit sie, insbesondere für die Berufung und Revision, indeß nach § 226 *Abf.* 1 auch für die erste Instanz, in Frage kommen. Die Bestimmung der Ladungsfrist ist zur Ladung (§ 191) gehörig, deren Mittheilung also formell, wie nach § 204 *Abf.* 3 zu behandeln; sie ist mit der Terminbestimmung abschriftlich vom Ladenden mitzutheilen und eine Zustellung der Bestimmung von Amtswegen nach § 294 *Abf.* 3 nicht nöthig; *Meyer Zustell.* 34. Dies gilt (gegen *Meyer*) auch, wenn der Vorsitzende bei der Terminbestimmung die Ladungsfrist vergessen hätte; die nachträgliche Festsetzung ist dann vom Ladenden ebenso wie etwa die einer Terminstunde nachzuholen.

8) *Abf.* 4 enthält insofern eine Ausnahme vom § 312 *Abf.* 2, als ein Verkümmisverfahren über den Zwischenstreit stattfindet, obwohl der Termin gleichzeitig zur Hauptsache



angeseht ist. Für das „Versäumnisurtheil“ betreffs der Aufnahme und den Einspruch dagegen sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 295 ff. maßgebend, was schon durch die technische Bezeichnung ausgedrückt ist, Rot. 176. Der Versäumnisnachtheil ist indeß noch ein umfassenderer, indem nicht bloß die behaupteten Thatfachen, sondern das Rechtsverhältniß der Rechtsnachfolge selbst als zugestanden angenommen wird. AR. Frand a. a. D. 235. Diese Wirkung tritt indeß als lediglich prozessuale nur unter Parteien und nur für den vorliegenden Rechtsstreit ein, wie überhaupt durch die Entscheidung des Zwischenstreits über die Rechtsnachfolge den, nicht zugezogenen Dritten, etwa dem wirklichen Rechtsnachfolger nicht präjudicirt werden kann, Sperl a. a. D. 102, 147. Die Wirkung der Annahme des Zugeständnisses betrifft, nach Abs. 4 verb. mit Abs. 2, 3 nur den Fall, wenn die angebliehen Rechtsnachfolger von dem Gegner des Verstorbenen zur Aufnahme geladen werden. Für den Fall, daß die vorgebliehen Rechtsnachfolger selbst ihre Rechtsnachfolge behaupten und den Gegner laden, giebt das Gesetz keine Bestimmung und kann (mit Pland I 529) keine Abweichung von dem allgemeinen Grundsatz angenommen werden, daß nur die behaupteten Thatfachen als zugestanden gelten, und das Gericht zu prüfen hat, ob daraus die Rechtsnachfolge und der Aufnahmewang begründet wird. Als Gesamthatfache im Sinne des R. 10, 365 ist in diesem Falle (gegen Caupp Ann. III) die Rechtsnachfolge nicht aufzufassen, und daß nach Abs. 2, 3 nur die wahren Rechtsnachfolger mit der Rechtswirkung der Aufnahme-Erklärung zu laden sind, hat (gegen Seuffert Ann. 1) keinen Einfluß darauf, daß im Abs. 4 das Versäumnis-Präjudiz nur auf den Fall des Nichterscheinens der vom Gegner geladenen behaupteten Nachfolger beschränkt ist.

Gegen ein Versäumniszwischenurtheil ist nicht bloß im Falle des § 217 Abs. 4, sondern auch dann, wenn ein solches von den Rechtsnachfolgern gegen den versäumenden Gegner erwirkt ist, Einspruch zulässig. Ein solches Versäumniszwischenurtheil ist aber gemäß § 312 Abs. 2 nur zulässig, wenn die Rechtsnachfolger lediglich zu dem Zwischenstreit betreffs der Aufnahme und nicht auch zur Verhandlung der Hauptsache geladen haben oder geladen sind. Entgegengesetztenfalls ist auf Antrag nur Versäumnisendurtheil in der Hauptsache zu erlassen. Ein kontrabiktorisches Zwischenurtheil über die Zulassung der Aufnahme, wenn dieselbe bestritten wird, braucht nicht erlassen zu werden, wenn nicht schon ein Endurtheil in der Hauptsache ergangen ist; es kann darüber im Endurtheil der Hauptsache entschieden werden. Wird ein kontrabiktorisches Zwischenurtheil zur Zulassung der Aufnahme erlassen, so ist dasselbe nur mittelbar bei Anfechtung des Endurtheils in der Hauptsache als Vorentscheidung gemäß §§ 473, 510 anfechtbar, vgl. vorst. Ann. 5, R. 27, 358, nicht (gegen R. 16, 358) mit Beschwerde. Das die Aufnahme abweisende Endurtheil (vgl. Ann. 5) unterliegt den sonst zulässigen Rechtsmitteln. — Ist für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so fällt die Nothwendigkeit der Ladung zur Erwirkung der Aufnahme fort, §§ 220, 219. Die etwaigen Differenzen hinsichtlich der Rechtsnachfolge für den bestehenden Rechtsstreit sind aber auch dann unter entsprechenden Behauptungen und Anträgen durch Ladung und m.B. zum Austrag zu bringen; Ann. 5 § 219.

## § 218.

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei wird das Verfahren, wenn es die Konkursmasse betrifft,<sup>1)</sup> unterbrochen, bis dasselbe nach den für den Konkurs geltenden Bestimmungen aufgenommen<sup>2)</sup> oder das Konkursverfahren aufgehoben wird.

E. XI. N. 379. 382. 388. 390. P. 76. 536. 667.

1) Der Rechtsstreit wird unterbrochen, wenn er die Konkursmasse, d. h. „das einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört“ betrifft, er mag die Aktiomasse oder die darauf angewiesene Passivmasse betreffen. Bona non intelliguntur nisi deducto aere alieno; R. D. § 1, P. 76. Die Unterbrechung findet im Konkursfalle, abweichend von §§ 217, 219 auch dann statt, wenn der Gemeinschuldner durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten

war, da § 223 für den Konkursfall keine Ausnahme von der Unterbrechung bestimmt. Eine Unterbrechung findet nicht statt, wenn der Rechtsstreit Rechte bzw. Parteien betrifft, welche durch den Konkurs nicht berührt werden, so Statusklagen, persönliche Rechte und Pflichten, Vermögensrechte, welche nicht zur Konkursmasse gehören; *R. 6. Dez. 1889, 3M. 527; D. O. Hamburg, SA. 50, 122* (Klage auf Unterlassung einer gewerblichen Thätigkeit), vgl. *Ecclus 1, § 116, Rt. 25*, und aus demselben Grunde auch nicht Prozesse eines Gläubigers gegen den Gemeinschuldner, wenn der Gläubiger eine Befriedigung aus der Konkursmasse nicht beanspruchen will, und dazu seine Forderung im Konkurse nicht anmeldet, *R. 25, 17*. Der Prozeß gegen den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Gesellschaft nicht unterbrochen, auch wenn es sich um eine Gesellschaftsschuld handelt, da die Handelsgesellschaft nicht Partei in dem Prozesse ist, unbeschadet des Einflusses der Konkursöffnung über das Gesellschaftsvermögen auf das materielle Recht des Gläubigers; vgl. *Art. 122 G. O. B.; R. I. f. R. 6, 21*. Außerdem wird nach dem Reichsgef. v. 21. Juli 1879 § 13, *R. O. B. 277*, das Verfahren zur Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkurses (im Wege der Klage oder Einrede) durch die Konkursöffnung über das Vermögen des Schuldners auch dann unterbrochen, wenn der Schuldner im besagten Prozesse nicht Partei ist. Die Unterbrechung tritt auch durch Konkursöffnung über einen Nachlaß ein, wenn die Erbschaft mit Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars angetreten ist, und zwar auch gegenüber dem Benefizialerben, selbst wenn dieser zur Zeit der Konkursöffnung die Einrede der Rechtswohlthat des Inventars noch nicht vorgeführt hatte. Vgl. *R. D. § 204; R. 7. Nov. 1882, 3M. 1883 S. 36, 37, SA. 38, 346*. Durch einen im Auslande eröffneten Konkurs wird das Verfahren nicht unterbrochen; § 207 *R. D.*; *R. 16, 337* (vgl. *R. 6, 403; 14, 405, 412, Anm. 3 § 24*). — Die Unterbrechung des Prozesses gegen einen Gemeinschuldner wegen einer Konkursforderung wird nicht ohne Weiteres durch Feststellung der Forderung im Prüfungstermine selbst beim Mangel eines Widerspruchs des Richters prozeßuallich beseitigt; *R. 27, 116*; vgl. *Anm. 2*.

Ein Zwangsvollstreckungsverfahren, welches zur Zeit der Konkursöffnung für Aussonderungs- oder Absonderungsberechtigte schwebt, wird durch den Konkurs nicht unterbrochen und überhaupt nicht berührt. Die *R. D.*, § 11, untersagt nur Zwangsvollstreckungen zu Gunsten von Konkursgläubigern; die Aussonderung und die abgesonderte Befriedigung betreffs der Konkursmasse erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens, *R. D. §§ 2, 3 Abs. 2, 35*. Ebenso *D. O. Colmar, Jur. Zschr. f. Elsaß-Lothr. 15, 16 ff., S. f. O. 1890 S. 37*. Nach § 218 *C. P.* und § 9 *R. D.* wird nur ein anhängiges Verfahren durch die Konkursöffnung unterbrochen; ein schon rechtskräftig entschiedenes Verfahren unterliegt der Unterbrechung überhaupt nicht. Vgl. indeß die Bedenken von Häufer, *Zeitschr. f. Reichs- und Landesr. 3, 468*, sowie *Anm. 1 § 691*, ferner *Worb. vor § 217*.

2) Die Aufnahme des Verfahrens während des Konkurses ist durch §§ 8, 9, 132, 134 *R. D.* u. § 13 *Anf. G. O. v. 21. Juli 1879* geordnet. *R. D. § 8* läßt die Aufnahme der für den Gemeinschuldner anhängigen Prozesse betr. das zur Konkursmasse gehörige Vermögen (Aktiv-Masse) durch den Konkursverwalter, und wenn der Verwalter ablehnt, sowohl durch den Gemeinschuldner als den Gegner zu, (vgl. *Ecclus 1, § 116 Rt. 25; R. 9. Juli 1892, 3M. 371*); § 9 betrifft Rechtsstreitigkeiten gegen den Gemeinschuldner betr. Aussonderung, abgesonderte Befriedigung oder Ansprüche, welche als Masseschulden zu erachten sind und gestattet die Aufnahme sowohl durch den Verwalter als den Gegner; § 132 *Abf. 2* betrifft die Aufnahme eines Gläubigers behufs persönlicher Verfolgung des bestreitenden Gemeinschuldners; § 134 *Abf. 3* die Aufnahme betr. die angemeldeten streitigen Konkursforderungen Seitens des Gläubigers, in diesen beiden Fällen kann nur der Gläubiger aufnehmen, nicht Gemeinschuldner, Verwalter oder bestreitende Gläubiger; im Falle des § 134 *Abf. 6* kann eine Aufnahme Seitens eines Widersprechenden erfolgen. Die Vorbedingungen der Aufnahme nach § 134 *Abf. 3* u. 6 sind die gleichen, wie für die Erhebung der Klage auf Feststellung nach *Abf. 1* (Anmeldung und Prüfung der Forderung im Konkurse) und von Amtswegen zu beachten, *D. O. Hamburg, SA. 49, 254*.

Bei Verzögerung der Aufnahme in den Fällen des § 8 RD. (sowie des § 13 Anf.-Gef. welcher ebenfalls unter § 8 fällt) ist nach § 8 bzw. § 13 der § 217 Abs. 2—4 entsprechend anwendbar; für den Fall des § 9 ist eine Anwendbarkeit des § 217 nicht angeordnet, weil beide Theile aufnehmen können, also kein Theil von der Zögerung des Andern abhängt, ebenso nicht für die Fälle der §§ 132, 134; vgl. R. 16, 363. — Für die Anwendung des § 8 ist zu berücksichtigen, daß es nur darauf ankommt, ob ein zur Konkurs-Massensache gehöriges Vermögensobjekt verfolgt wird, nicht auf die Partetrolle, ob der Gemeinschuldner Kläger oder Beklagter war; daher ist § 8 auch anwendbar, wenn der Prozeß gegen den Gemeinschuldner angestellt war, und es sich um Rückforderung der auf Grund des vorläufig vollstreckbaren Urtheils beigetriebenen Summe für die Konkursmasse handelt, R. 11, 398; O. Bremen, Buch 10, 389; ebenso bei Aufnahme einer Konkursfeststellungsklage, die gegen den Gemeinschuldner als Gläubiger in einem anderen Konkurs erhoben war, R. 16, 117. Will der Gläubiger seine Forderung nicht im Konkurs, sondern nur außerhalb desselben gegen den Gemeinschuldner und gegen dessen nicht zur Konkursmasse gehöriges Vermögen verfolgen, so muß er eine dahingehende Erklärung abgeben, R. 12. Rat 1886, Raffr. 31, 1122; 27. Febr. 1894, JW. 173.

Die Form der Aufnahme ist die des § 227 bzw. gemäß RD. § 8 die des § 217. Vgl. RD. § 65. — Alle Bestimmungen des § 218 und der RD. betreffs der Aufnahme kommen nach § 220 auch dann zur Anwendung, wenn eine Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod stattgefunden hat, und über den Nachlaß Konkurs eröffnet ist. Vgl. indeß Anm. 2 § 220.

3) Nach der Aufhebung des Konkurses kann und muß der Gemeinschuldner selbst den Prozeß fortführen; R. 6. März 1891, JW. 250. Die Unterbrechung ist damit beendet, was durch die von der RR. eingeschalteten Worte: „oder das Konkursverfahren aufgehoben“ klargestellt werden soll. Einer Aufnahme des Verfahrens oder einer Anzeige bedarf es in diesem Falle zur Beendigung der Unterbrechung nicht. Ebensowenig tritt durch die Aufhebung des Konkurses eine Unterbrechung der für oder gegen die Konkursmasse anhängigen Prozesse ein, mögen dieselben während des Konkurses angestellt oder aufgenommen sein; vielmehr succedirt der Gemeinschuldner ohne weiteres in diese Prozesse, wie eine prozeßfähig gewordene Partei in die von ihrem gesetzlichen Vertreter angestellten Prozesse, Anm. 3 § 219; R. 12. Dez. 1894, JW. 1895 S. 63. Der Gemeinschuldner hat den Prozeß in der Lage zu übernehmen, in welcher er sich befindet und muß die durch die Fortsetzung des Prozesses Seitens des Verwalters eingetretenen Veränderungen gegen sich gelten lassen; so auch in dem Falle, wenn bereits für den Gemeinschuldner rechtskräftig auf einen Eid erkannt war und auf Grund des § 433 Abs. 2 andere Beweismittel geltend gemacht worden waren. Ob der Gemeinschuldner sachlich nicht mehr legitimirt ist, die Anträge des Konkursverwalters, z. B. bei Anfechtungsklagen, aufrecht zu erhalten oder passiv die Verpflichtungen des Konkursverwalters wegen einer Massenschuld nicht zu vertreten hat, ist für seine Prozeßlegitimation ohne Einfluß. RR. bez. der Anfechtungsklagen R. 7, 35; 31, 40; Ratower, Buch 20, 459; vgl. dagegen O. Freiburg, Buch 19, 478. Wegen den Konkursverwalter kann nach Aufhebung des Konkurses auch ein Prozeß wegen einer Massenschuld nicht fortgesetzt werden; R. 32, 72; 27, 113. Vgl. jedoch wegen der Vertretungsbefugnisse der Verwalter nach Aufhebung des Konkurses für reservirte Beträge R. 28, 68; Kohler civ. 81, 410. Ueber die Aufhebung des Konkurses bestimmen RD. §§ 105, 151, 152, 175. Derselben ist die Einstellung des Verfahrens, RD. §§ 188—192, gleichzustellen.

### § 219.

Verliert eine Partei die Prozeßfähigkeit,<sup>1)</sup> oder stirbt der gesetzliche Vertreter einer Partei<sup>2)</sup> oder hört die Vertretungsbefugniß desselben auf, ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist,<sup>3)</sup> so wird das Verfahren unterbrochen,<sup>4)</sup> bis der gesetzliche Vertreter oder der neue gesetzliche Vertreter von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, oder bis der Gegner seine Absicht, das Verfahren fortzusetzen, dem Vertreter anzeigt.<sup>5)</sup>

**R. 211. N. 370. 383. P. 76. 536.**

1) Der Verlust der Prozeßfähigkeit kann durch Entmündigung für Geistes-  
kranke und Berschwender sowie landesgesetzlich durch Einleitung einer Kuratel wegen  
Geisteschwachheit, Körperlicher Gebrechen (Anm. 2 § 593), oder Abwesenheit erfolgen. Vgl.  
auch Preuß. Vorm.-D. § 81; RPr. I 5 §§ 24, 25. Hat eine Entmündigung wegen Geistes-  
krankheit noch nicht stattgefunden, so ist ein Verlust der Prozeßfähigkeit in Folge von  
Geisteskrankheit nur anzunehmen, wenn die Voraussetzungen für eine Entmün-  
digung vorliegen, nicht schon auf Grund eines ärztlichen Attestes, aus dem sich nur  
eine möglicherweise vorübergehende Erkrankung ergibt, R. 21. März 1892, JW. 217.  
Für den Fall der Konkursöffnung findet, auch bei Annahme einer Prozeßunfähigkeit des  
Gemeinschuldners hinsichtlich der Konkursmasse, nicht § 219, sondern § 218 als *lex specialis*  
Anwendung.

2) Der Tod des gesetzlichen Vertreters ist unbedingter Unterbrechungs-  
grund nur dann, wenn dadurch für die nicht prozeßfähige Partei die gesetzliche  
Vertretung überhaupt aufhört. Vgl. § 223: „Wegfall des gesetzlichen Vertreters“.  
Stirbt von mehreren Vertretern Einer, während durch Ueberlebende die gesetzliche Vertretung  
noch fortgeführt wird, so tritt keine Unterbrechung ein. — Als gesetzlicher Vertreter  
ist auch der nach § 55 bestellte Vertreter „bis zu dem Eintritte des gesetzlichen Vertreters“  
anzusehen. — Der Tod der Inhaber gesetzlicher Verwaltungs- oder Nießbrauchsrechte, so-  
fern sie nicht gesetzliche Vertreter im Sinne des § 50 sind, hat keinen Einfluß.

Ist zur Zeit des Todes des gesetzlichen Vertreters die Partei schon prozeßfähig ge-  
worden, so hat jener damit aufgehört, gesetzlicher Vertreter zu sein. Vgl. Preuß. Vorm.-D.  
§ 61. Der Nachsatz: „ohne daß die Partei prozeßfähig geworden ist“ bezieht sich auch  
grammatisch auf die beiden vorangehenden Unterbrechungsgründe, wie sie auch im § 223  
als Wegfall des gesetzlichen Vertreters zusammengefaßt sind.

3) Die Vertretungsbefugniß des gesetzlichen Vertreters, ohne daß die Par-  
tei prozeßfähig geworden ist, hört mit seiner Entlassung, Entsetzung oder  
Handlungsunfähigkeit auf; Preuß. Vorm.-D. §§ 62—64. — Fällt die Vertretungs-  
befugniß fort, indem die Partei prozeßfähig wird, wie mit der Großjährigkeit der Mündel,  
Aufhebung der Entmündigung, Vorm.-D. §§ 61, 84, so tritt weder Unterbrechung nach  
§ 219, noch Aussetzung nach § 223 ein. Ebenso bei Aufhebung einer Pflegschaft durch den  
Vormundschaftsrichter wegen Fehlens oder Wegfalls der Voraussetzungen für eine solche;  
R. 33, 412. Der Wegfall des Vertreters hat keine Einwirkung auf die  
Prozeßvollmacht, § 82; die Partei tritt als prozeßfähige in ihre Rechte; die Sach-  
lage ist im gewöhnlichen Prozeßwege zu konstatiren, und ein möglicher Einfluß für die  
Prozeßbehandlung in Folge neuer Instruktionseinholung, Eidesleistungen zc. ist durch  
Vertagung geltend zu machen. Vgl. OLG. 9. Juni 1887, SA. 43, 224. Bei Auflösung  
einer Handelsgesellschaft (offenen, Kommandit- oder Aktiengesellschaft) tritt eine Unter-  
brechung des Verfahrens dann ein, wenn die bisherigen gesetzlichen Vertreter ihre Vertre-  
tungsbefugnisse verlieren, also bei Bestellung eines Dritten als Liquidator, R. 21. Sept.  
1891, JW. 468 (sofern nicht eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt-  
findet, § 223); nicht im entgegengesetzten Falle, wenn die bisherigen vertretungsberechtigten  
offenen Handelsgesellschafter, oder die bisherigen persönlich haftenden Gesellschafter oder  
Vorstandsmitglieder die Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft werden, vgl. Seuffert  
Anm. 1. Der Ansicht des R. 18. März 1890, JW. 157, und von Rühle, cit. S. 6, 64,  
daß bei Auflösung der offenen Handelsgesellschaft der Prozeß mit den bisherigen Gesell-  
schaftern ohne Unterbrechung seinen Fortgang haben könne, kann in dieser Allgemei-  
heit nicht beigestimmt werden. Vgl. dagegen auch Staub PRR. Art. 111 § 6. Die von  
Letzterem a. a. O. gemachten Unterscheidungen können allerdings ebenfalls nicht gebilligt  
werden. Die Parteifähigkeit der Handelsgesellschaften wird durch ihre Auflösung  
während eines noch schwebenden Prozesses nicht berührt, ohne Unterchied ob sie geklagt  
haben oder verklagt worden sind, ob der Gegenstand des Prozesses eine *species* oder ein  
*genus* ist, ob die Auseinandersetzung der Handelsgesellschaft erfolgt ist oder nicht. Dem

Prozeßgegner steht in allen diesen Fällen die Handelsgesellschaft in Liquidation (mögen die Aktiva auch schon vertheilt sein) als Partei nach wie vor gegenüber, und zwar als prozeßunfähige Partei. Nur der Wechsel der gesetzlichen Vertreter kann eine Unterbrechung oder Aussetzung (§ 223) des Verfahrens zur Folge haben. Dies gilt auch für die offene Handelsgesellschaft selbst dann, wenn man nach der Anm. 1 § 56, vertretenen Auffassung die ehemaligen Mitglieder derselben als Streitgenossen (eigentliche Prozeßparteien) ansieht, da sie dies jedenfalls nur in ihrer bis zur Beendigung der Liquidation in Bezug auf das bisherige Gesellschaftsvermögen fortbestehenden Verbindung sind, welche durch die Liquidationsfirma repräsentirt wird. Der Ansicht von Staub a. a. O., daß die Gesellschafter befugt seien, dem Prozeßgegner gegenüber den Liquidationszustand zu beseitigen, kann nicht beipflichtet werden, auch nicht für den Fall, daß die Gesellschaft geklagt hat; da das Prozeßrechtsverhältniß und die daraus auch für den Kläger entstehenden Verbindlichkeiten nicht einseitig von einer Partei aufgehoben werden können, vgl. Ehlele a. a. O. S. 61 ff.; R. 12. Okt. 1894, JW. 543. Ebenso für Genossenschaften, R. 23. Febr. 1894, JW. 139. Ferner ist auch die Annahme von Staub, daß die gesetzliche Vertretungsbefugniß der bisherigen vertretungsberechtigten Gesellschafter aufhöre, wenn sie Liquidatoren der aufgelösten Gesellschaft werden, nicht als richtig anzuerkennen. Mag auch die Vertretungsbefugniß der Liquidatoren eine beschränktere sein, als die der Gesellschafter, für den Prozeß bleibt sie — wenn auch als Kollektive — bestehen und hört nicht auf, was in § 219 vorausgesetzt wird. Die Gesellschaft in Liquidation bleibt durch dieselben Personen vertreten, und es wäre kein gesetzgeberischer Grund einzusehen, in einem solchen Falle, wo für die Vertretung der Partei ohne Weiteres und ohne Veränderung der Personen gesorgt ist, eine Unterbrechung des Verfahrens eintreten zu lassen. Staub überschätzt den Werth der handelsrechtlichen Momente für die Auslegung des Prozeßgesetzes und übersieht dessen inneren Grund. Vgl. auch gegen Staub jetzt Schäfer, Raff. R. 38, 800 ff. Andererseits ist die Annahme von Schäfer a. a. O., daß nach Auflösung der Gesellschaft durch Uebertragung des Gesellschaftsvermögens an Dritte oder an Einzelne der Gesellschafter (oder Theilung unter ihnen) für die Fortsetzung des Prozesses § 236 Abs. 2 maßgebend sei, zwar für den Fall der Veräußerung an Dritte richtig, nicht aber für den Fall der Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander, vgl. R. 25, 252; 30, 150; 23. Okt. 1893, Raff. R. 38, 1061.

4) Die Unterbrechung erfolgt mit dem Eintritt der bedingenden Thatfachen, ohne Rücksicht auf eine Kenntniß des Gerichts oder der Parteien; Anm. § 226. Find jedoch alsdann eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt, so erfolgt keine Unterbrechung, § 223.

5) Die im Nachsatz: „bis — — anzeigt“ behandelte Beendigung der Unterbrechung setzt voraus, daß ein legitimirter gesetzlicher Vertreter bestellt ist. Wenn ein solcher von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht, was nach § 227 durch einen Schriftsatz geschehen muß, so ist es seine Sache, sich zu legitimiren. Wenn der Gegner den Prozeß fortsetzen will, so kann er dies entsprechend wie im Falle des § 217 Abs. 2 nur mit der Behauptung, daß ein gesetzlicher Vertreter bestellt sei; er hat diesem seine Absicht, weiter zu verhandeln, ebenfalls durch Schriftsatz, § 227, anzuzeigen. Nach der von der einen oder anderen Seite erfolgten Anzeige, mit welcher die Unterbrechung beendet ist, kann jede Partei die andere laden, § 191, was mit der Anzeige verbunden werden kann. In dem in Folge der Anzeige zu veranlassenden Verfahren ist zu erörtern, ob die Anzeige von der Bestellung begründet und ein gehörig bestellter Vertreter angesprochen ist. Der Gegner muß nöthigenfalls seine Behauptung hinsichtlich der Legitimation des von ihm benannten Vertreters nachweisen. Vom Gerichte ist dabei die Prozeßfähigkeit und die Legitimation des Vertreters immer noch von Amtswegen zu prüfen, §§ 54, 50 ff. Die Schritte, welche nöthig sind, um für die nichtprozeßfähige Partei einen gesetzlichen Vertreter zu beschaffen, gehören nicht in die Prozeßordnung. Ein Antrag, den Vorsitzenden zur Bestellung eines besondern Vertreters zu ermächtigen, ist von der Vorl. abgelehnt.

Wird nach der Unterbrechung vor einer nach § 219 erfolgenden Aufnahme die Partei

prozeßfähig bzw. wieder prozeßfähig, so hat hiermit der Unterbrechungsgrund aufgehört und die Unterbrechung ist mit der dann von der Partei selbst oder an dieselbe erfolgenden Anzeige zu beseitigen; Hellmann I, 606.

### § 220.

Wird im Falle der Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei für den Nachlaß ein Kurator bestellt, so kommen die Vorschriften des § 219 und, wenn über den Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, die Vorschriften des § 218 in Betreff der Aufnahme des Verfahrens zur Anwendung.<sup>1)</sup>

R. 213. N. 382 Abs. 2. P. 76. 536.

1) Voraussetzung für den § 220 ist, daß eine Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod einer Partei schon stattgefunden hat (Fall des § 217). Alsdann sollen, insofern lediglich in Betreff der Aufnahme, statt des § 217 die §§ 219, 218 in den Fällen des § 220 Anwendung finden. Ist für den Nachlaß ein Kurator (Pfleger, Windscheid 2, § 471, Preuß. Vorm.-D. § 89) bestellt, so ist dieser gesetzlicher Vertreter für die bekannten und unbekanntem Interessenten des Nachlasses oder richtiger für die Nachlassmasse als eine parteifähige Vermögensmasse im Sinne des § 19 (in gleicher Weise wie der Testamentsvollstrecker, vgl. Anm. 1 § 50); vgl. R. 17. Dez. 1894, ZW. 1895 S. 72; die Aufnahme erfolgt nach Anm. 5 § 219, vorausgesetzt, daß der Prozeß für oder gegen die Vertreter des Nachlasses (nicht andere Rechtsnachfolger, vgl. Anm. 3 § 217) fortzusetzen ist. Ist über den Nachlaß Konkurs eröffnet, R. D. §§ 202—206, so erfolgt die Aufnahme gemäß § 218 nach R. D. §§ 8, 9, 132 Abs. 2, 134. In den letzteren Fällen tritt zum Unterbrechungsgrunde des Todes ein zweiter Unterbrechungsgrund durch den Konkurs hinzu. Fällt der zweite Grund durch die Aufhebung des Konkurses (Anm. 3 § 218) fort, ohne daß vorher die Aufnahme des Verfahrens nach den Konkursvorschriften bewirkt ist, so kann die bestehende Unterbrechung aus dem Grunde des Todes nur nach den ihr eigentümlichen Bestimmungen des § 217 (bzw. des § 219, wenn ein Kurator bestellt ist) beseitigt werden, Hellmann I, 607, 608; Seuffert u. Gaupp zu § 220.

### § 221.

Stirbt in Anwaltsprozessen<sup>1)</sup> der Anwalt einer Partei oder wird derselbe unfähig, die Vertretung der Partei fortzuführen,<sup>2)</sup> so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens ein,<sup>3)</sup> bis der bestellte neue Anwalt von seiner Bestellung dem Gegner Anzeige macht.<sup>4)</sup>

Wird diese Anzeige verzögert,<sup>5)</sup> so kann die Partei selbst zur Verhandlung der Hauptsache geladen oder zur Bestellung eines neuen Anwalts binnen einer von dem Vorsitzenden zu bestimmenden Frist aufgefordert werden. Wird dieser Aufforderung nicht Folge geleistet, so ist das Verfahren als aufgenommen anzusehen.<sup>6)</sup> Bis zur nachträglichen Anzeige der Bestellung eines neuen Anwalts können alle Zustellungen an die zur Anzeige verpflichtete Partei, sofern diese weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks wohnt, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, durch Aufgabe zur Post (§ 161) erfolgen.<sup>7)</sup>

R. 213. N. 379. 382. 389. 390. P. 76. 536.

1) Nur im Anwaltsprozesse, § 74, sind der Tod oder die Unfähigkeit des Anwalts ein Unterbrechungsgrund. Fällt der Prozeßbevollmächtigte in einem Parteiprozesse fort, so tritt keine Unterbrechung ein; es findet dasselbe Anwendung, wie wenn der gesetzliche Vertreter fortfällt, weil die Partei prozeßfähig geworden ist; Anm. 3 § 219. Die Unterbrechung durch den Tod (oder die Unfähigkeit) des Anwalts

betrifft jedoch nur den Fall, wenn er vor Beendigung der Instanz (Zustellung des die Instanz abschließenden Urtheils) stirbt; ein späterer Tod unterbricht das Verfahren nicht mehr; für die Einlegung der Rechtsmittel bleibt dann § 164 maßgebend; *R.G.* 10, 345; 13, 310; 19, 394; 14. Mai 1884, *J.W.* 195; *Raff.R.* 28, 1230, 13. Mai 1887, *J.W.* 288, *Raff.R.* 33, 455; 10. Okt. 1888, *J.W.* 406; *O.B.* Marienwerder, *S.A.* 50, 94. Vgl. §§ 162 u. 164 u. Anm. 1 dazu. Ein Versäumnisurtheil, gegen welches der Einspruch zulässig ist, § 303, schließt die Instanz nicht ab, so lange die Einspruchsfrist noch nicht abgelaufen ist; der während des Laufs der Einspruchsfrist erfolgte Wegfall des Anwalts einer Partei unterbricht deshalb das Verfahren des Anwaltsprozesses, auch wenn das Versäumnisurtheil schon zugestellt ist. Anders bei einem Versäumnisurtheil, gegen welches der Einspruch nicht zulässig ist, §§ 310, 216. Ein durch Eid bedingtes Urtheil schließt die Instanz nicht ab, folglich kann auch die Zustellung desselben die Unterbrechung des Verfahrens der Instanz nicht hindern. Andererseits kann auch nach Erlass eines bedingten Urtheils der Tod des Anwalts der unteren Instanz das bereits schwebende Verfahren höherer Instanz nicht unterbrechen. Gelangt die Sache demnächst zur Ableistung des Eides und Äußerung in die untere Instanz zurück, so ist das Verfahren dieser Instanz entsprechend aufzunehmen. Was von dem bedingten Urtheil gilt, muß um so mehr von den hinsichtlich der Rechtsmittel den Endurtheilen gleichgestellten Zwischenurtheilen (§ 248 Abs. 2, § 276 Abs. 2), ebenso von den provisorischen Endurtheilen der §§ 502, 562 gelten, da auch nach dem Erlass derselben der Rechtsstreit in Betreff der vorbehaltenen Berufungsmittel hzw. Rechte in der betr. Instanz anhängig bleibt (§§ 503, 563). — Stirbt der Anwalt, ohne daß er eine Prozeßhandlung vorgenommen und seine Bestellung dem Gegner angezeigt hat, so tritt eine Unterbrechung nicht ein, weil er dem Gericht und dem Gegner gegenüber noch nicht Anwalt einer Partei war; ob die Vollmacht schon vollzogen war, ist ohne Einfluß. Vgl. *Seuffert* Anm. 1.

2) Ründigung (§ 83) und zeitweise Verhinderung des Anwalts (*R.A.D.* §§ 25, 28, 29 Anm. 1, § 74) bewirken keine Unterbrechung. Die „Unfähigkeit“ des Anwalts zur ferneren Vertretung kann durch freiwilliges Aufgeben der Zulassung oder der Anwaltschaft, durch Zurücknahme der Zulassung oder durch Ausschließung kraft ehrengerichtlicher oder ordentlicher Bestrafung eintreten; *R.A.D.* §§ 21—24, 63 Nr. 4, 96; *St.G.* §§ 31, 33, 35. Bei freiwilliger Aufgabe der Zulassung tritt die Unfähigkeit erst mit der Löschung des Anwalts in der Liste ein, da der Anwalt bis dahin an seine Erklärung nicht gebunden ist; bei der Zurücknahme der Zulassung mit dem nach § 23 Abs. 2 *R.A.D.* zu erlassenden Bescheide, bei Ausschließung mit der Rechtskraft des Urtheils; *R.G.* 19, 394. Die Geisteskrankheit eines Anwalts oder die Einleitung einer Pflegschaft (Kuratel) desselben bewirken nicht eo ipso eine Unfähigkeit im Sinne des § 221, sondern können in ihren Folgen durch zeitweise Stellvertretung besetzt werden; *R.A.D.* § 25; a*R.* *Seuffert* Anm. 2, welcher die Unterbrechung in diesem Falle nur dann nicht eintreten lassen will, wenn ein nach § 25 *R.A.D.* bestellter Vertreter vorhanden ist; allein ein solcher Stellvertreter kann zu jeder Zeit, auch nach Einleitung einer Kuratel bestellt werden, so lange die Zulassung nicht zurückgenommen ist; gerade dies setzt aber voraus, daß der Anwalt noch in Funktion ist; auch müßte die von *Seuffert* angenommene Unterbrechung durch die Bestellung des Stellvertreters wieder fortfallen, obwohl dieser kein neuer Anwalt ist, was eine im Gesetz nicht begründete Ausnahme des Verfahrens wäre. Geisteskrankheit wirkt demnach als Unfähigkeit erst dann, wenn in Folge einer Entmündigung die Zulassung zurückgenommen wird, *R.A.D.* § 22. Vgl. *Meyer*, sowie *Böhl* §§ 22, 25 *R.A.D.*; *Struckmann-Roch* Anm. 2, *Saupp* Anm. II. Auch die Einleitung einer Abwesenheitsvormundschaft über den Anwalt bewirkt keine Unfähigkeit, also keine Unterbrechung. *M.R.* *O.B.* Marienwerder, *Busch* 18, 141, vgl. dagegen *Meyer* daselbst. — Ist die Partei durch mehrere Anwälte vertreten, — wozu auch der Fall gehört, daß der bestellte Anwalt einem andern Vertretungsvollmacht für dieselbe Instanz erteilt hat (a*R.* *R.G.* vgl. Anm. 4 § 77) — so fällt „der Anwalt“ der Partei im Sinne des § 221 mit Rücksicht auf § 80 erst mit dem Wegfalle aller Anwälte fort. Vgl. Anm. 2 § 219. Daß der für die untere Instanz bestellte Anwalt

noch lebt, ist für die Unterbrechung des Verfahrens durch den Tod des (auch nur von dem Anwalt der früheren Instanz bestellten) Anwalts der höheren Instanz unerheblich.

3) Die Unterbrechung durch den Tod des Anwalts tritt mit dem Augenblick des Todes ein, ohne daß es auf eine Kenntniß der Parteien oder des Gerichts davon ankommt; *R.G.* 19, 394, Anm. 1 § 217 und § 226.

4) Die Anzeige — durch Schriftsatz, § 227 (vgl. *R.G.* 14, 333), welcher nach § 181 von Anwalt zu Anwalt zugestellt werden kann — beendet die Unterbrechung. Ueber das fernere Verfahren vgl. Anm. 6 und § 84 Abs. 1.

5) Abs. 2. Ueber die Beurtheilung der Verzögerung vgl. Anm. 4 § 217.

6) Dem Gegner sind, um die Aufnahme zu veranlassen (vgl. Anm. 5 § 217) zwei Wege gegeben: Er kann die Partei selbst zur Verhandlung laden lassen, mit der ohnehin nach § 192 nöthigen Aufforderung zur Anwaltsbestellung. Oder er kann zunächst nur die Partei zur Anwaltsbestellung auffordern, was nur von ihm, nicht vom Gerichte von Amtswegen auszugehen hat. Diese Aufforderung muß er der Partei selbst zustellen lassen (durch Schriftsatz, analog der Streitverkündung, § 70), muß aber vor der Zustellung die Aufforderung bei der Gerichtsschreiberei einreichen, damit der Vorsitzende darauf vermerkt: der Partei werde eine Frist — gegeben, um der Aufforderung zu genügen. Erfolgt in dieser Frist keine Anzeige von der Anwaltsbestellung, so gilt das Verfahren eo ipso mit Ablauf der Frist als aufgenommen, ohne daß es in diesem Falle eines Versäumnisurtheils über die Aufnahme bedarf, wie in § 217 Abs. 4 für den Fall des Eintritts neuer Parteipersonen vorgeschrieben ist. Eine solche Aufnahme durch bloße Aufforderung wird dann zweckmäßig (weil einfacher) sein, wenn die Unterbrechung nach einem Beweisbeschlusse und vor dessen Erlebigung erfolgt, und überhaupt dann, wenn die Ladung zur Verhandlung nicht zugleich eine sachliche Förderung des Prozesses bewirken könnte. Allein zulässig ist diese Art der Aufnahme, wenn die Unterbrechung zwischen Verkündung und Zustellung des Urtheils erfolgt, vgl. Anm. 1, mithin überhaupt nichts mehr in der Instanz zu verhandeln ist. Nachdem mit dem Ablaufe der Frist die gesetzliche Wirkung der Aufnahme eingetreten ist (§ 209 Abs. 1), kann das Verfahren je nach der Sachlage von jedem Theile fortgesetzt werden. — Macht der Gegner von dem ersten Wege, Ladung zur Hauptsache, Gebrauch, so ist die Aufnahme, wenn nicht schon früher ein Anwalt sich anzeigt, mit dem Termine erfolgt; auch dann, wenn die Partei den Termin versäumt oder nicht durch einen Anwalt vertreten auftritt. Ein Versäumnisurtheil über die Aufnahme ist auch für diesen Fall nicht vorgeschrieben; *Rot.* 178. Der Annahme von *Gaupp* Anm. III, daß die Aufnahme schon mit der Zustellung der Ladung erfolge, kann nicht beigetreten werden. Ladung zum Termine (mit Aufforderung zur Anwaltsbestellung nach § 192) und Aufforderung zur Anwaltsbestellung (ohne Ladung) binnen einer richterlichen Frist sind zwei parallele Formen desselben Rechtsbehelfs, je nach der Sachlage praktisch anwendbar. Der Eintritt des Termins, zu welchem geladen wird, ist für die Anwaltsbestellung genau so der Endzeitpunkt, wie der Ablauf der richterlichen Frist. Was von dem Ablauf der Frist nach dem Gesetze gilt, muß deshalb auch von dem Eintritt des Termins gelten. Ein früherer Zeitpunkt würde dem Gesetze nicht entsprechen. Im Termine kann das Versäumnisurtheil zur Hauptsache nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 295 ff. sofort erlassen werden.

7) Die Zustellungen durch Aufgabe zur Post sind im letzten Satze für die Zeit von dem Ablaufe der Frist bzw. von dem Termine ab bis zu einer nachträglichen Anzeige der Anwaltsbestellung als wirksam zugelassen; *Gaupp* Anm. III. Von der Unterbrechung ab (mit v. *Sarwey* I, 236; v. *Bilow* Anm. 3) oder von einem Bezuge der Anwaltsbestellung (mit *Puchelt* I, 519) diese Zustellungsart wirksam zu erklären, widerspricht dem § 226 Abs. 2, welcher den Zustellungen während der Unterbrechung außer den zur Aufnahme veranlassenden die Wirksamkeit versagt, während im letzten Satze gerade nicht die Zustellungen behufs der Aufnahme, sondern offenbar die für das Verfahren selbst („alle Zustellungen“) gemeint sind. Voraussetzung der Zulässigkeit ist die des angezogenen § 161, daß ein Zustellungsbevollmächtigter nicht bestellt ist. Die Aufgabe zur Post hat dann die Wirkung des § 161, daß mit derselben die Zustellung als bewirkt angesehen wird. Vgl. Anm. § 161.



## § 222.

Hört in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses die Thätigkeit des Gerichts auf, so wird für die Dauer dieses Zustandes das Verfahren unterbrochen.<sup>1)</sup>

R. 214. N. 391. P. 76. 536.

1) Nach Beendigung des „Zustandes“, d. h. nicht des veranlassenden Krieges oder anderen Ereignisses (so Epidemie, Tode eines Amtsrichters ohne Vertretung seiner Funktionen), sondern des in Folge dessen eingetretenen Zustimmens, kann jeder Theil dem Prozesse wieder Fortgang geben. Entscheidend ist für die Unterbrechung das tatsächliche Aufhören und für die Zulässigkeit der Fortsetzung der tatsächliche Wiederbeginn der Thätigkeit und zwar einer ohne Rücksicht auf lokale Beschränkung ausgeübten Gesamthätigkeit des Gerichts. Die maßgebenden Thatfachen unterliegen der Beweiskraft und der richterlichen Thatfachenwürdigung nach allgemeinen Grundsätzen. Einer besonderen Aufnahme nach § 227 bedarf es nicht; Seuffert Anm. 1, Caupp Anm. II. Die Bestimmung eines zuständigen Gerichts nach § 36 Nr. 1 bezieht sich auf eine noch nicht begommene Instanz.

Für einzelne Rechtsstreitigkeiten hört die Gerichtsthätigkeit in Folge von Kompetenzkonflikten zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden auf. Nach dem auf Grund des § 17 C. d. B. (vgl. § 15 C. d. E. P.) erlassenen preuß. Ges. 1. Aug. 1879, C. S. 573, wird durch die Erhebung des Kompetenzkonflikts, welche Seitens der Central- oder Provinzial-Verwaltungsbehörde durch ihre Erklärung, daß der Rechtsweg für unzulässig erachtet werde, bei dem Gerichte erfolgt, „das Prozeßverfahren für die Dauer des den Kompetenzkonflikt betreffenden Verfahrens unterbrochen (§§ 226 ff. E. P.). Durch die nach dem Schlusse einer m. B. eintretende Unterbrechung wird auch die Verkündung einer Entscheidung gehindert.“ „Das Gericht hat die Verwaltungsbehörde von dem Eingange der Erklärung und die Parteien von der Erhebung des Kompetenzkonflikts von Amtswegen zu benachrichtigen. Den Parteien ist zugleich eine Abschrift der Erklärung zu übersenden“, § 7, vgl. §§ 5, 6; vgl. Zusammenstellung über das bei Kompetenzkonflikten z. z. zu beobachtende Verfahren ZRBl. 1888 S. 4. Ueber die Wirkung einer solchen Unterbrechung vgl. Anm. 2 zu § 15 C. d. B. und R. 30. Mai 1891, ZRBl. 219, Raff. 36, 128.

## § 223.

Fand in den Fällen des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters (§§ 217, 219) eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten statt,<sup>1)</sup> so tritt eine Unterbrechung des Verfahrens nicht ein; das Prozeßgericht hat jedoch auf Antrag des Bevollmächtigten, im Falle des Todes auch auf Antrag des Gegners<sup>2)</sup> die Aussetzung des Verfahrens anzuordnen.<sup>3)</sup>

Die Dauer der Aussetzung und die Aufnahme des Verfahrens richtet sich nach den Vorschriften der §§ 217, 219, 220; im Falle des Todes ist der die Ladung enthaltende Schriftsatz auch dem Bevollmächtigten zuzustellen.<sup>4)</sup>

R. 215. N. 379. 380. P. 76. 536.

1) Der Prozeßbevollmächtigte nicht nur im Anwaltsprozeße, sondern auch im Parteiprozeße ist nach § 82 gesetzlich auch Bevollmächtigter der Rechtsnachfolger nach dem Tode der Partei und der anderweitigen gesetzlichen Vertreter nach dem Wegfalle der erstvorhandenen. Er braucht die Aussetzung nicht zu beantragen und kann ohne neue Vollmacht den Prozeß fortführen. Wenn er sie jedoch — zur Einholung von Instruktionen oder aus irgend anderen Gründen — beantragt, so muß das Gericht dem Antrage stattgeben; er hat ein Recht, die Aussetzung zu verlangen, Not. 177. Dem Bevollmächtigten steht der gemäß § 85 einstweilen zugelassene Geschäftsführer gleich, (ebenso Caupp und Seuffert, aR. Frank, Buch 13, 209); dagegen nicht der nur zu einzelnen Prozeßhandlungen Bevollmächtigte (§ 79 Abs. 2).

Entscheidend ist für die Anwendbarkeit des § 223, ob zur Zeit des Todes, des Verlustes der Prozeßfähigkeit oder des Wegfalls des gesetzlichen Vertreters eine Vertretung stattfand. Diese Voraussetzung ist zur Beseitigung der Annahme einer Unterbrechung bzw. zur Ablehnung eines Antrags auf Aussetzung nachzuweisen, *R. 21. März 1892, JWB. 217.* Fällt nach jener Zeit auch die Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten fort, so fällt von dann ab die im § 223 bestimmte Ausnahme von den §§ 217, 219, 220 fort und sind diese Vorschriften alsdann anwendbar, wie dieselben überhaupt nach dem Beginne der Einsetzung des Verfahrens mit Rücksicht auf § 223 Abs. 2 und auf die Gleichstellung der Wirkungen im § 225 anwendbar werden. Nicht anwendbar ist § 223, wenn ein Rechtsanwalt, sei es als Partei oder gesetzlicher Vertreter „sich selbst vertritt“, § 74 Abs. 3, denn in diesem Falle findet eben eine Vertretung durch einen Prozeßbevollmächtigten nicht statt; *R. 15. Juni 1887, JWB. 350 ff.* Ueber die Nichtanwendbarkeit des § 223 beim Tode des beklagten Antragstellers im Falle der §§ 624 Abs. 3 und 626 Abs. 3 vgl. *OLG. Dresden, civ. 68, 404 ff.*

2) Der Gegner der verstorbenen Partei hat das gleiche Recht auf Aussetzung, um dem nicht sofort in allen Folgen zu übersehenden Einflusse des Wechsels der Personen gerecht zu werden. Der Fall des Todes, auf welchen das Recht des Gegners beschränkt ist, tritt nur beim Tode der Partei im Sinne des § 217 ein, *Ann. 1 § 217*; nicht beim Tode eines gesetzlichen Vertreters, im Eingang des Abs. 1 als Wegfall desselben unterschieden; *Rot. 177; R. 14. 430.* Das *ObLG. (2. April 1887, SA. 42, 467)* wendet den § 223 auf einen Fall an, wo der auf Grund des § 55 bestellte besondere Vertreter einer ruhenden Erbschaft nach erfolgter Legitimation der Erben den Antrag auf Aussetzung stellt; indessen, dies ist der Fall des Wegfalls eines gesetzlichen Vertreters, nachdem die Partei prozeßfähig geworden (analog dem Falle, wo der bisher durch den Vormund vertretene Minderjährige volljährig geworden), wo weder eine Unterbrechung noch eine Aussetzung des Verfahrens (im technischen Sinne) stattfindet (*Ann. 3 § 219*). Allerdings kann in einem solchen Falle mit dem bisherigen Vertreter der Prozeß nicht fortgesetzt werden, vielmehr hat die Gegenpartei nunmehr die Erben zu laden, falls diese es nicht selbst thun. Einer Aussetzung des Verfahrens bedarf es dazu nicht, vielmehr ist der Antrag auf Aussetzung abzulehnen, und ein etwaiger Verschmädnisantrag gegen den nicht verhandelnden bisherigen Vertreter zurückzuweisen, § 300 Nr. 1 in Verbindung mit § 54 Abs. 1.

Ohne Antrag darf die Aussetzung auf Grund des § 223 nicht beschloffen werden, *R. 20. Jan. 1894, JWB. 82.* Geschieht dies dennoch, so ist allerdings der Beschluß so lange wirksam (§ 226), bis die Aufhebung desselben durch eine Partei herbeigeführt wird; *R. 27. Okt. 1885, JWB. 353 ff.*

3) Ueber das Verfahren bei Aussetzungen s. § 225. Die Aussetzung ist nicht auf bestimmte Zeit anzuordnen, sondern auf unbestimmte, bis sie gemäß Abs. 2 durch Aufnahme beendet wird. Schwebt der Rechtsstreit zugleich in mehreren Instanzen, z. B. in den Fällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2, so wirkt die in einer (auch der höheren) Instanz erfolgte Aussetzung nicht zugleich auf das Verfahren der anderen Instanz, *R. 16. 355.* — Im Falle der Konkursöffnung ist Abs. 1 mit Rücksicht auf die Spezialvorschrift des § 218 auch dann nicht anwendbar, wenn der Gemeinschuldner durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war; auch die Allegirung der §§ 217, 219 schließt den Konkursfall aus. — Wird eine Aussetzung des Verfahrens von keiner Seite beantragt, wengleich der Tod der Partei im Prozesse zur Sprache gebracht ist, so können die sachlichen Anträge der Parteien und die Entscheidungen nur für oder gegen die Erben sei es nun als bestimmte Personen, sei es als unbekannte Erben (bzw. für oder gegen die hereditas jacens nach gem. Recht) gerichtet werden: kommt dagegen in einem solchen Falle der Tod der Partei überhaupt nicht zur Sprache, weil er etwa unbekannt geblieben ist, so können Anträge und Entscheidungen sich natürlich nur für oder gegen die bereits verstorbene Partei richten; über die Wirksamkeit der Entscheidung hinsichtlich der Erben und die Ertheilung der Vollstreckungsklausel vgl. *Ann. 1 u. 2 § 665* sowie *Ann. 3 § 82.*

4) Die Aussetzung dauert bis zur Aufnahme bzw. Anzeige. Wenn eine

„Aussetzung“ angeordnet ist, so treten für die Aufnahme dieselben Vorschriften in Anwendung, wie wenn eine „Unterbrechung“ stattgefunden hätte. Vgl. Anm. 3—8 § 217, Anm. 5 § 219. Zur ferneren Verhandlung sind, wie nach §§ 217, 219, die angezeigten oder vermeintlichen Rechtsnachfolger des Verstorbenen bzw. die nunmehrigen gesetzlichen Vertreter zu laden. Wenn für diese der bisherige Bevollmächtigte auftreten will, muß er nach § 82 eine Vollmacht derselben beibringen. Daß ihm im Falle des Todes ebenfalls die Ladung zugestellt werden soll, beruht auf praktischen Gründen, weil er erfahrungsmäßig in den meisten Fällen beibehalten wird und am besten die nöthigen ferneren Schritte veranlassen kann; Rot. 177. Ueberdies ist durch die Aussetzung des Verfahrens die Vollmacht nicht ohne Weiteres als erloschen anzusehen (vgl. Anm. 4 § 82); die Ansicht, daß die Schlußbestimmung nur instruktionell sei, ist deshalb nicht richtig, und wird durch die Fassung („ist — zugustellen“) nicht unterstützt.

### § 224.

Befindet sich eine Partei zu Kriegszeiten im Militärdienste<sup>1)</sup> oder hält sich eine Partei an einem Orte auf, welcher durch obrigkeitliche Anordnung oder durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehr mit dem Prozeßgericht abgeschnitten ist,<sup>2)</sup> so kann dasselbe auch von Amtswegen die Aussetzung des Verfahrens bis zur Beseitigung des Hindernisses anordnen.<sup>3)</sup>

R. 216. N. 202. P. 76. 536.

1) „Im Militärdienste befinden“ sich die Militärpersonen (vgl. Anm. 1 § 673), sofern sie sich beim Heere oder bei der Flotte befinden. „Kriegszeiten“ (zu unterscheiden von der Nothmachung, vgl. § 184) sind sowohl die Zeiten nach einer Kriegserklärung ohne Rücksicht auf tatsächliche Kriegführung, als die Zeit tatsächlicher Kriegführung ohne Rücksicht auf formelle Erklärungen der Staaten, in beiden Fällen auch ohne Rücksicht auf eine Lokalbeschränkung der Kriegführung.

2) Ob ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden, ist hier unerheblich; im Falle einer Vertretung mag seltener das Bedürfnis zu einer Aussetzung von Amtswegen vorliegen.

3) Wenn eine der Voraussetzungen des § 224 vorliegt, so ist die Aussetzung auf Antrag und „auch“ von Amtswegen dem Ermessen des Gerichts überlassen („kann“). Die Partei hat kein Recht auf Aussetzung. Im Falle einer Beschwerde hat das Beschwerdegericht das gleiche Ermessen.

Der Beschluß der Aussetzung von Amtswegen ist zu verkünden oder sonst von Amtswegen zugustellen, § 294. Hinsichtlich einer beantragten Aussetzung vgl. § 225. — Ueber eine anderweitige Aussetzung von Amtswegen vgl. § 580. — Auch die Aufhebung der Aussetzung kann von Amtswegen erfolgen, § 141, und ist dann den Parteien zugustellen, § 294 Abs. 4. Will eine Partei auf Grund der Beseitigung des Hindernisses das Verfahren fortsetzen, so muß sie von dem Rechtsbehelf der Aufnahme, § 227, Gebrauch machen, über dessen Rechtmäßigkeit das Gericht zu entscheiden hat. (AR. Gaupp Anm. II u. Struckmann-Roch Anm. 1, welche ein Aufnahmeverfahren im Falle des § 224 nicht zulassen wollen, sondern nur einen Antrag auf Aufhebung der Aussetzung.) Jedenfalls endigt die Aufhebung erst mit der Verkündung oder der Zustellung des nicht verkündeten Aufhebungs-Beschlusses oder mit einer rechtmäßigen Partei-Aufnahme, da es für die „Beseitigung des Hindernisses“ an einem allgemein gültigen und erkennbaren Merkmale fehlt, wie es der Beginn der Gerichtsthätigkeit im Falle des § 222 ist; vgl. Anm. 1 § 226.

### § 225.

Das Gesuch um Aussetzung des Verfahrens<sup>1)</sup> ist bei dem Prozeßgericht<sup>2)</sup> anzubringen; es kann vor dem Gerichtschreiber zu Protokoll erklärt werden.<sup>3)</sup>

Die Entscheidung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.<sup>4)</sup>

R. 217. N. 202. P. 76. 536.

1) Die Vorschriften der §§ 225—227, 229 über Aussetzung sind für jede, auch die aus anderen Gründen als §§ 223, 224 veranlaßte Aussetzung anwendbar, wie aus der allgemeinen Fassung, der Gleichstellung im § 229 und Mot. 175 hervorgeht; *RR.* 29, 383. *MR.* Gaupp zu § 225, Endemann I, 640. — Die Aussetzung auf Antrag oder von Amtswegen kann nur kraft einer gesetzlichen Bestimmung angewendet werden. Der *R.* § 393 wollte dies ausdrücklich erklären. Der *E.* 1 ließ diese Bestimmung fort. Die *Borf.* nahm sie dadurch wieder auf, daß im jetzigen § 229 als Voraussetzung hingestellt wurde: die Entscheidung erfolge auf Grund „gesetzlicher Bestimmungen“. In der *RR.* wurde zur Klarstellung der im § 229 versteckten Bestimmung der Antrag gestellt, die Anordnung nur auf Grund einer Bestimmung dieses Gesetzes zulässig zu erklären. *Dir.* v. Amsberg lehnte dies ab, mit dem Bemerkten: die Aussetzung solle nur auf Grund der *CP.* oder von reichs- oder landesgesetzlichen Bestimmungen erfolgen; der Reichsgesetzgebung und etwaigen Kaiserl. Verordnungen — z. B. für Siftirung beim Ausbruch eines Krieges — solle aber nicht präjudizirt werden. Der Antrag wurde zurückgezogen; *P.* 76.

Es bemerkt daher bei dem Grundsatz des § 229, daß eine Aussetzung nur auf Grund gesetzlicher Bestimmungen zulässig ist, *RR.* 3, 102, *DzZ.* 2. Dez. 1887, *SA.* 45, 365; also auch nicht um einer Partei die Nachbringung der Nachweise gemäß § 54 zu ermöglichen, *RR.* 18, 385. Eine Aenderung der *CP.* durch die Landesgesetzgebung ist auch nicht weiter zulässig, als durch die Reichsjustizgesetze und deren Einf.-Gesetze zugelassen ist; *Einf.* § 4. Zu den gesetzlichen Bestimmungen, welche eine Aussetzung zulassen, gehören übrigens außer der *CP.* §§ 62, 139, 140, 223, 580, 830 auch alle desfalligen prozessrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze, § 13 *Abf.* 1 *GB.*, ferner die Landesgesetzlichen Vorschriften über Kompetenzkonflikte, § 15 *Nr.* 1 *GB.* und die für das Verfahren vor „besonderen Gerichten“ zugelassenen Vorschriften; *GB.* § 3, *GR.* §§ 12—14, *GB.* zu *GB.* § 3.

2) Unter dem Prozeßgericht ist dasjenige Instanzgericht zu verstehen, bei welchem der Prozeß anhängig ist oder nach Erledigung der Vorinstanz anhängig werden soll. Die Zustellung der kontradiktorischen Endentscheidung erlebigt den Prozeß für die betr. Instanz. Wird also nach Zustellung derselben, aber vor Ablauf der Rechtsmittelfrist die Aussetzung des Verfahrens beantragt, so geschieht dies zum Zwecke der Aussetzung des Rechtsmittelverfahrens, auch wenn das Rechtsmittel noch nicht eingelegt ist. In diesem Falle ist deshalb das zuständige Prozeßgericht dasjenige, vor welchem das Rechtsmittelverfahren anhängig gemacht werden muß, vgl. *Borb.* vor § 217; *RR.* 18, 1890, *IV.* 255 *RaffR.* 34, 1159, *SA.* 45, 469; *DzZ.* 30. Jan. 1891, *SA.* 47, 234. *Abw.* meint Neubauer, *Buch* 19, 271 ff., von Amtswegen sei auch der Aussetzungsbeschluß der ersten Instanz nicht zu beanstanden; dies widerspricht jedoch dem § 497. Darüber, daß der Aussetzungsbeschluß nicht auf das in einer anderen Instanz schwebende Verfahren wirksam wird, vgl. *Anm.* 3 § 223.

3) Die im *Abf.* 1 zugelassene Form des Gesuchs ohne Anwaltszwang ist auch im Anwaltsprozeße statthaft, § 74 *Abf.* 2, *Anm.* 4b § 74 und in den Fällen der §§ 139, 149 anwendbar, *RR.* 29, 383, vgl. *Anm.* 1. Der Antrag kann selbstverständlich auch in der *mB.* gestellt werden. Vgl. *Borb.* 1 vor § 119.

4) Die Entscheidung ist, wenn nach *mB.* erfolgt, zu verkünden; anderenfalls von Amtswegen zuzustellen; § 294 *Abf.* 1, 3. Mit der Verkündung bzw. Zustellung ist die „Anordnung“ erfolgt und beginnt die Aussetzung, vgl. *Anm.* 1 § 226.

## § 226.

Die Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens hat die Wirkung, daß der Lauf einer jeden Frist aufhört und nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung die volle Frist von neuem zu laufen beginnt.<sup>1)</sup>

Die während der Unterbrechung oder Aussetzung von einer Partei in Ansetzung der Hauptsache vorgenommenen Prozeßhandlungen sind der anderen Partei gegenüber ohne rechtliche Wirkung.<sup>2)</sup>

Durch die nach dem Schlusse einer mündlichen Verhandlung eintretende Unterbrechung wird die Verkündung der auf Grund dieser Verhandlung zu erlassenden Entscheidung nicht gehindert.<sup>3)</sup>

E. 218. N. 381. 394. P. 76. 638.

1) Abs. 1 u. 2 bestimmen gleichmäßige Wirkungen für Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens, Abs. 3 nur für Unterbrechung, vgl. Anm. 3. Die Wirkungen des § 226 treten für jede Aussetzung bzw. Unterbrechung, sei es auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder der §§ 62, 139, 140, 580, 830, des § 13 Anfecht.Ges. bzw. der Gesetze über Kompetenzkonflikte (vgl. § 222) ein. Ueber die Wirkung der Unterbrechung in der Person eines Streitgenossen im Falle des § 59 für die anderen Streitgenossen vgl. Anm. 1 a. E. zu § 217. — Die bei der Unterbrechung oder der Aussetzung nicht mehr laufenden Fristen und die vorangegangenen Partei-Prozesshandlungen werden nicht berührt. Wenn eine Frist noch läuft, so beginnt in dem Momente der Beendigung die „volle“ Frist von Neuem und werden fernere Partei-Prozesshandlungen wieder wirksam. Die Wirkung betrifft den Lauf einer jeden für die Parteithätigkeit vorgeschriebenen Frist des Verfahrens, also auch der Rothfristen. — Es ist daher eine genaue Fixirung für Beginn und Ende der Unterbrechung und der Aussetzung nöthig. Die Unterbrechung beginnt, wie aus §§ 217 bis 222 hervorgeht, mit dem Eintritte der begründenden Thatfachen kraft des Gesetzes, ohne Rücksicht auf die Kenntniß der Beteiligten oder des Gerichts oder auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Feststellung der Thatfachen, Rot. 175. Sie endigt in den Fällen der §§ 217 Abs. 1, 218 Satz 1, 220 Schlusssatz mit der „Aufnahme“, in den Fällen der §§ 219, 220 Satz 1, 221 Abs. 1 mit der „Anzeige“ — beides durch Zustellung eines Schriftsatzes oder Erklärung in der m.B. — im Falle des § 221 Abs. 2 mit dem Termine bzw. dem Ablauf der Frist zur Anzeige, im Falle des § 218 Schlusssatz mit der Konfursaufhebung, des § 222 mit dem Wiederbeginn der Gerichtsthätigkeit, des § 217 Abs. 2 mit der Erklärung der Aufnahme durch die Rechtsnachfolger, der Verkündung eines Zwischenurtheils über die Aufnahme oder des Versäumnisurtheils nach Abs. 4. AR. Neubauer, Busch 19, 269 ff., welcher (mit Strudmann-Roch, Gaupp, Seuffert) die Rechtskraft des Versäumnisurtheils als den entscheidenden Zeitpunkt ansehen will. Indes der § 368 R.G., auf welchen sich Strudmann-Roch berufen, ist in den späteren Stadien der Gesetzgebung abgeändert, wie Neubauer selbst hervorhebt. Daß die Rechtsnachfolger von dem verkündeten Versäumnisurtheile keine Kenntniß haben können, ist nicht zutreffend; sie sind geladen und müssen sich als sorgsame Prozessparteien nach dem Ausfalle der Verhandlung erkundigen. Für die hier vertretene Ansicht spricht dagegen § 283, namentlich Abs. 2; auch der Schlusssatz des § 217, welcher überflüssig wäre, wenn die Aufnahme nicht schon mit der Verkündung des Urtheils eintritt. Die Konsequenz der Neubauer'schen Ansicht würde auch dazu führen, wenn ein kontradiktorisches Zwischenurtheil über die Aufnahme erlassen ist, die Aufnahme erst mit der Rechtskraft desselben eintreten zu lassen, was aber einen Syllogismus ergiebt, da das Zwischenurtheil nicht unmittelbar sondern nur mittelbar mit dem Endurtheil anfechtbar ist. Selbstredend wird die Aufnahme mit allen ihren Folgen rückgängig, wenn das Versäumnisurtheil nach Einspruch aufgehoben oder die kontradiktorische Entscheidung über die Aufnahme in der Rechtsmittelinstanz abgeändert wird. — Die Aussetzung beginnt mit der richterlichen Anordnung, s. Anm. 4 § 225. Nach Befestigung des Aussetzungsgrundes kann jede Partei das Verfahren aufnehmen. Mit der Aufnahme endigt die Aussetzung, falls nicht durch die richterliche Anordnung ein bestimmter anderer Zeitraum der Aussetzung angeordnet ist; desgleichen mit der richterlichen Aufhebung der Aussetzungs-Anordnung. Arg.: §§ 139 bis 141, 198, 223, 224, 227, Rot. 179. Vgl. auch Anm. 3 § 223, Anm. 3 § 224, Anm. 4 § 225. — Wenn während der Aussetzung des Verfahrens ein Unterbrechungsgrund eintritt, so treten auch dessen Wirkungen selbstverständlich ein. Ueber die Wirksamkeit eines zu Unrecht erfolgten Aussetzungsbeschlusses bis zur Aufhebung desselben vgl. Anm. 2 § 223 a. E.

Sowohl Abs. 1 sind nur die Fristen des unterbrochenen oder ausgesetzten

Verfahrens betroffen; nicht die präkludirenden Jahresfristen der *CP.* *Bgl. Anm. 4* § 200, ebensowenig die sog. uneigentlichen Fristen, *vgl. Vorb. 4* vor § 191, *Anm. 1* § 201.

2) Die im *Abf. 2* vorgeschriebene Wirkungslosigkeit der Partei-Prozeßhandlungen erstreckt sich nicht auf die Prozeßhandlungen: Ladungen, Zustellungen und Anzeigen, welche behufs der Aufnahme des Verfahrens vorgenommen werden, sondern nur auf die „*Hauptsache*“, welche hier ebenso wie in den §§ 217 *Abf. 2*, 221 *Abf. 2* den Gegensatz zur „*Aufnahme*“ bildet. Auch auf die Bestellung eines Anwalts Seitens einer Partei findet *Abf. 2* keine Anwendung, da dieselbe schon vor Beginn des Prozesses erfolgen kann und daher von dem Fortgange desselben unabhängig ist; *RO. 26. Mai 1886*, *ZW. 226*. — Die nicht von einer Partei, sondern vom Gerichte vorgenommenen Prozeßhandlungen z. B. Verkündungen, Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen, sind vom *Abf. 2* nicht betroffen; sie sind indeß zufolge der gesetzlich eingetretenen Unterbrechung oder der vom Prozeßgericht selbst angeordneten Aussetzung unwirksam; kraft Gesetzes oder durch richterliche Anordnung ist erklärt, daß hinsichtlich des Rechtsstreits zur Zeit nichts zu verhandeln ist, wenigleich in Folge der Unkenntniß des Prozeßgerichts, theilweise auch der Parteien und sonstigen Betheiligten bei Unterbrechungsgründen, oder eines ersuchten Richters nach einer Aussetzung thatsächlich noch spätere Verhandlungen und Entscheidungen vorkommen können. Urtheile, welche während der Dauer der Unterbrechung des Verfahrens erlassen werden, sind zwar nicht ipso jure nichtig (*vgl. Vorb. vor § 472*), müssen vielmehr nach Aufnahme des Verfahrens mit den zulässigen Rechtsbehelfen beseitigt werden, aber alle auf Grund des Urtheils vorgenommenen Partei-Prozeßhandlungen (Zustellungen, Kostenerstattungsanträge zc.) fallen unter § 226 *Abf. 2*; *vgl. RO. 21. Febr. 1891*, *ZW. 198*.

Die Unwirksamkeit von Partei-Prozeßhandlungen gemäß *Abf. 2* kann von der anderen Partei geltend gemacht werden; dagegen nicht von der handelnden Partei. *Bgl. „der anderen Partei gegenüber“* sowie die Bedeutung der gleichen Redaktion in § 22 *RO.* und *Not. dazu*. Ebenso *Frank, Busch 13, 223*. (*Abw. RO. 27, 353*, ohne nähere Begründung.) Jede Partei kann ferner die Unwirksamkeit von Gerichtshandlungen während der Unterbrechung oder Aussetzung geltend machen. Die Parteien können indeß auf die Unwirksamkeit der gegnerischen und der Gerichtshandlungen verzichten, da dieser Eitel nicht das öffentliche Interesse, sondern das der Parteivertheidigung bezweckt. Die Rüge wird daher auch durch Unterlassung gemäß § 267 präkludirt; *RO. 10, 69; 14, 334*, *vgl. indeß RO. 10, 401*.

Nach Beendigung der Unterbrechung oder Aussetzung sind alle Prozeduren des gewöhnlichen Verfahrens wieder statthaft. Der Rechtsstreit tritt (mit der aus *Abf. 1* hervorgehenden Modifikation hinsichtlich des Fristenlaufs) in derselben Lage wieder ins Leben, wie wenn der Moment der Einstellung auf den der Beendigung gefallen wäre. Ist vor der Unterbrechung zu einem Termin geladen, welcher erst nach Beendigung der Unterbrechung ansteht, so bedarf es keiner neuen Ladung, sofern nur zwischen der Beendigung der Unterbrechung und dem Terminstage die volle Ladungs- bzw. Einlassungsfrist liegt und nicht schon vor der Unterbrechung abgelaufen war; *vgl. über den Nichtwegfall der Termine ObLG. 2. Dez. 1887, 44, 356*.

3) Die Verkündung muß erfolgen, § 294 *Abf. 1*, außer im Falle des § 228 *Abf. 1*, *Anm. 1* § 228. — *Abf. 3* spricht nur von einer Unterbrechung. Eine nach dem Schlusse der m. B. angeordnete Aussetzung, welche mit ihrer Verkündung wirkt, läßt für weitere Verkündungen keinen Raum übrig. Wenn dennoch andere Beschlüsse mit verkündet würden, so könnte dies nur die Bedeutung haben, daß die Aussetzung erst nach Verkündung der anderen Beschlüsse wirksam sein soll, *RO. 30, 374*. Ebenso *Strudmann-Roch Anm. 4; Seuffert Anm. 2; Endemann I, 641; Puchelt I, 526; Caupp Anm. III. X. v. Sarwey 331*.

Für den Fall einer Unterbrechung durch Kompetenzkonflikt nach dem *preuß. Gef. 1. Aug. 1879* ist das Gegentheil von § 226 *Abf. 3* bestimmt, *Anm. 2* § 222.

## § 227.

Die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens und die in diesem Titel erwähnten Anzeigen erfolgen durch Zustellung eines Schriftsatzes.<sup>1)</sup>

R. 219. N. 383. P. 76. 536.

1) Der Schriftsatz hat die Erklärung zu enthalten, daß die eintretende Partei das Verfahren aufnimmt; es genügt indeß dazu eine konkludente Erklärung, welche auch in der Bornahme einer den Streitgegenstand betreffenden Prozeßhandlung liegt; R. 21. Jan. 1895, ZB. 102; Sperl a. a. D. 97. Die Unterbrechung und Aussetzung in jeder Instanz, auch in der Revisionsinstanz, erfolgen können, ist auch in dieser die Aufnahme unter Geltendmachung der dazu erforderlichen Thatfachen zulässig, R. 11, 401; 14, 333; 30. Sept. 1891, ZB. 486; KassR. 36, 470. Auch im Beschwerdewerfahren, wozu dem Beschwerdeführer gegenüber ein Gegner (nicht bloß das Gericht) betheilt ist, so wenn nach § 685 die Aufhebung einer Arrest- oder Vollstreckungshandlung veranlaßt werden soll, ist die Aufnahme nach § 226 durch Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner notwendig, R. 30, 409. Darüber, wann eine Aufnahme oder eine Anzeige nöthig ist, oder die Einstellung in anderer Weise beendigt ist, vgl. Anm. 1 § 226 und Anm. 3 § 218. Die hier vorgeschriebene „Aufnahme durch Zustellung eines Schriftsatzes“ gilt natürlich nur für die Fälle, in welchen eine „Aufnahme“ durch Partei-Erklärung zur Aufhebung der Unterbrechung und Aussetzung nöthig ist, und nur für diejenige Partei, welche in der Lage ist, selbst aufzunehmen, also im Falle des Todes, § 217, nur für die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei (vgl. Frank, Buch 13, 228, der jedoch überall inkorrekt von „Wiederaufnahme“ spricht). Die Gegenpartei hat in diesem Falle die Mittel des § 217, um die Aufnahme zu erzwingen. Sind beide Parteien nach einander gestorben, so können die Rechtsnachfolger einer jeden Partei die der anderen Partei gemäß § 217 Abs. 2 laden (Frank a. a. D. 230), jedoch wirksam nur unter der Voraussetzung, daß sie selbst gemäß § 227 aufnehmen, was Frank a. a. D. übersieht. Für den Schriftsatz gelten die allgemeinen Vorschriften, für den Anwaltsprozeß der Anwaltszwang § 74, für den Parteiprozeß die Zulässigkeit der Formen der §§ 457, 458, 462. Abschrift ist dem Gerichte einzureichen, § 124. Die Anzeige von der Bestellung eines neuen Anwalts, § 221, kann auch in der Zustellung eines die Hauptsache betreffenden, von diesem Anwalt (nicht dem verstorbenen oder ausgeschiedenen) unterschriebenen Schriftsatzes gefunden werden, R. 14, 333; dagegen kann die Form eines, dem Gegner zuzustellenden Schriftsatzes nicht durch eine Anzeige an das Gericht ersetzt werden, selbst wenn sie der gegnerische Anwalt kennt und mitunterzeichnet, R. 17. Sept. 1891, ZB. 468. Die Aufnahme kann in allen Fällen auch in einem schon anberaumten Termine zur mB. bzw. nach § 461 erklärt werden; Rot. 179; Obz. 2. Dez. 1887, SA. 43, 357.

Mit dem Schriftsatz, dessen Zustellung die Unterbrechung oder Aussetzung beendet, sofern die Aufnahme subjektiv und objektiv berechtigt ist, worüber im Streitfalle zu entscheiden ist, vgl. Anm. 8 § 217, Anm. 3 § 224, kann zugleich die Ladung zur Hauptsache verbunden werden. Prinzipiell ist aber die Aufnahme durch einen das Prozeßverfahren fortsetzenden Antrag und durch die prozessuale Lage der Partei, einen Antrag zur Hauptsache stellen zu können, nicht bedingt, ebensowenig durch den Nachweis eines besonderen Interesses; R. 13, 317. Nothwendig ist eine Ladung nur zur Erzwingung der Aufnahme von der Gegenpartei und zwar in den Fällen des § 217 Abs. 2, R. 17. § 8 und Gef. 21. Juli 1879, § 13, wenn die Aufnahme „verzögert wird“. Ueber die Fortsetzung des Verfahrens je nach der Sachlage s. Anm. 2 § 226, Anm. 5 § 217, Anm. 3 § 221.

## § 228.

Die Parteien können vereinbaren, daß das Verfahren ruhen solle.<sup>1)</sup> Die Vereinbarung hat auf den Lauf der Nothfristen keinen Einfluß.<sup>2)</sup>

Erscheinen in einem Termine zur mündlichen Verhandlung beide Parteien nicht, so ruht das Verfahren, bis eine Partei eine neue Ladung zustellen läßt.<sup>3)</sup>

R. 230. N. 395. 438. P. 78. 536.

1) Die Vereinbarung der Parteien, daß der Rechtsstreit ruhen solle, beruht auf ihrem Verfügungsrecht über den Rechtsstreit. Sie bewirkt einen Stillstand des Verfahrens, welcher für jede Partei mit der Vereinbarung selbst beginnt und das Recht zum Einwand gegen jede fernere Prozeßhandlung nach dem Inhalte der Vereinbarung begründet. Ein etwaiger Streit der Parteien vor dem Prozeßgericht über das Bestehen und die Wirksamkeit der Vereinbarung ist durch Beschluß gemäß § 229 zu entscheiden; OLG. Karlsruhe, SA. 47, 462. Die Vereinbarung kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit getroffen werden. Eine Form der Vereinbarung (Schriftlichkeit) ist nicht vorgeschrieben, also nicht nöthig; den landesgesetzlichen Vorschriften über die Form von Verträgen unterliegt diese nur prozeßrechtliche Vereinbarung nicht. Vgl. Anm. 2 § 38, Anm. 1 § 202. Es genügen daher auch konkludente Handlungen. Eine Anzeige an das Gericht ist zur Wirksamkeit unter den Parteien unter sich nicht nöthig, indeß und zwar von beiden Theilen ausgehend sachgemäß und der gebotenen Rücksicht entsprechend. — In Folge einer von beiden Parteien erfolgenden Anzeige einer solchen Vereinbarung hat das Gericht jede fernere Thätigkeit zu unterlassen. Auch die nur im Parteinteresse vorgeschriebene Verkündung der gerichtlichen Entscheidung wird durch eine nach dem Schlusse der mB. erfolgte und vor der Verkündung dem Gerichte mitgetheilte Vereinbarung der Parteien gehemmt; ebenso eine schwebende Beweisaufnahme; Rot. 180, Anm. § 281. (Gegen die Beschränkung der Wirkungen bei Rohler, Prozeß als Rechtsverf. 88 und Seuffert Anm. 2, vgl. Caupp Anm. II). Die Vorschriften des § 228 gelten für alle Instanzen; ein nur eventueller Antrag der Partei auf Verübenlassen des Verfahrens ist nicht zulässig, OLG. Karlsruhe, Busch 7, 343.

2) Von der Wirksamkeit der Vereinbarung sind nur die Nothfristen, weil aus Gründen des öffentlichen Interesse festgesetzt (Anm. 5 § 201), sowie aus gleichem Grunde ungeachtet der Nichterwähnung im § 228 die, eine Nachholung der Nothfristen betreffende, und ausdrücklich der Parteiverlängerung entzogene Frist des § 212 ausgeschlossen; Caupp Anm. II, Seuffert Anm. 3. RR. Puchelt 1, 529; Kleiner 1, 607; Pland 1, 522 Anm. 36 Vorausgesetzt ist, daß die Nothfristen schon zur Zeit der Vereinbarung laufen; nur auf den Lauf, nicht auf den Beginn der Nothfristen und die ihn begründende Zustellung soll die Vereinbarung einflußlos sein.

Die Zeit der Fortsetzung eines ruhenden Verfahrens beruht ebenso, wie für Abf. 2, an sich auf dem Willen der Parteien. Jeder Theil kann die Fortsetzung veranlassen, vorbehaltlich des Einwandes des Gegners, daß ein noch längeres Ruhen vereinbart sei. Die Formen der Fortsetzung richten sich, wie im Falle einer Aussetzung, nach der Sachlage. Vgl. Anm. 2 § 226. Ist eine richterliche Handlung zu leisten, etwa eine beschlossene Beweisaufnahme zu veranlassen, so bedarf es nur einer Anzeige. Wie die der Parteivereinbarung unterliegenden Fristen bei einer Fortsetzung zu berechnen sein sollen, ist nach der Vereinbarung zu entscheiden. Ist darüber nichts bestimmt, so wird als natürliche Willensauslegung (gegenüber der künstlichen des § 201) anzunehmen sein, daß die Fristen nach dem Ende der gewillkürten Aussetzung ebenso voll von Neuem zu laufen beginnen, wie nach der beantragten oder von Amtswegen erfolgten gemäß § 226; Petersen Anm. 2, Seuffert Anm. 3. Auch die Unwirksamkeit der gegen die Vereinbarung vorgenommenen Prozeßhandlungen während der vereinbarten Aussetzung können die Parteien ebenso wie gemäß Anm. 2 §§ 226 rügen; vgl. Anm. 1.

3) Das Nichterscheinen beider Theile in einem Termine zur mB. (beim Aufrufe, § 197) hat das Ruhen des Prozeßes zur Folge, auch wenn eine Parteivereinbarung darüber nicht stattgefunden und selbst, wenn die Versäumung des Termins absichtlos erfolgt ist, Seuffert Anm. 5. Das Nichtverhandeln, § 228, steht dem Nichterscheinen hier nur bei völlig passivem Verhalten gleich. Bei einem Antrage auf Vertagung Seitens einer erschienenen Partei tritt ein Ruhen des Verfahrens nicht ein. Die Wirkung des Abf. 2 folgt indeß nur aus der Passivität der Parteien in einem Termine zur mB., welchem der Termin vor dem beauftragten Richter zum vorbereitenden Verfahren, § 315 Abf. 2, gleichsteht;



vgl. Anm. 1 § 316; dagegen ist das Richterscheitern der Parteien in einem Termine zur Verbindung der Entscheidung oder zur Beweisaufnahme ohne Einfluß auf die Fortsetzung des Verfahrens; §§ 283, 294 Abs. 2, 332. Auch das Richterscheitern in einem zum Sühneverfuche auf Grund des § 268 vor einem beauftragten oder ersuchten Richter angeetzten Termine hat kein Ruhen des Verfahrens zur Folge, vielmehr gilt der Sühneverfuch dann nur als erfolglos (aM. Gaupp Anm. IV, der hier von einem „thatächlichen“ Ruhen spricht, aber ein solches kommt überhaupt für § 228 und dessen Wirkungen nicht in Betracht). Wegen der Folgen des Richterscheiterns beider Theile in einem vorgängigen Sühneverfuche in Ehefachen vgl. § 572, in Amtsgerichtsachen § 471; betr. Berufungen gegen Entscheidungen des Patentamts vgl. B. v. 6. Dez. 1891 § 8 Abs. 2, RObL. 389. — Jede Partei kann im Falle des Abs. 2 das Verfahren durch neue Ladung wieder aufnehmen. Die französische Peremtion der Instanz, code de proc. art. 397, wonach das Verfahren durch Unterlassung des Betriebs während eines Zeitverlaufs seine Kraft verliert, ist nicht aufgenommen; nur im Mahnverfahren, §§ 637, 640, 641, sind analoge Vorschriften erlassen, Rot. 180. — Mit dem Augenblicke des Ruhens des Verfahrens beginnt eine neue Anspruchsverjährung, für welche die Vorschriften des bürgerl. Rechts maßgebend sind; preuß. RR. (auch für Wechselverjährung) mit einer der ursprünglichen gleichen Frist, RR. I 9 § 554; Wechs.D. Art. 77 ff., 100; R. 32, 354; vgl. v. Wilmowsk, Konf.D. Anm. 3 § 13. — Wegen der Kosten § 114 Abs. 2, GRG. §§ 93, 94, AnwObD. § 85.

### § 229.

Gegen die Entscheidung, durch welche auf Grund der Vorschriften dieses Titels oder auf Grund anderer gesetzlicher Bestimmungen die Aussetzung des Verfahrens angeordnet oder abgelehnt wird, findet Beschwerde, im Falle der Ablehnung sofortige Beschwerde statt.<sup>1)</sup>

R. 221. N. 393. P. 76. 77. 536.

1) Vgl. Anm. 1 § 225 und §§ 539 ff., 540, 580. — Im C. 1 war nur dem § 204 (jetzt § 225) als Abs. 3 zur Regelung des Verfahrens für die in diesem Titel, §§ 223, 224, behandelten Fälle der Aussetzung hinzugefügt: „Gegen den Beschluß, welcher auf das Gesuch ergeht, findet Beschwerde statt.“ Die Vorl. wollte jedoch für alle Fälle einer Aussetzung die Beschwerde zulassen und regeln, und zugleich eine Aussetzung überhaupt nur auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung zulassen. Sie strich deshalb jene Vorschrift und setzte dafür den jetzigen § 229 und zwar an das Ende des Titels von der Aussetzung. Die Vorschrift betrifft jede aus irgend einem Grunde angeordnete oder abgelehnte Aussetzung; R. 15, 427; 18, 188; 29, 341, 383; 30, 417; nach R. 16, 339 auch die Entscheidung, durch welche ein Verfahren (z. B. durch Konkursöffnung) für unterbrochen erklärt wird, weil dies in der Wirkung einer Aussetzung gleichstehe; desgleichen die Entscheidung, daß ein Stillstand des Verfahrens in Folge einer Parteevereinbarung über das Ruhen desselben eingetreten sei, DRG. Karilsruhe, SA. 47, 462; vgl. Anm. 1 §§ 228. Berufung und Revision statt der Beschwerde sind nicht zulässig, R. 31. Jan. 1893, JZ. 133. Indeß gegen eine Entscheidung, durch welche eine Aufnahme des Verfahrens zugelassen oder abgelehnt wird, findet, wenngleich dadurch thatächlich eine Fortsetzung der Aussetzung (nicht diese selbst) verhindert oder herbeigeführt wird (gegen R. 16, 359) der § 229 mit Rücksicht auf die Konstruktion des Aufnahmeverfahrens als Zwischenstreit nicht Anwendung, vgl. R. 27, 358 u. Anm. 8 zu § 217. Abw. wieder R. 32, 428 wegen der Form der Entscheidung (Beschluß statt Urtheil). Der Ablehnung steht eine gegen den Willen der Partei beschlossene Aufhebung der Aussetzung gleich, Anm. 5 § 141. Bei einer Aussetzung des Verfahrens auf Grund erhobenen Kompetenzkonflikts nach Rr. 15 Rr. 1 C. ist eine Beschwerde unzulässig, falls sie durch das betr. Landesgesetz ausgeschlossen ist, R. 25, 416. Nach Erlaß des Endurtheils kann von einer Beschwerde über Aussetzung des Verfahrens oder Ablehnung derselben nicht mehr die Rede sein, R. 29, 340; 21. Sept. 1889, JZ. 401.

## Zweites Buch. Verfahren in erster Instanz.

### Erster Abschnitt.

### Verfahren vor den Landgerichten.

#### Erster Titel.

#### Verfahren bis zum Urtheil.

Im zweiten Buche: „Verfahren in erster Instanz“ ordnet der erste Abschnitt, §§ 230 bis 455, das Verfahren in Prozessen vor den Landgerichten, woran der zweite Abschnitt die Abweichungen von diesem Verfahren für das amtsgerichtliche Verfahren in Parteiprozessen, §§ 456—471, anschließt.

Das Verfahren vor Landgerichten findet auch in den Prozessen vor den landgerichtlichen Kammern für Handelsachen mit den im OB. Lit. 7 §§ 100—118 angegebenen Modifikationen statt.

1) Der Charakter der unmittelbaren mündlichen Verhandlung, vgl. Borch. § 119, entwickelt für das ordentliche Prozeßverfahren seine Folgen in der wesentlichen Beseitigung der Eventualmaxime. Abgesehen von der Grundlage der Klage ist ohne Rücksicht auf Zeit und Folge der Erklärungen die gesammte mB. als eine gleichzeitige zu behandeln, so daß die in derselben früher oder später angegebenen Erklärungen jeder Partei für sich als ein Ganzes und die Sachdarstellungen beider Theile als gleichzeitig vorgebracht sich darstellen. Auch wenn die mB. selbst — bei Trennung einzelner Punkte, Angriffs- oder Verteidigungsmittel — in mehrere äußerlich getrennte Akte zerfällt, sind deren Theile als ein Akt, eine mB. anzusehen, deren Ende erst der Schluß der letzten Verhandlung vor dem Urtheil bildet. Bis zum Schlusse dieser Verhandlung sind, mit Ausnahme des Klagegrundes, alle Angriffs- und Verteidigungsmittel, Einwendungen, Repliken, Dupliken, Erklärungen und Ergänzungen, soweit sie überhaupt zulässig sind, statthaft, Rot. § 6 S. 25 bis 29. Das Prinzip der EP. sprechen §§ 251, 256 Abs. 1 dahin aus, daß Angriffs- und Verteidigungsmittel, Beweismittel, Beweiseinreden „bis zum Schlusse derjenigen mB., auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden“ können, ein Grundsatz, dessen Folgen jedoch durch die Zulassung von Zwischenurtheilen und Theilurtheilen, welche qualitativ oder quantitativ Theile des Streitstoffes für die Instanz erlebigen (vgl. Borch. vor § 272), modifizirt werden.

Nur in Betreff einzelner, speziell bezeichneter prozeßhindernder Einreden (§ 247) ist die Ausnahme gemacht, daß sie vor der Einlassung auf die Sache geltend gemacht werden müssen. Ueber die sonstigen Reste der Eventualmaxime, welche sich aus den §§ 39, 43, 73, 241 und OB. §§ 102—107 ergeben, vgl. Ann. § 247. Ueber die abweichende Beibehaltung der Eventualmaxime in dem vorbereitenden Verfahren der §§ 313—319 vgl. Borch. 1 vor § 313.

Daß eine derartige Freiheit in der Zulassung von Rechtsbehelfen mißbräuchliche Verschleppung zur Folge haben kann, ist ungewisselhaft. Gegen solchen Mißbrauch gewährt die EP., abgesehen von der erwähnten Zulassung von Zwischenurtheilen und Theilurtheilen folgende Mittel:

- a) Das Gericht ist befugt, nachträgliches verzögerndes Vorbringen des Beklagten, welches dieser nach der Ueberzeugung des Gerichts „in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit“ nicht früher vorgebracht hat, auf Antrag zurückzuweisen, § 252, bzw. in der Berufungsinstanz zum besonderen Prozeß zu verweisen, § 502.

b) Die Zurückhaltung einer Partei mit Angriff- und Verteidigungsmitteln bringt ihr ferner von selbst die Gefahr, daß gegen sie, wenn ihre übrigen Rechtsbehelfe nicht für durchgreifend erachtet werden, erkannt wird und sie durch das Urtheil dann mit den zurückgehaltenen Entgegnungen ausgeschrieben ist.

c) Der Partei, welche im Stande war, ihre Erklärungen zeitiger vorzubringen, können die Kosten eines dadurch verzögerten Rechtsstreits ganz oder theilweise auferlegt werden, §§ 90, 251 Abs. 2.

2) **Beweisverbindung.** Nach der C.P. sind zugleich mit den Parteibehauptungen die Beweismittel dafür anzugeben und die Erklärungen über die gegnerischen Beweismittel vorzubringen. In der m.B. wird auch hierüber mit verhandelt; §§ 121 Nr. 5, 230, 256. Wenn das Gericht eine Beweisaufnahme nöthig hält, so hat es dies durch einen Beschluß zu erklären, welcher indeß für dieselbe Instanz nicht verbindlich und nicht präjudizial und auch nicht durch Rechtsmittel anfechtbar ist. Durch den Grundsatz der Beweisverbindung ist jedoch auch hinsichtlich der Beweismittel und Beweisreden keine Eventualmaxime bestimmt, vgl. Vorb. 1.

Die Verbindung der Beweismittel mit dem ersten Vortrage der Sache ist an sich keine notwendige Folge der Unmittelbarkeit oder Mündlichkeit, und war in der hannov. P.D. 8. Nov. 1850 ungeachtet der Mündlichkeit des Verfahrens nicht ausgenommen. Dieselbe ließ erst nach einem bindenden Beweis-Interlokute die Angabe der Beweismittel folgen. Der hannoversche und nach ihm der norddeutsche Entwurf ließen den bindenden Beweisbeschluß fallen und der C. 1 1871 sowie der B.C. beseitigten dann die Nothwendigkeit jeder Säsur des Verfahrens.

Die C.P. verwendet gegen die durch die Beweisverbindung wachsende Schwierigkeit der Stoffbeherrschung wesentlich die schon früher (Vorb. vor § 119) hervorgehobenen Mittel der Trennung der Verhandlung über einzelne Angriff- und Verteidigungsmittel, des richterlichen Fragerechts und der Zulassung einer Wiedereröffnung der Verhandlung. Ferner kann ein nach dem Beweisbeschlusse vorgeschlagener verzögernder Zeugen-Sachverständigen- und Urkundenbeweis über die Thatfachen des Beweisbeschlusses nach §§ 339, 367, 398 zurückgewiesen werden, wenn er nach der Ueberzeugung des Gerichts „in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus großer Nachlässigkeit“ nicht früher vorgeschlagen war. Sodann ist auch gegen die Zurückhaltung von Beweismitteln die Gefahr für den Beweispflichtigen, damit von selbst präkludirt zu werden, sowie endlich das positive Mittel gegeben, einer Partei, welche Beweismittel hätte zeitiger vorbringen können, die Kosten ganz oder theilweise aufzulegen, §§ 256 Abs. 2, 90.

3) Der regelmäßige äußere Gang des Verfahrens erster Instanz vor dem Landgerichte (also im Anwaltsprozeße) ist für die Anordnung des ersten Titels Buch 2 Abschn. 1 §§ 230—271 bestimmend gewesen und läßt sich aus demselben unter Berücksichtigung der allgemeinen Vorschriften über die m.B. §§ 119 ff., über die Ladungen §§ 191 ff., 156 ff. und über das Veräumnisurtheil §§ 295 ff. leicht konstruiren (vgl. die ausführliche Darstellung in der zweiten Auflage 283, 284). Geschichtliches vgl. bei Pland I, 488 ff.

4) Eine bemerkenswerthe Stellung nimmt die C.P. zu der Frage ein, welchen Einfluß die Vereinbarung und das Geschehenlassen der Parteien auf das Prozeßverfahren hat. Unzweifelhaft ist ein von den Parteien vereinbarter sog. Konventionalprozeß nicht zulässig (vgl. Wegell § 43 Nr. 21); abgesehen von dem hier nicht in Rede stehenden schiebsrichterlichen Verfahren, für welches ein solcher gestattet ist, § 860 Abs. 2. Der Ausdrucksweise des Gesetzes entsprechend (vgl. Vorb. vor § 56) haben die Vorschriften, daß unter bestimmten Voraussetzungen eine Vereinbarung der Parteien zulässig ist, zugleich die Bedeutung, daß sie unter anderen Voraussetzungen nicht gestattet sein soll. Vgl. Anm. 2 § 259. Ueber das Verhältniß der Parteidisposition zum Gesetz und der richterlichen Disposition vgl. Blom, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung civX. 64, 1—109, insbesondere 93—109, und Wach, civX. 64, 220—225; Birkmeyer, Busch 7, 115—228, 375—499 über Officialthätigkeit des Gerichts; Kohler, Krit. Vierteljahrschrift 22, 473 und Raffr. 31, 297 ff.; Erutter, proz.

Rechtsgesch. 381 ff., 420 ff. Vgl. auch R. 4. Ott. 1884, ZB. 268 Stff. 13, wo namentlich eine Aenderung des gesetzlichen Ganges des Verfahrens durch die Vereinbarung einer nur provisorischen Entscheidung unter dem Vorbehalte der Ergänzung oder Aenderung nach Maßgabe eines später zu entscheidenden Rechtsbehelfs für unzulässig erklärt wird; ferner R. 20, 402. Die Vereinbarung kann daher nur ausnahmsweise in den ausdrücklich zugelassenen Fällen einwirken. Sie sind in den §§ 38—40, 202, 205, 228, 235 Nr. 3, 241, 369, 415, 481 bezeichnet, vgl. Buchelt I, 494 Anm. 4. Indes ist außerdem den Parteien dadurch eine erhebliche Einwirkung gestattet, daß nach dem im § 267 aufgestellten Grundsatz die Partei auf die ihrem Verzicht unterworfenen Vorschriften über das Verfahren und insbesondere über die Form einer Prozeßhandlung direkt verzichten kann und das Recht zur Klage mit der Unterlassung bei der nächsten mB. verliert. Hierbei ist die Beobachtung zwar nicht der wesentlichen Prozeßgrundsätze: mündliches Verfahren, Beweisverbündung, Beweiswürdigung, Zulassung von Rechtsmitteln etc., indes derjenigen Vorschriften, über deren Beachtung das Gericht nicht von Amts wegen zu wachen hat, der Parteinachricht anheimgestellt. Das Nähere vgl. Anm. § 267. Die namentlich in Versicherungsverträgen häufig vorkommende Vereinbarung, daß nur ein in bestimmt vorgeschriebener Weise außerhalb des Prozesses festzustellender Schaden vergütet werden soll, erachtet R. 20, 402; 24, 359 mit Recht für zulässig und den Bestimmungen der C.P. über die Beweiswürdigung nicht widersprechend. Vgl. Anm. 2 § 259.

### § 230.

Die Erhebung der Klage<sup>1a)</sup> erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes.<sup>1)</sup> Derselbe muß enthalten:<sup>2)</sup>

1. die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;<sup>3)</sup>
2. die bestimmte Angabe des Gegenstandes<sup>4)</sup> und des Grundes<sup>5)</sup> des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag;<sup>6)</sup>
3. die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits.<sup>7)</sup>

In der Klageschrift soll ferner der Werth des nicht in einer bestimmten Geldsumme bestehenden Streitgegenstandes angegeben werden, wenn die Zuständigkeit des Gerichts von diesem Werthe abhängt.<sup>8)</sup>

Außerdem finden die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze auch auf die Klageschrift Anwendung.<sup>9)</sup>

R. 223. N. 197. 403. P. 77. 78. 537.

1a) Klage im Sinne der C.P. ist diejenige Prozeßhandlung, durch welche die Entscheidung eines ordentlichen Gerichts (erster Instanz) über ein (vom Kläger) behauptetes Klagerecht (gegen den Beklagten) angerufen wird. Klagerecht ist ein subjektives Privatrecht in einem bestimmten nothleidenden Zustande, welcher es nach den Vorschriften des Civilrechts befähigt, vor Gericht mittelst Klage geltend gemacht zu werden. Die Erfordernisse dieses Zustandes sind die sachlichen, inneren Voraussetzungen der Klage, die Bedingungen der actio nata, welche den Erfolg derselben in dem vom Civilrechte bestimmten Umfange bedingen, vorausgesetzt, daß Kläger auch die äußeren Bedingungen und Formen erfüllt, von deren Beobachtung der Staat den Erlaß einer Sach-Entscheidung überhaupt abhängig macht. Die Gesetze über den Civilprozeß regeln diese äußeren Bedingungen und Formen für die Geltendmachung jedes behaupteten Klagerichts vor den ordentlichen Gerichten (Prozeßvoraussetzungen), für die Ermittlung und Entscheidung darüber, ob dasselbe in dem materiellen Rechte begründet ist, oder nicht, sowie für die Verwirklichung eines für begründet erkannten Klagerichts mittelst Zwanges gegen den Beklagten; in zweiter Reihe auch für die vorläufige

Sicherung eines noch nicht endgültig festgestellten Klagerichts. Alle diese Regeln gehören dem objektiven öffentlichen Rechte an. Ein subjektives öffentliches Recht des Einzelnen gegen den Staat auf Privatrechtspflege ist durch Art. 77 der Reichsverfassung nur soweit anerkannt und gewährleistet, daß, wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt, und auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hilfe nicht erlangt werden kann, dem Bundesrathe obliegt, erwiesene, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen des betreffenden Bundesstaates zu beurtheilende Beschwerden über verweigerter oder gehemmte Rechtspflege anzunehmen und darauf die gerichtliche Hilfe bei der Bundesregierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben hat, zu bewirken. Ein solches subjektives öffentliches Recht (des Einzelnen gegen den Staat) wird aber nicht schon dadurch verfolgt, daß mittelst einer Klage die Hilfe des ordentlichen Gerichts für ein subjektives Privatrecht angesprochen wird. Hierin liegt lediglich eine Benutzung der für die Privatrechtspflege bestehenden öffentlichen Einrichtungen. Darum ist es ein Irrthum, in der Klage die Verfolgung eines publizistischen Rechtsschutzanspruchs für ein konkret-reales Rechtsschutzinteresse (mit Nach 1, 19 ff. und in der Abhandlung: der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889) oder eines prozessualischen Klagerichts gegenüber dem Gerichte (dem Staat) mit Planck 2, 4 ff. zu erblicken. Vgl. Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältnis 1888 S. 13 ff., ferner R. Levy, Raffr. 35, 161 ff., Leonhard, Busch 15, 359; Hellmann, Jhering Jahrb. 31, 79 ff., vgl. Busch 17, 235; Dettler, Konkursr. Begr. 1, 37 ff., 42 ff.; Regeisberger, Pandekten I § 191; Krutter, proz. Rechtsgech. 445 ff. Wer klagt oder beklagt wird, hat zu gewährleisten, daß nach den Gesetzen Recht gesprochen werde; damit dies geschehe, hat die Reichs-Gesetzgebung in der Zivilprozeßordnung, in dem Gerichtsverfassungsgesetze und in den sonstigen Justizgesetzen die ihr nöthig erscheinende Vorsorge getroffen, durch Schaffung und Gliederung der erforderlichen Organe der Rechtspflege (Gerichte verschiedener Instanzen, Staatsanwälte, Rechtsanwälte, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher), sowie durch Regelung der Vorbedingungen und Formen des Verfahrens unter gleichmäßiger Berücksichtigung der Nothwendigkeit einer festen Ordnung und einer angemessenen Freiheit der Partei-Bewegungen und der richterlichen Thätigkeit zur Ermittlung der Wahrheit und des Rechts. Daß von diesen öffentlichen Einrichtungen der rechte und zweckmäßige Gebrauch gemacht werde, ist Sache der Rechtspflegeorgane und der Parteien. Allein über das im Art. 77 der Reichsverfassung ausgesprochene Maß hinaus hat der Einzelne keinen publizistischen Anspruch gegen den Staat hinsichtlich der Privatrechtspflege und insbesondere auch nicht einen Anspruch auf eine ihm günstige Entscheidung. Keinenfalls wird ein solcher Anspruch gegen den Staat mittelst der Klage verfolgt, sondern nur der Privatrechts-Anspruch des Klägers gegen den Beklagten unter Benutzung der vom Staate zu diesem Zwecke allen Rechtssuchenden gewährten öffentlichen Einrichtungen.

1) Die Erhebung der Klage bestimmt den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Prozeßes, §§ 235, 239 und begründet damit das aus der gemeinrechtlichen Prozeßlehre bekannte Prozeßrechtsverhältnis der Parteien, vgl. Anm. 1 § 235, Fitting § 53 Rt. 26. Ein Prozeßrechtsverhältnis der Parteien zum Gerichte, oder ein prozessualischer (im Zivilprozeße zu verfolgender) Anspruch des Klägers auf Entscheidung gegen das Gerichte (Planck 2, 144 § 104 und Nach 1, 19, 39) wird dadurch nicht begründet, vgl. Anm. 1a, Fitting a. a. D.; Speer, Succession in den Prozeß, 6 ff. Die Form der Klage ist (abgesehen von den in den §§ 461, 471 nachgelassenen besonderen Formen der Erhebung in amtsgerichtlichen Prozeßen) nothwendig die schriftliche. Die Klageschrift mit dem zur Bezeichnung des erhobenen Anspruchs wesentlichen Inhalte (Abf. 2) ist der nothwendige Anfang und die maßgebende Grundlage des Rechtsstreits, und ist nicht nur vorbereitender, sondern nach dem Ausdruck der Mot. 22 § 4 zugleich „bestimmender“ Schriftsatz. Als unausgesprochenes Erforderniß muß derselbe erkennen lassen, daß die Anhängigmachung eines neuen Rechtsstreits durch Klage beabsichtigt wird; darum kann ein zur Einlegung oder Begründung eines Rechtsmittels bestimmter Schriftsatz nicht gleichzeitig als Klage angesehen werden; R. 18. Nov. 1885, Raffr. 30, 443; 8. Okt. 1886, JW. 346; 20. Febr. 1890, JW. 110; ebensowenig ein in einem früheren, nicht

mehr anhängigen Rechtsstreite zugestellter Schriftsatz (auch nicht zur Ergänzung); **R. O.** 22, 420. Nur durch die Zustellung einer den Erfordernissen des **Abf. 2** entsprechenden Klage wird dieselbe erhoben. Soweit die Zustellung als Voraussetzung der Erhebung in Betracht kommt, gilt hinsichtlich der Berlegung der Vorschriften über die Zustellung, sowie der Rüge und Berücksichtigung der Mängel das in **Ann. 1 § 156** Bemerkte. Vgl. **Ann. 1 § 191**; **Preuß. O. v. 24. März 1879 § 2**: „Die zulässige Berufung auf den Rechtsweg gegen nichtrichterliche Entscheidungen erfolgt nur durch Erhebung der Klage,“ dazu jedoch **Ann. 1 § 239**.

Wesentliche Abweichungen von der Form der Erhebung der Klage, sowie von den Vorschriften über die Wirkungen der Klageerhebung und die Zulässigkeit der Klageänderung bestimmt das **preuß. Gef. betr. die (nicht den ordentlichen Gerichten unterbreiteten) agrarischen Aussetzungsanordnungen** 19. Febr. 1880, **GS. 69 §§ 11, 37—40**. In dem Verfahren vor den Gewerbegerichten sind die Grundsätze der **CP.** über die Klageerhebung aufgenommen, **Gef. 29. Juli 1890 (R. O. Bl. 141) §§ 24, 34 Abs. 2, 35 Abs. 2** und nur durch die vorgeschriebene Zustellung von Amtswegen und die daraus folgende Verallgemeinerung des **§ 190** modifiziert (**Gef. § 30 Abs. 4**).

2) Die Erfordernisse des **Abf. 2 Nr. 1—3** sind unbedingt wesentlich („**muß**“; von **Heilbut, civ. A. 69, 388** nach seinem schon an anderen Stellen erwähnten System subjektiver Erwägungen bestritten). Fehlt eines, so ist die Klage nicht erhoben, **Abf. 1**, und es treten die Wirkungen der Klageerhebung, also namentlich die Rechtshängigkeit, **§§ 235, 239**, und die Zulässigkeit eines Versäumnisurtheils gegen den Beklagten, **§ 296**, nicht ein. Die Prüfung des Einflusses des Fehlens oder der Mangelhaftigkeit der Erfordernisse liegt nicht schon dem Vorstehenden bei der Terminsbestimmung ob, **§ 233**, da er nicht das erkennende Gericht ist, **§ 119**, **Borb. 3** vor **§ 191** (vgl. jedoch bezüglich des Erfordernisses der „**Adung**“ **Ann. 4 § 193**). Das Gericht hat nach **m. B.** darüber zu entscheiden. Ist den Erfordernissen nicht genügend entsprochen, so hat das Gericht beim Nichterscheinen oder Nichtverhandeln des Beklagten den Antrag des Klägers auf Erlaß des Versäumnisurtheils zurückzuweisen, **§ 300**. Wird in diesen Fällen kein solcher Antrag gestellt, so ruht das Verfahren. Wird von dem erschienenen Beklagten der Mangel gerügt, und auf Grund desselben Abweisung des Klägers beantragt, so muß diese Abweisung durch Urtheil erfolgen. **HR. Hellmann, Lehrb. 424**, weil noch keine Klage vorliege, das Gericht also nichts weiter thun könne und ähnlich **Pfizer, R. A. R. 31, 27**; allein das zur Rechtsprechung angerufene Gericht muß auf die kontradiktorischen Anträge der Parteien erkennen und den Antrag des Klägers wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung, wie im Falle einer begründeten prozeßhindernden Einrede, zurückweisen; andernfalls würde gegenüber beiden Parteien eine, nicht einmal anfechtbare, Rechtsverweigerung vorliegen; vgl. **Ann. 7**; **R. O. 13, 337**; **29. Sept. 1888, J. W. 407**; **10. Febr. 1891, J. W. 178, 19. Nov. 1895, J. W. 1895 S. 7**; **Saupp Ann. I, Seuffert Ann. 1, Fitting § 53**, welcher die Klage als „**unzulässig**“ verwerfen lassen will. Eine Abweisung aus sachlichen Gründen (z. B. wegen eingetretener Verjährung, wie **R. O. 12. Nov. 1884, J. W. 6**) darf freilich nicht erfolgen. Wenn der Kläger mit ausdrücklicher oder stillschweigender Zustimmung im Termin zur **m. B.** die Klage in einem wesentlichen Bestandtheile ergänzt, so gilt dieselbe als erst in diesem Termine erhoben, **§ 254**; **Saupp Ann. IV**; **Strudmann-Roch Ann. 8, Seuffert Ann. 5**; **Hellmann, Lehrb. 420**; und es muß auf Verlangen des Beklagten Vertagung erfolgen. Anders bei einem bloßen Fehler der Zustellung; wird ein solcher Fehler nicht gerügt oder ausdrücklich gutgeheißen, so gilt schon die Zustellung als gehörig erfolgt, und die Klage folgerecht auch mit dem Zeitpunkt der, wenn auch ursprünglich mangelhaften, Zustellung als erhoben, **R. O. 9, 68**, vgl. **Ann. 1**. Das gleiche muß bei einem, nicht mehr zu ergänzenden Mangel der Adungschrift (z. B. fehlender Terminsbestimmung, Aufforderung zur Anwaltsbestellung) gelten, wenn der Beklagte auf die Geltendmachung des Mangels in der **m. B.** verzichtet, weil der Mangel dann keiner Nachholung bedarf, vielmehr als nicht vorhanden anzusehen ist, vgl. **R. O. 13, 336**. Die Meinungen der Schriftsteller über diese Punkte sind sehr getheilt. **Schwalbach, civ. A. 64, 276** will eine Nachholung wesentlicher Bestandtheile in der **m. B.** und einen Verzicht auf dieselben, abgesehen von der Aufforderung zur

Anwaltsbestellung, überhaupt nicht gestatten (vgl. dagegen *R. O.* 22, 421: die Vorschriften des § 230 seien im Interesse des Beklagten gegeben und dieser könne deshalb wirksam darauf verzichten), *R. O.* 9. Dec. 1893, 19. April 1894, *Y. B.* 1894 S. 62, 278; ferner die weitere Literatur bei *Strudmann-Roch* Anm. 8, welche selbst nur in dem einen Punkt differiren, daß sie auch bei einem Verzichte auf Geltendmachung ergänzungsfähiger Mängel seitens des Beklagten die Wirkungen der Klageerhebung mit der Zustellung eintreten lassen, ebenso *Petersen*. Eine Ergänzung wesentlicher Klageerfordernisse vor der m. B. durch einen Schriftsatz (Klagenachtrag) ist jedenfalls zulässig, und wirkt mit dem Augenblicke der Zustellung als Klage-Erhebung, ohne daß der Schriftsatz die schon in der ursprünglichen Klage enthaltenen wesentlichen Bestandtheile zu wiederholen braucht, was in der That, wie *Strudmann-Roch* Anm. 8 bemerken, eine unnütze Formalität sein würde (*a. R.* Förster Anm. 4; *Seuffert* Anm. 5, *Busch* 8, 507 ff., *Caupp* Anm. IV). Höchstens könnte verlangt werden, daß mit dem Klage-Nachtrag zugleich eine zweite beglaubigte Abschrift der ursprünglichen Klage übergeben werde, da unbedingte Einheitlichkeit der Klage nicht vorgeschrieben ist. Selbstverständlich beginnt auch erst mit Zustellung des Nachtrags die Einlassungsfrist. Anders bei solchen Nachträgen, durch welche nicht wesentliche Bestandtheile der Klage ergänzt werden, Anm. 1 § 123). Wird der Mangel einer Zustellung rechtzeitig (vgl. § 267) gerügt, so kann eine nachträgliche ordnungsmäßige Zustellung der Klage in ihren Wirkungen nicht auf die erste mangelhafte Zustellung zurückbezogen werden. (Nicht korrekt *R. O.* 21, 406; vgl. dagegen *Seuffert* Anm. 1.)

Auf Widerklagen und Widerkläger finden im Allgemeinen unter den in Anm. 2 § 251 bezeichneten Modifikationen die Vorschriften über Klagen und Kläger Anwendung; soweit nicht die formelle Verbindung mit dem schon schwebenden Prozesse Modifikationen veranlaßt, Böning, *Busch* 4, 18 ff.; immer unter der Voraussetzung, daß die Widerklagen bereits anhängig und als nach den besonderen Bestimmungen §§ 33, 251, 253, 254 zulässige zu berücksichtigen sind. Demgemäß ist § 230, soweit er das Schriftterforderniß und die Zeit der Erhebung feststellt, auf die Widerklage überhaupt nicht anwendbar. Sie wird erst mit der Geltendmachung in der m. B. rechtshängig, § 254, und erfordert nicht die Schriftform des § 230, sondern die mündliche Vorbringung, §§ 119, 251, abgesehen von dem nach § 269 zu verlesenden schriftlichen Antrage. Nur soweit der Begriff der Widerklage die sachlichen Erfordernisse einer Klage voraussetzt, sind diese, also die Angabe von Gegenstand, Grund und Antrag durch § 230 Nr. 2 als selbstverständlich auch für die Widerklage erfordert anzusehen; Anm. 1 § 33 und Anm. 2 § 251. — Bedingte Widerklagen, welche nur als erhoben gelten sollen, wenn sie vom Gerichte für begründet erachtet würden, sind ebenso, wie bloß eventuelle Klagen (vgl. Anm. 4 und 6) unzulässig, da eine solche bedingte Prozeßführung dem Prozeßzwecke zur Anrufung der staatlichen Rechtspflege widerspricht. Der Antrag muß ebenso wie für die Klage bestimmt und definitiv sein; eine bedingte Rechtshängigkeit kann es logisch und juristisch nicht geben und das Gericht nicht zur Entscheidung über einen solchen Antrag im Falle des Eintritts der Bedingung nötigen. Vgl. *Ecceus*, *Raff.* 33, 140; *Petersen*, *Busch* 16, 517 ff.; *Lämmert*, *Busch* 16, 441. Eine unzulässige bedingte Widerklage liegt jedoch nicht vor, wenn sie nur für den Fall erhoben ist, daß die Klage nicht wegen mangelhafter Zustellung oder fehlender sonstiger Prozeßvoraussetzungen als unzulässig abgewiesen werden sollte; denn diese Bedingung ist eine *conditio tacita* jeder Widerklage (Anm. § 33). Ebenso ist es zulässig, daß zunächst prozeßhindernde Einreden, § 247, eingewendet und eventuell Widerklagen erhoben werden; die Zulässigkeit dieser Eventualität, welche auch *Petersen* a. a. O. S. 520 anerkennt, ist durch das Gestatten, bzw. Erfordern der eventuellen Verhandlung unter dem Vorbehalte der Entscheidung über die primäre Einrede nach § 248 sanktionirt. Dasselbe gilt, wenn mit einer definitiven Widerklage eine Gegenforderung geltend gemacht wird, die neben anderen Einwendungen gleichzeitig als event. Kompensationseinrede erhoben ist; denn hier liegt in Wirklichkeit eine definitive Widerklage vor, deren Antrag sich nur erledigt, wenn die Klage wegen der event. erhobenen Kompensationseinrede abgewiesen wird; in welchem Falle auch dahin zu entscheiden ist, daß die Widerklage durch die Entscheidung

über die Klage für erledigt zu erklären. Vgl. Böning, Busch 4, 133. Man hat dabei (gegen Eccius, Raffr. 33, 145 u. Petersen a. a. D. S. 521 ff.) nicht zu unterstellen, daß die Erklärung des Beklagten eine Zurücknahme der Widerklage in eventuelle Aussicht stellt und kann nicht die Voraussetzungen einer solchen Zurücknahme (Zustimmung des Gegners) erfordern; vielmehr ist dann dem Widerklagantrage durch Abrechnung von dem Klageobjekte schon entsprochen und die Widerklage ist dadurch als gegenstandslos und eines besondern Ausspruchs nicht mehr bedürftig entschieden, während andernfalls über die erhobene Widerklage besonders zu entscheiden ist. Keine bedingt erhobene Widerklage und überhaupt keine eigentliche Widerklage liegt ferner dann vor, wenn der Beklagte für den Fall, daß der Klageanspruch nicht unbedingt abgewiesen werde, verlangt, daß er nur gegen eine vom Kläger zu gewährende Gegenleistung verurtheilt werde, und dieses Einrede-Verlangen in einen Widerklage-Antrag einfließt; Eccius, Raffr. 33, 145. Der praktische Zweck und die Zulässigkeit eines solchen Widerklage-Antrages geht aber weiter, als Eccius a. a. D. annimmt, nämlich nicht bloß dahin, eine unbedingte Verurtheilung abzuwenden, sondern auch für die event. Gegenleistung einen vollstreckbaren Titel zu erlangen, also wenn beispielsweise auf Auflassung eines Grundstücks geklagt wird, nicht bloß dahin, daß die Verurtheilung, sofern sie nicht ganz abgelehnt wird, nur gegen Zahlung des Kaufgeldrestes ausgesprochen werde, sondern daß auch Kläger für diesen Fall zur Zahlung des Kaufgeldrestes gegen Auflassung verurtheilt werde. Die Zulassung einer solchen event. Widerklage abzulehnen, würde eine große Härte für den Beklagten sein, auch die Prozesse unnütz vervielfältigen, wenn Kläger die Entscheidung auf die Klage nicht zur Vollstreckung bringt und den Beklagten in der Schwebe läßt, der nun durch das Urtheil gebunden ist, ohne selbst den Kläger zur Ausführung desselben zwingen zu können (ein in der Praxis nicht seltener Fall). In der That ist auch in diesem Falle, wie stets dann, wenn dem eigenen Verlangen des Klägers für sein Recht die entsprechenden Pflichten entgegengesetzt werden, nur die Einrede der Pluspetition des Klägers für den Fall, daß Kläger mit seiner Rechtsauffassung für das vorliegende Rechtsverhältnis obliegt, geltend gemacht. Der Beklagte zieht dann durch seine Widerklage nur die Konsequenzen des klägerischen Verlangens und es entspricht nur der gleichmäßigen Gerechtigkeit, wenn ihm, wie dem Kläger, Jedem sein Recht zuerkannt wird, da der Kläger sein Recht nicht ohne Erfüllung seiner Pflicht verlangen kann. Man wird sich deshalb auch für die Zulassung einer solchen Widerklage unter dem Gesichtspunkte entscheiden müssen, daß sie zwar als definitiv erhoben erachtet wird, aber nach dem Willen des Widerklägers als erledigt erklärt werden soll, wenn auf Abweisung der Klage erkannt wird. Eine derartige Auslegung in favorem rei dürfte trotz der Bedenken von Eccius a. a. D. in diesem und in ähnlichen Fällen mit dem officium judicis nicht für unvermeidbar angesehen werden (vgl. analog R. 22. April 1890, SA. 46, 210). Gegen die Unterstellung und Nothwendigkeit einer eventuellen Zurücknahme der Widerklage gilt auch hier das Vorst. Bemerkte; eine solche ist nicht nöthig; die Widerklage ist als gegenstandslos erledigt zu erklären, wenn das Klageverlangen als unbegründet zurückgewiesen wird. Etwaige Komplikationen in den folgenden Instanzen können meist durch Anschließung an das Rechtsmittel des Gegners vermieden werden. Die Ungleichheiten und Komplikationen zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien würden viel größer und ungerührt einschneidender werden, wenn der Beklagte zu einem besondern späteren Prozesse gebrängt werden müßte. — Ueber die Anwaltsgebühren bei event. Widerklage vgl. R. 4. März 1887, ZB. 115.

3) Die Bezeichnung der Parteien muß, wie aus dem Zwecke der Klageerhebung hervorgeht, derartig bestimmt sein, daß die Identität der Parteien daraus hervorgeht. Daß die gesetzlichen Vertreter der nicht prozeßfähigen Parteien genannt werden müssen, ist hier nicht, wie im § 121 Nr. 1, vorgeschrieben. Man wird daher nicht als mit den Wirkungen der Anm. 2 nothwendig ansehen dürfen, unbeschadet der sachlichen Nothwendigkeit für den Kläger, die beiderseitigen gesetzlichen Vertreter zuzuziehen und die Klage für den nicht prozeßfähigen Beklagten seinem gesetzlichen Vertreter zustellen zu lassen, §§ 157, 50 ff., 54. Ebenso R. 23. Okt. 1888, ZB. 424; 11. Mai 1894, Raffr. 38, 1205; OLG. Nürnberg, Busch 14, 262, Seuffert Anm. 1, Caupp Anm. III. Wird daher nach anfänglicher Zustellung



der Klage an einen nicht zuständigen (Nicht-) Vertreter die Klage dem wahren gesetzlichen Vertreter zugestellt, so kann bei der Unwesentlichkeit der ursprünglichen Bezeichnung der Klage ein Einwand daraus nicht entgegen gesetzt werden; **R. 11. Mai 1894, ZB. 360, Raff. 38, 1205.** Der Verstoß gegen die bestimmte Bezeichnung der Parteien ist gemäß § 267 heilbar. **R. 9. Dez. 1893, ZB. 1894, 62.** — Die Bezeichnung der Parteien muß eine solche sein, daß von vornherein feststeht, welche Personen als Kläger *z.*, welche als Beklagte in dem Prozesse aufzutreten haben. Dagegen kann nicht so geklagt werden, daß in erster Reihe A. und B. Kläger bzw. Beklagter und für den Fall, daß dem einen oder andern die Aktiv- oder Passiv-Legitimation fehlen sollte, C. oder D. Kläger bzw. Beklagter sein sollen; vgl. Landgericht Zwidau, *civ. A. 69, 455.* Demnach ist auch der spätere Eintritt einer nicht in der Klage als Prozeßpartei aufgeführten Person als Mitkläger oder Mitbeklagter — abgesehen von dem Falle des § 66, den gesetzlichen Fällen einer Succession §§ 72, 73, 217, 218, 237; Anfechtungsges. § 13 und dem Falle des § 753 Abs. 2 — unzulässig; **R. 18. Nov. 1885, Raff. 30, 441; 26. Febr. 1890, ZB. 110; vgl. Anm. 1 § 240.** — Bei Handelsgesellschaften, welche unter ihrer Firma klagen oder verklagt werden können, Art. 111 **GOB.**, genügt zur Bezeichnung der Partei die Angabe der Firma (vgl. Kammerger., *Buch 17, 128*), ebenso bei eingetragenen Genossenschaften; bei Korporationen, anderen parteifähigen Vereinen, Stiftungen, Anstalten und Vermögensmassen die statutenmäßige oder observanzmäßige Bezeichnung bzw. eine zur Unterscheidung von anderen Anstalten und Massen genügende Kennzeichnung. Dagegen ist die Angabe der Firma keine ausreichende Bezeichnung eines Klagenden oder Beklagten Einzelkaufmanns, vgl. Staub, *Kommentar zum GOB. Art. 15 § 4; Simon, Bl.f.R. in Th. 10, 193 ff.; Peterfen, Buch 18, 54, vgl. auch Stöjel, Schulung für die civ. Praxis S. 245, 250, u. dazu Buch, 20, 528 (mit Dernburg 2 § 313 Anm. 4, gegen *MD. 3, 413; 14, 307; 23, 101, Seuffert Anm. 1, v. Böldenborff, Endemanns Hdb. 1 § 47, Behrend § 40 Anm. 67, Buchelt GOB. Anm. 6*) und analog Kammergericht 28. Jan. 1890 (*Sohow Jahrb. 9, 86, 1 ff.*). **MR. Kammergericht, Buch 17, 128.** Vgl. auch *Bl.f.R. 2, 84; 3, 55; 4, 123; 5, 9 u. 22; 6, 2.* Immerhin ist das Urtheil, welches einen Einzelkaufmann mit seiner Firma bezeichnet, nicht als ungültig oder wertlos anzusehen, sondern nach der damit verbundenen Absicht auszulegen; auch ist eine spätere Deklaration im Prozeß keine Klageänderung, vgl. Staub, *Bl.f.R. 4, 53; weber für den Fall, daß ursprünglich und für die Firma eines Einzelkaufmanns geklagt, noch für den Fall, daß die Firma einer Handelsgesellschaft als „Kaufmann“ bezeichnet ist (OLG. Hamburg, SA. 49, 463; Kammerger., Bl.f.R. 4, 75, vgl. auch Bl.f.R. 5, 3).* — Eine Entscheidung gegen eine „Firma“ mehrerer Personen, welche in der That keine offene Handelsgesellschaft sind, ist bei der gesetzlichen Unzulässigkeit ihrer Bezeichnung durch eine Firma bedeutungslos, **R. 15. April 1890, Folge 9, Nr. 711a.***

Was zur Bezeichnung der Parteien nöthig ist, wenn ein Testamentsvollstrecker klagt oder verklagt wird, hängt von der sehr bestrittenen Auffassung seiner Stellung ab; vgl. darüber *Anm. 1 § 50.* Nach der diesseitigen Ansicht vertritt er die Nachlassmasse als eine Vermögensmasse, welche klagen und verklagt werden kann (§ 19), d. h. eine Gesamtheit (bekannter oder unbekannter) Nachlassinteressenten, welche durch die „Nachlassmasse“ repräsentirt werden und in den Bestimmungen des Testaments ihre maßgebende Norm finden. Bei dieser Annahme würde zur Bezeichnung der Partei die Angabe der Nachlassmasse gehören, welche natürlich ohne Nennung der Erblassers nicht gehörig gekennzeichnet werden kann. Wird der Testamentserbe als Vertreter der Erben aufgefaßt (vgl. *Ecclus 4 § 255; Gruchot Erbrecht 2, 210; R. 28, 296*), so sind diese als eigentliche Parteien in der Klage anzugeben. Es dürfte jedoch mit Rücksicht auf den oben hervorgehobenen Zweck des § 230 Nr. 1 genügen, wenn als Partei die A.'schen Testamentserben, vertreten durch den Testamentsvollstrecker B., ohne Nennung aller einzelnen Erben bezeichnet werden.

Zur Bezeichnung des Gerichts, d. h. des Prozeßgerichts, vor welchem verhandelt werden soll (vgl. *Nr. 3 und § 233 Abs. 1*), ist nicht nöthig, von den mehreren Kammern des Landgerichts in der Klageschrift schon bei der Einreichung zur Terminbestimmung die-

jenige zu benennen, vor welcher die Verhandlung stattfinden soll. Vgl. Anm. 2 (Schluß) § 193. Nach § 102 hat der Kläger indeß in der Klageschrift die Verhandlung vor der Kammer für Handelsachen zu beantragen, wenn er dieselbe beabsichtigt.

4) Der Gegenstand des erhobenen Anspruchs ist diejenige Leistung, bestche sie in einem Geben, Gewähren, Handeln, Unterlassen, Dulden, oder Feststellung (§ 231), auf welche der Anspruch gerichtet ist. Mittelbar gehört dazu auch der äußere Gegenstand der Leistung, welcher in dem Antrage (vgl. Anm. 6) zum Ausdruck kommen muß. Zum Anspruchs-Gegenstande gehört aber auch die innere Qualifikation desselben, welche in dem Antrage regelmäßig oder häufig nicht zum Vorschein kommt, also z. B. ob Erfüllung einer Obligation oder Schadensersatz für Nichterfüllung, ob Verzugszinsen oder Konventionalstrafe, die Zahlung eines Geldvermöchtnisses oder einer Schuld des Erblassers, Auslösung des Bandes der Ehe oder Ungültigkeitserklärung desselben, u. s. w. gefordert wird, vgl. Pland 2, § 87 S. 35. Der Gegenstand der Leistung muß namentlich dann, wenn es sich um eine Spezie handelt — und ob es sich darum, oder um vertretbare Sachen handelt, gehört zum Gegenstande des Anspruchs — so genau bestimmt sein, daß ein begründeter Zweifel an der Identität nicht aufkommen kann. Mit Rücksicht auf den Zweck, festzustellen, welcher Anspruch erhoben wird und rechtshängig sein soll, ist die Ausschließung des Zwefels hinsichtlich des vom Anspruche betroffenen Gegenstandes nöthig; welches Raab der Spezialität hierzu wieder erforderlich ist, wird nach den konkreten Verhältnissen zu beurtheilen sein. Vgl. R. 15. Dez. 1891, SA. 48, 103.

5) Den Klagegrund bilden die Thatfachen, welche den erhobenen Anspruch dieses bestimmten Klägers gegen diesen bestimmten Beklagten unmittelbar rechtfertigen sollen, d. h. welche „an sich geeignet sind, den erhobenen Anspruch als in der Person des Klägers entstanden und zugleich als durch den Beklagten verlegt erscheinen zu lassen“, Rot. 1882; Weßell, 3. Aufl. 142—156, also einschließlic der Thatfachen für die Begründung der Sachlegitimation beider Parteien und des Entstehungsgrundes des streitigen (dinglichen oder persönlichen) Rechts. Dies entspricht auch dem Begriffe des Klagegrundes nach der bei der Abfassung der CP. herrschend gewesenem Ansicht, welche als dem Ausdruck der CP. in Gemäßheit der Rot. zu Grunde liegend anzunehmen ist; Weßell §§ 15, 16; Renaud § 88; Dernburg I, 126; Pland I, 403 ff., 2 § 87 S. 86 ff., besonders Nr. 89; DöE. 77, 108. Es entspricht auch den Begriffen der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft, §§ 235, 293, und der Umstand, daß thatsächliche und rechtliche Ausführungen in den §§ 121 und 240, als neben dem Klagegrunde bestehend und ohne Aenderung des Klagegrundes ergänzungs- und änderungsfähig bezeichnet sind, steht ebenso wie hinsichtlich des bisherigen gemeinrechtlichen Begriffes des Klagegrundes nicht entgegen; da für denselben die rechtsbegründenden Thatfachen immerhin nur in ihrem, die Identität des Anspruchs bestimmenden Gesamtzusammenhange wesentlich sind. Ohne daß eine genaue Rechtsdeduktion oder Darlegung der den Anspruch rechtfertigenden Rechtsätze nöthig ist, müssen die darzulegenden Thatfachen als rechtsbegründende den rechtlichen Zusammenhang und die Art des geltend gemachten Anspruchs erkennen lassen. Ein Anspruch, welcher als individualisirt nicht erkennbar ist, entbehrt schon der vorausgesetzten Eigenschaft der „Bestimmtheit“ bzw. der „bestimmten“ Angabe des Gegenstandes vgl. Anm. 4. Vgl. Caupp, Anm. III, 3; Strudmann-Roch Anm. 4, 5; v. Bülow Anm. 3; Freudenstein Rechtskraft 131 ff.; Kroll Klage und Einrede 65 ff.; Hellmann Lehrb. I, 384 ff.; A. Förster Anm. 3 § 230; Pland a. a. O.; Reinhold, die Lehre von dem Klagegrunde Berlin 1888 S. 1 ff.; Volgiano, Busch 12, 454; Raab, Inaug. Dissert. der Klagegrund im Sinne der CP. (Göttingen 1891; vgl. Busch 17, 237). Diesem Standpunkte hat sich auch das R. 10, 434 angeschlossen, womit R. 10, 395 nicht im Widerspruch steht, wie Petersen annimmt. Auch in der letzteren Entscheidung wird der angegebene Entstehungsgrund der Obligation für maßgebend erklärt, und werden nur gewisse in den Grenzen desselben bleibende Modifikationen hinsichtlich der Entstehungsurteil zugelassen. Vgl. ferner R. 11, 242; 15. Okt. 1885, SA. 41, 456, 3B. 353; 24. März 1887, Raffr. 31, 719; 28. Jan. 1890, 3B. 79; 27. Febr. 1890, Raffr. 34, 724; DöE. 80.

22. Mai 1889, SA. 45, 230; DSO. Jena, SA. 41, 99; DSO. Celle, SA. 37 Nr. 155; DSO. Hamburg SA. 39, 213. Abweichend wollen Wach Vorträge 18 ff. u. RaffR. 33, 1 ff., Eccius I § 50 S. 252 ff.; Siebenhaar 240 ff.; Fitting, Busch 9, 69 ff. u. Lehrb. § 53 S. 282 f., namentlich mit Bezug auf § 630 Nr. 3 sowie R.D. § 127 und die Not. dazu, Seuffert Anm. 3 IV, Eugen Fuchs, RaffR. 29, 635 ff., v. Liebermann Inaugural-Differt. „Ueber den Einfluß der Existenz des Klägerischen Rechts zur Zeit der litis cont. etc.“ Berlin 1886 S. 79 ff.; Peterfen Anm. II. 3, Busch 3, 385 ff., Säch. Arch. 2, 65, 129 u. RaffR. 28, 657 ff., sowie die hier S. 659 Anm. 3 genannten Schriftsteller als Klagegrund nur das Konkrete unter den Parteien begründete Rechtsverhältniß, den konkreten Rechtsgrund ohne notwendige Bezeichnung der rechtsbegründenden Thatsachen gelten lassen. Der Ausdruck: Individualisirung ist zur Charakterisirung dieser entgegenstehenden Ansicht nicht sachgemäß, da der Streit eben darüber ist, welche Individualisirung nöthig sei. Durch die bloße Angabe des s. g. Rechtsgrundes, z. B. Eigenthums, wird der Klagegrund nicht individualisirt, weil der Rechtsgrund ohne Angabe der denselben herstellenden Thatsachen eine bloße Abstraktion ist; erst die rechtsbegründenden Thatsachen geben ihm seine konkrete Bedeutung und Individualisation. Allerdings ist (mit Schmidt Klageänderung 163 ff.) der Streitgegenstand (Anspruch) dasjenige, worüber im Urtheile rechtskräftig entschieden werden soll, § 293; und ist auch mit ihm (S. 175 ff., 200 ff., 216) hinsichtlich der Bedeutung des Erwerbsgrundes für die Bindiktionsklage als maßgebend anzuerkennen, ob rechtskräftig über das durch seinen materiellen Inhalt individualisirte subjektive Privatrecht im Allgemeinen oder über die konkrete Verpflichtung einer Partei gegenüber einer andern (zu einem Handeln, Dulden, Unterlassen u. s. w.) aus einem bestimmten rechtlich erheblichem Thatbestande (Grund) zu erkennen ist. Schmidt entscheidet jedoch, obgleich nach seiner eigenen Ausführung die historische Kontinuität für Letzteres spricht, hinsichtlich der Bindiktation des Eigenthums für Ersteres, weil die Klageschrift nicht mehr die unbedingte Figirung des thatsächlichen Streitpunkts sichere, 204. Indes für jene Frage und für den Grund des Anspruchs ist die weitere Frage, wie die Figirung des Streitgegenstandes gesichert wird, überhaupt nicht entscheidend; abgesehen davon, daß die Einwendungen gegen eine sachgemäße Feststellung des Streitgegenstandes durch die Klageschrift bei richtiger Auslegung ihrer Erfordernisse fallen und auf einer petitio principii beruhen. Vgl. auch gegen Schmidt Gaupp a. a. D. Nr. 25. Eine Vermittelung der Ansichten versucht Staub, RaffR. 32, 554 ff., freilich erfolglos, vgl. dagegen Wach, RaffR. 33, 1 ff. — Die juristische Bezeichnung des Rechtsverhältnisses wird allseits für entbehrlich erklärt. Vgl. R.O. II, 242.

Welche Thatsachen erforderlich sind, um einen Klagegrund als solchen zu rechtfertigen, und ob und welche Berlegung nachzuweisen ist (abgesehen von § 231), entscheidet das materielle Recht. Der Entscheidung darüber nach den konkreten Umständen kann sich der erkennende Richter ebensowenig entziehen, wie der Entscheidung über den Anspruch selbst, welcher eben in seinem thatsächlichen und rechtlichen Klagegrunde beruht. Da nur über den, von seinem Grunde nicht zu trennenden erhobenen Anspruch zu entscheiden ist, so wird der Klagegrund namentlich für die Einreden der Rechtshängigkeit und der res judicata erheblich, §§ 235, 293. Zulässigkeit der Aenderung s. §§ 235, 240 bis 242, 489. Vgl. auch über Klagegrund und Klageänderung Anm. 1 § 240, ferner Berh. des 12. Juristentags 2, 268—296, 332—339 u. 13. Juristentages 1, 216—259; 2, 300—347, 430—435.

6) Der „bestimmte Antrag“ soll dazu dienen, die äußeren Grenzen und den Umfang des Anspruchs-Gegenstandes (vgl. Anm. 4) ohne Rücksicht auf seine innere Beschaffenheit in Haupt- und Nebenleistungen zu bestimmen; Pland 2, § 87 S. 36. Daher muß der Antrag erkennen lassen, was der Kläger und wieviel er verlangt. Nach der — allerdings nicht unbedenklichen — Praxis des Reichsgerichts bei Schadenserklärungsansprüchen, soll jedoch daraus nicht folgen, daß das Quantum bereits beziffert sein müsse, vielmehr sei es genügend, wenn nur nach dem Antrage in Verbindung mit den über den Gegenstand und Grund der Klage gemachten Angaben der erhobene Anspruch so individualisirt ist, daß

über die Identität desselben ein Zweifel nicht besteht, und der Betrag durch richterliches Ermessen (allenfalls mit Hilfe Sachverständiger) festgestellt werden kann, was freilich voraussetzt, daß die tatsächlichen Unterlagen für die qualitative und quantitative Abgrenzung des erhobenen Anspruchs angegeben seien. (R. 10, 353, 172; 21, 387; 22. Nov. 1888, ZW. 1889 S. 19; Hellmann 2, 8; Uebel, Busch 6, 157; vgl. dagegen Aufl. 3; Seuffert Anm. 3 V, Struckmann-Roch, v. Bülow, ferner Eccius 1, § 50 Nr. 9; Kroll, Klage u. Einrede 78, auch v. Rieni, Busch 10, 236 ff.) Dagegen hat das Reichsgericht in Bezug auf die in der Preuß. und gemeinrechtlichen Praxis vielfach zugelassenen prinzipalen Schadensersatzklagen unter Vorbehalt besonderer Schadensliquidation nach mehrfachen Schwankungen (R. 10, 414, 421 ff.; 12, 353; 29. März u. 23. April 1884, ZW. 170, SA. 40, 2; 28. April 1885, SA. 41, 1) namentlich mit Rücksicht auf § 276 durch Beschluß der vereinigten Civilsenate vom 28. Juni 1888, R. 21, 382, dahin entschieden: „Klagen auf Leistung von Schadensersatz unter Vorbehalt der Feststellung des Betrages des zu ersetzenden Schadens in einem besonderen Verfahren sind nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des § 231 C.P.D. vorliegen. Anderenfalls muß der Anspruch in der Weise substantiiert werden, daß in demselben Prozesse sowohl über den Grund als auch über den Betrag desselben verhandelt und entschieden werden kann.“ Vgl. auch R. 9. Nov. 1888, ZW. 1889 S. 18; 17. Nov. 1888, SA. 44, 227, wo auch — mit Recht — angenommen wird, daß ein Parteiverzicht auf Beachtung dieser, nicht die bloße Form einer Prozeßhandlung betreffenden Grundsätze unwirksam ist. Nicht anwendbar sollen dieselben jedoch für accessorische Schadensansprüche sein, welche mit einem Hauptanspruche (z. B. auf Erfüllung) verbunden werden; R. 17. Nov. 1888 u. 6. Nov. 1889, ZW. 1889 S. 19, 478; 11. Nov. 1891, RaffR. 36, 946, ZW. 1892 S. 12; 1. Juni 1892, ZW. 331; 6. Okt. 1893, RaffR. 36, 492. Das für die Feststellung der Schadensersatzpflicht nach § 231 erforderliche Interesse wird namentlich in solchen Fällen als vorhanden angesehen, wo Kläger noch nicht in der Lage ist, den Betrag des Schadens überhaupt oder auch nur im ganzen Umfange, besonders für die Zukunft festzustellen und die Erhebung der Klage trotzdem (z. B. zur Unterbrechung der Verjährung, als Widerklage gegen eine Klage des Gegners u. dgl.) schon vor der Berechnung des Schadens angezeigt erscheint; R. 21. Juni 1888, ZW. 317; 7. Nov. 1888, ZW. 1889 S. 19, SA. 44, 358; R. 23, 346. Vgl. § 231. Eine Nachholung der ziffermäßigen Begründung wird mit Rücksicht auf § 240 theils als Ergänzung bzw. Berichtigung einer Leistungsklage, theils (mit Unrecht, vgl. Anm. 1 § 240) als zulässiger Uebergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage selbst noch in der Berufungsinstanz für statthaft erachtet; R. 16. Jan. 1889, RaffR. 33, 1153; 18. Nov. 1889, ZW. 514. — Für Klagen betr. vertragsmäßige Leistungen hatte das Reichsgericht schon früher (R. 13, 435) der Zulassung einer Leistungsklage ohne ziffermäßige Feststellung des Quantums widersprochen. Abw. erachtet das OLG. 11. Jan. 1893, SA. 49, 133, abgesehen von Schadensersatzklagen, Klagen auf Leistungen in bestimmtem Umfange vorbehaltlich der Feststellung des Betrages allgemein für zulässig. — Bei dem Anspruche auf Handlungen sind die wesentlichen Grundzüge der Leistungen so anzugeben, daß der nach dem Antrage ergehende Urtheilsatz der Ausführung fähig ist; es braucht aber nicht nothwendig jeder über die Art und Weise des Urtheilsvollzugs möglichen Streitigkeit vorgebeugt zu werden; vgl. OLG. 8. April 1886, SA. 41, 447. Bei eigentlichen Feststellungsklagen gehört zur Bestimmtheit des Antrags nur die bestimmte Bezeichnung und Angabe des unter den Parteien streitigen Rechtsverhältnisses (bzw. der streitigen Urkunde) und das Verlangen der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens derselben; R. 12, 388; 22. Nov. 1887, ZW. 1888 S. 9. Zur Bezeichnung und Individualisirung des Rechtsverhältnisses gehören jedoch nothwendig die dasselbe begründenden Thatfachen; vgl. Anm. 5. Zulässig ist ferner die Verbindung eventueller Anträge mit dem Hauptantrage und zwar sowohl für den Fall der Abweisung des prinzipalen Klageantrages als auch für den Fall, daß Beklagter dem zugesprochenen Klageanspruche nicht genügen werde oder könne. (Mit Unrecht erachtet OLG. Hamburg eine Verbindung der Klage auf Herausgabe von Sachen mit der auf Leistung des Interesses für den Fall der Nichtheraus-

gabe für unzulässig, *SA.* 47, 346.) Lediglich einen eventuellen Antrag zu stellen, sofern dieser nicht in der That die jetzige Feststellung eines bedingten Rechts verlangt, ist unzulässig. Die Klage, wie die Widerklage (vgl. Anm. 2) kann nicht lediglich von dem Willen des Gerichts, dieselbe als begründet zu erachten, abhängig gemacht werden. Eine solche unzulässige bedingte Klage liegt z. B. vor, wenn der Antrag auf Verurtheilung des einen Beklagten nur unter der Bedingung gestellt wird, daß die Klage gegen den andern Beklagten abgewiesen wird; vgl. *OLG.* Cassel, *Busch* 14, 492. Denn hier ist in der That gegen den einen Beklagten nur ein eventueller Antrag gestellt. Ebenso unzulässig erscheint ein eventueller Antrag, welcher auf einen Thatbestand gegründet ist, der von demjenigen wesentlich abweicht, aus welchem der prinzipiale Antrag hergeleitet wird und dem primären Thatbestande widerspricht. Einer Klage, welche sich auf eine Vertragsabrede gründet, und eventuell als Fundament eine mit jener unvereinbare andere Vereinbarung behauptet, sowie einer Klage, welche mit der rechtsbegründenden Behauptung eines bestimmten Handelns eventuell die Behauptung einer damit unvereinbaren andern Thätigkeit verbindet, steht in Betreff beider Aufstellungen (nicht bloß, wie *Gaupp* Anm. I zu § 232 der eventuellen) entgegen, daß keine mit der für die Klagebehauptungen nöthigen Bestimmtheit erklärt ist (gegen *Petersen*, *Busch* 16, 501 und *Seuffert* Anm. 4 zu § 232; vgl. dagegen Anm. 4 § 232; *Ecclus*, *Raffr.* 33, 142 ff.; 36, 142 ff.; *Lämmert*, *Busch* 16, 438; *Bierhaus*, *Busch* 18, 543). Zulässig ist dagegen eine Verbindung, daß, falls ein für den primären Antrag wesentliches Moment des Thatbestandes nicht bewiesen wird, aus dem sonstigen Thatbestande ein eventueller anderer Klaggrund sich ergibt, wie z. B. neben einem Darlehn, falls die Hingabe als Darlehn nicht bewiesen werden sollte, eine ungerechtfertigte Bereicherung behauptet werden kann, vgl. *RO.* 8, 89, 91, oder neben einem Handeln in Folge eines Auftrags des Beklagten eventuell die Haftung für negotiorum gestio; neben einem Vergleiche über ein Rechtsverhältniß eventuell der Anspruch aus diesem selbst. Vgl. *Lämmert* a. a. D. 538 ff. Vollends existirt kein materielrechtliches oder prozeßualisches Hinderniß gegen die Herleitung eines eventuellen Klageantrags aus einem im Wesentlichen identischen Thatbestande. Wer z. B. die actio redhibitoria anstellt, ist nicht gehindert, mit derselben Klage eventuell Minderung des Kaufpreises zu verlangen, etwa in Hinblick darauf, daß gegen den Prinzipalantrag die Einrede des Beklagten, daß er die Sachen nicht mehr in dem früheren Zustande zurückgeben könne, möglicherweise durchgreifen werde. Oder wenn auf Erfüllung eines f. g. Fingergeschäftes, Art. 357 *GOB.*, geklagt wird, steht nichts im Wege, eventuell Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, mit Rücksicht darauf, daß Kläger gegenüber der möglichen Einrede, daß er die im Art. 357 vorgeschriebene Anzeige unterlassen habe, nicht im Stande sein möchte, den Beweis des Gegentheils zu führen. Die Annahme von *Ecclus* a. a. D., daß solche Eventual-Anträge nur dann zulässig seien, wenn sie gegenüber dem Hauptanspruche ein bloßes minus oder nur eine denselben einschränkende Modifikation fordern, also schon in dem Haupt-Antrage enthalten seien (wie in *RO.* 23. Sept. 1884, *Raffr.* 29, 421), kann schon aus der prozeßualischen Rücksicht, einer Verdübelung der Prozesse entgegenzutreten, nicht gebilligt werden, wie sie auch mit der täglichen Gerichtspraxis im Widerspruch steht. Sie ist aber auch theoretisch nicht haltbar. Ihr Grund ist die Unzulässigkeit einer nur bedingten Anrufung der staatlichen Rechtspflege für ein subjektives Privatrecht. Aber eine solche bedingte Anrufung liegt nur dann vor, wenn die Ausübung der richterlichen Gewalt von der einen Partei gegen die andere überhaupt nur beim Eintritt einer Bedingung eintreten soll, wie in dem oben angeführten Fall, nicht aber schon dann, wenn die Entscheidung des Gerichts definitiv für den einen oder den anderen aus demselben Thatbestande fließenden Anspruch angerufen wird. Der Grundsatz, daß „die Klageerhebung ein actus legitimus ist, qui neque diem neque conditionem accipit“ wird davon nicht berührt. Vgl. auch *Gaupp* Anm. III 4; *Seuffert* Anm. 3 V, *RO.* 21. Dez. 1886, *SA.* 42, 225; *RO.* 18, 385; 27, 385 (Plen.); Anm. 4 § 232. Sind solche Anträge an sich begrifflich und prozeßualisch zulässig, so ist darüber im Prozesse sachlich zu entscheiden, und es ist kein Grund gegen ihre Zulässigkeit, daß die Konsequenzen desselben für die Parteien, auch für den

Kläger selbst, oder für die Gerichte unbequem werden können. Ohne Einfluß auf diese Frage der zulässigen Eventualität ist es daher, wie zu verfahren ist, wenn der erste Richter den Prinzipalanspruch zuerkennt, der Berufungsrichter aber abspricht, ohne über den Eventualantrag erkennen zu dürfen, daß oder ob dann der Kläger befugt ist, die Verhandlung und Entscheidung desselben bei dem erstinstanzlichen Gerichte, bei welchem er nach wie vor rechtshängig ist, weiter zu betreiben, wie das *R. O.* 18, 389 und 16. Dez. 1890, *ZB.* 1891 S. 67 annehmen, und in der That auch als richtig angenommen werden muß, vgl. Anm. 2 zu § 499, da für die in der Klage geltend gemachten verschiedenen Ansprüche (und Klagen) jedenfalls sowohl für verschiedene Anträge, wie bei Gleichheit des Klagebegehrens, ungewisselfast die Rechtshängigkeit begründet ist, *R. O.* 27, 389; während (nach *R. O.* 19. Dez. 1892, *ZB.* 1893 S. 75) das Berufungsgericht auch über die eventuellen Klagründe eines Klagebegehrens, wenn es sich nicht um verschiedene Anträge handelt, erkennen muß, sofern es den Prinzipalen verwirft. — Alternative Anträge, welche dem Beklagten die Wahl überlassen, werden mit Recht von allen Kommentatoren für statthaft erklärt. Indes auch Anträgen, in welchen der Kläger sich selbst noch das Wahlrecht vorbehält, ist (mit *Saupp* Anm. III 4, *A. Förster* Anm. 30 S. 387, *Suffert* Anm. 3 V. — vgl. dazu die Bemerkung in *R. O.* 10, 356 — gegen *Wach* I, 380 § 31 Anm. 37, *Kleiner* 2, 8, *Strudmann-Roch* Anm. 6) aus dem prozessualischen Grunde der Erfordernisse des § 230 nicht der Mangel an Bestimmtheit entgegenzusetzen. Das Recht des Klägers, das Eine oder Andere zu wählen, ist ein in sich völlig bestimmter Anspruch, und mindestens der Ausdruck eines bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien, dessen Feststellung schon nach § 231 verlangt werden kann. Die Ausübung des Wahlrechts kann von Umständen abhängig sein, welche zur Zeit der Klage noch nicht eingetreten oder nicht zu übersehen sind. Ob der Kläger in der That zu einem solchen Vorbehalte berechtigt ist, bleibt nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen.

Anträge in Betreff der vorläufigen Vollstreckbarkeit des Urtheils (§§ 649—652) brauchen nicht schon in der Klageschrift enthalten zu sein (vgl. § 653), wenngleich sie zur Vermeidung des Vergessens zweckmäßig bereits darin aufgenommen werden.

Unbestimmtheit des Antrages in Bezug auf Nebenpunkte hat auf die Zuerkennung der Hauptsache keinen Einfluß.

7) Durch die Ladung Nr. 3 (welche gemäß § 191 Abs. 2 und der Verbindung von Abs. 1, 2 § 230 in die Klageschrift aufzunehmen ist) sind auch die Vorschriften für Ladungen obligatorisch erklärt; insbesondere auch die Aufforderung zur Anwaltsbestellung gemäß § 192. Eine Klage, welche einer gehörigen Ladung, insbesondere der Angabe des Verhandlungstermins entbehrt, gilt ungeachtet der Zustellung nicht als erhoben; der Mangel ist jedoch verzeihbar; Anm. 1 § 192; Anm. 2 § 193; *R. O.* 13, 334; 10. Mai 1887, *ZB.* 271, und vorstehende Anm. 2. — Die *Not.* 182 erklären mit Rücksicht auf § 74 für den Anwaltsprozeß auch die Unterschrift des klägerischen Anwalts als selbverständlich wesentlich, obgleich dies im § 230 nicht als Erforderniß ausdrücklich ausgesprochen ist. Mit Recht; nicht, weil die Unterschrift nach § 121 Nr. 6 unter jedem Schriftstücke enthalten sein „soll“, aber, weil nach § 230 als nothwendig eine schriftliche Willenserklärung des Klägers erforderlich wird, welche als Klageschrift nicht bloß vorbereitender Schriftsatz ist, und weil für die nach § 74 vom Anwalt zu vertretende Klageschrift nur durch die Unterschrift, dem Begriffe einer schriftlichen Willenserklärung entsprechend, vgl. *RR.* I 5 § 116, konstatirt wird, wessen Klageschrift vorliegt; *R. O.* 31, 375. Die abweichende Ansicht von *Petersen* Anm. 3 und *Hellmann* 2, 10 u. *Rehb.* 394 ff., *Fitting* § 53 Nr. 11; *Pfizer*, *Busch* 20, 163: es genüge, wenn feststehe, daß sie von dem Anwalte „herrühre“, verkennt den hier obligatorischen Charakter einer Schriftserklärung des Klägers bzw. seines Anwalts. Vgl. Anm. 4 § 193. Etwaige Mängel der Unterschrift fallen allerdings unter das Beweismäßigkeitsrecht des § 259, *R. O.* 12. Jan. 1891, *ZB.* 130 (für einen analogen Fall). — Wegen der ferneren Erfordernisse für den Urkundenprozeß vgl. § 556; für Anbringung von Klagen vor Kammern f. Handelsachen *OB.* § 102.

8) Abs. 3 (Bork.), welcher lediglich die Regelung der Gerichtszulässigkeit betrifft, so-

welt sie von dem Werthe abhängt (§§ 2—9, GB. §§ 23, 70), ist nur instruktionell „soll“. Wegen der Werthbestimmung für die Gerichtskosten vgl. ORO. §§ 14—17; Bor- schuß: §§ 81, 84; Ausländer: § 85 Abs. 5.

9) Abs. 4 vgl. §§ 121—124, 155, 156. Den Klagen aus Art. 223 GGB. (Verfolgung von Gründungs-Ansprüchen) ist nach Abs. 2 eine beglaubigte Abschrift des die Erhebung des Antruchs betreffenden Generalversammlungs-Protokolls beizufügen. Auf der Gerichtsschrei- berei ist eine einfache Abschrift der Klage nebst Anlagen nach § 124 niederzulegen. Wird gegen einen aktiven Offizier der Armee oder der Marine eine Klage gerichtet, so hat der Gerichtsschreiber, sobald der Termin bestimmt ist, nach der preuß. Minist.-Verf. 28. Febr. und 24. April 1880, ZMBl. 41, 92 hiervon dem Militärorgane des Offiziers unter Bezeichnung des Gegenstandes des Rechtsstreits Nachricht zu erteilen. Bezüglich der durch preuß. Reskript 5. Mai 1828 (Jahrb. 31, 273) vorgeschriebenen Anzeige an die Militär-In- tendantur bei Klagen gegen Magazin- und Rassenbeamte der Militärverwal- tung vgl. Daube, die bürgerlichen Rechtsverhältnisse der Militärpersonen 2. Aufl. Berlin 1887 S. 108. Dagegen sind die früheren preuß. Verf. 17. Sept. 1835 und 27. Febr. 1855, wonach den Regierungen in Preußen, bei welchen Kirchen oder behufs Vermögensaufsicht gleichstehende Stiftungen und Institute als Parteien bethelligt sind, Mittheilung gemacht werden sollte, durch Verf. 10. Aug. 1881, ZMBl. 168, aufgehoben.

### § 231.<sup>1a)</sup>

Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhält- nisses,<sup>1)</sup> auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung der Unrechtheit derselben<sup>2)</sup> kann Klage<sup>3)</sup> erhoben werden,<sup>4)</sup> wenn<sup>5)</sup> der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, daß das Rechtsverhältniß oder die Echtheit oder Unecht- heit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.<sup>6)</sup>

**I. 233. N. 195. P. 78. 537.**

1a) Unter welchen sachlichen Voraussetzungen ein existentes subjektives Privat- recht ein Klagerecht, sei es auf Leistung, Duldung, Unterlassung u. c. Seitens des Gegners, sei es auf bloße richterliche Feststellung erzeugt, namentlich ob und inwieweit dazu eine Rechtsverletzung, Gefährdung oder Bedrohung erforderlich wird, diese Fragen gehören dem materiellen Zivilrechte an, nämlich der Lehre von der Aktivität der Aktionen, vgl. Anm. 1a § 230. Zu dem Klagerichte auf Leistung gehört auch ein solches auf Sicher- stellung, wo es in dem materiellen Zivilgerichte begründet ist. Davon zu unterschei- den sind die Voraussetzungen, unter welchen einem zunächst nur vorgegebenen subjektiven Privatrechte ein vorläufiger (provisorischer) Schutz von den Organen der Privatrechts- pflege zu gewähren ist. Die darüber sprechenden, nicht die Existenz des subjektiven Pri- vatrechts, sondern in der Regel nur den Schein eines solchen (oder andere Surrogate) er- fordernden Vorschriften gehören dem Prozeßrechte an und werden von der G. P. durch die Bestimmungen über Arrest, einstweilige Verfügungen, vorläufige Voll- streckbarkeit, über die Zulassung und die Wirkungen provisorischer Endurtheile, erschöpfend unter Aufhebung der bisherigen Landesgesetze (wo nicht Ausnahmen gemacht sind, z. B. GB. § 16 Nr. 4) geregelt. Ueber die Voraussetzungen eines Klagerichts auf Leistung (Duldung, Handlung, Unterlassung, Sicherstellung u. c.) enthält die G. P. über- haupt keine allgemeine Vorschrift. Dagegen ist im § 231 für die Voraussetzungen eines Klagerichts auf eine vom erkennenden Richter auszusprechende, der Wirkungen der Rechts- kraft unter den Parteien fähige, reine Rechtsfeststellung eine allgemeine Vorschrift ge- geben, welche neben ihrer prozeßualischen Bedeutung den Charakter einer die Landesrechte ergänzenden materiell-rechtlichen Bestimmung über die Entstehung eines solchen Klagerichts hat. Dieselbe ist nicht zu dem Zwecke gegeben, um solche nach den Landesgesetzen bereits bestehenden Klagerichte zu beseitigen oder zu beschränken, sondern um sie unter gewissen Voraussetzungen auch dort zu gewähren, wo sie von dem materiellen Landesrechte bisher nicht gewährt worden sind, und insofern Rechtseinheit zu schaffen (vgl. Rot. 182, 183,

ferner Anm. 1 Abs. 2). Gegen die abw. Ansichten von Wach in der weiter unten angeführten Schrift, Gaupp Anm. I u. Seuffert Anm. 2 vgl. Mandry, der civilr. Jah. 3. Aufl. S. 271, Bierhaus, Busch 14, 286; R. Levy, Raffr. 35, 159 ff.; Detler, Konkursr. Bgr. 1, 576 ff.; sowie N.O. 30. Mai 1890, Raffr. 34, 1009 u. JW. 236; 27. April 1892, JW. 370. Eigenthümlich, aber nicht begründet ist der von Pland 2, 16 f. für die Feststellungsklage gemachte Unterschied des materiellen (aus dem Civilrechte entspringenden) und des formellen Klagerrechts nach § 231.

1) Der § 231 umfaßt zwei Kategorien von Klagerrechten, welche sich in ihren Wirkungen wesentlich von einander unterscheiden; nämlich 1. auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (positive und negative Feststellungsklage zum Unterschiede von den Klagen auf ein Geben, Thun, Gewähren, Dulden, Unterlassen, den s. g. Leistungsklagen); 2. auf Anerkennung einer Urkunde oder Feststellung ihrer Unechtheit.

Aus der reichen Literatur zu § 231 vgl. besonders: Degenkolb, Einlassungszwang u. Urtheilsnorm, Leipzig 1877; Weismann, die Feststellungsklage, Bonn 1879; Rastow und Westerbürg, Raffr. 23, 139 ff., 880, 922; Kroll, Klage u. Einrede 54 ff.; Kocholl, Busch 8, 329 ff., sowie Rechtsfälle Bb. 2 S. 101 ff., Bähr, Urtheile des Reichsger. 1883 S. 143—170, Wach, der Feststellungsanspruch, Leipzig 1889, dazu Bierhaus, Busch 14, 285, Wach das. 351, R. Levy, Raffr. 35, 156 ff.; Kohler, prozeßrechtl. Forschungen, Berlin 1889, S. 63 ff., Mandry a. a. D., Pland 2, 12 ff., Hellmann, Jahrb. f. Dogmatik 31, 79 ff.; Detler, Konk. Bgr. 1, 42 ff., 576 ff.; Seidel, Inaugural-Differt. die Feststellungsklage im Civil- u. Verwaltungsprozeß (Wöttingen 1893); sowie die weiter unten an den einzelnen Stellen citirten Schriften, auch Regelsberger Pand. I § 191.

Die Erweiterung der civilrechtlich bestehenden Klagerrechte auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses (vgl. Anm. 1a) diente zur Befriedigung eines Bedürfnisses, welches über die Provokationsklagen *ex lege diffamari* und *ex lege si contendat* hinaus sich in vielfacher Weise schon früher (Weismann a. a. D. 1—110) geltend gemacht und namentlich auch in den Entsch. des R.O.G. (5, 288, 289; 9, 33; 17, 148; 18, 59) Anerkennung gefunden hatte. Die Provokationsklagen unter bestimmten Parteien, verschieden von dem öffentlichen Aufgebotsverfahren gegen unbestimmte Gegner, §§ 883 ff., sind dadurch beseitigt, P. 78. (D.O. Jena, Busch 7, 100; N.O. 30. Juni 1886, JW. 269). Die „Feststellung“ — das Ziel, worauf die Klage gerichtet ist — ist begriffsmäßig und der geschichtlichen Ausbildung dieser Klage entsprechend, die durch das Urtheil auszusprechende Entscheidung des Gerichts, daß ein Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Sofern dies durch den Antrag des Klägers bzw. die entsprechende Urtheilsnorm konstatiert wird, ist es im Uebrigen gleichgültig, in welchen Ausdrucksweisen diese richterliche Erklärung abgegeben wird (das Rechtsverhältnis bestehe oder bestehe nicht, sei in bestimmter Beziehung als begründet zu erachten, der Gegner sei schuldig, es anzuerkennen u. dgl.). In jedem Falle ist außer der Entscheidung im Urtheile nicht noch eine anerkennende Erklärung des Beklagten nöthig, selbst wenn die Rebewendung der Entscheidung ihn verurtheilt, anzuerkennen. Vgl. § 779. Nur zur Feststellung (Konstatirung) von Rechtsverhältnissen, nicht zur Schaffung neuer Rechtsverhältnisse dient diese Klage, vgl. N.O. 27. Nov. 1889, JW. 1890 S. 25, Raffr. 34, 1161. Sie unterscheidet sich dadurch einerseits von Klagen, welche, wie die auf Ehescheidung, auf Theilung, Grenzregelung u. dgl. eine konstitutive Thätigkeit der richterlichen Gewalt (gleich der beim Erlaß eines Zuschlagsurtheils oder eines Ausschlussurtheils) erheischen, andererseits von den s. g. Leistungs- oder Verurtheilungsklagen (auch Anspruchsklagen genannt), vgl. darüber Anm. 6.

Ein Rechtsverhältnis, welches Gegenstand des Rechtsstreits sein soll (vgl. § 139), ist ein rechtlich bestimmtes Verhältnis einer Partei zu einem anderen Rechtssubjekte („Beziehung von Person zu Person, bestimmt durch eine Rechtsregel“, Savigny System I, 333). Insofern die rechtlichen Beziehungen einer Partei zu einer Sache (Eigenthum, dingliche Rechte) oder die persönlichen rechtlichen Eigenschaften eines einzelnen Rechtssubjekts (Sta-



tusrechte) in Frage stehen, also sofern es sich um die Beurtheilung eines Rechtszustandes handelt, begründen dieselben nur in der Beziehung zu einem anderen Rechtssubjekte, als Ausdruck eines der einen Person gegen die andern zustehenden Rechtes auf Ausschließung, Unterfagung oder Duldung, Rechtsverhältnisse. Vgl. Bötzs Theorie des Klagerrechts 65 ff., 162; Böning, Busch 4, 182 ff., v. Kientz, Busch 10, 212 ff. Auch die geistigen Urheberrechte, Patentrechte, Markenrechte u. s. w., welche gegen jeden Dritten geschützt werden, geben ebenso, wie das Eigenthum zur Möglichkeit der Feststellung eines daraus entspringenden Rechtsverhältnisses zu Dritten selbst ohne bereits erfolgte Verletzung Raum (aM. Kocholl, Busch 8, 349, 350), also jetzt gemäß § 231 auch ohne die Voraussetzung des § 13 Markenschutzges. 30. Nov. 1874, vgl. RDZ. 24, 228; RO. 30. April 1894, JW. 369. Sie können auch durch Klage auf Unterfagung als Leistungsklagen verfolgt werden. Die konkreten Umstände entscheiden, wiefern Klagen der einen oder andern Kategorie zulässig sind und vorliegen, Anm. 6. Vgl. dazu Köhler, Markenschutzrecht 328 ff., Köhler, Patentr. 424; derselbe, Busch, Archf. 47, 335 ff. — Abgesehen von der erwähnten Beschränkung auf die Beziehung zu einem andern Rechtssubjekte ist kein gesellschaftliches oder Lebensverhältnis, soweit es sich um die Rechtsforderung für dasselbe handelt, von dem Begriffe des Rechtsverhältnisses ausgeschlossen, demgemäß auch nicht die Beziehungen mit Rücksicht auf den Besitz; Eccius 3, § 157 Anm. 4. Begrifflich gehören daher auch die Rechtsverhältnisse des Ehe- und gesammten Familienrechts, RO. 5, 174 (betr. Familien-Namen und -Wappen), sowie des Erbrechts zum Gebiete des § 231. Derselbe schließt überhaupt kein „Rechtsverhältnis“ aus, mithin auch nicht die Statusklagen (gegen Kleiner 2, 15, 19), ebenso nicht die Feststellung der mangelnden Stempelplichtigkeit gegen den Fiskus, RO. 31, 30. Die Frage, ob außer der Klage aus § 231 materiell-rechtlich ein Klagerrecht mit geringeren oder anderen Voraussetzungen begründet ist, wird vom § 231 nicht berührt und ist nach dem Civilrecht zu entscheiden. Soweit dasselbe andere Klagerrechte gewährt, bleiben sie erhalten. Vgl. RO. 14, 90; 30. Juni 1886, JW. 268 (actio negatoria des Eigenthümers gegen den sich eines dinglichen Rechts berühmenden), RO. 31. Jan. 1887, JW. 100; RR. II. 2 §§ 10 ff. (Negativitätsklagen); RO. 30. Mai 1890, JW. 236, RaffR. 34, 1009; 21. Dez. 1891, RaffR. 36, 443 (Präjudizialklage betr. Erbrechte § 3 I 46 RÖD.); vgl. Anm. 1a. Die Schranken hinsichtlich der dem Gerichte nach § 231 zu unterwerfenden Rechtsverhältnisse liegen dagegen in der Zulässigkeit des Rechtsweges überhaupt, vgl. RO. 12. März 1883, JW. 189. Die Feststellungsklage aus § 231 ist demnach nur zulässig, insofern es sich dabei um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit handelt, für welche nicht entweder die Zuständigkeit von Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten begründet ist oder reichsgesetzlich besondere Gerichte bestellt oder zugelassen sind; § 13 OB. Das Rechtsverhältnis muß m. a. W. der Ausdruck eines subjektiven Privatrechts sein, dessen Verfolgung im Rechtswege nicht reichsgesetzlich oder landesgesetzlich in wirksamer Weise ausgeschlossen ist; RO. 6, 387; 16, 391. Sofern die Landesgesetzgebung den Rechtsweg nur für Leistungsklagen unter Ausschließung von Feststellungsklagen gestattet, wie nach §§ 30, 31 des preuß. Enteignungsges. v. 11. Juni 1874, RO. 30, 266, sind letztere nicht statthaft. Ein Rechtsverhältnis, welchem die inländische Gesetzgebung keinen Rechtsschutz gewährt (ausländ. Patente, Spiel und Wette), kann nicht Gegenstand einer Feststellungsklage sein, RO. 30. April 1894, JW. 369. — Aus dem Partetenverhältnis im Prozesse und aus der Voraussetzung des rechtlichen Interesses (Anm. 5) folgt ferner, daß die rechtlichen Beziehungen der Parteien unter einander von dem Rechtsstreite betroffen werden müssen; v. Sarwey I, 341; RO. 10, 370; 6. April 1887, RaffR. 32, 408; aM. Wach, Gaupp Anm. II c und Siefert Anm. 2 b, namentlich wegen der Zulässigkeit der in der CP. anerkannten Hauptintervention, § 61, und des Streites mehrerer Forderungsprätendenten, § 72. Allein diese Klagerrechte gründen sich nicht auf § 231, auch handelt es sich bei dem Verhältnisse des Hauptinterventanten zu dem Erstkläger und der mehreren Forderungsprätendenten unter einander um das Recht des Einen gegen den Andern auf Ausschließung von der Erlangung der Sache oder des Forderungsobjekts, ebenso wie bei der vom Reichsgericht zugelassenen Interven-

klage des Dritten, der die gepfändete Forderung für sich in Anspruch nimmt. Auch in diesen Fällen ist ein Rechtsverhältnis unter den Parteien streitig. Nicht ausgeschlossen von Gebiet der Feststellungsklage ist ein früherees bzw. aufgehobenes Rechtsverhältnis, sofern noch die Wirkungen desselben in Frage stehen, bzw. dasselbe die Grundlage streitiger Ansprüche ist, *N.O.* 27, 204; 12. Mai 1886, *J.W.* 193, *Raff.R.* 30, 1109; 12. Juli 1893, *J.W.* 423. Zulässig ist auch die Klage auf eine, durch den künftigen Eintritt einer bestimmten Thatsache (Erledigung eines Fideikommisses, *N.O.* 13, 386, Eintritt der Erwerbsumfähigkeit oder eines Unterstützungsbedürfnisses, schiedsrichterlicher Entscheidung) bedingte Feststellung, *N.O.* 6. Juli 1893, *J.W.* 424; 7. Jan. 1895 *J.W.* 60, so auch die Feststellung eventuellder aus einem dauernden Verhältnisse unter bestimmten Voraussetzungen sich wiederholender Verbindlichkeiten, z. B. zur Alimentation, *N.O.* 17. Januar 1887, *J.W.* 67; die Feststellung der Verpflichtung zu späteren Miethszinszahlungen beim Streite über einen bestehenden Mietvertrag, *N.O.* 15. Novbr. 1893, *J.W.* 1894 S. 11, *Raff.R.* 38, 1210; Feststellung einer Simulation zur Vermeidung eines sonst zu erwartenden anderen Prozesses, *N.O.* 12. Juli 1894, *J.W.* 456; die Feststellung einer Erbschaftspflicht für einen noch entstehenden, aber nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwartenden Erben, *N.O.* 13, 372 (vgl. auch Anm. 6 sowie Anm. 6 § 230). Immer muß jedoch für die Zulässigkeit die nach Etwilrecht zu beurthellende rechtliche Möglichkeit des aus dem behaupteten streitigen Rechtsverhältnisse herzuleitenden Anspruchs vorhanden sein, *N.O.* 7. Nov. 1892, *J.W.* 1893 S. 14. Für das Preuß. R. gehört hierher auch das Rechtsverhältnis des Armenverbandes zu solchen Personen, gegen welche dem unterthätigen Armen ein Anspruch auf Unterhalt zusteht, *N.O.* 2, 45; 4, 149; 30. Juni 1884, *J.W.* 211, *Siff.* 5; 17. Jan. 1887, *J.W.* 67; 8. Jan. 1891, *J.W.* 119, *Raff.R.* 35, 1188 (auch bezüglich der zukünftigen Leistungen); für mecklenburgisches Recht die Klage auf Feststellung eines bauerlichen Verhältnisses zur Gutsherrschaft im Gegensatz zum Dienstverhältnisse, *N.O.* 15. Mai 1886, *J.W.* 226. Das durch einen Schiedsvertrag unter den Parteien begründete Rechtsverhältnis ist nur eine Modifikation des unter demselben bereits bestehenden materiellen Rechtsverhältnisses, also selbst ein Ausdruck subjektiven Privatrechts; die Feststellung der Gültigkeit oder des Umfangs eines Schiedsvertrages fällt demnach unter § 231, ohne daß es nöthig ist (mit Kohler, *Raff.R.* 31, 517 f.), prozeßualische Rechtsverhältnisse darunter zu begreifen. Die Zulässigkeit einer Feststellungsklage auf Erlösung des Schiedsvertrages und auf Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens ist durch § 871 anerkannt.

Nicht über ein Rechtsverhältnis entscheidend und deshalb hier ausgeschlossen — sofern es sich nicht um die Urkundensfeststellung, Anm. 2, handelt — sind Feststellungen einzelner Thatsachen (z. B. der Beschlagsvollziehung, *J.W.* 1881 S. 4); *N.O.* 24. Juni 1889, *J.W.* 364; oder allgemeiner Rechtsfragen (*N.O.* 6, 387; 18, 172) ebenso von Rechtsfragen für nicht gegenwärtige, sondern künftig nur mögliche Rechtsverhältnisse, z. B. gegenüber der Postbehörde bei künftigen Postsendungen, *N.O.* 24. Febr. 1888, *J.W.* 135; vgl. auch *N.O.* 4, 373 und dazu Bierhaus, *Buch* 5, 79. Ebenso unzulässig ist deshalb auch die Klage eines Gläubigers gegen seinen Schuldner (oder Drittschuldner) auf Feststellung, daß Sachen oder Forderungen desselben, in welche er die Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels auszuführen beabsichtigt, nicht zu den durch §§ 715, 749 *C.P.* oder durch Anordnungen eines Dritten (des Geschenkgebers, Erblassers) von der *J.W.* ausgeschlossenen Sachen gehören; abgesehen davon, daß über die Zulassung einer Zwangsvollstreckungsmaßregel die Vollstreckungsorgane ausschließlich zu befinden haben, soweit nicht ein Klagerecht in der *C.P.* gewährt wird (vgl. § 685), was zu Gunsten des Gläubigers nur hinsichtlich der Ertheilung der Vollstreckungsklausel, §§ 667, 703, 705 *Abf.* 5, geschehen ist.

Der Antrag kann sowohl auf die positive Feststellung eines vom Kläger behaupteten Rechtsverhältnisses („Bestehen“) als auch negativ auf das „Nichtbestehen“ eines in Frage kommenden Rechtsverhältnisses gerichtet sein; und kann in beiderlei Weise positiv oder negativ die aktive oder passive Beteiligte des Klägers für rechtsbegrün-

bende oder rechtsverförende Beziehungen, mithin auch die Begründung oder Nichtbegründung einer Einrede betreffen, wenn z. B. auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses auf Grund geschehener Aufhebung desselben geklagt wird. Die positive Feststellungsklage erstrebt die rechtskräftige Bejahung eines Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien, welches als Ausdruck des klägerischen subjektiven Privatrechts gegenüber dem Beklagten, die negative Feststellung die rechtskräftige Verneinung eines Rechtsverhältnisses, welches als Ausdruck eines subjektiven Privatrechts des Beklagten gegenüber dem Kläger dienen soll. Will man beide Klagen unter den Begriff des durch Bach besetzt gewordenen „staatlichen Rechtsschutzes“ bringen, indem man die richterliche Feststellung von Rechtsverhältnissen stets als einen Akt des Rechtsschutzes auffaßt (womit freilich nicht viel gewonnen wird, zumal bei einer mangelnden genauen Begriffsbestimmung des f. g. „Rechtsschutzes“), so bezweckt die positive Feststellungsklage den Schutz eines bestimmten subjektiven Privatrechts des Klägers; aber auch die negative Feststellungsklage geht nicht bloß auf Abwehr angemessenen Rechts, wie Bach annimmt, sondern in ihrem Kern gleichfalls auf Schutz der klägerischen Privatrechtssphäre, meistens sogar eines bestimmten, den Präntionen des Beklagten gegenüberstehenden subjektiven Privatrechts, vgl. R. Lepy a. a. D. 161 ff., und auch Anm. 3.

Unerheblich ist es, ob das Rechtsverhältnis dinglich oder obligatorisch, ob Ansprüche daraus bedingt oder unbedingt, fällig oder nicht fällig sind, und ob überhaupt ein Anspruch aus dem Rechtsverhältnisse verletzt ist oder nicht. Auch die Feststellung einer Naturalobligation ist nicht ausgeschlossen, Rönig a. a. D. 48. Die Mot. 185 konstruieren ohne Grund und ohne daß die Berathung in der Vorl. dazu Veranlassung gegeben hätte, in Abweichung von den der Vorl. vorgelegten Mot. zum E. 1 von 1871 und von der geschichtlichen Ausbildung der Feststellungsklage, dem praktischen Bedürfnisse und dem Ausdrucke des Gesetzes widersprechend, einen aus dem Rechtsverhältnisse neben dem Ansprüche auf Leistung originären, selbständig verfolgbaren Anspruch auf Feststellung, welcher nur, wenn er verletzt sei, zur Feststellungsklage Anlaß gebe. (So auch v. Bülow Anm. 2, Kleiner 2, 17.) Indeß der § 231 gewährt ein Klagerrecht auf Feststellung unter bestimmten Voraussetzungen ohne Rücksicht darauf, ob nach dem Civilrechte aus dem Rechtsverhältnisse ein Anspruch auf Feststellung herzuuleiten ist oder nicht. Wer dies für die positive Feststellungsklage bestreiten wollte, müßte es schon bei der negativen Feststellungsklage wieder einräumen; denn aus dem vom Kläger geleugneten Rechtsverhältnisse kann derselbe doch irgend einen Anspruch nicht herleiten wollen. Von einem materiellen Ansprüche auf richterliche Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses kann überhaupt keine Rede sein. Der aus dem subjektiven Privatrecht oder aus dem Rechtsverhältnisse folgende materielle Anspruch ist lediglich der auf ein dem Rechtsverhältnisse entsprechendes Verhalten (Leisten, Dulden, Unterlassen u. s. w.). Die Klagerrechte bestimmen die sachlichen Voraussetzungen und den Umfang der Bethätigung bzw. Verwirklichung des subjektiven Privatrechts und der daraus folgenden materiellen Ansprüche durch den Prozeß. Auch diese Normen gehören an sich dem materiellen Rechte an, und insofern enthält § 231 auch materielles Recht, vgl. Anm. 1a. Aber die Klagerrechte auf Leistung und Feststellung beziehen sich nicht auf verschiedene Ansprüche des Klägers, sondern auf dasselbe subjektive Privatrecht, welches sich im Prozesse unter verschiedenen sachlichen Voraussetzungen, in verschiedenem Umfange und mit verschiedenen Wirkungen bethätigt, je nachdem auf Leistung oder Feststellung geklagt wird. Das subjektive Privatrecht und der daraus sich ergebende materielle Anspruch erhalten dadurch, daß § 231 eine reine Rechtsfeststellung ermöglicht, keine andere materielle-rechtliche Quaestifikation und keinen accessorischen Anspruch, welcher erst durch dessen Verletzung wieder diese Feststellung zulässig mache. Vgl. Westerburg, Raffr. 23, 880, 922; 26, 458 und Rönig a. a. D. 186; R. 1. Deg. 1882, Wallm. 8, 390; Kohler, Frit. Viert. 23, 382 ff.; Schmidt, Klagerb. 188 ff.; (aR. Kocholl a. a. D. 362; Hellmann Lehrb. 374 ff.; Bach a. a. D., vgl. dagegen v. Rentiß, Busch 10, 224 Anm. 12; Kayser, civR. 70, 459 ff.). Die Rechtsverletzung hat in Betreff des § 231 lediglich auf den Kostenpunkt Einfluß. Zu einer Ein-

Schränkung der Klage auf die Fälle, wenn der Anspruch auf Feststellung verletzt ist, giebt das Gesetz keinen Anhalt, im Gegentheil ist deshalb, weil in dieser Beziehung die Klage nicht beschränkt sein sollte, die Vorschrift des § 89 wegen des Kostenpunktes gegeben. Vgl. Anm. 1 § 89. Die Feststellungsklage ist ebenso wie die Leistungsklage ein „prozessualisches Gebilde“, Jedem zugänglich, der danach „zu behaupten wagt“, aber Erfolg nur für den verheißend, dem das entsprechende Klagerecht zur Seite steht; beide sind an die gleichen Prozessvoraussetzungen, aber an verschiedene sachliche Voraussetzungen gebunden; in beiden bethätigt sich prozessualisch dasselbe subjektive Privatrecht, — aber nach verschiedenen Richtungen. Die Feststellungsklage verfolgt auch keinen Sicherungsanspruch (Degenkolb a. a. D., vgl. dagegen 4. Aufl. u. Wach a. a. D.); sie wäre sonst Leistungsklage; ebensowenig ist sie bloß präparatorischer Natur (abgesehen von der Urkundenfeststellung Anm. 2), hat vielmehr ihr eigenes Leben, wie Wach a. a. D. richtig hervorhebt, wenngleich im einzelnen Falle das Motiv des Klägers auf eine Vorbereitung der Leistungsklage zurückgeführt werden kann.

2) Die Klage auf Anerkennung einer Urkunde (positiv) oder auf Feststellung der Unechtheit derselben (negativ) ist von der Feststellungsklage betreffs eines Rechtsverhältnisses grundsätzlich verschieden. Sie betrifft nur die Feststellung der Echtheit (dies ist unter Anerkennung der Urkunde zu verstehen) oder Unechtheit, vgl. Anm. 1 § 402. Soll nicht bloß die Urkunde, d. h. deren Echtheit anerkannt werden, sondern eine Folgerung aus der Urkunde oder die Bedeutung und Verbindlichkeit derselben, so handelt es sich um die Feststellung eines Rechtsverhältnisses; Anm. 1. Die Urkundenfeststellungsklage des § 231 ist nicht die Klage für einen Rechtsstreit über ein materielles Recht, sondern über ein Beweismittel. Sie tritt als Beweissicherungsmittel neben die Vorschriften der §§ 447 bis 455, wenngleich sie sich von denselben nicht nur durch andere Voraussetzungen (vgl. Anm. 5 § 447), sondern wesentlich dadurch unterscheidet, daß sie schon eine präjudizielle Entscheidung über den Echtheitsbeweis herbeiführt. Sie ersetzt die gemeinrechtliche Exemplifikation (Beweis zum ewigen Gedächtnis) und die Inzidentfälschungsklage des französischen Processes.

Die Klage betrifft nur Urkunden im Sinne der C.P., insbesondere der §§ 380 ff. Vgl. Vorb. vor § 380. In Betreff dieser ist jedoch die Zulässigkeit der Klage unbeschränkt, ohne Rücksicht darauf, in wessen Besitz sich die Urkunde befindet, welche Rechtsverhältnisse sie betrifft, ob die Urkunde eine öffentliche oder private ist, von einer Partei, oder von Dritten bzw. Behörden ausgestellt ist, und ob sie an sich lediglich Beweismittel ist oder als Trägerin eines Rechtsverhältnisses in Betracht kommen kann, vorbehaltlich des vorerwähnten andern Charakters der Klage, wenn die Urkunde nach dem Antrage in der That in der letzten Eigenschaft schon im vorliegenden Prozesse in Betracht kommen soll. Aus der Voraussetzung des rechtlichen Interesses (Anm. 5) folgt indeß, daß der Kläger zu seinem Gegner in rechtlichen Beziehungen stehen muß, für welche die Beweisfeststellung von Einfluß ist. Eine Beschränkung ist auch hier aus denselben Gründen, wie in Anm. 1, nur in soweit vorhanden, als die Zulässigkeit des Rechtsweges und die staatliche Anerkennung für die von der Urkunde betroffenen Rechtsverhältnisse voraussetzen ist.

Ein Urtheil über Echtheit einer Urkunde kann füglich ohne Vorlegung der Urschrift nicht erlassen werden. Ein absolutes Erforderniß ist jedoch die Vorlegung derselben nicht (gegen Seuffert Anm. 5 u. 6), wenn z. B. beide Parteien die Uebereinstimmung einer vorgelegten Abschrift mit dem als echt oder unecht festzustellenden Original anerkennen, und es sich nur darum handelt, ob der Aussteller (etwa der Beklagte, dem darüber der Eid zugeschoben wird) das Original unterzeichnet hat. Die Vorschriften über die Edition von Urkunden, §§ 386 ff., kommen jedenfalls soweit zur Anwendung, als es sich um andere Urkunden handelt, welche zum Beweise der Echtheit oder Unechtheit der im Streit befangenen Urkunde dienen sollen; ob auch hinsichtlich dieser letzteren selbst, ist zweifelhaft, weil jene Vorschriften nur für den Beweis der für die Entscheidung des Processes rechtserheblichen Thatfachen gegeben sind. Man wird sich befehengeachtet für die sinngemäße Anwendung der Vorschriften entscheiden müssen, weil die Urkundenfeststellungsklage selbst sich als

eine Art von Beweis-Anticipation darstellt (aM. Gaupp u. Seuffert). Die Edition der Urkunde von dem Gegner auf Grund jener Vorschriften vor Erhebung der Urkundensfeststellungsklage zu erzwingen, worauf Gaupp u. Seuffert den Kläger verweisen, ist nicht möglich, da diese Vorschriften nur für einen anhängigen Prozeß gegeben sind; sie könnte vielmehr nur auf Grund einer civilrechtlichen Verpflichtung erzwungen werden, vgl. § 387 Nr. 1, und analog Anm. 3 § 394. Ueber die Beweislast vgl. Anm. 4, über die Zuständigkeit Anm. 3. Die ganze Urkundensfeststellungsklage ist übrigens gegenwärtig nur noch von minimaler praktischer Bedeutung. Zur Sicherung des praktischen Resultats hinsichtlich der Identität der im Streit gewesenen Urkunde müßte auch auf derselben oder auf einem mit derselben zu verbindenden Blatt das rechtskräftige Ergebnis des Prozesses gerichtsfällig bezeugt werden, wie dies bei Feststellungen im Konkurse geschieht.

3) Für die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Gerichts sind die allgemeinen Grundsätze einschließlich der Vorschriften über ausschließliche Gerichtsstände (R. 13, 386, Klage auf Anerkennung eines Fideikommissfolgerechts, § 25, ferner R. 21, 411) maßgebend. Für Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages ist ebenso wie betreffs der Erfüllung oder Aufhebung eines solchen als besonderer Gerichtsstand durch § 29 das Gericht des Orts zuständig erklärt, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist. Vgl. § 35. Die Rot. 185 führen aus, daß deshalb, weil der „Anspruch auf Feststellung“ aus dem Rechtsverhältnisse originäre, für die Klage auf Feststellung allgemein das Gericht zuständig sein müsse, vor welchem aus dem Rechtsverhältnisse selbst geklagt werden könne, ebenso auch für die Feststellungsklage für Urkunden, und daß § 29 nur eine Konsequenz hiervon sei. Den Rot. folgen Strudmann-Roch Anm. 7, welche die diesseitige Ansicht nicht richtig bezeichnen, und v. Bülow Anm. 2. Dies hat jedoch ebensowenig, wie die in Anm. 1 erwähnte Theorie von einem besonderen Feststellungsanspruche im Besetze Ausdruck gefunden; für die Zuständigkeit bleiben die §§ 1 ff., 12 ff., 38 ff., sedes materiae. Insbesondere ist für die Klage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nicht der allgemeine Gerichtsstand des Klägers begründet, in welchem der Beklagte aus dem Rechtsverhältnisse klagen könnte; Borch. 1 vor § 12. Uebereinstimmend Petergen Anm. III; Endemann 2, 16; Gaupp Anm. V; Hellmann 2, 17; Seuffert Anm. 8; vgl. D. O. Hamburg, SA. 49, 210. Für die Anwendung eines ausschließlichen oder fakultativen besonderen Gerichtsstandes auf die positive Feststellungsklage ist maßgebend, ob für den Streit über das subjektive Privatrecht, dessen Ausdruck das nach der Klage festzustellende Rechtsverhältnis ist, ein solcher Gerichtsstand begründet ist. Für die negative Feststellungsklage gilt dies jedoch nicht unbedingt *vice versa*, vielmehr kommt es (abgesehen von der Spezialvorschrift des § 29, aus welcher nicht eine allgemeine Vorschrift, wie die Rot. konstruieren, generalkonstruiert werden kann, vgl. R. 23, 427) in Gemäßheit der Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände überall darauf an, was der Gegenstand der Klage ist, welches subjektive Privatrecht mit dieser verfolgt wird. Wenn mit der geforderten Regierung des streitigen Rechtsverhältnisses die Freiheit von einer dinglichen Belastung unbeweglichen Eigenthums geltend gemacht wird, so ist unbedenklich der ausschließlich dingliche Gerichtsstand des § 25 gegeben; wenn dagegen durch die Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses das Eigenthumsrecht oder Miteigenthumsrecht der Beklagten an einer unbeweglichen Sache negiert wird, so kommt es für die Anwendung des § 25 darauf an, ob mit der Klage das Eigenthum des Klägers selbst daran geltend gemacht wird. Geschieht dies nicht, also z. B. in dem Falle, wenn der Pächter eines Grundstücks, welcher ein Interesse daran hat, alsbald konstatiren zu lassen, daß der Beklagte zur Empfangnahme des Pachtzinses nicht legitimirt sei, (etwa um einem Ermittlungsprozesse zu entgehen), auf Feststellung des Nichteigenthums desselben an dem ihm von einem Vorbesitzer verpachteten Grundstück klagt, so ist auch § 25 nicht anwendbar (aM. Gaupp Anm. V aus Gründen der Analogie, welche jedoch nicht zutreffend erscheinen). Hier zeigt sich die praktische Bedeutung der Anm. 1 Abs. 5 hervorgehobenen Thatfache, daß auch die negative Feststellungsklage in ihrem Kern den Schutz der klägerischen Privatrechtssphäre anstrebt. Für die Urkundensfeststellungsklage ist § 29 bei dem in Anm. 2 erwähnten andern Charakter dieser Klage nicht anwendbar;

bei dieser Klage ist über eine zu erfüllende „streitige Verpflichtung“ nicht zu entscheiden; der § 29 setzt eine Feststellungsklage betreffs der Vertragsverhältnisse voraus. Für diese Klage wird daher kaum ein anderer Gerichtsstand als der allgemeine des Beklagten zulässig sein (ebenso Caupp u. Seuffert). Die Schätzung des Streitwerts für dieselbe unterliegt dem freien Ermessen § 3; dabei ist jedoch hier nicht nach der Urkunde, wie bei Streitigkeiten auf Herausgabe von Urkunden, sondern das Interesse des Klägers an Feststellung der Echtheit oder Unechtheit maßgebend, vgl. Anm. 1 zu § 3. Dies Interesse kann auch ein nichtvermögensrechtliches sein und damit die sachliche Zuständigkeit der Landgerichte begründen (aM. Caupp Anm. V R. 75; vgl. dagegen Seuffert Anm. 7, welcher jedoch bezüglich der Werthschätzung insofern abweicht, als er den Werth des durch die Urkunde zu beweisenden oder zu überlegenden Anspruchs maßgebend sein lassen will; dieser Anspruch ist aber nicht Streitgegenstand). Für die Feststellung einer Forderung (Schadensersatz) ist der Betrag der Forderung maßgebend, R. 27. Nov. 1891, ZM. 1892 S. 11. — Hinsichtlich der Zuständigkeit der Kammer für Handelsfachen sind die betreffenden Vorschriften der O. B. § 101 anwendbar; für die Urkundensfeststellungsklage dann, wenn das durch die Urkunde dokumentirte Rechtsverhältnis unter § 101 fällt.

4) Durch die Erhebung der Feststellungsklage wird der Streit über das Rechtsverhältnis, nicht der etwaige Leistungsanspruch aus demselben, rechtshängig, § 235 (über die abw. Ansicht von Kocholl vgl. Anm. 2 § 235); nach Erhebung der positiven Feststellungsklage kann der später erhobenen negativen Feststellungsklage des Gegners der Einwand der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden; das Urtheil wird in Bezug auf die Feststellung der Rechtskraft im Sinne des § 293 fähig, soweit dasselbe eine Sachentscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses enthält, ohne Unterscheid ob zu Gunsten des Klägers auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens oder zu Gunsten des Beklagten auf Abweisung erkannt wird, weil das festzustellende Rechtsverhältnis nicht bestehe oder das zu negirende bestehe, R. 29, 345; 9. Juli 1892, ZM. 426; 5. März 1894, ZM. 180. Wesentlich bleibt namentlich bei Abweisung einer negativen Feststellungsklage immer, in welchem Umfange die Entscheidung eine Feststellung bejaht oder verneint, R. 30. April 1894, ZM. 361. Die Abweisung wegen mangelnden Interesses (Anm. 5) entscheidet nichts über das Rechtsverhältnis, weder positiv noch negativ. Ob durch die Feststellungsklage (positive) die Verjährung und Erstzung des Anspruchs aus dem Rechtsverhältnisse unterbrochen wird, ist nach dem Civilrechte zu entscheiden. Für Preuß. R. vgl. Eccius I § 57 Anm. 59a, der die Unterbrechung der Anspruchsverjährung — wohl mit Recht — nicht schon durch die Erhebung der Feststellungsklage, sondern erst mit der Rechtskraft des das Rechtsverhältnis feststellenden Urtheils geschehen läßt. (Allgemein bejaht wird die Frage von Caupp Anm. V 6, Strudmann-Roch Anm. 9; verneint von Seuffert Anm. 12). Selbstverständlich wird die für bedingte oder betagte Ansprüche noch gar nicht begonnene Verjährung in ihrem späteren Beginne nicht gehindert; Strudmann-Roch Anm. 9. Die Feststellungsklage als solche verjähret nicht in Ermangelung eines durch sie verfolgten Leistungsanspruchs (nach der herrschenden Ansicht, welche nur eine Anspruchsverjährung, keine Klageverjährung kennt; vgl. Kayser, civR. 70, 455 ff.), allein die auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses gerichtete Feststellungsklage muß als unbegründet abgewiesen werden, wenn das subjektive Privatrecht, welches dem festzustellenden Rechtsverhältnisse zu Grunde liegt, durch Verjährung erloschen ist, das Rechtsverhältnis sonach nicht mehr besteht.

Sowohl für die positive als für die negative Feststellungsklage hat Kläger die Voraussetzung derselben, sein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (vgl. Anm. 5) zu beweisen, und zum Zwecke der Formulirung und Motivirung des Klageantrags das Sachverhältnis darzulegen; im Uebrigen ist für die Beweislast (Anm. 1 § 255) die materielle Sachlage, nicht die Partierolle, entscheidend, und auch für die negative Feststellungsklage ist dem Kläger durch § 231 nicht allgemein der Beweis des „Nichtbestehens“ auferlegt. Ist die Klage auf die Negation des Entstehens gegründet, so hat Beklagter die Entstehung zu beweisen, ist sie auf geschehene Aufhebung des Rechtsverhältnisses gegründet,

so hat Kläger diese zu beweisen; vgl. *R. 15*. Juni 1881, *JB*. 190, *RaffR.* 26, 889; *R. 28*. Mai 1883, *RaffR.* 27, 1058; *R. 9*, 337; 18. April 1884, *JB*. 170 *Siff.* 10, 4. Dez. 1888, *JB*. 1889 *S.* 40, *Seuffert Anm.* 4 und die dort Citirten; vgl. auch *Rocholl a. a. D.* 377 und *R. 14*, 91; dagegen *Wendt, civA.* 70, 1 ff. mit Bezug auf röm. Prozeßrecht und *Preuß. AOD.* § 2 I 32, ferner *Gaupp Anm.* III 2.

5) **Rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung.** Der mit „wenn“ eingeleitete Schlußsatz macht jedes Klagerrecht aus § 231 von dem dort bezeichneten rechtlichen Interesse des Klägers abhängig und bestimmt damit eine sachliche Voraussetzung dieser Klagerrechte, keine bloße Prozeßvoraussetzung, sondern das materielle Erforderniß der *actio nata*, entsprechend der für das Klagerrecht auf Leistung gewöhnlich geforderten Rechtsverletzung; ohne freilich die in den Civilrechten auch ohne dieses Erforderniß etwa bestehenden Klagerrechte auf Feststellung zu berühren, vgl. *Anm.* 1a. Zum Klagergrunde das rechtliche Interesse zu rechnen (vgl. *Rocholl Rechtsf.* I, 50, dagegen *Rapfer, civA.* 70, 462 ff. und *Schmidt Klageänd. S.* 188 ff., 199). ist nur dann möglich, wenn man die konkreten Erfordernisse der *actio nata* als einen Bestandtheil des Klagergrundes ansieht, vgl. *Anm.* 5 § 230. Der Schlußsatz des § 231 ist insofern ungenau, als darin das rechtliche Interesse für die negative Feststellungsklage (daran, daß das Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses festgestellt werde) nicht erwähnt wird. Dies ist jedoch vom Gesetzgeber unzweifelhaft mitgemeint. Näher zu bestimmen ist die Voraussetzung noch dadurch, daß es sich um eine gegen eine bestimmte Person zu erhebende Klage handelt; das rechtliche Interesse muß danach gerade in der begehrten Feststellung gegenüber dem Beklagten bestehen; auch genügt im Gegensatz zu § 69 hier nicht ein bloß vom Kläger angenommenes, putatives Interesse; vielmehr wird ein wirklich vorhandenes rechtliches Interesse an der Feststellung erfordert. Es erscheint nicht zulässig, dieses fest gegebene Erforderniß in die Grenzen eines anderen, davon verschiedenen (je nach der subjektiven Auffassung engeren oder weiteren) Begriffes (des s. g. Schutzbedürfnisses) einzuschließen. Ein rechtliches Interesse ist jedes für die Rechtsbeziehungen (des Klägers) im weitesten Sinne erhebliches Interesse. Es besteht überall, wo der Kläger anzunehmen berechtigt ist, daß durch eine Unterlassung der geforderten alsbaldigen Feststellung gegenüber dem Beklagten seine Rechtslage ungünstig beeinflusst werden könnte. Dazu ist eine gegenwärtige Bedrohung oder Gefährdung nicht immer erforderlich. Das „Schutzbedürfniß“ als Bedrohung des Klagerrechts ist nur von Bedeutung, soweit es vom Gesetz als solches anerkannt wird; dasselbe ist nicht das Kennzeichen des rechtlichen Interesses, sondern umgekehrt, dieses ist für § 231 nach dem Gesetz das Kennzeichen des anerkannten Schutzbedürfnisses, welches nur eine populäre Umschreibung des feststehenden, juristischen Begriffes der *actio nata* ist. Ob und inwieweit und wie lange für ein subjektives Privatrecht ein staatlicher Schutz durch die ordentliche Rechtspflege gewährt wird, ob durch Leistungs- oder Feststellungsklage, ob überhaupt durch Klage oder nur durch Einrede, ist aus den positiven Bestimmungen des Civilrechts, nicht aus einem anderweitigen, zudem überaus dehnbaren Lehrbegriffe zu entnehmen. Für die Feststellungsklage aus § 231 ist demnach streng an dem gesetzlichen Erfordernisse festzuhalten. Sofern der Kläger irgend ein Interesse für seine Rechtsbeziehungen an der Feststellung hat, ist keine Art von Rechtsinteresse ausgeschlossen; der § 231 rechtfertigt keine Beschränkung darin. Es ist (gegen *Kleiner 2*, 19) nicht auf vermögensrechtliche, auch nicht (gegen *Seuffert Anm.* 3c) auf privatrechtliche Interessen beschränkt, sondern kann auch ein strafrechtliches, prozessualisches oder staatsrechtliches Interesse sein; *R. 16*, 390, sofern nur das festzustellende oder zu negierende Rechtsverhältniß dem Privatrecht angehört, und der Rechtsweg für dasselbe zulässig ist, vgl. *Anm.* 1. Durch die Beschränkung des Interesses auf die rechtliche Seite desselben wird allerdings ein solches ausgeschlossen, bei welchem die Rechtsbeziehungen des Klägers überhaupt nicht in Frage kommen, *R. 10*, 368; 6. April 1887, *RaffR.* 32, 406; doch darf hierbei nicht verkannt werden, daß gerade die wirtschaftlichen Interessen mit den Rechtsbeziehungen auf das Engste verknüpft sind, und deshalb nicht allgemein ausgeschlossen werden können; vgl. *Wach a. a. D.* 58 f., *Gaupp Anm.* II *Rt.* 33; *Planck 2*, § 87 *S.* 19 (zu enge Auffassung

OLG. Nürnberg, Busch II, 151). Das Interesse wird auch (gegen v. Bülow Anm. 6) nicht unbedingt dadurch beseitigt, daß der Kläger bereits auf Leistung Klagen kann. Vgl. Caupp Anm. II; Weismann a. a. D. S. 157—162. Indef werden im Falle der Zulässigkeit der Klage auf Leistung besondere Umstände nachzuweisen sein, welche ein rechtliches Interesse für die abgeforderte Feststellung des Rechtsverhältnisses ergeben; R. O. 4, 437; 5, 393; 13, 437; 21, 382 Plen.; 17. Jan. 1885, Raffr. 29, 418; 4. Okt. 1887, ZM. 434; 23. März 1888, ZM. 177; 177; 29. Mai 1888, Raffr. 32, 1178; 19. Febr. 1889, ZM. 130; 19. Jan. 1891, ZM. 130; 20. Sept., 6. Nov. 1891, ZM. 510, 553; 9. Mai, 6. Okt. 1893, ZM. 305; Raffr. 38, 482; OLG. Cassel, SA. 49, 117; so namentlich, wenn der genaue Inhalt des Anspruchs erst durch Nachweisung einer Menge von Thatfachen festzustellen ist; R. O. 26. Jan. 1893, ZM. 155. Aus der klägerischen Werthangabe für das Prozeßgericht ist auch noch nicht darauf zu schließen, daß der Kläger zur Zeit schon eine Leistungsklage anstellen könne, R. O. 19. Mai 1892, ZM. 331. Bei einem Anspruche auf wiederkehrende Leistungen wird die Feststellungsklage nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß eine einzelne Rate fällig und klagbar ist; R. O. 15. Nov. 1893, Raffr. 38, 1210. — Die gerechtfertigte Besorgniß einer ungünstigen Beeinflussung der klägerischen Rechtslage ohne die alsbaldige Feststellung kann und wird sich häufig aus dem gefährdenden Verhalten des Gegners ergeben. Aus dem Behaupten („Verüßmen“ vgl. R. O. 30. Juni 1886, ZM. 268; 9. Juni 1891, ZM. 386; OLG. Cassel, SA. 48, 387) oder Bestreiten des Gegners, auch der fehlenden Antwort auf Anfrage kann das Interesse je nach den konkreten Umständen nachgewiesen werden. Allein grundsätzlich kommt es auf ein solches gefährdende oder benachtheiligende Verhalten des Gegners nicht an. Das rechtliche Interesse des § 231 kann auch ohne ein solches durch andere Umstände gegeben werden, wobei der angegebene augenblickliche praktische Zweck allein nicht entscheidend ist, R. O. 8. März 1894, ZM. 195. Ein allgemeines Kennzeichen solcher Umstände läßt sich bei der Mannigfaltigkeit der Fälle nicht aufstellen. Beispiele sind: der drohende Ausfall einer noch nicht fälligen Hypothek zur Feststellung der Erforderlichkeit des Beklagten; R. O. 12, 147; Verhütung der Verdunkelung des Thatbestandes; der mögliche Verlust von Rechtsbehelfen oder Beweismitteln für einen bestrittenen Anspruch; R. O. 6. Mai 1889, Raffr. 33, 1154, ZM. 244, sofern nicht etwa dazu ein Beweisicherungsverfahren ausreichen sollte; Ersparung eines erheblichen Kostenaufwandes; R. O. 15. Juni 1889, Raffr. 33, 1150; Vermeidung vielfacher Prozesse für einzelne Forderungen eines bestrittenen Anspruches auf wiederkehrende Leistungen; R. O. 17, 16; 8. Jan. 1891, ZM. 119; Vermeidung der Kosten für Feststellung einer Forderung durch vorgängige Entscheidung einer Präjudizialfrage, R. O. 4. Jan. 1892, ZM. 93; Feststellung eines in der Vergangenheit liegenden Rechtsverhältnisses, wenn dasselbe die Grundlage für weitere Rechte und Verpflichtungen bildet; R. O. 11. Dez. 1894, ZM. 1895 S. 40; die Erheblichkeit der Feststellung jedes dauernden Rechtszustandes für mannigfache Rechtsfolgen und überhaupt betreffs eines, wiederholte Ansprüche drohenden Rechtsverhältnisses, R. O. 29. Mai 1893, ZM. 383, wie bei der Eigenthums-Feststellungsklage, R. O. 25. Mai 1889, Raffr. 33, 1147, der Anerkennung eines Vorkaufsrechts; R. O. 25. Jan. 1888, Raffr. 32, 1174, eines Erbrechts oder der Registrierung desselben; R. O. 8. Juni 1888, ZM. 286; Abwehr drohender Eingriffe in das Recht, R. O. 28. Juni 1893, ZM. 383; Abwehr doppelten Erfüllungszwangs, R. O. 4. Okt. 1893, ZM. 499; Bedrohung öffentlicher Interessen, R. O. 27. Okt. 1893, ZM. 559. Ueber das rechtliche Interesse bei Klagen auf Feststellung einer Schadensersatzpflicht vgl. Anm. 6 § 230. Ueber die Zulässigkeit einer Feststellungsklage auf Ründbarkeit einer Hypothek vgl. OLG. 11. März 1885, SA. 40, 258. Einen besonderen Fall rechtlichen Interesses bietet § 261 Abs. 2 S. 1 D. Der Befürchtung einer unangemessenen Ausdehnung der Klage (Degenkolb a. a. D.) tritt die Vorschrift entgegen, daß ein Interesse an „alsbaldiger“ Feststellung erforderlich ist; Raffr. 23, 146; Weismann a. a. D., vgl. auch Kocholl a. a. D. 381 ff. Unter Interesse an alsbaldiger Feststellung ist nicht bloß das an der Feststellung vor dem auf der Leistung anzustellenden Prozesse, sondern gerade das Interesse an der Feststellung im gegebenen Moment — der Klageaufstellung bzw. der Urtheilsfällung — im Gegensatz zu einem



etwaigen Interesse an zukünftiger Feststellung, vgl. Wach a. a. D., zu verstehen; vgl. auch Herzog, *Böbblers Magazin* 3, 320. Ueber Verbindung verschiedener hzw. alternativer Interessen vgl. *R. O.* 15. Juni 1893, *JW.* 424.

Wenngleich das Vorhandensein des rechtlichen Interesses keine bloße Prozessvoraussetzung ist, sondern das materielle Erforderniß der *actio nata*, vgl. oben, so bildet dasselbe doch eine Vorfrage für die Entscheidung über die Feststellungsfrage, welche mit der über das Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses selbst nicht vermischt werden darf. Der Entscheidung dieser Vorfrage darf sich das Gericht nicht entziehen, auch wenn gegen das Vorhandensein des rechtlichen Interesses von dem Beklagten keine Einwendungen erhoben werden; in welchem Falle allerdings die Anwendung des Fragerechts nach § 130 zur Aufklärung am Platze ist; *R. O.* 25. Jan. 1888, *JW.* 110, *RaffR.* 32, 1174; 17. Nov. 1888, *SA.* 44, 226.

6) Entsprechend der geschichtlichen Ausbildung der Feststellungsfragen wird durch das Urtheil auf Feststellung an sich nur ein deklaratorischer richterlicher Ausspruch (*pronunciatio*) über das Rechtsverhältnis im Gegensatz zur Beurtheilung zu einer Leistung gegeben. Auf Grund des § 231 ist demgemäß eine Beurtheilung zu einer Leistung durch das Feststellungsurtheil nicht auszusprechen und eine Zwangsvollstreckung nur durch eine besondere Klage auf Leistung zu erwirken. Vgl. für die ausnahmslose Geltung dieses Grundsatzes Weismann a. a. D. S. 113—136, 150 ff.; *R. O.* 13. Jan. 1883, *JW.* 110. Der Eigenthums-Feststellungs-Klage können Einreden aus einem persönlichen Rechte des Beklagten nicht entgegengesetzt werden (z. B. aus einem Retentionsrechte), *R. O.* 25. Jan. 1884, *JW.* 86. Gegen die spätere Klage auf Leistung können dagegen sowohl die später entstandenen, als auch die die Leistungspflicht im Gegensatz zur beantragten und ausgesprochenen Feststellung betreffenden Einreden geltend gemacht werden. Vgl. Weismann a. a. D. 118. In welchem Umfang letzteres im späteren oder schon im Feststellungsprozesse zulässig ist, hängt von der Tragweite des Feststellungsantrags ab, welcher (auch abgesehen von einer Widerklage) das Rechtsverhältnis auch hinsichtlich der Qualität der Leistungspflicht hzw. hinsichtlich der Aufhebung derselben betreffen kann. — Dagegen ist durch § 231 nicht ausgeschlossen, daß mit präjudizeller Feststellung im Sinne des § 231 eine Beurtheilung zur Leistung, insbesondere für eine spätere Zeit und zu fortgesetzten Leistungen verbunden (vgl. § 232) oder auch eine solche Beurtheilung durch besondere Klage beantragt und ausgesprochen werde. Vgl. *RaffR.* 24, 469.

Inwiefern eine Klage auf künftige Leistung behufs der Vollstreckbarkeit zur gegebenen Zeit zulässig ist, bleibt nach dem materiellen Rechte zu beurtheilen und gehört zur civilrechtlichen Beurtheilung, ob ein Klagerecht begründet (*actio nata*) ist. Sie ist keine Feststellungs-Klage im Sinne des § 231, aber sie ist auch weder durch § 231, noch sonst durch die *CP.* ausgeschlossen, da sie als materiell-rechtlich keiner ausdrücklichen Prozessvorschrift zur Befestigung bedarf. Die *CP.* erkennt übrigens selbst die Zulässigkeit von Urtheilen an, deren Vollstreckung von dem Eintritte einer Thatfache (§§ 664, 671, 775, 777) oder eines Kalendertages (§ 672) abhängt; und welchen eine Rechtsverletzung des Beklagten nicht vorangegangen zu sein braucht (§ 89). Die Klage auf eine künftige vollstreckbare Leistung ist daher unter Berücksichtigung des § 89 hinsichtlich der Kosten gestattet, soweit nicht civilrechtlich die Geltendmachung des Anspruchs von dessen Fälligkeit abhängig gemacht ist, vgl. *Ann.* 2 zu § 89; § 7 *Saftpflichtgef.* 7. Juni 1871 (*ROBl.* 207), *Seuffert Ann.* 10, *Caupp Ann.* V 5; a. M. *Wach Festst.-Anspr.* S. 45 f., vgl. dagegen *Bierhaus a. a. D.*, *M. Levy, RaffR.* 35, 164, *Förster, Busch* 8, 128 ff.; *Kocholl a. a. D.* 353 ff., *Planck* 2, § 86, S. 9. Das praktische Bedürfniß (vgl. auch Weismann 98, 104) weist unbedingt auf die Unentbehrlichkeit solcher Klagen hin, besonders für Alimente, Schadensforderungen (vgl. *RR.* I 6 § 54), Räumungs-Klagen (*OB. Berlin* I, *Bl.f.R.* 4, 78) und kündbare Forderungen. (Wegen der Klage auf Beurtheilung zum Schadenserfatz vorbehaltslich der Liquidation der Schadens-Höhe vgl. jedoch *Ann.* 6 § 230.) Die preussische Räumungs-Klage (*ROD.* I 28 §§ 4, 16, vgl. *RR.* I 11 § 765) ist daher ungeachtet der Modifikation der Prozessformen materiell noch ferner zulässig; *Gecllus* I, § 50 *Ann.* 25 und *RaffR.* 24,

739; ferner das. 26, 346; OLG. Jena, Ballm. 2, 719. Die Polemit von Degenloß a. a. D. 71 ff. gegen die Kündigungsklage überfieht in praktischer Hinsicht das berechnete Interesse des Gläubigers, zur Zeit der Fälligkeit der Forderung einen vollstreckbaren Titel zu haben. Ist zur Zeit des Urtheils die Kündigungsklage schon abgelaufen, und nicht geleistet, so würde gemäß dem in Anm. 3 § 251 hervorgehobenen Grundsatz hinsichtlich der Kosten nicht § 89, sondern § 87 anwendbar sein, Cectus I § 51 Anm. 11; Raff. 26, 375. Nach der Fassung eines vorliegenden Urtheils in Verbindung mit den erläuternden Gründen wird zu beurtheilen sein, inwieweit es zur Leistung verurtheilt und unmittelbar daraus eine Zwangsvollstreckung zulässig ist. — Das unterscheidende Merkmal der Leistungs- und Feststellungsklagen ist jedoch nicht darin zu finden, daß aus dem zu Gunsten des Klägers erlassenen Urtheile eine Zwangsvollstreckung zulässig ist; denn diese hängt auch davon ab, daß durch das Urtheil die Leistungspflicht in quali u. quanto vollständig festgestellt ist, was auch bei Leistungsklagen nicht immer der Fall sein muß, (vgl. die vorst. Entsch. des R. O.; Degenloß a. a. D. 143; Kocholl a. a. D. 355); vielmehr wird der Unterschied von Kocholl a. a. D. 366 zutreffend dahin bestimmt, daß die Feststellungsklage nur das Rechtsverhältniß selbst, die Leistungsklage dagegen die aus demselben sich ergebenden Folgen (m. a. W. den Anspruch aus dem Rechtsverhältnisse) zum Gegenstande hat; vgl. Cectus I, 235: Ausdruck über die „Wirklichkeit“ eines Rechtsverhältnisses im Gegensatz zur „Verwirklichung“ (a. M. Wach, Festst.-Anspr. S. 34 ff., vgl. dagegen R. Levy a. a. D. 168 u. Dettler Konkursr. Gr. I, 576 ff.) Die Folgen aus dem Rechtsverhältnisse betreffen stets Verpflichtungen des in Anspruch genommenen Gegners, mögen sie in einem Geben, Handeln, Dulden oder Unterlassen bestehen. Die auf Unterfangung von Störungen gerichtete negatorische Klage ist daher mit Recht vom R. O. 26. Nov. 1892, J. B. 1893 S. 37 für eine Leistungsklage erkannt. Die Klage auf Anerkennung der Tilgung einer Schuld durch Kompensation ist negative Feststellungsklage; R. O. 13. Mai 1893, J. B. 306. Neben den Feststellungs- und Leistungsklagen noch eine dritte Kategorie der sog. Konfliktklagen zu konstruieren, wie dies von Kocholl a. a. D. geschieht, ist nicht gerechtfertigt. Kocholl bezeichnet diese dritte Gruppe von Klagen als solche, welche die Kollision zweier nebeneinander bestehenden Rechtsverhältnisse zu lösen bestimmt sind. (S. 233.) Er rechnet dazu: die Konkursfeststellungsklage gegen bestreitende Gläubiger aus § 134 KO. (nicht gegen den Verwalter), die Widerspruchsklage im Vertheilungsverfahren aus § 764, die paulianischen Anfechtungsklagen, sämtliche Interventionsklagen einschließlic der aus § 72, die im Aufgebotsverfahren entfallenden Klagen aus § 830. Diese Fälle haben allerdings die Konkurrenz verschiedener Rechte auf ein bestimmtes Objekt im Auge; allein gerade durch diese Konkurrenz entstehen besondere Rechtsverhältnisse (ex lege) unter den verschiedenen Beteiligten einer Zwangsvollstreckung, eines Konkurses u. s. w., deren materielle Folgen Gegenstand der betreffenden Klagen sind. Diese sind daher sämmtlich als Leistungsklagen — nach der eignen Definition von Kocholl — anzusehen. Sie sind Klagen auf Leistung oder Gewährung, welche die Gestattung einschließt und nicht immer auf ein positives Thun des Gegners gerichtet zu sein braucht. Ob die Verletzung der geltend gemachten Rechte (absoluter, wie Eigenthums-, Muster-, Marken- und Firmenrechte, oder anderer Rechte) sich von einem konkurrierenden Rechte herschreibt oder nicht, ist für den Charakter der Klage unerheblich. Daß die Konkurrenz verschiedener Rechts-Prätendenten auch zu einer Feststellungsklage Veranlassung geben kann (soweit nicht eine gesetzliche Bestimmung entgegensteht, wie § 9 Anf.-Ges.) soll nicht geleugnet werden; aber, wenn das Ziel der Klage, wie in den regelmäßigen Fällen, die unmittelbare Erlangung des Objekts für den Kläger und die Ausschließung des Beklagten von demselben ist und dem praktischen Zwecke entsprechend sein muß (Freigabe der gepfändeten Sachen, Auszahlung der hinterlegten Masse an den Kläger, Herausgabe des Gegenstandes der angefochtenen Rechtshandlung u. dergl.), so handelt es sich augenscheinlich nicht um eine reine Rechtsfeststellung, sondern um die Erlangung eines vollstreckbaren Titels zur Befriedigung des Klägers, wofür eben § 231 nicht anwendbar ist, R. O. 7, 418; 27. April 1892, J. B. 370. Dies gilt auch von den Fällen der §§ 61 u. 72. Die Konkursfeststellungsklage aus § 134 verfolgt das Gläubigerrecht des Klägers auf Theilnahme an der Konkursmasse gegenüber dem

Widersprüche, sie ist Leistungs-, nicht Feststellungsklage aus § 231, vgl. Weismann a. a. D. 142 ff., R. 24, 405. Ebenso die Klagen auf Anfechtung von Generalversammlungsbeschlüssen aus Art. 190 a, 222 HGB., vgl. Weismann a. a. D. 134 ff.; ferner Gosad in Golbschmidt Schr. f. H. R. 33, 455 f.; Eectus I § 48 Anm. 34; sowie theilweis abw. Sprenger, Bödtker Mag. 7, 76 ff. Die Klage auf Feststellung einer vom Gemeinschuldner bestrittenen Konkursforderung gegen diesen ist dagegen Feststellungsklage, bei welcher sich das Feststellungsinteresse aus § 152 R.D. ergibt; R. 24, 407.

Das Urkundenfeststellungsurtheil hat seiner materiellen Natur nach die Bedeutung eines Zwischenurtheils über die Echtheit der Urkunde für einen etwaigen späteren Prozeß (§ 273, Vorb. 2 vor § 119), da das Urtheil nicht über einen Anspruch entscheidet; § 293 Abs. 1. Prozeßuallich ist dasselbe freilich ein Endurtheil und mit den Rechtsmitteln anfechtbar, unterliegt daher auch der formellen Rechtskraft.

Eine prozeßualische Abart der Feststellungsklage ist die Inzident-Feststellungsklage und Widerklage aus § 253. Für diese bedarf es beim Vorhandensein der Voraussetzungen des § 253 nicht der Nachweisung eines besonderen rechtlichen Interesses. Ob abgesehen von dem Falle des § 253 eine Feststellungsklage als Widerklage erhoben werden kann, erscheint mit Rücksicht auf die Ausdrucksweise des § 33, welche einen mit der Widerklage zu verfolgenden Gegenanspruch erfordert, bedenklich; doch wird man auf diesen Ausdruck nicht ein solches Gewicht legen können, da die irrige Auffassung der Feststellungsklage als Ausfluß eines Feststellungsanspruchs weit verbreitet war und auch von den Motiven getheilt wird, vgl. Anm. 1, ferner § 254, wo im offensbaren Zusammenhang mit der Inzidentfeststellungs-Widerklage des § 253 von Rechtshängigkeit eines „Anspruchs“ die Rede ist.

Zu unterscheiden von den Feststellungsklagen sind, wie schon oben Anm. 1 bemerkt ist, die auf Rechtsänderung Seitens der richterlichen Gewalt gerichteten (auf Theilung, Regulirung ungewisser Grenzen, Ehetrennung, Ungültigkeits- und Richtigkeitsklärung einer Ehe, vgl. § 588, Anfechtungsklage gegen einen Entmündigungsbeschluß, oder auf Wiederaufhebung der Entmündigung, Anfechtung eines Schiedspruches oder Ausschlußurtheils mittelst Klage); doch wird die Natur einer Feststellungsklage nicht dadurch alterirt, daß der Klageantrag (sichtbar) eine solche richterliche Thätigkeit herausfordert, z. B. Aufhebung oder Ungültigkeitserklärung eines Vertrages, eines Testaments, einer Erbscheinsetzung, Aufhebung eines Dienstverhältnisses (Art. 62—64 HGB.), Auflösung einer Gesellschaft (Art. 125 HGB.), denn in allen solchen Fällen handelt es sich nicht um eine konstitutive, sondern um eine lebendig erkennende Thätigkeit des Gerichts.

Ueber die Umwandlung der Feststellungsklage in eine Leistungsklage und umgekehrt vgl. Anm. 1 § 240.

### § 232.

Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden,<sup>1)</sup> wenn für sämmtliche Ansprüche das Prozeßgericht zuständig<sup>2)</sup> und dieselbe Prozeßart<sup>3)</sup> zulässig ist.<sup>4)</sup>

Die Besitzklage und die Klage, durch welche das Recht selbst geltend gemacht wird, können nicht in einer Klage verbunden werden.<sup>5)</sup>

H. 224. N. 198. P. 78. 537.

1) Im § 232 ist die objektive Klagenhäufung (vgl. Anm. 4) zwischen denselben Parteien geordnet, welche auch mit der subjektiven, §§ 56 ff., verbunden werden kann. Vorbehalten bleibt dabei das richterliche Trennungsrecht, §§ 136, 273. Ueber den Begriff des Anspruchs vgl. Anm. 1 § 136. Die Gründe des Anspruchs sind die im § 230 Nr. 2 gemeinten Klagegründe. Vgl. Anm. 5 § 230. Für die Widerklage ist § 232 nur mit der aus § 33 sich ergebenden Beschränkung anwendbar, vgl. auch Anm. 3. Die Wir-

fung der Verbindung ist, daß eine Klage in demselben Prozesse verhandelt wird. Nur von der Befugniß der Partei zur Verbindung mehrerer Ansprüche in einer Klage handelt der § 232; eine Verpflichtung hierzu besteht als allgemeine Rechtsregel nicht und richtet sich im einzelnen nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts; R. 18. Nov. 1891, JW. 1892 S. 11.

2) Für jeden Anspruch muß nach seinem Inhalte das Prozeßgericht zuständig sein, und sofern die Zuständigkeit vom Werthe abhängt, auch für die Gesamtheit der Ansprüche. Die Verbindung vor dem Landgericht wird dadurch nicht gehindert, daß nach dem Werthe einzelne der Ansprüche vor das Amtsgericht gehören würden; R. 198 Abs. 2. Wenn jedoch der Klage vor dem Landgerichte ein Streitgegenstand einverleibt wird, welcher an sich ohne Rücksicht auf den Werth vor das Amtsgericht gehört (OB. § 23), z. B. der Klage wegen 600 R. Mietzins der Antrag auf Mietzinsrückzahlung, so würde insoweit das Prozeßgericht nicht „für sämtliche Ansprüche zuständig“ sein und der Beklagte den Einwand sachlicher Unzuständigkeit erheben können, vgl. § 249. Eine zulässige prorogatio fori kann den Einwand beseitigen, §§ 38—40, 10, Rot. 185, 186. — Dasselbe findet bei Klagen vor dem Amtsgerichte Anwendung, wenn der Gesamtwert, soweit er für die Zuständigkeit maßgebend ist, die Summe von 300 R. übersteigt oder mit der Klage Ansprüche verbunden werden, welche nach OB. § 70, GP. § 568 u. f. w. zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehören. Verbindungen von Handelsachen im Sinne des OB. § 101 mit anderen sind vor Civilkammern bzw. Kammern f. G. nur nach Maßgabe der §§ 103—105 OB. zulässig. — Auch der sachliche Zuständigkeit ist auch die örtliche, §§ 12 ff., für sämtliche Ansprüche, abgesehen von einer zulässigen Prorogation, erforderlich.

Folge einer wider die Zuständigkeitsvorschriften verstoßenden Verbindung, für welche eine Prorogation nicht zulässig ist oder nicht erfolgt, ist die Abweisung desjenigen Anspruchs, für welches die örtliche oder sachliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichts nicht begründet ist, R. O. (Plen.) 27, 391. Wenn jedoch für jeden einzelnen der Ansprüche das Gericht (Amtsgericht) sachlich zuständig sein würde, für die verbundenen Ansprüche aber nicht (weil der Werth derselben einzeln genommen die Zuständigkeitsgrenze nicht übersteigt, wohl aber zusammen), die sachliche Unzuständigkeit also lediglich aus der Verbindung der Ansprüche folgt, so müssen die verbundenen Klagen wegen Unzuständigkeit abgewiesen werden (wobei jedoch § 466 zu beachten ist), sofern der Kläger nicht durch Zurücknahme eines der erhobenen Ansprüche die sachliche Zuständigkeit herstellt; denn die Abweisung eines jeden einzelnen solcher verbundenen Ansprüche wegen Unzuständigkeit würde — eben wegen der vorausgesetzten Zuständigkeit für jeden einzelnen — unrichtig sein. Durch eine Trennung auf Grund des § 136 kann die Zuständigkeit nicht hergestellt werden, weil die Anordnung aus § 136 ein zuständiges Gericht voraussetzt. Das gleiche Resultat einer Abweisung der verbundenen Klagen wegen Unzuständigkeit muß eintreten, wenn dieselben ein untrennbares Ganze bilden, z. B. wenn mit einer vermögensrechtlichen Feststellungsklage, deren Streitwerth 300 R. übersteigt, als Konsequenz aus dem festzustellenden Rechtsverhältniß ein Leistungsanspruch, dessen Streitwerth 300 R. nicht übersteigt, vor dem Amtsgerichte verbunden wird (vgl. den Rechtsfall JW. 1888 S. 286 Ziff. 3). Soweit die Unzuständigkeit von Amtswegen oder in Folge einer Einrede zu berücksichtigen ist, kommt sie zunächst allein in Betracht und nicht die sonstige prozeßualische oder civilrechtliche Zulässigkeit der Anträge. Vgl. JW. 1882 S. 138; R. O. 5, 392; R. Levy, Buch 20, 112.

3) Als Prozeßarten sind neben dem ordentlichen Verfahren das Mahnverfahren, der Urkundenprozeß bzw. Wechselprozeß, Ehe- und Entmündigungssachen und das Aufgebotsverfahren zu unterscheiden. (Buch 5, 6, 7, 9.) Von diesen interessiert das Aufgebotsverfahren hier nicht, weil es keine Klage betrifft. Wegen Ehe- und Entmündigungssachen vgl. Anm. 4 am Schluß. Das Mahnverfahren beginnt zwar nicht mit einer Klage, bereitet aber eine solche vor; eine Verbindung mehrerer für dasselbe geeigneter Ansprüche in einem Zahlungsbefehle ist deshalb arg. § 232 zulässig; vgl. Anm. 5 § 628, Anm. 2 § 634; P. 318, 319; Rot. 384. Auch Anträge auf Arreste oder einstweilige Verfügungen sind nicht Klagen, doch ist namentlich für Arreste die entsprechende Anwen-

dung des § 232 unbedenklich. — Ist eine unzulässige Verbindung von Klagen verschiedener Prozeßarten erfolgt, so ist die unzulässige „eine“ Klage als unstatthaft ebenso abzuweisen, wie eine Klage, welche den Vorschriften des § 230 Nr. 2 nicht entspricht. Das Gericht kann nicht aus einer unzulässigen Klage durch Trennung mehrere zulässige machen, sondern nach § 136 nur die mehreren Ansprüche einer zulässigen Klage trennen; Caupp Anm. IV. RR. Petersen Anm. 3; Siebenhaar 256; DLZ. Köln, Buzß 7, 101. Ergiebt sich freilich aus der Klage, daß in der besonderen Prozeßart (Urkundenprozeß, Eheprozeß u. s. w.) geklagt werden soll, und sind mit dem in der besonderen Prozeßart zulässigen Klageansprüche solche Ansprüche verbunden, welche zum ordentlichen Verfahren gehören, so ist die Abweisung (in der gewählten Prozeßart) nur auf letztere zu beschränken. (Vgl. Anm. 5 V § 555, Anm. 2 § 575, R. O. 5, 165.) Die Vorschrift des § 232, welche die Verbindung der Prozeßarten verbietend das Wesentliche des Verfahrens betrifft, ist auch nicht als eine der Parteiverfügung im Sinne des § 267 unterliegende anzusehen, und ist von Amtswegen zu berücksichtigen, R. O. 5, 167; Caupp a. a. O.

4) Eine objektive Klagenhäufung kann entstehen:

- a) durch Verbindung verschiedener Klagegründe für dasselbe Klagebegehren,
- b) durch Verbindung verschiedener Klagebegehren auf Grund desselben Klagegrundes,
- c) durch Verbindung verschiedener Klagebegehren auf Grund verschiedener Klagegründe.

Alle diese Fälle werden von § 232 betroffen, auch der zu a, weil bei Geltendmachung verschiedener Klagegründe trotz des identischen Klagebegehrens verschiedene Ansprüche mit einander verbunden sind. Die abw. Ansicht des R. O. (Bl.) 27, 390 f., welches nur die Fälle zu c und namentlich nicht die Klagenhäufung zu a unter § 232 subsumirt, aber ihre Zulässigkeit im § 137 ebenso „vorausgesetzt“ findet, wie im § 232 die Zulässigkeit mehrerer Klagebegehren aus demselben Klagegrunde (zu b), und die Fälle hinsichtlich der Zuständigkeit einander gleich behandelt, ist ohne praktische Bedeutung, vgl. Anm. 2. — Die Verbindung sowohl der Klagefundamente als der Klagebegehren ist an sich nicht bloß in der Weise möglich, daß sie selbständig nebeneinander bestehen, sondern auch so, daß das Eine nur in zweiter Reihe, also nur für den Fall zur Geltung kommen soll, daß nicht schon das Andere in erster Reihe („primär“, „prinzipal“) durchgreift oder zugesprochen wird (eventuelle Klagenhäufung). Ob mehrere Ansprüche gleichzeitig mit Erfolg für den einen oder den andern oder für beide erhoben werden können, entscheidet das Zivilrecht (z. B. bezüglich der Verbindung der actio redhibitoria und quanti minoris, oder der rei vindicatio und der utilis actio gegen den sictus possessor; DLZ. Braunschweig, SA. 41, 447). Der § 232 behandelt nur die prozessualische Zulässigkeit der Verbindung. Die Verbindung mehrerer Klagegründe, sei es selbständig nebeneinander, sei es in der vorher erwähnten Reihenfolge, hat ihre Grenze darin, daß dieselben nicht aus verschiedenen, sich direkt widersprechenden Thatbeständen hergeleitet werden dürfen. Wird auf verschiedene einander im Wesentlichen widersprechende Thatfachen ein Anspruch gegründet, so fehlt der zur Klage erforderliche Klagegrund und die für die Klage nötige Bestimmtheit der Klagebehauptungen, vgl. Anm. 6 zu § 230; Weßell 587, 588, 825, 840 ff.; DLZ. Braunschweig, Buzß 7, 101 und SA. 42, 469. Ein solcher Widerspruch liegt jedoch weder dann vor, wenn mehrere Klagegründe, die zivilrechtlich neben einander bestehen (konkurrieren) können, aufgestellt werden (z. B. wenn der Zedent aus einer selbstschuldnerischen Bürgschaft für die gebirte Forderung, und gleichzeitig oder eventuell aus seiner gesetzlichen Gewährleistungspflicht in Anspruch genommen wird; wenn auf Aufhebung eines Vertrages wegen fehlender Handlungsfähigkeit eventuell wegen Betruges, wenn auf Entschädigung aus einem Delikt, eventuell aus der ungerechtfertigten Bereicherung, R. O. (Bl.) 27, 385, wenn auf Erstattung einer bezahlten Schuld des Beklagten ex mandato eventuell ex jure cesso des bezahlten Gläubigers geklagt wird u. s. w.; vgl. Eccius I § 52), noch auch dann, wenn ein im Wesentlichen identischer Thatbestand unter verschiedenen Gesichtspunkten geltend gemacht wird (z. B. die Verfügung des Beklagten über einen Theil der ihm zum Kauf auf Probe gesandten Waaren als Genehmigung der Waaren und folgerweise als Kaufabschluß, eventuell als widerrechtliche Aneignung oder als grundlose Bereicherung; eine Willenserklärung als

Betheiligung bei einem Kauf als Selbstkontrahent, eventuell als Uebernahme einer Bürgschaft für den Käufer, ein Zahlungsverprechen als Annahme einer Anweisung oder als Intercession u. dgl.). Die prozessualische Zulässigkeit der Verbindung mehrerer prinzipaler Klagebegehren ist lediglich an die Erfordernisse des § 232 gebunden; ein eventuelles Klagebegehren hat seine weitere Schranke daran, daß eine bloß bedingte Klageerhebung im Sinne der Anm. 6 § 230 nicht zulässig erscheint. In den Fällen zu b kann eine solche nicht als vorliegend erkannt werden, in den Fällen zu c nur dann, wenn die mehreren Klagegründe auf im Wesentlichen abweichenden Thatbeständen beruhen; denn der gleiche Thatbestand unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten aufgefaßt, kann auch sachlich verschiedene Klagebegehren rechtfertigen. Vgl. Anm. 1 und 2 § 230. Unzulässig ist es jedoch, in einem Prozesse mit dem Anspruche auf eine bestimmte Leistung (z. B. Abrechnung) einen von dem Ergebnisse dieser Leistung seiner Existenz nach abhängigen weiteren Anspruch (z. B. Zahlung eines aus der Abrechnung sich ergebenden Plus oder Minus) zu verbinden, und die Möglichkeit der Entscheidung über letzteren durch Erlass eines Theilurtheils über ersteren und Ausführung desselben herbeizuführen, *R. O.* 14, 200. Denn in einem solchen Falle ist die Klageerhebung für den zweiten Antrag an die Bedingung geknüpft, daß die Existenz des Anspruchs sich erst künftig aus der Erfüllung des prinzipalen Anspruchs ergeben werde, also in der That eine rein bedingte.

Ausnahme von § 232 Abs. 1 außer Abs. 2: Nach dem intern. Uebereinkommen betr. Eisenbahnfrachtverkehr v. 14. Okt. 1890, *ROBl.* 1892 Art. 52 ist die Verbindung des Rückgriffsverfahrens mit dem Entschädigungsverfahren unzulässig. Ueber die besonderen Vorschriften für Ehe- und Entmündigungssachen vgl. §§ 574, 575, 587, 608, 620, 624, 626.

5) Abs. 2. Vorausgesetzt ist eine Besitzklage „welcher eine davon unterscheidbare Klage auf das Recht selbst gegenübersteht“; *R. O.* 14. Juli 1894, *ZW.* 493. Durch den Gegensatz zu der Klage, durch welche „das Recht selbst geltend gemacht wird“, werden die zur Klagenhäufung unvereinbar erklärten Besitzklagen als solche deklarirt, durch welche der Besitz, d. h. das Recht aus dem Besitze geltend gemacht wird. Vgl. Anm. 5 § 25. Dazu gehört auch die gemeinrechtliche actio spolii (Schutz gegen Eigenmacht); *R. O.* 5, 164; 14, 363; 9. Okt. 1885, *ZW.* 359; 20. Juni 1893, *ZW.* 350; Bähr, *Shering Jahrb.* 26, 283 ff. Eine Verbindung derselben mit der Klage aus einem obligatorischen, keinen Besitzschutz genießenden Anspruche ist allerdings statthaft, *R. O.* 33, 380. Vgl. im Uebrigen betr. der gemeinrechtlichen Besitzklagen *Seuffert Anm.* 3. Unterlagt ist durch § 232 Abs. 2 nur die Geltendmachung in „einer“ Klage, nicht die gleichzeitige Erhebung in getrennten Klagen. Der Grund, weshalb die Verbindung possessorischer und petitiorischer Klagen untersagt ist, (Quelle ist code de proc. art. 25) besteht darin, daß die Klage aus dem Besitze durch die Entscheidung über das Recht selbst absorbirt wird, also nur vor dieser Entscheidung Kraft und Bedeutung hat und daß der Besitzschutz nicht durch die in der Regel zetraubendere und weniger dringliche Erörterung über die Rechtsfrage verzögert werden soll. Folge der unzulässigen Verbindung ist hier die Abweisung der ganzen Klage, *Caupp Anm.* IV; sofern Kläger nicht den einen der beiden Ansprüche fallen läßt, vgl. Anm. 2. Die angeführten Gründe scheinen auch dafür zu sprechen, die Erhebung der einen Klage als Widerklage gegen die andere nicht zu gestatten. (*Ecclus* I § 50 Anm. 29, vgl. code de proc. art. 27.) Die Vorschrift bleibt jedoch immer eine singuläre und verträgt keine analoge Anwendung, vgl. *D. S. O.* Cassel, *Buch* 7, 101. Die Frage der Zulässigkeit der petitiorischen Widerklage gegen die possessorisches Klage kann demnach lediglich aus § 33 und aus dem Civilrecht beantwortet werden, hzm. aus dem Gesichtspunkte, ob und wie weit die Bertheidigung gegen die Besitzklage nach dem betr. Civilrecht mittelst petitiorischer Rechtsbehelfe zulässig ist. Für das preussische Recht muß diese Frage verneint werden, vgl. *H. Förster Anm.* 3 § 33, *Ecclus* I § 50 Anm. 29; 3 § 162 Anm. 28 (abw. *Schollmeyer, Buch* 14, 353, 354), ebenso für das gemeine Recht *R. O.* 23, 396. Vgl. jedoch *Bl. f. R.* 4, 89; ferner: *G. Meyer, Buch* 8, 452 ff. Einen besonderen Besitzprozeß kennt die *Ch.* nicht. Ueber Geltendmachung des Besitzrechts durch einstweilige Verfügung *Anm.* § 814.

## § 233.

Die Klageschrift ist zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung bei dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins hat der Kläger für die Zustellung der Klageschrift Sorge zu tragen.<sup>1)</sup>

R. 225. N. 210. 213. P. 78. 537.

1) Vgl. §§ 124, 191 ff., 152 ff. und Vorb. 3 vor § 230. Abweichend bei amtsgerichtlichen Prozessen, §§ 457, 458. Eine gerichtsseitige Prüfung der Zulässigkeit der Klage findet bei der Terminbestimmung nicht statt; Vorb. 3 vor § 191 und Anm. 2, 4 § 193. Gegen die Ablehnung der Terminbestimmung ist nach § 530 Beschwerde zulässig. Die Terminbestimmung darf nicht aus dem Grunde der Nichtzahlung des Gerichtskostenvorschusses, außer bei Klagen von Ausländern, ORG. § 85 Abs. 5, verweigert werden, DZ. Jena, SA. 45, 323. Ganz unzulässig ist es vollends, die zur Terminbestimmung eingereichte Klage wegen Unzuständigkeit an ein anderes Gericht abzugeben; Zeller, Bl.f.R. 56, 385. Die in § 190a, 222 GGB., § 49 Abs. 3 Gen.Ges. 1. Rat 1889 den persönlich haftenden Gesellschaftern bzw. dem Vorstande zur Pflicht gemachte öffentliche Belanntmachung der Klageerhebung und des Termins zur m.B. enthält keine Prozeßvorschrift. Die Nichtbefolgung derselben kann deshalb auch nicht Vertagung des Termins herbeiführen, wie Seuffert Anm. 2 annimmt, was auch schon daraus hervorgeht, daß die Verpflichteten die Parteirolle des Beklagten haben können, § 190a Abs. 2 GGB., § 49 Abs. 2 Gen.Ges., in welchem Falle es in ihrer Willkür stünde, den Fortgang des Prozesses zu hindern.

## § 234.

Zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung muß ein Zeitraum von mindestens einem Monate liegen (Einlassungsfrist). In Meß- und Marktsachen beträgt die Einlassungsfrist mindestens vierundzwanzig Stunden.<sup>1)</sup>

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat der Vorsitzende bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.<sup>2)</sup>

R. 238. N. 404. P. 78. 537—540.

1) Ueber Einlassungsfristen s. Vorb. 4 vor § 191 und Anm. 1 § 204. Da die Frist „zwischen“ dem Anfangs- und Endzeitpunkt liegen muß, so ist ein voller Monat innerhalb dieser Momente erforderlich; ist der Termin zum 2. Febr. angesetzt, so muß die Zustellung am 1. Jan. erfolgt sein; § 200. Vgl. für Wechselsachen § 567 (24 Stunden bzw. 3 Tage und eine Woche), für Prozesse vor Kammern für Handelsachen (OB. § 102 (zwei Wochen), für amtsgerichtliche Prozesse § 459 (3 Tage bzw. eine Woche und 24 Stunden). Das Minimum des § 234 ist nicht absolut, sondern nur die gesetzliche Regel, welche eintritt, wenn nicht eine Abkürzung gemäß § 204 bestimmt ist (Mot. 164, 186), und wenn nicht der Ausnahmefall einer nothwendigen Zustellung im Auslande, Abs. 2, vorliegt, in welchem Falle nicht die gesetzliche Minimalfrist, sondern richterliche Bestimmung entscheidet. Für öffentliche Zustellung ist der Ablauf von einem Monate gemäß § 189 der Einlassungsfrist des Abs. 1 hinzuzusetzen. Ueber den Begriff von Meß- und Marktsachen s. § 30. Vorausgesetzt ist für die Frist von 24 Stunden hier (sowie für die entsprechende Anordnung in den folgenden Instanzen §§ 481, 517) nach der ratio legis, daß die Klage als Meß- oder Marktsache, d. h. im Gerichtsstande des Meß- oder Marktores erhoben ist; Seuffert Anm. 2 u. Caupp Anm. I, der jedoch diese Frist mit Unrecht in den höheren Instanzen überhaupt nicht anwenden will, vgl. § 481. Die Nichtinhaltung der Einlassungsfrist hindert die Erlassung des Versäumnisurtheils gegen den Beklagten §§ 300 Abs. 2, 302. Beantragt der erschienene Beklagte die Vertagung der Verhandlung (§ 300), so muß diese bewilligt werden; er kann sich andernfalls entfernen, ohne

daß ein Veräumniskurtzheil erlassen werden darf. Vgl. „muß“ in Satz 1 und das „Recht, die Vertagung zu beantragen“ § 300. Gegen den Kläger, welcher auf seine eigene Ladung nicht erscheint oder nicht verhandelt, kann indeß auch bei Verletzung der Einlassungsfrist ein Veräumniskurtzheil erlassen werden. Nach der ratio legis ist die Frist, wie schon die Bezeichnung ergibt, wesentlich zur Einlassung für den geladenen Gegner und nicht für die sich selbst ladende Partei, für welche die Zustellung an den Gegner keinen rationell erheblichen Zeitabschnitt begründet, bestimmt. Der Wortlaut des § 234, welcher zwischen den beiden Parteien keinen Unterschied macht, kann umsoweniger entschulden, als im § 300 Nr. 2 der Geladene hervorgehoben und unterschieden wird; Caupp Anm. III. AR. Endemann 2, 20. Für Klagenachträge, soweit dadurch die Klage nicht in wesentlichen Bestandtheilen verwohlfündigt wird, und für Mittheilungen neuer Thatfachen und Beweismittel in allen Instanzen ist nicht die Einlassungsfrist des § 234, sondern die Frist des § 123 bzw. § 245 gegeben; vgl. Anm. 1 § 123; Anm. 2 § 230; M. 15, 392; 31, 388. Für Klagen aus § 190a, 222 O. B., §§ 49, 104, 105 Gen. Ges. 1. Mai 1889, darf die m. B. nicht vor Ablauf der Frist, in welcher die Klagen zu erheben sind, d. h. eines Monats seit dem Tage, an welchem der anzufechtende Generalversammlungsbeschuß gefaßt ist, erfolgen (mit Rücksicht auf die vorgeschriebene Verbindung mehrerer Anfechtungsprozesse); eine Vorschrift, die wegen der Zuständigkeit der Kammern f. Handelsf., § 101 Nr. 3a O. B., und der für diese geltenden zweiwöchentlichen Einlassungsfrist, vgl. oben, sowie bei einer etwaigen sonstigen Abkürzung der Einlassungsfrist von praktischer Bedeutung ist.

2) Die Einlassungsfrist ist im Falle des Abs. 2 eine richterliche Frist; Vorb. 4 vor § 191. Ueber die Mittheilung der Bestimmung vgl. Anm. 3 § 204. Vorausgesetzt ist hier, wie für § 189 Abs. 1, daß die Frist mindestens einen Monat beträgt, wenn nicht eine Abkürzung gemäß § 204 beantragt ist, und daß sonst dem Vorsitzenden nur eine Verlängerung dieser Frist gestattet sein soll; Rot. 186. Indes ist die Bestimmung des Vorsitzenden hier, wie für § 304 Abs. 2 an diese Voraussetzung durch den Gesetzesausdruck nicht geknüpft. Vgl. das Korrektiv im § 302.

### § 235.

Durch die Erhebung der Klage wird die Rechtshängigkeit der Streitfache begründet.<sup>1)</sup>

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen:

1. wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitfache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben;<sup>2)</sup>
2. die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt;<sup>3)</sup>
3. der Kläger ist nicht berechtigt, ohne Einwilligung des Beklagten die Klage zu ändern.<sup>4)</sup>

R. 297. N. 199. P. 79. 540—543.

1) Die §§ 235—242 bestimmen über die Rechtshängigkeit der Streitfache. Dieselbe tritt mit der Erhebung der Klage, §§ 230 Abs. 1 (Zustellung), in Parteiprozessen auch gemäß § 461, 471 (im Rahmverfahren durch Zustellung des Zahlungsbefehls, § 633), ein. Alle im Laufe eines Rechtsstreits erhobenen Ansprüche (Klageerweiterungen, Klageänderungen, Widerklagen) werden erst mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung derselben in der m. B. rechtshängig, § 254; und es treten dann für diese Ansprüche die Wirkungen der §§ 235—243 ein. (AR. Lippmann, cit. A. 65, 357 ff., 370 ff., welcher auf die Widerklage den Begriff der Rechtshängigkeit nicht anwenden will, was dem § 254 direkt widerspricht, vgl. Anm. 2 § 251.) Die Konkursanmeldung ist noch keine Klageerhebung, §§ 13, 134 Abs. 2 R. O. — Die Erhebung der Klage ist der Beginn des Prozeßrechtsverhältnisses der Parteien. Vorbehaltlich des beschränkten Rechts zur Klagezurücknahme sind da



mit prozessualisch sowohl der Kläger, welcher Grund und Wesen seines Verlangens fixirt hat, als auch der Beklagte, welchem dies mitgetheilt ist, durch Recht und Pflicht, die Entscheidung über die dann gestaltete Klage zu verlangen und zu erdulden, gebunden. Vgl. Lippmann, civR. 71, 292 ff., 315 ff. Zugleich sind mit diesem Zeitpunkt die materiell-rechtlichen Wirkungen des Prozeßbeginns verbunden, hauptsächlich gegen den Beklagten als Folge der Geltendmachung des Anspruchs gerichtet, indes auch den Kläger als Folge der Fixirung seines Willens, Konsumirung des Wahlrechts zc. bindend, § 239. Man kann die Klageerhebung im Wesentlichen als den Moment der Prozeßbegründung bezeichnen; Wälow, civR. 62, 22 ff. Dies gilt indes nicht absolut, da auch in mehrfacher Hinsicht die Einlassung des Beklagten noch erhebliche Folgen hat; §§ 241, 243, 247, 39, 267. Vgl. Anm. 1 § 247. Aus den Wirkungen der Einlassung des Beklagten den Schluß zu ziehen, daß mit derselben der „eigentliche“ Prozeß erst beginne (wie Wirmeyer, civR. 66, 22—111 auszuführen sucht), erscheint jedoch Angesichts der klaren Vorschrift des § 235 unzulässig, wenn man nicht unter Prozeß etwas anderes verstehen will als die EP. (vgl. § 236 Abs. 2), oder prozessualische Wirkungen (§ 235) vor dem Beginne des Prozesses für möglich hält.

Die Rechtshängigkeit der Streitsache ist ein Begriff, welcher sich mit dem der Anhängigkeit des Rechtsstreits (§§ 162, 194, 217 ff., 235 Nr. 1) nicht völlig deckt. Er bezeichnet die prozessualische Gebundenheit des im Rechtsstreite befangenen Gegenstandes des Klage- oder Widerklage-Anspruchs (vgl. Anm. 4 § 230), soweit er durch Klage- oder Widerklageantrag geltend gemacht ist. Dieser Zustand dauert bis zur Rechtskraft der Endentscheidung über diesen Gegenstand, oder bis zum Abschlusse eines Prozeßvergleichs; vgl. Anm. 1 § 146, oder bis zu einer (zulässigen) Zurücknahme der Klage § 243. Die Anhängigkeit bezeichnet das rein äußerliche Bestehen des Rechtsstreits von seinem Beginn bis zu seiner Beendigung; dieselbe umfaßt u. A. auch die Entscheidung über die Kosten im Falle einer Zurücknahme der Klage, § 243 Abs. 3, und das Verfahren betr. die Zustellung des schon durch Verkündung in letzter Instanz rechtskräftig gewordenen Urtheils, vgl. Anm. 1 § 162. Die Anhängigkeit des Rechtsstreits beginnt stets mit der Klageerhebung (oder der Zustellung des Zahlungsbefehls im Mahnverfahren), die Rechtshängigkeit unter Umständen erst in der 1. Instanz, § 254; die Beendigung der Rechtshängigkeit der Streitsache kann vor Beendigung der Anhängigkeit des Rechtsstreits erfolgen, aber nicht nach derselben. Nach Zurücknahme der Klage ist der Einwand der Rechtshängigkeit nicht mehr zulässig (vgl. Eisenlohr, bad. Ann. 57, 254 ff.), obwohl der Rechtsstreit bezüglich der Kosten noch anhängig ist, ebenso nach Verkündung der letztinstanzlichen Entscheidung, obwohl das Urtheil noch nicht zugestellt, das Verfahren der Instanz also noch nicht vollständig beendigt ist. Bei Verweisungen aus §§ 249, 466, 467 bleibt die durch Erhebung der Klage begründete Rechtshängigkeit auch hinsichtlich des Zeitpunkts ihres Eintritts unverändert, die Anhängigkeit bei dem Gericht, an welches verwiesen ist, tritt aber erst mit der Rechtskraft des Verweisungsurtheils ein. Verzicht, § 277, und Anerkenntniß, § 278, erlebigen zwar materiell den Gegenstand des Prozesses, aber nicht prozessualisch, weil beide noch zu einem Urtheil über die Hauptsache Veranlassung geben können. Sie beendigen daher weder die Rechtshängigkeit der Streitsache noch die Anhängigkeit des Rechtsstreits. Verzicht auf ein Rechtsmittel, Zurücknahme desselben oder des Einspruchs §§ 475, 476, 511, 529 beendigen die Rechtshängigkeit der Streitsache, weil dadurch das anzufechtende Urtheil rechtskräftig wird, nicht aber die Anhängigkeit des Rechtsstreits, vgl. § 476 Abs. 3 u. Anm. 3 § 475. Der Begriff der „Rechtshängigkeit“ bezieht sich endlich nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten vor den ordentlichen Gerichten; nicht auf Streitigkeiten vor besondern oder Verwaltungsgerichten, auch nicht auf das schiedsrichterliche Verfahren (Hayum, der Schiedsvertrag S. 64 ff.; Rolke, Inaugural-Differt., Busch 17, 256). Ueber Verschiedenheit der Begriffe von Anhängigkeit des Rechtsstreits und Rechtshängigkeit der Streitsache vgl. auch Fitting § 53 IV. Besondere Fälle des Erlöschens der Rechtshängigkeit enthalten § 292 (Veräumung der Frist zum Antrag auf nachträgliche Entscheidung über einen übergangenen Anspruch), sowie §§ 637, 640. Dagegen dauert die Rechts-

hängigkeit auch bei einer Unterbrechung des Verfahrens sowohl nach §§ 217 ff. als auch bei einer landesgesetzlich zulässigen (Kompetenzkonflikt, preuß. Gef. 1. Aug. 1879 § 6, soweit letztere nicht gesetzlich eine Beendigung des Gerichtsverfahrens bewirkt, vgl. Anm. 2 zu C. P. § 15) fort, ebenso bei jeder Aussetzung des Verfahrens.

Die Rechtshängigkeit setzt nach Abs. 1 eine Erhebung d. h. eine formell ordnungsmäßige Erhebung der Klage voraus (aR. Seuffert Anm. 4, Caupp Anm. I); vgl. über die Folgen einer Ergänzung der Mängel auf den Eintritt der Rechtshängigkeit Anm. 2 § 230. Dagegen wird der Eintritt der Rechtshängigkeit dadurch nicht gehindert, daß der Klage eine prozeßhindernde Einrede, § 247, entgegengesetzt werden kann; vielmehr erlischt in diesem Falle die Rechtshängigkeit erst mit der rechtskräftigen Abweisung der Klage auf Grund solcher Einrede, oder mit der Zurücknahme derselben, vgl. Anm. 2. Durch Streitverkündung, selbst wenn mit derselben (unzulässiger Weise) eine Sedung verbunden wurde, wird keinerlei Rechtshängigkeit begründet; vgl. Anm. 1 § 239. Ueber Zulässigkeit der Aenderung der Prozeßart während der Rechtshängigkeit vgl. §§ 559, 637; Aenderung des Prozeßgerichts §§ 249, 466, 467, 637, C. P. §§ 102 ff.

2) Nr. 1. Die Einrede der Rechtshängigkeit, welche als prozeßhindernde gemäß §§ 247—250 geltend gemacht werden muß, ist in demselben Umfange zulässig, in welchem die *exc. rei judicatae*, § 293, statthaft wäre, wenn über den Anspruch bereits rechtskräftig entschieden wäre; R. O. 8, 167; 12, 211; Strieth. 9, 181; 32, 179; 71, 126. Gemeinrechtl.: Buchla, Einfluß d. Prog. auf s. mater. Rechtsverh. 2, 135; Aierulf, Entsch. 66, 71. Vgl. Gruchot 12, 798; Kroll, Klage und Einrede 201 ff.; Stppmann, civ. 71, 291 ff.; Habicht, Buch Arch. f. C. P. 46, 348 ff.; Gerbaulet, Raff. 30, 797 ff. Die Einrede beruht darauf, daß über die Streitfache, über welche in Folge der Rechtshängigkeit in der durch die erhobene Klage gegebenen Gestalt die richterliche Entscheidung angerufen ist (§ 293), eine nochmalige Entscheidung auszuschließen ist, ne bis in eadem re sit actio (ein Grundsatz, der in R. O. 8, 358 auch auf mehrfache Arreste auf dasselbe Vermögenobjekt wegen derselben Forderung angewandt wird, wenngleich durch eine Arrestanordnung Rechtshängigkeit nicht begründet werde). Der eingeklagte Anspruch wird zur Streitfache nur insoweit, als er durch den Klageantrag geltend gemacht ist, R. O. 8, 364; 16, 376; 18, 408; 20. März 1894, J. B. 195; vgl. Anm. 3 zu 293, so daß die Anhängigkeit eines Prozesses über einen Theil des Anspruchs den Einwand der Rechtshängigkeit in dem Prozesse über einen anderen Theil nicht begründet (aR. mit Unrecht Sumler, Ruskat u. Stielmann, Buch 11, 322; 12, 335; 17, 448). Vgl. D. O. Celle, S. 43, 235. Von Amts wegen ist die Rechtshängigkeit nicht zu prüfen, § 247 Abs. 3 (vgl. u. A. R. O. 15. Juni 1893, J. B. 425; aR. Blom, civ. 83, 140); nur der Gegner kann die Einrede erheben und sie ist von ihm tatsächlich unter Nachweis der Identität der Streitfache zu begründen. Der Einrede kann nicht entgegengesetzt werden, daß die schon rechtshängige Klage vor einem unzuständigen Gerichte erhoben sei. Vgl. Anm. 1. Ob die Vorlage bei demselben Prozeßgericht, oder bei einem anderen rechtshängig geworden, macht keinen Unterschied, vgl. Levy, Buch 20, 109. Der Einrede steht auch nicht entgegen, daß die frühere Klage im Urkundenprozeß erhoben ist. Ebenso ist es einflußlos, in welcher Prozeßart die zweite Klage anhängig gemacht wird (Urkundenprozeß, Mahnverfahren), da jede anderweite Anhängigmachung in Nr. 1 ausgeschlossen wird. Die Entscheidung des R. O. 12, 210 gründet sich auf die für das ordentliche Separatum nicht präjudizirliche Natur des preuß. Wechselprozesses, R. O. I 27, und ist für die C. P. nicht maßgebend, Caupp Anm. II, Seuffert Anm. 3; vgl. Anm. 1 § 557. — Auch daß der frühere Prozeß im Auslande schwebt, steht der Einrede an sich nicht entgegen, insofern das ausländische Urtheil, wenn rechtskräftig, unter den Voraussetzungen der §§ 660, 661 ebenfalls im Deutschen Reich vollstreckbar sein und die *exc. rei judic.* begründen würde. Vgl. Anm. 2 § 660, R. O. 8, 169; 19, 417; R. O. 26. Jan. 1892, J. B. 124, S. 47, 465; 23. Juni 1893, J. B. 359; Caupp Anm. II, Seuffert Anm. 8 § 661; Meiner 2, 33, 34; Hellmann 2, 30, 31. — Die Feststellungsklage hat nicht denselben Gegenstand, wie die Leistungsklage, vgl. Anm. 6 § 231. Daraus folgt, daß keine der beiden Klagen für die andere Rechtshängigkeit be-

wirkt, Anm. 4 § 231. Ebenso Caupp u. Seuffert. *RR.* Kocholl, Busch 8, 394, u. Strudmann-Roch Anm. 10 § 231, weil hzw. soweit die Feststellungs-Klage nur die „Antizipation“ der kondemnatorischen Klage sei und das Feststellungsurtheil res judicata für den Leistungsanspruch mache. Allein das Feststellungsurtheil macht nur hinsichtlich der Konstatirung des Rechtsverhältnisses, nicht hinsichtlich der Folgen daraus Rechtskraft. Präjudikalität eines Rechtsstreits für den andern begründet noch keine Identität beider, und kann nur eine Aussetzung nach § 139 herbeiführen. Vgl. *RR.* 17, 327, wo der im Urkundenprozeß erhobene Einwand der Rechtshängigkeit auf Grund eines anhängigen negativen Feststellungsprozesses zunächst wegen Mangels der für den Urkundenprozeß erforderlichen Beweismittel, am Schlusse aber offenbar wegen mangelnder Identität des Rechtsstreits zurückgewiesen wird; ferner *RR.* 21, 392, wo ebenfalls der negativen Feststellungs-Klage gegenüber der Leistungs-Klage im Urkundenprozeße die Wirkung der Rechtshängigkeit versagt wird, (vgl. auch *RR.* 28. Mai 1892, *FR.* 311), ebenso nach *RR.* 26, 367 der Klage auf Aufhebung eines Vertrags wegen Betrugs gegenüber der Vertrags-Klage auf Erfüllung, wegen Nichtidentität des Streitgegenstandes; die Klage auf Aufhebung des Vertrags wegen Irrthums ist aber — trotz der gegentheiligen Ansicht des Reichsgerichts — negative Feststellungs-Klage (Klage auf Nichtbestehen eines gültigen Vertragsverhältnisses unter den Parteien), da der Richter bei der Ungültigkeitserklärung nicht konstitutiv (rechtsändernd) verfährt, sondern lediglich erkennend, daß der Vertrag die klagende Partei nicht verbindet; vgl. Anm. 6 § 231 am Ende. Dagegen liegt derselbe Streitgegenstand vor, wenn in einem Prozesse mit umgekehrter Partetrolle der dem Ansprüche des Klägers in dem ersten Prozesse direkt entgegengesetzte, dasselbe Objekt betreffende Anspruch erhoben wird; z. B. in dem einen Prozesse der Anspruch auf Zahlung des Wechsels, in dem andern der Anspruch des Gegners auf Herausgabe des Wechsels wegen geschehener Tilgung desselben, *RR.* 24. März 1884, *RaffR.* 28, 1136, in dem einen Prozesse die Klage auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses, in dem andern auf Feststellung des Nichtbestehens; in dem einen auf Feststellung der Echtheit einer Urkunde, in dem andern auf Feststellung ihrer Unechtheit, Seuffert Anm. 3; *R. Levy*, Busch 20, 110; *DBZ.* 15. Juli 1893, *SA.* 49, 221. Die actio hypothecaria und die Pfandstrich-Klage haben nicht denselben Streitgegenstand, *RR.* 2. Febr. 1894, *RaffR.* 38, 1214. — Außerdem ist die Identität der Parteien ebenso wie bei der exc. rei jud. Erforderlich. Die Nebenintervention des Hauptschuldners in dem Prozesse des Gläubigers gegen den Bürgen begründet freilich keine Rechtshängigkeit des Anspruchs gegen den Hauptschuldner, wenngleich der Letztere nach § 66 als Streitgenosse des Bürgen gilt, *RR.* 19. März 1884, *SA.* 39, 368.

Die Einrede setzt die Erhebung einer Klage oder Widerklage voraus, § 235, (oder die Zustellung eines Zahlungsbefehls) und kann nur einer solchen entgegengesetzt werden. Der Begriff der Rechtshängigkeit ist auf eine nur mittelst Einrede ohne Widerklage geltend gemachte Gegenforderung nicht anzuwenden. Durch § 293 Abs. 2 ist nur dann, wenn über eine solche Gegenforderung eine sachliche Entscheidung erlassen ist, für diese die Zulassung der Rechtskraft ausgesprochen. Bis dahin hat die Kompensations-Einrede die Natur eines bloßen Bertheidigungsmittels und ist kein Mittel, diese Streitfache im Sinne des § 235 Nr. 1 (vgl. §§ 162, 194) „anderweitig anhängig“ zu machen, und einen Anspruch als solchen „zu erheben“, § 254, sondern nur um einen Anspruch abzumehren. Sie begründet daher, wie jede andere Einrede, auch keine Rechtshängigkeit und unterliegt der beliebigen Zurücknahme. Die *Rot.* 187, 189 entsprechen dem Befehle nicht und widersprechen im Gegentheil den Vorberathungen der Entwürfe. Bei der Berathung des *R.* wurde ausdrücklich die Anerkennung der Rechtshängigkeit einer Kompensations-Einrede im Entw. beseitigt (*Northb. Prot.* II. 794); und als im *E.* 1 von 1871 § 229 (jetzt § 254) ohne weitere Begründung durch die *Rot.* wieder aufgenommen war: „die Rechtshängigkeit eines durch Einrede oder durch Widerklage erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkt ein, in welchem der Anspruch in der mB. geltend gemacht wird“, wurde von der *Boxl.* diese Redaktion auf einen Antrag, welcher ausdrücklich die „Wiederherstellung des *R.* § 207“ verlangte, um den Standpunkt des *R.* hinsichtlich der Einrede festzuhalten und

zugleich die zulässigen späteren Ansprüche des Klägers mit zu umfassen, durch die jetzige, dem R. § 207 gleiche Redaktion des § 254 ersetzt. So auch R. 6, 420; 16, 371; 18, 408; 27, 299; 17. Nov. 1893, 20. März 1894, ZB. 1894 S. 11, 195; 12. Jan. 1895, ZB. 81; OLG. Oldenburg, SA. 45, 472; Petersen Anm. III § 136 und Busch 1, 93; 4, 293 ff., sowie Raffr. 30, 1 ff.; 31, 535 ff.; Seuffert Anm. 2; Eccius 1, § 57 Rt. 59; Schollmeyer, Zwischenstr. 20 ff.; Löning, Busch 4, 43; v. Bülow Anm. 4. RR. Strudmann-Roch Anm. 1, 3; Gaupp Anm. II; Endemann 2, 22, 23; v. Sarwey 1, 349, Stppmann, Busch 13, 80 ff., 150; sowie Schollmeyer (Kompensationseinrede Leipzig 1884 und Raffr. 31, 227; vgl. dazu Tränkner, Busch 9, 138 ff.), welcher unter Aufhebung seiner früheren Ansicht nicht allein der Kompensationseinrede Rechtshängigkeit vindiziert, sondern aus derselben ein neues Institut, die sog. „unentwickelte Widerklage“ herleitet. Er schreibt der Kompensationseinrede allerdings nur eine bedingte Rechtshängigkeit zu; der Kompensant mache seine Gegenforderung „einzig und allein für den Fall“ geltend, daß „durch andere Mittel sich eine Zurückweisung der Klage nicht ermöglichen lasse“. Diese Annahme ist für den Standpunkt des Kompensanten bekanntlich nicht immer zutreffend. Die Theorie von der „unentwickelten Widerklage“ ist jedoch überhaupt abzulehnen; weber § 136 Abs. 2, noch § 274 oder § 293 nöthigen zur Annahme einer Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede, vgl. vorstehend und Anm. §§ 136 u. 274; auf der anderen Seite kennt die SP. keine andere Widerklage als die, welche sich von vornherein mit dem Momente der Erhebung als solche zu erkennen giebt. (Die Polemik von Lippmann, Busch 13, 80 ff., gegen Petersen scheint überhaupt zu keinem positiven Resultate zu führen; weitere Literatur bei Seuffert Anm. 5 § 136). Die Annahme von Dettler, kont. Grundbegr. 1, 249 ff., daß mit Rücksicht auf § 293 von dem Momente an, in welchem eine Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen einer durch Einrede geltend gemachten Gegenforderung vorliegt, welche in Rechtskraft erwachsen kann, eine prozeßhindernde Einrede einer „Quasi-Rechtshängigkeit“ begründet sei, und also die Kompensation in einem zweiten Prozesse nicht zulässig sei, übertreibt ebenfalls die Wirkung des § 293, welche nur eintritt, wenn die Entscheidung wirklich rechtskräftig ist. Auch die Unterscheidungen von Rohler, Busch 20, 26 ff. treffen nicht den charakteristischen Unterschied zwischen Einrede und Klage bzw. Widerklage. Demnach kann auch einer Kompensationseinrede der Einwand der anderweiten Anhängigkeit der Gegenforderung nicht als Replik entgegengesetzt werden; die Einrede wird dadurch nicht hinfällig, daß Zahlung verlangt war, wie ja selbst einer rechtskräftig zuerkannten Gegenforderung die Benutzung zur Kompensation nicht versagt wird; Petersen Anm. II 1. Durch die Möglichkeit der Aussetzung, § 139, können Kollisionen, insbesondere für den häufigen Fall eventueller Kompensationseinreden, vermieden werden.

3) Nr. 2 spricht den alten römisch-rechtlichen Grundsatz aus: ubi coeptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet, L. 30 de iud. 5, 1, für welchen schon im Römischen Recht nicht der Zeitpunkt der Litiskonstestation, sondern der in jus vocatio entscheidend war (Bülow, Prozeßeinreden 93). Weder spätere Aenderungen hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit (Zurücknahme oder Anerkennung eines Theils des Klageanspruchs, R. 3, 392), noch solche hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit (Verlegung des Wohnsitzes, Diensteintritt als Militärperson etc.), noch auch Aenderungen im Umfange der Gerichtsprängel, Wyttinger, Busch 17, 429; vgl. das. 18, 516 ff., haben einen Einfluß; sie berechtigten weber den Beklagten zu einem Einwande, noch das Gericht zur Ablehnung der Sache. Vorausgesetzt ist, daß es sich um dieselbe Streitsache handelt. Eine Klagenenerweiterung kann allerdings einen Einfluß auf die Zuständigkeit haben, vgl. Anm. 1, 2 § 240. Eine Verbindung mehrerer Prozesse nach § 138, welche immerhin besondere Prozesse bleiben, bildet weber eine Klagenenerweiterung, noch hat sie auf die Zuständigkeit einen Einfluß. — Der Satz der Nr. 2 kann nicht (mit Gaupp Anm. II Rt. 25) dahin umgekehrt werden, daß die bei Erhebung der Klage vorhandene Unzuständigkeit des Gerichts durch spätere Veränderungen nicht geheilt werden könne; dagegen spricht schon die im Eingange erwähnte Bedeutung der Nr. 2, sowie die Zulassung der ausdrücklichen und stillschweigenden erst nach Erhebung der Klage erfolgenden Prorogation; §§ 38, 39; außerdem ist es aber auch un-

denkbar, das Beharren der Unzuständigkeit, d. h. der Nichtbefassung des Gerichts mit der Streitfache als eine Wirkung der Rechtshängigkeit anzusehen, welche gerade der Ausdruck für den entgegengesetzten Zustand ist; § 235 Abs. 2 behandelt aber nur die Wirkungen der Rechtshängigkeit.

Eine im § 235 nicht ausdrücklich ausgesprochene, aber selbstverständliche Folge der Rechtshängigkeit ist bei mehreren zur Wahl stehenden Gerichtsständen die Prävention des zuerst befassen Gerichts; vgl. § 35 u. Anwendung § 871 Abs. 2.

Eine Veränderung der die Zuständigkeit begründenden Umstände zwischen der Terminsbestimmung und der Zustellung der Klage fällt nicht unter Nr. 2, übt vielmehr auf die Zuständigkeit den ihr zukommenden Einfluß (unrichtig DLB. Hamburg, SA. 44, 91.).

4) Nr. 3. (Vgl. Bollinger, Zur Revision der Lehre von der Klageänderung, Zürich 1886; Schmidt, Klageänderung, Leipzig 1888). Der Begriff der Klageänderung ist nicht definiert, ergibt sich aber aus den wesentlichen Erfordernissen der Klage nach § 230 Nr. 1, 2. Näheres vgl. §§ 240—242 u. Anm. dazu, namentl. Anm. 1 § 240. Prozeßualische Grundlage dafür ist — abgesehen von den Fällen des § 254 — die Klageschrift, durch deren Zustellung die Klage erhoben wird; Not. 188. Auch wenn ein in der Klage geltend gemachter Klaggrund in der m.B. erster Instanz nicht vorgetragen ist, ist der Vortrag in der zweiten Instanz keine Klageänderung, M.B. 29. April 1898, JW. 293. Hier im § 235 ist der Grundsatz festgestellt, daß nach der Erhebung der Klage im Sinne des § 230 die Aenderung vom Beklagten gerügt und die Abweisung der Klage von ihm beantragt werden kann, weil die ursprüngliche Klage durch die Aenderung hinfällig geworden und die neue für den jetzigen Prozeß unzulässig ist (vgl. Anm. 5 § 230, ferner Kroll, Klage und Einrede 75); daß aber die Aenderung (in erster Instanz) nicht von Amtswegen gerügt werden soll, indem sie mit Bewilligung des Beklagten (auch mit stillschweigender nach § 241) zulässig ist. (Abw. in der Berufungsinstanz, § 489.) Wenn eine bewilligte Aenderung erfolgt ist, so bildet nur die geänderte Klage die Grundlage des Verfahrens.

Ist eine erfolgte Aenderung nicht bewilligt, so kann hinsichtlich derselben ein Bersäumnißurtheil gegen den Beklagten nicht erlassen werden, weil für eine wirksame „Aenderung“ (vgl. § 240 u. Anm. dazu) die Einwilligung des Gegners in Nr. 3 verlangt wird. Um ohne Bewilligung des Gegners eine neue Klage geltend zu machen, und dem Einwande der Rechtshängigkeit nicht ausgelegt zu sein, hat der Kläger zuvor die frühere Klage zurückzunehmen, sofern dies nach § 243 zulässig ist, oder rechtskräftig abweisen zu lassen, und eine neue Klage mit den Erfordernissen des § 230 zu erheben; bloß einen ergänzenden Antrag zu stellen zu lassen, genügt nicht. Die Ladung zur Verhandlung über die frühere Klage ist keine Ladung für die geänderte neue. AR. v. Sarwey I, 352. Ueber den Einfluß der ändernden Behauptungen und über die Form der Entscheidung vgl. Anm. 5 § 296 und Anm. § 240. — Hinsichtlich der Aenderung einer Widerklage vgl. Anm. § 240.

Die Prozeßvollmacht berechtigt zu jeder Aenderung, welche an sich (§ 240) oder mit Bewilligung des Gegners (§ 235 Nr. 3) zulässig und erfolgt ist; und legitimirt auch den Gegner zur Bewilligung der Aenderung, sowie zur Vertretung hinsichtlich der Klage („Prozeßhandlung“ im § 77).

Wegen der Abweichung in Ehesachen s. §§ 574, 576.

### § 236.

Die Rechtshängigkeit schließt das Recht der einen oder der anderen Partei nicht aus, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu zediren.<sup>1)</sup>

Die Veräußerung oder Zession hat auf den Prozeß keinen Einfluß.<sup>2)</sup> Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, ohne Zustimmung des Gegners den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen oder eine Hauptintervention zu erheben. Tritt der Rechtsnachfolger als Nebeninterveniens auf, so findet der § 66 keine Anwendung.<sup>3)</sup>

Die Entscheidung<sup>4)</sup> ist in Ansehung der Sache selbst auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar.<sup>5)</sup>

E. 232. N. 300. P. 79. 542.

1) In den §§ 236—238 ist die Veräußerung einer in Streit befangenen Sache und eines geltend gemachten Anspruchs während des Rechtsstreits, und das Verhältnis des Veräußerers und des Erwerbers zum Gegner abgehandelt, vgl. darüber Arndt, Raffr. 22, 322 ff., Paul Mayer, Raffr. 33, 297 ff., sowie die unten Anm. 2 erwähnten Schriften. Der Begriff „der in Streit befangenen Sache“ für die §§ 236—238, namentlich auch, soweit es sich nicht bloß um die Aufhebung des Veräußerungsverbots im Abs. 1 handelt, vgl. Anm. 2, hinsichtlich der civilrechtlichen Wirkungen ist nach den in den einzelnen Staaten geltenden materiellen gemeinen bzw. Landesrechten zu beurtheilen. Dies wurde von der Vorl. für das vorliegende, die materiellen Rechte wesentlich berührende Rechtsgebiet als selbstverständlich ausdrücklich zu Protokoll ausgesprochen. RR. Paul Mayer a. a. D. 301, weil der Begriff der in Streit befangenen Sache ein Prozeßbegriff und also hier für den deutschen Prozeß einheitlich zu verstehen sei. Indeß es ist nur nach dem materiellen Rechte zu beurtheilen, ob und wieweit mit Rücksicht auf die Tragweite eines Klagantrags eine Sache von dem Streite betroffen wird. Die Folgen (vgl. Abs. 3) treffen diejenigen Objekte, welche nach den betreffenden Landesrechten res litigiosae sind oder dazu gehören, vgl. Anm. 2. — Die §§ 236—238 bilden die im § 239 Satz 1 ange deutete Ausnahme von der Regel des § 239, daß die sonstigen civilrechtlichen Wirkungen der Rechtshängigkeit durch die CP. nicht berührt werden. Ueber das Verhältnis der §§ 236—238 zum gem. und preuß. Recht vgl. Arndt a. a. D.

An die Spitze der Vorschriften ist der materiell-rechtliche Grundsatz gestellt, § 236 Abs. 1, daß jede Partei befugt ist, die in Streit befangene Sache zu veräußern oder den geltend gemachten Anspruch zu geben. Damit ist das gemeinrechtliche — durch mannigfache Ausnahmen eingeschränkte und kontroverse, vgl. Meßell § 6 Nr. 15—17, Arndt a. a. D. 326 f. — Verbot der Veräußerung litigioser Sachen aufgehoben. Im französischen und im preußischen Rechte besteht ein solches Verbot nicht; RR. I 11 §§ 383 ff., DöE. 30, 207. Sofern eine Partei das Interesse hat, einer Veräußerung entgegenzutreten, bleibt ihr das Mittel der einstweiligen Verfügung, §§ 814, 817, oder des Arrestes, §§ 810 ff., um ein Verbot der Veräußerung, eine desfallige Eintragung im Grund- oder Hypothekendbuche oder andere Maßregeln gegen eine Besitzübertragung zu erwirken. RR. bezüglich des Arrestes P. Mayer a. a. D. 300, auf Grund der unrichtigen Annahme, daß das Recht auf eine individuell bestimmte Sache nicht in eine Geldforderung übergehen könne, vgl. § 796.)

Das Rechtsverhältnis der Kontrahenten unter einander im Falle einer Veräußerung, insbesondere die Rechte des Erwerbers, welcher die Stitigofität nicht kannte und bei Anwendbarkeit des § 236 Abs. 3 (vgl. § 238) durch das Resultat des Prozesses betroffen wird, sind nach dem Civilrecht zu beurtheilen. An den materiell-rechtlichen Folgen, welche eine Veräußerung streitiger Sachen und Ansprüche nach preuß. Rechte hat, namentlich an den Rechten und Pflichten des Veräußerers und des Erwerbers gegenüber dritten Theilhabern und ebenso an den Rechten des Prozeßgegners gegen den Veräußerer und Erwerber (RR. I 15 §§ 16, 17, ff., 24 ff., Strietz. 62, 164, RR. I 7 § 48c), ist durch die Vorschrift des § 236 Abs. 1 nichts geändert. Der Grundsatz, daß die Rechtshängigkeit kein Hinderungsgrund für eine Veräußerung ist, soll die Rechte Dritter gegen Veräußerer und Erwerber nicht beeinträchtigen. Die Fälle der Anwendbarkeit des § 236 Abs. 3 und der Ausnahmen davon gemäß § 238 stimmen hiermit und mit der prozeßrechtlichen Wirksamkeit, welche früher die RGD. I 24 § 9 (vgl. DöE. 30, 212; 25, 40) rücksichtlich der Rechtsnachfolger neben der Berücksichtigung der bona fides geltend gemacht hatte, überein. Die Vorschrift der RGD. I 7 § 48c betreffs des Rechts der Partei, von dem nach der Klageaufstellung veräußernden Gegner nach obfieglichem Urtheil vollständige Entschädigung, Vergütung des Wertes der Sache und der Verschlimmerungen zu fordern, bleibt als materiell-rechtliche aufrecht erhalten, wenngleich sie in der Prozeßordnung steht; Rot. 488 § 13 GG.

Die Vorschriften des AR. I 11 §§ 385—387 über die Richtigkeit von Sessionen bestrittener Forderungen an richterliche Personen oder Anwälte, vor deren Gerichtshof die Erörterung gehören würde, sind durch § 236 Abs. 1 nicht aufgehoben. Diese Vorschriften sind aus Gründen des öffentlichen Rechts erlassen und machen die Richtigkeit nicht von der Rechtshängigkeit abhängig; DVL. 7, 395; 32, 60. Andererseits statuirte Abs. 1 nur das abstrakte Recht einer Partei, zu verkaufen, nicht das Recht eines Jeden, ohne sonstige Rücksichten rechtsgültig zu erwerben. — Auch auf andere, nicht auf der Rechtshängigkeit beruhenden civilrechtlichen Beschränkungen der Veräußerung: *lex Anastasiana* (vgl. Windscheid II § 333; P.O.V. Art. 299; AR. I 11 §§ 390 ff.; Preuß. Ges. v. 1. Febr. 1864), Verbot der Session in *potentiorum* u. s. w. hat § 236 Abs. 1 keinen Einfluß.

Der Fall einer während des Prozesses stattfindenden Schuldübernahme wird von § 236 nicht betroffen; R. 29. April 1886, ZB. 193, Raffr. 30, 1112.

2) Abs. 2, 3 — welche theilweise der Preuß. Praxis und dem Preuß. Recht § 48 I 7, § 9 I 24 A.O. nachgebildet sind (Mot. 190, Korbb. Prot. 562 ff. — sind auf alle Fälle der Veräußerung einer „im Streit befangenen Sache“ und der Session eines „geltend gemachten Anspruchs“, auch auf die dem gemeinrechtlichen Verbote und dem Abs. 1 nicht unterliegenden, anwendbar. Indeß ist nur die Singularsuccession unter Lebenden davon betroffen. Für den Fall einer durch Tod begründeten Rechtsnachfolge, welche ohnehin nicht als Veräußerung oder Session bezeichnet werden kann, sind nicht §§ 236 ff., sondern § 217 anwendbar und *sedes materiae*; vgl. Anm. 3 § 217. AR. Gaupp Anm. II, P. Mayer a. a. O. 305. Im Falle des Konkurses sind die §§ 236 ff. durch § 218 hzw. R.D. §§ 8, 9 modifizirt.

Die Anwendbarkeit der Abs. 2, 3 tritt ein ohne Rücksicht darauf, ob die Veräußerung oder Session eine freiwillige oder nothwendige (exekutive oder durch Expropriation herbeigeführte) ist; ebenso bei einer nur quantitativ oder qualitativ theilweisen Veräußerung, also auch bei Bestellung von Rechten (Servituten, Pfandreht, Nießrecht, vgl. R. 15, 368 u. 30. Okt. 1886, ZB. 397) an der in Streit befangenen Sache. Im letzteren Falle betrifft die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit gegenüber dem Rechtsnachfolger des Beklagten, Abs. 3, die Wirkungslosigkeit der Belastung; Gaupp Anm. IV. Bezüglich der Uebersetzung zur Einziehung im Wege der Zwangsvollstreckung, § 736 Abs. 1, vgl. im nächsten Abs. a. E.

Die Veräußerung oder Session soll — mit Ausnahme der in § 237 behandelten Rechte und Belastungen von Grundstücken — auf den Prozeß, d. h. auf die formelle Prozeßführung und die Parteitrollen keinen Einfluß haben. Der Veräußerer bleibt Prozeßpartei; der Gegner soll nicht durch Substitution eines Anderen benachtheiligt werden, welcher etwa unvermögend ist oder nicht de veritate schwören kann, oder welchem gegenüber Gegenforderungen oder Wechselrechen (R.D. Art. 82) nicht geltend gemacht werden können. Vgl. AR. I 11 § 384; Strieth. 62, 282. Dies findet sowohl dann Anwendung, wenn der Kläger (oder Widerkläger) einen von ihm geltend gemachten Anspruch zehrt oder eine Sache, hinsichtlich welcher Streit erhoben ist, veräußert, als auch wenn der Beklagte einen gegen ihn vom Kläger beanspruchten Streitgegenstand veräußert. Hinsichtlich der Veräußerung von Sachen (im Gegensatz zur Session eines Anspruchs) sind nur Prozesse betroffen, in welchen es sich um „eine in Streit befangene Sache“ im Sinne des Abs. 1 handelt. Die im Streit befangene Sache im Sinne des § 236 kann immer nur eine individuell bestimmte Sache sein, hinsichtlich welcher Eigentums-, Besitz- oder dingliche Rechte, einschließlich der *actio hypothecaria* (AR. I 20 §§ 490 ff., vgl. DVL. 39, 138) und in *rem scripta*, hzw. solche obligatorische Ansprüche geltend gemacht werden, welche auf einem die Sache selbst und die dinglichen Rechte daraus unmittelbar treffenden Grunde beruhen, so *actio depositi*. Vgl. Zimmermann, Raffr. 28, 808; A. Schulte, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen Rechtsnachfolger, Breslau 1891 S. 65 ff., 75 ff., 100; Levy, Raffr. 37, 180 ff.; Gaupp Anm. IV; Seuffert Anm. 3. AR. Thiele, Raffr. 37, 648 ff., unter Mißverständniß des Sayes, daß der materiell-rechtliche

Einfluß nach dem Landesrecht zu beurtheilen ist, s. Anm. 1; indeß der Grundsatz, daß eine Sache, um selbst in Streit befangen zu sein, unmittelbar von den Prozeßanträgen betroffen sein muß, und nicht schon dann der Prozeßentscheidung unterliegt, wenn es sich um den Rechtsstreit gegen eine Person behufs Einwirkung auf die Sache handelt, ist ein logischer Schluß für alle Rechtssysteme. Vgl. auch Abs. 3: „in Ansehung der Sache selbst“. Demnach fällt darunter nicht die Geltendmachung einer lediglich persönlich obligatorischen Verpflichtung zur Gewährung einer Sache, welche nur diesen obligatorischen Anspruch, nicht die Sache selbst in Streit bringt, so nicht Klagen auf Reskission von Verträgen, vgl. Obf. 39, 47; 40, 22, sowie Klagen gegen Verpächter oder Vermiether auf Einräumung eines noch nicht übergebenen Objekts. Auch die Konkursanfechtung (Kd. § 30) sowie die Anfechtung aus dem Ges. 21. Juli 1879 (§ 7) gewähre nur obligatorische Rechte und unterliegen nicht dem § 236 Abs. 3 (gegen Obf. Konstanz, Busch 7, 544), wie sie überhaupt nicht in rem wirken, noch eine die Sache selbst treffende Wirkung zur Folge haben. Ebenso Gaupp Anm. IV Nr. 21, Seuffert Anm. 3 (aM. Paul Weger a. a. D. 307 unter Verkennung der Natur der Anfechtungsklage). Sonach macht auch die Geltendmachung eines persönlichen Rechts auf Auflassung eines Grundstücks oder auf Eintragung einer Vormerkung wegen einer persönlichen Schuld das Grundstück nicht zu einer im Streit befangenen Sache, vgl. Schulze, Levy, Seuffert, wie vorst.; Anm. 5 zu § 665; aM. Nr. 27, 237. — Die Zession eines „geltend gemachten Anspruchs“ (vgl. Abs. 1) wird von Abs. 2, 3 betroffen, ohne Rücksicht auf die Qualität des Anspruchs (vgl. über diesen Begriff Anm. 1 § 136), insbesondere ohne Rücksicht, ob der Anspruch ein dinglicher oder persönlicher ist, und ob es sich um einen vom Kläger oder vom Beklagten geltend gemachten Anspruch handelt. Die Ermächtigung zur Einziehung nach § 736 steht an sich der Zession nicht gleich und es würde daher die Hauptintervention nach dem Wortlaut des Gesetzes für den Ermächtigten nicht ausgeschlossen sein; das Nr. 20, 420 nimmt jedoch mit Rücksicht auf die ratio legis in dieser Beziehung eine Gleichstellung mit der Zession an, weil ein solcher Gläubiger nicht mehr Rechte haben könne, als ein Zessionar.

Die Folgen des ersten Satzes des Abs. 2 bestehen darin, daß der Prozeß unter denselben bisherigen Parteien fortgeführt wird. Der Verkäufende bzw. Zedent kann weder die fernere Prozeßführung und die Vertretung der Sache oder Forderung deshalb ablehnen, weil er inzwischen veräußert habe; noch soll ihm der Gegner entgegensetzen können, er sei in Folge der Veräußerung nicht mehr zur Sache legitimirt. Der Verkäufende hat vielmehr den Prozeß fortzuführen, als habe er nicht veräußert. Er bleibt also auch zu allen Prozeßhandlungen legitimirt. Vgl. über den Begriff der Prozeßhandlungen Anm. 2 § 52. Dies gilt mit der Wirkung der Prozeß-Entscheidung nach Abs. 3, soweit eine solche Entscheidung Folge der Prozeßhandlungen des Verkäufenden ist. Ein Vergleich des Verkäufenden ist dagegen selbst weder eine bloße Prozeßhandlung, noch eine Entscheidung im Sinne des Abs. 3, wengleich durch die Anzeige oder die Einrede eines Vergleichs eine solche Entscheidung veranlaßt werden kann. Dagegen werden die materiellen Rechte der Beteiligten, welche aus der Zession folgen, durch Abs. 2 nicht berührt; weder das Verhältnis des Verkäufenden (Zedenten) zum Zessionar, noch die Verhältnisse Selber zum Gegner. Der Verkäufere bleibt Prozeßpartei, hat aber sachlich den Prozeß unter Berücksichtigung der Rechte des Zessionars zu führen. Er muß also, wenn er auf Leistung klagt, seinen Antrag modifizierend auf Leistung an den Zessionar richten, nicht nur wegen seiner Regreßpflicht gegen diesen, sondern auch weil ihm sonst der Gegner den Einwand entgegensetzen kann, er sei zwar an sich noch für den gegenwärtigen Prozeß legitimirt, aber in Folge der Zession und der darauf eingetretenen Modifizirung des Rechtsverhältnisses nicht mehr selbst zum Empfange der Leistung berechtigt, vielmehr fortan nur noch zu dem Anspruche auf Leistung an den Zessionar. Auch sonst wird der Gegner des Verkäufers durch Satz 1 des Abs. 2 nicht gehindert, diesem gegenüber im Prozesse die Veränderungen geltend zu machen, welche seine materiellen Rechte durch die Veräußerung erleiden; namentlich kann er, wenn der Verkäufere (Zedent) auf Leistung geklagt hat, dem Anspruche die materiellen Einwendungen entgegensetzen, welche ihm der Person des Zessionars gegenüber



zustehen; und wenn er selbst gegen den Veräußerer auf Festung der veräußerten Sache klagt hat, ist er berechtigt, statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes den Antrag wegen halber Veräußerung zc. auf das Interesse, auf Liberation zc. zu richten; RR. I, 15 § 16; RGD. I, 7 § 48c. Dies wird durch § 240 Nr. 3 bestätigt und in dieser Beziehung handelt es sich nicht um einen Einfluß auf den „Prozeß“ im Sinne des Satzes I, d. h. die Prozeßführung, sondern auf die sachlichen Rechte. Andererseits kann unter Umständen dadurch, daß die Entscheidung in der Sache selbst nach Abs. 3 auch gegen den Rechtsnachfolger wirksam und vollstreckbar sein würde, der Gegeneinwand begründet werden, daß dem Gegner des Veräußernden ein Schaden nicht erwachsen ist. Vgl. Eccius I, § 99 zu V; Schönmeyer, Kompensationslehre 85 und Busch 12, 291; Aron, Jur. Zf. f. Gf. 14, 183 ff., vgl. den Bericht, Busch 15, 151 und im Wesentlichen Kohler, Busch 12, 106 ff., 117 ff.; Strudmann-Koch Anm. 2; Stegemann, Busch 17, 351 ff., 376 ff. Theilweise abw. Bach, KassR. 30, 779 ff., gegen Bach vgl. Eccius a. a. D., Anm. 209. RR. Gaupp Anm. III, Seuffert Anm. 4, Paul Mayer a. a. D. 310 ff. und Behrend, KassR. 31, 458, welche die gänzliche Einflußlosigkeit der Veräußerung und Zession für den schwebenden Prozeß auch in materieller Hinsicht vertreten, was im Resultate einer Unwirksamkeitserklärung der Veräußerung und Zession dem Gegner gegenüber gleichkommt und daher dem Abs. 1 widerspricht, welcher Veräußerung und Zession während des Prozesses zuläßt, also auch für wirksam erklärt. Danach kann die im Abs. 2 ausgesprochene Einflußlosigkeit auf den Prozeß nur die prozeßsualitischen Verhältnisse betreffen und nicht dazu bestimmt sein, das materielle Recht zu ändern, was bei der gegnerischen Ansicht die unvermeidliche Folge wäre. Das argum. e contrario aus dem Schlusssatz des § 238, welchen Seuffert verwertet, ist deshalb nicht zutreffend, weil die Sachlegitimation im Falle des § 236 auch bei der diesseitigen Ansicht bestehen bleibt, vgl. oben, nur mit veränderten materiellen Folgen, wie auch derjenige zur Sache legitimirt ist, der aus einem von ihm zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrage auf Erfüllung an diesen Dritten klagt. In R. 25, 427 wird demgemäß auch der Pfändung einer eingeklagten Forderung während des Prozesses für einen Dritten die materielle Rechtswirkung nicht versagt; worauf die im Eingange der mitgetheilten Entscheidungsgründe gebilligte Zurückweisung des event. Antrags auf Zahlung an einen Zessionar beruht, läßt sich nicht ersehen. Wenn Paul Mayer a. a. D. gegen Eccius und Bach geltend macht, daß sie auf die materiell-rechtliche Gültigkeit des Veräußerungssaktes zu großes Gewicht legen, so läßt sich auch de lege ferenda dieser, an sich unbegründete, Vorwurf leichter ertragen, als der einer zu weitgehenden Ausdehnung der formalen Wirkungen des Abs. 2 gegenüber der materiell-rechtlichen des Abs. 1.

Abweichungen von § 236 Abs. 2, 3 f. Anm. § 237 und Anm. 2 § 238.

3) Außer dem im ersten Satze des zweiten Abs. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatz sind im zweiten und dritten Satze zu Gunsten des Gegners dem Rechtsnachfolger einige Rechte ausdrücklich verweigert, welche ihm sonst nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen zustehen würden. Im R. § 200 und im G. I § 125 waren dieselben mit den Worten eingeleitet: „Der Rechtsnachfolger ist insbesondere nicht berechtigt.“ Von der Vorl. wurde das Wort: „insbesondere“ gestrichen, um jedem der Sätze des Abs. 2 seine selbstständige absolute Bedeutung zu bewahren. Der Erwerber ist danach ohne Zustimmung des Gegners nur berechtigt, als Nebeninterventient mit der durch § 64 gegebenen Abhängigkeit seiner Stellung von der bisherigen Hauptpartei beizutreten. Er soll jedoch — um die gegnerischen Rechte nicht illusorisch zu machen, Not. 190 — weder als selbstberechtigter Streitgenosse nach § 66 eintreten, noch eine Hauptintervention nach § 61 erheben dürfen, obgleich sonst die Erfordernisse der §§ 66, 61 vorliegen. Deshalb findet auch § 72 in den Fällen des § 236 nicht Anwendung; vgl. Anm. 2 § 72. Nur wenn der Gegner selbst sein Interesse dadurch nicht benachtheiligt findet und einwilligt, kann der Rechtsnachfolger, wie aus dem zweiten Satze e contrario folgt, den Prozeß als Hauptpartei an Stelle seines Vorgängers übernehmen oder eine Hauptintervention erheben. Die Übernahme des Prozesses an Stelle der Hauptpartei, welche eine Veränderung der Parteien involvirt, kann, wenn sie vom Gegner bewilligt wird, dem Principe des § 119 gemäß nur in der m.B. wirksam

erfolgen. Desfallige Erklärungen der bisherigen Parteien und des Rechtsnachfolgers in Schriftsätzen können nur die Bedeutung vorbereitender Schriftsätze haben. — Andererseits ist, soweit § 236 Abs. 2 anwendbar ist, der Rechtsnachfolger auch nicht verpflichtet, gegen seinen Willen den Prozeß zu übernehmen. Dies folgt aus Satz 1 des Abs. 2 und per arg. e contr. aus dem Gegensatz zu § 237. — Abweichend von § 236 bestimmt § 9 Abs. 4 Ges. vom 12. Mai 1894, RÖBL. 441, betr. den Schutz der Waarenbez., daß bei Klagen auf Löschung von Waarenzeichen der Rechtsnachfolger des in der Zeichenrolle Eingetragenen nach Maßgabe der §§ 63—66, 73 C.P.D. in den Prozeß einzutreten befugt sei.

Die im Abs. 2 ausgedrückte Integrität der prozessualen Stellung des Gegners im bisherigen Prozeße soll auch dann maßgebend bleiben, wenn der Erwerber in Folge eines Erwerbes auf Grund des Grundbuchs oder des Grundgesetzes: „Hand muß Hand wahren“ bzw. in gutem Glauben selbständige eigene Rechte erworben hat. Vgl. § 238. Der Rechtsnachfolger kann seine etwaigen Rechte (außer mit Einwilligung des Gegners selbst) nur im besonderen Prozesse geltend machen, soweit ihm dies mit Rücksicht auf Abs. 3 § 236 und sonst nötig scheint und er solche besonderen Rechte für sich geltend machen kann, für welche § 238 eine Ausnahme von § 236 Abs. 3 bewilligt. Selbstverständlich bleiben ihm für diese besonderen Rechte auch die Rechtsbehelfe der Arreste und einstweiligen Verfügungen.

Außer für solche besonderen Rechte kann indeß in den Fällen des Abs. 2 der Rechtsnachfolger auch nicht im besonderen Prozesse über die Streitfache klagen. Einer besonderen Klage desselben kann dann der Einwand der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden; er muß abwarten, ob und wie § 236 Abs. 3 gegen ihn wirkt. Ebenso kann der Gegner des Veräußernden (abgesehen von der Verfolgung besonderer Rechte gemäß § 238) wegen der in Streit befangenen Sache oder des zedirten Anspruchs nicht gleichzeitig gegen den Rechtsnachfolger eine besondere Klage anstellen; einer solchen würde ebenfalls mit Rücksicht auf Abs. 3 der Einwand der Rechtshängigkeit entgegengesetzt werden können. Wird indeß gegen den Veräußerer nur noch ein Anspruch auf Liberation oder Entschädigung nach § 240 Nr. 3 geltend gemacht, so ist dieser persönliche Anspruch nicht nach Abs. 3 gegen den Rechtsnachfolger vollstreckbar und der Prozeß wegen der Sache selbst beendet, also auch ein Einwand der Rechtshängigkeit nicht mehr begründet, sofern nicht der Antrag hinsichtlich der Sache selbst daneben durch einen prinzipalen Antrag oder durch Feststellungsklage, §§ 231 253, noch aufrecht erhalten wird; Caupp Anm. IV.

4) Abs. 3. Die Entscheidung ist unbedingt für den Rechtsnachfolger der Partei wirksam. Rechte, welche ein Kläger oder Widerkläger erstritten hat, kann sein Rechtsnachfolger geltend machen, ohne Rücksicht darauf, ob die Rechtsnachfolge während des Rechtsstreits nach der Rechtshängigkeit oder erst nach der Rechtskraft der Entscheidung erfolgt ist. Dies ergibt sich aus § 665. Der Rechtsnachfolger kann die Zwangsvollstreckung für sich beantragen. Er muß jedoch, wenn er nicht entweder mit Zustimmung des Gegners oder auf Grund des § 237 in den Prozeß eingetreten und im Urtheil schon als berechtigte Partei bezeichnet ist, zur Zwangsvollstreckung eine für ihn lautende vollstreckbare Ausfertigung gemäß §§ 665—667, 671 erwirken und hierzu seine Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden oder Gerichtsöffentkundigkeit nachweisen oder auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel klagen. Ebenso hat der Rechtsnachfolger den Einwand der res judicata nach dem allgemeinen Grundsatze hinsichtlich dieses materiell-rechtlichen in dieser Beziehung durch die C.P. nicht modifisirten Einwandes. Vgl. § 293. Ueber den Begriff „Rechtsnachfolger“ vgl. Anm. 2 Abs. 2 und R.O. 15, 368. Der Indoffatar eines Bescheßes ist (abgesehen von dem Falle des Art. 16 Abs. 2 B.D.) nicht Rechtsnachfolger, R.O. 16. Febr. 1888, J.B. 132. Ueber die Nichtanwendbarkeit des § 236 auf den Fall der Schuldübernahme Anm. 1 a. G.

5) Der Grundsatz des Abs. 3, daß die Entscheidung in Ansehung der Sache selbst, d. h. der in Streit befangenen Sache (vgl. darüber Anm. 1 u. 2) oder des geltend gemachten Anspruchs (Abs. 1) — nicht in Betreff des Kostenpunktes, Rot. 190 — gegen den Rechtsnachfolger, welcher durch eine Veräußerung nach Eintritt der Rechtshängigkeit erworb,

wirksam und vollstreckbar ist, selbst wenn derselbe im Rechtsstreite nicht zugezogen war, erleidet erhebliche Einschränkungen durch den § 238. Soweit hiernach Abf. 3 anwendbar ist, äußert er seine Wirkung sowohl dahin, daß der Rechtsnachfolger mit seinen Ansprüchen abgewiesen ist, wenn sein Vorgänger abgewiesen wird, bzw. daß er die *exc. rei judicatae* gegen sich gelten lassen muß, als auch positiv dahin, daß gegen ihn die Zwangsvollstreckung erfolgen kann. Dies gilt auch gegen einen gutgläubigen Rechtsnachfolger, wenn § 238 für ihn nicht anwendbar ist. Sofern nicht schon im Urtheil selbst der Rechtsnachfolger (etwa mit Einwilligung des Gegners an Stelle seines Vorgängers oder zufolge § 237 eintretend) als verpflichtete Partei bezeichnet und die Wirkung gegen ihn ausgesprochen ist, muß der Gegner, wenn er die Vollstreckbarkeit gegen den Rechtsnachfolger behauptet, eine vollstreckbare Ausfertigung gegen denselben gemäß §§ 665—667, 671 veranlassen. Die Frage, ob das Urtheil gegen ihn nach § 236 Abf. 3 vollstreckbar oder nach § 238 nicht vollstreckbar ist, wird dann zunächst durch die Ertheilung oder Ablehnung der Vollstreckungsklausel entschieden. Im Falle der Ertheilung kann der Rechtsnachfolger gemäß §§ 668, 686, 687 auf Grund des § 238 Einwendungen erheben. Dabei stellt sich der Grundsatz des § 236 als Regel dar, welche maßgebend bleibt, sofern nicht der Nachfolger für sich selbstständige Rechte nach den im § 238 bezogenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts nachweist, was freilich durch das Grundbuch und die Vermuthung für den guten Glauben vereinfacht wird. — Die Wirksamkeit ist für den Rechtsnachfolger sofort mit der Rechtsnachfolge begründet, nicht erst nach Zustellung des zu vollstreckenden Urtheils oder im Falle des § 775 mit der Strafanordnung; aber die Strafe des § 775 trifft ihn nur im Falle seiner Kenntniß von der Verurtheilung; Schuldenstein, theilw. gegen Kammerger., Dusch, I, 367. — Auch solche Theile der Entscheidung, welche nicht die veräußerte Sache oder Forderung, sondern persönliche Verpflichtungen des Beklagten betreffen z. B. Herausgabe gezogener Nahrungen, Schadenersatz, sind von der Wirksamkeit in der Sache nicht betroffen; vgl. Mot. 380 zu § 192 Entw. I bürgerl. Gesetzb. — Der Grundsatz des Abf. 3 ist in § 9 Abf. 4 Ges. vom 12. Mai 1894, RStBl. 441, betr. den Schutz der Waarenbezeichnungen für Klagen auf Abschung von Waarenzeichen nicht bloß angewendet, sondern auch auf den Fall ausgedehnt, daß schon vor Erhebung der Klage der Uebergang des Waarenzeichens auf einen Anderen stattgefunden hat.

Ueber Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Urtheile hinsichtlich der ehelichen Güterbestandtheile nach erfolgter Ehescheidung vgl. Eccius 4 § 215 und nach dem Tode des Mannes 4 § 211 Anm. 20; nach der Einbringung des Frauenvermögens in die Ehe: 4 § 208 Anm. 26.

Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit der Entscheidung, wenn in Folge einer Aenderung des Antrags nicht mehr die veräußerte Sache unmittelbar betroffen ist s. Anm. 3 Schluß. — Die Entscheidung über den Kostenpunkt wirkt nur unter denjenigen Parteien, zwischen welchen die Entscheidung selbst ergeht. Auch der ausgeschiedene Rechtsvorgänger wird davon nicht betroffen. Sowohl wenn er mit Genehmigung des Gegners als wenn er gemäß § 237 aussteht, hat er damit aufgehört, Partei zu sein und wird durch die §§ 87 ff. nicht mehr berührt. Vgl. Anm. 5, 6 § 237.

### § 237.<sup>1)</sup>

Ist über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll,<sup>2)</sup> zwischen dem Besitzer<sup>3)</sup> und einem Dritten ein Rechtsstreit anhängig, so ist im Falle der Veräußerung des Grundstücks<sup>4)</sup> der Rechtsnachfolger berechtigt<sup>5)</sup> und auf Antrag des Gegners verpflichtet,<sup>6)</sup> den Rechtsstreit in der Lage, in welcher er sich befindet, als Hauptpartei zu übernehmen.<sup>7)</sup>

1) Wenn Grundstücksrechte oder Grundstücksbelastungen (einschließlich der Hypothekenschulden) Gegenstand des Rechtsstreits sind und das Grundstück veräußert wird, so findet § 236 Abs. 2 nicht nur nicht Anwendung, sondern der Nachfolger kann (auch ohne Zustimmung des Gegners) als Hauptpartei eintreten und er muß dies, wenn es der Gegner verlangt. Der Grundstücksbesitz ist parteibestimmend, weil es sonst, wie die Mot. 191 bemerken, zweifelhaft sei, ob der Rechtsstreit zu Ende geführt werden, oder zu einem bindenden Ergebnisse gelangen könne. Diese Abweichung von dem Grundsatz des § 236 Abs. 1 findet jedoch nur dann statt, wenn der Erwerber lediglich als Eigentümer und Vertreter des berechtigten beziehungsweise verpflichteten Grundstücks und lediglich mit den Rechten und Pflichten seines Autors auftritt und auftreten soll. Dagegen ist § 237 ausgeschlossen, wenn der Erwerber auf Grund der im § 238 bezeichneten Vorschriften des bürgerlichen Rechts für sich selbständige Rechte hat bzw. geltend machen will. Zu Gunsten dieser Rechte kann er nicht den Prozeß als Hauptpartei ohne Zustimmung des Gegners übernehmen. Er ist andererseits dann auch nicht verpflichtet, den Prozeß in seiner jetzigen Lage, also unter Umständen mit Hintansetzung seiner besonderen Rechte zu übernehmen. Soweit hiernach § 237 anwendbar ist, gilt seine Vorschrift an Stelle des § 236 Abs. 2 und es kommt daneben hinsichtlich der Wirksamkeit gegen den Rechtsnachfolger der Abs. 3 des § 236 zur Anwendung. Die Entscheidung ist gegen ihn wirksam und vollstreckbar, auch wenn er nicht zum Prozesse zugezogen ist; und ist im letzteren Falle die Vollstreckbarkeit auf dem in Anm. 4 § 236 angegebenen Wege zu veranlassen. Die im § 237 ausgesprochene Verpflichtung, den Rechtsstreit in der jetzigen Lage auf Antrag des Gegners zu übernehmen, soll indeß auch wesentlich dem Zwecke dienen, dem Gegner (ohne einen nachträglichen Nachweis nach § 665) sofort einen direkt gegen den jetzigen Grundstücksbesitzer lautenden vollstreckbaren Titel zu verschaffen. Denselben Zweck hat zu Gunsten des Grundstücksverwerbers dessen Recht zum Eintritt als Partei.

2) Unter den § 237 fallen Prozesse, welche über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts für ein Grundstück (nicht für andere unbewegliche Sachen; vgl. indeß RR. I 2 §§ 8, 125) oder einer Verpflichtung auf einem Grundstücke geführt werden; also konfessorische und negatorische Klagen, Hypothekklagen, Klagen über f. g. affirmative Rechte (Reallasten, RR. I 7 § 80) und subjektiv-bingliche Rechte, RR. I 2 § 125. Gleichgültig ist, ob es sich nur um Feststellungsklagen im Sinne des § 231, oder um kondemnatorische Anträge handelt und ob gesetzliche oder andere Eigentumsbeschränkungen in Frage sind. Ausgeschlossen sind Klagen der Vermietter oder Verpächter, welche nicht Rechte für das Grundstück betreffen; ebenso Klagen gegen dieselben, soweit nicht Rechte der Mieter oder Pächter als Verpflichtungen „auf dem Grundstücke“ (durch Eintragung) ruhen; desgleichen Theilungsklagen. RR. ist hinsichtlich des Eintritts in Klagen des Vorbesizers gegen Pächter und Mieter Dernburg I § 132 Anm. 4 S. 281 auf Grund der Analogie; vgl. indeß dagegen Cccius I, § 51 Anm. 17. Eigentliche Grenzregulierungsprozesse über Ermittlung streitiger Grenzen (RR. I 17 §§ 372 ff., DvZ. 57, 58; 38, 383) betreffen den Umfang der Rechte für ein Grundstück und gehören daher unter § 237; dagegen fallen Bindikationen nicht unter § 237, sondern unter die §§ 236, 238.

3) Voraussetzung ist, daß eine Partei als Besitzer des betroffenen Grundstücks auftritt, d. h. nach der ratio legis (Anm. 1) als Eigentümer, f. g. publicianischer Besitzer bzw. f. g. vollständiger Besitzer; RR. I 7 § 17, I 17 § 372, Strietz. I, 349, DvZ. 47, 166, soweit der Besitz qualifiziert ist, um zur Vertretung des Grundstücks hinsichtlich der streitigen Rechte oder Verpflichtungen gegen Dritte zu berechtigen.

4) Die Veräußerung des Grundstücks ist hier in demselben Sinne zu verstehen, wie im § 236, da die Vorschriften der §§ 236—238 zusammenhängend dieselbe Materie des Einflusses der Veräußerung auf den Prozeß betreffen und § 237 darüber nur Sonderbestimmungen für bestimmte, an sich unter den Wortlaut des § 236 fallende Prozesse enthält. Daher findet für den Fall einer durch Tod begründeten Rechtsnachfolge nicht § 237, sondern § 217 Anwendung. RR. Kleiner 2, 42. Vgl. Anm. 2 § 236.

5) Will der Rechtsnachfolger den Prozeß als Hauptpartei übernehmen, so

kann er hierzu einen bereits anstehenden Termin zur mB. benutzen oder die bisherigen Hauptparteien zur Uebernahme und zur Verhandlung der Hauptsache laden, § 191. Die Erklärung über den wirklichen Eintritt als Hauptpartei kann nach dem Principe des § 119 hier, wie im Falle des § 73, nur in der mB. erfolgen (anders nach § 72; vgl. Anm. 1 dazu, Anm. 3 § 73). Aus dem Rechte des Rechtsnachfolgers zur Uebernahme und zwar in der Lage, in welcher sich der Rechtsstreit befindet, folgt, daß es für ihn, um an Stelle seines Vorgängers ein Veräumniskurtheil gegen den Gegner zu beantragen, genügt, wenn er, wie auch sein Vorgänger dazu berechtigt gewesen wäre, unter Beobachtung der Ladungsfrist, § 194, geladen hat, ohne daß der Gegner die Beobachtung einer besonderen Einlassungsfrist (§ 234) für die Einlassung auf die Rechtsnachfolge beanspruchen könnte. An Stelle seines Vorgängers tretend hat er nur die Wahrung der ursprünglichen für die Klage dienenden Einlassungsfrist nachzuweisen, gleichviel ob dieselbe schon vollständig vor seiner Rechtsnachfolge bzw. vor seiner Schriftsayerklärung oder theilweise erst nachher verlaufen war. In jedem Falle hat er zur Vermeidung einer Vertagung dem § 120 entsprechend die von ihm zu stellenden Anträge und deren Begründung den Hauptparteien durch vorbereitenden Schriftsatz rechtzeitig mitzutheilen und hierzu die Schriftsatzfrist des § 123 für einen Zwischenstreit zu beobachten. Der Streit über die Parteiqualität ist ein Zwischenstreit und zwar unter Parteien; Schollmeyer 114—118; R. O. II, 317, P. Mayer, Raff. R. 33, 330. M. Kohler, Busch 12, 135; Caupp Anm. II und Seuffert Anm. 3. Erscheint der Rechtsnachfolger selbst in dem Termin, zu welchem er geladen hat, nicht, so ist in Bezug auf einen beanspruchten Eintritt in den Prozeß nichts zu verhandeln, da ein desfalliger Antrag noch nicht gestellt ist. (Seuffert Anm. 3; aM. P. Mayer a. a. D.) Erscheint er dagegen, so hat er seinen Antrag gemäß § 269 aus einem Schriftsatz zu verlesen. Wenn beide Hauptparteien anwesend sind und der Uebernahme des Prozeßes durch den Rechtsnachfolger nicht widersprechen, so wird der Prozeß ohne Weiteres zwischen diesem und dem Gegner fortgesetzt. Erhebt sich ein Widerspruch, so ist über denselben zu verhandeln und nöthigenfalls über die bestrittenen Voraussetzungen der Uebernahme Beweis zu erheben. Einer Glaubhaftmachung desselben nach § 266 bedarf es nicht und eine solche genügt andererseits auch nicht; R. O. 21, 395. Wird der Eintritt als unzulässig befunden, so sind die Anträge des Rechtsnachfolgers durch Endurtheil abzuweisen; wird dagegen der Eintritt als zulässig befunden, so kann dies durch Zwischenurtheil, § 275, mit der Wirkung gemäß §§ 478, 510 ausgesprochen werden, was angezeigt erscheint, wenn voraussetzlich noch eine Beweisaufnahme in der Hauptsache erforderlich ist; es kann aber auch sogleich, falls die Sache spruchreif ist, in der Hauptsache erkannt werden. Sind beim Erscheinen der Rechtsnachfolger beide Parteien im Termin ausgeblieben, oder ist nur der Gegner ausgeblieben, während der miterstehene Rechtsvorgänger dem Eintritt des Rechtsnachfolgers nicht widerspricht, so ist auf Antrag des letzteren gegen den Gegner Veräumniskurtheil nach §§ 295 bzw. 296 zu erlassen, sofern die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen, § 300, vorliegen und die Sachlage überhaupt noch ein Veräumniskurtheil in der Hauptsache gestattet (vgl. § 427). Wenn beim Erscheinen des Rechtsnachfolgers zwar der Gegner ausgeblieben ist, der miterstehene Rechtsvorgänger aber der Prozeß-Uebernahme widerspricht, so ist betreffs dieser Vorfrage in gleicher Weise zu verfahren, wie wenn beide Parteien erschienen wären. Kann dieselbe sofort zu Gunsten des Rechtsnachfolgers entschieden werden, so gilt bezüglich eines Veräumnisk-Antrags desselben gegen den Gegner das Vorhergesagte. Ist jedoch in einem neuen Termin weiter zu verhandeln, so ist zu diesem auch der Gegner von Neuem zu laden (schon wegen § 300 Abs. 2). Ist beim Erscheinen des Rechtsnachfolgers nur der Gegner erschienen, so ist zwischen diesen beiden die Hauptsache zu verhandeln, wenn der Gegner dem Eintritt nicht widerspricht, andernfalls ist über den Widerspruch nach den vorstehenden Grundsätzen zu verfahren; über die Zurückweisung des Widerspruchs kann ein Zwischenurtheil ergehen, es kann aber auch geeignetenfalls sofort das Endurtheil in der Hauptsache erlassen werden; wird der Widerspruch für begründet erachtet, so ist, abgesehen von der daraus folgenden Abweisung des Rechtsnachfolgers durch Endurtheil, auf Antrag des Gegners gegen den nicht erschienenen Rechtsvor-

gänger das Versäumnisurtheil — beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen — zu erlassen.

Eine analoge Anwendung des § 217 und des dort zugelassenen Versäumniszwischenurtheils findet (gegen Siebenhaar 266) nicht statt.

Mit der Feststellung der Uebernahme hört der Besitzvorgänger auf, Partei zu sein. Der Prozeß wird auf den Namen des Nachfolgers als der nunmehrigen Partei fortgeführt. Derselbe hat den Rechtsstreit in der derzeitigen Lage (also auch gleichviel, in welcher Instanz) mit allen daraus hervorgehenden Partei-Rechten und Partei-Pflichten zu übernehmen. Er hat damit auch im Falle des Unterliegens die Prozeßkosten, auch die vor seinem Eintritte entstandenen, zu tragen und zu erstatten; da dies eine prozeßrechtliche Rechtsfolge des Unterliegens der Partei in der Hauptsache ist, § 87 und Vorb. 1 vor § 87. Aus demselben Grunde hat die ausgetretene Partei, da sie nicht mehr Partei ist und nicht unterliegt, das Urtheil ihr gegenüber auch nicht ergeht bzw. wirksam wird, dem Gegner nicht mehr nach § 87 für die Kosten zu haften; Hellmann 2, 35. Will der Gegner den ausgeschiedenen Vorgänger in einem besonderen Prozesse wegen der Kosten in Anspruch nehmen, so kann er einen solchen Anspruch demnach auch nicht auf § 87, sondern nur auf civilrechtliche Rechtsgründe (z. B. dolus, culpa, Schadenzufügung) gründen. In gleicher Weise kann der Ausgeschiedene auch nur seinen Gegner wegen der Kosten in Anspruch nehmen. Der im R. 22, 421 (vgl. Anm. 1 § 87) ausgesprochene Grundsatz, daß die Feststellung der Kostenpflicht nicht mittelst besonderer Klage nachgefordert werden könne, ist hier nicht anwendbar, wo eine Feststellung der Kostenpflicht zwischen der ausgeschiedenen Partei und dem Gegner in dem Hauptprozeße überhaupt nicht erfolgen kann, also kein bloßes von der Hauptsache abhängiges Accessorium bildet. Das Verhältniß des Nachfolgers zu seinem Vorgänger hinsichtlich der Kosten ist mit Rücksicht auf den Grund der Nachfolge nach dem bürgerlichen Rechte (in besonderem Prozesse) zu entscheiden; unter Berücksichtigung dessen ergibt sich auch, inwieweit die Kosten des Vorgängers dem Nachfolger als ihm entstanden nach § 87 vom Gegner zu erstatten sind.

Wegen der Kosten des Verfahrens über die Prozeßübernahme s. O.R. §§ 26 Nr. 3, 29, AnwObD. §§ 20, 29.

6) Will der Gegner die Prozeßübernahme des Nachfolgers verlangen, so muß er nach den allgemeinen Grundregeln der §§ 119, 191 den Nachfolger und die bisherige Gegenpartei, welche ebenfalls die Voraussetzungen bestreiten und widersprechen kann, laden, und nöthigenfalls die von ihm zu behauptenden Voraussetzungen des § 237 beweisen. Dies entspricht auch der im gem. Prozesse allerdings nur gegen den Singularsuccessor des Klägers zulässigen *citatio ad reassumendum*. (Weßell § 6 R. 12.) Erscheint der geladene Rechtsnachfolger nicht, so ist gegen denselben auf Antrag des erschienenen Gegners sofort Versäumnisurtheil — beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen, vgl. Anm. 5 — zu erlassen, sofern die andere Partei nicht der Succession des Nachfolgers in den Prozeß widerspricht, in welchem Falle zuvor über diesen Widerspruch zu verhandeln und zu entscheiden ist; die Form dieser Entscheidung richtet sich danach, welche Partetrolle der Widersprechende hat. Ist er der Kläger, so wird er, falls sein Widerspruch unbegründet ist, durch Endurtheil wegen nunmehr mangelnder Sachlegitimation abgewiesen; falls der Widerspruch begründet ist, kann darüber durch Zwischenurtheil oder erst mittelbar in dem Endurtheil über die Hauptsache entschieden werden, während der Antrag des Gegners auf Erlass des Versäumnisurtheils gegen den ausgebliebenen Nachfolger zurückzuweisen ist; wenn dagegen die widersprechende Partei der Beklagte ist, so kann, wenn über den Widerspruch abge sondert von der Hauptsache entschieden werden soll, dies immer nur durch Zwischenurtheil geschehen; ist sein Widerspruch begründet, so folgt daraus nur die Zurückweisung des Versäumnis-Antrags gegen den ausgebliebenen Nachfolger; ist er unbegründet, so muß dem Versäumnis-Antrage stattgegeben werden. Wenn der Gegner des geladenen Rechtsnachfolgers im Termine ausbleibt, so ist auf Antrag des Letzteren Versäumnisurtheil gegen den Ersteren zu erlassen, sofern nicht die andere Partei dem Eintritt des Rechtsnachfolgers widerspricht. Das Verfahren hierüber ist das Gleiche, wie in dem Falle, wo

der Rechtsnachfolger sich freiwillig zur Uebernahme meldet und dieselbe beansprucht; vgl. Anm. 5. Erscheinen sämmtliche Beteiligte, so ist über einen Widerspruch des Nachfolgers gegen seine Verpflichtung zur Uebernahme des Prozesses durch Endurtheil gegen den Gegner zu erkennen, wenn der Widerspruch begründet ist; andernfalls durch Zwischenurtheil mit der Wirkung gemäß §§ 473, 510, oder gleichzeitig in dem Endurtheil der Hauptsache; *RG.* II, 318. Will aber der Nachfolger eintreten und handelt es sich nur um einen Widerspruch gegen dessen Befugniß zum Eintritt (von Seiten der Rechtsvorgänger) so gilt das hierüber Anm. 5 Gesagte. Der Gegner des Nachfolgers hat, da auch dessen Verpflichtung die Uebernahme des Rechtsstreits in seiner zeitigen Lage betrifft, gegen denselben keine anderen Einlassungs-, Ladungs- und Mittheilungsfristen zu beobachten, wie wenn der Prozeß gegen den früheren Gegner fortgesetzt würde. Vgl. § 123 und vorst. Anm. 5.

Hinsichtlich der Stellung der Beteiligten nach Feststellung des Prozeßtritts und der Kosten gilt das in Anm. 5 Bemerkte aus gleichen Gründen.

7) Dem Rechtsvorgänger ist von der *CP.* kein Mittel gegeben, in demselben schwebenden Prozesse seinen Rechtsnachfolger zur Prozeßübernahme zu nöthigen, vgl. Vorb. vor § 61. Er kann deshalb nur im besonderen Prozeße auf Liberation u. s. w. klagen.

### § 238.

Die Bestimmungen des § 236 Absatz 3 und des § 237 kommen insoweit nicht zur Anwendung, als ihnen Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Erwerb beweglicher Sachen, über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs und über den Erwerb in gutem Glauben entgegenstehen.<sup>1)</sup> In einem solchen Falle kann dem Kläger, welcher veräußert oder jedirt hat, der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden.<sup>2)</sup>

*R. 230. N. 202. P. 79. 543.*

1) Durch § 238 sollen die civilrechtlichen Vorschriften

- a) über den Erwerb beweglicher Sachen, welche mehr oder weniger eingreifend auf dem Grundsätze beruhen: „Hand muß Hand wahren“, vgl. *COB.* Art. 306, 307; *code civil* Art. 2279, 2280; *RR.* I 15 §§ 42 ff., I 2 § 138; *Dernburg* I, § 248; *DöL.* 30, 69; *Sächsisches Recht* III 2 Art. 1, 2, III 4 Art. 9; *DöL.* 53, 180; 65 103; *ROp.* 18, 1, 2;
- b) über den Erwerb auf Grund des Grund- oder Hypothekenbuchs — vgl. §§ 1, 4, 7, 9, 11, 18, 38 *preuß. Eigenth.-Ges.* 5. *Mai* 1872;
- c) über den Erwerb im guten Glauben — *COB.* Art. 306, 307; *ROp.* 19, 83 — *RR.* I 15 §§ 24 ff., 44

aufrecht erhalten werden, insoweit nach diesen Vorschriften im Widerspruche mit den Bestimmungen des § 236 Abs. 3 und des § 237 der Rechtsnachfolger nicht verpflichtet ist, die gegen seinen Vorgänger ergangene Entscheidung über die streitige Sache, oder den streitigen Anspruch als gegen ihn wirksam anzuerkennen, § 236 Abs. 3, bzw. nicht berechtigt oder verpflichtet ist, den noch schwebenden Rechtsstreit der Kategorien des § 237 als zugleich über seine Rechte entscheidend dergestalt gelten zu lassen, daß er ohne Rücksicht auf seine Rechte die bisherige Prozeßlage als für sich maßgebend anerkennen müßte. Dies ist nach dem Wortlaut des § 238 Satz 1 entscheidend. Die *Not.* 191 sagen, mehr die Erwerbssart als die Bedeutung der Abweichung des § 238 charakterisirend: „soweit es nach diesen Vorschriften für den rechtsgültigen, wirksamen Erwerb beweglicher oder unbeweglicher Sachen auf einen Mangel in dem Rechte des Auktors nicht ankommt“. „Insoweit“ nach diesem materiellen Rechte der Erwerber selbständige, vom Rechte seines Besitzvorgängers und von den Rechten Dritter unabhängige Rechte hat, also z. B. auf selbstberechtigte alleinige Verfügung über die streitige Sache oder den streitigen Anspruch auf Verweigerung der Herausgabe des Erworbenen oder auf Erstattung des von ihm Gegebenen, *DöL.* 30, 204; 35, 40, ist die Sachentscheidung nicht gegen ihn vollstreckbar, und ist er aus § 237 weder berechtigt noch verpflichtet, in einen Rechtsstreit seines Besitzvorgängers einzutreten. Er hat „info-

weit" seine Rechte selbständig gegen Jeden, also auch gegen den Gegner seines Vorgängers, durch Klage wahrzunehmen, oder deren Klage zu erwarten.

Irrthümlich meint Hellmann 2, 37, mit dem Rechte des Nachfolgers, gemäß dem § 237 in den Rechtsstreit einzutreten, kollidirten jene civilrechtlichen Vorschriften nicht, sondern nur mit seiner Verpflichtung dazu. Indes jene Vorschriften geben offenbar dem Nachfolger kein Recht, zu verlangen, daß der Gegner seine ganz begründeten Ansprüche gegen die bisherige Partei aufgeben oder beschränken oder zum nochmaligen besonderen Prozeß verlagten solle und dafür einen Gegner als „Hauptpartei“ annehmen müßte, welcher, wengleich den Prozeß in seiner dormaligen Lage übernehmend, dennoch darin zur Partei geworden, seine eigenen Rechte geltend machen könnte. Vgl. Seuffert Anm. 3.

Gemäß § 665 ist die Vollstreckbarkeit der Sachentscheidung gegen den Rechtsnachfolger nicht nur dann ausgeschlossen, wenn die Veräußerung während des Rechtsstreits, sondern auch, wenn sie erst nach der Beendigung des Rechtsstreits erfolgt. Da indes nach § 665 die Vollstreckbarkeit des Urtheils allgemein für alle Rechtsnachfolger, also auch für die Fälle des § 238 zugelassen und durch § 238 bzw. § 236 Abs. 3 nur gegen die Nachfolger des § 238 ausgeschlossen ist, so können diese ein zu Gunsten ihrer Vorgänger ergangenes Prozeßresultat benutzen und abwarten. (M. P. Mayer, Raff. 33, 337, weil nicht eadem res vorliege, was jedoch unrichtig ist.) Wollen sie jedoch vor oder nach Beendigung des Rechtsstreits ihres Auktors auf Grund ihrer selbständigen Rechte im besonderen Prozesse klagen, so kann ihnen mit Rücksicht auf die Ausschließung der § 236 Abs. 3 der Einwand der Rechtshängigkeit oder der rechtskräftigen Sachentscheidung nicht entgegengesetzt werden.

Andererseits ist § 236 Abs. 2 absichtlich nicht für unanwendbar erklärt. Für den bereits schwebenden Prozeß bleibt also die Prozeßführung im Sinne der Anm. 2 § 236 unter den bisherigen Parteien unberührt, vorbehaltlich des Rechts des Gegners, seine sachlichen Anträge nach § 240 Nr. 3 zu modifiziren. Demnach sind außer dem allgemeinen Grundsatz des § 236 Abs. 1 namentlich die Vorschriften des Abs. 2 § 236 auch dann anwendbar, wenn der Erwerber auf Grund der im § 238 berührten Vorschriften besondere Rechte hat. Der Erwerber darf auf Grund seiner Rechte nicht als selbstberechtigter Nebenintervent nach § 66 oder als Hauptintervent nach § 61 oder als Hauptpartei ohne Zustimmung des Gegners eintreten, sondern nur als Nebenintervent gemäß § 64. Ebenso Oaup. Anm. II und Seuffert Anm. 4; aM. unter Berufung auf eine frühere Ansicht des letzteren P. Mayer a. a. O. 338. Derselbe ist auch mit Wach 4, 622 der Meinung, daß für eine Nebenintervention im Falle des § 238 das rechtliche Interesse fehle; dieses wird aber für den Nachfolger des Klägers schon durch § 665, für die Nachfolger beider Parteien aber meist schon durch ihr Rechtsverhältniß zu ihrem Vorgänger begründet werden können. Das Interesse kann gerade darin bestehen, daß schon ihr Rechtsvorgänger obfiele, damit sie ihm nicht für den Schaden aufzukommen haben.

2) Der zweite Satz des § 238 ist als besondere Vorschrift zum Schutze des Beklagten gegen einen veräußernden Kläger nöthig gefunden. Wenn der Kläger als Besitzer eines Grundstücks oder einer Sache bzw. einer Forderung geklagt und unter solchen Umständen veräußert hat, daß nach den bezogenen Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Entscheidung gegen den Rechtsnachfolger wegen seiner besonderen Rechte nicht wirksam ist, so kann dem Veräußerer der Einwand entgegengesetzt werden, daß er jetzt nicht mehr sachlich legitimirt sei. (Nach O. B. Karlsruhe, Buch 7, 344 ist § 238 für Veräußerungen von Grundstücken nach bairischem Landrechte nicht anwendbar.) Hierdurch ist nicht sowohl eine Abweichung von § 236 Abs. 2 Satz 1, daß die Veräußerung auf den Prozeß keinen Einfluß hat, ausgesprochen, als vielmehr ein materiel-rechtlicher Grundsatz, welcher die sachlichen Rechte und nicht die Prozeßführung betrifft, für einen besonderen Fall hervorgehoben. Vgl. Eccius I, § 99 S. 668 ff. Während der Beklagte im Falle einer Veräußerung des Anspruchs seitens des Klägers nach § 236 Abs. 2 nur die Modifikation des Klageantrages, daß an den neuen Erwerber geleistet werde, erreichen kann, steht ihm nach § 238 das Recht zu, auf Grund des Einwandes der mangelnden Sachlegitimation die Abwei-



fung des Klägers zu verlangen. Allerdings ist es seine Sache, ob er von diesem Rechte Gebrauch machen will oder nicht; letzterenfalls geht der Prozeß weiter. Wenn der Einwand mangelnder Sachlegitimation nicht erhoben wird, erstreckt der Beklagte nur ein gegen seinen Gegner, und zufolge der Ausschließung des § 236 Abs. 3 nicht gegen den Nachfolger wirksames Urtheil. Im Uebrigen ist hinsichtlich der Prozeßstellung im schwebenden Prozesse der § 236 Abs. 2 auch in Betreff des veräußernden Klägers und seines Nachfolgers anwendbar. — Die Worte: „der Kläger, welcher veräußert hat“, beziehen sich auch auf die Veräußerung von Wertpapieren und Wechseln, abgesehen von dem außergewöhnlichen Falle der Session eines Wechselanspruchs, vgl. *COB.* Art. 307. *RR.* Endemann I, 30; v. Sarwey I, 361. Der zehrende Kläger kommt hier wesentlich bei Sessionen von Hypothekenforderungen und Grundschulden in Betracht; § 38 Bef. 5. *Rat* 1872.

Für den Fall, daß der Beklagte eine Sache, welche der Kläger beansprucht, veräußert, daß der Erwerber nach den Vorschriften des § 238 selbständige Rechte erwirbt und einer für den Kläger ergehenden Entscheidung oder einer Zwangsvollstreckung entgegensetzen könnte, sind besondere Bestimmungen nicht getroffen. Es bleibt daher darn bei den Grundfällen des § 236 Abs. 2 unter Ausschließung des Abs. 3. Der Kläger kann gegen den Beklagten den Prozeß fortsetzen, etwa unter Aenderung des Antrags gemäß § 240 Abs. 3 auf Wiederbeschaffung der Sache, auf Schadloshaltung rückfichtlich der erfolgten Veräußerung zc.

### § 239.

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die sonstigen Wirkungen der Rechtshängigkeit bleiben unberührt. Diese Wirkungen, sowie alle Wirkungen, welche durch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage, an die Ladung oder Einlassung des Beklagten geknüpft werden, treten unbeschadet der Vorschrift des § 190 mit der Erhebung der Klage ein.<sup>1)</sup>

**R. 231. N. 203. P. 79. 543.**

1) Der § 239 Satz 2 enthält die Anerkennung der namentlich schon von Savigny (*System* 6, § 278 S. 324 im Anschlusse an Fommel, *Intentis* und *Riculfis*) betonten letzten Konsequenz der Rechtsentwicklung betr. das Entstehungsmoment der *litis contestation* im deutschen Prozesse, wie solche auch schon im Justinianischen Rechte angedeutet lag (vgl. *Wetzel* § 14 Nr. 85, 86, 63). Soweit die Rechtshängigkeit oder die Anstellung, Mittheilung oder Anmeldung der Klage, die Ladung oder die Einlassung des Beklagten (*litis contestation*) civilrechtliche oder irgend welche rechtliche Wirkungen haben, sollen diese Wirkungen mit der Erhebung der Klage eintreten (§§ 230, 461, 471). Dieselben Wirkungen treten folgerichtig auch in den der Klage-Erhebung in Betreff der Rechtshängigkeit gleichgestellten Fällen der §§ 254, 633 mit der Erhebung eines Anspruchs in der *m. R.*, *RO.* 30. Jan. 1891, *ZZ.* 146, 151, und mit der Zustellung des Zahlungsbefehls im *Rahnverfahren* ein, vgl. *Ann.* 2 § 633, ferner in Betreff der Unterbrechung der Verjährung oder einer Frist in den Fällen des § 190 in der dort angegebenen Zeit. Dem entsprechend ist auch im *CO.* § 13 Abs. 3 der Art. 80 *BD.* dahin geändert, daß die Verjährung auch nach Maßgabe der §§ 190, 254, 461 Abs. 2 und 471 Abs. 2 unterbrochen wird. Ueber Unterbrechung der Verjährung durch Erhebung der Feststellungs-Klage *Ann.* 4 § 231, durch Ladung zum Sühnetermin in *Ehesachen* § 571 Abs. 2, durch Anmeldung im Konkurse *RO.* § 13 u. *CO.* z. *RO.* § 3 Abs. 3. Durch den § 239 werden alle Wirkungen betroffen, welche das bürgerliche Recht an die Rechtshängigkeit oder an die Anstellung, Mittheilung oder gerichtliche Anmeldung der Klage oder daran, daß der Beklagte geladen ist oder sich einläßt, knüpft. Dahin gehören, ohne Rücksicht, ob sie Folgen der Rechtshängigkeit sind, *RO.* 33, 394, je nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Unterbrechung der Verjährung und Eröffnung, der Einfluß auf *mora* (vgl. *RO.* 15. *Dkt.* 1887, *ZZ.* 474), Verzinsung, *mala fides*, Qualifikation des Besitzes,

Verpflichtung zur Herausgabe von Früchten, Accessionen und Bereicherung des Beklagten, Uebergang der sonst nicht vererblichen Klagen, Konsumtion des Wahlrechts für alternative Forderungen (vgl. R.D.F. 3, 201, 275, 7, 389 zu § 608. Art. 354 ff.), soweit nicht eine Aenderung der Wahl zulässig ist (vgl. A.R. I 5 §§ 326—328; DöE. 70, 86, 252; Strieth. 92, 6) u. Für das preuß. Recht sind hierdurch insbesondere die Vorschriften des A.R. I 7 § 222; I 9 §§ 551—556, 603—610; I 11 §§ 1158, 1159; I 16 § 71; A.O.D. I 7 § 48 d betroffen bzw. modifizirt. Vgl. Eccius I, § 51; Dernburg I, §§ 130, 131, 133. Auch die Vorschrift des preuß. A.O. 24. März 1879 § 2, daß die (nach den Preuß. Landesgesetzen) zulässige Berufung auf den Rechtsweg gegen nichtrichterliche Entscheidungen nur durch Erhebung der Klage erfolgen kann, Anm. 1 § 230, disponirt über die materienrechtliche Befugniß zur Beschreitung des Rechtsweges und die Präklusion dieses Rechts bei Nichtwahrung der nunmehr durch den § 2 bestimmten Frist. Für die in Reichsgesetzen oder in nichtpreussischen Landesgesetzen zugelassene „Berufung auf den Rechtsweg“ ist jedoch selbstredend das Preuß. Ausf. Bes. nicht maßgebend. Nach A.O. 30. Jan. 1891, S.B. 150, ist unter diesem Ausdruck jede Erklärung einer Partei zu verstehen, durch welche sie ihren Willen kundgibt, den Rechtsweg gegen die Entscheidung der Verwaltungsinstanz zu beschreiten, vgl. A.O. 18. April 1893, R.A.R. 38, 187. In § 72 Bes. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890 wird statt der „Berufung auf den Rechtsweg“ die Erhebung der Klage gefordert.

Die Wirkungen der Art und Weise der Einlassung werden durch den § 239 nicht berührt; so die prozessualischen Folgen stillschweigenden Verzichts oder stillschweigender Zustimmung; ebenso nicht die Vorschriften, welche das bürgerliche Recht nicht an die Thatsache der Einlassung überhaupt, sondern an eine bestimmte Art derselben knüpft, z. B. die gemeinrechtliche Haftung dessen, welcher als Besitzer belangt, sich als solchen ausgiebt, qui liti so obtulit; Strudmann-Roch Anm. 2, 3; Caupp Anm. I. — Die Wirkungen, welche zu gleichen Zwecken civilrechtlich mit anderen, als den im § 239 bezeichneten Akten verbunden sind, so mit Grundbuch-Eintragungen (A.R. I 4 § 19, I 9 § 511), Protestationen (A.R. I 9 § 603), Arresten und einstweiligen Verfügungen nach franz. R. (Kleiner 2, 48) bleiben ebenfalls aufrecht erhalten.

Eine Klageanmeldung, welche die G.P. überhaupt nicht kennt, unterbricht die Verjährung nicht mehr; A.O. 5. Febr. 1881, Ballm. 342. Auch für das amtsgerichtliche Verfahren sanktionirt (gegen Siebenhaar 270) der § 457 weder eine Klageanmeldung, noch andere Wirkungen der Klageeinreichung, als aus §§ 458, 233 hervorgehen. Die nach bisherigen Vorschriften geltenden civilrechtlichen Wirkungen einer bloßen Klageanmeldung sind durch § 239 beseitigt und hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung für § 14 des Postgef. 28. Okt. 1871 durch § 13 Nr. 4 G.O. ausdrücklich aufgehoben. In Folge dessen hat auch die Litisbenutzung (Streitverkündung), welcher bisher, weil sie eine Klageanmeldung enthalte, für das preussische Recht die Wirkung einer Verjährungs-Unterbrechung beigegeben wurde, DöE. 25, 325, Präj. Nr. 2451, R.D.F. II, 289, diese Wirkung nicht mehr; A.O. 10, 290, Eccius I § 57 Rt. 55, Dernburg I § 168 Rt. 13, A. Förster Anm. 4 § 171, Rünkel, R.A.R. 21, 471 ff., 517 ff. A.R. Brettner, S.B. 1887 S. 408 ff., vgl. Anm. 1 § 70. Nur für Wechselforderungen ist die ausdrückliche reichsgesetzliche Vorschrift des Art. 80 B.D., daß die Streitverkündung hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung die Stelle der Klagebehändigung vertritt, in dieser Beziehung durch § 13 Abs. 3 G.O. nicht geändert, sondern aufrecht erhalten.

Der § 239 knüpft alle diejenigen civilrechtlichen Wirkungen, durch welche der Einfluß der Dauer des Rechtsstreits auf das streitige Rechtsverhältniß vorzugsweise für den Kläger unschädlich gemacht oder ausgeglichen werden soll, an den Zeitpunkt der Klageerhebung; dagegen entscheidet er nicht die Frage, welcher Zeitpunkt für die das beanspruchende Recht bedingende Sachlage und das darauf zu gründende Urtheil maßgebend sein soll. Aus dem mit dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit verknüpften Verbote der Klageänderung (§ 235 Nr. 3) folgt, daß (abgesehen von dem Falle einer vom Gegner gestatteten oder sonst zulässigen Klageänderung) die Existenz des beanspruchten Rechts in der Person des Klägers zur Zeit der Klageerhebung Voraussetzung der Beurtheilung ist, und daß der spätere Erwerb des

Rechts im Laufe des Prozesses die Beurtheilung nicht herbeiführen kann (vgl. Anm. 1 § 240; Savigny System 6, § 262 S. 65 ff.), demgemäß ist auch hinsichtlich der in den §§ 236 ff. erwähnten Sachlegitimationen die Zeit der Erhebung der Klage entscheidend (Anm. 2 § 236), soweit nicht Veränderungen nach §§ 237, 217, 218 zu berücksichtigen sind; hinsichtlich sonstiger faktischer Veränderungen — insbesondere auch bei Eintritt der Bedingung oder der Fälligkeit bedingter bzw. betagter Ansprüche, Besitz des Beklagten bei Bindifikation u. dgl., überhaupt für die Bedingungen der actio nata soweit nicht eine Klageänderung in dieser Beziehung vorliegt, vgl. Anm. 1 § 240, Savigny a. a. O. 73 ff. — ist der Schluß der mB. vor dem Urtheil entscheidend, vgl. R. 1, 425; 8, 415; 20. Okt. 1886, ZM. 346; 2. Dez. 1887, ZM. 1888; 3. Dez. 1890, ZM. 91; 13. Febr. 1893, ZM. 199; 11. April 1894, ZM. 240, SA. 50, 96; Regelsberger, Pandekten I § 194 S. 691; ferner Not. z. bürgerl. Ges. Entw. 1, 364 f.; Anm. 3 § 251. Durch die Zurücknahme der Klage werden alle Wirkungen der Rechtshängigkeit sowie der Klagerhebung wieder beseitigt, § 243 Abs. 3.

### § 240.

Als eine Aenderung der Klage ist es nicht anzusehen, wenn ohne Aenderung des Klagegrundes<sup>1)</sup>

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

E. 232. N. 204. P. 79. 540—543.

1) Zulässige Aenderungen der Klage sind a) alle von dem Beklagten bewilligten, § 235 Nr. 3, in erster Instanz; vgl. § 489; b) solche, gegen welche das Widerspruchsrecht des Beklagten nach § 241 präkludirt ist; c) Aenderungen, welche ohne Aenderung des Klagegrundes unter die Bestimmungen des § 240 fallen, und nach § 240 nicht als Aenderungen der Klage „angesehen“ werden sollen. Eine unzulässige Aenderung ist, sofern der Beklagte zeitig widerspricht, jede Aenderung des Klagegrundes, sowie jede nicht unter § 240 Nr. 1—3 fallende Aenderung des Klageantrages oder Gegenstandes und jede gesetzlich unzulässige Aenderung der Prozeßparteien (vgl. §§ 72, 73, 217 ff., 237). Dies folgt aus der Vorschrift des § 230 über die wesentlichen Erfordernisse der Klage, in Verbindung mit §§ 240, 241; R. 11, 341; 14, 428; 19, 185; 26. Nov. 1883, ZM. 1884, S. 44, 45; 18. Nov. 1885, RaffR. 30, 443; 29. April 1887, ZM. 271; 4. Okt. 1889, SA. 46, 218; 26. Febr. 1890, ZM. 111, SA. 45, 470; 28. Mai 1891, ZM. 350; RaffR. 35, 1185; 22. Juni 1891, ZM. 412; Kammerger., SA. 44, 99. Ausnahmen: §§ 253, 574 u. Anm. 2. (Abw. will OLG. Cassel 31. Okt. 1892, SA. 460, eine Aenderung der Prozeßparteien nicht unter den Begriff der Klageänderung subsumiren, sondern als einen unhellbaren Verstoß gegen absolutes Prozeßrecht ansehen; ähnlich Kleinfeller, Jur. Monatschr. 3, 139; Dettler, Jur. Literaturbl. 6, 14; vgl. dagegen auch OLG. Braunschweig, SA. 48, 222.) Das Verbot der Aenderung der Klage betrifft auch die eventuellen Anträge, wie auch umgekehrt für diese die Nr. 1—3 des § 240 gelten; R. 32, 3. Dafür, ob der Klagegrund geändert, ist der Begriff des Klagegrundes, wie er in Anm. 5 § 230 angegeben ist, entscheidend. Das Urtheil, welches über den individuellen, mit bestimmtem Klagegrunde geltend gemachten Anspruch ergeht, trifft wesentlich den Klagegrund; § 293 Abs. 1, und man kann daher mit der Badischen Proz.-D. § 254 und mit v. Amberg im P. 543 sagen: „eine Klageänderung ist als vorhanden anzunehmen, wenn eine rechtskräftige Abweisung der ursprünglichen Klage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache gegen

die veränderte Klage nicht begründen würde“; **R. 14**, 347. Durch diese Parallelistrung ist aber nichts weiter gewonnen, als daß die *exc. rei judicatae* ebenfalls den bestimmten Klagegrund betrifft. Maßgebend ist zur Vermeidung der Aenderung des Grundes, daß die Identität des in der Klage geltend gemachten individuellen konkreten Rechtsanspruchs gewahrt bleiben muß. Insofern für diese Identität die Zeit oder andere Nebenumstände erheblich sind, bleiben sie auch für eine Aenderung bestimmend; andernfalls nicht. Für ein Darlehn oder ein Kaufgeschäft kann die Zeit durchaus unerheblich sein, wenn feststeht, daß derselbe Akt gemeint ist, und wieder eine wesentliche Aenderung begründen, wenn verschiedene Geschäfte in Frage kommen; **Caupp Anm. I**. Vgl. **Fitting, civ. R.** 61, 422. Eine Aenderung des Klagegrundes liegt unbedenklich vor, wenn der Entstehungsgrund des eingeklagten Anspruchs auf ein anderes Rechtsgeschäft zurückgeführt wird, z. B. auf Mandat oder Darlehn, statt der ursprünglich behaupteten *negotiorum gestio*; **R. 18**. Februar 1890, **JW.** 1891 S. 5. So ist auch die Substituierung eines anderen Anfechtungsgrundes aus dem Reichs-AnfGes. oder der **R.D.** §§ 23 ff. als Klageänderung zu erachten; **R. 22**, 389; (**aM. Seuffert Anm. 2**; **Cosack, Anf.** 224); die Substituierung eines anderen Anfechtungsgrundes aus § 867 für die Klageanfechtung eines Schiedspruchs, **R. 23**. 432 (**aM. Seuffert Anm. 2**); desgleichen der redhibitorische Anspruch aus einem Kauf gegenüber dem Ansprüche daraus, daß das Rechtsgeschäft nichtig sei, **R. 9**. Okt. 1891, **JW.** 526; **SA.** 47, 235; der Anspruch aus der Zugehörigkeit der Partei zu einer Gesellschaft gegenüber dem Ansprüche aus der Nichtzugehörigkeit, **R. 17**. Okt. 1893, **JW.** 540. Als Aenderung des Klagegrundes ist es dagegen nicht anzusehen, wenn durch die in der Klage behaupteten Thatfachen auch ein anderes, als das in der Klage bezeichnete Fundament begründet ist, **R. 4**. Jan. 1893, **JW.** 94, wenn statt des Darlehns aus den Klagebehauptungen rechtlose Bereicherung hergeleitet wird, **R. 8**, 89, 91, wenn gemäß **R.N.** I 11 § 867 das Fundament eines Darlehnsschuldscheins in Folge einer Einrede durch Darlegung des wahren dem Schuldschein zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses aufgedeckt wird; **R. 14**. Febr. 1891, **Raff.** 35, 1196, **JW.** 212; wenn ein Theil der Klagebegründung fallen gelassen wird, um den Antrag, wenn auch mit Modifikationen allein auf den übrigen Theil zu gründen; **R. 23**. März 1892, **JW.** 271, wenn nicht der Entstehungsgrund des Klagerichts geändert, sondern nur erläuternde oder ergänzende (vgl. **Kr. 1**) Bemerkungen über die Entstehungsact desselben ohne Substituierung eines anderen Rechtsverhältnisses gemacht werden, z. B. wenn das in der Klage behauptete Darlehn dahin erläutert wird, daß dasselbe aus der Novation einer andern Obligation entstanden sei, **R. 10**, 395, oder für eine Verpflichtung aus *negotiorum gestio* Anerkennung geltend gemacht wird, **R. 26**, 391; oder wenn bei einem Schadensersatz-Ansprüche die Art oder Höhe der Entschädigung unter Nichtstellung der Folgen der schädigenden Handlung modifizirt werden; **R. 14**. Okt. 1885, **JW.** 353; nach **R. 23**. März 1888, **SA.** 44, 100 auch dann nicht, wenn die auf § 120 **Gew.D.** gestützte Entschädigungsklage in der Folge auf § 2 des **Haftpflichtgef.** gegründet wird, weil hierin keine wesentliche Aenderung des Entstehungsgrundes zu finden ist; vgl. auch **Anm. 2** zu 2. Sowie es überhaupt nicht nöthig ist, in der Klage bestimmte gesetzliche Vorschriften oder rechtliche Gesichtspunkte zur Begründung des Klageantrages anzugeben, so kann auch eine spätere Bezugnahme auf solche in der Klage nicht angeführten Rechtsnormen keine Aenderung des Klagegrundes sein, selbst wenn in der Klage anderweitige Rechtsnormen bezogen waren, (vgl. **Kr. 1** § 240), vorausgesetzt, daß der Thatbestand und die Qualifikation des Anspruchs (vgl. weiter unten) im Wesentlichen dieselben bleiben; **R. 30**. April 1885, **JW.** 241; 7. Juli 1885, **SA.** 41, 448; 27. Febr. 1890, **Raff.** 34, 724, und daß namentlich durch das Heranziehen einer anderen Rechtsnorm nicht eine andere Tragweite des beanspruchten Rechts (anderer Umfang, andere Dauer) begründet wird, **R. 10**. Okt. 1891, **JW.** 510, vgl. auch **Kammerger., Bl.f.R.** 4, 24. Die Geltendmachung der kassatorischen Klausel für Fälligkeit einer Kapitalschuld (z. B. bei Nichtzahlung von Zinsen oder Kapitalraten) hat das **R.** (18. Mai 1886, **Bolge** 3, 581) auch in Bezug auf diejenigen Terminsraten für zulässig erachtet, welche erst nach Zustellung der Klage fällig geworden sind; davon jedoch wieder eine Ausnahme für

den Fall gemacht, daß behufs Verwirkung der Kapitalrate noch eine besondere Thätigkeit des Gläubigers (z. B. Präsentation des Zinscoupons) erforderlich ist; *R.* 2. Dez. 1887, *ZB.* 1888 S. 10. Die Nachbringung der bei der Erhebung der Klage noch fehlenden Sachlegitimation (z. B. durch eine dazu erforderliche Session des eigentlichen Forderungsberechtigten) ist als eine Klageänderung zu erachten, *R.* in Sachen Grund wider Stadgem. Berlin, vgl. *Ann.* 5 § 230, *Ann.* 1 § 239 *Schl.*; vgl. *Bl.f.R.* 5, 36; ebenso ist die Aenderung der Begründung der Sachlegitimation, Berufung auf Session gegenüber der Berufung auf Assignation, eine unzulässige Klageänderung, *R.* 29. März 1893, *ZB.* 267 (abw. *R.* 13. Febr. 1893, *ZB.* 199, *SA.* 49, 222); bedenklich erscheint die Entscheidung des *R.* 9. April 1891, *SA.* 47, 236, wonach eine Klageänderung vorliegen soll, wenn bei einem Vertrage über Handlungen ursprünglich Mangels Vereinbarung der Preise angemessene Vergütung gefordert und demnachst der Anspruch auf die vom Best. eingewandte Preisvereinbarung gestützt wird. War in der Klage überhaupt kein Klagegrund angegeben, so ist eine s. g. exc. mutali libelli nicht zu erheben; bei Widerspruch des Beklagten ist aber auf Grund des § 230 Nr. 2 die mangelhafte Klage abzuweisen; *Ann.* 5 § 230; v. Sarwey I, 363. Thatsachen, welche lediglich als Replik auf eine Einrede des Beklagten dienen sollen, können natürlich nicht als Aenderungen des Klagegrundes angesehen werden; *R.* 29. März 1889, *ZB.* 204.

Da hier ebenso wie im § 230 nicht allein der Entstehungsgrund des klagertischen Anspruchs, sondern auch die konkreten Bedingungen der actio nata zum Klagegrunde zu rechnen sind, vgl. *Ann.* 5 § 230, (*AR.* Caupp *Ann.* I A am *Schl.* S. 482, abw. von *Ann.* III 3 § 230 S. 437), so liegt in einer wesentlichen Veränderung des für diese Bedingungen behaupteten Thatbestandes auch eine Aenderung des Klagegrundes. Inwiefern dabei Abänderungen hinsichtlich des Zeitpunktes u. dgl. wesentlich sind oder nicht, hängt ebenso wie bei dem Entstehungsgrunde (vgl. oben) davon ab, ob dadurch die Identität des Thatbestandes verändert wird oder nicht; vgl. *R.* 22, 221. Dafür, ob die in der Klage behaupteten Bedingungen der Aktivität als vorhanden anzunehmen sind, ist allerdings der Zeitpunkt der Urtheilsfällung entscheidend; vgl. *Ann.* § 239 a. E.

Eine Aenderung des Klagegegenstandes liegt sowohl dann vor, wenn der Gegenstand der Leistung verändert, als auch dann, wenn der Gegenstand des Anspruchs anders qualifizirt wird, vgl. *Ann.* 4 § 230. Nach beiden Richtungen ist der Gegenstand verändert, wenn z. B. statt einer ursprünglich als Schadensersatz geforderten Selbstsumme die Bornaehme von Handlungen zur Beseitigung der Nachtheile und Abwendung derselben für die Zukunft gefordert wird; *R.* 24. Sept. 1888, *Raff.* 33, 1164. Alle Aenderungen des Gegenstandes sind unter der Voraussetzung der Nr. 3 (als Folge später eingetretener Veränderung ohne Aenderung des Klagegrundes) zulässig. Auch der Uebergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage und umgekehrt enthält eine solche Veränderung des Klagegegenstandes, vgl. *Ann.* 6 § 231, und ist deshalb nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässig; *AR.* Schmidt, *Klageänd.* 188 ff., 199; vgl. *R.* 9. Jan. 1885, *ZB.* 60. Bei Gelegenheit der Beurtheilung von Schadensersatzansprüchen hat das Reichsgericht mehrfach den Grundsatz ausgesprochen, daß der Uebergang von der Leistungs- zur Feststellungsklage und umgekehrt keine Klageänderung darstelle, auch wenn die Voraussetzungen der Nr. 3 § 240 nicht vorliegen (unter Billigung von Caupp u. Seuffert); *R.* 23, 349, 416; 27. Junt 1889, *SA.* 45, 95, *ZB.* 305, vgl. *R.* 11. Dez. 1894, *ZB.* 1895 S. 40. Diese Entscheidungen mögen im praktischen Resultat richtig sein, aber theoretisch nur dann, wenn die Klage auf Beurtheilung zum Schadensersatz unter Vorbehalt der Liquidation (abweichend von *R.* 21, 382, vgl. *Ann.* 6 § 230) als Leistungsklage anzusehen ist, oder wenn man annehmen darf, daß die Leistungsklage nur ein plus, nicht ein aliud gegenüber der Feststellungsklage verfolge (vgl. *Ann.* 2 zu 2), und daß der Klagegrund beider einschließlic der Bedingungen der actio nata sich in allen Fällen decke, was hinsichtlich der letzteren nicht zugegeben werden kann; vgl. zu § 231.

Auf Einreden, also auch auf Kompensationseinreden ist das Verbot der Klageänderung schon begrifflich nicht anwendbar; vgl. auch § 251. (*AR.* Schollmeyer

Kompensationseinrede 106, auf Grund seiner Theorie der „unentwickelten Widerklage.“ Die Präjudizialinzidentklage des § 253, sowie die Widerklage unterliegen dagegen dem gleichen Verbote von dem erst gemäß § 254 eintretenden Zeitmomente der Rechtshängigkeit ab; Struchmann-Roch Anm. 1; Böning, Busch 4, 143. Daraus, daß sie nach §§ 251, 253 bis zum Schlusse der m. B. vor dem Urtheile geltend gemacht werden können, ist (gegen Lippmann, cit. R. 65, 358 ff.; Kleiner 2, 56) nicht zu folgern, daß sie auch bis dahin beliebig geändert werden können. Aus der Bestimmung des § 254 über den Zeitpunkt ihrer Rechtshängigkeit folgt vielmehr, daß mit diesem für sie auch die „Wirkungen der Rechtshängigkeit“, § 235 Abs. 2, also auch § 235 Nr. 3 eintreten. Die §§ 240—243 enthalten dabei, den § 235 Nr. 3 ergänzend, nur einen Theil der Vorschriften über die Rechtshängigkeit, welche im Ganzen in den §§ 236—243 abgehandelt wird. Aus dem Charakter jener Klagen als Angriffsmittel, welchen auch die Widerklage neben der Qualität des Bertheidigungsmittels hat, folgt ferner, daß sie, einmal erhoben, dem Rechte des Gegners auf eine Urtheilsentscheidung darüber unterliegen und als begriffliche Klagen dem Verbote der Zurücknahme gegen § 243 unterworfen sind. Ueberhaupt finden zufolge ihres Charakters als Klagen die für diese gegebenen Vorschriften der C.P. auf sie Anwendung, soweit die C.P. nicht Ausnahmen erkennen läßt. Demnach ist weder die Anwendbarkeit des § 243 noch die des § 240 hinsichtlich des Verbots der Aenderung auf Widerklagen und Inzidentfeststellungs-Klagen zu bestreiten. Vgl. R. O. 29, 365.

Die f. g. Einrede der Klageänderung — eigentlich das Bestreiten der Existenz der nöthigen Klageerfordernisse für diesen Prozeß — ist nach § 247 Abs. 2 („nur“) keine prozeßändernde Einrede, Westerb. R. 24, 170. Die Verhandlung zur Hauptsache kann also nicht nach § 248 verweigert werden. Das Gericht kann aber von der Befugniß des § 137 zur abgesonderten Verhandlung Gebrauch machen. Der Widerspruch ist ein selbständiges Bertheidigungsmittel im Sinne der §§ 137, 275 als präjudizialer Streitpunkt für den gegenwärtigen Prozeß, da er, wenn begründet, die Ablehnung der geänderten Klage für diesen Prozeß bewirkt. RR. Westerb. a. a. O. 176 ff. (vergl. gegen denselben Aufl. 5). Wird der Widerspruch als rechtzeitig (§ 241) und begründet erachtet und die geänderte Klage in Folge dessen abgelehnt, so ist hierüber ein Endurtheil zu erlassen (vgl. Anm. 1 § 242); das Gericht hat dabei auf Antrag auch die ursprüngliche durch Aenderung eines der wesentlichen Erfordernisse hinfällig gewordene Klage abzuweisen (vgl. Anm. 4 § 235), sofern diese nicht gemäß § 243 ausdrücklich zurückgenommen wird. Daß Kläger auf die frühere Klage in demselben Prozesse — ohne Einwilligung des Beklagten — wieder zurückkommen könne (wie Seuffert Anm. 2 § 241), ist nicht zuzugeben. Die einmal geschlossene Aenderung der Klage kann nicht als ein bloßer Versuch betrachtet werden, bei dessen Fehlschlagen die frühere Klage wieder auflebt; Anm. 3 § 243. — Ist der Widerspruch unbegründet oder verspätet (§ 241), so ist unter Zurückweisung desselben über die geänderte Klage allein zu erkennen; ebenso wenn kein Widerspruch erfolgt ist, Anm. 4 § 235; auch durch Versäumnisurtheil nach vorgängiger gehöriger Mittheilung der zulässigen Aenderung, in welcher Beziehung indeß Rechtsausführungen, sowie Beschränkungen des Antrags seiner vorgängigen Mittheilung bedürfen. Es genügt, das Nichtvorliegen (§ 242) oder die Zulässigkeit der Aenderung in den Gründen auszuführen. Die Zurückweisung des Widerspruchs durch besonderes Zwischenurtheil kann mit Rücksicht auf § 242 nur den Zweck haben, ein späteres Zurückgreifen auf den Widerspruch nach § 289 zu beseitigen.

Für die Frage, auf welchen Grund hin der Anspruch erhoben worden, behufs der Entscheidung, ob eine Klageänderung in früherer Instanz stattgefunden hat, ist nicht der Thatbestand des Urtheils in Betreff des Klageinhalts, sondern der Inhalt der Klageschrift maßgebend, insofern nicht nach dem Thatbestande erkennbar die Angabe des Klagegrundes eine Einschränkung erfahren hat; R. O. 9. Dez. 1882, 3 B. 1883 S. 75. Vgl. Anm. 4 § 235.

Die Aenderung der Klage kann Einfluß auf die örtliche (z. B. § 25) oder sachliche Zuständigkeit (C. B. §§ 23, 70) oder die Zugehörigkeit vor eine andere Kammer (C. B.

§§ 100—106) haben. Bei nicht widersprochenen Aenderungen gilt die hierdurch herbeigeführte Zuständigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen, §§ 38 ff., für genehmigt, vorbehaltlich der Nothwendigkeit (§ 40) oder der Zulässigkeit (OB. §§ 103, 105) der Berücksichtigung von Amtswegen. Dem Beklagten bleibt unbenommen, die Aenderung der Klage an sich zuzulassen, aber der geänderten den Einwand der Unzuständigkeit entgegenzusetzen. Zu beachten sind dabei die §§ 249, 466, 467, OB. 102—106.

2) Die in § 240 Nr. 1, 2, 3 bestimmte Zulassung von Aenderungen ist eine gesetzliche Deklaration des im § 235 Nr. 3 angewendeten Begriffs der Klageänderung; diese Aenderungen sind daher auch in der Berufungsinstanz zulässig, §§ 489, 491. Soweit die Aenderungen den Widerruf von Geständnissen enthalten, welche in der mündlich vorgetragene Klage abgegeben sind, ist die Zulässigkeit dieses Widerrufs nach § 263 besonders zu prüfen; Buchst. 2, 29.

Nr. 1. Inwieweit thatsächliche oder rechtliche Anführungen ergänzt oder berichtigt werden können, ist danach zu bestimmen, ob dadurch das den Klagegrund bildende und den Klageantrag bestimmende (vgl. Buch 10, 521) individuelle Rechtsverhältnis geändert wird; Anm. 1. Vgl. R. 4, 248; 21. Okt. 1887, JW. 474, DZS. Hamburg, SA. 46, 219 u. Anm. 1.

Nr. 2. Ebenso hängt es von dem Begriffe und dem Umfange des Klagegrundes ab, inwieweit eine nach Nr. 2 zulässige Erweiterung des Antrags in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen ohne Aenderung des Klagegrundes stattfindet. Die auf Zahlung von Zinsen für einen bestimmten Termin gerichtete Klage auch auf Zahlung späterer Zinsraten desselben Kapitals auszubehnen, ist in der Praxis mehrfach als nach § 240 Nr. 2 zulässige Erweiterung angesehen worden. Unzweifelhaft ist die Zulässigkeit der Erweiterung eines Kapitals-Anspruchs auf die damit verfallenen Zinsen auch für die Zeit vor der Klage-Erhebung, DZS. 3. Dez. 1885, SA. 11, 364; ebenso die Erhöhung einer geforderten Entschädigung, R. 28, 426. Wegen Uebergangs von der Feststellungs-Klage zur Leistungsklage und umgekehrt unter dem Gesichtspunkte der Erweiterung bzw. Beschränkung des Antrags vgl. Anm. 1 Abs. 3. Den (in zweiter Instanz) auf Zahlung gerichteten Antrag auf Grund eines Anspruchs, der in erster Instanz bei Begründung einer negativen Feststellungsklage als Kompensandum auf eine Gegenforderung des Beklagten geltend gemacht war, erachtet das R. 14, 346 als eine zulässige Erweiterung im Sinne des § 240 Abs. 2 bzw. § 491 Abs. 2, was nicht unbedenklich erscheint. Für den Begriff der Erweiterung oder Beschränkung ist entscheidend, ob ein Plus oder Minus gegenüber dem ursprünglichen Klageantrage — nicht ein aliud — gefordert wird. Letzteres würde eine Aenderung des Klagegegenstandes sein, welche nur nach Maßgabe der Nr. 3 und des § 253 zulässig ist. Einer rein formalistischen Anwendung des Begriffes hat das richterliche Ermessen entgegenzutreten, R. 5. April 1884, SA. 39, 470; R. 12, 301. Insbesondere ist der Begriff der „Erweiterung und Beschränkung“ nicht bloß auf die Fälle einer rein quantitativen Aenderung des Klageantrags einzuschränken; Anm. 1 § 279; R. 14, 209, 429; 18./29. März 1887, JW. 203, RaffR. 32, 410, SA. 43, 237; 16. Juni 1891, JW. 412. Wegen des Einflusses einer zulässigen Erweiterung auf die sachliche Zuständigkeit bei einer Klage vor dem Amtsgerichte vgl. § 467; vor Kammern f. Handelsf. OB. § 105. Vgl. § 249. Insofern in der Beschränkung des Klageantrages eine theilweise Zurücknahme der Klage zu finden ist, kommen die Bestimmungen des § 243 zur Anwendung, vgl. Hagn, RaffR. 30, 517 ff. Ueber die Vorschrift des § 240 Nr. 2 hinaus ist eine Erweiterung auch mit Aenderung des Klagegrundes für die Konkursanfechtung insoweit zulässig, als dem Konkursverwalter für die aufgenommene Anfechtungsklage eines Gläubigers durch das Reichsges. 21. Juli 1879 § 13 Abs. 2, R. 279, die Erweiterung des Anspruchs nach §§ 30—32, 34 R. D. „in Gemäßheit der §§ 240, 491 E. P.“ gestattet ist; vgl. Eccius I § 50, Rt. 21; RaffR. 24, S. 775 und Anm. 3 § 491.

Nr. 3. Ob der Kläger berechtigt ist, einen anderen Gegenstand oder das Interesse zu fordern, ist nach dem Eivilrechte zu beurtheilen. Dabei ist jedoch auch § 236 Abs. 3 zu berücksichtigen. Vgl. Anm. 2 § 236. Zu beachten ist die Voraussetzung: „wegen einer

später eingetretenen Veränderung“, *R. O.* 2. Juni, 10. Nov. 1898, *JW.* 345, 559. In Ermangelung dieser Voraussetzung ist die Substitution eines anderen Gegenstandes oder des Interesses eine Klageänderung, auch wenn der Klagegrund derselbe bleiben sollte, *R. O.* 4. Okt. 1889, *SA.* 46 Nr. 139. Auf der anderen Seite ist beim Vorhandensein jener Voraussetzung auch die Substitution des Gegenstandes an Stelle des ursprünglich geforderten Interesses zulässig, denn dies wird schon durch die zulässige Substitution eines anderen Gegenstandes gedeckt. Unter der später eingetretenen Veränderung wird vom *R. O.* 26. 885; 21. Mai 1892, *JW.* 310, unter ausgebehnter Interpretation mit Rücksicht auf die Absicht des Gesetzgebers auch eine früher eingetretene Veränderung verstanden, welche erst nach der Klageerhebung zur Kenntniß des Klägers gekommen ist.

*Ar. 2 n.* 3 disponiren über alle möglichen Aenderungen des Klageantrags sowohl in quantitativer als in qualitativer Beziehung. Vgl. dazu *R. O.* 11. Decr. 1894, *JW.* 1895 S. 40 betreffs Aenderung einer Leistungsklage in eine Feststellungsklage und umgekehrt, und vorst. Anm. 1. In *Ar. 3* ist vom Klagegegenstand, nicht vom Klageantrage die Rede, weil in dem letzteren die Qualität des Anspruchs nicht immer voll zum Vorschein kommt, vgl. Anm. 4 § 230. Daß es daneben noch eine weitere Aenderung des Klageantrags geben könne, welche sich weder auf den Gegenstand noch auf den Umfang des Klagebegehrens bezieht, und welche auch bei Identität des Klagegrundes unzulässig sei (wie Gaupp Anm. I B annimmt), wäre nur denkbar, wenn man unter dem „Gegenstande“ der *Ar. 3* lediglich den Gegenstand der Leistung, nicht überhaupt den Gegenstand des Anspruchs versteht. Zu einer solchen einschränkenden Auslegung ist aber nach der Tendenz des Gesetzes (vgl. die vorangeführten Entsch.) keine Veranlassung gegeben.

Jede Erweiterung wird dem Grundsätze des § 235 entsprechend erst mit der Klageerhebung für die Erweiterung, § 254, mit den Wirkungen der §§ 235, 239 rechtshängig; durch die Zulässigkeit der Erweiterung nach § 240 entsteht nicht eine Fiction, als sei die Klage für die Erweiterung schon durch die ursprüngliche Klage erhoben, *R. O.* 30. Jan. 1891, *JW.* 146, 151, und die bloße Möglichkeit der Zulassung begründet auch noch keine Rechtshängigkeit, *aM.* Sinekman, *Buch* 17, 449.

## § 241.

Die Einwilligung des Beklagten<sup>1)</sup> in die Aenderung der Klage ist anzunehmen, wenn derselbe, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die abgeänderte Klage eingelassen hat.<sup>2)</sup>

*R. 233. N. 205. P. 79. 548.*

1) Während der im § 235 *Ar. 3* eingeführte Begriff der „Klageänderung“ durch den § 240 näher bestimmt ist, erhält der in § 235 *Ar. 3* ebenfalls gegebene Voraussetzungs-begriff der „Einwilligung“ eine gesetzliche Ergänzung durch den § 241. Derselbe enthält selbstverständlich nicht den Ausdruck, daß nur in den Fällen des § 241 eine Einwilligung vorliege. Eine Form für sonstige Einwilligungen außerhalb einer Einlassung auf die Klage ist vom Gesetze nicht verlangt, also jede formlose, auch stillschweigende konkludente Erklärung und Handlung genügend. Soweit es sich jedoch um eine Einwilligung durch Einlassung auf die abgeänderte Klage handelt, ist dem Beklagten durch § 241 das Recht des Widerspruchs bis zu seiner sachlichen Einlassung in der *mB.* eingeräumt, früheres Stillschweigen in vorbereitenden Schriftsätzen begründet daher nicht den Verlust des Widerspruchsrechts. Auch das Ausbleiben im Termine ist nicht Zustimmung (entsprechend § 39); *Peterfen* 2, 86.

2) Die in *mB.* erfolgte Einlassung „auf die abgeänderte Klage“ wird kraft Gesetzes als konkludente stillschweigende Einwilligung betrachtet und mit der gleichen Wirkung der Präklusion des Widerspruchsrechts ausgestattet. Ein Gegenbeweis, daß der Beklagte nicht habe einwilligen wollen, ist unzulässig; *Rot.* 188. Ueber die Ausdrucksweise: „ist anzunehmen“ s. Anm. 1 § 93. Vgl. *Bälou*, *civ.* 62, 47, 48; *Leonhard*,



Fällionen. — Das Vorbringen von prozeßhindernden Einreden (§ 247) gegen die abgeänderte Klage, welche gerade von der Einlassung auf diese Klage befreien sollen und Voraussetzungen für diese Einlassung betreffen, ist noch keine Einlassung auf diese Klage selbst; übereinstimmend mit § 243 Abs. 1, welcher hier hinsichtlich der mB. schon deshalb zutreffend ist, weil jede Klageänderung zugleich (theilweise) eine Zurücknahme der früheren Klage enthält, vgl. Anm. 1 § 240. Der Beginn der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ist erst die Einlassung auf dieselbe; vgl. Birkmeyer, civR. 66, 22 ff., bef. 28, 48 ff., 93; Petersen, Busch 2, 173. AR. Pland II, 71; v. Sarwey 1, 365 Endemann 2, 34 und Bödiker Mag. 5, 168. Selbstverständlich ist die nothwendige Stellung des Antrags auf Abweisung der abgeänderten Klage (gegen Endemann a. a. O. „ehe er sonst ein Wort sagt“) noch keine Einlassung auf dieselbe; Anm. 2 § 243. Wenn der Beklagte vertheidigungsweise eine von dem Klagevortrage abweichende Darstellung des Sachverhältnisses vorbringt, giebt er damit nicht im Voraus seine Einwilligung zu einer Klageänderung auf Grund dieses abweichenden Thatbestandes (AR. Wach, RaffR. 30, 769 ff.); denn mit der abweichenden Darstellung will der Beklagte doch nur, wenn auch in motivirter Weise, die Darstellung des Klägers bestreiten, keineswegs aber die Klage gegen sich selbst aus richtigem Grunde erhoben wissen. Ob in der Erhebung einer besonderen Einrede oder Widerklage auf Grund des abweichenden Sachverhalts Einwilligung des Beklagten in die Klageänderung zu finden ist, kann als reine Thatfrage nur nach den jedesmaligen Umständen des Falles beurtheilt werden. Vgl. Schmidt, Klageänd. 240—244. — Ueber die prozeßualische Bedeutung und Behandlung eines Widerspruchs gegen die Klageänderung, sei er begründet, unbegründet oder verspätet, vgl. Anm. 4 § 235 u. Anm. 1 §§ 240 u. 242.

### § 242.

Eine Anfechtung der Entscheidung, daß eine Aenderung der Klage nicht vorliege, findet nicht statt.<sup>1)</sup>

R. 223 a. P. 541—543.

1) Zusatz der RR., veranlaßt durch die Verhandl. des 12. Juristentags; Anm. 5 § 230. Formelle Voraussetzung des § 242 ist, daß eine ausdrückliche „Entscheidung“ erfolgt ist. Ob dieselbe durch Endurtheil oder Zwischenurtheil ergangen ist, Anm. 1 § 240, ist unerheblich. Es genügt auch, daß die Verwerfung der sog. exceptio mutati libelli in den Entscheidungsgründen erklärt ist, selbst wenn die Abweisung der Klage aus anderen Gründen erfolgt ist; P. 541—543, R. 4, 412; 4. Jan. 1886, RaffR. 30, 1188. Darin allein, daß das Gericht über den Anspruch, wie er sich nach dem neuen Vorbringen darstellt, eine materielle Entscheidung erlassen hat, liegt freilich noch keine unanfechtbare Entscheidung im Sinne des § 242; R. 17. Sept. 1885, RM. 321; vgl. dagegen R. 25, 239. Sachliche Voraussetzung für die Anwendung des § 242 ist nach dem klaren Wortlaut, daß eine Klageänderung als nicht vorliegend erklärt wird, sei es nun als an sich nicht vorhanden, sei es auf Grund des § 240, weil die Aenderung gesetzlich nicht als eine Aenderung der Klage anzusehen ist, was in der Wirkung dem Nichtvorliegen gleichkommt. Dagegen ist § 242 nicht anwendbar, wenn das Gericht nicht die Klageänderung selbst verneint, sondern sie nur wegen der Zustimmung des Gegners für zulässig erklärt; RaffR. 25, 420. Die Frage, ob eine Zustimmung zur Klageänderung thatsächlich und wirksam von dem Bekl. erklärt sei, der Beurtheilung des höheren Richters zu entziehen, hat das Gesetz nicht beabsichtigt (daher inkorrekt: R. 15. Nov. 1882, RaffR. 27, 1090; Struckmann-Roch Anm. 2). Mit Recht hat das R. 23, 334 deshalb auch angenommen, daß die Entscheidung über die Zulässigkeit einer vorliegenden Klageänderung auf Grund des § 574 nicht unter § 242 fällt, sondern der Anfechtung unterliegt. Die Bedeutung des § 242 geht ferner nur dahin, daß der höhere Richter nicht befugt ist, auf Grund einer von der Vorinstanz verneinten Klageänderung die Klage abzuweisen; dagegen ist er an weitere rechtliche Folgerungen und der von dem Vorbericht angenommenen Identität der ursprünglichen und der geänderten Klage nicht gebunden, also auch z. B. nicht gehindert, den gegen die erstere durchgreifenden Einwand der

res judicata gegenüber der geänderten Klage zu verwerfen; DZB. Kiel, SA. 45, 473. Die entgegengesetzte Entscheidung, daß eine Aenderung der Klage vorliege, kann in gewöhnlicher Weise angefochten werden. Wird dann jedoch in fernerer Instanz entschieden, daß eine Aenderung nicht vorliege, so gilt für diese Entscheidung die Unanfechtbarkeit des § 242, wie der Grundsatz des § 242 überhaupt auch für die Entscheidung des Berufungsrichters gilt; R. 3, 371, 415; 4, 391; 25, 239; 29. Nov. 1894, ZB. 1895 S. 7; DZB. 21. Dez. 1891, SA. 47, 359. Die Anfechtung ist aus keinem Grunde zulässig, auch nicht darum, weil die Entsch. auf einer unrichtigen Auffassung des Thatbestandes beruhe; R. 29. Nov. 1894, ZB. 1895 S. 7.

### § 243.

Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten<sup>1)</sup> nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache<sup>2)</sup> zurückgenommen werden.

Die Zurücknahme der Klage erfolgt, wenn sie nicht bei der mündlichen Verhandlung erklärt wird, durch Zustellung eines Schriftsatzes. Abschrift desselben ist sofort nach erfolgter Zustellung auf der Gerichtsschreiberlei niederzulegen.<sup>3)</sup>

Die Zurücknahme der Klage hat zur Folge,<sup>3a)</sup> daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist;<sup>4)</sup> sie verpflichtet den Kläger, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, sofern nicht über dieselben bereits rechtskräftig erkannt ist. Auf Antrag des Beklagten ist diese Verpflichtung durch Urtheil auszusprechen.<sup>5)</sup>

Wird die Klage von Neuem ange stellt, so kann der Beklagte die Einlassung verweigern, bis die Kostenersatzung erfolgt ist.<sup>6)</sup>

R. 234. N. 371—373. P. 79. 543.

1) Einem gemäß § 277 erklärten Verzichtes des Klägers auf den erhobenen Anspruch kann der Beklagte nicht widersprechen; er hat dann das Mittel des § 277. Gemeint ist im § 243 eine Zurücknahme der Klage ohne eine solche Verzichtserklärung. Im § 243 sind die Behandlung und Folgen der vom Kläger mit und ohne Einwilligung des Beklagten erklärten Zurücknahme der Klage geregelt. Die prozessualische Behandlung einer solchen erfolgt nach § 243 ohne Rücksicht darauf, ob derselben eine Vereinarung der Parteien zu Grunde liegt; über deren Bedeutung ist nöthigenfalls je nach dem sich aus dem § 243 ergebenden Resultate im gegenwärtigen Prozesse bei erfolgreichem Widerspruche bzw. in einem besonderen Prozesse nach wirksamer Zurücknahme zu entscheiden. Bgl. Oenlohr, bad. Ann. 58, 143, 157, 173; Busch 18, 424. (Die Parteivereinbarung, daß die Klage zurückzunehmen, enthält ein pactum de non petendo, welches dem Beklagten einen materiellen Einwand gegen die trotzdem aufrechterhaltene Klage verleiht. Die Ansicht von Roos, bad. Ann. 58, 238, daß solche Vereinarung praktisch kaum vorkomme, ist unzutreffend.) Gegen die Annahme, daß § 243 (namentlich Abs. 2, 3) sich nur auf die ohne Einwilligung des Beklagten bzw. in erster Instanz erfolgende einseitige Zurücknahme beziehe (Struckmann-Roch Ann. 1; Schulzenstein, RaffR. 27, 230 ff.; Sprenger, clw. 71, 415) spricht, daß Abs. 1 ungewiß deutlich dahin zu verstehen ist, daß die Zurücknahme mit Bewilligung des Beklagten auch nach dem Zeitpunkte des Abs. 1 zulässig ist, indem für die fernere Zeit nicht unterschieden wird. Bgl. auch Caupp Ann. V, ferner R. 20, 417.

Die Zurücknahme der Klage kann folgerichtig, abgesehen von dem Erfordernisse der Einwilligung der Beklagten, so lange und in soweit geschehen, als die Streitfache noch rechtshängig ist, vgl. Ann. 1 § 235, also in jedem Stadium des Prozesses, so lange und soweit, als über den Gegenstand der Klage noch nicht rechtskräftig entschieden, oder ein Prozeßvergleich geschlossen ist. Die Zurücknahme ist deshalb auch im Anschlusse an die Rechtshängigkeit, §§ 235—242, als eine Art der Beendigung derselben hier erörtert. Daß der Tit. 1 Buch 2 (§§ 230—271) das „Verfahren bis zum Urtheil“ behandelt, ist kein

Grund, die Zurücknahme nur für die erste Instanz bis zum Urtheil zulässig zu erklären. Auch manche andere Vorschriften des Titels, namentlich betreffs der Rechtshängigkeit, wirken über diese Instanz hinaus, und die „Klage“ bleibt als solche auch für die ferneren Instanzen. Wird sie nach Erlass eines nicht rechtskräftigen Urtheils zurückgenommen, so wird dieses dadurch beseitigt; Abf. 3; Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 3; v. Sarwey I, 366; Mand I, 309. Schulzenstein a. a. D., von der Ansicht ausgehend, daß die C.P. für die Zurücknahme mit Bewilligung des Gegners keine Bestimmungen trifft, kommt für dieselbe aus allgemeinen Gründen zu dem gleichen Resultate. Die Aeußerung in R.O. 5, 353, die Zurücknahme der Klage könne nicht die Kraft eines gegen den Kläger ergangenen Urtheil beseitigen (vgl. auch R.O. 21. Dez. 1882, ZB. 1883 S. 38, RaffR. 27, 1116), kann nur für eine nach der m.B. des Beklagten ohne dessen Zustimmung erfolgte „einseitige Zurücknahme“ als richtig anerkannt werden. Demnach ist auch (gegen Kleiner 2, 63) kein Grund, den Antrag auf den Zahlungsbefehl im Mahnverfahren mit Rücksicht auf § 640 nur bis zur Erlassung eines Vollstreckungsbefehls zurücknehmbar zu erklären. Dagegen schwebt nach rechtskräftigem Urtheil eine Klage nicht mehr und kann also nicht mehr zurückgenommen werden. Ebenso wenig kann eine Klage zurückgenommen werden, bevor sie zugestellt (erhoben) ist. Die Erklärung, die zwar schon zur Terminbestimmung eingereicht gewesen, aber noch nicht zugestellte Klage nicht weiter verfolgen zu wollen, hat dem Gegner gegenüber in Betreff der Kosten keinerlei Wirkung, auch ist die Abf. 2 vorgeschriebene Form dafür nicht maßgebend, vielmehr genügt eine Anzeige an das Gericht, allenfalls unter Beifügung der Urschrift der Klage. Ob der Beklagte in solchen Fällen für die vom Kläger aufgewandten Kosten haftbar zu machen, ist nach den Umständen des Falles auf besonders zu erhebende Klage zu entscheiden, Anm. 1 § 87; Gaupp Anm. VI, D.O. Hamburg, SA. 46, 93; A.O. Duppeln, Busch 15, 399; ZB. 1884 S. 190; Waldstein, RaffR. 35, 616 ff.; vgl. jedoch ebendas. 264, 266; ferner ZB. 1886 S. 210, 368, 370; 1889, S. 361; Bl.f.R. 6, 18; Landsberg, RaffR. 36, 236; D.O. Hamburg, SA. 49, 219.

Auf die Zurücknahme der erhobenen Widerklage (§ 254), sowie einer Klage gemäß § 253 ist der § 243 entsprechend anwendbar, R.O. 28, 404; Busch 4, 143; Seuffert Anm. 6; (a)R. Lippmann a. a. D. 365; Gaupp Anm. II C. § 235 u. Nr. 34 § 136, Kleiner § 240; vgl. Anm. 1 § 240), ebenso auf eine qualitativ oder quantitativ theilweise erfolgende Zurücknahme einer Klage. Vgl. Hahn, RaffR. 30, 525, D.O. Celle, SA. 48, 224. Für die Ermäßigung des Klageantrags bedarf es zum Versäumnisurtheil gegen den Beklagten nicht einer vorgängigen Mittheilung (§ 200 Nr. 3), da im majus des mitgetheilten Antrags schon das minus enthalten ist.

Die Zurücknahme der Klage ist eine „Prozeßhandlung“ (vgl. §§ 52, 77, 79), wengleich sie auch materielle Folgen hat, Abf. 3, 4; die Prozeßvollmacht legitimirt dazu und kann für den Anwalt im Anwaltsprozeß hierfür nicht beschränkt werden; anders für den „Berzicht“ und außerhalb des Anwaltsprozeßes, §§ 77, 79. — Ueber die Form der Einwilligung, welche gleichfalls eine Prozeßhandlung ist, ist eine Vorschrift nicht gegeben. Die Erklärung in m.B. ist natürlich ausreichend. Zulässig ist jedoch auch jede, wengleich formlose, andere Erklärung, sofern sie im Bestreitungsfall bewiesen wird. Jede Partei kann die andere zur Verhandlung darüber laden; RaffR. 26, 185

Wenn der Beklagte nicht einwilligt, so ist über die Klage durch Urtheil bzw. wenn der Kläger nicht verhandelt, durch Versäumnisurtheil zu entscheiden. Vgl. D.V. 78, 84. Entsteht über die Zulässigkeit eines Widerspruchs des Beklagten Streit, so ist über denselben zu entscheiden, und zwar durch Endurtheil, falls der Widerspruch zurückgewiesen wird, andernfalls kann ein Zwischenurtheil erlassen werden oder die Entscheidung in dem Endurtheil der Hauptsache erfolgen. — Der § 243 ist in jeder Beziehung auch in Ehe-sachen anwendbar, R.O. 8. März 1894, ZB. 240.

2) Für die Zulässigkeit der Zurücknahme ohne Bewilligung des Beklagten ist entscheidend, daß der Beklagte nicht schon zur Hauptsache verhandelt haben muß. Wenn der Kläger zuerst seinen Vortrag hält, verhandelt der Beklagte noch nicht. Die Verhand-

lung über prozeßhindernde Einreden ferner ist noch keine Verhandlung „zur Hauptsache“, § 247 Abs. 1. Auch die sog. Einrede unzulässiger Klageänderung, wenngleich nicht „prozeßhindernd“, ist keine Verhandlung zur Hauptsache, sondern Ablehnung derselben, Anm. 2 § 241. Ebenso ist die bloße Verlesung des Antrags auf Klage-Abweisung noch kein Verhandeln zur Hauptsache; da aus dem Antrage allein nicht ersichtlich ist, ob Beklagter damit zur Hauptsache verhandeln will oder die Zurückweisung auf Grund prozeßhindernder Einreden u. dergl. verlangt. *MR. Fitting* § 53 Nr. 39. Ist schon früher ein Termin zur *mB.* vorangegangen, worin der Beklagte zur Hauptsache verhandelt hat, so kann dies in einem späteren Termine freilich nicht ignoriert werden. *Bgl. Borb. 3* vor § 119. Es bedarf dann der Einwilligung des Beklagten; *Westerburg, PassR. 24, 185; Schwalbach, civR. 64, 161. MR. Schulzenstein a. a. D. 257 ff.* Anders, wenn der frühere Termin vor dem Eintritt des Beklagten in die Verhandlung verlag war. Dadurch, daß der Beklagte nach seiner Verhandlung zur Hauptsache noch eine, nach § 247 Abs. 3 zulässige, prozeßhindernde Einrede vorbringt, kann der Kläger das bereits eingekaufte Recht, die Klage ohne Einwilligung des Beklagten zurückzunehmen, nicht wiedererlangen (wie *Planck 1, 309 f., Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 3* annehmen). Eine solche Annahme widerspricht dem klaren Wortlaute des Abs. 1. Der Grund, daß Beklagter damit seine Einlassung zur Hauptsache zu einer eventuellen mache, ist unzutreffend; denn auch dann, wenn der Beklagte nur eventuell (d. h. für den Fall, daß seine prozeßhindernde Einrede nicht durchbringe) zur Hauptsache verhandelt hat, ist seine Einwilligung zur Klagezurücknahme erforderlich, da Abs. 1 nicht unterscheidet. Die event. Verhandlung zur Hauptsache ist keine bloß „bedingte“ Verhandlung, wie *Planck a. a. D.* annimmt; eine solche ist überhaupt nicht statthaft und nicht möglich; vielmehr ist der Beklagte auch an eine solche eventuelle Einlassung prozessualisch gebunden; er muß gewärtigen, daß das Gericht nach Schluß der Verhandlung unter Verwerfung seiner prozeßhindernden Einrede und unter Ausschluß weiterer Vertbeidigungsmittel gemäß § 251 auf diese Sacheinlassung erkennt; er kann ein abgegebenes Geständniß nicht aus dem Grunde widerrufen, daß er sich nur eventuell eingelassen habe; er kann nach der eventuellen Einlassung nicht neue prozeßhindernde Einreden, abgesehen von § 247 Abs. 3, vorbringen u. s. w. Wie er aber so auf der einen Seite alle nachtheiligen Folgen der Einlassung auf sich nimmt, müssen ihm auch andrerseits alle daraus entstehenden Rechte gewahrt bleiben. Dagegen ist, wie *Seuffert Anm. 3* richtig bemerkt, auch nach erhobenem Einspruch gegen ein Verkündniskrtheil die Bewilligung des Beklagten zur Zurücknahme der Klage so lange nicht erforderlich, als er nicht begonnen, zur Hauptsache mündlich zu verhandeln, da durch den Einspruch der Prozeß in die frühere Lage zurückversetzt wird, § 307. — Einen besonderen schriftlichen Antrag, in der Sache selbst zu entscheiden, braucht der widersprechende Beklagte nicht zu stellen, bzw. nicht nach § 269 zu verlesen; sein Widerspruch genügt neben seinem Antrage in der Sache selbst. *Bgl. auch Anm. 1 § 248.*

3) Abs. 2. Während Abs. 1 von der Zulässigkeit einer Zurücknahme handelt, bestimmt Abs. 2 die Form und Abs. 3 die Folgen der zulässigen Zurücknahme. Sie ist entweder „bei der mündlichen Verhandlung“ (nicht auch, wie *Gaupp Anm. III* annimmt, vor dem beauftragten Richter, sofern es sich nicht um ein vorbereitendes Verfahren vor diesem handelt, vgl. § 315 Abs. 2) oder durch Zustellung eines Schriftsatzes zu erklären. Im Termin zur *mB.* kann sie auch dann erklärt werden, wenn der Beklagte nicht erscheint; denn auch die einseitige Verhandlung einer allein erscheinenden Partei ist eine *mB.* *Arg. § 119* verb. mit §§ 295, 296. Indes soll nach *RO. 23. Jan. 1882, ZB. 95* die sofortige Zurücknahme der Klage im Termine noch nicht ein Verhandeln der Sache, also auch nicht eine „nicht kontrabitorische Verhandlung“ im Sinne des § 16 Abs. 1 der *AnwObD.* bedeuten. *Bgl. jedoch RO. 7, 357* und *19. April 1882, SA. 38, 91.* Eine in der *mB.* erklärte Zurücknahme der Klage ist nach §§ 270, 146 Nr. 2 auf Antrag durch Schriftsatzanlage zum Protokolle festzustellen. Dagegen enthält die mündlich erklärte Zurücknahme der Klage keinen Antrag, welcher nach § 269 aus einem Schriftsatz verlesen werden mußte, um berücksichtigt zu werden. Der Begriff des „Antrags“ schließt das Verlangen einer gerichtlichen Entscheidung in sich, was bezüglich der Klagezurücknahme nicht zutrifft. Wenn

vor dem Termine zur m.B. der Kläger „ohne Zustellung eines Schriftsatzes“ dem Gerichte anzeigt, daß er die Klage zurücknimmt, so hat dies keine Wirkung; es ist zu verhandeln bzw. Versäumniskurtheil zu erlassen, § 295; R.O. 7, 357. Ein Verzicht des Beklagten auf die Zustellung des Schriftsatzes muß als wirkungslos erachtet werden, da es sich dabei nicht bloß um ein Recht des Beklagten handelt; vielmehr auch für den Kläger die Zurücknahme der Klage erst durch Zustellung des Schriftsatzes bindend und wirksam wird. Die vorgeschriebene Form kann auch nicht kraft Parteivereinbarung durch eine andere ersetzt werden, dies würde zu einem Konventionalprozeß führen (vgl. R.O. 17. Sept. 1891, JW. 463 zu § 227; O.G. Hall, Busch 9, 205). In Betreff der Rückzahlung der Gerichtskosten vorzuschüsse in Folge einer Anzeige des Antragstellers von der Zurücknahme der Klage (bzw. Berufung) vgl. indess preuß. Just.-Min.-Verf. 8. Sept. 1884, JWBl. 218.

Wenn die Zurücknahme durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt ist, so treten damit sofort die Wirkungen des Abs. 3 ein, vorbehaltlich der Feststellung, ob sie erfolgt ist und der Frage, ob das Gericht dieselbe von Amtswegen berücksichtigen muß. Der Kläger kann gegen den Widerspruch des Beklagten nicht mehr im Termine die Klage wieder aufnehmen und seine Erklärung nicht widerrufen. Ebenso Pland I, 309. (Nach Fitting § 53 Nr. 41 soll die Zurücknahme der Klage auch nicht mit Bewilligung des Beklagten widerrufen werden können.) Er ist daran auch im Termine gebunden, und könnte höchstens einen Streit darüber veranlassen, ob der Schriftsatz eine Zurücknahme enthalte bzw. von ihm oder seinem Bevollmächtigten herrühre. Im Uebrigen kann er nur eine neue Klage erheben. Das Gericht hat jedoch die Zurücknahme mittelst Schriftsatzes nicht von Amtswegen zu berücksichtigen, wie es die Bertheiligungsrechte des Beklagten überhaupt nicht von Amtswegen wahrzunehmen hat, soweit es nicht das, im Allgemeinen hierfür nicht vorhandene, öffentliche Interesse erfordert. Durch die mit Rücksicht auf die Vorbereitung des Gerichts (vgl. § 124) vorgeschriebene Niederlegung einer Abschrift beim Gericht ist eine desfallige Amtspflicht nicht bestimmt. Die Parteien können also den Schriftsatz ignorierend zur Sache verhandeln, und zwar sowohl der Kläger gegen den Beklagten, als auch der Beklagte gegen den Kläger, bis der Gegner aus der Zustellung des Schriftsatzes einen Einwand entgegensezt; R.O. 31, 405; vgl. Birkmeyer in d. medlenb. Zeitschr. I, 57, Anm. 27, 28 (inkonsequent in Anm. 27 hinsichtlich des Rechts des Beklagten); Gaupp, Anm. IV, Eisenlohr, bad. Anm. 58, 143, 157, 163; aM. Seuffert Anm. 5. Wegen der Abweichung für § 476 vgl. Anm. dazu. — Der anberaumte Termin fällt, abgesehen von einer Vereinbarung der Parteien darüber (§ 205 Abs. 1), nicht ohne Weiteres fort, weil durch die Niederlegung der Abschrift beim Gericht, auch wenn sie der Kläger als Geständniß erfolgter Zustellung („sofort nach“ Abs. 2) gegen sich gelten lassen muß, die Zustellung noch nicht gegen den Beklagten bewiesen ist, und weil selbst bei Feststellung der Zustellung die Parteien nach Obigem über die Sache und der Beklagte nach Abs. 3 über die Kostenpflicht als Theil des Streitgegenstandes verhandeln können; Birkmeyer a. a. D. 55 ff.; Eisenlohr a. a. D.; aM. Fitting § 53 Nr. 40. Der Beklagte kann vielmehr in dem Termine den Antrag auf Versäumniskurtheil stellen und braucht dazu den Kläger nicht besonders laden zu lassen. AR. O.O. Dresden, civA. 69, 450, welches eine besondere Ladung erfordert, weil durch die Zurücknahme der Klage die frühere Ladung ihre Kraft verliere, was jedoch aus den Gesetzesvorschriften nicht zu folgern ist. Eine solche würde nur nöthig, wenn der Termin aufgehoben oder frustriert wäre, vgl. Anm. 5 und R.O. 6, 367; 24, 429. Unrichtig auch O.O. I Berlin, Bl.f.R. 4, 127; vgl. Anm. 2 § 99. — Vorstehendes gilt in Folge des Grundsatzes, daß die niedergelegte Abschrift nicht eine Berücksichtigung von Amtswegen erfordert, in gleicher Weise, wenn auch nur eine Partei im Termine erscheint. Der erscheinende Kläger kann daher die Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache oder auch, seinen Antrag beschränkend, nur zur Kostentragung beantragen. Der erscheinende Beklagte kann gegen den ausbleibenden Kläger die Abweisung der ganzen Klage oder die Erledigung der Sache selbst anerkennend, die Verurtheilung betreffs der Kostenpflicht beantragen. Die aus der geschehenen Zurücknahme der Klage entstandenen Parteirechte sind durch Einspruch und geeignetenfalls durch actio doli geltend zu machen. Wenn eine Entscheidung über die Sache

selbst nicht mehr nötig ist oder nicht mehr verlangt wird, aber noch hinsichtlich der Kosten beansprucht wird, so bleibt die Kostenpflicht als Rest der Hauptsache im Sinne des § 191 für die mB., für deren Totalverkümmnis und für das Verkümmnisurtheil, §§ 295 ff., die alleinige Hauptsache. Die Ausführung von Birkmeyer a. a. D. 64 ff., 85 ff., daß ein Verkümmnisurtheil über die Folgen der Zurücknahme der Klage unzulässig sei, behandelt den Begriff der Hauptsache, welche im Gegensatz zum Kostenpunkte § 94, zum Zwischenstreite, § 191, zu den prozeßhindernden Einreden, § 247, und zur Verhandlung über den Einspruch, § 305, ein verschiedener ist, als identisch. Gegen die Zulässigkeit eines Verkümmnisurtheils: Wach, R. 36, 17 ff., weil durch die Zurücknahme der Klage ein Urtheil über die Hauptsache ausgeschlossen sei, indem im Abs. 3 Satz 2 nur die Verpflichtung betreffs der Kosten erwähnt werde, während dann, wenn über die Thatsache der Zurücknahme Zweifel obwalten, darüber kontraktfortsetzliche Entscheidung zu treffen sei; ferner weil die Zurücknahme der Klage von Amtswegen zu prüfen sei, Seuffert Anm. 6 und Krit. Viertelj. 26, 482. Vgl. dagegen R. 6, 367; 24, 429; 10. Mai 1893, ZM. 306; Gaupp, Anm. V, Band 1, 310, Eisenlohr a. a. D.

3a) Abs. 3. Die im Abs. 3 bestimmten Folgen der Zurücknahme der Klage gelten ohne Unterschied, ob die Klage vor der Einlassung des Beklagten, oder mit dessen Bewilligung nach der Einlassung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen ist, da das Gesetz diese beiden Fälle der Zurücknahme in ihren Wirkungen nicht unterscheidet. Die abweichende, auf den gemeinrechtlichen Begriff der Litiskonfestation beruhende Ansicht ist für die G.P. abzulehnen, vgl. Anm. 1. Die gleichen Folgen treten ein, — abgesehen von der hier eintretenden Gegenstandslosigkeit der Schlußbestimmung — wenn gemäß § 105 oder § 98 Art. 190 a, 222, 223 eine Klage durch Urtheil für zurückgenommen erklärt wird; ebenso für Abs. 1.

4) Die frühere Rechtshängigkeit ist kraft Gesetzes durch die Zurücknahme, ihre Konstatierung und die Bezugnahme darauf vorausgesetzt, als nicht erfolgt zu betrachten und mit allen Folgen der Klageerhebung und Rechtshängigkeit sowohl den prozeßualischen als den materiellen Folgen, §§ 235—239, beseitigt. Damit sind auch alle Einreden, einschließlic der Kompensationseinrede, erledigt, nicht aber eine gemäß § 254 rechtshängig gewordene Widerklage (vgl. D. O. Karlsruhe, Busch 7, 347). Die Unterbrechung der Verjährung, welche gemäß § 239 erfolgte, wird als nicht geschehen aufgehoben; R. 33, 394. RR. Dernburg I § 431 Rt. 10, vgl. dagegen Eccius I § 57 Anm. 63 und schon für das gem. R. Weyell § 14 Rt. 90, 91; Rot. 192. Ueber den Ausdruck: „ist anzusehen“ s. Anm. 1 § 93. Den Grundsatz der Aufhebung der Wirkungen der Rechtshängigkeit in Folge einer Zurücknahme der Klage auch auf die Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit auszudehnen, und demzufolge den § 552 I 9 ADR. für aufgehoben zu erklären (wie Schollmeyer, Busch 12, 297, gegen Eccius I, § 57), erscheint nicht gerechtfertigt. Der § 243 Abs. 3 Satz 1 enthält eine Fiktion, die nicht analog auf andere Fälle ausgedehnt werden kann; vgl. auch Anm. 2 § 249.

5) Ohne Verurtheilung des Klägers in die Kosten hat der Beklagte keinen Titel zur Zwangsvollstreckung gegen den Kläger, § 98 Abs. 1. Die bei der Zurücknahme der Klage erklärte Uebernahme der Kosten Seitens des Klägers begründet einen solchen Titel nicht; sofern nicht die Parteien bezüglich des Kostenpunktes einen wirklichen Prozeßvergleich dahin geschlossen haben; vgl. R. 20, 414; Kammergericht, Busch 14, 348. Ob der letztere Fall vorliegt, kann nur aus der Fassung des Protokolls und den sonstigen Umständen entnommen werden. Die Thatsache allein, daß den Kläger die gesetzliche Kostenpflicht nach § 243 trifft, kann nicht gegen die Annahme eines Vergleichs entscheiden, da auch diese Kostenpflicht in concreto ausgeschlossen und streitig sein kann. — Die Kostenpflicht des zurücknehmenden Klägers folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, daß der Unterlegende als prozeßualische Folge des Unterliegens die Kosten zu tragen hat; B. 1 vor § 87. Sie tritt deshalb dann nicht ein, wenn die Zurücknahme der Klage in der Hauptsache nur aus dem Grunde erfolgt, weil Kläger inzwischen von dem Beklagten befriedigt worden ist, und der Klageantrag nur auf den Kostenpunkt beschränkt wird. In

der Aufrechterhaltung des Antrags auf Kostentragung des Gegners und schon (vgl. § 279 Abs. 2) in der Erklärung der erst nachträglich erfolgten Befriedigung liegt die Behauptung, daß der Beklagte in der Sache selbst unterlegen sei oder unterlegen müßte und somit nach § 87 die Kosten zu tragen habe. Die Anwendung des § 89 bleibt auch in solchem Falle vorbehalten. Die Zurücknahme der Klage hat die unbedingte Wirkung der Kostenpflicht nur, soweit sie selbst eine unbedingte ist. Vgl. auch Anm. 1 Abs. 2; Pfiffer, *RaffR.* 30, 98 ff.; Gerson, *Buch* 19, 292. Die Zulässigkeit des Antrags gemäß Satz 2 ist nicht auf die Zeit des Termins beschränkt; er kann auch nachträglich gestellt werden (vgl. Anm. 3 gegen *RO.* Berlin II, *Bl.f.R.* 4, 90), was allerdings eine neue Ladung erfordert; *Buch* 6, 151. — Die gleiche Kostenpflicht des Abs. 3 besteht, wenn eine Widerklage in erster oder zweiter Instanz zurückgenommen wird; wird sie in derselben Instanz von Neuem erhoben, so ist dies hinsichtlich der Kosten eine neue Instanz, *RO.* 28, 404. — Die Verhandlungsgebühr (nicht die Prozeßgebühr) des Rechtsanwalts ist nach dem Betrage der Kosten, nicht dem Werthe der Hauptsache, zu bemessen, wenn die Verhandlung auf die Kostenpflicht beschränkt war, *RO.* 7, 357.

6) Abs. 4. Vgl. § 247 Nr. 5. Bei der allgemeinen Fassung des Abs. 4 steht dem Beklagten das darin gegebene Recht auch dann zu, wenn der Kläger zum Armenrechte verstatet (§ 108) oder die Zwangsvollstreckung gegen ihn fruchtlos gewesen war; Sprenger, *civ.R.* 71, 414 ff. Ebenso bezüglich des Armenrechts *RO.* 9. Dez. 1889, *RM.* 1890 S. 30, ferner *RO.* 24, 421; *Ressel, RaffR.* 30, 62. *RR.* Buchelt 2, 32 und Osterloh, *Buch* 3, 81, sowie *RO.* Karlsruhe, *Buch* 7, 337 ff.; indeß das von Buchelt und *RO.* 18, 178 bezogene preuß. Prozeßrecht ist nicht unverändert, sondern in der absoluten Tragweite des Abs. 4 aufgenommen. Die Befugniß aus Abs. 4 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte die Zurücknahme der Klage bewilligt, wohl aber nach *RO.* 24, 421 dann, wenn der Beklagte selbst die Zurücknahme unter dem Versprechen außergerichtlicher Regulirung erbeten hat, ein negatorisches Verhalten des Klägers, wie es die Bestimmung voraussetzt, mithin nicht vorliegt (*replica doli*). Die Bestimmung gilt ferner nicht für den Fall, daß die Vorlage vor dem Inkrafttreten der *CP.* ange stellt und zurückgenommen ist, da es sich hier um die Folgen der Zurücknahme einer unter der Herrschaft der *CP.* erhobenen Klage handelt (*aR.* *RO.* Karlsruhe a. a. O. 339), ebensowenig für den Fall der wiederholten Einlegung eines Rechtsmittels, welches schon einmal, aber zu früh eingelegt war; *RO.* Karlsruhe, *SA.* 40, 101. Vgl. auch Anm. 4 § 247. Dagegen ist Abs. 4 auch gegenüber der von dem Gläubiger des Klägers im Vorprozeße auf Grund einer Ueberweisung zur Einziehung, § 737, erhobenen Klage anwendbar; *RO.* 33, 359.

## § 244.

Der Beklagte hat dem Kläger mittels vorbereitenden Schriftsatzes die Klagebeantwortung innerhalb der ersten zwei Dritttheile der Zeit, welche zwischen der Zustellung der Klageschrift und dem Termine zur mündlichen Verhandlung liegt, zustellen zu lassen.<sup>1)</sup>

**R. 235. N. 405. P. 79. 543.**

1) Die Folge der Unterlassung oder Verspätung ist nicht eine Präklusion nach § 208, sondern die für alle vorbereitenden Schriftsätze in Anm. 2 § 120 und *Borb.* 3 vor § 119 angegebene. Vgl. §§ 90, 120—124, 234. Die Frist ist nach der thatsächlich gegebenen Einlassungsfrist zu berechnen; dem Beklagten bleibt jedoch das Recht auf die Wahrung des nach § 234 (vgl. Anm. dazu) nothwendigen Zeitraums. Die Frist ist keine eigentliche (für die Thätigkeit des Gegners freizulassende) Zwischenfrist, vgl. *Borb.* 4 vor § 191; sondern eine für die Thätigkeit des Beklagten bestimmte, von der Zustellung der Klage ablaufende Frist, deren Zeitraum allerdings als Bruchtheil einer Zwischenfrist normirt ist. Sie endigt mit dem letzten Tage dieses Zeitraums und wenn derselbe auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag fällt, mit Ablauf des nächstfolgenden Werktages, § 200 Abs. 2. — Die Zustellung der Klagebeantwortung kann von Anwalt zu Anwalt geschehen, § 181.

Eine Abschrift ist der Gerichtsschreiberei einzureichen, § 124. Wegen der Vollmacht vgl. §§ 76, 84. Für den Inhalt der Klagebeantwortung ist § 121 maßgebend. Vgl. auch Planck 2 §§ 88—91. Wenn der Beklagte eine Widerklage erheben will, kann er sie in der Klagebeantwortung vorbereiten, und muß dies auch zur Vermeidung der Anwendung des § 251 Abs. 2. Will der Beklagte prozeßhindernde Einreden geltend machen und in Folge dessen die Einlassung in der Hauptsache verweigern, so kann er die Klagebeantwortung auf diese Einreden beschränken

### § 245.

Insofern die Klageschrift und die Klagebeantwortung zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung nicht genügen, hat jede Partei dem Gegner solche tatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Anträge, auf welche derselbe voraussichtlich ohne vorhergehende Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung mittels ferneren vorbereitenden Schriftsatzes so zeitig mitzutheilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.<sup>1)</sup>

Eritt eine Vertagung der mündlichen Verhandlung ein, so kann das Gericht die Fristen bestimmen, binnen welcher die noch erforderlichen vorbereitenden Schriftsätze mitzutheilen sind.<sup>2)</sup>

R. 236. N. 406. 407. P. 79. 543.

1) Die nach der Klagebeantwortung zunächst dem Kläger und nach dessen Replik den Beklagten betreffende, indeß auch auf alle Ergänzungen der Klage und der Beantwortung bezügliche Vorschrift des Abs. 1 überläßt die Bemessung der Zeitigkeit dem richterlichen Ermessen. Als allgemeine Minimalfristen bleiben jedoch die des § 123 daneben bestehen Anm. 1 § 123.

Die Folgen der Versäumung werden auch hier durch §§ 90, 120 bestimmt. Der Gegner, welcher sich nicht zu erklären vermag, kann die Vertagung des Termins nach § 206 Abs. 2 beantragen. Insofern jedoch nicht beide Theile die Aufhebung des Termins vereinbaren, § 205 Abs. 1, ist eine Beschränkung der Erklärung auf den Vertagungsantrag selten ratsam; das Gericht kann unter Verwerfung desselben zur Sache entscheiden, wenn eine Erklärung über das gegnerische Vorbringen für sachlich unerheblich erachtet wird. Zu berücksichtigen ist, daß abgesehen vom Falle des § 300 die Partei kein absolutes Recht hat, die Vertagung der Verhandlung zu verlangen.

2) Abs. 2. Die Fristen sind im Termine zu verkünden, und können gleich als successtive Fristen für beide Theile nach einander bestimmt werden, §§ 198, 294. Von der Vorschrift des Abs. 2, welche hauptsächlich dazu bestimmt ist, weiteren Vertagungen vorzubeugen, wird in der Praxis zu wenig Gebrauch gemacht. Die Richtinnehaltung der Fristen hat zwar keine Rechtsnachtheile in der Sache zur Folge, würde aber unbedenklich die Anwendung des § 48 ORO. rechtfertigen. Die Fristbestimmung kann deshalb auch zweckmäßig mit einer hierauf bezüglichen Strafandrohung verbunden werden

### § 246.

Die mündliche Verhandlung erfolgt nach den allgemeinen Vorschriften.<sup>1)</sup>

R. 237. P. 79. 543.

1) Die „allgemeinen Vorschriften“ sind §§ 127—151, daneben sind zu berücksichtigen: §§ 269, 270. Vgl. Vorb. vor § 119 und vor § 230.

### § 247.

Prozeßhindernde Einreden<sup>1)</sup> sind gleichzeitig<sup>2)</sup> und vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen.<sup>3)</sup>

Als solche Einreden sind nur anzusehen:



1. die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts,
2. die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs,
3. die Einrede der Rechtshängigkeit,
4. die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten,
5. die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreits erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei,
6. die Einrede der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen Vertretung.<sup>4)</sup>

Nach dem Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache können prozeßhindernde Einreden nur geltend gemacht werden, wenn dieselben entweder solche sind, auf welche der Beklagte wirksam nicht verzichten kann,<sup>5)</sup> oder wenn der Beklagte glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden nicht im Stande gewesen sei, dieselben vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen.<sup>6)</sup>

R. 236. N. 412—415. P. 79. 80. 543.

1) Die Verhandlung über prozeßhindernde Einreden (§ 247 bis 250) ist ein „Vorverfahren“ für die erste Instanz, bevor sich der Beklagte „zur Hauptsache“ einläßt. Dies Vorverfahren erfolgt in allen Prozessen, auch in denen der §§ 313—319, vgl. § 250, in m.B. Als prozeßhindernde Einreden (vgl. darüber Bölow, Prozeßeinreden und im civ.R. 62, 57 Anm. 48; Planck, krit. Viertelj. 11, 161 ff., Weßel 136 ff., 942; Petersen, Busch 2, 161 ff. u. 3, 303; Volgiano, Busch 1, 47 ff., 4, 497 ff., 12, 441 ff., civ.R. 76, 308 ff.; Osterloh, Busch 3, 43; Schwalbach, civ.R. 63, 390 ff.; Kroll, Klage und Einrede 261 ff.; Barazetti zur Lehre von der Prozeßfähigkeit z., Heidelberg 1885; Kessel, Raff.R. 30, 52 ff.) sind in der C.P. „nur“ die in Abs. 2 bezeichneten zugelassen. Durch Art. 190a, 222, 223 Abs. 2 G.O. (Fassung Ges. 18. Juli 1884) ist eine neue prozeßhindernde Einrede der mangelnden Sicherheit gegen die dort zugelassenen Klagen eingeführt; vgl. darüber Fergenhahn, Raff.R. 37, 589.

Dhne immer eigentliche Exzeptionen zu sein, enthalten die prozeßhindernden Einreden sämtlich das Bestreiten oder das Bemängeln von prozeßualischen Vorbedingungen des anhängig gemachten Rechtsstreits d. h. nach dem von Bölow eingeführten Ausdrucke, von **Prozeßvoraussetzungen**; ohne dieselben jedoch zu erschöpfen. In diesem Sinne sind sie der „Hauptsache“ entgegengesetzt; und aus diesem Grunde liegt in dem Vorschützen solcher Einreden keine Vereinbarung der Zuständigkeit, § 39, keine Einwilligung in eine Klageänderung, § 241, und kein Hinderniß der Klagerücknahme, § 243. Vgl. zu § 298 darüber, ob darin ein Verfahren im Sinne des § 298 liegt. Aus der begrifflichen Natur der im Abs. 2 Nr. 1—6 bezeichneten Einreden ist nicht zu schließen, daß auch andere, die Prozeßvoraussetzungen bestreitende Einreden als prozeßhindernde nach §§ 247 ff. zu behandeln sind. Jeder analogen Ausdehnung widerspricht die bestimmte Ausschließung im Abs. 2: „nur“. Auch solche Einreden und Erklärungen, welche sonst nach der C.P. vorweg geltend gemacht werden müssen, Ablehnung des Richters, § 43, Benennung des Autors nach § 73, Widerspruch gegen die Klageänderung, § 241, sowie die nach C.P. §§ 102 ff., 106 zu stellenden Anträge auf Verweisung vor eine andere (Civill- oder Handels-) Kammer begründen nicht das Recht des § 248 zur Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache (mit Ausnahme der auctoris laudatio in gewissem Umfange, § 73 Abs. 1) und unterliegen nicht der Vorschrift des gleichzeitigen Vorbringens vor der Verhandlung zur Hauptsache. Sie sind theilweise (§ 43 u. C.P. § 106) noch vor dem Vorbringen der prozeßhindernden Einreden nöthig, theilweise (§§ 73, 241) noch nach deren Verhandlung zulässig. Andere s. g. dilatorische Einreden bzw. peremptorische in vim dilat. des gemeinen Prozeßrechts und selbst eine exc. obscuro libelli mit Volgiano, Busch 1, 52 ff., 64, 66 ff. unter die §§ 247 ff. zu bringen, ist ein offenkundiger Fehlversuch zur Wiederbelebung beseitigter Kategorien. Vgl. Reuling, Heimann krit. Literatur.

1879 S. 23; Peterfen, *Buch* 2, 170; Welterburg, *RaffR.* 24, 173. Die *s. g. exc. plurium litisconsortium* (gegen *Fitting*, *ctvA.* 61, 434) ist materielle-rechtlich und betrifft nicht Voraussetzungen des Prozesses, sondern des Anspruchs, *Anm.* 2 § 59. Die Einrede aus der Ueberlegungsfrist des Erben ist nach den *Rot.* 195 als dem bürgerlichen Rechte entnommen und den Anspruch selbst bezielend aus der Kategorie der prozeßhindernden Einreden ausgeschlossen. *Vgl.* *Anm.* 4 § 217. Ueber die Einrede mangelhafter Klageerhebung, die allerdings das Bestreiten einer Prozeßvoraussetzung enthält, ohne jedoch unter die prozeßhindernden Einreden aufgenommen zu sein, *vgl.* *Anm.* 2 § 230. Hat bei einer Klagenhäufung (subjektiven oder objektiven, §§ 56 ff., 232) der Beklagte erst auf die eine Klage zur Hauptsache verhandelt, so wird er dadurch mit prozeßhindernden Einreden gegen die andere Klage nicht ausgeschlossen, weil das *beneficium* der Klagenhäufung die Vertheidigung des Beklagten gegen jede einzelne Klage nicht einzuschränken bestimmt ist, *D.S.* Hamburg, *SA.* 46, 100. — Ueber den Charakter der Entscheidung über Einreden, welche die Prozeßvoraussetzungen betreffen, *vgl.* *Anm.* § 293. Durch die Beschränkung der prozeßhindernden Einreden im § 247 sind die früher gemeinrechtlich dazu gerechneten, insbesondere die materielle-rechtlich zulässigen Einreden, so die *exc. spolii*, nicht auch als selbständige Vertheidigungsmittel beseitigt; *RA.* 24. *Mai* 1882, *ZW.* 157. — Ueber das Verhältnis der prozeßhindernden Einreden zu einander und zu den sonstigen Prozeßvoraussetzungen *vgl.* *R. Levy*, *Buch* 20, 87—112. Derselbe bestimmt die Reihenfolge der Entscheidung über die Prozeßvoraussetzungen (abgesehen von den Fragen über die Besetzung der Richterbank, tatsächliche und rechtliche Behinderung der Richter und Gerichtsschreiber, und die Zuständigkeit der Kammern für Handelsfachen) dahin, daß

1. zunächst zu entscheiden ist, ob das Gericht von einer Partei angerufen und ein Prozeß durch Klageerhebung begonnen ist, also über die ordnungsmäßige Klageerhebung, Zulassung und Legitimation der Prozeßbevollmächtigten, Prozeßfähigkeit bzw. Legitimation der gesetzlichen Vertreter, und Parteifähigkeit;
2. sodann, da im Zweifel die Frage voranstehet, deren Entscheidung den Parteidrechten am wenigsten präjudizirt, über die Einrede der Rechtshängigkeit;
3. demächst über die Zuständigkeit des Gerichts und
4. ferner über die Zulässigkeit des Rechtswegs;
5. über die objektiven Erfordernisse besonderer Prozeßarten;
6. Kostenficherung, § 247 Nr. 4;
7. Kostenersatzung gemäß § 247 Nr. 5.

In Bezug auf den Vorrang der Einrede mangelnder Klageerhebung vor der Inzuständigkeit *vgl.* *RA.* 25 *Dk.*/19. *Nov.* 1894 in Sachen *Nordb. Grundkreditbank* - *Gläub.* VI, 240/94; *ZW.* 1895 S. 7.

Auf die Widerklage sind die §§ 247 ff. entsprechend anzuwenden; die Einrede § 247 Nr. 4 fällt jedoch nach § 102 Nr. 3 fort. Dem Widerbeklagten (mit *Hellmann* 2, 55) die Einrede zu 1 zu verjagen, würde dem § 33 *Abf.* 2 widersprechen (*vgl.* jedoch *Anm.* 4 zu 1); ebenso die Verjagung der Einrede zu 5 (*Hellmann a. a. O.*) gegen die Anwendbarkeit des § 243 auf Widerklagen verstoßen; *Anm.* 1 § 243. *Osterloh a. a. O.* 66, *Sippmann*, *ctvA.* 65, 367 f., 382 f., und *Gaupp Anm.* V wollen §§ 247—249 auf die Widerklage nicht anwenden, *vgl.* dagegen *Anm.* 2 § 251. *Seuffert Anm.* 13, *Strudmann-Roch Anm.* 4.

Abweichungen von den §§ 247—250 sind für das amtsgerichtliche Verfahren, § 465, für den Urkundenprozeß, § 557, und für die Berufungs- und Revisionsinstanz, §§ 490, 529, vorgeschrieben. Hinsichtlich der Kosten: *GRG.* § 26 Nr. 1 u. *Abf.* 2, *AnwObD.* §§ 20, 29 *Abf.* 1. In Bezug auf die Kosten-Entscheidung bei Berwerfung der Einrede gilt dasselbe, was *Anm.* 4 § 276 für das Zwischenurtheil über den Grund des Anspruchs gesagt ist; *vgl.* auch *RA.* 13, 411; 7. *Mai* 1884, *RaffR.* 29, 1062; 13. *Mai* 1885, *ZW.* 242; 19. *Nov.* 1894, *ZW.* 1895 S. 6. Die Entscheidung ist dem Endurtheil vorzubehalten.

2) Das Vorbringen der Einreden kann mit Wirkung nach dem Prinzipie des § 119 nur in der *m.B.* erfolgen; ob sie vorher in den Schriftsätzen erwähnt, oder darin ohne

ihre Ermöhlung Erklärungen über die Hauptsache erfolgt waren, welche keinesfalls eine „Verhandlung“ bilden, ist unerheblich; *R. O.* 27. Nov. 1893, *Z. W.* 1894 S. 11. — Im *Abf.* 1 sind für die prozeßhindernden Einreden zwei Erfordernisse gleichberechtigt aufgestellt: 1. daß alle geltend zu machenden gleichzeitig, d. h. innerhalb derselben Verhandlung, wenn auch durch Gegenrede unterbrochen, bis zum Schluß derselben vorzubringen sind, dagegen nicht successiv eine nach Verwerfung der anderen oder bei Fortsetzungs-Terminen in einer späteren Verhandlung vorgebracht werden dürfen; 2. daß dies vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache geschehen muß. Beide Erfordernisse sind unbedingte, „sind vorzubringen“; demnach auch die vorgeschriebene Gleichzeitigkeit. Daraus folgt, daß nach der Vorbringung einer oder einiger und nach dem Schluß der Verhandlung über dieselben überhaupt andere nicht mehr geltend gemacht werden dürfen, sondern präkludirt sind, § 208. Andersfalls würde auch der aus der Natur der Sache und aus den Mot. sich ergebende Zweck der Konzentration: die Vermeidung der Verschleppung, im Gegensatz zum *code de proc.* Art. 166 ff., *Mot.* 194, beeinträchtigt werden, *Struckmann-Roch* Anm. 2; *Saupp* Anm. I; *Kleiner* 2, 68; *Hellmann* 2, 52; *Polgiano* a. a. O. (welcher jedoch für die Einrede aus *Art.* 5 ohne überzeugende Gründe eine Ausnahmestellung beansprucht; *Busch* 12, 445 ff. und *cit. R.* 76, 313); *Planck* 2 § 91 S. 70, 73; *Ude*, *Busch* 10, 99 ff.; *D. H. Z.* 23. Okt. 1883, *S. A.* 39, 230. Abweichend meinen *Petersen* Anm. I 4 und *Busch* 2, 176; *Seuffert* Anm. 3; v. *Sarwey* 1, 370: daß der Beklagte, welcher eine der Einreden vorgeschützt hat und nach deren Verwerfung eine zweite geltend macht, die letztere nicht überhaupt, sondern für dieselbe nur das Recht der Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache und in dieser Beziehung ihre Qualität als prozeßhindernd verliere, weil nach § 247 *Abf.* 3 nur für die Zwitberhandlung gegen die eine Vorschrift des *Abf.* 1, Vorbringung nach Beginn der m. V. zur Hauptsache, der Verlust angebroht sei, und keine Verschleppung eintrete, wenn der Beklagte mit späterer Vorbringung die eventuelle Einlassung zur Hauptsache verbinden müsse. Indeß das unbedingte Gebot der Gleichzeitigkeit, aus welchem die Nichtberücksichtigung im Falle der Zwitberhandlung folgt, ist schon im *Abf.* 1 ausgesprochen und bedurfte keiner Wiederholung im *Abf.* 3. Vielmehr war *Abf.* 3 (zuerst im *E.* 1 § 225 und *E.* § 238) lediglich hinzugefügt, um eine Ausnahme von der Verspätung, welche das Gebot der Gleichzeitigkeit an sich nicht berührte, diese somit nicht zu erwähnen hatte, zuzulassen. Die Verzögerung bei nachträglicher Zulassung ist um so weniger zu bestrafen, als auch bei eventueller Einlassung zur Hauptsache sachgemäß immer die Prozeßvoraussetzungen zunächst zu prüfen sind. Vgl. auch *R.* §§ 413, 415 im Verhältnisse zu *E.* 1 § 225; *Mot.* *E.* 1 S. 311, 312; *R. O.* § 238 und *Mot.* 194. Der Gegengrund von *Seuffert*, daß *argum.* § 39 die Geltendmachung prozeßhindernder Einreden noch keine stillschweigende Vereinbarung des Gerichtsstandes begründet, ist nicht schlüssig; denn daraus folgt nicht, daß für die Einrede der Unzuständigkeit das Erforderniß der Gleichzeitigkeit des Vorbringens aller prozeßhindernden Einreden hat besetztigt werden sollen. Die Vorschrift des § 39 wird dadurch nicht alterirt, wenn man nur das Erforderniß der Gleichzeitigkeit richtig auffaßt: nach dem Vorbringen anderer prozeßhindernder Einreden kann der Beklagte den Einwand der Unzuständigkeit nur noch bis zum Schluß derselben m. V. machen, hat er aber vorher schon zur Hauptsache verhandelt, so gilt dies als stillschweigende Vereinbarung des Gerichtsstandes nach § 39, woraus nicht bloß die Präklusion der Einrede der Unzuständigkeit folgt, — wie die Präklusion der sonstigen verzeßbaren prozeßhindernden Einreden bei gleichem Verhalten — sondern auch die Verpflichtung des Gerichts, sich der Verhandlung und Entscheidung der Sache, sofern nicht ein anderer ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, zu unterziehen. Die Bestimmung des § 39 ist deshalb auch neben § 247 nicht bedeutungslos, weil durch dieselbe das Institut des gewillkürten Gerichtsstandes gefördert und geschützt wird und die Bedeutung des § 39 nicht bloß in der Präklusion späterer Einrede liegt, vgl. *Anm.* zu § 39. — Ist eine Einrede aus § 247 rechtzeitig vorgebracht, so giebt *R. O.* 25. Nov. 1892, *Z. W.* 1893 S. 14 der betheiligten Erklärung: sie solle nicht als prozeßhindernde Einrede geltend gemacht werden, die Entung, die Partei wolle sich eventuell zur Hauptsache einlassen.

Das Gericht kann von der Befugniß zur Trennung gemäß § 137 Gebrauch machen und über einzelne Einreden gesondert entscheiden. Ueber die Reihenfolge vgl. Anm. 1. Auch dem Beklagten ist es unbenommen, zu erklären, daß er bei gleichzeitigem Vorbringen aller seiner prozeßhindernden Einreden nicht auf Grund aller, sondern nur auf Grund einzelner von dem Ansprüche auf abgeforderte Verhandlung nach § 248 Gebrauch mache; Petersen, Busch 2, 178. Jedes einzelne Urtheil jedoch, wodurch eine solche Einrede verworfen wird, ist nach § 248 Abs. 2 in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen, und es besteht kein Grund, mit Caupp Anm. III gegen den Wortlaut des § 248 Abs. 2 nur das Urtheil, welches die letzte Einrede verwirft, nach § 248 Abs. 2 zu behandeln und die anderen als reine Zwischenurtheile anzusehen.

3) Die Einrede unzulässiger Klageänderung und die Verlesung des Antrags auf Abweisung sind noch keine „Verhandlung zur Hauptsache“; auch nicht die nach Ablehnung derselben erfolgte Verlesung eventueller Anträge; noch weniger die Ablehnung eines Richters, der Antrag auf Verweisung an eine andere Kammer oder ein Antrag auf Vertagung; Anm. 2 § 241; Anm. 2 § 243; O. Hall, Busch 9, 108. Durch den Erlass eines Versäumnisurtheils gegen den Beklagten, wird dieser nach erhobenem Einspruch nicht gehindert, verzichtbare prozeßhindernde Einreden vor seiner Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen. Das Gleiche gilt für den Fall des Einspruchs gegen das den Kläger abweisende Versäumnisurtheil, da nach dem Grundsatze des § 307 der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand; mithin die in dem Antrage auf Erlass des Versäumnisurtheils gegen den Kläger etwa zu findende Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache als nicht geschehen angesehen werden muß. Ebenso Caupp Anm. III aus anderem Grunde. — Der Beklagte, welcher sich nach Vorbringung der prozeßhindernden Einrede zur Hauptsache einläßt, verzichtet damit auf das Recht, die prozeßhindernde Einrede als solche geltend zu machen, sofern nicht die Einlassung auf Grund einer Anordnung des Gerichts nach § 248 stattfindet, R. 14. Okt. 1893, JW. 537.

4) Vgl. zu Nr. 1, Unzuständigkeit des Gerichts: §§ 1, 11, 12 ff., 39, 40, 249, 465 bis 467; O. B. §§ 12—14, 28, 70. Vorb. vor § 38; ob ein Rechtsstreit vor die Civilkammer oder die Kammer für Handelsfachen gehört, betrifft nicht die Zuständigkeit, Vorb. 3 vor 38; vgl. O. B. § 106; noch weniger die Frage, ob nach der Geschäftvertheilung die Sache vor die eine oder die andere Civilkammer bzw. Kammer für Handelsfachen gehört. Vgl. jedoch Anm. 4 § 686. Mehrere Kammern für Handelsfachen dagegen, welche mit örtlich abgegrenzten Gebieten für ein Landgericht mit verschiedenen Sizen gebildet sind, vgl. O. B. § 100 Abs. 2 sind im Verhältnis zu einander als besondere Gerichte anzusehen, für welche Nr. 1 § 247 Anwendung findet; R. 23, 371; vgl. Anm. § 12. Der Einwand der Unzulässigkeit einer Widerklage wegen fehlender Konnexität soll nach R. 18. Dez. 1887, JW. 1888 S. 22 nicht unter Nr. 1 gehören und keine prozeßhindernde Einrede darstellen; vgl. dagegen Anm. 1 Abs. 3. Ueber den Einwand der Berufung auf einen Schiedsvertrag vgl. nachst. zu Nr. 2.

Zu Nr. 2: § 139 und Anm. dazu, O. B. § 3, O. B. §§ 13, 17. Unzulässigkeit des Rechtswegs liegt vor, wenn die Streitfache zu denjenigen gehört, welche nach ihrer Dualität der Entscheidung der ordentlichen Gerichte unbedingt oder in Ermangelung gewisser Vorbedingungen einstweilen gesetzlich entzogen ist. Die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs ist nach dem Gesetze des Prozeßgerichts zu beurtheilen. Davon verschieden ist jedoch die Frage, ob der Inhalt eines Anspruchs sich materiell-rechtlich durch den Ausspruch einer Behörde bestimmt, vgl. Anm. 2 § 139; für das Geltungsgebiet einer solchen Vorschrift kommen die allgemeinen Grundsätze über die territoriale Abgrenzung der Herrschaft der Rechtsnormen zur Anwendung; R. 28, 157. Die von Fitting beliebte Ausdehnung des Begriffes der Unzulässigkeit des Rechtswegs auf alle sonstigen Fälle der Unzuständigkeit einer Klage oder Widerklage (§ 55 Nr. 5 u. 11) ist als dem Sprachgebrauche und der Entstehungsgeschichte zuwiderlaufend, abzulehnen. Die dafür angeführten Gründe sind unzutreffend; die für die Unzulässigkeit des Rechtswegs und Unzulässigkeit der Berufung

gemeinsame Vorschrift unbedingter Revisionsfähigkeit, § 509 Nr. 1, giebt über die Bedeutung des Ausdrucks keinen Aufschluß und ist kein Grund, Unzulässigkeit des Rechtsweges mit Unstatthaftigkeit der Klage zu identifiziren. (Vgl. *R. O.* 31. Jan. 1893, *ZM.* 134 bez. eines Einwandes aus § 576). Unrichtig ist auch das Argument e contrario, daß es sonst einer Erwähnung der Unzulässigkeit des Rechtsweges nicht bedurft hätte, weil dieselbe in dem allgemein angenommenen engeren Sinne schon durch Nr. 1 „Unzuständigkeit des Gerichts“ gedeckt werde. Die *CP.* umfaßt mit diesem letzten Ausdrucke nirgends, auch nicht im § 513 Nr. 4 die Unzulässigkeit des Rechtsweges, vgl. *Ann.* 5 § 513, sondern lediglich den Mangel derjenigen örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit, welcher für die Streitfache beim Vorhandensein der Zulässigkeit des Rechtsweges vorgeschrieben ist. — Ist der Rechtsweg nur für eine bestimmte Frist gestattet, so ist eine spätere Klage wegen Präklusion des Nurechts, nicht wegen Unzuständigkeit oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges abzuweisen; *R. O.* 18. Jan. 1889, *ZM.* 88; 17. Febr. 1891, *ZM.* 215; 9. Juli 1892, *ZM.* 434. — Auch der Einwand, daß gemäß Schiedsvertrag zu entscheiden sei, gehört als materielle-rechtlich und weder die Zuständigkeit des Gerichts, noch die gesetzliche Zulässigkeit des Rechtsweges betreffend, nicht hierher; *Ann.* 1; *Oberlof*, *Busch* 3, 77. Ebenso *R. O.* 8, 348; 10, 367; 16, 370; 12. Dec. 1882, *ZM.* 1883 S. 37; 21. Jan. 1886, *Raffr.* 30. 734; 6. Juli 1893, *ZM.* 424; *Seuffert Ann.* 5, *Gaupp Ann.* II, *Strudermann-Roch Ann.* 5; *Kolke*, *Snaug.-Differt.*, *Göttingen* 1891. *MR.* *Krämel*, *Böblier Mag.* 5, 4 ff.; *Kohler*, *Raffr.* 30, 482 u. prozeßrechtl. *Forschungen* 92, welcher hier Prorogation und Kompromiß identifizirt. *Wach* I, 72 hält die Einrede zwar nicht für prozeßhindernd, aber doch für eine prozeßualische, die Unzuständigkeit aller Gerichte betreffend. Mit demselben Rechte könnte man auch die Einrede aus jedem pactum de non petendo für eine prozeßualische erachten. Wird auf Grund eines Schiedsvertrages ausdrücklich die prozeßhindernde Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache erhoben, so ist die Einrede durch Urtheil zu verwerfen, *R. O.* 16, 335.

Zu Nr. 3, *Rechtshängigkeit*: § 235 Nr. 1; maßgebend ist, ob der Einwand zur Zeit der Entscheidung begründet ist, § 251. Ist die zur Zeit der Klageerhebung begründet gewesene Rechtshängigkeit im Laufe des Prozesses fortgefallen (z. B. durch rechtskräftige Entscheidung oder Zurücknahme der Vorklage), so ist die Einrede für das Urtheil nicht mehr zu berücksichtigen; *Ann.* § 239 *Schluß*; *Planck* I, 271 ff.; *R. O.* 14. Dec. 1887, *ZM.* 1888 S. 12; *W. O.* *Ullwangen*, *Busch* 9, 120, *Gaupp Ann.* III.

Zu Nr. 4, *Sicherheit für die Prozeßkosten*: §§ 101—105. Vgl. *Ann.* 3 § 248. Die prozeßhindernde Einrede aus Art. 190 a, 222, 223 *Abf.* 2 *GH. O.*, vgl. *Ann.* 1, umfaßt auch die Sicherheit für die Prozeßkosten, da auch diese zu den „drohenden Nachtheilen“ gehören; geht aber im Uebrigen weiter als Nr. 4. Vgl. *R. O.* 33, 431. Vgl. auch *Ann.* 1 § 104.

Zu Nr. 5, *mangelnde Kosten-Erstattung*: § 243 *Abf.* 4. — Durch § 247 Nr. 5 selbst wird eine besondere Einrede nicht geschaffen, sondern es ist darin vorausgesetzt, daß sie begründet sei und dies ist nur gemäß § 243 *Abf.* 4 der Fall, nicht also bei sonstiger früherer Abweisung einer mangelhaften Klage. So auch *R. O.* 15, 382; *D. O.* *Jena*, *ZM.* 1882 S. 58. Zur Substantiirung der Einrede ist der Betrag der zu erstattenden Kosten klar zu legen; *R. O.* 6, 359. Vgl. im Uebrigen *Ann.* 6 u. 3a am *Schluß* § 243, auch *Busch* 8, 291 ff.; 12, 448 ff. Die Einrede muß im Momente des Vorbringens begründet sein und befreit so lange von der Einlassung, bis die Kosten berichtigt sind. Die Einrede steht auch einem Gläubiger des früheren Klägers entgegen, welchem die eingeklagte Forderung nach §§ 736, 737 zur Einzelziehung überwiefen ist, *R. O.* 33, 359. Die Einrede ist unzulässig Seltens eines Ehemannes gegen seine in Gütergemeinschaft lebende Frau, gegen welche er Geldansprüche zur sofortigen Erfüllung nicht geltend machen kann, *R. O.* 31, 421.

Zu Nr. 6, *mangelnde Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung*: §§ 50 ff. Vgl. dazu *Pfizer*, *Busch* 13, 156 ff. Prozeßhindernd kann die Einrede aus Nr. 6 nur wirken, wenn sie sich dagegen richtet, daß die Klage von einer prozeßunfähigen Person ohne ihren gesetzlichen Vertreter oder ohne die zur wirksamen Prozeßführung dritten Personen gegenüber erforderliche Ermächtigung, § 50, erhoben, oder nicht dem gesetzlichen Vertreter des

prozessunfähigen Beklagten zugestellt sei. Sind für die Klagerhebung die Erfordernisse der Prozessfähigkeit und gesetzlichen Vertretung auf beiden Seiten gegeben, und ist damit das Prozessverhältniß ordnungsmäßig begründet, so kann in der Folge aus der eingetretenen Prozessunfähigkeit einer Partei, dem Fortfalle des gesetzlichen Vertreters, dem Auftreten eines Prozessunfähigen oder eines falschen Vertreters in der mB. oder in schriftlichen Erklärungen eine prozesshindernde Einrede nicht mehr hingenommen werden, vielmehr sind die rechtlichen Folgen eines solchen Einwandes je nach Lage der Sache verschieden, vgl. §§ 219, 223, 295, 296. — Die Frage der mangelnden gesetzlichen Vertretung des Beklagten muß im Verfahren zwischen dem Kläger und demjenigen, welchen der Kläger als gesetzlichen Vertreter des Beklagten in Anspruch genommen hat, zum Austrage gebracht werden, *RO* 29, 408, vgl. *Anm.* 1 a. *E.* § 54. Wegen Theilung des Ranges vgl. *Anm.* 1 § 50, *Anm.* 2 § 51; *DZG.* Nürnberg, Buch 18, 140. Der Einwand, daß die Klage nicht von einem zugelassenen Anwalte erhoben sei, ist keine Einrede mangelnder gesetzlicher Vertretung, ebensowenig die Rüge mangelnder Vollmacht des Prozeßbevollmächtigten, § 84, *Saupp* *Anm.* II, *Seuffert* *Anm.* 9, a*R.* *Sitting* § 55 *N.* 16 auf Grund eines unrichtigen Allegats der *Rot.*; vgl. dagegen *RO.* 17. April 1888, *SA.* 43, 464, *ZW.* 240, *Raff.* 32, 1183, wo auch der Einwand gegen die Legitimation der Testamentsvollstrecker, weil sie nicht gesetzliche Vertreter seien (s. dagegen *Anm.* § 50), nicht als prozesshindernder Einwand aufgefaßt wird. Ein Antrag, auch eine Einrede mangelnder Prozeßbevollmächtigung diesen Einreden gleichzustellen, ist von der *RR.* abgelehnt, *P.* 79. Die Einrede der mangelnden rechtlichen Persönlichkeit einer klagenden Gesellschaft oder die Beendigung des rechtlichen Bestehens derselben (Parteifähigkeit) fällt nicht unter *Nr.* 6, ein über diese Einrede erlassenes Zwischenurtheil demnach auch nicht unter § 248 *Abf.* 2; *RO.* 20. Juni 1884, *ZW.* 211 *Ziff.* 6; 24. März 1885, *ZW.* 183; 28. Mai 1891, *ZW.* 350; vgl. *Vorb.* vor § 50; *Dallm.* 10, 801; *RO.* 12, 398, 13, 331.

5) Wegen der verzichtbaren Prozeßhandlungen vgl. *Anm.* 2 § 267. Der Beklagte kann wegen der im öffentlichen Interesse beruhenden Begründung wirksam nicht verzichten auf die Einreden zu *Nr.* 1 im Falle des § 40 *Abf.* 2, zu 2 und zu 6 (vgl. § 54); *Rot.* 195, vgl. § 490. Die Verhältnisse, welche solche Einreden begründen würden, müssen vom Gerichte von Amtswegen und in jedem Prozeßstadium berücksichtigt werden; in den Fällen des § 40 *Abf.* 2 (*Nr.* 1) und der *Nr.* 2, weil sie grundsätzlich und bzw. § 40 *Abf.* 2 vermöge der Unstatthaftigkeit der Vereinbarung dem öffentlichen Rechte angehören, vgl. *ROG.* 21, 16, 18; und zu *Nr.* 6 zufolge der positiven Vorschrift des § 54; *RO.* 17, 176; 21, 3. Hinsichtlich der übrigen im *Abf.* 2 bezeichneten Einreden gilt der *Abf.* 1, jedoch ist eine Präklusion derselben von Amtswegen nicht geltend zu machen. Ebenso *Saupp* *Anm.* IV, *Wach*, *civA.* 64, 212; a*R.* *Seuffert* *Anm.* 11, *Bilow* (für die Einrede der Rechtshängigkeit), *civA.* 83, 140. Unberührt bleiben natürlich die Vorschriften, nach welchen das Gericht außerdem andere Beziehungen (s. § 84; *Anm.* 5 § 201) von Amtswegen zu berücksichtigen hat.

6) Der Beklagte muß, um die Entgegensehung der Verspätung für verzichtbare Einreden zu beseitigen, die Negativen: die Unmöglichkeit früherer Geltendmachung und einen Mangel seines (vgl. § 210 *Abf.* 2) Verschuldens glaubhaft machen, § 266; positiv: späteres Entstehen oder Bekanntwerden der begründenden thatsächlichen Voraussetzungen. Vgl. §§ 103, 104 *Abf.* 3, 490. Ueber den Begriff des Verschuldens s. *Anm.* 3 § 210. Unter solcher Rechtfertigung der Verspätung kann auch die Unzuständigkeit im Falle der Zulässigkeit der Vereinbarung, wenn sonst § 39 anwendbar sein würde, noch geltend gemacht werden; *Anm.* 1 § 39. Vgl. v. *Amsberg*, *civA.* 65, 93—98. Diejenigen prozesshindernden Einreden, welche nach *Abf.* 4 nach der mB. des Beklagten zur Hauptsache zuzulassen sind, sind dadurch indirekt auch von dem Erfordernisse des gleichzeitigen Vorbringens dispensirt.

## § 248.

Ueber prozesshindernde Einreden ist besonders zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden, wenn der Beklagte auf Grund derselben die Verhandlung zur

Hauptsache verweigert,<sup>1)</sup> oder wenn das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen die abge sonderte Verhandlung anordnet.<sup>2)</sup>

Das Urtheil,<sup>3)</sup> durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen wird, ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen;<sup>4)</sup> das Gericht kann jedoch auf Antrag anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei.<sup>5)</sup>

R. 239. N. 414. 416. P. 80. 548.

1) Das Recht des Beklagten, auf Grund der Einreden des § 247 die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern, hat gemäß dem Verhandlungsgrundsatz des § 119 nur dann Wirkung, wenn er die Weigerung in der mB. erklärt. Er ist berechtigt, schon die vorbereitenden Schriftsätze auf die Einrede zu beschränken; Strudmann-Roch Anm. 1; Volgiano a. a. O. §§ 59 ff.; entscheidend ist aber für die Weigerung, wie für das Vorbringen der Einreden nur die mB.; Anm. 2 § 247. — Die „Verweigerung“ braucht sich, dem Wortsinne entsprechend, nur auf die mündliche Erklärung zu beschränken; ein schriftlicher desfallsiger Antrag im Sinne des § 269 ist nicht nöthig.

In Folge der Weigerung muß das Gericht darüber besonders verhandeln und entscheiden: „ist zu verhandeln . . .“ und zwar unbedingt „durch Urtheil“ vor einer Verhandlung zur Hauptsache. Ein abweichendes Verfahren des Gerichts, welches in der Sache selbst (bzw. auf Grund des § 129 Abs. 2, wenn auch die eventuelle Auslassung abgelehnt ist) entscheiden wollte, kann durch Rechtsmittel, gegebenenfalls durch Einspruch und durch Berufung gegen das Einspruchsurtheil, angefochten werden. — Ueber die Zulässigkeit der Trennung der Verhandlung einzelner Einreden vgl. Anm. 2 (Schluß) § 247. — Für die höheren Instanzen und für den Urkundenprozeß besteht das Weigerungsrecht nicht, §§ 490, 529, 557; auch nicht für den Amtsgerichtsprozeß, § 465 Abs. 3.

2) Die Anordnung abge sonderter Verhandlung, falls der Beklagte die Verhandlung der Hauptsache nicht verweigert, ist eine Anwendung des § 187. Die Weigerung bzw. die Einreden sind „selbständige Bertheidigungsmittel“, d. h. für sich geeignet, wenn begründet, die Abweisung der Klage herbeizuführen, Anm. 1 § 137, und das Urtheil, durch welches die Einrede verworfen wird, ist daher begrifflich im Sinne des § 275 ein „Zwischenurtheil“. Ein solches kann also nach § 275 auch erlassen werden, wenn keine abge sonderte Verhandlung vorher stattgefunden hat; daß ein solches Urtheil nach der O. P. in der That ein eigentliches Zwischenurtheil ist, geht auch aus Abs. 2 hervor, nach welchem es nur als Endurtheil „angesehen werden“ soll. Dagegen liegt nicht ein „Zwischenstreit“ vor (s. Vorb. 2 vor § 119), weil es sich im Gegensatz zu einem solchen, vgl. § 275, um ein selbständiges Bertheidigungsmittel handelt, und ist mithin § 312 Abs. 2 nicht darauf anwendbar. Es kann also auch kein Versäumnißzwischenurtheil über die Einrede erlassen werden. Ein Zwischenurtheil über die Einrede ist stets ein Kontraktorisches, also nur durch Berufung, nicht durch Einspruch angreifbar (das Versäumnißurtheil in der Hauptsache bei totaler Versäumniß bleibt zulässig, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen). So auch Gaupp Anm. I 2. Abweichend wollen Schollmeyer 78 ff., v. Sarwey Anm. 2; Endemann Anm. 2, zu den selbständigen Streitmitteln nur materiell-rechtlich begründete rechnen und nach § 312 Abs. 2 ein Versäumnißzwischenurtheil gestatten. Ebenso Eccius, PassR. 27, 477. Vgl. dagegen R. 15, 399. Virkmeyer, medlenb. Zeitschr. 1, 86—94 nimmt an, daß weder die Hauptsache, noch ein Zwischenstreit verhandelt werde, sondern ein „Rebentreit“, und daß deshalb § 312 Abs. 2 nicht anwendbar und ein Versäumnißurtheil nicht gestattet sei. — Ist einmal vom Gerichte abge sonderte Verhandlung angeordnet, so kann — in diesem Falle abweichend vom § 141 — das Gericht nicht wieder die Verhandlung mit der Hauptsache verbinden, sondern hat nach der Fassung des Abs. 1 „besonders zu verhandeln und durch Urtheil zu entscheiden“; Endemann 2, 25; Gaupp Anm. I 2. Ebenso R. 16. Jan. 1883; ZB. 76. MR. Seuffert Anm. 1. Das besondere Verfahren kann sich nur auf die dazu angewiesenen Einreden erstrecken; R. 5, 423, 428.

3) Das Urtheil, durch welches eine prozeßhindernde Einrede als begründet anerkannt wird, führt zur Abweisung der Klage (Ausnahme: §§ 249, 466, 467); im

Fälle des § 247 Nr. 4 zur Zurücknahme-Erklärung derselben, falls die Anordnung der Sicherheitsbestellung (Beschluss oder im Streitfalle Zwischenurtheil *R. O.* 33, 431; *Ann.* 1 § 105) nach Ablauf der richterlichen Frist bis zur Entscheidung nicht erfolgt ist, § 105. Dies Urtheil ist ein wahres Endurtheil, § 272. (*Abw. Gen.-Ges.* 1. Mai 1889, § 105, Verweisungsbeschluss.) Es ist durch Rechtsmittel anfechtbar und insofern einer formalen Rechtskraft fähig. Ueber deren Wirkung vgl. *Ann.* 3 § 293 a. E. Es enthält indeß nicht eine Entscheidung über den „Anspruch“, entbehrt also einer materiellen Rechtskraft, indem es vielmehr die Entscheidung über den Anspruch ablehnt. Für diese Bedeutung des Urtheils und die daraus sich ergebenden Folgerungen macht es nach der *Exp.*, welche für die Redaktion der Urtheilsformel zur Abweisung Vorschriften nicht aufstellt, keinen Unterschied, ob der bezügliche Abweisungsgrund im Tenor des Urtheils ausgedrückt oder ohne einen solchen Ausdruck lediglich die erhobene Klage abgewiesen ist, bzw. ob tenorirt wird, daß die Klage wegen „Unzuständigkeit des Gerichts, Ungültigkeit des Rechtsweges ic. „von diesem Gericht“ „zur Zeit“ oder „angebrachtermaßen“ (vgl. darüber *Ann.* 2 § 293) abgewiesen wird. Auch wenn nur eine einfache Abweisung der Klage oder des gestellten Antrags erfolgt, bleibt die Prüfung der Tragweite unverändert. Ein durch Eid bedingtes Urtheil, welches für den einen Fall die Einrede verwirft, für den anderen auf Abweisung der Klage (oder Zurücknahmeerklärung) erkennt, ist nicht ausgeschlossen; aus den gleichen Gründen wie im Falle des § 276; vgl. *Ann.* 2 § 276 (der Eid kann z. B. die Erstattung der Kosten des Vorprozesses oder die Ausländer-Qualität des Klägers betreffen).

4) Das die Einrede verwerfende Urtheil, wenn gleich an sich Zwischenurtheil, *Ann.* 2, hat, ebenso wie im Falle des § 276 Abs. 2, die gleiche Wirkung wie ein Endurtheil „in Betreff der Rechtsmittel“ („ist anzusehen“ s. *Ann.* 1 § 93). Die Rechtsmittel sind also ebenso, wie gegen Endurtheile zulässig und müssen auch zur Vermeidung des Verlustes innerhalb der Nothfrist eingelegt werden. Vgl. *Borb.* 1 vor § 272. Voraussetzung ist allerdings, daß ein Urtheil über eine prozeßhindernde Einrede des Bell. vorliegt, mag auch der Thatbestand, auf Grund dessen sie erhoben ist, an sich nicht geeignet sein, eine prozeßhindernde Einrede zu begründen, wenn sie nur als solche erhoben oder vom Gericht als solche behandelt und durch ein Urtheil verworfen ist, welches den Anspruch erhebt, als Endurtheil im Sinne des § 248 Abs. 2 zu gelten; *R. O.* 16, 335; 21. Jan. 1886, *ZW.* 72 Stff. 3; 17. April 1888, *KassR.* 32, 1183, *ZW.* 240 (mit Datum 4. Mai 1888); vgl. auch *Hagemann*, Buch 12, 350 ff. und *Ann.* 2 § 472. Wenn dagegen bei Gelegenheit der Erlassung eines Zwischenurtheils über einen anderen Punkt (z. B. die Passiv-Legitimation) die Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges von Amtswegenörtert und besagt wird, so fällt dies Zwischenurtheil nicht unter Abs. 2, *R. O.* 11, 390. Die für die Anwendbarkeit des § 248 Abs. 2 vom *R. O.* 15, 398 aufgestellte weitere Voraussetzung, daß das Urtheil auf Grund absonderter Verhandlung über die Einrede ergangen ist, dürfte nicht zu billigen sein, da dies im Abs. 2 keinen Ausdruck gefunden hat, und die vom *R. O.* in Bezug genommene Fassung früherer Befehlswürfe, welche diese Voraussetzung allerdings aufstellte, nicht angenommen ist. Ein innerer Grund spricht jedenfalls nicht für die Annahme des *R. O.*; der Charakter des Urtheils wird davon, ob dem Erlasse desselben eine absonderliche Verhandlung über die Einrede vorausgegangen oder schon eventuell zur Hauptsache verhandelt ist, nicht berührt. Der von *Gaupp Ann.* II geltend gemachte Grund, daß die Anfechtbarkeit des Urtheils dazu dienen solle, eine rechtskräftige Entscheidung über die Verpflichtung des Beklagten zur Hauptsache zu verhandeln, herbeizuführen, beweist zu viel; denn dieser Grund müßte zur Folge haben, die Anfechtbarkeit des Zwischenurtheils auch dann auszuschließen, wenn Beklagter bei Vorschüpfung der prozeßhindernden Einrede die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert, das Gericht aber dennoch, sei es auf Antrag des Klägers, sei es von Amtswegen absonderliche Verhandlung beschließt. In praktischer Hinsicht erscheint es bedenklich, eine zweifache Art von dergleichen Zwischenurtheilen zu unterscheiden, von denen die eine der Berufung unterliegt, die andere nicht. Das Reichsgericht hält jedoch an seiner Ansicht fest; vgl. *R. O.* 10. Mai 1888, *ZW.* 164; 1. März 1889, *ZW.* 138; 26. Juni 1889, *ZW.* 305, *KassR.* 33, 1165, *SA.* 45, 96; 24. Sept. 1894, *ZW.*



515. (In dem letztgedachten Urtheil wird für die Anwendung des Abs. 2 gefordert, daß entweder die Partei die Verhandlung zur Hauptsache verweigert oder daß das Gericht auf Antrag oder von Amtswegen abgeordnete Verhandlung angeordnet hat.) — Ist freilich ein Urtheil über eine prozeßhindernde Einrede mit einem zur Hauptsache ergangenen Zwischenurtheil verbunden, so ist auch ersteres hinsichtlich der Rechtsmittel nur als Zwischenurtheil (§§ 473, 510) anzusehen, *R. 14. Okt. 1893, J. B. 537*. Eine Beschränkung der Zulässigkeit der Berufung enthält § 10. Der Einspruch ist durch die Unanwendbarkeit eines Versäumnisurtheils über die Einrede, vgl. Anm. 2, ausgeschlossen.

Für jedes Urtheil, welches nur über prozeßhindernde Einreden entscheidet, sind im Falle der Berufung § 500 Nr. 2 und Abs. 2 zu berücksichtigen. — Hinsichtlich der Anwendbarkeit auf Widerklagen und der Kosten s. Anm. 1 (Schluß) § 247.

5) Die Anordnung, daß „jedoch“, d. h. ohne die Entscheidung über die Rechtsmittel gegen die Verwerfung oder die Zustellung abzuwarten, § 283 Abs. 2, zur Hauptsache zu verhandeln sei, kann nur auf Antrag einer Partei getroffen werden. Der Antrag kann vom Kläger, aber auch vom Beklagten gestellt werden. Letzteres ist durch Abs. 2 nicht ausgeschlossen. Die Anordnung ist aber dem Ermessen des Gerichts („kann“) anheimgestellt. In keinem Falle kann sie, sofern die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen, vor Erlass des Urtheils über die Einreden getroffen werden; das Urtheil ist nach Abs. 1, 2 vorausgesetzt, *Rot. 194*. Die Anordnung kann nur durch förmlichen Beschluß auf Grund mB. erfolgen. Eine Beschwerde ist deshalb gegen die Ablehnung nach § 530 unzulässig. Der § 229, betreffend die Rechtsmittel gegen Beschlüsse auf Aussetzung des Verfahrens, kommt hier nicht zur Anwendung. Ebenso *Gaupp Anm. III, Seuffert Anm. 4*, ferner *R. 2. Jan. 1890, J. B. 47*. *Fitting, Busch 14, 239 f.* verneint die Zulässigkeit eines Antrags auf abgeordnete Verhandlung, sowie einer dahin gehenden Anordnung nach Erlass des Zwischenurtheils; verweist vielmehr die Anordnung in das Zwischenurtheil selbst, welches dadurch den Rechtsmitteln entzogen werde; vgl. unten. Dieser Ansicht widerspricht schon der Ausdruck „anordnen“, welcher zur Bezeichnung prozeßleitender Beschlüsse des Gerichts in der *CP.* charakteristisch ist, vgl. z. B. §§ 131—141.

Streitig ist, ob das in Folge einer Anordnung gemäß Abs. 2 in der Hauptsache ergehende Endurtheil noch vor der Rechtskraft des die Einrede verwerfenden Zwischenurtheils als definitives wirkt und in Rechtskraft übergehen kann. Das Reichsgericht hat die Frage für den Fall eines Versäumnisurtheils bejaht, *R. 14, 343*, für den Fall eines kontradiktorischen Urtheils aber verneint, *R. 5, 422; 15, 348; 20. Nov. 1893, J. B. 1894 S. 13*, weil letzteres die Vorentscheidung über die prozeßhindernde Einrede zur notwendigen Voraussetzung habe, mithin bis zur rechtskräftigen Ablehnung der Einrede nur als ein provisorisches Urtheil gelten könne. (Ebenso v. *Bülow, Raff. 25, 852; Gaupp Anm. III; D. O. Kofod, SA. 45, 231; Seuffert* stimmt bez. des kontradiktorischen Urtheils überein, will jedoch für das Versäumnisurtheil das gleiche Resultat, Anm. 4.) Zugabe ist, daß das Gericht in und außer dem Falle der Versäumnis vor der Rechtskraft der Vorentscheidung nur ein provisorisches Endurtheil in der Sache erlassen sollte; es muß dann aber auch diesem provisorischen bzw. bedingten Charakter im Urtheile selbst durch einen Vorbehalt einen entsprechenden Ausdruck geben und das Urtheil würde, wenn als unbedingtes erlassen, weil unzulässigerweise zu viel Rechte gewährend, anfechtbar sei. Dagegen hat das Endurtheil die Qualität eines bedingten nicht schon unausgesprochen in sich, vielmehr muß es in Ermangelung eines entsprechenden Vorbehaltes als definitives wirken und; wenn unangefochten, in Rechtskraft übergehen, ohne Unterschied, ob es ein Versäumnisurtheil oder ein kontradiktorisches ist. Dasselbe gilt aus gleichen Gründen von dem Verhältnisse der Urtheile über Grund und Betrag einer Forderung im Sinne des § 276. Der Einwand von *Fitting, Busch 14, 235*, die *CP.* kenne einen solchen Vorbehalt nicht, wird durch § 671 Abs. 2 widerlegt, welcher bedingt ausführbare Urtheile voraussetzt. Vgl. *Sönemann, Raff. 27, 858 ff., Endemann 2, 154 ff.; A. Förster Anm. 4; Osterloh, Busch 3, 65; a. R. Strußmann-Roch Anm. 4* und die dort Genannten. Die Kontroverse wäre allerdings gegenstandslos, wenn es, wie *Oppenheim a. a. D. 1 ff.*

und Cocius, Raff.R. 27, 476 auf Grund des § 272 annehmen, überhaupt unstatthaft ist, vor der Rechtskraft des Zwischenurtheils, durch welches die prozeßhindernde Einrede verworfen ist, die Sachentscheidung zu erlassen. Indessen, wenn auch der G.P. ein Verhandeln der Partei unter Aussetzung der Endentscheidung nicht völlig fremd ist (vgl. § 85 Abs. 1), so würde es doch dem in den Materialien ausgesprochenen Zwecke des Gesetzes, Prozeßverschleppungen zu verhüten, wenig dienen, wenn das Verhandeln bis zur Rechtskraft des Zwischenurtheils zu keinem Endurtheil führen dürfte. Daß hier — ebenso wie §§ 465, 557 — nur von Anordnung der Verhandlung, nicht auch der Entscheidung (wie im § 656 Abs. 1, G.B. § 106) die Rede ist, kann nicht auffallen. Das Gericht kann immer nur die Verhandlung anordnen, nicht die Entscheidung, die sich aus der Verhandlung ergibt; das Gesez kann dagegen dem Gericht die abgesonderte Entscheidung nach der Verhandlung zur Pflicht machen. Der aus § 272 hergenommene Grund, die Sache sei noch nicht zur Endentscheidung reif, enthält ein *petitio principii*; der Instanzrichter hat die Spruchreise nach Lage der Sache in der betreffenden Instanz und nicht nach möglichen Abweichungen in höherer Instanz zu beurtheilen. Fitting, Busch 14, 223, versucht die Schwierigkeit dadurch zu lösen, daß er beim Erlaß der Anordnung auf Weiterverhandlung zur Hauptsache, welche er als integrierenden Theil des Zwischenurtheils und Modifikation desselben auffaßt, vgl. oben, dem Zwischenurtheil den Charakter eines Endurtheils hinsichtlich der Rechtsmittel abspricht. Vgl. dagegen die Ausführungen in Aufl. 6.

Ob nach rechtskräftiger Verwerfung der Einreden zur Hauptsache verhandelt werden soll, hängt auch dann, wenn die Anordnung nach Abs. 2 nicht erfolgt ist, vom Belieben der Parteien ab, § 191 Abs. 1. Von Amtswegen hat das Gericht nicht zu laden.

### § 249.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks zu verweisen.<sup>1)</sup>

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Amtsgerichte anhängig.<sup>2)</sup>

R. 239 a. P. 7. 15. 80. 81. 499 ff. 548.

1) Die §§ 249, 466 sind von der RR. dem § 467 entsprechend nachgebildet und eingeschaltet. Sie stehen mit § 11 und G.B. § 102 in Verbindung. Ueber die Bedeutung vgl. Anm. § 11, 466. Voraussetzung ist, daß die sachliche Unzuständigkeit (I. 1 Lit. 1) ausgesprochen wird, und daß der Kläger die Verweisung und zwar nicht nur an ein Amtsgericht, sondern an ein bestimmtes Amtsgericht des Landgerichtsbezirks beantragt. Der Kläger kann natürlich nur den Antrag für ein örtlich zuständiges Amtsgericht (I. 1 Lit. 2) stellen, wenn er nicht wegen örtlicher Unzuständigkeit demnächst abgewiesen werden will; er hat aber unter mehreren zuständigen Gerichtsständen die Wahl, § 35. Das Gericht kann ohne den ein bestimmtes Amtsgericht bezeichnenden Antrag weder das Wahlrecht des Klägers ausüben, noch wissen, ob im konkreten Falle ein solches begründet ist oder behauptet werden soll.

Die Verweisung enthält in keiner Beziehung eine Entscheidung des Landgerichts darüber, ob die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts begründet ist, und setzt eine solche nicht als nöthig voraus. Die Verweisung hat vielmehr die Bedeutung, daß über alle anderen Prozeßfragen, mit Ausnahme der sachlichen Unzuständigkeit das Amtsgericht zu entscheiden hat. Schon der Wortausdruck: „Verweisung“ bedeutet, daß jede weitere Entscheidung hinsichtlich des Rechtsstreits seitens des Landgerichts abgelehnt und dem Amtsgerichte überwiesen wird. Letzteres ist an die Landgerichts-Entscheidung über dessen sachliche Unzuständigkeit, wenn das Urtheil rechtskräftig ist, nach § 11 gebunden, aber auch nur hieran. Vgl. Anm. § 11. Wird auch die örtliche Unzuständigkeit des vom Kläger bezeichneten Amtsgerichts oder des gesammten Landgerichtsbezirks schon vor dem Landgerichte bestritten, so

kann dieses sich darauf beschränken, sich sachlich unzuständig zu erklären und den Rechtsstreit an das Amtsgericht verweisend, diesem die gesammte übrige Prüfung, also auch der örtlichen Unzuständigkeit zu überlassen. Hat jedoch das Landgericht sich für örtlich unzuständig erklärt („ausgesprochen“), selbst wenn gleichzeitig mit dem Aussprechen seiner sachlichen Unzuständigkeit, so ist § 249 nicht anwendbar. Derselbe setzt voraus, daß die Unzuständigkeit nur auf Grund der Vorschriften über sachliche Unzuständigkeit ausgesprochen ist und daß eine Entscheidung eines Amtsgerichts des Landgerichtsbezirks noch zulässig ist, was zuzulassen mit dem Ausspruche der örtlichen Unzuständigkeit des den Amtsgerichtsbezirk mit umfassenden Landgerichts unvereinbar wäre. — Das Landgericht kann auch nur über seine eigene örtliche Zuständigkeit entscheiden, nicht aber bei einer Verweisung zugleich über diejenigen des angesprochenen Amtsgerichts beschließen; zu einer solchen Entscheidung giebt weder § 249, noch sonst eine Vorschrift die Befugniß; Gaupp Anm. I, III, Seuffert Anm. 1. Theilweise abweichend v. Sarwey I, 374; Endemann 2, 46; Kleiner 2, 76, 77; Siebenhaar 225.

Da im Falle der Verweisung über die örtliche Zuständigkeit überhaupt nicht entschieden wird, so erfolgt die Verweisung immer auf Gefahr des antragenden Klägers sowohl wegen dieser, als wegen irgend anderer Fragen. Daß das Landgericht auch an ein anderes Amtsgericht, als an das beantragte verweisen kann (wie v. Sarwey I, 374), ist vollends ausgeschlossen; dies würde nicht eine Verweisung auf Antrag, sondern gegen den Antrag und eine Ablehnung des Antrags sein.

Eine fernere Voraussetzung der Verweisung ist, daß der Antrag des Klägers mindestens als eventueller, vor dem Urtheil gestellt ist, da die Verweisung „zugleich“ mit dem Ausspruche über die Unzuständigkeit erfolgen soll. Der Antrag ist ein prozessualischer, kein Sachantrag. Daher finden auf denselben weder § 269 noch § 292 Anwendung; Seuffert Anm. 3 (AR. Gaupp Anm. III). Ist der Antrag übergangen, so kann nur durch Berufung abgeholfen werden. Auch in der Berufungs- und Revisionsinstanz ist der Antrag noch zulässig; sofern das Landgericht seine sachliche Unzuständigkeit ausgesprochen hat (wegen § 10) vgl. Anm. 2. Ist kein Antrag gestellt, so hat sich das Landgericht darauf zu beschränken, seine sachliche Unzuständigkeit auszusprechen. Dieser Ausspruch, somit auch die gleichzeitige Verweisung, kann nur durch Endurtheil erfolgen. Die Form, den Rechtsstreit (selbst wenn beide Parteien darüber einig sind) ohne Urtheil bzw. ohne Ausspruch der Unzuständigkeit dem Amtsgerichte zu überweisen, ist nicht zugelassen.

In allen Beziehungen findet § 249 ebensowohl für die Kammern f. Handelsf., als für die Civilkammern des Landgerichts Anwendung.

2) Die Anhängigkeit des Rechtsstreits (vgl. Anm. 1 § 235) bei dem Amtsgericht beginnt mit der Rechtskraft des Verweisungs-Urtheils. Es bedarf daher keiner neuen Klageerhebung. Jeder Theil kann den anderen nach dem allgemeinen Grundsatz zur mB. laden lassen, § 191. In der Ladung wird zweckmäßig die Veranlassung derselben anzugeben sein; zugleich ist es rathsam, die Abgabe der Prozeßakten an das Amtsgericht bei der Gerichtsschreiberei des Landgerichts zu beantragen. Diese Abgabe muß erfolgen, sobald die Rechtskraft des Urtheils nachgewiesen wird, und kann auch von Amtswegen veranlaßt werden. Eine Vorladung seitens des Gerichts von Amtswegen ist nicht vorgeschrieben. Abgesehen von der Thatsache der Klageerhebung wirken weitere vor dem Landgerichte vorgenommene Prozeßhandlungen als solche in dem Prozesse vor dem Amtsgerichte nicht fort, soweit sie nicht zugleich Dispositionsakte enthalten (wie das gerichtliche Geständniß, vgl. Anm. 1 § 261, Vergleiche, Bezichte und Anerkennnisse des Anspruchs); theilweis AR. Köhler, civR. 73, 255. Die prozessualischen und materiellen Wirkungen der durch die ursprüngliche Klageerhebung eingetretenen Rechtshängigkeit der Streitfache (§ 235) werden durch die Klageabweisung oder das Verweisungs-Urtheil nicht, wie bei Surdnahme der Klage § 243 Abs. 3, aufgehoben, vgl. Anm. 4 § 243. Inwiefern aber die Klageerhebung bei einem unzuständigen Richter materielle Wirkungen hat, z. B. die Verjährung unterbricht, hängt von den Be-

Stimmungen des Civilrechts ab. Die Bestimmung des § 552 I 9 OR. ist (mit Eccius I § 57, gegen Schöllmeyer, Bursch II, 297) mit der Maßgabe aufrecht erhalten, daß an Stelle der Klageanmeldung der Zeitpunkt der Klageerhebung tritt. Im Falle eines Verweisungsurtheils nach § 249 ist die Unterbrechung der Verjährung gemäß § 552 cit. daher stets als erfolgt anzusehen, wenn die Verweisung an das örtlich zuständige Amtsgericht erfolgt ist, weil dann zwischen der Rechtskraft des Urtheils und der Anhängigkeit des Processes bei dem „gehörigen“ Richter überhaupt kein Zeitraum liegt. Erfolgt die Unzuständigkeits-Erklärung Seitens des Landgerichts ohne Verweisung oder Seitens des Amtsgerichts, an welches verwiesen worden wegen mangelnden Gerichtsstandes, so ist das im § 552 cit. vorgeschriebene Jahr von der Rechtskraft dieses Urtheils zu rechnen, vgl. Eccius a. a. O. Die Vorschrift des § 553 I 9 OR. kann im Falle eines Verweisungsurtheils Seitens des Landgerichts keine Anwendung finden, da in der bloßen Terminbestimmung auf die Klage nach der C.P. kein „Annehmen“ derselben liegt, und eine Abweisung per decretum nicht mehr zulässig ist. — Die Kosten des Verfahrens vor dem Landgericht (OR. § 26 Nr. 1, 2 und Abs. 2; AnwObD. §§ 20, 29 Abs. 1) sind dem vor dem Landgerichte abgewiesenen Kläger (gemäß § 87 u. arg. e contr. aus § 467 Abs. 2) aufzuerlegen; entsprechend auch im Falle des § 466 Abs. 2; R. 5. Jan. 1893, ZB. 97; vgl. Bursch II, 261. Die Abweisung von § 467 Abs. 2 hat ihren sachlichen Grund darin, daß im Falle des § 467 der Kläger das Anfangs in der That zuständige Gericht angerufen hat, in den Fällen der §§ 249, 466 dagegen nicht. Vgl. Bursch II, 324. RR. Kleiner 2, 78. Ueber die Frage, welches Gericht die Kosten zu liquidiren hat, vgl. Meyer Prozeßpr. S. 216. Eine analoge Ausdehnung der §§ 249, 466, 467 auf andere Fälle von Unzuständigkeit ist nicht gestattet, vielmehr erfolgt in anderen Fällen die einfache Abweisung des Klägers, R. 28. Jan. 1887, ZB. 67, sowie Anm. 3 § 248.

### § 250.

Nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden kann das Gericht in Processen, welche die Nichtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, unter Vertagung der mündlichen Verhandlung ein vorbereitendes Verfahren anordnen.<sup>1)</sup>

R. 240. N. 741. 742. P. 81. 842.

1) Vorbereitendes Verfahren, vgl. §§ 313—319, Anm. 1 § 247. Voraussetzung der Anordnung ist das Vorgehen der mB. (vgl. über den Begriff der Vertagung Anm. 1 § 206) und die Feststellung, daß prozeßhindernde Einreden nicht zu erledigen oder erledigt sind. — Das Gericht kann die Anordnung auch mit einem Theilurtheile verbinden, § 274, auch von der Befugniß zur Anordnung einen theilweisen Gebrauch durch Ueberweisung einzelner Theile des Processes unter Vertagung der mB. machen. Eines Antrages bedarf es zu der Anordnung nicht. Wird ein solcher vom Beklagten gestellt, so liegt darin zwar noch keine Verhandlung zur Hauptsache im Sinne des § 247, so wenig wie in einem Antrage auf Vertagung (gegen Gaupp u. Seuffert), da derselbe gerade darauf gerichtet ist, daß die Hauptsache zunächst nicht Gegenstand der mB. werden, sondern zuvor in einem vorbereitenden Verfahren erörtert werden solle; dagegen kann mit Rücksicht auf die Unzulässigkeit des vorbereitenden Verfahrens vor Erledigung der prozeßhindernden Einreden, in dem Antrage des Beklagten ein konkludentes Anerkenntniß gefunden werden, daß er prozeßhindernde Einreden nicht vorzubringen habe, also ein konkludenter Verzicht auf solche, soweit sie verzichtbar sind.

### § 251.

Angriffs- und Vertheidigungsmittel<sup>1)</sup> (Einreden, Widerklage,<sup>2)</sup> Replik<sup>3)</sup> u. s. w.) können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht,<sup>4)</sup> geltend gemacht werden.<sup>4)</sup>

Das Gericht kann, wenn durch das nachträgliche<sup>5)</sup> Vorbringen eines Angriffs- oder Vertheidigungsmittels die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, der

obliegenden Partei, welche nach freier richterlicher Ueberzeugung im Stande war, das Angriffs- oder Bertheidigungsmittel zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkosten ganz oder theilweise auferlegen.<sup>6)</sup>

**R. 241. N. 416. 450. P. 81—89. 543.**

1) Die „Angriffs- und Bertheidigungsmittel“ (vgl. über diesen Begriff Anm. 1 zu § 137) sind hier im engeren Sinne, als in den §§ 65, 91, 95 Nr. 3, verstanden und sind hier darunter Beweismittel und Beweisreden nicht einbegriffen, wie aus der Gegenüberstellung der §§ 251, 256 hervorgeht. Sie kommen hier auch nur in Betreff der Zeitbestimmung für ihre Vorbringung, welche den Inhalt des § 251 bildet, in Betracht und die Erläuterung in der Parenthese erwähnt daher auch nicht, wie im § 137, die Klagegründe, welche schon in der Klage vorzubringen sind.

Zu den Bertheidigungsmitteln, welche mit Rücksicht auf die sie allein betreffende Vorschrift des § 252 von den Angriffsmitteln zu unterscheiden sind, gehören alle nur zur Abwehr dienenden Rechtsbehelfe, nicht nur die positiven Exzeptionen, Duplikten, sondern auch die Erklärungen über die gegnerischen Behauptungen, vgl. Anm. 2 § 129.

2) Die Widerklage ist begriffsmäßig und an sich nicht bloß Angriffs- oder Bertheidigungsmittel, sondern ein selbständiger Rechtsbehelf zur Erstreckung eines Anspruchs wie auch die Klage nicht „Angriffsmittel“ im Sinne der C.P. fr. Vgl. „Klagegründe“ § 137. Auf den Begriff einer Widerklage hat daher die Bezeichnung im § 251 keinen andern Einfluß, als daß hier, wo es sich nur um die Bestimmung der zulässigen Endfrist der Geltendmachung handelt, der § 251 auch hinsichtlich der Widerklage anwendbar ist, obgleich es korrekter heißen müßte: Angriffs- und Bertheidigungsmittel (Einreden, Replikten u. s. w. für Klage und Widerklage), desgleichen die Widerklage u. s. w. Vgl. Anm. 1 § 137. Im Sinne des § 252, und da sie hier behufs der dafür nöthigen Unterscheidung zwischen Angriffs- und Bertheidigungsmitteln zu einer dieser Kategorien zu rechnen ist, muß sie, wenn gleich vom Beklagten anhängig gemacht, ihrem Charakter nach zu den Angriffsmitteln gerechnet werden, und nicht zu den Bertheidigungsmitteln. Sie ist also nicht dem § 252 unterworfen. Sie ist als selbständiger Rechtsbehelf von den Zulässigkeitsbedingungen des § 33 und der Rechtshängigkeitsvorschrift des § 254 abhängig und nur ein Recht des Beklagten (§ 33, reconventio reconvencionis non datur, Rot.); sie hat indeß, nachdem sie anhängig geworden, ihr eignes Leben, wird durch die Zurücknahme der Klage nicht berührt, Anm. 4 § 243, ist den Vorschriften über Klageschriften (Anm. 2 § 230) und über die Fristen zur Einlassung und Beantwortung der Klage (zufolge § 254) nicht unterworfen, kann getrennte Urtheile, §§ 136, 273, und besondere Versäumnisurtheile, § 312 veranlassen; während im Uebrigen auf Widerkläger und auf Widerklagen dasselbe Anwendung findet, was auf Kläger und Klagen. Vgl. Anm. 1 § 33, Anm. 1 § 230, Anm. 1 § 235. Dies folgt aus dem auch der Widerklage immanenten Sachbegriff der Klage, welcher die Anwendung der sachlichen Bedeutung und Wirkungen der Klage erfordert, soweit nicht die Verbindung mit dem bereits schwebenden Prozesse modifizirt, und die Anwendung der mit der Klage, als prozeßbeginnendem Akte verbundenen Formen ausschließt. Abweichend bestreitet Stppmann, civR. 65, 358—470 die Anwendung der §§ 230—243 auf die Widerklage als eine unzulässig analoge; er folgert aus dem nur den Endtermin (für Widerklagen und überhaupt) feststellenden § 251 die Unanwendbarkeit des Begriffs der Rechtshängigkeit und die Zulässigkeit ihrer Veränderung bis zum Urtheil, und erkennt außer der Entscheidungsform im Tenor bzw. in den Gründen des Urtheils keinen spezifischen Unterschied zwischen Widerklagen und Einreden an; S. 423—434 a. a. O. Vgl. § 254 u. Anm. 1 § 240. Unzulässig ist die Widerklage im Urkundenprozeß, § 558 und im Falle der §§ 608, 624, beschränkt im Falle der §§ 575, 587.

3) Im Abs. 1 ist das Grundprinzip der Prozeßkonstruktion der m.B. unter Beseitigung der strengen Eventualmaxime des schriftlichen Prozesses ausgesprochen. Dasselbe gilt in allen Fällen, wo auf Grund m.B. zu entscheiden ist, also auch beim Widerspruch gegen einen Arrest oder eine einstw. Verfügung, R.O. 9. April 1891, ZAB. 272. Erst

„der Schluß derjenigen mB. auf welche das Urtheil ergeht“, (vgl. dazu Anm. § 254 a. G.), bildet das Präklusivmoment für neue Anführungen und Erklärungen der Parteten §§ 208, 129, Anm. 2 § 208, Anm. 1 § 142. Bis dahin können selbst die nach früherer Verhandlung oder Beweisaufnahme veräußerten Erklärungen nachgeholt und neue vorgebracht werden, soweit nicht für den Kläger das Verbot der Klageänderung, § 235 Abs. 3, und für den Beklagten die Bestimmung des § 252 (502) Platz greift. Der Grundsatz gilt auch für die Berufungsinstanz, §§ 485, 491 Abs. 1; und für die Revisionsinstanz, soweit in derselben überhaupt noch ein thatsächliches Vorbringen gestattet ist. Einschränkungen des Prinzips enthalten die §§ 39, 43, 44 Abs. 4, 73, 241, 247, 267, 319, 371 Abs. 2, 465, 490, 491, Abs. 2, 494, 495, 521; GB. § 106, GenGes. 1. Mai 1889 §§ 105 Abs. 2, 123. Darüber, daß die in einem früheren Termine zur mB. abgegebenen Erklärungen nicht in einem späteren Termine vor denselben Richtern wiederholt zu werden brauchen, falls sich die Richter derselben erinnern, vgl. Vorb. 3 vor § 119; R. 26. Sept. 1892, JW. 461; 13. Juli 1893, JW. 425. Eine Erweiterung des Prinzips enthält § 574. Vgl. über §§ 251, 252 Vorb. vor § 119 und vor § 230.

Sedes Urtheil, einschließlich der Theil- und Zwischenurtheile, scheidet den betreffenden Rechtsstoff aus. Bis dahin ist es zulässig, darauf zurückzukommen; und darf das Wort darüber ohne Rechtsverweigerung nicht versagt werden. Eine Erklärung des Vorsitzenden oder des Gerichts, man sei über den einen oder den andern Punkt bereits schlüssig geworden, kann darin nichts ändern, sie ist kein einen solchen Abschluß rechtfertigender, hinsichtlich der Sachleitung der Verhandlung zulässiger Akt und schließt mit Recht nur dann ab, wenn dies durch Verkündung eines Urtheils festgestellt ist. Daß bis dahin die Parteten gehört werden müssen, bestimmt die positive Vorschrift des Abs. 1: „können bis ... geltend gemacht werden.“ Auch der Schluß der Terminsverhandlung, § 127 Abs. 4, präkludirt nur dann, wenn ein Urtheil darauf ergeht. Vgl. Anm. 2 § 137. Schriftsätze zwischen dem Schlusse der Verhandlung und dem Erlasse (Verkündung) der Entscheidung sind zur Ergänzung des zu beurtheilenden Rechtsstoffes bedeutungslos. (Anders zur Anzeige, daß der Prozeß ruhen soll, Anm. 1 § 228.) Nach Erlaß eines Theilurtheils ist eine Itebligk mit dem durch dasselbe erledigten Prozeßstoff zusammenhängende Widerlage nicht mehr zulässig; ObLG. 27. Okt. 1883, SW. 36. 216; auch für Einwendungen hinsichtlich solchen Prozeßstoffes ist die mB. vor dem Theilurtheil präkludirend, R. 22. Febr. 1893, JW. 181, was auch für § 686 von Bedeutung ist.

Durch das Prinzip des § 251 Abs. 1 ist der Schluß der mB. vor dem Urtheil auch als entscheidender Zeitpunkt für die Rechte bestimmt, welche zuzusprechen oder anzuerkennen sind. Das Urtheil hat zu entscheiden, welches Recht alsdann begründet ist; R. 1. 425; 8, 415; 27, 425; 20. Okt. 1886, JW. 346; 3. Dez. 1890, JW. 1891 S. 91; 11. April 1894, JW. 240; Eccius I, § 51 Anm. 11; Dernburg I § 133, vgl. jedoch Anm. 2 § 236 u. Anm. 1 § 239 Schluß. Entsprechend ist dieser Zeitpunkt auch nach § 686 Abs. 2 für die Zulassung von Einwendungen, welche den durch das Urtheil festgestellten Anspruch betreffen, in der Exekutionsinstanz entscheidend. Indeß ist dieser Zeitpunkt dann nicht zu berücksichtigen, wenn es nur durch Klageänderung möglich würde, denselben im Prozeß zur Geltung zu bringen; R. 2. Dez. 1887, JW. 1888 S. 10.

4) Wegen Einschränkungen des Abs. 1 vgl. Anm. 3 Abs. 1.

5) Abs. 2. Die Feststellung, ob etwas erst nachträglich vorgebracht wird, gebührt als Thatfachen-Würdigung dem Gerichte, § 259; P. 81—90. Das Gericht darf indeß dabei nicht aus der Unterlassung von Schriftsätzen oder aus der Nichterwähnung darin eine Nachträglichkeit folgern; Anm. 2 § 120. Daß ein Beweisbeschluß vorangegangen, ist für die Erwägung, ob ein Vorbringen ein nachträgliches sei, nicht erforderlich, Rot. 206. Bei dem prinzipiellen Verhältnis der EP. zur Eventualmaxime (Vorb. 1 § 119) ist entschieden nicht das Vorbringen etwa einer neuen Einrede oder Widerlage nach der Replik, oder einer Replik nach der Duplik im ersten Termine als nachträglich verstanden, sondern nur das Vorbringen dessen, was bei ordentlicher Prozeßführung sogleich schon in einem früheren Termine, oder wenigstens vor der etwa schon im ersten Termine stattgehabten

Beweisaufnahme bzw. vor dem im ersten Termine erlassenen Zwischenurtheil hätte geltend gemacht werden können.

6) Im § 251 Abs. 2 ist fakultativ dem Gerichte anheimgestellt, bei nachträglichem Vorbringen von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln dem Säumigen Kosten aufzulegen; im § 252, nachträgliche Verteidigungsmittel des Beklagten von der sachlichen Berücksichtigung auszuschließen. Die sonstigen Unterschiede beider Vorschriften bestehen darin, daß zur Anwendung des § 251 Abs. 2 Verschleppungsabsicht oder grobe Nachlässigkeit, welche § 252 erfordert, nicht Voraussetzung ist und auch ein Parteienantrag (wie überhaupt zur Entscheidung über den Kostenpunkt, § 279 Abs. 2) nicht nöthig ist.

Die Befugniß zur Auferlegung der Kosten gemäß Abs. 2 ist nicht auf die durch die Verzögerung entstandenen beschränkt. Außer der Bestimmung über die durch den Prozeß an sich entstandenen Kosten „kann das Gericht von Amtswegen“ im Falle des § 251 Abs. 2 (ebenso des § 252) die besondere Erhebung einer Gebühr nach § 48 ORO. beschließen; vgl. Anm. 4 § 90.

### § 252. <sup>1)</sup>

Verteidigungsmittel,<sup>2)</sup> welche von dem Beklagten nachträglich vorgebracht werden, können auf Antrag zurückgewiesen werden,<sup>3)</sup> wenn durch deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde, und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß der Beklagte in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Verteidigungsmittel nicht früher vorgebracht hat.<sup>4)</sup>

R. 248. N. 416. 450. P. 89. 90. 543.

1) Der § 252 gilt als unbedingte Vorschrift nur für die erste Instanz. In der Berufungsinstanz gelten modifizierend die §§ 502, 503; Prot. 27, 28, 208. In Ehefachen ist § 252 in der Berufungsinstanz nicht anwendbar, § 583.

2) Die Befugniß betrifft nur „Verteidigungsmittel des Beklagten“, damit auch des Widerbeklagten, nicht Angriffs- oder Verteidigungsmittel des Klägers als solchen, hinsichtlich deren die Bestimmungen über den nothwendigen Klagegrund und dessen Aenderung zur Verhinderung von Verzögerungen ausreichend gefunden sind; P. 89, 90. Auch Angriffsmittel des Beklagten, d. h. Widerklagen und die darauf bezüglichen Angriffs- und Verteidigungsmittel des Widerklägers sind vom § 252 nicht betroffen, vgl. Anm. 1, 2 § 251. Dagegen sind Kompensationsetnreden als solche lediglich Verteidigungsmittel. Vgl. §§ 136, 293 Abs. 2. Abw. Stppmann, Bursch 13, § 4. Im Gegensatz zu den „selbstständigen“ gehört hier zu den Verteidigungsmitteln jedes zur Befettigung des Anspruchs geltend gemachte tatsächliche Vorbringen; R. 20. Febr. 1888, JW. 177. Zu den Verteidigungsmitteln gehören dagegen hier, wie für § 251, nicht die hinsichtlich der Präklusion im allgemeinen gegenständig im § 256 behandelten Beweismittel; R. 2. März 1887, JW. 112; 2. Jan. 1895, JW. 60. In Betreff dieser sind in den §§ 339, 367, 398 für den Zeugen-, Sachverständigen- und Urkundenbeweis ähnliche Vorschriften gegen beide Parteien gegeben.

3) Von der Befugniß des § 252 (nicht Pflicht) „kann“ das Gericht nur auf „Antrag“ Gebrauch machen. Der Antrag kann nur in der mB. gestellt werden. Die Feststellung der Voraussetzungen der Nachträglichkeit und der verzögernden Wirkung ist ebenso, wie die Ueberzeugung von der Verschleppungsabsicht bzw. einer groben Nachlässigkeit tatsächliche Würdigung, § 259, vgl. über die Bedeutung von „nachträglich“ Anm. 5 § 251.

Die Zurückweisung ist in dem Endurtheil auszusprechen, und zwar in den Entscheidungsgründen; durch Zwischenurtheil, wenn ein Fall des § 275 vorliegt; v. Bülow Anm. 7; Sellmann 2, 67. Würde eine Zurückweisung indeß durch „Beschluss“ erfolgen, so findet eine Beschwerde dagegen mit Rücksicht auf die Erfordernisse des § 530 nicht statt, selbst wenn sachlich dafür ein Grund vorläge. In zweiter Instanz kann das Zurückgewiesene von Neuem geltend gemacht werden, § 491, R. 31, 362. Wegen der Kosten s. ORO. § 48 und Anm. 6 § 251.

4) Zu beachten ist, daß (im Gegensatz zu der Regel der C.P., eine Unterscheidung eines Grades der Schuld nicht zu berücksichtigen, Anm. 3 § 210) in den §§ 252, 339, 367, 389 eine grobe Nachlässigkeit vorausgesetzt wird. Da die Anwendung einer prozessualischen für das deutsche Reich gegebenen Vorschrift in Frage steht, so ist die civilrechtliche Bedeutung einer groben Nachlässigkeit aus den verschiedenen Landesrechten an sich nicht maßgebend. Der für diese Mittel gegen Prozeßverschleppung gemachte Unterschied ergibt, daß nicht schon jeder Mangel an der Sorgfalt unter § 252 zu rechnen ist. Im Uebrigen unterliegt es der konkreten Würdigung des Gerichts, welche Nachlässigkeit als grobe anzusehen ist.

### § 253. 1)

Bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht,<sup>2)</sup> kann der Kläger durch Erweiterung des Klagantrags, der Beklagte durch Erhebung einer Widerklage beantragen,<sup>3)</sup> daß ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältniß, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Theile abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.<sup>4)</sup>

R. 243. N. 196. 206. 208. P. 80. 543.

1) Die sog. Präjudizial-Inzident-Klage (oder Inzident-Feststellungsklage, von Fitting sachgemäß als „Zwischen-Feststellungsklage“ bezeichnet; § 77 Rt. 11) bzw. Widerklage des § 253 soll mit Rücksicht auf die Grundsätze des § 293 über die materielle Rechtskraft das Mittel begründen, über Rechtsverhältnisse, welche für streitige Ansprüche präjudizial sind, eine sachliche, der Rechtskraft fähige Entscheidung herbeizuführen, welche sonst nur in den nicht rechtskräftig werdenden Gründen ausgesprochen werden könnte, Rot. 206, 227; R. 4. Juni 1891, JW. 387; OLG. Jena; SA. 43, 99. Das Mittel besteht (im Anschluß an Vorschläge von Unger und die französische Doktrin) in der Zulassung einer Feststellungsklage für das „Rechtsverhältniß“ im Sinne des § 231; vgl. Anm. 1 dazu, sowie unten Anm. 4. Die Voraussetzungen der Zulassung sind:

a) daß von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses die Entscheidung des schwebenden Rechtsstreits ganz oder zum Theil abhängt, und zwar objektiv in der That abhängt, nicht bloß nach der Behauptung des Inzidentklägers abhängen soll (Präjudizial-Verhältniß), vgl. Anm. 1 § 139; OLG. Oldenburg, SA. 46, 100. Dies dokumentirt bzw. ersetzt in Verbindung mit b das sonst nach § 231 erforderliche (hier nicht besonders nachzuweisende, R. 23. Dez. 1886, JW. 1887 S. 38, OLG. Hamburg, SA. 43, 100) rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung, und erfüllt in der That die Voraussetzung des § 33 Abs. 1 für eine Widerklage, daß der geltend gemachte Anspruch mit dem Klageansprüche oder den Vertheidigungsmitteln dagegen im Zusammenhange steht; R. 9, 339. Behauptet der Beklagte eine Forderung, von welcher er einen Theil zur Kompensation stellt, so kann der Kläger durch Klage-Erweiterung über das Bestehen der ganzen Forderung entscheiden lassen; P. 90; ebenso der Beklagte, wenn der Kläger nur einen Theil einlagt, R. 29, 363; 16. Mai 1893, JW. 306, vgl. über Trennung einer Forderung in verschiedene Klagen: Fuchs, JW. 1895 S. 32.

b) Vorausgesetzt wird ferner, daß das festzustellende Rechtsverhältniß im Laufe des Prozesses streitig geworden, d. h. (ohne Rücksicht, wann der Streit entstanden) sich im Laufe des Prozesses als streitig gezeigt hat. (OLG. Braunschweig, Busch 7, 102.)

2) Durch den § 253 wird die prozessuale Zulässigkeit der Klagen und Widerklagen über die Vorschriften der §§ 230, 231, 235, 240, 251, 252 (33 Abs. 1) hinaus und namentlich für eine Zeit, in welcher sonst eine solche Klage nicht mehr in dem bereits schwebenden Prozesse erhoben werden oder nur als nachträgliche Widerklage (§ 251 Abs. 2) gelten kann, festgestellt und hervorgehoben. Die Zeitbestimmung, von welcher der Abschnitt der §§ 251—255 als sedes materiae handelt, ist für das Verhältniß des § 253 zu den sonstigen allgemeinen Vorschriften wesentlich. Insbesondere bleiben die im öffentlichen Interesse ge-



gebenen, von Amtswegen zu beachtenden Vorschriften über den ausschließlich sachlichen oder den ausschließlich örtlichen Gerichtsstand, wofür Tit. 1, 2, 3 Buch I sedes materiae sind, maßgebend; für die Widerklage also auch § 33 Abs. 2. Ist in Folge dessen zur Entscheidung über das streitig gewordene Rechtsverhältniß ein anderes Gericht (etwa als *forum rei sitae*, § 25) ausschließlich zuständig, so bleibt § 253 außer Anwendung; Pland I, 72 Anm. 22, Stppmann, civ. 71, 339 ff. Gegen die entgegengesetzte Ansicht von Baron, Busch I, 37—42 (auch Struckmann-Roch Anm. 2; Hellmann 2, 72 u. Hellmann Lehrb. 144 ff.; v. Bülow Anm. 3) ist auf das in Vorbem. 2 vor § 38 Bemerkte zu verweisen. Daß die Mot. 205, 227 nichts über den Gerichtsstand sagen, ist nicht auffällig, da eben an die Statuirung einer Abweichung von jenen Vorschriften hier gar nicht gedacht wurde. Vgl. Wach, civ. 62, 399—402; Seuffert Anm. 4; v. Sarwey I, 384; Petersen, Busch 2, 190; Buchelt 2, 49; Gaupp. Von diesen Schriftstellern sehen jedoch Seuffert, Gaupp, Pland und v. Bülow in der Bestimmung des § 253 zugleich eine Vorschrift über einen besonderen Gerichtsstand des Zusammenhangs, welcher nur beim Vorhandensein eines ausschließlichen Gerichtsstandes zestre; ebenso Fitting § 77 R. 12. Für die Widerklage ist dieser Punkt durch den schon in § 33 angeordneten Gerichtsstand erledigt; für die Klageerweiterung kann dieser Ansicht jedoch aus den oben angebeuteten Gründen nicht beigepröcht werden. Der § 253 disponirt ebensowenig über den Gerichtsstand, wie § 240 R. 2, von dem er eine Ausdehnung erhält. Ist für die Klageerweiterung der Gerichtsstand nicht begründet — ein Fall, der sich beim Vorhandensein des Gerichtsstandes für die Klage freilich selten ereignen wird — so kann auch dem für dieselbe gestellten Antrag der Einwand der Unzuständigkeit entgegengesetzt werden, so lange nicht Prorogation erfolgt ist. Das gleiche Resultat ergiebt sich auch aus § 272, insofern man in der Inzident-Feststellungsklage eine Klagenhäufung erblickt, vgl. Anm. 3. Bezüglich der sachlichen Zuständigkeit vgl. noch Anm. 4. Auch die Zulässigkeit des Rechtsweges bleibt für die Inzident-Feststellungsklage, wie für jede Klage, Voraussetzung; R. 12. März 1888, ZB. 109. Vgl. Anm. 1 § 231.

3) Nur der Kläger und der Beklagte haben den Rechtsbehelf aus § 253, nicht der Nebenintervenient, Anm. 1 § 14, wohl aber der als Streitgenosse geltende Nebenintervenient gemäß § 66, vgl. Anm. dazu; aR. hinsichtlich des Letzteren Gaupp und Seuffert. Die Klage oder Widerklage aus § 253 kann nur in der ersten Instanz erhoben werden, § 491. Die Zeit ihrer Rechtshängigkeit ist durch § 254 bestimmt; und sie ist dadurch (und zwar auch die Klage) in Betreff der Form ihrer prozessualen Geltendmachung der Widerklage gleichgestellt, vgl. Anm. 1 §§ 230, 235 u. 254. Sie kann aber schon in einer Klagebeantwortung, Replik oder in einem anderen vorbereitenden Schriftsatz vorbereitet werden; Mot. 205, 206. Die Feststellungsklage wird Bestandtheil desselben Prozesses, und es erfolgt also eine Verbindung von Klagen, für welche die allgemeinen Erfordernisse jeder Klagenhäufung nach § 232, Zuständigkeit des Prozeßgerichts (vgl. Anm. 4) und gleiche Prozeßart vorlegen müssen, und für welche Ehellurtheile nach § 273 zulässig sind. Ein Zwischenurtheil (§ 275) kann nicht erlassen werden, weil über selbständige Ansprüche, nicht bloß Zwischenstreite oder Angriffs- oder Bertheidigungsmittel, zu entscheiden ist. Die Ansicht von Schölmeyer, Zwisch. 26—31, daß das Urtheil über die Präjudizial-Feststellung auch als Zwischenurtheil erlassen könne, weil es zugleich das Endurtheil über den ursprünglich geltend gemachten Anspruch vorbereite, verkennt, daß ein Urtheil über einen Theil der anhängig gemachten Ansprüche begrifflich stets ein Endurtheil ist, auch wenn es zugleich die Voraussetzung für einen anderen Theil der Ansprüche entscheidet, vgl. §§ 272, 275. Die Prozeßtrennung der Klage und ihrer Erweiterung gemäß § 136 Abs. 1 ist zulässig, Schölmeyer 31 ff., wenn auch nicht angemessen, Gaupp Anm. 4; aR. (für Unanwendbarkeit des § 136) Seuffert Anm. 5.

4) Da beide Parteien das Recht auf Feststellung haben, wenn die Entscheidung von dem Bestehen oder Nichtbestehen des Rechtsverhältnisses abhängt, so kann die Zwischen-Feststellungsklage oder Widerklage auch auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, wie nach § 231, gerichtet werden. Die Urkundenfeststellungsklage fällt nicht unter § 253. Eine analoge Anwendung (Gaupp Anm. 1) ist nicht zulässig.

Wenn die ursprüngliche Klage wegen Mangels der Prozessvoraussetzungen (z. B. Unzuständigkeit des Gerichts) abgewiesen werden muß, so wird dadurch nicht bloß die Widerklage (Anm. 1 § 33), sondern auch die Inzident-Feststellungsklage unzulässig, da diese ebenso wie die Widerklage an das Vorhandensein einer ordnungsmäßig erhobenen Klage gebunden ist, für welche alle Prozessvoraussetzungen gegeben sind; *R. O.* 23. Okt. 1891, *Raff.* 36, 1197; *J. W.* 553; *Seuffert* Anm. 5. Die bloße Zurücknahme der Klage steht dagegen formell der Fortsetzung der einmal rechtshängig gewordenen Zwischen-Feststellungsklage oder Widerklage als selbständiger Prozesse nicht entgegen; materiell wird jedoch für den Erfolg derselben der Nachweis des besonderen nach § 231 nötigen Interesses erforderlich sein, da das Spezialinteresse aus § 253 durch Zurücknahme der Klage erloscht ist; es müßte denn sein, daß die Entscheidung des Rechtsstreits nicht über die Klage, sondern über eine anderweitige Widerklage von dem festzustellenden Rechtsverhältnis abhängt, das Interesse aus § 253 also trotz Zurücknahme der Klage noch fortbesteht, weil die anderweitige Widerklage fortgesetzt wird. Für den Fall, daß vor einer Kammer für Handelsachen eine Klage oder Widerklage gemäß § 253 vorgebracht wird, welche nicht vor die Kammer gehört, sind im *O. B.* § 105 besondere Bestimmungen getroffen; ebenso in § 467 für den Fall, wenn vor dem Amtsgerichte eine zur landgerichtlichen Zuständigkeit gehörige Klage oder Widerklage gemäß § 253 erhoben wird.

### § 254.

Die Rechtshängigkeit eines erst im Laufe des Prozesses erhobenen Anspruchs tritt mit dem Zeitpunkte ein, in welchem der Anspruch in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wird.<sup>1)</sup>

*R. 244. H. 207. 208. P. 90. 542.*

1) Die Vorschrift ist für jede Widerklage (s. Anm. 1 § 235) und (gegen Stinle-  
mann, *Buch* 17, 449) für jede zulässige Erweiterung und Aenderung der Klage-  
anträge anwendbar, §§ 235 Nr. 3, 240 Nr. 2, 3, 253; *Sönning*, *Buch* 4, 131, 132; vgl.  
*Anm.* 4 § 296; *R. O.* 30. Jan. 1891, *J. W.* 146. Abweichend bestrittet *Stippmann*, *cit.* 65,  
357 f., 370 f. die Anwendbarkeit des Begriffs der Rechtshängigkeit auf die Widerklage. —  
Ein vor dem Termine zur m. B., wenngleich nach der Zustellung der Klage, in einem Nach-  
trage zur Klageschrift erhobener Anspruch wird jedoch schon durch Zustellung anhängig,  
da er als Ergänzung und Theil der Klage der Regel des § 230 folgt. Die Rechtshängig-  
keit eines „im Laufe des Prozesses“, also erst nach der Zustellung der Klage (§§ 230, 235)  
erhobenen Anspruches ist für eine Widerklage in Folge des § 254 im ersten Termine dann  
nicht zu erreichen, wenn in demselben der Kläger nicht erscheint, weil die in Abwesenheit  
des Klägers erklärte Widerklage keine ihm gegenüber abgegebene Erklärung enthält und  
der Kläger vor der ersten m. B. noch nicht Widerbeklagter ist; *Anm.* 4 § 296, *Anm.* 1 § 504,  
*Fejner*, *Buch* 7, 67 ff. (Vgl. dagegen *a. M.* *R. O.* 8, 381; 28, 408.) Nach der Rechts-  
hängigkeit der Widerklage findet für dieselbe nach § 312 Abs. 1 auch das Versäumnisver-  
fahren statt. — Vgl. Ausnahme betreffs der Zeit der Erhebung von Widerklagen in  
§ 315 Nr. 1 u. § 319 Abs. 2.

Die Vorschrift des § 254 ist nur anwendbar, insoweit überhaupt die Rechtshängigkeit  
eines Anspruchs eintritt, was nur für die, durch Klage- oder Widerklage-Anträge verfolgten  
Ansprüche, nicht aber für die nur zur Kompensation geltend gemachten Gegen-  
forderungen der Fall ist; *R. O.* 6, 420; 16, 376; 18, 408; 27, 299. Vgl. *Anm.* 2 § 235.  
Als m. B. im Sinne der §§ 251, 253, 254 gilt nur die m. B. zur Hauptsache, nicht die m. B.  
zur Erzielung einer Kostenentscheidung nach § 243, *R. O.* 16. Okt. 1894, *J. W.* 544.

### § 255.

Jede<sup>1)</sup> Partei<sup>2)</sup> hat unter Bezeichnung<sup>3)</sup> der Beweismittel,<sup>4)</sup> deren sie sich  
zum Nachweise oder zur Widerlegung tatsächlicher Behauptungen bedienen

will,<sup>6)</sup> den Beweis anzutreten und über die von der Gegenpartei angegebenen Beweismittel sich zu erklären.<sup>6)</sup>

In Betreff der einzelnen Beweismittel wird die Beweisantretung und die Erklärung auf dieselbe durch die Vorschriften des sechsten bis zehnten Titels bestimmt.<sup>7)</sup>

**R. 245. N. 465. 466. P. 90. 543.**

1) Den Beweis zu führen, d. h. die Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung außer Streit und Zweifel zu setzen, ist gemäß dem Verhandlungsprinzip Sache der Parteien. Zu beweisen sind die Thatfachen (Einzelngehehnisse), welche entweder unmittelbar das Klagerrecht oder das Recht für Einreden — einzeln allein oder in Verbindung mit anderen Thatfachen als Gesamthatbestand — begründen, oder welche mittelbar als Indizien dazu dienen, durch Schlußfolgerung die für die Rechte wesentlichen Thatfachen festzustellen. Die Frage, was eine Partei zu beweisen hat (Beweislast), ist ebenso wie die damit wesentlich zusammenhängende Frage, was sie zur Begründung oder Beseitigung eines Anspruchs zu behaupten hat, materiell-rechtlich; ObL. 18, 126; R. O. 13, 251, 264; 15, 391; R. O. 17. April 1882, S. A. 38, 107; 8. Mai 1894, Z. B. 314; Eccius I § 54 Anm. 12. Abw. Wach I, 118, 125 ff., Kohler, Raff. R. 31, 306. Wenn Reinhold, Busch 20, 113 ff. und Beringer, Beweislast im Civilprozeß 1894 S. 296, die Frage für eine prozessrechtliche erklären, weil die Verhandlungsmaxime den Parteien die Aufstellung ihrer Behauptungen überlasse und der Richter das nicht Behauptete und nicht Bewiesene zu ignoriren habe, so ist zuzugeben, daß nur für einen auf die Verhandlungsmaxime gegründeten Prozeß die Frage nach der Beweislast entsteht; für die Entscheidung der Frage sind jedoch nur die Vorschriften des materiellen Rechts bestimmend, wie auch Reinhold selbst S. 139 ff. annimmt. Die Beweislast ist deshalb durch die C. P. nicht dispositiv geregelt, andererseits aber auch die Lehre über die Beweislast nicht beseitigt, vgl. Bähr, Jhering Jahrb. 25, 398; Regelsberger Pand. I § 195, welcher zwar die Regeln über die Beweislast dem Prozeßrecht überweisen will, aber doch anerkennen muß, daß die Anwendung auf civilrechtlicher Grundlage beruht. Der herrschenden Theorie entsprechend ist als Grundsatz aufzustellen: Jede Partei hat als civilrechtliche Bedingungen ihres Anspruchs oder ihrer Verneinung eines solchen die rechtserzeugenden oder rechtsbegründenden Thatfachen für ihre eigenen als Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen und Rechte und Einwendungen, sowie die rechtshindernden oder rechtsaufhebenden Thatfachen hinsichtlich der Rechte des Gegners zu behaupten und nachzuweisen, vgl. R. O. 7, 46 sowie die in Anm. 4 § 231 angeführten Entsch., und zwar sowohl die negativen wie die positiven Behauptungen, soweit sie zur Begründung nöthig sind, R. O. 31. März 1886, Z. B. 154, Raff. R. 30, 971 ff., 13. Mai, 13. Juli 1887, Z. B. 289, 369; 4. Dez. 1888, Z. B. 1889 S. 40; R. O. 33, 352; Eccius I § 54 Anm. 12. Ueber die Beweislast für die Einrede einer auflösenden Bedingung R. O. 28, 145; für die Behauptung der Vorbehaltlosigkeit einer Handlung oder Erklärung R. O. 29, 119; bei Rückforderung einer Rautton R. O. 28. April 1886, Raff. R. 30, 1115; über die Neuheit eines Gebrauchsmusters in Musterchutzprozessen: Seligsohn, Bl. f. Patent-, Muster- u. Zeichenwesen; Jahrg. 1 Nr. 5; vgl. André, Einrede des nicht erfüllten Vertrages, Leipzig 1893, dazu Busch 16, 551. Vgl. auch § 262 (qualifizirtes Geständniß) und Anm. dazu, sowie Rot. bürg. Ges. Entw. I, 382 ff. Zu beweisen ist von der Partei dem Richter für dessen Ueberzeugung von der Wahrheit des in Rede stehenden Beweissatzes, § 259, um ihm die eigene sinnliche Wahrnehmung der Thatfachen zu verschaffen oder zu ersetzen. Das Urtheil muß begrifflich die logische Schlußfolgerung zur Begründung oder Nichtbegründung des streitigen Anspruchs aus dem objektiven Rechte, dem Obersatz, und aus den thatsächlichen Verhältnissen als dem Untersatz sein. Hierzu sind dem erkennenden Richter diejenigen thatsächlichen Elemente zur Wissenschaft zu bringen, welche er nicht schon kennt. Sowie ihm das objektive Recht und die Logik als allgemeine Voraussetzungen bekannt sind, bedarf im Prozeße auch das keines Beweises, was er als formelle Wahrheit gesetzlich zu Grunde legen muß. Auch was er weiß, ist ihm nicht mehr zu beweisen. Das gerichtlich

Gestandene, § 261, das zufolge einer praesumptio juris als wahr Geltende (§ 16 Nr. 1), das für das Gericht Rotorische, § 264, und was diesem als formelle Wahrheit gleich gilt, § 129, unterliegt deshalb nicht mehr einer Beweispflicht. Vgl. Magen, Beweislast, Weßell §§ 15 ff., 44; Heußler, civX. 62, 209, 216, 217 ff.; v. Canstein, Busch I, 257—369; Eccius I § 54; Dernburg I §§ 126 ff.; Petersen Anm. II, III; Wendt, civX. 63, 254 ff., Bach Vortr. 149 ff., Kroll, Klage und Einrede 290 ff.; Reinhold, die Lehre von dem Klagegrunde, den Einreden und der Beweislast Berlin 1888, Fitting, Busch 13, 1 ff. (besonders über den Satz: affirmanti, non neganti incumbit probatio); Regelsberger Pandekten I § 195; Mand II §§ 106 ff.; Hüppner, Sächs. Arch. I, 641. Ueber die rechtliche Bedeutung der gesetzlichen Vermuthungen vgl. Anm. 5 zu § 259.

Nach der G.P. soll das Gericht durch den Beweisbeschluß, § 324, sich noch nicht darüber aussprechen, wer verpflichtet sei, etwas zu beweisen, zumal da auch das Verhalten der Parteien auf die Vertheilung der Beweislast von Einfluß sein kann; immerhin ist beim Erlaß des Beweisbeschlusses die Beweislast zu berücksichtigen; vgl. Kleinfeller, Busch 17, 239; Volgiano 18, 335 ff. Eine Parteivereinbarung über die Beweislast ist zwar nicht unzulässig, vgl. Anm. 3 § 415; durch die bloße Antrittung eines Beweises übernimmt aber die Partei noch nicht die Beweispflicht, insbesondere auch nicht durch Eideszuschreibung, § 412. Ueber die Umkehrung der Beweislast, wenn eine Partei dem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung unmöglich macht oder wesentlich erschwert; M. 9. Kov. 1887, JW. 1888 S. 23; 1. Juli 1893, JW. 1894 S. 57; R. O. I, 168; 6, 220; 13, 264; 15, 304; 19, 103; 20, 5; 21, 261. Der Beweisbeschluß läßt nur die von beiden Parteien für und gegen die beiderseitigen Behauptungen vorgebrachten Beweismittel zu. Im Endurtheil hat das Gericht, soweit eine erhebliche Thatfache als nicht erwiesen anzusehen ist, zu entscheiden, wer darüber den Beweis zu führen hätte; vgl. Anm. § 412; Anm. 1 § 437. Jede Partei muß also, wenn sie zu erwarten hat, als beweispflichtig angesehen zu werden, die Beweismittel anbieten, Rot. 201—204.

2) Die Parteien haben unaufgefordert den Beweis anzutreten. Es ist Sache der Partei, zu erwägen, was sie von ihrem Vorbringen zu beweisen hat. Der Begriff der Beweisführung und der Beweismittel beschränkt sich auf das Parteivorbringen, Anm. 1. Ob sofort neben jede Behauptung der Beweis zu stellen, oder zuvor die Erklärung des Gegners über die tatsächlichen Behauptungen abzuwarten, ist Zweckmäßigkeitssfrage. — Der Vorstehende soll nach § 130 auf die Bezeichnung der Beweismittel hinwirken. Ein Recht, über die Erheblichkeit von Thatfachen oder über die Beweislast eine Erklärung des Gerichts oder des Vorstehenden zu verlangen, hat keine Partei.

3) Zur Bezeichnung genügt nicht die Angabe der Art der Beweismittel, sondern die individuelle Benennung der Zeugen, der Schriftstücke u. s. w. Das Gericht muß nach der m.B. ohne Zwischenstadium den Beweisbeschluß nach Vorschrift des § 324 unter Bezeichnung der Beweismittel und Benennung der Zeugen erlassen können, Rot. 198.

4) Als Beweisgrund (argumentum) für die Ueberzeugung des Richters, ob eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr ist, § 259, dient der die Ueberzeugung bewirkende tatsächliche Stoff, durch welchen die materielle Wahrheit des Beweises festgestellt wird (causa efficiens — eigene Erfahrung und sinnliche Wahrnehmung des Richters, oder bei Vermittlung durch Erklärungen Anderer: Urkundeninhalt, Zeugenbehauptung). Als Beweismittel (instrumentum) dienen die zur Darlegung der Beweisgründe dienenden, ihre Vorführung vermittelnden Werkzeuge, — Person oder Sache — die wahrnehmbaren Erscheinungsformen der Beweisgründe: Zeugen und Urkunden, und neben ihnen das durch Gesetz künstlich sanktionirte Mittel des Eides; v. Canstein, Ration. Grundl. 55 und Busch 2, 297 ff.; Heußler a. a. D. 219 ff., 224 ff. Das außergerichtliche Geständniß einer Partei, welches nöthigenfalls selbst wieder zu beweisen und Gegenstand des Beweises ist, kann als Beweisgrund dienen, ist jedoch nicht Beweismittel, vgl. Anm. 5. — Die G.P. bezeichnet als Beweismittel (§§ 336—446) neben Zeugen, schriftlichen Urkunden und Eid den Augenschein und die Sachverständigen. Die beiden letzteren Mittel sind solche, welche der Richter nach § 135 von Amtswegen sich selbst beschaffen kann. Bei

richtigem Verständniß der Beurtheilungspflicht des erkennenden Richters ist dieses sein Recht auch seine Pflicht, wenn die Benutzung dieser Erkenntnisquelle nöthig und (hinichtlich des Augenscheins) möglich ist, vgl. Wendt, civ. 63, 266. Es kann dahin gestellt bleiben, ob es für die Beweisstheorie erspriechlich wäre, diejenigen Erkenntnisquellen für Thatfachen, welche der Richter sich selbst verschaffen kann und muß (sinnliche Wahrnehmung — Augenschein — und Gutachten Sachverständiger, als Gehälfen der richterlichen Thätigkeit), von den allein durch die Parteithätigkeit zu beschaffenden Beweismitteln gänzlich auszuschließen (vgl. Heusler und dagegen Wendt a. a. D.). Jedenfalls begreift die C.P. sämtliche richterliche Erkenntnisquellen, — auch Augenschein und Sachverständige — wenn sie von der Partei in Bezug genommen werden, unter den Beweismitteln. Die Bemerkung von Heusler, daß „Augenschein“ ein Vorgang, kein Werkzeug der Erkenntnis, und demnach wohl Beweisaufnahme, aber nicht Beweismittel sei, ist sprachlich richtig; indessen es ist unschädlich, den Augenschein oder die Bezugnahme auf denselben als Beweismittel zu bezeichnen. Vgl. Näheres Anm. 1 § 323 und § 336, sowie Vorb. vor § 367.

Durch die Hervorhebung der in der C.P. besonders behandelten Beweismittel sollen andere nicht ausgeschlossen sein; Rot. 198, 199; so sog. Denkmäler, Kerbhölzer u. Vorb. vor § 380, die Berufung auf amtliche Auskunft von Behörden, Anm. § 338. Abw. Hellmann, Lehrb. 475, Seuffert Anm. 5, Caupp Anm. VI.

5) Ein Unterschied zwischen direktem und indirektem, natürlichem und künstlichem Beweise ist in der C.P. nicht gemacht. Sowohl Thatfachen, welche unmittelbar die Begründung, Aenderungen oder Zerföderung von Rechten bewirken und demnach unmittelbare Objekte der Beweislast der Parteien sind, als auch HülfsThatfachen (Indizien), welche eine Schlußfolgerung auf die eigentlichen Beweis-Thatfachen gestatten, sind Gegenstand des Beweises. Zu solchen HülfsThatfachen gehört auch das außergerichtliche Geständniß; vgl. Anm. 4. Dasselbe ist von den sonstigen Indizien, wie Wendt gegen Heusler mit Recht bemerkt, begriffsmäßig nicht zu scheiden; vgl. R. 6, 197. Dasselbe aber mit Wendt ein Beweismittel zu nennen, weil es den Beweis einer anderen Thatfache vermittele, kann nur Verwirrung anrichten; das außergerichtliche Geständniß ist Beweisgrund (argumentum), nicht Beweismittel (instrumentum) vgl. Anm. 6 § 261; v. Canstein, Busch I, 365. Ueber den Indizienbeweis vgl. auch R. 11, 425.

Die Partei kann auch in mehrfacher Weise für dieselbe Thatfache Beweismittel vorbringen, ebenso Thatfachen und Beweismittel zur Widerlegung der gegnerischen Behauptungen. Ueber die Wirkung eines Gegenbeweises in dem hier unzulässigen technischen Sinne eines die Beweislast regelnden gemeinrechtlichen Beweisinterlokuts und über das Verhältniß sowie die Reihenfolge von Beweis und Gegenbeweis, ist aus den Anm. 1 angegebenen Gründen absichtlich nichts bestimmt. Rot. 196, 197. Der Ausdruck: „Gegenbeweis“ ist deshalb nur im C. § 16 Nr. 1 mit Rücksicht auf den bisherigen Sprachgebrauch betreffs der dort erwähnten praesumptiones juris gebraucht; sonst wird der vom Gegner des Beweisführers zu erbringende Beweis als „Beweis des Gegentheils“, §§ 152, 411, 428, 429, „Widerlegung“ §§ 121 Abs. 5, 255 Abs. 1, 324 Abs. 3, oder „Beweis der Unrichtigkeit“: §§ 380 Abs. 2, 383 Abs. 2 bezeichnet. Volgiano, welcher die von der gemeinrechtlichen Doktrin über den Gegenbeweis aufgestellten Dogmen auch nach der C.P. für fortbestehend erachtet (civ. 59, 205 ff. und Busch 3, 196) überfiehet, daß die gemeinrechtlichen Prozeßnormen durch C. § 14 aufgehoben sind und daß der im § 259 ausgesprochene Grundsatz die Rückkehr zu jenen Kategorien ein für allemal verbietet.

6) Die Vorschriften des materiellen Rechts, inwieweit eine schriftliche oder andere Form für Rechtsgeschäfte nöthig ist, sind unberührt geblieben; R. 10, 273 (betr. code civ. Art. 1690). Soweit es sich aber um den Beweis einer Thatfache handelt, sind alle Beweismittel zulässig. Die bisherigen Beschränkungen des Zeugenbeweises, namentlich im französischen-rheinischen und bayr. Prozeßrechte, sind als nur auf Opportunitätsgründen beruhend und dem deutschen Rechtsbewußtsein widersprechend aufgehoben, § 14 Nr. 2 C. und Anm. 6 dazu. — P. 642, 648, Rot. 199—201. Betreffs Parteiverein-

barungen oder statutarischer Bestimmungen über die Ausschließung von Beweismitteln vgl. Vorb. 4 vor § 230, Anm. 2 § 259.

7) Wodurch die Beweisantretung erfolgt, ist für die einzelnen Beweismittel in den §§ 336, 338, 368, 385, 386, 393, 397, 416 angegeben; desgleichen in den anschließenden Paragraphen, wie der Gegner sich darüber zu erklären habe.

### § 256.

Beweismittel und Beweiseinreden können bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, geltend gemacht werden.<sup>1)</sup>

Auf das nachträgliche Vorbringen von Beweismitteln und Beweiseinreden findet die Vorschrift des § 251 Abs. 2 entsprechende Anwendung.<sup>2)</sup>

R. 246. N. 466 ff., 474 ff. P. 90. 543.

1) Durch diese hinsichtlich des Endzeitpunkts an den § 251 Abs. 1 sich anschließende Vorschrift ist die Nothwendigkeit des gleichzeitigen Vorbringens der tatsächlichen Behauptungen und der Beweismittel — Beweisverbindung — ausgesprochen; und zwar für die Beweismittel ebenso wie für die Thatfachen zur Vermeidung der Nichtberücksichtigung, § 208. Auch die Erklärungen über die gegnerischen Beweismittel: Eid, Urkunden u. s. w. müssen bis dahin abgegeben sein, wenn nicht die besonderen Folgen unterlassener Erklärung, §§ 392, 404, 417, 429, eintreten sollen; Anm. 2 § 208. Andererseits ist durch Abs. 1 die Zulässigkeit neuer Beweismittel bis zu jenem Endzeitpunkte — selbst nach stattgefundenener Beweisaufnahme — erklärt. Vgl. Vorb. 2 vor § 230. Beschränkungen vgl. Anm. 2.

Unter den Beweiseinreden sind „Einwendungen gegen die Zulässigkeit, die rechtliche Wirksamkeit oder die Glaubwürdigkeit eines Beweismittels“ (O. G. § 285, R. § 475) zu verstehen. Die Beschränkung auf „tatsächliche Einwendungen“, (R. § 475) oder auf „selbständige tatsächliche Einwendungen“, (O. G. § 285) hat für das System der O. P. keine Bedeutung und im Begriffe einer Beweiseinrede an sich keinen Anhalt. Indeß würden Einreden, welche nicht auf neuen Thatfachen beruhen, nicht im Sinne des Abs. 2 als verjögertlich anzusehen sein.

2) Ueber die Bedeutung des nachträglichen Vorbringens s. Anm. 5 § 251. — Das Gericht kann, wie im Falle des § 251 Abs. 2, die Erhebung einer besonderen Gebühr anordnen. Vgl. Anm. 6 § 251. Ob Beweismittel oder Beweiseinreden vom Kläger oder vom Beklagten, für Angriffs- oder für Bertheidigungsmittel vorgebracht werden, wird weder im Abs. 1, noch im Abs. 2 unterschieden. Zufolge der Sonderung der Vorschriften der §§ 251, 252, 256 sind hier im § 256 die Beweismittel und Beweiseinreden nicht mit zu den Angriffs- und Bertheidigungsmitteln gerechnet; mithin ist § 252 für deren nachträgliches Vorbringen nicht anwendbar. Für den Zeugenbeweis und Urkunden-Editions-Anträge gegen Dritte sind jedoch in §§ 339, 398 ähnliche Vorschriften gegeben.

### § 257.

Die Beweisaufnahme und die Anordnung eines besonderen Beweisaufnahmeverfahrens durch Beweisbeschluß wird durch die Vorschriften des fünften bis elften Titels bestimmt.<sup>1)</sup>

R. 247. N. 467 ff. P. 90. 543.

1) Vgl. §§ 230—455. Ueber den Beweisbeschluß: Vorb. 2 vor § 230, Anm. 1 § 323.

### § 258.

Ueber das Ergebnis der Beweisaufnahme<sup>1)</sup> haben die Parteien unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln.<sup>2)</sup>

Ist die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht erfolgt, so haben die Parteien das Ergebnis derselben auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen.<sup>3)</sup>

## E. 248. N. 491. 492. P. 90. 91. 543.

1) Die Verhandlung nach der Beweisaufnahme erfolgt, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte stattfand, in demselben fortgesetzten Termine; sonst ist besonderer Termin zur Fortsetzung der mB. nach § 335 zu bestimmen. — Im § 258 ist der normale Fall vorausgesetzt, daß beide Theile im Termine erscheinen und verhandeln; wenn beide Theile nicht erscheinen, ruht das Verfahren, § 228. Wenn eine Partei nicht erscheint, so braucht von der erscheinenden Partei das Ergebnis der Beweisverhandlungen nicht vorgetragen, auch nicht darüber verhandelt zu werden, sondern sie kann nach § 297 ein Versäumnisurtheil mit den Versäumnisfolgen der §§ 295, 296 beantragen, Mot. 205. Sie kann auch in Abwesenheit des Gegners nur ein Versäumnisurtheil beantragen, nicht ein Kontradiktorisches Urtheil.

2) Im Abs. 1 ist der als Regel angenommene Fall vorausgesetzt, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgt, §§ 320, 335 Abs. 1, diesem bekannt ist und demnach nicht mehr vorgetragen zu werden braucht. Abs. 2 enthält einen Zusatz für diejenigen Fälle, daß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter oder vor einem anders besetzten Richterkollegium, als dem erkennenden, § 280, stattgefunden hat. In diesen Fällen ist zuvor das Ergebnis der Beweisaufnahme vorzutragen. Hat kein Wechsel im Richterpersonal stattgefunden, so bedarf es in dem, nach der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, zur Fortsetzung derselben und der mB. angeetzten Termine keines Vortrags der früheren Beweisaufnahme nach Abs. 2; Vorb. 3 vor § 119; R. 26. Sept. 1892, ZW. 461; 13. Juli 1893, ZW. 425. Ein solcher wird nur praktisch mit Rücksicht auf das mangelnde Erinnerungsvermögen der Richter sich empfehlen. Nach dem Vortrage des Ergebnisses in den Fällen des Abs. 2 haben die Parteien auch in diesen Fällen gemäß Abs. 1 über das Ergebnis unter Darlegung des Streitverhältnisses zu verhandeln. Unter Darlegung des Streitverhältnisses ist nicht ein unbedingt vollständiger Sachvortrag zu verstehen, sondern eine solche Darlegung, wie sie für das Verständnis der Beweisaufnahme und der daraus herzuleitenden Resultate für die Sachvorträge der Parteien erforderlich ist. Ein vollständiger Sachvortrag ist nur dann unbedingt nöthig, wenn das Gericht anders zusammengesetzt ist, als dasjenige, vor welchem die Sache in der früheren mB. vorgetragen worden ist, vgl. Vorb. 3 vor § 119. Sollte bei ungenügender Protokollierung der Beweisaufnahme mit Rücksicht auf entschwendene Erinnerung der Richter oder im Falle des Abs. 2 bei verändertem Richterpersonal hzw. bei Differenzen über den Inhalt der Beweisaufnahme eine Entscheidung nicht möglich sein, so bliebe nur eine Wiederholung der Beweisaufnahme übrig. Nothwendig ist eine solche bei Veränderung des Richterpersonals, wenn die Protokollierung der Aussagen von Zeugen und Sachverständigen unterblieben ist, vgl. Anm. 1 § 147. Die Zulässigkeit der Wiederholung der Beweisaufnahme ist andererseits nicht zu bezweifeln und in den §§ 363, 367, 331 ff. vorausgesetzt. (Vgl. v. Wersebe, Busch I, 432 ff.; Meyer Prozeßpr. 106.) Vgl. Anm. 1 § 280.

3) Im Falle des Abs. 2 haben die Parteien (und nicht ein Referent des Gerichts) vorzutragen. Wer von den Parteivertretern vorträgt oder wie sich beide darin unterstützen und ablösen, ist unerheblich, P. 90, 91. Eine wörtliche Vorlesung aller Zeugenaussagen ist nicht nöthig und ebensowenig der Gutachten von Sachverständigen, insbesondere der technischen Begründung derselben, von welcher das Gericht auch bei der Verathung Kenntniß nehmen kann als einem Hülfsmittel der Entscheidung, die in den Gutachten festgestellten Thatsachen oder Ergebnisse müssen jedoch vorgetragen werden; R. 16. Juni 1893, ZW. 344, SW. 49, 220. Der Vortrag erfolgt unter der Kontrolle des Vorsitzenden, § 127 Nr. 3. Daß, wenn der Vortrag abweichend vom Inhalte der Beweisverhandlungen oder unvollständig erfolgt, der Vorsitzende die Berichtigung oder Vervollständigung des Vortrags, nöthigenfalls nach Wiedereröffnung der Verhandlung, § 142, zu veranlassen habe (was R. 492 ausdrücklich anordnet), ist als selbstverständliche, unnöthige Wiederholung der allgemeinen Vorschriften nicht besonders gesagt. Es genügt, das Erhebliche der Beweisaufnahme vorzutragen, R. 12. Juli 1882, ZW. 222. In jedem Falle und auch dann, wenn die Parteien, obgleich vom Vorsitzenden aufmerksam gemacht, die Ergebnisse der Beweis-

aufnahme nicht oder nicht vollständig vortragen, ist das nicht vorgetragene Aktenmaterial von der Berücksichtigung ausgeschlossen. Vgl. *R. 4*, 368; 8, 327; 19. Dez. 1884, *S. 1885* S. 66 Ziff. 4, *Rot.* 204, 205. *MR. E. Koffka, Raffr.* 31, 151 ff. und *Wach, Busch II, Ergänz.-Heft* 83, welche den Inhalt der außerhalb des Prozeßgerichts protokollierten Beweisverhandlungen als Prozeßstoff und den Vortrag der Parteien darüber nur als Informationsmittel betrachten. Allein ohne diesen Vortrag kann der Inhalt der außerhalb des Prozeßgerichts stattgehabten Beweisaufnahme nicht zur Kenntniß des erkennenden Gerichts als solchen gelangen, wenigstens giebt die *CP.* kein anderes Mittel zu solcher Kenntnißnahme, als den Vortrag der Parteien. Das Durchlesen der Akten Seitens der einzelnen Gerichtsmitglieder, abgesehen von der zur Leitung der Verhandlung nöthigen Information des Vorsitzenden, ist nirgends vorgeschrieben und würde auch keine Kenntnißnahme des Gerichts als solchen bewirken. Daraus folgt mit Nothwendigkeit, daß die außerhalb des Prozeßgerichts stattgehabten Beweisverhandlungen erst durch den Vortrag der Parteien Prozeßstoff für den erkennenden Richter werden; was dem Prozeßgericht nicht bekannt ist, kann auch nicht Prozeßstoff sein. — Ein zur Vorbereitung der Entscheidung auf Anordnung des Gerichts angefertigter s. g. Kalkulaturbericht, bedarf keines Vortrags und ist als Rechnungshülfe lediglich ein im Thatbestande nicht zu erwähnendes Internum der richterlichen Thätigkeit; *R. 6*, Dez. 1884, *S. 1885* S. 25 Ziff. 3, was auch von der rein technischen Begründung eines Gutachtens gilt, vgl. oben.

### § 259.

Das Gericht hat unter Berücksichtigung des gesammten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Ueberzeugung<sup>1)</sup> zu entscheiden,<sup>2)</sup> ob eine thatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.<sup>3)</sup> In dem Urtheile sind die Gründe anzugeben, welche für die richterliche Ueberzeugung leitend gewesen sind.<sup>4)</sup>

An gesetzliche Beweisregeln ist das Gericht nur in den durch dieses Gesetz bezeichneten Fällen gebunden.<sup>5)</sup>

*R. 249. N. 455. 456. P. 91. 92. 543.*

1) Vgl. besonders *Stein*, das private Wissen des Richters, Leipzig, 1893. Der Grundsatz der richterlichen freien Beweiswürdigung (vgl. 6. Juristentag 2, 278, 284, 9. Juristentag 2, 221, ferner *Wde, Busch* 6, 420 ff., *Bähr, Ihering* 25, 394 ff.) ist durchgreifend sowohl für die Hauptsache, als auch für alle Incidenzpunkte, soweit es sich um die Frage handelt, ob eine behauptete Thatfache (das soll offenbar die Bedeutung der „thatsächlichen Behauptung“ §§ 259, 266 sein) wahr oder nicht wahr ist. Auch ohne eigentliche Beweisaufnahme beherrscht der Grundsatz der Thatfachenwürdigung das gesammte Gebiet, in welchem der erkennende Richter berechtigt, also zur Findung seines Urtheils auch verpflichtet ist, die Wahrheit einer Thatfache zu untersuchen, soweit er nicht darin durch besondere Vorschriften (s. Anm. 5) eingeschränkt ist. Die Grundlage der Ueberzeugung des Gerichts sollen nicht bloß die eigentlichen Beweisverhandlungen, sondern der Inhalt aller Verhandlungen, Erklärungen, Handlungen oder Unterlassungen sein, *Rot.* 206—208, selbst wenn ein Beweis, anerkannt Seitens der beweispflichtigen Partei nicht stattgefunden hat; *DBZ.* 18. April 1885, *SM.* 40, 455; *R. 13*, Juli 1888, *S. 1888* 342. Der Ueberzeugung dient Alles, was theoretisch Beweisgrund sein kann, Anm. 4 § 255, und unmittelbar oder mittelbar (Anm. 5 § 255) Schlussfolgerungen gestattet. Der Grundsatz bezieht sich nicht bloß auf die Erkenntniß der aus den Beweisgründen sich direkt ergebenden Thatfachen, sondern auch auf die Erkenntniß der aus diesen so ermittelten Thatfachen (Indizien) sich ergebenden weiteren Thatfachen und Rechtsverhältnisse, beragehalt, daß aus solchen Indizien mit Hülfe der freien Beweiswürdigung auch z. B. die Thatfache der Eheschließung festgestellt werden kann, *R. 11*, 425. Dabei sind die sämmtlichen, von beiden Parteien vorgebrachten Momente, und zwar nicht bloß vereinzelte, sondern in ihrem Zusammenhange und in ihrer Gesamtwirkung zu



prüfen; **R.** 4. März 1885, **Raff.** 29, 1065, 28. Febr. 1890, **Raff.** 34, 959; 23. Sept. 1889, **ZB.** 525 f.; 26. Okt. 1893, **ZB.** 558, vgl. **Ann.** 4; darunter namentlich die Erklärungen der Parteien selbst, **R.** 6. Okt. 1891, **ZB.** 486; auch Eide, welche sie in anderen Prozessen geleistet haben, **R.** 26. Sept. 1894, **ZB.** 518, und Zeugenaussagen, welche sie in demselben Prozesse abgegeben haben, bevor sie Parteien darin wurden, **R.** 29, 343; **Kammerg.**, **Buch** 18, 222. Auch ein unvollständiger Beweis darf nicht unberücksichtigt bleiben, ist vielmehr durch Auflegung eines richterlichen Eides zu ergänzen, § 437 und **Ann.** dazu; **R.** 12. Juli 1886, **Raff.** 31, 74 ff.

Sofern die Ueberzeugung des Gerichts feststeht, braucht dasselbe (gegen **Struckmann-Roch Ann.** 1) selbst entgegenstehende Beweiserbieten nicht zu beachten, wie dies hinsichtlich der Eideszuschreibung auch im § 411 für unzulässig erklärt ist. Vgl. **R.** 23. April, 2. Mai 1891, **ZB.** 306, 307; 10. Febr. 1893, **ZB.** 183; 5. März 1894, **ZB.** 180. (**Abw. R.** 15. April 1891, **ZB.** 307 3. 7; 27. Juni 1893, **ZB.** 384.) Das Gericht muß indeß die Gründe angeben (**Ann.** 4) und es muß die Unmöglichkeit der Erwirkung anderer Ueberzeugung durch die angebotenen Beweismittel feststehen und ausgesprochen werden, mit einer solchen Bestimmtheit, daß der Richter erklärt, die Aussagen der angebotenen Zeugen oder die sonstigen Beweismittel müßten auf Irrthum oder Unrichtigkeit beruhen, wenn sie etwas anderes bestätigen sollten. Mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit, durch den historischen Beweis einer Thatfache bei der Unsicherheit relativer Verschiedenheit und Veränderlichkeit des menschlichen Erkennens eine absolute Gewißheit zu gewinnen, kann nur dieser höchste Grad fester Ueberzeugung die Ablehnung von Beweismitteln rechtfertigen. Vgl. **Stein** **§.** 29, 100. Bloße Unwahrscheinlichkeit genügt nicht, ebensowenig in der Regel die Annahme der Unglaubwürdigkeit eines vorgeschlagenen Zeugen, weil diese erst bei der Vernehmung endgültig beurtheilt werden kann; **R.** 4, 86, 375; 5, 429; 15, 335; 9. Juni 1882, **ZB.** 175; 10. Juli 1883, **ZB.** 226 Ziff. 8; 21. Nov. 1883, **ZB.** 1884, **S.** 45, 46 Ziff. 14 10. Okt. 1883, 21. April 1884, **Raff.** 28, 1161, 1155; 11. Mai 1886, **ZB.** 193, **Raff.** 30, 1121, **SA.** 42, 96; 1. Dez. 1887, **ZB.** 1888 **S.** 10, Ziff. 8; **Dbl.** 7. Jan. 1887, **SA.** 42, 225; 28. März 1888, **Raff.** 32, 1186; 7. März, 18. April 1891, **ZB.** 199, 352, **Raff.** 35, 969; 28. März 1891, **ZB.** 388; 15. Dezember 1891, 23. Febr. 1892, **ZB.** 1892 **S.** 38, 331; 11. Jan., 17. März 1893, **ZB.** 95, 234; 24. Jan., 31. März 1894, **ZB.** 119, 240; auch ist die Ablehnung der beantragten Abhörnung eines Zeugen nicht schon zulässig aus dem Grunde, daß derselbe in einem Vorprozeß vernommen und seine Aussage dort festgestellt sei, **R.** 6. Juli 1888, **ZB.** 383; 8. Jan., 6. Febr. 1891, **ZB.** 120, 272 3. 4; daß seine frühere Aussage das Beweisthema, welches er jetzt bekunden solle, nicht bestätige, **R.** 23. Juni 1891, **Raff.** 37, 137; daß er mit Anspruch auf Glaubwürdigkeit jetzt nicht anders als früher aussagen könne, **R.** 1. Okt. 1891, **ZB.** 487; 29. Mai 1894, **ZB.** 398. Bei der Bildung der Ueberzeugung ist es freilich nicht ausgeschlossen, auch die Wahrscheinlichkeit oder Unwahrscheinlichkeit einzelner Beweismomente in Betracht zu ziehen, **R.** 4. Jan. 1888, **ZB.** 68; 1. Juni 1893, **ZB.** 345; zumal da für das praktische Leben ein, bei Anwendung der vorhandenen Erkenntnißmittel gewonnener hoher Grad von Wahrscheinlichkeit zur Begründung der Ueberzeugung dienen kann, **R.** 2. Mai 1894, **ZB.** 507 Nr. 7.

Außerdem ist es eine prozessrechtlich gebotene Voraussetzung der freien Beweiswürdigung, daß die Ueberzeugung aus gesetzlich zulässigen Beweismitteln geschöpft ist, nicht aus unzulässigen, wie unbeeidigten Aussagen von Zeugen, deren Beeidigung vorgeschrieben ist, und daß die Gesetze über die Beweisaufnahme und der Grundsatz der mündlichen Verhandlung (vgl. nachst. **Ann.** 3) durchweg beobachtet sind; **R.** 8, 406; 9, 324; 10, 415; 13, 418; 14, 379; 18. Jan. u. 3. Febr. 1883, **ZB.** 1883 **S.** 76, 111; 9. Febr. 1883; 14. Juni 1884, **Raff.** 27, 1102; 28, 1149; 21. Nov. 1883, **ZB.** 1884 **S.** 45, 46 Ziff. 14, **Raff.** 28, 1150; 1. Febr. 1884, **ZB.** 86; 3. Mai u. 16. Sept. 1889; **Raff.** 33, 1172; 34, 974; 21. Sept. 1887, **SA.** 43, 358; 22. Juni 1892, **ZB.** 361; 13. Dez. 1892, **ZB.** 1893 **S.** 59 vgl. ferner **Ann.** zu §§ 356, 358. Die Auslegung von Partei-Erklärungen ist zwar nicht Beweiswürdigung; aber Thatfachenwürdigung im Sinne des § 259; bei Rechtsgeschäften für Fälle, an welche die Theiligten nicht gedacht haben, die Ent-

scheidung zu treffen, beruht aber allerdings auf Folgerungen, welche nicht lediglich dem Gebiete der Thatfachenwürdigung angehören. Vgl. Bolze, Busch 14, 415. Ueber die Benutzung von Zeugenaussagen aus einem andern Prozeß (als Urkundenbeweis) vgl. auch *R. O.* 15, 335, 342; 28, 411; 22. Nov. 1882, *SA.* 38, 469; 3. Okt. 1885, *Raff. R.* 30, 160; 22. Febr. 1887, *SM.* 95; 9., 23. Dez. 1887, *SM.* 1888 S. 9, 67; *Dob. O.* 19. Jan. 1886, *SA.* 41, 361; 30. Sept. 1887, 29. März 1889, *SA.* 43, 464; 45, 234; *R. O.* 6. Juli 1888, *SM.* 383; 22. Nov. 1888, *SM.* 1889 S. 74; 8. Jan., 20. April 1891, *SM.* 120, 307 S. 6, *Raff. R.* 35, 1188; 12. Nov. 1892, *SM.* 1893 S. 15; 20. Okt. 1893, *SM.* 588. Ueber die Benutzung wissenschaftlicher Hülfsmittel, z. B. gutachtlicher Aeußerungen von Sachbehörden: *R. O.* 23. Mai 1889, *SM.* 286; Anm. 1 §§ 338, 369. — Vgl. Anm. 3 und 4.

Neben dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung sind nach *EO.* § 16 Nr. 1 (vgl. *Rot.* 488 zu *EO.* § 13) aufrecht erhalten: „die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nach welchen unter bestimmten Voraussetzungen eine Thatsache unter Ausschließung des Gegenbeweises (praesumptiones juris et de jure) „oder bis zum Beweise des Gegentheils“ (praesumptiones juris) „als gewiß anzusehen ist“, (Näheres darüber und über die s. g. praes. facti Anm. 7 § 14 *EO.* und Anm. 2, 3 § 16 *EO.*); ferner nach *EO.* § 16 Nr. 2 die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweisraft der Beurkundung des bürgerlichen Standes in Ansehung der Erklärungen, welche über Geburten und Sterbefälle von den zur Anzeige verpflichteten Personen abgegeben werden (vgl. Anm. 383 Abs. 3), und nach *EO.* § 17 Abs. 2 die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Dauer der Beweisraft der zur Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch bestimmten Schulburlunden. Ueber das Verhältniß dieser Vorschriften zum Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung vgl. nachst. Anm. 5.

Soweit es sich nicht um Vorschriften des bürgerlichen Rechts handelt, sind im *EO.* § 14 Abs. 1 die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze, mithin auch deren Beweisregeln unbedingt aufgehoben. In Betreff einzelner Folgen vgl. Anm. § 14 *EO.* Die prozeßrechtlichen Grundsätze der Reichsgesetze sind im *EO.* § 13 Abs. 1 zwar grundsätzlich aufrecht erhalten; damit also im Prinzip auch die sich darin findenden Beweisregeln. Indes durch § 13 Abs. 2 u. 17 *EO.* sind fast alle reichsgesetzlichen prozeßrechtlichen Beschränkungen des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung (mit Ausnahme des Vorbehalts § 259 Abs. 2) besonders aufgehoben; wie auch die Aufhebung solcher landesprozeßrechtlichen Beschränkungen im *EO.* § 14 Nr. 1, 2, 3 noch besonders (neben § 14 Abs. 1) ausgedrückt ist. Mit Rücksicht auf die Grundsätze der §§ 259, 260 sind namentlich durch *EO.* § 13 aufgehoben die Vorschriften des *GOB.* Art. 34–36, 77, 78, 488, 494, 889; ferner § 6 des Reichshauptpflichtgesetzes 7. Juni 1871 und § 144 Abs. 4 des Reichsbeamtengesetzes 31. März 1873. Indes nur die positiven Beweisregeln des *GOB.* betreffs der Handelsbücher sind aufgehoben, so daß das Gericht zu prüfen und anzugeben hat, ob und weshalb im konkreten Falle die Handelsbücher keinen Beweisgrund bieten, vgl. Anm. 4 *R. O.* 6, 345. Ebenso sind nur die positiven Beweisregeln der Art. 494, 889 aufgehoben, unter Beibehaltung des in den Rahmen der §§ 447 ff. nicht passenden Verfahrens der Verklarung, Art. 490 ff. In allen Fällen bleibt es natürlich dem Richter unbenommen, den in manchen beseitigten Präsumtionen und Regeln liegenden bewährten Erfahrungssätzen und Schlußfolgerungen (vgl. Anm. 4) beizustimmen, *Rot.* 485; *B.* 641. Vgl. Anm. 3 *EO.* § 13 und Anm. 5 *EO.* § 14. Außer den erwähnten Vorschriften des *GOB.* Art. 490 ff. über Verklarung und den §§ 15, 85 des Reichsgef. 6. Febr. 1875 über Beurkundung des Personenstandes (s. Anm. 3 § 383) dürften kaum noch reichsgesetzliche Beweisregeln außer der *OP.* erhalten sein. Der Art. 888 *GOB.* behält nur hinsichtlich der Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen des Art. 886 Bedeutung. Als bindende Beweisregel „für den Rechtsstreit“ ist er durch die Aufhebung des Art. 889 in *EO.* § 12 Nr. 2 beseitigt. Ueber die Beweisraft der Handakten eines Bevollmächtigten vgl. Busch 13, 382.

2) Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist juris publici. Der Entscheidung des Gerichts kann auch durch Statuten, Verträge oder Vereinbarungen nicht präjudiziert werden. Entgegenstehende Privatbestimmungen, daß ein Beweis nur durch

bestimmte Arten von Beweismitteln geführt werden kann, sind unverbindlich; Rot. 210, P. 92. Vgl. Vorb. 4 vor § 230 über Konventionalprozeß; Bülow über Beweisverträge, cit. A. 64, 220 ff.; Westenburg, Raff. R. 26, 460, 461; Kohler, Raff. R. 31, 301 ff. Unberührt bleiben Vertragsbestimmungen, welche nicht über den Beweis, sondern über die Abgabe verlangter Erklärungen zur Erfüllung von Bedingungen eine bestimmte Form vorschreiben; ebenso Vertragsbestimmungen, welche die schiedsrichterliche Entscheidung, wenngleich nicht des ganzen Rechtsstreits (§§ 851 ff.), sondern nur einzelner, zumal technisch-gutachtlicher Voraussetzungen dem Urtheile bestimmter Gutachter (arbitratores) unterbreiten, R. O. 2, 311; vgl. Vorb. vor § 851; ebenso die in Versicherungsverträgen häufig vorkommende Bestimmung, daß ein nur in bestimmter Weise bzw. in bestimmter Frist festzustellender Schaden zu vergüten ist; R. O. 20, 402; 24, 359; 22. Juni 1891, J. W. 415; 29. März 1894, J. W. 265; vgl. Vorb. 4 vor § 230 a. G.

3) Die tatsächliche Würdigung des Gerichts ist durch Berufung angreifbar und das Berufungsgericht hat dann seinerseits dasselbe Recht freier Beweiswürdigung, § 487. Dagegen ist das Resultat der Würdigung keine Gesetzesverletzung und also kein Revisionsgrund, § 511. Ein solcher kann indeß in der Verletzung der Vorschriften über Voraussetzungen, Umfang und Bedingungen des Beweiswürdigungsrechts, in der Nichtangabe von Gründen (Abs. 1), der Verletzung der vorbehaltenen Prozeßvorschriften (Abs. 2) oder des in der Begründung vorausgesetzten oder anzuwendenden bzw. eine Beweiswürdigung ausschließenden oder anders bestimmenden materiellen Rechts (R. O. 4, 28) liegen. Eine Verletzung des Abs. 1 und des § 119 würde in der Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung von Momenten liegen, welche das Gericht als Theil der Verhandlungen nicht berücksichtigen darf oder welche es berücksichtigen muß, so die Berücksichtigung eines mündlich nicht vorgetragenen Inhalts von Urkunden bzw. Vorprojekten oder eines Glaubwürdigkeitsindrucks von Zeugen, welche nicht vor dem erkennenden Gericht, sondern in einer früheren Instanz oder von einem beauftragten oder ersuchten Richter vernommen sind, R. O. 17, 425. Vgl. Buz. 5, 287 ff., R. O. 4, 379; 8, 325; 16. Okt. 1882, J. W. 259; 26. Febr., 19. März, 18. Mai 1887, Raff. R. 32, 414 f., 419; 4. Juli 1888, J. W. 341, S. A. 45, 220; 8. Juli 1890, J. W. 79. Vgl. auch Anm. 1 und die dort angef. Entsch., ferner Anm. 3 § 258. Auch die Außerachtlassung der Pflicht zur freien Beweiswürdigung (z. B. bei Schadensforderungen, vgl. § 260 u. Anm. dazu) ist eine Gesetzesverletzung; R. O. 30. Mai u. 16. Juli 1883, J. W. 226.

4) Die Ueberzeugung soll eine objektive und als solche beurkundet sein. Eine bloß gelegentliche Erwähnung einer Thatfache in den Gründen des Urtheils reicht nicht aus, um die Entscheidung festzustellen, daß sie für wahr oder nicht wahr erachtet sei, P. 91. 92. Die Vorschrift ist auch in allen Fällen anzuwenden, worin in Anwendung des Grundsatzes des § 259 die freie richterliche Ueberzeugung als entscheidend hervorgehoben ist, so §§ 251 Abs. 2, 252, 339, 398. Die Erheblichkeit der Thatfache und entsprechenden Parteivortrag vorausgesetzt, hat das Gericht hinsichtlich jedes Beweismittels, welches es für einflußlos hält, die Gründe dafür anzugeben; die Unterlassung und vollends die völlige Nichterwähnung der Beweisaufnahme ist eine Prozeßrechtsverletzung. Indesß ist immer nach den besonderen Verhältnissen zu prüfen, ob eine solche Verletzung stattfand und ob die Entscheidung auf derselben beruht. Vgl. §§ 511, 513 Nr. 7. Ueber den Umfang, in welchem die Gründe der Ueberzeugung anzugeben sind: R. O. 6, 170; 8, 14, 15; 30. Jan. und 28. März 1882, J. W. 76, 131; 22. Dez. 1881, 13. Dez. 1882, 28. Nov. 1883, Raff. R. 26, 1161; 27, 1093; R. O. 25. Juni, 2. Okt., 11. Nov. 1886, J. W. 269, 346, 444; 11. Juli 1888, J. W. 342; 20. April 1891, J. W. 307; 16. Dez. 1891, J. W. 1892 S. 38. Eine rein schematische „tatsächliche Feststellung“ unter allgemeiner Bezugnahme auf die stattgehabte Beweisaufnahme ist ungenügend, vielmehr müssen aus den Entscheidungsgründen die für die richterliche Ueberzeugung maßgebenden logischen und kritischen Gründe für die einzelnen Thatfachen und für die Verbindung derselben, namentlich der Indizien zum Gesamttatbestande ersichtlich sein.

Nicht nur zulässig, sondern auch durch Amtspflicht geboten ist für die Beweiswürdigung Seitens des Richters neben der selbstverständlichen logischen Schlußigkeit der Folge-

rungen die Berücksichtigung der Erfahrung, des Sprachgebrauchs der Beteiligten und der aus Erfahrungen gewonnenen Folgerungssätze (Urtheile) allgemeinen Inhalts („Erfahrungssätze“, vgl. Anm. 1, Stein S. 14 ff.), welche feststellen, daß Voraussetzungen bestimmter Art erfahrungsmäßig auf bestimmte Folgen schließen lassen, und welche daher als tatsächliche Obersätze zur Beurtheilung von Einzelgeschehnissen und Wahrnehmungen zu verwenden sind. Sie sind zu berücksichtigen, ohne daß sie von einer Partei behauptet zu sein brauchen und ohne Rücksicht darauf, ob sie allgemein notorisch sind, was mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Umfangs der Notorietät nach Zeit, Ort, Bildungsgrad u. nur in bestimmten Beziehungen von Einfluß ist, vgl. Anm. § 264; und sind zu verwenden, ohne daß sich in Folge der Aenderungen des Erkennens ein sicherer Grad der Gewißheit für ihre Gültigkeit allgemein bestimmen ließe. Vgl. Stein 16—31, 95. Die Erfahrungssätze sind bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen zur Würdigung der Glaubwürdigkeit der Beweismittel und Parteierklärungen, und der Schlußfähigkeit der Indizien, sowie für die gesammte sonstige Urtheilsthätigkeit des Richters bei Auslegung des Gesetzes und bei Auslegung des Thatbestandes. Sie dienen zur Feststellung der Ueberzeugung von der Wahrheit der Thatfachen und können sowohl in dieser Beziehung (zum Beweise der Unwahrheit, bzw. zur Ablehnung von Beweisanderbietungen) bis zur Feststellung des notorisch falschen als auch in Betreff der Auslegung des Thatbestandes, welchem das Vorliegen oder das Ausgeschlossensein einer Unmöglichkeit angehören kann, bis zur Feststellung der Unmöglichkeit im Sinne des menschlichen Erkennens führen. Vgl. Stein 32—46. Die Untercheidung, welche Stein S. 37, 38, 97, 150 zwischen den notorisch falschen und unmöglichen Thatfachen geltend machen will, hat für die Thatfachenwürdigung und Prüfung des Richters keine praktische Bedeutung. Beides widerspricht sicheren Erfahrungssätzen. Die logische Schlußfähigkeit und ein Widerspruch mit derselben ist ohnehin für jeden Denker zu berücksichtigen. — Ueber die Ergänzung der eigenen Erfahrung des Richters durch Sachverständige vgl. Vorb. vor § 367.

5) Abs. 2. Eine Ausnahme von der Zulassung der freien richterlichen Thatfachenwürdigung findet überall statt, wo das Gericht durch die Vorschriften über das Verfahren daran gebunden ist, etwas als formelle Wahrheit gelten zu lassen; so in Folge der Vorschriften über das Geständniß, und darüber, was gesetzlich in Folge von Verkömniß als richtig oder als zugestanden gilt, §§ 261 ff., 129, 296, 217 Abs. 4, 223, 316, 404, 392, 404, 504. Dies sind nicht Beweisregeln, sondern eine Beweisführung kommt hierbei gar nicht in Betracht, Anm. 1. Ueber das Verhältniß des Zugestandenen zu den Erfahrungssätzen und zu den notorischen Thatfachen vgl. Anm. zu § 264. — Die freie richterliche Thatfachenwürdigung ist ferner schon nach Abs. 1 (ebenso wie die Glaubhaftmachung § 266) dem Verhandlungsprinzip entsprechend, auf die von den Parteien behaupteten Thatfachen beschränkt.

Eine Einschränkung des Abs. 1 wird durch sonstige gesetzliche Vorschriften gegeben, insbesondere durch das geltende bürgerliche Recht und die in Anm. 1 bezeichneten, durch CO. § 16 Nr. 1, 2 und § 17 aufrecht erhaltenen, Vorschriften. Die im bürgerlichen Rechte enthaltenen Auslegungsregeln für Rechtsgeschäfte sind Sätze des materiellen Rechts, indem sie die, für den festzustellenden Thatbestand maßgebenden Rechtsbegriffe definiren, so ARN. I 4 §§ 65 ff.; I 12 §§ 519 ff. Sie sind als materiell-rechtlich durch die CP. nicht berührt. Auch die, gesetzlich durch Gegenbeweis nicht zu entkräftenden, s. g. praesumptiones juris et de jure (CO. § 16 Nr. 1) bestimmen materielles Recht, indem sie einen Thatbestand der rechtlichen Bedeutung eines anderen Thatbestandes kraft Gesetzes gleichstellen, so ARN. II 1 § 673 und die Lebenspräsumtionen, ARN. I 1 §§ 34 ff.; R. 28. Juni 1893, JZ. 426. Die sonst in CO. § 16 Nr. 1 bezeichneten gesetzlichen Vermuthungen, für welche der Beweis des Gegentheils zulässig ist, sind in der That nicht Vorschriften des „bürgerlichen Rechts“, wie CO. § 16 Nr. 1 definiert, sondern gesetzliche Beweisvorschriften, indem sie die zu berücksichtigende Beweiskraft eines Thatbestandes normiren; sie sind indeß als Gesetz durch CO. aufrecht erhalten und als solches anzuwenden. Sie sind der richterlichen Prüfung nicht unterworfen, können als gesetzliche Erfahrungssätze nicht durch richterliche Erfahrung

für widerlegt oder sachwidrig erklärt werden, sondern schränken, soweit sie bestimmen, die richterliche Prüfung ein und sind nur, wie jedes Gesetz, der Auslegung des Gesetzeswillens unterworfen. Dasselbe gilt von den in **CG.** § 16 Nr. 2 und § 17 Abs. 2 bezeichneten Vorschriften, sowie von den in der **CP.** §§ 153 Abs. 2, 402, 405 aufgestellten Vermuthungen und den, nach **CG.** § 13 Abs. 1 aufrecht erhaltenen reichsgesetzlichen Beweisregeln, vgl. **Ann.** 1. Alle diese Beweisvorschriften haben kraft ihrer Geltung die Folge, daß demjenigen, welchem die widerlegbare Vermuthung entgegensteht, die Beweislast für den Nachweis des Gegentheils obliegt und daß Beweismittel, welchen die Beweiskraft gesetzlich genommen oder beschränkt ist (**CG.** § 17 Abs. 2), zur Gewinnung richterlicher Ueberzeugung nicht verwendet werden dürfen. Vgl. **Stein** 46—53. Als allgemein zwingende rechtliche Beweispräsumtionen können andere nicht aufgestellt werden; außerhalb der aufrecht erhaltenen Rechtsvermuthungen steht der Beweis nebst den Erfahrungssätzen unter der Regel der freien richterlichen Würdigung, **RO.** 1. Dez. 1885, **ZB.** 1886 S. 11, **SA.** 41, 450; 30. Dez. 1892, **ZB.** 1893 S. 74.

Die durch Abs. 2 zugelassenen, durch die **CP.** („dieses Gesetz“, als dessen Theil auch das **Stf.Ges.** zu betrachten ist), bestimmten sonstigen positiven Beweisregeln befinden sich in den §§ 150, 285 und außerdem in den Vorschriften über den Beweis durch Urkunden, §§ 380 ff., 403 Abs. 2, 181, 185 und durch **Eid.** §§ 428 ff., 417 Abs. 2, 420, 439.

### § 260.

Ist unter den Parteien streitig, ob ein Schaden entstanden sei, und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse belaufe, so entscheidet hierüber das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung.<sup>1)</sup> Ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme oder von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen sei, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen.<sup>2)</sup> Das Gericht kann anordnen, daß der Beweisführer den Schaden oder das Interesse eidlich schätze. In diesem Falle hat das Gericht zugleich den Betrag zu bestimmen, welchen die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf.<sup>3)</sup>

Die Vorschriften über den Schätzungseid werden aufgehoben.<sup>4)</sup>

**R.** 250. **N.** 457. **P.** 92. 543.

1) Die Ausdehnung des Prinzips der freien Beweiswürdigung auf eine freie richterliche Schätzung eines verursachten Schadens oder eines zu ersetzenden Interesses entspricht, ebenso wie die Thatfachenwürdigung einem allgemeinen Bedürfnisse (6. Juristentag 2, 267). Die Vorschriften des materiellen Rechts darüber, ob ein Verschulden vorliegt (**RO.** 3. März 1882, **ZB.** 82), ob Schadenersatz überhaupt, ob nur s. g. unmittelbarer oder auch mittelbarer Schaden und entgangener Gewinn erstattet verlangt werden kann, sind hierdurch nicht berührt. Die zur desfallsigen Begründung nöthigen Thatfachen muß der Beanspruchende beweisen. Für den Beweis der die Verpflichtung begründenden Handlungen und Thatfachen ist § 260 nach seinem Wortlaut nicht anwendbar; **RO.** 22. April 1890, **ZB.** 178; ob und inwieweit eine Verpflichtung aus den Thatfachen zu folgern ist, gehört ohnehin zur Funktion des urthellenden Richters. Dagegen fällt nach § 260 der freien richterlichen Würdigung anheim, festzustellen, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden oder „ein zu ersetzendes Interesse“ vorhanden ist; **RO.** 23. Juni 1894, **Raff.R.** 38, 1217. Vgl. **Ann.** 4. Dem allseitig ausgedrückten Bedürfnisse entsprechend hat damit auch die Feststellung des Kausalnegus des vom Gegner verursachten Schadens und des „zu ersetzenden“ Interesses, worin der praktische Schwerpunkt der Frage liegt, der richterlichen Schätzung überlassen sein sollen (**Novbb. Prot.** 2, 686, **R.** § 457); **Rot.** 209. So auch **RO.** 9, 418; 10, 65; 21, 92; 14. März 1882, **ZB.** 131; 6. Nov. 1883, **ZB.** 45; 15. April 1886, **ZB.** 193; **Raff.R.** 30, 958. Dies gilt auch für den Fall, daß die Parteien lediglich über den Kausalzusammenhang, nicht über die Existenz oder die Höhe des Scha-

bens streiten und umgekehrt; **R.** 15. April 1886, **ZB.** 193 ff., **RaffR.** 30, 958; 14. Febr. 1893, **ZB.** 155.

Der § 260 bezieht sich nur auf Schadens- und Interessensforderungen und ist nicht auf andere Fälle auszudehnen; **R.** 4. Nov. 1882, **ZB.** 274. Der Begriff der Schadens- oder Interessensforderung im Sinne des § 260 setzt ein beschädigendes Ereigniß voraus. Das Interesse besteht in der Differenz zwischen dem Vermögens-Werthe im gegenwärtigen Zustande und dem Betrage, welchen das Vermögen ohne Dazwischenkunft des beschädigenden Ereignisses gehabt haben würde. Die Unsicherheit dieser Schätzung soll durch § 260 beseitigt werden, **R.** 23. Okt. 1893, **ZB.** 559 (Entschädigungspflicht eines Gerichtsvollziehers); **RaffR.** 38, 499; **Z.f.O.** 1894 S. 93. Die bloße Richterfüllung einer Obligation erzeugt jedoch nicht allgemein ohne Weiteres eine Interessensforderung und die Feststellung der Höhe eines Anspruchs auf Erfüllung, selbst wenn dieselbe von verschiedenen Rechnungsfaktoren abhängig ist (wie der Anspruch auf Herausgabe einer dos, eines Geschäftsanteils, seitens des Freitugberechtigten auf den Ausbeute-Anteil an einem Bergwerk) ist keine Schadens-Ermittelung im Sinne des § 260, **R.** 8, 224; 6. März 1891, **ZB.** 246. Dagegen gehört auch eine Entschädigungspflicht, welche bei obligatorischen Verhältnissen durch Verschulden entsteht, unter § 260, **R.** 10. Dez. 1890, **ZB.** 1891 S. 76 (Bewilligung eines höheren Kaufpreises in Folge unrichtiger Methäeinahme-Angaben); **R.** 20. März 1894, **ZB.** 196. Der Anspruch aus einer nicht gerechtfertigten Vereidung, welcher auf ganz bestimmten Rechnungsfaktoren (dem aus dem Vermögen des Klägers weggekommenen und dem in das Vermögen des Beklagten gelangten Werthe) beruht, ist nach diesen Faktoren zu bemessen und keine Schadens- oder Interessensforderung im Sinne des § 260, **R.** 11. März 1885, **ZB.** 157. Ebenso sind dies auch nicht die Ansprüche auf Entschädigung für die Enteignung von Grundstücken, wofür vielmehr die bestimmten gesetzlichen Vorschriften über das zu Entschädigende und dessen Ermittlung maßgebend sind, **R.** 12, 402, vgl. **R.** 25. Jan. 1888, **ZB.** 119. Insofern dergleichen spezielle gesetzliche Normen nicht vorhanden sind, kommt jedoch § 260 auch für Entschädigungs-Ansprüche wegen Aufopferung von Privatverhältnissen im öffentlichen Interesse zur Anwendung, **R.** 4. Mai u. 22. Okt. 1887, **ZB.** 288, 482, **RaffR.** 32, 422; vgl. inbeß **R.** 12, 404 und Seuffert Anm. 1, Bierhaus, Busch 17, 428. Wenn eine Schadensforderung im Sinne des Vorstehenden geltend gemacht ist, wird die Anwendung des § 260 auch dadurch nicht gehindert, daß der Kläger erklärt, er wolle keine Entschädigungsforderung geltend machen, **R.** 20. März 1894, **ZB.** 196.

Die Vorschrift: „das Gericht entscheidet“ bedeutet, wie im § 259: das Gericht hat zu entscheiden. Es hat also nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, nach freier Ueberzeugung (nötigenfalls unter Ausübung des Fragerechts nach § 130) zu entscheiden, und darf sich dieser Pflicht nicht durch Abweisung der Klage entziehen, weil die Höhe des Schadens nicht begründet oder substantiirt sei; es ist Rechtsverletzung, wenn es sich dieser Pflicht nicht bemußt ist; **R.** 6, 356; 9, 416; 10, 78, 405; 25, 74, 78; 26. Sept. 1883, **Wallm.** 8, 667; 5. März 1884, **RaffR.** 28, 1060; 11. Dez. 1885, **ZB.** 1886 S. 11; 5. April 1886, **RaffR.** 30, 1122; 22. April 1890, **ZB.** 178. Eine formale Verpflichtung des Klägers zur Spezifizirung des Interesses oder Substantizirung der Schadenshöhe besteht nach § 260 nicht mehr; die Vorschrift ist wesentlich für den Fall gegeben, wenn die Unbestimmtheit des Schadens nicht beseitigt werden kann, beispielsweise die Zeit einer Beschädigung oder aus anderen Gründen das Quantum nicht festgestellt werden kann; **R.** 10, 405; 31, 88; 13. Dez. 1887, **ZB.** 1888 S. 68; 1. Juli 1890, **SA.** 47, 344; 2. Juni 1891, **ZB.** 388; 28. Okt. 1891, **RaffR.** 36, 1230, **ZB.** 554; 29. April 1893, **ZB.** 346; 23. Juni 1894, **ZB.** 424; **DBZO.** 19. Dez. 1892, **SA.** 48, 341. Neben freilich die Parteibehauptungen selbst mit Anwendung des Fragerechts gar keinen Anhalt, so rechtfertigt dies den Schluß, daß das Gericht nicht hat die Ueberzeugung gewinnen können, daß überhaupt ein Schaden verursacht worden ist; **R.** 7, 368; 25. Nov. 1887, **ZB.** 1888 S. 10 Ziff. 10; 26. Jan. 1892, **ZB.** 124. Das Ermessen selbst unterliegt der Revision nicht, **R.** 6, 198; und bedarf auch rücksichtlich der Höhe keiner spezifizirenden Begründung,

**RO.** 3. Dez. 1887, **ZW.** 1888 S. 10 Ziff. 9; indeß sind immer [gemäß der allgemeinen Vorschrift des § 259 (vgl. Anm. 4 dazu) die allgemeinen berücksichtigten Begründungsmomente anzugeben, **RO.** 26. Nov. 1892, **ZW.** 1893 S. 15. Kurze Hervorhebung der Hauptmomente genügt, **RO.** 2. Juni 1893, **ZW.** 346. Berücksichtigung von Wahrscheinlichkeiten ist zulässig, **RO.** 28. Febr. 1893, **ZW.** 197. Dagegen ist die Revision begründet, wenn materielle Rechtsgrundsätze betreffs des zu ersetzenden Schadens dabei verletzt sind; **RO.** 18, 339, vgl. **Abf.** 1 u. Anm. 2.

2) Aus dem Wortlaute des zweiten Satzes folgt: Das Gericht kann nach seinem Ermessen auch ohne Beweisaufnahme festsetzen; das Ermessen des Gerichts für § 260 ist sonach über die strengeren Vorschriften des § 259 hinaus in sofern erweitert, als dasselbe grundsätzlich nicht verpflichtet ist, eine beantragte Beweisaufnahme über die Fragen der Existenz des Schadens (einschließlich des Kausalzusammenhangs) und der Höhe desselben nach der positiven oder negativen Richtung zu veranlassen, vielmehr darüber völlig freies Arbitrium hat; **RO.** 1. Mai 1890, **ZW.** 202; 2. Jan. 1894, **ZW.** 62. Das Gericht kann auch den Sachverständigen zu einer, von der Berechnungsweise der Partei verschiedenen, auf richtige Rechtsgrundsätze gegründeten Berechnung veranlassen, **RO.** 24. Juni 1891, **ZW.** 468; doch bleibt das Gericht immerhin gemäß § 259 verbunden, die Beweisangebote der Parteien zu würdigen und daß es dies gethan, mit Gründen zu belegen; **RO.** 6. Juni 1882, **ZW.** 175; 13. Nov. 1890, **ZW.** 1891 S. 6 und die dort angef. **Entsch.**; ferner **RO.** 27. Nov. 1894, **ZW.** 1895 S. 7. Eine andere Beweisaufnahme als die Begutachtung durch Sachverständige — für deren Beweisraft die allgemeinen Grundsätze gelten, vgl. **Vorb.** vor § 367 — kann nur, wenn sie „beantragt“ ist, veranlaßt werden. Der Antrag ist in der Bezeichnung von Beweismitteln für desfallsige Behauptungen zu finden. Das Gericht hat, wenn ein Sachverständigen-Beweis erforderlich, aber nicht angetreten ist, zu prüfen, ob nicht die Begutachtung durch Sachverständige von Amtswegen anzuordnen, event. ob der Beweisführer zur Beibehaltung seines Schadens zuzulassen. Die Unterlassung dieser Erwägungen enthält eine Rechtsverletzung; **RO.** 11. Nov. 1882, **ZW.** 1882 S. 274; 2. Juni 1891, **ZW.** 388; ebenso ein Abstandnehmen von einzelnen von einer Partei vorgebrachten und für die Schätzung erheblichen Faktoren ohne desfallsige Gründe; **RO.** 22. April 1890, **ZW.** 178. Das Resultat der unter Berücksichtigung der vorliegenden Faktoren veranlaßten Prüfung unterliegt jedoch nicht der Nachprüfung durch das Revisionsgericht, **RO.** 22. Juni 1886, **ZW.** 269, vgl. Anm. 1.

Ueber Privatvereinbarungen betr. die Art einer Schadensermittelung vgl. Anm. 2 § 259, **Vorb.** 4 vor § 230. Ein Abkommen, durch welches ein Schadensanspruch auf eine gewisse bzw. relativ bestimmte Summe fixirt wird, wird von § 260 nicht berührt.

3) Der **Eid**, wenn vom Gerichte angeordnet, ist ein richterlicher; die Vorschriften der §§ 437—439 sind darauf anwendbar. Sachgemäß ist der Eid dahin zu leisten, daß der Schaden oder das Interesse nach der Ueberzeugung des Schwörenden (mindestens) ... Mark betrage; durch die Auserlegung des Eides erklärt das Gericht, daß seine „Ueberzeugung“ (§ 260) durch die eidlich zu erklärende Ueberzeugung der Partei bedingt werde; **ROdb.** Prot. 1047—1050. Die Norm ist die des Ueberzeugungs-, nicht die des Wahrheits- oder Sachverständigenedes; **DLG.** Cassel, **SA.** 48, 347. Eine nähere thatsächliche Begründung für die Schätzung ist in den Eid nicht aufzunehmen; **RO.** 9. Juli 1890, **SA.** 46, 219, **ZW.** 333. Vgl. **RO.** 23. Juni 1894, **RaffR.** 38, 1217, **SA.** 50, 98. Der Eid ist durch bedingtes Urtheil (indeß auch bedingtes Theil- oder Zwischenurtheil) unter Festsetzung der Folgen für den Weigerungsfall aufzuerlegen, §§ 439 **Abf.** 3, 427—429. Für den Fall der Minderung des Betrages im Eide seitens des Schwurpflichtigen findet § 431 Anwendung. Für den Fall der Verweigerung ist der Anspruch entsprechend abzuweisen; die positive Beweisraft der Ableitung oder Weigerung des Eides (§§ 427 ff., 439) und das bedingte Urtheil binden auch den Richter, welcher nach der Auserlegung nicht mehr die Befugniß hat, die Folgen nach seinem Ermessen zu ändern, und seine durch sein Urtheil bereits ausgesprochene Ueberzeugung zu modifiziren.

4) Die im **Abf.** 2 bestimmte Aufhebung der Vorschriften über den Schätzungs-

eid bezieht sich auf die bisherigen Vorschriften über ein Recht des Beschädigten, unter Umständen durch Schätzungs Eid den Schaden zu beweisen, Rot. 209. Vgl. über die hier nach aufgehobenen gemeinrechtlichen Bestimmungen Seuffert Anm. 3. Civilrechtliche Bestimmungen über die Maximal- oder Minimalgrenze einer Interessenerforderung (L. un C. 7, 47 und § 660 I 11 A. R.) sind durch § 260 und § 14 Nr. 3 C. B. nicht aufgehoben; *R. G.* 4, 182; 10, 194; 23, 200.

Im Versäumnisverfahren gegen den Beklagten ist für die Anwendung des § 260 kein Raum. Das Gericht hat nach § 296 Abs. 2 nur zu prüfen, ob die behaupteten und für zugestanden zu erachtenden Thatfachen die Verpflichtung zum Schadenersatz oder zur Leistung des Interesses rechtfertigen, die Existenz und die Höhe des Schadens gelten auf Grund Abs. 1 § 296 als zugestandene Thatfachen; *Saupp Anm. IV* (gegen *Köhler, R. A. R.* 31, 1 ff.). Wenn der Kläger freilich, was das Reichsgericht für zulässig erachtet, die Höhe der zuzusprechenden Schadenssumme lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen hat, vgl. *Anm. 6 § 230*, ist ein Versäumnisurtheil gegen den Beklagten nicht möglich.

### § 261.<sup>1)</sup>

Die von einer Partei behaupteten<sup>2)</sup> Thatfachen<sup>3)</sup> bedürfen insoweit keines<sup>4)</sup> Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner<sup>5)</sup> bei einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters zugestanden sind.<sup>6)</sup>

Zur Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses ist dessen Annahme nicht erforderlich.<sup>7)</sup>

R. 261 N. 458. P. 92. 543.

1) Für das „gerichtliche Geständniß“ des Abs. 1 war nach den Rot. 210 im Anschlusse an die gemeinrechtlichen Prozeßgrundsätze der Gedanke leitend, daß dasselbe „kein die Ueberzeugung des Richters bestimmendes Beweismittel, sondern eine durch Verzicht auf den Beweis bewirkte Disposition über das streitige Recht“ ist, Willenserklärung, nicht Wissenserklärung; *Savigny System* 7, 39 ff.; *Weyell* 171; *Pland, Krit. Viert. J.* 254; und das Gesetz hat in Folge „dieser Auffassung dasselbe nur unter der Voraussetzung des Beweises der Unwahrheit und des Irrthums für widerruflich und zur Wirksamkeit dessen Annahme nicht erforderlich erklärt“; § 263; *Stein S.* 91. Vgl. über das gerichtliche Geständniß: *Rehmann-Hollweg, Versuche* 2c. 1827; *Weyell §* 119 S. 170; *Renaud §* 104 S. 270; v. *Canstein, Busch* 1, 257—369; *Demelius, confessio* und gerichtl. Geständniß; *Wach, civ. R.* 64, 201—256, insbes. 216, 218, 233, 246, 252; ferner das gerichtl. Geständniß als Beweismittel, nicht als Dispositivakt ansiehend: *Pollack, gerichtl. Geständniß*, Berlin 1893; vgl. dagegen *R. Levy, R. A. R.* 38, 190—194 und *Schulze, Busch* 19, 341. Das gerichtliche Geständniß ist auch nach dem Ausdrucke des Abs. 1 weder Beweisgrund noch Beweismittel, s. *Anm. 4 § 255*; seine Kraft beruht nicht auf der Glaubwürdigkeit der Aussage, sondern darauf, daß durch dispositive Uebereinstimmung der Parteien die eingeräumte Thatfache zu einer unstreitigen gemacht, der Gegner hierdurch von der Beweispflicht befreit und das Geständniß als ein den Gestehenden und den Richter bindendes Beweisfurrogat wirksam wird; v. *Canstein a. a. O.* 267, 272, 335 ff.; *Renaud* 272; *Weyell* 171. Es begründet formelle Wahrheit, *Anm. 5 § 259*; die Thatfache „bedarf keines Beweises“ und das gerichtliche Geständniß behält deshalb auch seine Wirksamkeit für die Berufungsinstanz, § 494. Die aus dem Wesen eines solchen dispositiven Geständnisses sich ergebenden Voraussetzungen für dasselbe sind, daß der Gestehende verfügungsfähig, d. h. da das Geständniß eine Prozeßhandlung ist, prozeßfähig ist, *Anm. 1 § 51*; sowie daß ein wirksames Geständniß nur über Objekte abgegeben werden kann, welche der Verfügung der Partei unterworfen sind. Demgemäß ist die Wirksamkeit des Geständnisses als Dispositivakt (nicht als ein nach § 259 zu berücksichtigender Beweisgrund) in Ehe- und Entmündigungsfachen nach §§ 577, 611, 624, 626 ausdrücklich ausgeschlossen (was jedoch nicht unbedingt auf anderweitige Statusfachen auszudehnen; vgl. *Zeitchr. f. Berw. u. Rechts-*



pflage in Oldenburg 10, 100, dagegen v. Lang, civA. 73, 236 f.). Ebenso ist in den Vorschriften, nach welchen das Gericht bestimmte Mängel, Erfordernisse, Thatfachen und Verhältnisse von Amtswegen zu berücksichtigen hat, das Recht und die Amtspflicht des Gerichts ausgesprochen, in diesen Beziehungen die materielle Wahrheit gelten zu lassen, nicht gebunden an die parteiseitig zugestandenem Thatfachen. Dies betrifft insbesondere die in §§ 54, 84 erwähnten Verhältnisse, die Wahrung der Nothfristen, die Statthaftigkeit und Voraussetzungen der Rechtsmittel, des Einspruchs zc. Vgl. Virkmeyer, das Offizialverfahren im Civilprozeß, Buch 7, 155 ff., 375 ff., insbesondere 388 ff. und hinsichtlich der Ablehnung des gerichtlichen Selbsterforschens bei Offizialprüfung Stein, priv. Wissen S. 90—93.

2) Daß die dem gerichtlichen Geständnisse unterliegenden Thatfachen von beiden Parteien als richtig erklärt, von der einen „behauptet“ und von der anderen „zugestanden“ sein müssen, also eine ausdrückliche und übereinstimmende Erklärung darüber erforderlich ist, geht aus Abf. 1 deutlich hervor; R. 4. Juni 1891, RaffR. 35, 1192, JW. 388; Obz. 2. Juli 1886, SA. 42, 97; R. Levy, RaffR. 38, 192. Dies Erforderniß ist unabhängig davon, daß nach Abf. 2 das gerichtliche Geständniß als Willenserklärung keiner Annahme bedarf. Ueber das Verhältniß des Zugestandenen zu dem notorisch Falschen vgl. Anm. § 264. Wessen Erklärung vorangegangen und ob das Zugestandene vom Andern schon zuvor oder vorher noch nicht behauptet war, ist unerheblich; Seuffert Anm. 2; Weßell 172; R. 19. Dez. 1885, JW. 1886 S. 39; 4. Jan. 1893, RaffR. 37, 1238, JW. 95, SA. 48, 347. Auch für welche der Parteien die übereinstimmenden Behauptungen vortheilhaft sind, ist gleichgültig; v. Sarwey 400; v. Canstein a. a. D. 273; aR. Obz. a. a. D. unter Berufung auf Bayer, Vortr. über Civilproz. 9. Aufl. § 220. Eine Behauptung, welche der Gegner bestreitet, braucht die Partei auch nicht gegen sich zum Vortheile des Gegners gelten zu lassen, da sie nicht unter den Begriff eines Geständnisses fällt, R. 4. Jan. 1893, JW. 95; RaffR. 37, 1240, SA. 48, 347; vgl. bemerkenswerthes Beispiel aus der Praxis, Aufl. 6.

Die s. g. fingirten Geständnisse, das stillschweigende des § 129, und das im Verkäuflichverfahren angenommene des § 296 begründen ebenfalls formelle Wahrheit und stehen insofern in gleichem Verhältnisse zur Beweisaufgabe; sie haben indeß diese Wirkung nur in beschränkterem Umfange nach ihren besonderen Vorschriften. Die für das gerichtliche Geständniß gegebenen Vorschriften der §§ 261—263, 494 sind darauf nicht anwendbar. Das gerichtliche Geständniß setzt eine „einräumende Erklärung“ voraus, vgl. § 262 Abf. 2, im Gegensatz zum bloßen Stillschweigen. Aus dem § 129 kann (gegen v. Canstein a. a. D.) die Definition des gerichtlichen Geständnisses nicht hergeleitet werden; Anm. 2 § 129; Anm. 4 § 296. AR. theilweise v. Sarwey 401 Anm. 4.

3) Das gerichtliche Geständniß des § 261 soll nur „Thatfachen“ betreffen. Durch den Gegensatz des § 278 ist das Anerkennen des streitigen Anspruchs ausgeschlossen, vgl. Obz. 5. Nov. 1891, SA. 47, 345. Andererseits ist die herrschende gemeinrechtliche Theorie, daß außer Thatfachen auch Rechtsverhältnisse Gegenstand eines gerichtlichen Geständnisses sein können (Weßell 172; Renaud 270 Anm. 1), nicht ausdrücklich aufgenommen, obwohl die Not. 210 den gemeinrechtlichen Begriff des gerichtlichen Geständnisses als einer Disposition der Parteien über ein Recht als leitend bezeichnen. Der ohnehin schwer allgemein zu definirende Begriff einer Thatfache, da in jedem Rechtsverhältnisse wieder thatsächliche Voraussetzungen mit größerer oder geringerer Bestimmtheit behauptet werden, ist im Sinne des § 261 nicht eng gefaßt zu nehmen, die Mitaufnahme der allgemeinen bzw. den Erklärenden bekannten Rechtsbegriffe, vgl. Anm. 1 § 410, nicht abzulehnen, und das übereinstimmende Anerkenntniß eines Rechtsverhältnisses, wenn es als thatsächliche Voraussetzung in Betracht kommt, von der Wirksamkeit eines gerichtlichen Geständnisses nicht ausgeschlossen zu erachten. Die andernfalls unvermeidlichen Subtilitäten würden weder dem Dispositionswillen der Parteien noch der Voraussetzung, daß die Partei sich des Umfangs ihrer Erklärung bewußt sein werde, entsprechen. Die Erklärung, daß Jemand Pächter oder Eigenthümer eines Grundstücks sei, enthält die Thatfache, daß er dasselbe gepachtet bzw. das Eigenthum durch frühere Akte erworben habe; Petersen Anm. I 1; v. Canstein a. a. D., 259, 340. AR. Eccius 1 § 50 Anm. 16; Sellmann 2, 94. Das R. 10, 364 u.

ten, auch dann als Zeugnissen der gegnerischen Behauptung aufzufassen sind, wenn sie sich auf eine spätere Thatfache (z. B. Zahlung einer Schuld) beziehen, daß dagegen solche Zusätze, welche ein anderes, einen selbständigen Klagegrund für den Befehlenden bildendes Rechtsverhältnis (z. B. eine zur Kompensation benutzte Gegenforderung) aufstellen, dem Befehlenden die Beweispflicht auferlegen. Dieser Grundsatz sollte beseitigt werden, Rot. 211, 212. Vgl. R. 6. März 1890, ZB. 130.

Sonach ist für das gerichtliche Geständniß im Abs. 1 der positive Prozeßgrundsatz gegeben, daß bei einer Verbindung desselben mit einer Behauptung, welche ein selbständiges Angriffs- oder Verteidigungsmittel bildet, d. h. bilden kann, das gerichtliche Geständniß und zwar als solches mit den Wirkungen der §§ 261, 263 wirksam bleibt. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist zu prüfen, wer hinsichtlich eines solchen Zusatzes die Beweislast hat; sie trifft denjenigen, welcher bei der Loslösung dieser Behauptung von der Wirksamkeit des Geständnisses die hinzugefügte Behauptung für sich geltend macht; v. Canstein a. a. D. 314. Vgl. Anm. 1 § 255.

2) Der Abs. 2 betrifft das eigentliche sog. qualifizierte Geständniß, die Hinzufügung anderer zusätzlicher oder beschränkender Behauptungen, als der eines selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmittels, somit die Verbindung eines Geständnisses mit einer das Zugestandene selbst betreffenden Abweichung. Beispiele: Kläger behauptet den Abschluß eines Geschäfts mit dem Beklagten, dieser giebt den Abschluß an sich zu, wendet jedoch die Vereinbarung einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung ein; oder behauptet, daß er das Geschäft nicht in eigenem Namen, sondern im Auftrage und im Namen eines Dritten geschlossen habe; daß die Naturalien des Geschäfts durch Vereinbarung von vornherein oder später geändert seien, daß das Geschäft früher geschlossen sei als Kläger behauptet, sodas Verjährung entgegenstehe, oder an einem anderen Orte, sodas für die Form des Geschäfts andere Regeln zur Anwendung kommen. Kläger behauptet Hingabe von Geld als Darlehn, Beklagter räumt die Empfangnahme des Geldes ein, jedoch mit der Abweichung, daß dasselbe als Gesellschafts-Einlage gegeben worden sei. Beklagter giebt den Kauf zu, aber für andere Qualitäten oder zu anderen Preisen, oder unter bestimmten Zusicherungen hinsichtlich der Eigenschaften (nach Probe u. dgl.). Einer der gewöhnlichsten Fälle ist der, daß Kläger einen Kauf oder eine Bestellung unter stillschweigender Bezugnahme auf die ortsüblichen oder Marktpreise behauptet, Beklagter aber den Kauf mit der Maßgabe zugestehet, daß ein bestimmter (geringerer) Preis verabredet worden sei. Hinsichtlich solcher Modifikationen ist im Abs. 2 erklärt, daß kein Prozeßgrundsatz aufgestellt werden soll. Hierfür sind deshalb die allgemeinen Grundsätze der Interpretation von Willenserklärungen und der Logik einerseits und der Beweislast andererseits entscheidend. Es können also dabei wohl diese, nicht aber ein Prozeßgrundsatz verletzt werden. Mit Rücksicht auf die dem Civilrechte angehörenden Grundsätze über Beweislast ist für das f. g. qualifizierte Geständniß wesentlich entscheidend, ob und wiefern der Widerspruch nur ein ganzliches oder theilweises Bestreiten des anscheinend Zugestandenen seitens des beschränkt Befehlenden enthält. Ueber die Rechtsprechung des R. O. vgl. Römer, civ. R. 62, 149 ff.; ferner ObL. 72, 207, Strietz. 93, 182; R. 10. Dez. 1879, Wallm. 3, 103; Gruchot I. 497; 3, 386; 10. Mai 1884, ZB. 268 3iff. 12, Raffr. 29, 727; R. 2, 195; 3, 122; 6, 79; 7, 45; 28, 145; Dernburg I, § 86; Weßell 175; Peterfen 444—451; Seuffert Anm. 2, Gaupp Anm. II; Reinhold, die Lehre vom Klagegrunde u. s. w. 92 ff. — Die Annahme von Hellmann 2, 100, durch Abs. 2 sei die Lösung der Frage in das „Ermessen“ des Gerichts gestellt, verkennt das Verhältnis des Prozeßgerichts zur civilrechtlichen Lehre von der Beweislast; vgl. Rot. 201, 212; Anm. 1 § 255.

### § 263.

Der Widerruf hat auf die Wirksamkeit des gerichtlichen Geständnisses<sup>1)</sup> nur dann Einfluß, wenn die widerrufende Partei beweist, daß das Geständniß der Wahrheit nicht entspreche und durch einen Irrthum veranlaßt sei.<sup>2)</sup> In diesem Falle verliert das Geständniß seine Wirksamkeit.

## E. 263. N. 460. P. 92. 543.

1) Für den wirkamen Widerruf des außergerichtlichen Geständnisses ist § 263 nicht anwendbar; es genügt, da dessen Wirksamkeit nur auf seiner Qualität als Beweisgrund für die gerichtliche Ueberzeugung beruht, Anm. 6 § 621, der Nachweis der Unrichtigkeit des Zugestandes ohne einen Irrthumsnachweis; Wegell 199; Renaud 286. Andererseits genügt auch ohne den Nachweis der Unrichtigkeit der Nachweis eines Umstandes, welcher den animus confitendi aufhebt; Wegell 201; Renaud 282; v. Canstein a. a. D. 358 ff., 364. Vgl. R. O. 28. Okt. 1882, Raff. R. 27, 1097. Enthält das außergerichtliche Geständniß einen vollständigen civilrechtlichen Dispositionsakt, die dispositive Verpflichtung einer Partei gegen eine andere, so ist es nicht bloß „Geständniß“ und nicht bloß Beweisgrund, sondern ein Rechtsakt; die Frage der Zulässigkeit eines Widerrufs ist dann nicht eine Beweisfrage, sondern eine civilrechtliche; Heusler, civ. R. 62, 230; v. Canstein a. a. D. 362 ff. Vgl. C. O. § 16 Nr. 1; Anm. 6 § 261.

Hinsichtlich des sog. fingirten Geständnisses gemäß §§ 129, 296 (vgl. Anm. 2 § 261) sind die entsprechenden besonderen Vorschriften: Widerruf bis zum Schlusse der m. B. vor dem Urtheil, § 251, und bei Veräumniß mittelst des Einspruchs, § 307, maßgebend, dagegen nicht die Vorschriften des § 263; R. O. 3. Juli 1882, Raff. R. 27, 1095.

2) Daß zum Widerruf des gerichtlichen Geständnisses außer der Unwahrheit auch der Irrthum nachzuweisen ist, beruht nach den Mot. 210 auf dem, in Anm. 1 § 261 bemerkten, Charakter des gerichtlichen Geständnisses als Willenserklärung; Stein S. 91. Exutter, proz. Rechtsgesch. 376. Vgl. dagegen Wach, civ. R. 64, 248—353; v. Canstein a. a. D. 338. Hierzu trat der prozesspolitische Grund, gerichtliche Geständnisse nicht als ein leicht illusorisch zu machendes Spiel mit Thatfachen hinzustellen. Aus dem letzteren Grunde wurde namentlich in der Vorform. ein Antrag auf Beseitigung des Nachweises eines Irrthums zurückgewiesen. Gemeinrechtlich war der Nachweis eines entschuldbaren Irrthums (ohne Nachweis der Unwahrheit) nöthig, Mand. 1, 330. Die Veranlassung des Geständnisses durch Irrthum ist durch den Nachweis derjenigen Thatumstände zu führen, welche die Erkenntniß der Wahrheit verhinderten und die Annahme einer anderen tatsächlichen Sachlage herbeiführten. Der Beweis ist durch alle zulässigen Beweismittel zu führen; eine Eideszuschreibung über den allgemeinen Satz, daß die frühere Erklärung „durch einen Irrthum veranlaßt sei“, würde indeß nicht hinreichen, sondern auf bestimmte tatsächliche und ursächliche Behauptungen zu richten sein, § 410. Der Nachweis der Unmöglichkeit, welcher allein nach § 263 nicht genügen soll, ist noch nicht der Nachweis eines Irrthums, kann aber auf diesen schließen lassen. Andererseits kann der Beweis des Irrthums schon aus den begleitenden Umständen und sogar schon aus dem Nichtbestehen der vorausgesetzten Verbindlichkeit entnommen werden; auch ist es für den Widerruf in der Berufungsinstanz, vgl. § 494, unschädlich, daß das Geständniß in erster Instanz unangefochten geblieben ist, oder die den Widerruf begründenden Thatfachen dem Widerrufenden schon vor der Verhandlung in der Berufungsinstanz bekannt gewesen sind; endlich ist es ohne Einfluß, ob der Irrthum ein tatsächlicher oder ein rechtlicher, ein verschuldeter oder entschuldbarer war; R. O. 11, 406. Wach a. a. D. 248, 249. RR. Endemann 2, 82.

Daß das gerichtliche Geständniß auf Scherz oder Simulation, bzw. auf Mangel an Ernstlichkeit des animus confitendi beruhe, wirkt nicht wie der Irrthum und begründet keine Anfechtung. Für dasselbe genügt der animus confitendi nach der Richtung hin, vor Gericht das Zugestandene zu erklären, und in dieser Hinsicht ist er durch die gerichtliche Erklärung dokumentirt. Simulation und Scherz schließen vielmehr den Irrthum aus. Von den strengen Erfordernissen des § 263 abzugehen, ist nicht statthaft; Seuffert Anm. 1, Endemann 2, 82; v. Canstein a. a. D. 344. RR. Strudmann-Roch Anm. 1 mit Bezug auf Ob. 47, 333; indeß das preuß. Prozeß- und Civilrecht ist nicht maßgebend dafür, was nach der C. P. als formelle Wahrheit gilt. Anders beim außergerichtlichen Geständnisse, s. Anm. 1.

Entscheidend ist der Irrthum dessen, welcher das Geständniß abgegeben hat, oder abgeben ließ, also des Bevollmächtigten, welcher eine gegebene Information falsch verstand,

oder der Partei, welche irrtümlich falsch instruierte, Petersen Anm. II 2, Seuffert Anm. 2. *NR.* v. Sarwey I, 405. Vgl. dazu Bach I, 564 f. In jedem Falle sind die speziellen Thatfachen anzugeben, welche etwa den Irrthum des Bevollmächtigten zu erregen geeignet waren und erregt haben, und nachzuweisen; die allgemeine Behauptung, daß das Gesändniß auf einem Mißverständnis der Information beruhe, genügt nicht; *RO.* 27. Nov. 1886, *JW.* 1887 S. 12. Identität der Personen (Vertreter, Bevollmächtigten) des Bestehenden und des Widerrufenden wird nicht erfordert, *RO.* II, 406.

Auf einen nach §§ 81, 86 Abs. 2 geschöhenen Widerruf bezieht sich § 263 nicht; Anm. 5 § 261.

### § 264.

Thatfachen, welche bei dem Gericht offenkundig sind,<sup>1)</sup> bedürfen keines Beweises.

**R. 254. N. 463. P. 92. 543.**

1) Ueber die geschichtliche Entwicklung des Begriffes der Notorietät aus dem *CR.* und dem alten deutschen Recht vgl. Weßell § 20. Der § 264 handelt nur von Thatfachen, welche „bei dem Gerichte offenkundig“ sind. Thatfachen, welche der Richter weiß, sind ihm offenkundig und brauchen ihm nicht bewiesen zu werden; Anm. 1 § 255. Sie gelten für ihn als Wahrheit; er ist schon überzeugt und die Beweisregeln kommen hier nicht in Frage; sie „bedürfen keines Beweises“. Die Notorietät ist daher kein Beweismittel, Weßell 185, 188. Mit Rücksicht auf den nach Zeit, Ort, Gesellschafts- und Bildungskreisen wechselnden Umfang, in welchem die Kenntniß von Thatfachen verbreitet ist, sind jedoch für den Prozeß die in großer Allgemeinheit offenkundigen Thatfachen, welche auch beim Gerichte offenkundig sind, solche, welche nur beim Gerichte offenkundig sind und solche, welche nicht beim Gerichte, aber in bestimmten Kreisen und namentlich für die Parteien notorisch sind, zu unterscheiden. Eine allgemeine Offenkundigkeit, „wenn Thatfachen so allgemein wahrgenommen oder widerspruchlos verbreitet sind, daß ein Vernünftiger und Lebenserfahrener sich davon überzeugt erklären kann,“ besteht als unbedingt allgemeine Eigenschaft der Kenntniß von einer Thatfache („nicht: Eigenschaft einer Thatfache“ Stein 147) in der That nicht; bei der Verschiedenheit der Lebenserfahrung selbst in derselben Zeit und an demselben Orte ist die Offenkundigkeit und zwar sowohl für die großen Umrisse eines Thatbestandes als auch hinsichtlich der Einzelheiten, welche ebenfalls notorisch sein können (abw. Stein 148 ff., 161), stets nur eine relative. Der § 264 betrifft sowohl die beim Gerichte und auch sonst in mehr oder weniger großer Allgemeinheit offenkundigen, als auch die nur beim Gerichte offenkundigen Thatfachen. Vgl. auch § 665 Abs. 2 u. Kleineller, Busch 18, 425. Für die erstere Kategorie kommt es für die Berücksichtigung nicht darauf an, ob der Richter die Thatfachen als Richter amtlich erfahren hat. Wodurch der Richter seine Wissenschaft erlangt hat, ist unerheblich; eine Beschränkung auf bestimmte Erkenntnisquellen (*RO.* 29. Okt. 1889, *JW.* 452) als allein zulässige ist nicht vorgeschrieben; andererseits auch eine Verpflichtung zur Erlangung eigener Wissenschaft über Thatfachen nicht auferlegt. Vgl. indeß Anm. 4 § 255 betreffs des Augenscheins. Allgemeine Regeln über das eigene Wissen des Richters sind deshalb weder aufgestellt, noch möglich. Vgl. Stein 138—155; Seuffert Anm. 1. *NR.* unter Ausschließung dessen, was der Richter „als Privatmann“ erfahren hat, Langenbeck, Busch 4, 470 ff., 481; Caupp Anm. I; Pfand I, 445. Zu solchen allgemeinen offenkundigen Thatfachen sind allgemeine Naturbegebenheiten und weltgeschichtliche Ereignisse sowie allgemein anerkannte wissenschaftliche Ansichten (*RO.* 17, 270), zu rechnen; ebenso mit relativer Rücksicht auf Ort, Zeit, Berufs- und Bildungskreise lokale Ereignisse und übliche Vorkommnisse (*RO.* 2, 385: Handelsausancen; *RO.* 19. März 1888, *JW.* 178: Bedingungen der Berliner Fondsbörse) zu rechnen. Die Offenkundigkeit beruht auf der Wahrheitsüberzeugung des Richters; seine Gründe dafür hat er anzugeben, ohne daß es jedoch eines näheren Nachweises dafür bedarf; *RO.* 17. Jan. 1881, *RaffR.* 25, 1018, vgl. Weßell § 20 Rt. 45; seine Erkenntnisquelle braucht er nicht anzugeben, *RO.* 31. Mai u. 7. Juni 1894, *JW.*

398, 399, RaffR. 38, 1136. In Betreff dieser allgemeinen offenkundigen That-  
sachen kann in der Regel angenommen werden, daß sie auch für die Parteien besteht.  
Sofort dies jedoch mit Rücksicht auf die konkreten Verhältnisse zweifelhaft ist, macht das  
Verhandlungsprinzip zur Anwendung gegen eine Partei, (so bei Beurtheilung ihrer Hand-  
lungen und Erklärungen, Widerlegung ihrer Behauptungen zc.) die vorgängige Mittheilung  
anzunehmender Offenkundigkeit behufs desfallsiger Verhandlung notwendig.

Die Notorietät, welche ohne Rücksicht auf allgemeinere Verbreitung für das erkennende  
Gericht besteht (Gerichtskundigkeit), betrifft im Gegensatz zu jener allgemeinen Kategorie  
nur die amtlich dem erkennenden Richter bekannt gewordenen Thatfachen, und ist mit  
Rücksicht auf diese Voraussetzung hierfür die Wissensquelle nicht gleichgültig. Zu berück-  
sichtigen sind als solche nicht Thatfachen, welche außerhalb des erkennenden Gerichts etwa  
für andere Gerichtsabtheilungen gerichtskundig sind. Daraus allein, daß eine Eintragung  
im Handelsregister erfolgt und veröffentlicht ist, folgt noch nicht, daß sie dem erkennenden  
Richter offenkundig ist, R. 13, 369. Vgl. Planck I, 446; Seuffert Anm. 1; Stein 157 ff.  
Ob die Thatfachen nur in ihren allgemeinen Umrissen oder auch in Einzelheiten zu berück-  
sichtigen sind, hängt auch hier davon ab, in welchem Umfange sie dem erkennenden Richter  
amtlich bekannt gemacht und ihm erinnert sind. Daß sie „so allgemeiner Art sind, daß  
sie geeignet wären, offenkundige Thatfachen zu werden“ (so Stein 161), begründet keinen  
Unterschied hinsichtlich der Berücksichtigung; vgl. auch Bierhaus, Busch 19, 193 gegen Stein.  
Dagegen ist auch hier Rücksicht darauf zu nehmen, daß die gerichtskundigen Thatfachen  
nicht immer auch für die Parteien notorisch zu sein brauchen, und deshalb in solchem  
Falle zur Anwendung gegen eine Partei die anzunehmende Gerichtskundigkeit vor der  
Entscheidung nur desfallsigen Verhandlung mitzutheilen ist. Vgl. auch R. O. Str. 13. Febr.  
1894, 3W. 167.

Für jede Annahme einer Notorietät bzw. Gerichtskundigkeit ist entscheidend, daß die  
Thatfachen dem jedesmaligen erkennenden Gerichte offenkundig sind. Der Richter höherer  
Instanz, welcher gleichfalls Recht und Pflicht der Thatfachenprüfung mit Rücksicht auf  
seine Wissenschaft und Ueberzeugung hat, hat nach dieser für sich die Gerichtskundigkeit  
zu bestimmen. Er kann daher andere Thatfachen, welche dem Richter unterer Instanz  
nicht notorisch waren, als gerichtskundig annehmen, und umgekehrt für die diesem notorischen  
Thatfachen Beweis verlangen. Dessen Versicherung der Notorietät kann ihm Beweisgrund  
für seine Ueberzeugung von der Wahrheit sein, wie überhaupt die Thatfache, daß etwas  
früher bzw. Anderen notorisch war, als Beweisgrund überzeugend wirken kann, ohne daß  
der Richter formell daran gebunden ist. Vgl. Busch 4, 494. Das Revisionsgericht ist  
an die Feststellung der Notorietät durch das Berufungsgericht gebunden, soweit diese Fest-  
stellung eine tatsächliche ist, R. O. 31. Mai 1894, RaffR. 38, 1136, was bei einer auf einen  
beschränkten, dem Bereich des Berufungsgerichts angehörenden Kreis von Menschen aus-  
gesprochenen Offenkundigkeit zutrifft, nicht bei allgemein anerkannten wissenschaftlichen Wahr-  
heiten, R. O. 17, 270 ff.; 7. Juni 1894, 3W. 398. Soweit das Revisionsgericht in Betreff  
prozessualer Vorgänge tatsächliche Feststellungen zu treffen hat, § 516 u. Anm. 2 § 524,  
hat es zur Notorietät dieselbe Stellung, wie das Gericht erster Instanz.

Streitig ist, ob bei Kollegialgerichten die Thatfachen jedem der erkennenden Richter  
bekannt sein müssen, oder ob darüber nach OB. § 198 Abs. 1 die Mehrheit zu entscheiden  
hat. Für Letzteres Stein 154, 161; für Ersteres Bierhaus, Busch 19, 190, 192 nebst  
sämmlichen Kommentaren. So naheliegend auch die Folgerung scheint, daß dem er-  
kennenden „Gerichte“ nur offenkundig ist, was alle Mitglieder wissen, so muß man doch  
nach OB. § 198 die Mehrheits-Entscheidung als zulässig und geboten annehmen; ob die  
Boraussetzung des § 264 zutrifft, ist ebensowenig wie irgend eine Frage der Thatfachen-  
würdigung oder der Auslegung oder Anwendung von Gesetzen der Mehrheitsabstimmung  
entzogen, sowie auch eine Thatfache für das „erkennende Gericht“ wahr ist, wenn die Mehr-  
heit dies annimmt.

Der Verhandlungsmaxime entsprechend, kommt die Notorietät nur  
für die von den Parteien behaupteten Thatfachen in Betracht, welche eine

Partei in Ermangelung einer Notorietät beweisen müßte, Anm. 3 § 130; R. O. 29. Okt. 1889, ZM. 452; 8. Mai 1894, ZM. 314; R. Levy, RaffR. 38, 192 ff. Davon ist die Zulässigkeit, allgemeine Erfahrungssätze als Obersätze für die Würdigung der Wahrheit oder Unwahrheit einer Parteibehauptung auch ohne ausdrückliche Behauptung zu benutzen, keine Ausnahme, da diese Denkoporation des Gerichts von der tatsächlichen Würdigung des ihm unterbreiteten Prozeßstoffes nicht zu trennen ist, vgl. R. O. 31. Mai 1894, RaffR. 38, 1136; die gleiche Zulässigkeit hinsichtlich der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte folgt aus Amtsrecht und Amtspflicht, für die gesetzlichen Voraussetzungen von den Parteien die nötigen Nachweise nur zu fordern, wenn jene beweisbedürftig sind: Auch in diesen Fällen ist jedoch, sofern es sich um Geltendmachung einer für die Partei nicht bestehenden Notorietät gegen Partei-Behauptungen handelt, die Unterbreitung zur Verhandlung nötig. Vgl. Stein 86, 164, 165 u. dagegen Bierhaus, Busch 19, 190. — Der Verhandlungsmaxime entsprechend ist die Notorietät nicht entgegenzusetzen den Thatfachen, welche nach § 129 formelle Wahrheit sind, Busch 4, 423, oder über welche die Parteien nach ihren ausdrücklichen Erklärungen einig sind, § 261 und welche wegen Versäumnis (§ 296) als zugestanden gelten, sofern nicht in diesen Beziehungen das Gericht für die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte die Einführung neuen Prozeßstoffes in die Verhandlung und selbständige Prüfung eintreten zu lassen hat. Andere Thatfachen als die von den Parteien vorgebrachten, sind überhaupt nicht Prozeßstoff, also auch nicht notorische, sofern die übereinstimmenden Parteierklärungen denselben widersprechen. Die Bestimmung des § 261 hat daher zufolge der Verhandlungsmaxime allerdings den Vorzug vor der des § 264, wenigstens der gesetzliche Ausdruck in beiden der gleiche ist. Die Frage, ob eine Thatfache des Beweises bedürftig ist, entsteht (gegen Stein 167) für das Gericht erst gar nicht, wenn demselben ein Streit darüber nicht unterbreitet wird. Kollisionen zwischen Zugestandenem bzw. Unstreitigem und notorisch Falschem können durch Anwendung des Fragerechts erledigt werden; die Praxis hat in dieser Beziehung keine Rückschreiten ergeben. Ebenso Gaupp Anm. III § 261; Hellmann Lehrb. § 297; Langenbed, Busch 4, 493; Weismann Hauptinter. 128; R. Levy, RaffR. 38, 193. RR. v. Canstein 304; Köhler, RaffR. 31, 3; Mandl 1, 447; Pollack 88; Stein 167 ff.; Trutter prozess. Rechtsgefes 368, 371.

Ob eine Thatfache beim Gerichte oder sonst offenkundig sei, oder nicht, ist selbst eine Thatfrage, welche streitig und des Beweises bedürftig werden kann, nicht nur, wenn es sich um Thatfachen handelt, welche eine Partei für notorisch hält, das Gericht aber nicht kennt (in welchem Falle § 264 überhaupt nicht anwendbar ist), sondern auch, wenn das Gericht (mit einer der Parteien) eine Notorietät annimmt, welche die andere Partei nicht kennt oder für ihre Rechte und Verhältnisse nicht anwendbar und nicht vorhanden erachtet. Mit Rücksicht auf die oben hervorgehobene Relativität der Notorietät kann sowohl im ersteren Falle der Beweis für die Notorietät (als für die Auslegung von Handlungen und Erklärungen der Parteien und ihr Verhältnis unter einander maßgebend, unter Umständen auch als Indiz für die Wahrheit einer Thatfache) zulässig und notwendig werden, als auch im letzteren Falle ein angetretener Gegenbeweis zu berücksichtigen sein. Ein solcher Gegenbeweis kann, da auch das Gericht nicht über Irrthümer und Korrektur seiner Uebersetzung erhaben ist, nur aus gleichem Grunde, wie sonst Anm. 1 § 259, abgelehnt werden, wenn das Gericht die Erwirkung einer anderen Uebersetzung durch den angebotenen Beweis für unmöglich hält; Stein 168 ff. Vgl. R. O. 2, 383.

Auch im Urkundenprozeße gilt § 264; die für ihn vorgeschriebenen Modifikationen der Beweisführung kommen nicht in Betracht, wo es „keines Beweises bedarf“: R. O. 3. Juni 1882, ZM. 157.

### § 265.

Das in einem anderen Staate<sup>1)</sup> geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten<sup>2)</sup> bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind.<sup>3)</sup> Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere

Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.<sup>4)</sup>

R. 255. N. 464. P. 92. 543.

1) Das im eigenen Staate geltende Recht — außer den besonders hervor-gehobenen Gewohnheitsrechten und Statuten — muß der Richter kennen; es bedarf schon aus diesem Grunde keines Beweises. Dies ist per arg. e contr. im ersten Satze: „in einem andern Staate“ ausgedrückt. Vgl. auch DVL. 56, 50; RDZ. 10, 228; 25, 57. Für das Prozeßgericht ist derjenige Staat, für welchen er Recht zu sprechen hat, der eigene. In welchen Bezirken des eigenen Staats das inländische Recht gilt, ob in dem des erlernenden Richters oder in irgend einem andern, ist für jene Amtspflicht gleichgültig. Jedes preussische Gericht muß also, außer dem Reichsrecht, den *code civil* und das *AR.* sowie das gemeine Recht kennen, auch wenn es in seinem Bezirke nicht gilt; Endemann 2, 84; Petersen Anm. 2; Gaupp Anm. I. Die Wissensquelle des Richters für die Rechtsfrage ist unerheblich; die Verhandlungsmaxime, welche nur die Thatfachen betrifft, hat unstreitig für Rechtsfrage keine Bedeutung.

Wenn ein Gerichtsbezirk aus Gebieten mehrerer Staaten besteht, so bedürfen die in diesen Staaten geltenden Rechte keines Beweises; sie sind für das Gericht nicht „andere“ Staaten. Für den Berufsrichter ist das innerhalb des Bezirks des Berufungsgerichts geltende Recht kein Recht in einem „andern Staate“; dasselbe gilt für das Reichsgericht von dem Recht im gesammten Deutschen Reiche, Rot. 212.

2) Dagegen braucht der Richter nach § 265 nicht auch die im eigenen Staate oder Gerichtsbezirke geltenden Gewohnheitsrechte und Statuten zu kennen. Zu den Gewohnheitsrechten sind insbesondere auch das Handelsgewohnheitsrecht („Handelsgebräuche“ des Art. 1 *GOB.* gegenüber der Handelsgeschäftsablichkeit, den „Gewohnheiten und Gebräuchen“ des Art. 279 *GOB.*, vgl. RDZ. 6, 368; 16, 36) einbegriffen. Vgl. *OB.* § 118; *RO.* 2, 303; 10, 93; 23, 99. Unter den „Statuten“ sind nur objektive Rechtsnormen, wovon im § 265 allein die Rede ist, zu verstehen; und zwar nicht allgemeines s. g. statutarisches Recht, soweit es Gesetz bzw. unter dem hier gleichgestellten Gewohnheitsrecht einbegriffen ist, sondern die für einzelne Interessentkreise zulässigen privatautonomen Festsetzungen.

3) Soweit nach Anm. 1, 2 der Richter das anzuwendende objektive Recht nicht vermöge seiner Amtspflicht zu kennen braucht, ist der Beweis, dessen dasselbe bedarf, nicht nach den für Parteibehauptungen geltenden prozessualischen Regeln des Beweisverfahrens, der Beweismittel und der Beweiskraft zu führen und zu beurtheilen. Er folgt vielmehr mit Rücksicht auf die Beurtheilungspflicht des Richters, § 272, anderen Grundsätzen, wie auch der zweite Satz des § 265 voraussetzt und vorschreibt. Das RDZ. 25, 53 ff. stellte darüber in Uebereinstimmung mit der herrschenden Theorie (vgl. *Weyll* 527 ff., 178, 179) folgende Prinzipien auf, welche nach den allgemeinen Grundsätzen und nach §§ 265, 272 auch für die *OP.* maßgebend bleiben: Begrifflich ist es amtliche Aufgabe des zur Entscheidung berufenen, zum Urtheilen verpflichteten Richters, in Bezug auf jedes maßgebende Rechtsverhältnis zu untersuchen, von welchen objektiven Rechtsnormen dasselbe rücksichtlich des örtlichen Gebiets beherrscht wird. Ist dafür fremdes Recht entscheidend, so ist dies anzuwenden. Zur Vermittlung seiner mangelnden Kenntniß vom fremden Rechte ist bestimmend, daß das objektive Recht, der Obersatz des richterlichen Urtheilsschlusses, nicht selbst eine Thatfache, sondern die feststehende vorausgesetzte Norm ist, unter welche die in Rede stehenden tatsächlichen Vorgänge als Unteratz zu subsumiren sind. Auf das objektive Recht, also auch auf das fremde bzw. unbekante finden mithin „die Regeln des civil-prozessualischen Beweises, die aus dem prozessualischen Dispositionswort der Parteien entfließenden Prozeßnormen und die Konsequenzen der Eventualmaxime keine Anwendung. Es ist daher der durch diese Regeln und Konsequenzen in Bezug auf die Rechtsfindung nicht beschränkte Richter jedenfalls befugt, sich die Kenntniß des fremden Rechts zu jeder Zeit selbstthätig zu beschaffen. Je höher der Richter die Ehrenpflichten seines Berufs erfährt, desto energischer wird er jene Befugniß betheiligen. Eine absolute Amtspflicht da-

gegen besteht für ihn in dieser Beziehung begrifflich nicht. Nur das Recht des Inlandes muß der Richter von Amtswegen kennen. In der Unterlassung der selbstthätigen Ermittlung des ausländischen Rechts könnte eine Nichtigkeit" (mit Bezug auf die CP. wird man sagen müssen: Rechtsverletzung) „nur in einem Prozeßgefesysteme liegen, welches jene Ermittlung positiv als richterliche Amtspflicht vorschrieb und die Unterlassung der Bethätigung dieser Pflicht als Nichtigkeitsgrund" (Rechtsverletzung) „figirte". S. 57 a. a. D. Letzteres ist in der CP. nicht geschehen. Vgl. R. O. 1. Dez. 1885, JW. 1886 S. 11. Der § 265 unterstellt die in andern Staaten geltenden Rechte, Gewohnheitsrechte und Statuten dem „Beweise" und prozeßualisch kann man darnach (mit R. O. 21. 177 für Statuten) von einer Beweislast der Parteien sprechen. Aber mit Recht betont das R. O., daß eine solche Beweislast nicht allein entscheidend ist, sondern die Ausübung der im zweiten Satz des § 265 erklärten Befugniß des Richters zur eigenen Forschung zugleich Amtspflicht ist, R. O. 21. 177; 30. 366; 5. Mai 1891, JW. 331, SA. 47. 1; Neubauer, Bl. f. R. 3. 65. Vgl. Stein, S. 179.

4) Für das Verhältnis der Parteien und die Wahl der Quellen folgte das R. O. a. a. D.:

„Selbstverständlich kann der Richter sich der Parteien als seiner Gehülfen bei Beschaffung der Grundlagen seiner Ueberzeugung von dem Inhalte des fremden Rechts bedienen. Eine Partei . . . kann faktisch in die Lage kommen, die im praktischen Ergebnisse der Stellung einer Prozeßpartei gleicht, welche für eine Thatsache im prozeßualen Sinne beweispflichtig ist; in ihrer Weisheit sind indessen beide Fälle grundverschieden. In Bezug auf die Wahl der Quellen . . . ist die Entschleßung des Richters begrifflich nur von den subjektiven Faktoren seiner Begabung, Bildung und Gewissenhaftigkeit abhängig. Er darf seine Ueberzeugung nicht etwa nur aus beglaubigten Gesetzesworten oder eingeforderten Gutachten von Behörden des betreffenden Auslandes bzw. von bewährten Kennern des dortigen Rechts oder aus Präjudizensammlungen oder wissenschaftlichen Werken schöpfen, sondern auch, (wenngleich das fremde Recht keine Thatsache im prozeßualen Sinne ist und das Parteivorbringen in Bezug auf dasselbe nirgendwie einer aus der prozeßualen Parteiposition oder Versäumnis entstehenden Konsequenz unterliegt, weswegen eine Beweisführung über den Inhalt des fremden Rechts durch Eideszuschreibung oder eine eigentliche prozeßuale Feststellung desselben durch Geständnis nicht stattfindet) aus den Erklärungen oder einem ihm anzeigend erscheinenden Verhalten der Parteien." S. 57—59 a. a. D. — Gemäß den Schlüssen des § 265 ist dies auch für die CP. als maßgebend zu erachten; eine Auflage an die Parteien zum Vorbringen von Nachweisen ist nur die Aufforderung zur Unterstützung der Officialthätigkeit des Gerichts; R. O. 21. 175; 12. Nov. 1889, JW. 479. Das Gewohnheitsrecht, welches als Urtheil durch Induktion aus einer Mehrheit von Beobachtungsfällen das als Rechtsübung Gebräuchliche feststellt, ist abgesehen von amtlichen Befistätigungen durch sachverständige Zeugen zu beweisen und es genügt die Benennung solcher und die Bezeichnung des behaupteten Gewohnheitsrechts; dann sind solche Zeugen über alle, zur Feststellung eines Gewohnheitsrechts gehörigen Erfordernisse (vgl. R. O. 12. 292; 26. 320; 14. Okt. 1886, Raff. R. 31. 887, JW. 357) zu befragen, ohne Rücksicht, ob die Partei diese Erfordernisse spezialfirt angegeben hat; R. O. 30. 366; 12. Nov. 1889, JW. 479; 5. Mai 1891, JW. 331; vgl. Stein 180 ff. — Andererseits ist das Gericht, welches das ausländische Recht zu kennen überzeugt ist, nicht verbunden, einen darüber angetretenen Beweis zu erheben R. O. 3. 150; 10. 172. Nach der an das Kammergericht erlassenen Verfügung des preuß. Justizministers v. 7. Mai 1885 sollen die Gerichte, wenn sie von ausländischen Behörden eine allgemeine Auskunft, insbesondere über ausländisches Recht haben wollen, die Vermittelung des Justizministers in Anspruch nehmen. Wegen der Feststellung des belgischen Rechts vgl. JWBl. 1882 S. 28. Ein Gutachten über geltendes Recht abzugeben, sind die preußischen Gerichte im Allgemeinen nicht verpflichtet; solche Gutachten sind auch (gegen Neubauer Bl. f. R. 3. 654) nicht Akte der Justizverwaltung und zu deren Kompetenz nicht gehörig. Ihrer Zuständigkeit unterliegt nur die Funktionsbestimmung bzw. die besafsigte Ermächtigung für die richterlichen Beamten. Demgemäß



ist durch preuß. Just.-Min.-Berf. v. 17. Okt. 1891, *JMBL.* S. 264 bestimmt, daß unter den für ausländische Behörden bestimmten inländischen Urkunden die zum Bedürfnis gewordene Bescheinigung, daß die Urkunde den am Orte ihrer Errichtung geltenden Gesetzen entspricht, von den Landgerichts-Präsidenten auszustellen ist; vgl. früher. Instrukt. v. 22. März 1833, *Jahrb.* Bd. 41 S. 220. Das Ersuchen um ein Gutachten über geltendes Recht, ist auch (gegen Kleinfeller, *Buch* 18, 425) nicht ein nach *OB.* §§ 157 ff. erzwingbares Ersuchen um Rechtshilfe, da ein solches nach den, den § 157 ergänzenden §§ 158, 159 nur vorzunehmende Amtshandlungen betrifft. Das Gericht, welches ein Gutachten über fremdes Recht verlangt, wird es nur von Rechtsverständigen zu erfordern haben, sofern nicht, wie im vorerwähnten Falle, Gerichte oder Richter zu deren Ertheilung ermächtigt sind.

### § 266.

Wer eine tatsächliche Behauptung glaubhaft<sup>1)</sup> zu machen hat,<sup>2)</sup> kann sich aller Beweismittel, mit Ausnahme der Eideszuschreibung, bedienen, auch zur eiblichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden.<sup>3)</sup>

Eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort<sup>4)</sup> erfolgen kann, ist unstatthaft.

R. 266. N. 334. P. 543.

1) Die *CP.* erfordert „namentlich in Fällen, in denen durch die beantragte Entscheidung den Rechten des Gegners nicht definitiv präjudiziert wird“, *Rot.* 214, indeß auch in manchen anderen Fällen, statt des Beweises die Glaubhaftmachung einer tatsächlichen Behauptung. Sie ist (gegen die *Rot.* 214, 215) nicht mit der „Bescheinigung“ zu identifizieren. Vgl. auch schon preuß. *Subh.-D.* 15. März 1869 §§ 6, 14, 35, 36 und *Tadel*, *Subh.-D.* *Ann.* 2 § 36; preuß. *Gef.* 5. Mai 1872 § 70 und *DBL.* 70, 265, 267. Wenn Beides gleichbedeutend sein sollte, wäre kein Grund vorhanden, das in älteren und neueren Prozeßgesetzgebungen gebräuchliche, juristisch-technische Erforderniß der Bescheinigung fallen zu lassen und dafür den im Gesetze nicht erläuterten Ausdruck der „Glaubhaftmachung“ anzunehmen. Man kann ihn daher nur nach seiner sprachlichen und begrifflichen Bedeutung auffassen. Bescheinigung und Glaubhaftmachung sind hinsichtlich des Für-wahr-nehmens nicht nur dem Grade, sondern selbst der Art nach verschieden. Die Bescheinigung erfordert eine objektive sachliche Begründung, selbst wenn dazu die s. g. innere Wahrscheinlichkeit mit hineingezogen wird. Was dem Richter glaubhaft gemacht werden kann, ist so verschieden, wie die Subjektivität selbst. Es kann selbst das Unwahrscheinliche umfassen, aber auch für den Hartgläubigen selbst das Wahrscheinliche ausschließen. Gründe dafür anzugeben, ist nicht nöthig und wie beim „Glauben“ überhaupt, oft nicht möglich. Der Richtung der *CP.* entsprechend ist dies daher lediglich dem richterlichen Ermessen überlassen; es genügt die Erklärung des Gerichts: ihm sei glaubhaft gemacht. Der zweite Satz des *Abf.* 1 § 259 ist hierfür nicht anwendbar. Die *Notive* 214, 215 bemerken auch ganz richtig: „Einer Beweisaufnahme (zur Glaubhaftmachung) bedarf es nicht, wenn die Behauptung nach den Umständen des Falles als glaubhaft anzunehmen ist.“ Vgl. *RO.* *Str.* 5, 262; *RO.* 17. Dez. 1892, *JMB.* 1893 S. 58; 1. Nov. 1893, *JMB.* 541; 27. Nov. 1893, *JMB.* 1894 S. 55. Dagegen ist es allerdings Voraussetzung, daß Seltens des Richters irgend eine Prüfung der Umstände des Falles stattfinde; *RO.* *Str.* 5, 323. Falls dagegen das Gericht die tatsächliche Behauptung nicht glaubhaft findet, ist es Sache der Partei, den Glauben herbeizuführen. Dafür sind nicht bloß die in der *CP.* speziell behandelten Beweismittel, sondern alle Mittel zulässig, welche auf die Ueberzeugung wirken können, auch „Bescheinigungen“ der verschiedensten Art (vgl. *RO.* *Str.* 5, 262; 29. März 1884, *Ballm.* 9, 765; eidesstattliche Versicherung dritter Personen, *RO.* *Str.* 7, 288 f., 10, 414 (Pl.), 23, 171; auch solche, welche das Gericht selbst von einem gestellten Zeugen entgegennimmt, *RO.* *Str.* 20, 241; jedoch mit den Beschränkungen, daß eine Eideszuschreibung nicht stattfinden soll und daß eine Beweisaufnahme, welche nicht sofort erfolgen kann (vgl. *Ann.* 4) unstatthaft ist. Daher genügt nicht die Berufung auf eine erst noch zu erfordernde Auskunft einer Behörde, *RO.* 23. Jan. 1893, *JMB.* 156. Ob das Gericht gestellte Zeugen beidigen oder solche nicht vernehmen

will, wenn es ihnen keinen Glauben beimißt, ist dem Ermessen des Gerichts überlassen; andererseits kann in Folge der Nothwendigkeit, zur Glaubhaftmachung Zeugen zu stellen, aus der Bestellung und der Zahlung von Reisekosten an dieselben kein Grund zur Bemängelung ihrer Glaubhaftigkeit entnommen werden, *R. O.* 30, 376. Wo außerhalb der prozessualischen Anwendung der *CP.* das bürgerliche Recht oder die Reichsgesetze (*GOB.* Art. 310, *BD.* Art. 46) eine Beschetnigung als Bedingung zur Ausübung von Rechten verlangen, ist nach Obigem auch jetzt noch dieser Begriff von dem des Glaubhaftmachens getrennt zu halten; v. Sarwey I, 408; Kleiner 2, 131. *MR.* Petersen Anm. 1. Der Begriff der Beschetnigung ist nicht ein lediglich prozessualer, sondern für Erfordernisse des materiellen Rechts ebenso eine Vorbedingung civilrechtlicher Befugnisse, wie die Formen von Rechtsgeschäften, vgl. Anm. 6 § 255; und ist ohne Rücksicht darauf, daß ihn die *CP.* nicht kennt, nach seiner bisherigen sprachüblichen Bedeutung zu verstehen. Er ist deshalb nicht bloß (*Saupp* Anm. II) für die Reichsgesetze (*GOB.* Art. 310) nach *GO.* § 13 *Abf.* 1 als aufrecht erhalten anzusehen, sondern als materiell-rechtlich durch die *CP.* und durch *GO.* § 14 *Rr.* 2 nicht aufgehoben, soweit er landesgesetzlich als Voraussetzung eines Rechts (vgl. § 541 I 20 *RR.*) gilt; *R. O.* 12. Mai 1882, *Raff. R.* 30, 1128. Auch da, wo nach § 757 die landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in unbewegliches Vermögen maßgebend sind, ist der Unterschied zu beachten, wie z. B. im § 6 der vormaligen preuß. *Subh. O.* 15. März 1869 beide Begriffe für verschiedene Erfordernisse neben einander vorkamen. Ueber die gemeinrechtliche Beschetnigung s. *Weyell* § 29; *Renaud* § 102.

2) Die Fälle, in welchen Glaubhaftmachung erfordert wird, sind in den §§ 44, 68, 99, 202, 214, 247, 271, 319, 332, 351, 371, 389, 395, 397, 400, 406, 422, 432, 449, 454, 455, 490, 491, 508, 552, 647, 650, 651, 657, 688, 690, 703, 710, 711, 784, 795, 800, 808, 815, 840, 858, 869 angegeben. Vgl. auch *GO.* § 35 *Rr.* 6, *RD.* §§ 97, 141, 173, 174, 176, 194, 195, 205.

3) Das Erbieten zum Eide ist in den Fällen der §§ 44 *Abf.* 2, 371 *Abf.* 3 u. § 508 nicht statthaft. — Eine besondere Bestimmung über die Mittel enthält noch § 351 *Abf.* 2. Ist eine Partei behufs der Glaubhaftmachung zur eidlichen Versicherung zugelassen, so sind die Folgen der Leistung oder Weigerung dieselben wie für den Beweis Eid. Der Eid ist ein richterlicher Eid, §§ 437—439. Inbeß ist die Vorschrift des § 439 *Abf.* 3, daß ein richterlicher Eid nur durch bedingtes Urtheil aufzuerlegen ist, hier durch die Voraussetzung einer sofortigen Beweisaufnahme nach § 266 *Abf.* 2 modifizirt. Auch für die Anwendung des § 430 ist kein Raum, *Saupp* Anm. I. Wird der Eid nicht sofort geleistet, so ist nicht glaubhaft gemacht. Eine bloße eidestattliche Versicherung der Partei ist zur Glaubhaftmachung nicht ausreichend; *Kleinfeller*, *Art. Viert.* 35, 533 ff. Vgl. Anm. § 443. — Wer nach der *CP.* glaubhaft zu machen hat, ist auch an die Beschränkungen der Glaubhaftmachung gebunden und kann nicht vollen Beweis anbieten, um zur Eideszuschlebung oder zur Befreiung des *Abf.* 2 zu gelangen. Auch der Gegner kann zur Befreiung der Glaubhaftmachung sich der Eideszuschlebung nicht bedienen, *R. O.* 30, 414; *Seuffert* Anm. 1

4) „Sofort“ — es soll keine Zeugenladung nöthig sein; Zeugen, auf welche Bezug genommen wird, müssen gestellt sein, *Not.* 214. Abwesende Parteien sind nicht zur eidlichen Versicherung zugelassen. Auch das Verlangen der Urkunden-Edition ist ausgeschlossen, ebenso die Abhörnung eines Zeugen oder Sachverständigen durch Ersuchen eines anderen Gerichts, *R. O.* 10, 322, 14, 436.

Ist auf ein schriftliches Gesuch ohne mB. zu entscheiden, so kann das Gericht, namentlich wenn der Antragsteller sich dazu erboten hat, die Bestellung der Zeugen in einem zur mB. anzuberaumenden Termin anordnen und nach Vernehmung derselben die Entscheidung erlassen. — Außergerichtliche Zeugenaussagen (eidestattliche Versicherungen) sind als Mittel der Glaubhaftmachung begrifflich nicht ausgeschlossen, vgl. Anm. 1.

### § 267.

Die Verletzung einer das Verfahren und insbesondere die Form einer Prozeßhandlung betreffenden Vorschrift<sup>1)</sup> kann nicht mehr gerügt werden,<sup>2)</sup> wenn die

Partei auf die Befolgung der Vorschrift verzichtet,<sup>3)</sup> oder wenn sie bei der nächsten mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des betreffenden Verfahrens stattgefunden hat oder in welcher auf dasselbe Bezug genommen ist, den Mangel nicht gerügt hat, obgleich sie erschienen und ihr der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte.<sup>4)</sup>

Die vorstehende Bestimmung kommt nicht zur Anwendung, wenn Vorschriften verlegt sind, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.<sup>5)</sup>

R. 257. N. 340. P. 92. 543.

1) Zu § 267 vgl. Goldwring, Buzsch 9, 84 ff., Reffel, Raffr. 30, 91 ff., 177 ff.; Fitting, Buzsch 11, 1 ff. (dazu Peterfen, Buzsch 1, 70 ff.); Geilbut, civA. 69, 331 ff.; Pfizer, Raffr. 51, 10 ff.). Als Versuch einer systematischen Lösung ist besonders die Abhandlung von Fitting zu beachten. Derselbe beschränkt die Anwendung des § 267 auf Verfahrensmängel, welche er von materiellen Mängeln (die sachliche Rechtfertigung oder Bekämpfung der erhobenen Ansprüche und die sachliche Behandlung und Entscheidung des Prozeßstoffes Seitens des Gerichts betr.) und von Voraussetzungsängeln (Vorbedingungen für die Gültigkeit und Wirksamkeit des prozeßualischen Verfahrens) unterscheidet. Für Beseitigung materieller Mängel wird auf §§ 251, 256, 491, 493 verwiesen; zu denselben werden auch Verstöße gegen die Vorschriften über die Form der Aufertlegung eines Eides, gegen die Beschränkungen der Eideszuschlebung u. s. w. in §§ 410, 413, 414, gegen die Bestimmungen über Bereidigung von Zeugen und Sachverständigen gerechnet (a. a. D. 7 Anm. 5). Als Voraussetzungsängel Seitens des Gerichts werden bezeichnet: Behinderung einer Gerichtsperson zufolge Ausschließung oder Ablehnung, Mangel der gehörigen Besetzung oder Zuständigkeit; Verstoß gegen die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens; ferner auf Seiten der Parteien: Mangel der Prozeßfähigkeit, der gesetzlichen Vertretung, der Ermächtigung zur Prozeßführung, der schuldigen Sicherleistung, der schuldigen Kostenersatzung, auch anderweitige Rechtsabhängigkeit der Streitfache. Die Nichtigkeit dieser Theorie muß hier dahin gestellt bleiben. Reffel a. a. D. sucht die Fragen, insbesondere die Abgrenzung der verzichtbaren und nicht verzichtbaren Vorschriften im Anschluß an die Abhandlung von Bülow über dispositives Civilprozeßrecht (civA. 64, 1 ff.), entsprechend der Unterscheidung von dispositivem und absolutem Prozeßrecht zu lösen. Die Rot. 215 bemerken: es müsse der Wissenschaft überlassen bleiben, welche Vorschriften unter die Bestimmung des § 267 fallen; es solle indessen bemerkt werden, „daß unter Prozeßhandlungen insbesondere diejenigen Akte zu verstehen sind, welche auf Betreiben einer Partei von nichtrichterlichen Beamten, z. B. Gerichtsvollziehern, vorgenommen werden, z. B. Ladungen, Zustellungen, und daß auf die Befolgung aller diese Akte betreffenden Vorschriften von den Parteien wirksam verzichtet werden kann“, vgl. Anm. 1 u. 6 § 156, R. 9, 430 (Mängel der beglaubigten Abschrift im Urkundenprozeß); R. 20. April 1883, Wallm. 8, 526 (Zustellung an einen nicht legitimirten Bevollmächtigten); R. 12. Nov. 1884, JW. 1885 S. 6 (unwirksame Klagezustellung); R. 14, 340 (unrichtige Ersatzzustellung), R. 15. März 1887, JW. 188 (unstatthafte Vorladung im rheinischen Heilungsverfahren statt besonderer Klage); R. 23. Sept. 1893, JW. 500 (unterlassene Ladung eines Nebenintervenienten). Vgl. indeß nachst. Anm. 5.

Zu den Prozeßhandlungen gehören überhaupt nicht die Verhandlungen der Partei mit ihrem Vertreter, dagegen alle Akte des Verkehrs der Parteien und ihrer Vertreter unter einander; oder einer oder beider Parteien sowie ihrer Vertreter mit dem Gerichte, insbesondere auch soweit die Vermittelung dieses Verkehrs durch nichtrichterliche Beamte, Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Boten in Betracht kommt. Demgemäß fallen unter § 267 auch alle Akte der Gerichtsvollzieher und Gerichtsschreiber, welche nicht auf Betreiben einer Partei erfolgen. Auch die Akte des Gerichts sind durch die „das Verfahren betreffenden“ Vorschriften einbegriffen, soweit nicht der Inhalt gerichtlicher Verfügungen in Frage kommt; mithin namentlich Nichtbeachtung der Fristen, formwidrige Beweisaufnahme u. s. w.;

demnach auch die Form der Entscheidung über die Auferlegung eines Parteidebes, wenn das Gericht denselben durch Beweisbeschluß, statt durch bedingtes Urtheil (§§ 425, 426) auferlegt; **R. 3**, 365; 12. Mat 1886, **Raff. R.** 30, 1128; 24. Sept. 1891, **ZB.** 469; 13. Okt. 1891, **Raff. R.** 37, 385, **ZB.** 527, **SA.** 47, 238; 14. Nov. 1893, **ZB.** 1894 S. 13; 17. März 1894, **ZB.** 197; **DZ.** Jena, **Seuff.** 40, 367; vgl. dagegen **Caupp Anm.** II Nr. 5; Ladung zur m.B. von Amtswegen statt auf Parteitreiben; **R. 30**. April 1889, **ZB.** 235; die Unterlassung und die Form der Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen; **R. 17**, 380; 27. Nov. 1886, **SA.** 42, 229; 15. April 1891, **SA.** 47, 238, **Raff. R.** 36, 716; 25. Jan., 4. Febr. 1892, **ZB.** 158, 160 (**aM.** **Fitting a. a. O.** vgl. oben); Nichtanwendung des Zeugnißzwangs, **R. 10**. Jan. 1894, **ZB.** 82; die Reihenfolge der Beweisaufnahme und der m.B., **R. 14**, 385; die Konstatirung im Protokoll, daß dasselbe zur Durchsicht vorgelegt, oder vorgelesen und die Genehmigung erfolgt ist (§ 148), sowie überhaupt die, durch **Abf. 2** nicht betroffenen, Prozeßverletzungen bei Beweiserhebungen, **R. 25**. Jan. 1893, **ZB.** 135 und in Ehefachen, **R. 12**, 436; Verhandlungen während der Dauer der Unterbrechung des Verfahrens, **R. 10**, 69. Vgl. **PE.** § 292 und **Not.** dazu, **R.** § 340; **E.** § 257 und **nochd.** **Prot.** 1, 316.

2) Die Wirkung des Verzichts sowie der Unterlassung zeitiger Rüge ist die Präklusion der Rüge; und zwar für alle Wirkungen, welche im Falle der Rüge sonst eingetreten wären. Die Präklusion ist eine definitive, für alle ferneren Instanzen geltende; §§ 492, 521. Eines Antrags auf Präklusion bedarf es nicht, § 209. Die Ausschließung der Rüge ist nicht nur gegen die gegnerische Partei gerichtet, sondern auch gegen das Gericht; Niemand darf unter den Voraussetzungen des **Abf. 1** mehr rügen; **Forb.** 4 vor § 230. Hinsichtlich dieser Wirkung sind die beiden alternativen Voraussetzungen (**Anm.** 3, 4) einander gleichgestellt. Eine Fiktion stillschweigenden Verzichts (so **Stramm-Roch Anm.** 3) ist die Verfümmung der Rüge nicht; auf den Verzichtswillen kommt nichts an; nur die Gleichstellung der Wirkung ist vorgeschrieben. Vgl. **Sälow**, **civ. R.** 62, 6 ff. läßt sich der Rüge, welcher die Unzulässigkeit der Zuziehung eines Anderen als Partei gerügt hat, in die Verhandlung mit demselben ein, so ist dies als Widerruf der Rüge anzusehen, **R. 33**, 372.

3) Eine Form für den Verzicht ist nicht vorgeschrieben, also nicht nötig. Indes ist daraus, daß die Unterlassung der Rüge nur unter den im **Abf. 1** angegebenen Voraussetzungen dem Verzichte gleichgestellt ist, zu schließen, daß diese Unterlassung allein sonst nicht als konkludenter f. g. stillschweigender Verzicht anzusehen ist. Eine Annahme des Verzichts seitens des Gegners ist nicht nötig, weil im Gesetze nicht verlangt. Der Verzicht schließt eine spätere Rüge aus, **R. 29**. Febr. 1892, **ZB.** 235 (betr. Zeugenvereidigung § 356 **Abf. 2**). Ueber den Fall, wenn die Nichtvereidigung eines Zeugen auf Gerichtsbeschluß beruht, vgl. **Anm.** 6 § 356.

4) Die Unterlassung der Rüge wirkt nur unter den Voraussetzungen, daß

a) bei der nächsten m.B. die Rüge unterlassen ist, — die Unterlassung in Schriftsätzen oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ist daher unwesentlich. Der Ausdruck „nächste m.B.“ erfordert nicht, daß zu derselben ein besonderer Termin angelegt werde, vielmehr ist auch die an eine Beweisaufnahme sich unmittelbar anschließende m.B. die nächste, in welcher Verletzungen des Beweisaufnahmeverfahrens gerügt werden müssen, **R. 12**, 436; 10. März 1884, **Raff. R.** 28, 1141; 16. April 1894, **ZB.** 314 Nr. 5; vgl. jedoch **R. 15**. April 1891, **ZB.** 307 S. 10; im Falle der Auferlegung eines Parteidebes durch Beweisbeschluß statt durch Urtheil (vgl. **Anm.** 1) ist eine Rüge präkludirt, welche nicht in der nächsten Verhandlung und zwar vor der Abnahme des Eides erklärt ist, **R. 13**. Okt. 1891, **Raff. R.** 37, 385, **ZB.** 527. Ist die Rüge einmal rechtmäßig erklärt, so braucht sie in einer weiteren oder Schlußverhandlung nicht wiederholt zu werden; **R. 33**, 372;

b) daß dabei nur eine solche m.B. maßgebend ist, in welcher die Partei, welche präkludirt werden soll, erschienen ist, vgl. **Not.** zum **PE.** S. 61; beim Ausbleiben im Termine (§§ 296, 300) erfolgt also keine Präklusion; dem Ausbleiben steht Nichtverhandeln gleich, § 298, **Anm.** 4 § 300;

c) daß der Partei der Mangel bekannt war oder bekannt sein mußte, d. h. durch eignes Verschulden (vgl. Anm. 3 § 210) ihr unbekannt geblieben ist.

Die Rüge kann durch Rechtsmittel geltend gemacht werden, wenn vorher dazu keine Gelegenheit war.

b) **Abf. 2.** Eine Ausschließung der Rüge findet ungeachtet der Voraussetzungen des **Abf. 1** nicht statt bei Verletzung solcher Vorschriften, „auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann.“ Wodurch die Unzulässigkeit eines wirksamen Partei-Verzichts bestimmt wird, ist nicht allgemein gesagt. Die **Not. 215** sind hierüber dürftig, s. **Anm. 1**. Der vorbildliche § 292 des **PE.** formulirte (für seine „gerichtlichen Prozeßhandlungen“ s. **Anm. 1**) die Ausnahme dahin: „wenn die verletzte Vorschrift im öffentlichen Interesse sich gründet und deshalb ein Verzicht auf ihre Befolgung unzulässig ist“, **Not. S. 61** dazu. Die Wahrung des öffentlichen Rechts und Interesses bestimmt in der That rationell nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Grenze, wieweit die Privatwillkür mit der Wirkung verfügen kann, daß das Gericht oder die Partei selbst daran gebunden ist. Auch die einzelnen Vorschriften, in welchen die Vereinbarung der Parteien für unwirksam erklärt ist, gründeten sich hierauf. Ein wirksamer Verzicht ist daher nicht zulässig für die Fundamentalgrundsätze des Prozeßverfahrens: Mündlichkeit des Verfahrens nebst dem vorgeschriebenen Verhältnis zur Schriftlichkeit, Klagenverbindung, Beweisverbindung, Beweismäßigkeit, Befolgung der Gerichte, Anwaltszwang, Oeffentlichkeit u. s. w. und die Konsequenzen aus diesen Grundsätzen; ferner für alle von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte. Insbesondere sind dadurch die §§ 40, 50 ff., 54, 74 ff., 84, 119 ff., 202 **Abf. 1**, 211—214, 232, 288 **Abf. 1**, 304 ff., 306, 477, 499, 500, 514, 519, 537, 552, 555, 556, 582, 835, 870 betroffen. Vgl. **Vorb. 4** vor § 230; **RO. 5**, 166, 352; 22, 393. Auf die Wahrung von Fristen kann demnach nur verzichtet werden, soweit dabei Vereinbarung zulässig ist; mithin nicht hinsichtlich der **Notzfristen**. Das Gericht, welches von Amtswegen zu prüfen hat, ob Rechtsmittel, Einspruch u. s. w. „in der gesetzlichen Form und Frist“ eingelegt sind, hat sonach festzustellen, ob der Akt, durch welchen die Einlegung erfolgt und die Frist gewahrt sein soll, dazu gesetzlich formell geeignet ist. Die Form besteht (außer der Beschwerde, § 532) darin, daß der Schriftsatz nicht beim Gericht eingereicht, sondern zugestellt wird und zwar nicht einem von der Partei zu Bestimmenden, sondern demjenigen, welchem gesetzlich zugestellt werden muß. Die §§ 162, 164 sind auch in dieser Beziehung obligatorisch. Demgemäß erklärt das **RO. 10**, 362, 400 allgemein bei der Wahrung von Rechtsmittelfristen Mängel für nicht verzichtbar; so auch **RO. 18. Mai 1885**, **ZM. 242**; 10. März 1891, **ZM. 222**; 6. Febr. 1892, **ZM. 160**; 17. Dez. 1892, **ZM. 1893 S. 94**; 10. Mai 1894, **RaffR. 38**, 1220. Vgl. auch **Buchst. 2**, 77; **Gaupp II** u. **Anm. I** §§ 156 ff. — **MR. Goldenring**, **Buch 9**, 84, **Fitting**, **Buch II**, 20 ff., 49 ff.; **Seuffert Anm. 1** § 156, **ObzG. 22. Mai 1889**, **SA. 45**, 226; hinsichtlich der Bezeichnung des Adressaten **Petersen Anm. IV**, 2 und **Struchmann-Roch Anm. 7**. Inbezug die Wahrung der **Notzfristen** betrifft allerdings nicht bloß die Parteiinteressen, sondern auch das öffentliche Interesse, daß nicht die für die Entscheidung über Rechtsmittel u. s. w. eingesetzten staatlichen Organe nach Willkür der Parteien zur Entscheidung rechtskräftig beendigter oder noch in der Vorinstanz anhängiger Prozesse angerufen und diese staatlichen Einrichtungen auf solche Weise über das gesetzlich zulässige Maß hinaus von den Parteien in Anspruch genommen, bzw. gemißbraucht werden. Dieses öffentliche Interesse ist auch als solches in der **CA.** dadurch kenntlich gemacht, daß den Gerichten die Prüfung der Formalien, insbesondere der Einhaltung der **Notzfristen**, für die Rechtsmittel der Berufung und Revision, §§ 497, 529, ebenso den Einspruch, § 306, und die Wiederaufnahme des Verfahrens, § 552, zur amtlichen Pflicht gemacht ist. Daß dies für die sofortige Beschwerde und die **Notzfristen** der §§ 835, 870 nicht ausdrücklich wiederholt ist, dürfte belanglos sein. Was für die Wahrung der **Notzfristen** gilt, muß auch für die Wahrung der sonstigen obligatorischen Erfordernisse der an dieselben geknüpften Rechtsbehelfe, insbesondere auch für die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Veräumung der **Notzfristen** gelten, für welche die amtliche Prüfung noch besonders, wenn auch indirekt, durch § 216 **Abf. 2** vorgeschrieben

ist. Die Bemerkung der Not. (Anm. 1), auf welche sich die theilweise Abweichung von Peterfen und Struckmann-Roch (hinsichtlich der Bezeichnung des Adressaten) gründet, betrifft nicht die dafür entscheidende Frage, an welchen Adressaten die Partei den Gerichtsvollzieheract richten lassen muß, sondern die weitere, ob, die richtige parteifertig zu bestimmende Adressirung vorausgesetzt, der Gerichtsvollzieher demjenigen gehörig zugestellt hat, welchem er hat zustellen sollen. Nicht der Gerichtsvollzieheract selbst, sondern die ihn bestimmende Thätigkeit der Partei wird durch die Bemängelung der Adresse angegriffen. Nur unter der Voraussetzung, daß demjenigen zugestellt ist, welchem nach §§ 162, 164 zugestellt werden „muß“, sind auch bei der Wahrung der Nothfristen die Verstöße gegen die Vorschriften des Zustellungsverfahrens selbst hinsichtlich der Ausführung des Zustellungsakts verziehbar. Vgl. Anm. §§ 162, 164, ferner Anm. 1 § 156; sowie über das Maß der amtlichen Prüfung, *R. O.* 9, 366, 389, 413; 10, 362, 400. — Ebenso kann auf die Beobachtung der Vorschriften darüber, daß die Urtheile auf Betreiben der Parteien, bzw. wann sie von Amtswegen zuzustellen sind (§§ 288 Abs. 1, 582, Anm. 1 § 288) von den Parteien nicht verzichtet werden, weil diese Vorschriften zu den fundamentalen Grundstücken der Konstruktion der Rechtsmittel und der Rechtskraft gehören; *R. O.* 3, 375; 27. Febr. 1885, *ZB. S.* 138, *SA.* 40, 457, *Raff. R.* 29, 1130; 17. Jan. 1895, *ZB.* 82.

### § 268.

Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.<sup>1)</sup>

Zum Zwecke des Sühneversuchs kann das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden.<sup>2)</sup>

**E. 258. N. 376. P. 92. 543.**

1) Der Sühneversuch kann ohne besondern Beschluß bei Gelegenheit des zur mB. anstehenden Termins auf Anregung des Vorsitzenden, eines Beisitzers oder eines Beteiligten erfolgen. Die Verhandlung kann auch auf Gerichts-Beschluß zum Zwecke des Sühneversuchs verlagert werden, wobei der Termin sofort zu verkünden ist. Die „Berwelsung“ der Parteien vor einen beauftragten oder ersuchten Richter kann nur durch Beschluß erfolgen, nach welchem ein dem Prozeßgericht angehöriger Richter zur Vornahme des Sühneversuchs beauftragt wird oder ein Amtsgericht zu diesem Zwecke zu ersuchen ist; *OB.* § 158. Ersterenfalls kann auch der Termin sofort bestimmt und verkündet werden. Eventuell hat der beauftragte Richter und in jedem Falle das ersuchte Amtsgericht den Termin zu bestimmen und den Parteien (bzw. ihren bevollmächtigten Anwälten) bekannt zu machen. Eine besondere Ladung ist nicht vorgeschrieben.

Der Ausdruck „in jeder Lage des Rechtsstreits“ berechtigt zu der Annahme, daß der Beschluß wegen Vornahme eines Sühneversuchs auch schon vor der ersten mB. erlassen werden kann, also eine mB. überhaupt nicht erfordert, wie er auch in der That einen rein prozeßleitenden Charakter hat, und keinerlei Parteitreiben präjudiziert. Obligatorisch ist der Sühneversuch nur in Ehefachen, §§ 570 ff. Ein Vergleich ist zu Protokoll festzustellen, § 146 Nr. 1. Wegen der Kosten bei Vergleich s. § 93; ferner *OR.* §§ 21, 23, 41, 101; *AnwObD.* §§ 13, 18; wegen Zwangsvollstreckung aus Vergleich s. §§ 702, 703.

2) Wenn die Partei nicht erscheint, so ist der Versuch mißlungen. Ein Recht zu Maßregeln, um das Erscheinen zu erzwingen, ist dem Gerichte nicht gegeben. Weber Ordnungsstrafen sind zulässig, noch (gegen v. Sarwey I, 413) eine Verurtheilung der nicht erschienenen Partei in die Kosten des vergeblichen Termins nach § 90. Letzteres ist in den *Not.* 215, 216 ausdrücklich reprobiert; ein „Versäumen“ eines solchen Termins zum „Versuchen“ des Vergleichs, welchen die Partei abzulehnen berechtigt ist, liegt im Sinne des § 90 nicht vor. Ein Antrag, das Nichterscheinen ausdrücklich als Weigerung zu erklären, ist von der *Part.* als selbstverständlich abgelehnt. Vgl. §§ 572, 192. — Eine Ausschließung der Rechtsanwälte bei dem Versuche ist nicht zulässig; die Partei hat ein Recht auf ihren Bestand,

v. Sarwey I, 413. — Ein beauftragter oder ersuchter Richter kann die Anordnung des persönlichen Erscheinens gemäß Abs. 2 ohne Anweisung des Prozeßgerichts nicht treffen. Abs. 2 ergänzt nur die im Abs. 1 dem Prozeßgerichte gegebene Befugniß. Die Bemerkung in den Not. 216, daß der beauftragte oder ersuchte Richter auch selbständig Vergleichsverhandlungen vornehmen könne, kann gegenüber der Beziehung des Abs. 2 auf Abs. 1 sich nur auf gelegentliche Versuche, nicht auf eine Anordnung gemäß Abs. 2 beziehen; Gaupp Anm. 1. AR. Peterßen Anm. 2.

### § 269.<sup>1)</sup>

Die Anträge<sup>2)</sup> müssen aus den vorbereitenden Schriftsätzen verlesen werden.

Soweit vorbereitende Schriftsätze nicht mitgetheilt oder die Anträge in solchen nicht enthalten sind, muß die Verlesung aus einem dem Protokolle als Anlage beizufügenden Schriftsatze erfolgen.<sup>3)</sup>

Dasselbe gilt von Anträgen, welche von früher verlesenen in wesentlichen Punkten abweichen.<sup>4)</sup>

Die Nichtbeachtung dieser Vorschriften hat die Nichtberücksichtigung der Anträge zur Folge.<sup>5)</sup>

R. 250. N. 364. 408—411. P. 92. 542.

1) Ueber die aus dem Abs. 4 hervorgehende Wichtigkeit des § 269 und über die dadurch herbeigeführte Einschränkung des Prinzips der Mündlichkeit vgl. Borch. 3 vor § 119 und Anm. 1 § 145. Die §§ 269, 270 bilden für den Anwaltsprozeß die Ergänzung zum § 146 Nr. 2 und Abs. 3. Im Partetprozeße findet § 269 nach § 469 keine Anwendung. Vgl. § 470.

2) Die Bedeutung des Ausdrucks: „Antrag“ in der C.P. ist eine doppelte. Verstanden sind darunter:

1) die zur endgültigen Entscheidung des Rechtsstreits (oder eines Theils desselben) unter den Parteien, oder eines Zwischenstreits mit Dritten zu stellende Anträge (petita, Sachanträge), welche den Inhalt von Schriftsätzen und des Urtheilssthatbestandes (§ 121 Nr. 2, 3, § 284 Nr. 3) zu bilden bestimmt sind und in der Regel schon vor der m.B. als Grundlage und Zweck derselben erwogen und vorbereitet werden können: Klageanträge, Widerlageanträge, einschließlic der auf Feststellungen gemäß § 253, Berufungs-, Revisionsanträge, einschließlic der eine Anschließung betreffenden; auf Vollstreckbarkeits-Erklärung (Anm. 1 § 653), Anträge in m.B. auf Anordnung von Arresten und einstw. Verfügung, Anträge des Arrestbeklagten auf Aufhebung von Arresten nach § 807 (der Widerspruch aus § 804 erfordert keinen Antrag, § 805; aR. Gaupp und Seuffert); Anträge aus §§ 68, 72, 73, 105, 237, 249, 291, 292 u., überhaupt Anträge zum Ausdruck dessen, was eine Partei entschieden wissen will; R. 12. Jan. 1885, S.W. 66; (zu eng Gaupp Anm. II und Seuffert Anm. 1, welche Anträge betr. Zwischenstreite mit Dritten nicht hierher rechnen);

2) das bei Gelegenheit von Prozeßhandlungen in Betreff einzelner Prozedur-Akte gestellte Verlangen der Partei. Diese letzteren das Verfahren betreffenden Anträge, welche man Zwischenanträge nennen könnte: Anträge, Fristen zu kürzen oder zu verlängern, § 202, einen Termin zu vertragen, § 205, Vertheiligungsmittel nach § 252 zuzurückweisen, abgeforderte Verhandlung nach § 248 oder Beweiserhebungen zu veranlassen, wesentliche Erklärungen bzw. Aenderungen, Geständnisse und Erklärungen über Eide festzustellen, § 270, ein Verkümmisurtheil zu erlassen, §§ 295, 296, über die vorläufige Vollstreckbarkeit vorab zu verhandeln, § 656, u. s. w. sind in der C.P. meistens mit dem Ausdrucke bezeichnet, daß „auf Antrag“ etwas geschehen kann. — Die Anträge für einzelne Prozedur-Akte sind im § 269 nicht gemeint; sie gehören zu dem nach § 146 Abs. 1 im Protokolle im Allgemeinen anzugebenden Gange der Verhandlung und bedürfen keiner Verlesung aus „Schriftsätzen“. Im § 269 sind nur die Anträge der ersten Klasse, § 121 Nr. 2, gemeint,

deren Verlesung (ohne die Begründung, vgl. Anm. 3 § 121) erfordert wird. Vgl. *RG.* 12. Jan. 1885, *ZW.* 66 Ziff. 5; *Fitting*, *Buch* 7, 229 ff.

Die Geltendmachung materieller Einwendungen gegen einen Klageanspruch wird zuwollen in einen Antrag gekleidet, z. B. den Beklagten zur Kompensation einer Gegenforderung oder zur Retention zu verstaten. Diese Art von Parteiverlangen stellt überhaupt keinen Antrag im Sinne der *CP.* dar (vgl. bez. der Kompensationseinrede *Gaupp* Anm. II gegen *Schollmeyer*).

3) *Abf.* 2. Wegen des Inhalts und der Form solcher Schriftsatz-Anlagen vgl. Anm. 1 und 5 § 146.

4) *Abf.* 3. Was als „wesentlich“ anzusehen ist, hat das Gericht zu entscheiden. Die Entscheidung über die verlesenen Anträge und ebenso darüber, ob ein nicht verlesener Antrag nach *Abf.* 4 nicht berücksichtigt werden darf, weil er eine wesentliche Abweichung enthält und deshalb hätte geschrieben und gelesen sein müssen, gehört in das Urteil. Die Schriftsatz-Anträge, welche im Sinne des § 269 gestellt werden, muß das Gericht (abweichend von § 270) annehmen, und kann sie nicht während der Verhandlung als unbegründet oder unwesentlich ablehnen, Anm. 1 § 146. — Selbstverständlich ist die Feststellung des Lages der Klagezustellung, wenn von da ab Zinsen im Klageantrage gefordert werden, überhaupt keine „Abweichung“ und bedarf nicht des Schriftsatzes; wohl aber die Ermäßigung des Klageantrags auf einen geringeren Betrag nach einer inzwischen erfolgten Zahlung, nicht die Zurücknahme der ganzen Klage, vgl. § 243 Anm. 3.

5) *Abf.* 4. Die unbedingte Vorschrift des *Abf.* 4, daß die Anträge, wenn nicht schriftlich gestellt und verlesen, nicht zu berücksichtigen sind, in Verbindung mit der absoluten Form der Vorschriften der *Abf.* 1, 2, 3 „müssen, muß“, drückt aus, daß § 269 zu den Fundamentalgrundsätzen des Prozeßverfahrens hinsichtlich der Anwendung der Schriftlichkeit im Verfahren gehört. Ein Verzicht der Parteien in Betreff eines Verstoßes gemäß § 267 ist nicht wirksam; Anm. 4 § 267. Wenn das Gericht nach solchen Anträgen, welche nicht berücksichtigt werden dürfen, dennoch erkennt, so würde es etwas zusprechen, was nicht (zulässigerweise) beantragt ist, also gegen § 279 verstoßen. Ebenso *RG.*, *ZW.* 1883 S. 77; *RG.* 29. Nov./6. Dez. 1889, *SA.* 45, 475; 2. Okt. 1890, *ZW.* 370; *DSG.* *Kostod.* *SA.* 49, 99; vgl. auch *RG.* 19. Febr. 1886, *ZW.* 114. Auch die Aufnahme der nicht aus Schriftsätzen verlesenen Anträge in den *Thatbestand* oder in das *Stückprotokoll* ersetzt nicht die Erfordernisse der *Abf.* 1—3 und beseitigt nicht die Folge des *Abf.* 4, da das Gesetz eine solche Gleichstellung nicht gestattet. Die *Thatfache* der Verlesung der Anträge kann jedoch auch durch den *Thatbestand* nachgewiesen werden. Vgl. Anm. 2 § 145; Anm. 1 § 146, Anm. 1 § 148. — Der bloße Widerspruch einer Partei gegen die Anträge des Gegners, welcher sich in den rein negativen Anträgen auf Abweisung der Klage, Zurückweisung des Rechtsmittels u. dergl. auszudrücken pflegt, fällt nicht unter § 269. Nicht diese rein negativen Anträge, sondern die positiven Anträge des Gegners bilden den Gegenstand der Verhandlung, und es genügt zur Abwendung der Totalveräumnis, daß diesen positiven Anträgen mündlich widersprochen wird, ohne daß der Widerspruch in einen formellen Antrag gekleidet zu werden braucht. Im § 128 *Abf.* 1 ist über die Schriftlichkeit der Anträge nichts bestimmt. Ebenso *Gaupp* Anm. II, *Seuffert* Anm. Ist freilich diejenige Partei, über deren positive Anträge (der Klage, Widerklage, Berufung z.) zu verhandeln wäre, nicht erschienen oder nicht verhandelnd, sondern nur der Gegner, so ist behufs eines Veräumnisurtheils von diesem außer dem prozeßualischen Antrag auf Erlass des Veräumnisurtheils, auch ein Sachantrag zu verlesen, da dann über diesen negativen Antrag, der in verschiedenem Umfange gestellt werden kann, allein zu entscheiden ist. Hierzu gehören auch in allen Fällen Anträge des Beklagten (Rechtsmittelbeklagten), die Wirkungen der Zurücknahme der Klage (oder des Rechtsmittels) durch Urteil auszusprechen, §§ 243 *Abf.* 3, 476 *Abf.* 3; da in solchen Fällen ein positiver Antrag des Klägers (Rechtsmittelklägers), über welchen zu entscheiden wäre, nicht vorliegt.



## § 270.

Soweit es sich nicht um Anträge (§ 269) handelt, sind wesentliche Erklärungen, welche in vorbereitenden Schriftsätzen nicht enthalten sind, oder wesentliche Abweichungen von dem Inhalte solcher Schriftsätze, mögen die Abweichungen in Zusätzen, Weglassungen oder sonstigen Abänderungen bestehen,<sup>1)</sup> auf Antrag<sup>2)</sup> durch Schriftsätze, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind,<sup>3)</sup> festzustellen.<sup>4)</sup>

In gleicher Weise sind auf Antrag auch Geständnisse sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschlebung zugeschobener Eide festzustellen.<sup>5)</sup>

R. 260. N. 364. 408—411. P. 92—94. 543.

1) Im § 270 ist für den Anwaltsprozeß (abgesehen von dem schriftlichen Vorbereitungsverfahren eines Rechnungsprozesses, § 315) bestimmt, was außer den Anträgen noch von den Parteierklärungen zu Protokoll (§ 146 Nr. 2) festgestellt werden soll. Ueber die Folgen gegenüber dem Thatbestande vgl. § 285.

Das Gericht muß die begleitenden Schriftsätze des § 270 annehmen, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 oder 2 vorliegen. „Feststellen“ haben der Vorsitzende bzw. das Gericht, nicht die Parteien, §§ 146, 149. Es handelt sich dabei nur um Erklärungen der Parteien und zwar für die Anwendung des Abs. 1 um wesentliche. Die Feststellung unwesentlicher kann das Gericht ablehnen; was behufs der Feststellung als wesentlich anzusehen ist, hat nach § 131 der Vorsitzende (Anordnung bezüglich der Sachleitung) und im Falle der positiven oder negativen Beanstandung das Gericht zu entscheiden. Hierüber ist auch weder eine Beschwerde nach § 330, dessen Bedingungen fehlen, noch eine Disziplinarbeschwerde, welche sich niemals gegen die materielle Beurtheilung richten kann, zulässig.

2) Ohne Verlangen einer Partei („auf Antrag“ s. Anm. 2 Nr. 2 § 269) ist nichts festzustellen. Der Antrag auf Feststellung kann sowohl von der Partei, welche die Erklärung abgibt, als vom Gegner gestellt werden, da das Gesetz keine Partei darin beschränkt, und jede ein Interesse an der Feststellung haben kann; Gaupp Anm. II; Endemann 2, 93. Verlangt eine Partei die Feststellung einer Erklärung des Gegners und überreicht dieser nicht einen bezüglichen Schriftsatz, so bleibt ihr überlassen, dies zu thun. Ebenso Strudmann-Roch Anm. 2; aR. Gaupp Anm. II u. Seuffert Anm. 1, welche die Feststellung für unausführbar halten, wenn der Gegner sich weigert, über seine Erklärung eine Schriftsatz-Anlage zu fertigen. Diese Annahme steht jedoch mit dem Zwecke der Vorschrift in Widerspruch und ist geeignet, das in derselben ausgesprochene Recht einer jeden Partei, die Feststellung zu verlangen, illusorisch zu machen, was namentlich für Abs. 2 von schwerwiegenden Folgen sein kann. Auch der Wortlaut der Vorschrift giebt keine Veranlassung zu einer solchen Einschränkung, und ein sachliches Bedenken dagegen, daß eine Partei die Erklärungen der Gegenpartei in einer Schriftsatz-Anlage zu Protokoll überreiche, kann bei der vorauszusetzenden Kontrolle des Schriftsatz-Inhaltes durch den Gegner selbst und das Gericht nicht entstehen.

3) Die Form der Feststellung durch Schriftsatz, welchen der Anwalt einzureichen hat, ist, wenn eine Feststellung durch Protokoll erfolgen soll, für den Anwaltsprozeß (anders im Parteiprozeß, § 470) obligatorisch; Vorb. 3 vor § 119.

Das Gericht kann, da es weder ohne Antrag, noch ohne Schriftsatz, also nicht direkt zu Protokoll feststellen kann (aR. v. Sarwey I, 415) den Anwalt zu wünschenswerthen Feststellungen nicht zwingen. Es bleibt ihm nur überlassen, andernfalls die Erklärungen in den Thatbestand (vgl. §§ 284 Nr. 3, 291) aufzunehmen. Dieselben nicht zu berücksichtigen, was nur hinsichtlich der Anträge im § 269 Abs. 4 vorgeschrieben ist, ist das Gericht nach dem Prinzip des § 119 nicht berechtigt. Wenn die zum Protokolle auf Antrag festzustellenden Erklärungen wieder abgeändert werden, sollen nach Gaupp Anm. III diese Abänderungen, analog dem § 269 Abs. 4, für den Thatbestand keine Berücksichtigung finden, wenn ihre Feststellung durch Protokoll-Anlage gemäß § 270 nicht ebenfalls beantragt wird; weil

das Gericht hinsichtlich des Thatbestandes durch den Inhalt des Sitzungsprotokolls gebunden werde, § 285. Wenn indeffen in demselben Termine Erklärungen abgegeben und dann wieder abgeändert werden, so können die zuerst abgegebenen Erklärungen ohne Berücksichtigung der etwaigen späteren Zusätze und Abänderungen nicht festgestellt werden, da die Parteierklärungen innerhalb einer m.B. in Bezug auf jeden einzelnen Punkt nur in ihrer Gesamtheit aufgefaßt und festgestellt werden können. Hat aber die Abänderung der bereits zum Protokoll festgestellten Erklärungen in einem späteren Termin stattgefunden, so ist die Feststellung im Thatbestande, daß diese Abänderungen ohne Feststellung zum Protokoll erklärt sind, vollkommen beweisend und wird durch das frühere Sitzungsprotokoll nicht enträthet, da dieses natürlich nur darüber Auskunft geben kann, was in dem früheren Termin vorgebracht ist, vgl. § 285. Widerspricht der Schriftsatz den mündlichen Erklärungen, so kann und muß das Gericht denselben, als die Erklärungen nicht feststellend zurückweisen. Der Vermerk im Protokolle: „Der Rechtsanwalt überreicht den beiliegenden Schriftsatz als Anlage zum Protokoll“ bedeutet, daß der Anwalt den Inhalt vorgetragen hat und dies auf seinen Antrag konstatiert wird; *RS.* 1. Okt. 1881, *SB.* 195, *Wallm.* 6, 379; 21. April 1884, *Raff.* 28, 1155. *W.* Strudmann-Roch *Ann.* 2, 3; *Reyer*, *Protok.* u. *Urtheil* S. 15 f. Ueber die Nothwendigkeit der Verlesung feststellender Schriftsätze vgl. *Ann.* 8 § 146.

4) Die Feststellungen des Sitzungsprotokolls sind der allein zulässige Gegenbeweis gegen den Thatbestand des Urtheils rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens, § 285. Doch ist für die Wirksamkeit der Partei-Erklärungen und ihre Feststellung im Thatbestand irgend eine Feststellung derselben zum Sitzungsprotokoll, auch wenn sie nach § 270 auf Antrag hätte geschehen müssen, nicht erforderlich, vgl. *Ann.* 1 § 285.

5) Abs. 2. Für die Feststellung von Geständnissen und Erklärungen über Annahme oder Zurückschlebung zugeschobener Eide sind nach Abs. 2 die Form des begleitenden Schriftsatzes („in gleicher Weise“) und der Antrag ebenso obligatorisch, wie für Abs. 1. Es gilt dafür das in den *Ann.* 2 und 3 Bemerkte. Diese Feststellung kann auch für die bereits in vorbereitenden Schriftsätzen angekündigten Geständnisse und Eiderklärungen beantragt werden; die Niederlegung in solchen Schriftsätzen beweist nichts für die in der m.B. abgegebenen Erklärungen, während letztere ihre Wirkung in Betreff der Geständnisse und jener Eiderklärungen für den ganzen Prozeß behalten, §§ 263, 423, 494, 495. — Hinsichtlich derselben kann auch, abweichend von Abs. 1, der Antrag auf Feststellung nicht deshalb abgelehnt werden, weil die Geständnisse und Eide nicht wesentlich seien. Es könnte nur in Frage kommen, ob und was wirklich zugestanden ist. Vgl. über das Geständniß *Ann.* §§ 261, 263. Soll ein Geständniß hzm. die Erklärung einer Partei auf Antrag festgestellt werden, während die Parteien nicht darüber einig sind, was erklärt ist, so hat das Gericht denjenigen Schriftsatz, welcher mit der abgegebenen Erklärung nicht übereinstimmt, also unter Umständen die Schriftsätze beider Theile abzulehnen und die von ihm gehörte Erklärung in den Thatbestand aufzunehmen.

## § 271.

Die Parteien können von den Prozeßakten Einsicht nehmen und sich aus denselben durch den Gerichtsschreiber Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften ertheilen lassen.<sup>1)</sup>

Dritten Personen kann der Vorstand des Gerichts ohne Einwilligung der Parteien die Einsicht der Akten nur gestatten, wenn ein rechtliches Interesse glaubhaft gemacht wird.<sup>2)</sup>

Die Entwürfe zu Urtheilen, Beschlüssen und Verfügungen, die zur Vorbereitung derselben gelieferten Arbeiten, sowie die Schriftstücke, welche Abstimmungen oder Straferfügungen betreffen, werden weder vorgelegt noch abschriftlich mitgetheilt.<sup>3)</sup>

## R. 281. N. 354. 396—402. P. 94. 543.

1) Durch **Abf. 1.** wird den Parteien nicht ein unbedingtes Recht auf eine beliebige Anzahl von Abschriften u. s. w. gewährt; **R. 12.** April 1890, **ZB.** 157, **Raffr.** 34, 763; 19. Mai 1894, **Raffr.** 38, 1224; **D. O. C.** Celle, **SA.** 48, 225. Was den Inhalt der Gerichtsakten bildet, ergibt sich aus den §§ 76, 124, 122, 145 ff., 173 **Abf. 4.**, 272 ff., 326 ff., 506, 529, 646. Vgl. preuß. Geschäfts-Ordnungen für die Gerichtsschreibereien der Amtsgerichte bzw. der Landgerichte und der Oberlandesgerichte 3. Aug. u. 8. Sept. 1879, **ZMBl.** 1879 S. 230 u. 234; über Anlegung von Akten § 7; Sprechstunden und Briefkasten für Rechtssuchende § 3. Vorgelegte Handelsbücher sind nicht Theile der Akten im Sinne der **Abf. 1** u. 2 geworden, **R. 4.** März 1893, **ZB.** 197; noch weniger beigelegte Akten über andere Prozeßsachen oder anderer Behörden; vgl. a. E. Dagegen ist die Urschrift des Urtheils ohne Zweifel Theil der Prozeßakten und den Parteien auf Verlangen zur Einsicht vorzulegen. Abw. mit Unrecht **D. O. C.** Hamburg, **SA.** 47, 239, weil die Urschrift zwar zu den Gerichtsakten, aber nicht zu den Prozeßakten gehöre (?). Das Interesse der Parteien an Einsicht der Urtheilsurschrift ergibt sich schon aus § 291 **Abf. 2** sowie aus der nicht selten eintretenden Nothwendigkeit, inkorrekte Ausfertigungen mit der Urschrift zu vergleichen. Vgl. auch **Sprenger**, **civ. R.** 80, 128 ff. — Ueber die Aufbewahrung oder Vernichtung der Gerichtsakten (einschließlich der Urtheile) ist in der **CP.** nichts bestimmt. Es ist angenommen, daß die Parteien in dieser Beziehung keine Rechte haben, da sie sich Ausfertigungen geben lassen können. Vgl. preuß. Minist.-Verfüg. 22. Sept. 1879, **ZMBl.** 326, **Verf.** 14. Febr. u. 17. Sept. 1880, **ZMBl.** 33, 213; 31. Dez. 1883, **ZMBl.** 366; 27. Jan. 1887, **ZMBl.** 1887 S. 42. Vgl. **Verf.** 25. Apr. 1885 betr. Ablieferung von Akten an die Staatsarchiv, **ZMBl.** 153. Die Frage der Aufbewahrung der Akten nach rechtskräftiger Entscheidung unterliegt der Justizverwaltung, nicht dem Prozeßgerichte, preuß. Minist.-Verf. v. 13. Juli 1889, **Buch** 18, 297.

Zu den Parteien, über deren Befugnisse **Abf. 1** spricht, gehören auch die Nebenparteien, §§ 61—73; desgleichen die Vertreter und Bevollmächtigten, welche Parteirechte auszuüben befugt sind. Bei entsprechender Anwendung für den Konkurs kann ein Theilhaber (Gläubiger) als Partei nur Abschrift von solchen Akten-Bestandtheilen verlangen, für welche er als parteilich bethelligt anzusehen ist; verneint wird dies für Gläubiger-Berzeihnisse des § 96 **R. D.** vom 20. **Rey.**, **Buch** 18, 525; dagegen mit Recht bejaht vom **Kammerger.** und **S. O.**, **Gera**, **Buch** 20, 492, 494. — Ein Antrag in der **RR.**, „daß den Anwälten die Gerichtsakten in ihre Wohnungen verabsolgt werden könnten“, ist abgelehnt; **P.** 543. Das Gesetz enthält indeß kein Verbot und in vielen Fällen wird eine Verabsolung von Akten zumal in höheren Instanzen bei drängender Frist nicht zu vermeiden sein, v. **Sarwey** I, 416. Das Präsidium des Reichsgerichts hat auch durch Beschluß v. 5. Februar 1880 die Zulässigkeit anerkannt und die Erledigung desfallsiger Gesuche geordnet, und das **R. O.** im Beschlusse v. 16. Mai 1882 dies für alle Gerichte als zulässig vorgeordnet; **ZB.** 1882 S. 188, **Wallm.** 4, 151; 7, 233. Vgl. auch **D. O. C.** Jena, **SA.** 42, 83.

Die Ausfertigungen und Abschriften dürfen von der Gerichtsschreiberei nicht bis zur Bezahlung der Gerichtskosten zurückbehalten werden; indeß kann deren Ausfertigung von vorgängiger Zahlung eines die Schreibgebühr bedeckenden Betrages abhängig gemacht werden; **R. O.** §§ 3, 97, 84, 85 und **Not.** 29 dazu. **P.** 543. Es genügt, statt erbetener Abschrift dem Anwalt bzw. der Partei durch zeitweise Verabsolung der Schriftstücke die Gelegenheit zur Selbstentnahme der Abschrift zu geben, **R. O.** 21. Sept. 1892, **ZB.** 421. Wegen der Abschriften für Armenanwälte vgl. **Anm.** 2 § 107, **R. O.** 7, 341. Wegen Erstattung der Kosten für mehrere Ausfertigungen oder Abschriften vgl. **R. O.** 3. Nov. 1894, **ZB.** 584. — Im Falle einer Ablehnung seitens der Gerichtsschreiberei ist eine Remonstration beim Prozeßgerichte, § 539, also bei der betreffenden Gerichtsabtheilung, — nicht beim Gerichtsvorstande, s. **Anm.** 2; vom **R. O.** 30. April 1891, **ZB.** 297 unentschieden gelassen, — zulässig; gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts Beschwerde, §§ 539, 530. **Abf. 1** bezieht sich nicht auf beigelegte Akten anderer Gerichte; **D. O. C.** Darmstadt 2. April 1886, **SA.** 43, 358; vgl. oben.

2) Das rechtliche Interesse, welches nach Abs. 2 für dritte Personen Vorbedingung ist (vgl. zu §§ 63, 231), kann auch ein nicht privatrechtliches sein. Hier kommt es überhaupt nicht auf ein Interesse am Rechtsstreite selbst, sondern nur an der Akteneinsicht an. Immerhin muß dasselbe ein rechtliches sein; die Gestattung oder Ablehnung der Einsicht muß die Rechtsverhältnisse des Dritten berühren. Kaufverhandlungen über ein Grundstück z. B. ergeben ein Interesse, welches zur Akteneinsicht eines das Grundstück betreffenden Prozesses berechtigt. — Der „Vorstand des Gerichts“ ist für das Landgericht der Präsident, OB. § 58, nicht der Vorsitzende einer Abtheilung, OB. § 59. Wegen die Entscheidung ist Beschwerde zulässig, § 530. — Die Berechtigung, Dritten auch Abschriften erteilen zu lassen, ist in Abs. 2 nicht gegeben, und kann bei der ausdrücklichen Abweichung der Abs. 1, 2 unter einander und der offenbar absichtlichen Aenderung des R. §§ 397—399 im Abs. 2 — der einzig wesentlichen Aenderung — auch nicht durch arg. a maiore ad minus hinein interpretirt werden. Ein minus würde nur die Einsicht eines Theils der Akten sein. Dritte können sich bei der Einsicht Abschriften und Auszüge machen; Seuffert, Anm. 2; Endemann 2, 96; Peterßen Anm.; Saupp Anm. II. AR. Struckmann-Roch Anm. 2; Puchelt 2, 83.

3) Unter Abs. 3 fallen auch die f. g. Separat-Vota; vgl. Anm. 1 § 199 OB.

## Zweiter Titel.

### Urtheil.

1) Urtheile sind die auf Grund mB. erlassenen Entscheidungen des Gerichts in der Form des § 284. Ueber die unterscheidenden Merkmale der Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen vgl. Anm. 1 § 272. Wann ein Urtheil (Endurtheil, Zwischenurtheil, Theilurtheil, Versäumnisurtheil oder auch Urtheil schlechthin, vgl. § 781 Abs. 2) zu erlassen ist, ergibt sich aus den darüber bestimmenden Spezialvorschriften der CP., ebenso die Zulässigkeit und die Art der Anfechtung. Vgl. Anm. 1 § 472. Das „Endurtheil“ ist die, entweder unbedingte oder durch Partei-Eid bedingte, den Rechtsstreit in der Instanz (unbeschadet des Einspruchs § 303 und eines etwaigen Nachverfahrens gemäß §§ 502, 562, 432, 439, 549 ff.) ganz oder hinsichtlich eines quantitativen Theils abschließende Entscheidung über den Klage- oder Widerklage-, Berufungs- oder Revisionsantrag (einschließlich der Anschließung), §§ 272, 425 ff.; R. 7, 426, Rot. 217, 297 ff.; vgl. Seuffert, Buch 7, 7 ff. Auf die Zeit und Art der Erlassung der Urtheile hat die schon früher (Vorb. 3 vor § 119, Anm. §§ 136, 137) hervorgehobene wichtige Befugniß des Gerichts, einzelne Abschnitte des Rechtsstreits einstweilen getrennt zu behandeln, einen wesentlichen Einfluß. Die CP. giebt dem Gerichte nicht bloß für den Fall einer vor dem Urtheile stattgefundenen absondernden Behandlung von Ansprüchen oder Rechtsbehelfen, §§ 136, 137, sondern auch noch bei der Entschließung über den Erlaß eines Urtheils die Befugniß, über einzelne Theile des Rechtsstoffes, selbst wenn dieselben bei der Verhandlung nicht getrennt behandelt wurden, aber urtheilsreif erscheinen, gesondert zu entscheiden, während hinsichtlich anderer Theile die Verhandlung noch weiter fortzusetzen ist. Das Resultat der Sonderung für das die Instanz abschließende Endurtheil ist je nach dem Verhältnisse des abgeordneten Theiles zum gesammten Rechtsstreite ein verschiedenes. Das Gericht ist befugt, über einen quantitativen Theil der Klageansprüche oder Widerklage-Ansprüche, ferner bei erhobener Widerklage nur über die Klage oder nur über die Widerklage abgeondert zu erkennen. Die über solche Theile ergangenen Entscheidungen nennt die CP. „Theilurtheile“, § 273. Sie sind ebenfalls Endurtheile für den darin entschiedenen Theil der Ansprüche. Sie sind für sich und unabhängig von den Endurtheilen über die anderen Theile der streitigen Ansprüche durch Rechtsmittel anfechtbar bzw. vollstreckbar. Die Vollstreckung festgesetzter Theilbeträge und die Rechtsmittel gegen die Feststellung brauchen nicht auf die Erledigung der sonstigen Streitpunkte zu warten. Die Rechtsmittel können nicht nur, sondern müssen auch gegen jedes Endurtheil einschließlich der Theilurtheile unabhängig vom Resultate für andere Theile der Ansprüche verfolgt werden.

Von den Endurtheilen zu unterscheiden sind die *Zwischenurtheile* (vgl. darüber Vorb. 2 vor § 119, Anm. 1, 2 § 137 und Anm. § 275). Dieselben dienen einerseits zur Entscheidung von *Zwischenstreiten* einer oder mehrerer Parteien mit Dritten und unterliegen in diesen Fällen selbständigen Rechtsmitteln (der sofortigen Beschwerde) §§ 68, 97, 126, 352; andererseits zur Entscheidung von *Zwischenstreiten* unter den Parteien (über die Zulässigkeit von Beweismitteln, über Beweisinreden, über Vorlegung oder Echtheit von Urkunden, Erklärung über Zuschreibung oder Zurückschreibung von Eiden, Abnahme von Parteieiden) sowie zur abgesonderten Entscheidung über selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel. Diese zwischen den Parteien selbst über einen Theil der Streitfragen ergehenden *Zwischenurtheile* (vgl. §§ 275, 312, 331, 426) erledigen für das Gericht, welches sie erläßt, nicht einen äußerlich und mechanisch abtrennbaren Theil der streitigen Ansprüche, sondern einen absonderungsfähigen Theil der Denkhätigkeit, welche zur Entscheidung des gesammten Rechtsstreits nöthig ist. Sie dürfen diesen Theil nur in einer solchen Weise erledigen, daß der Denkprozeß, welcher im einzelnen *Zwischenurtheile* seinen Ausdruck findet, seinen geistigen Zusammenhang in dem Instanz-Endurtheile behält, welches das Resultat der Rechtsentscheidung für den Streit ausspricht. Wenn durch solche *Zwischenurtheile* einer der Klagegründe festgestellt ist, und demnach alle Einreden des Beklagten verwerflich gefunden werden, so kann das Endurtheil sachgemäß nur dem festgestellten Klagegrunde entsprechen, und das Gericht darf nicht, seinen *Zwischenurtheils*-Gedanken korrigirend, die Klage zurückweisen, weil etwa die spätere Beweisaufnahme über eine Einrede des Beklagten zwar nicht deren Begründung erweisen, aber die Feststellung des angenommenen Klagegrundes widerlegt habe. Ein solches *Zwischenurtheil* über einen *Partei-Zwischenstreit* ist daher ebenso wie die Endurtheile für das Gericht, welches sie erläßt, bindend, § 289. Dieses *Zwischenurtheil* schließt aber für den Rechtsstreit und selbst für einen quantitativen Theil der Streitansprüche noch nicht die Instanz ab. Dazu ist noch ein Endurtheil nöthig. In dem Endurtheile, welches zu erlassen „ist“, wenn der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist (§ 272), muß das erkennende Gericht die von ihm früher unter den Parteien erlassenen *Zwischenurtheile* als für dies Endurtheil unabänderlich gelten lassen, Mot. 217, 218.

Wenn in einem *Zwischenurtheile* oder Endurtheile die Entscheidung von einem *Partei-Eide* abhängig gemacht ist, so entstehen dadurch die Unterarten der *bedingten Zwischenurtheile* und *bedingten Endurtheile*, welche in demselben Verhältnisse zu einander und zum *Gesammt-Endurtheile* stehen, wie die *unbedingten Zwischen- und Endurtheile*, §§ 425—427.

Nur Endurtheile können „vollstreckbar“ sein, nicht die unter den Parteien erlassenen *Zwischenurtheile*, § 644. (Wegen der Vollstreckbarkeit anderer *Zwischenurtheile* vgl. § 702 Nr. 3.) Nur gegen die Endurtheile sind die Berufung und die Revision zulässig, §§ 472, 507, nicht gegen die *Zwischenurtheile*. Durch die gegen das Endurtheil zulässigen Rechtsmittel können dann aber alle in den *Zwischenurtheilen* ergangenen Entscheidungen angegriffen werden; §§ 473, 510. Wegen der Ausnahmen für *Zwischenurtheile*, welche in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheile anzusehen sind, vgl. §§ 248, 276; und wegen solcher vorläufigen Urtheile, welche in Betreff der Rechtsmittel und der Zwangsvollstreckung als Endurtheile anzusehen sind, vgl. §§ 502, 562.

2) Jedes Urtheil, auch das *Zwischenurtheil* und das *Verdammnissurtheil*, muß eine „Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der Anträge (Thatbestand)“ enthalten. Die Feststellung dieses Thatbestandes erfolgt durch den Richter, im Gegensatz zu der nach franz. und bayr. Prozeßrechten von den Anwälten in den sog. Qualitäten erfolgenden Sachdarstellung des Urtheils, §§ 284 ff. Der Thatbestand beweist, was von den Parteien mündlich vorgebracht ist, und dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden, § 285. Der Thatbestand kann berichtigt werden, und es ist dafür mit kurzer Frist ein besonderes Verfahren zugelassen, § 291. Die Feststellung dieses Thatbestandes bildet wegen der Wichtigkeit der Grundlage für die höheren Instanzen und für die Tragweite der Entscheidung einen der Punkte, worin die Schrift eine wesentliche Bedeutung hat. Vgl. Vorbem. 3

vor § 119. — Der wirkende Inhalt des Urtheils, welcher mit demselben demnachst rechtskräftig wird, ist nur die Entscheidung über die durch Klage oder Widerklage erhobenen Ansprüche, § 293.

3) Jedes Urtheil und jeder auf eine mB. ergehende Beschluß muß verkündet werden, §§ 281, 294. Die verkündeten Beschlüsse wirken den Parteien gegenüber auch ohne Zustellung mit peremptorisch verbindlicher Kraft für das ganze Gebiet der Prozeßleitung, namentlich auch für alle verkündeten Termine, Beweisbeschlüsse und Anordnungen zur Fortsetzung des Verfahrens, sowie auch für die Zwischenurtheile. Soweit desfallige Beschlüsse und Anordnungen nicht verkündet werden, müssen sie den Parteien von Amtswegen zugestellt werden; §§ 294, 281, 283, 288, 195, 326, 335. Die Endurtheile sind jedoch außer der Verkündung noch zuzustellen, wenn sie rechtskräftig (sofern nicht in letzter Instanz erlassen) und vollstreckt werden sollen, §§ 644, 645, 671. Erst die Zustellung des Endurtheils beendet das Verfahren der Instanz (vgl. Vorbem. vor § 217) und erst mit der Zustellung beginnen die Kothfristen zur Einlegung der Rechtsmittel und des Einspruchs, §§ 304, 477, 514, 540. Die Zustellung aller Urtheile (Ausnahmen in Ehe- und Entmündungssachen) erfolgt indeß nur, wenn eine der Parteien sie veranlaßt; jede Partei ist dazu berechtigt, § 288. In den in Vorb. 1 hervorgehobenen Ausnahmefällen der §§ 248, 276, 502, 562 hat die Zustellung der Urtheile in Betreff der Rechtsmittel oder der Zwangsvollstreckung und der Rechtskraft (§§ 644, 645) dieselbe Bedeutung, wie die der Endurtheile. Sonstige Zwischenurtheile über Zwischenstreite unter den Parteien oder über selbstständige Angriffs- oder Bertheidigungsmittel können auf Betreiben der Partei zugestellt werden. Deren Zustellung ist aber nicht in dem Sinne, wie für die Endurtheile obligatorisch, da diese Zwischenurtheile als solche nicht vollstreckbar und nicht rechtskräftig werden, §§ 644, 645, und die Nichtzustellung ist ohne Einfluß auf die gegen das Endurtheil einzulegenden Rechtsmittel.

Ueber den Einfluß des Urtheils auf die Rechtschaffung vgl. die, allerdings nicht unanfechtbaren, Ausführungen von Bülow in „Gesetz und Richteramt“ Leipzig 1885. Als weitere Monographien zum Urtheil sind zu erwähnen; Wengler, Habbestand des Civilurtheils, Erlangen 1884; Pütter, Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen in bürg. Rechtsstreitigkeiten, Berlin 1885; S. Meyer, Protokoll und Urtheil im Civil- und Strafprozeß, Berlin 1885; Korn, Anleitung zur formellen Bearbeitung von Urtheilen, Berlin 1885; Daubenspeck, Referat, Botum und Urtheil, Berlin 1885.

### § 272.<sup>1)</sup>

Ist der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif,<sup>2)</sup> so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil zu erlassen.<sup>3)</sup>

Dasselbe gilt, wenn von mehreren zum Zwecke gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen Prozessen nur der eine zur Endentscheidung reif ist.<sup>4)</sup>

R. 263. N. 419. 320. P. 94. 543.

1) Bezüglich der Terminologie der CP. ist zu bemerken: Durch die Bezeichnung „Entscheidung, entscheiden“ werden alle richterlichen Entschlüsse umfaßt, sie mögen Urtheile, Bestimmungen des erkennenden oder prozeßleitenden Gerichts, des Vorsitzenden oder einzelner Richter sein, vgl. § 146 Nr. 5. Ein „Urtheil“ ist die nur auf Grund mündlicher Verhandlung zulässige, nicht bloß prozeßleitende Entscheidung über einen Streitpunkt, sowohl die unter den Parteien, als auch Dritten gegenüber, §§ 68, 126, 352. „Beschlüsse“ sind Bestimmungen des Gerichts, und zwar

- a) solche, welche auch ohne mB. erlassen werden können, vgl. Vorb. 1 vor § 119, (abw. Urtheil in einem Falle des § 802),
- b) solche, eine mB. voraussetzende Bestimmungen, welche nur prozeßleitend sind, oder eine Berichtigung des Thatbestandes betreffen, § 291.

Ob die Bestimmung in der That ohne mB. erlassen ist, hat auf die Bezeichnung keinen entscheidenden Einfluß, vgl. § 294. Die Beschlüsse auch der ersten Kategorie haben in der Regel nur die Natur prozessleitender oder ausführender Anordnungen; sie können indeß, wie die Zulassung einer Entscheidung ohne mB. überhaupt, auch über den Charakter der Prozessleitung hinaus sachliche Rechte bestimmen, wie z. B. Kostenfestsetzung, Arreste, einstweilige Verfügungen, §§ 99, 118, 802, 815. Eine gleiche allgemeine Bedeutung, wie „Entscheidung“, hat die Bezeichnung „Anordnung“, vgl. z. B. §§ 799 ff., 815, 688, 689, 131, indeß wird das „Anordnen“ vorwiegend auf Beschlüsse bezogen, z. B. §§ 133 ff. Im Gegensatz zu den Urtheilen und zu den Beschlüssen des „Gerichts“ (einschließlich des Amtsgerichts) werden die Bestimmungen einzelner Richter, welche nicht das „Gericht“ sind, wie des Vorsitzenden, des beauftragten und des ersuchten Richters, „Verfügungen“ genannt, §§ 294, 365. Demgemäß können dieselben Anordnungen, welche unter der regelmäßigen Voraussetzung der Erlassung durch das Prozessgericht als Beschlüsse bezeichnet sind, in anderer Beziehung, wo es sich um die Erlassung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter oder den Vorsitzenden handelt, Verfügungen genannt sein. Vgl. §§ 345 Abs. 3, 355 Abs. 3, 365.

Ueber die Unterscheidung der Endurtheile (Versäumnisurtheile der §§ 295 ff., oder auf zweiseitige mB. ergangene), von welchen die Theilurtheile eine Unterart bilden, und der Zwischenurtheile, s. Vorb. 1 vor § 272 und Vorb. 2 vor § 295. Der Begriff des Endurtheils wird weder dadurch ausgeschlossen, daß die Folgen durch einen Eid bedingt sind (vgl. § 427), noch dadurch, daß das Resultat von anderen Bedingungen: Gegenleistung, Sicherheitsleistung, Vollstreckungsbedingungen oder von einer Zeitbestimmung abhängig gemacht ist; §§ 425, 439, 664, 671, 672.

2) Das Urtheil des erkennenden Gerichts beruht begrifflich auf logischen Schlüssen, für welche das objektive Recht den Obersatz und das tatsächliche Material den Untersatz bilden. Die Folgerung für den Schluß zu ziehen und die logische Verbindung der verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse zu finden, um das ihnen entsprechende Resultat für den Rechtsstreit zu ermitteln, ist Sache der richterlichen Funktion; Weßell § 44 S. 527 ff., Anm. 1 § 255, Anm. 4 § 259. An die rechtliche Begründung der Partei-Anträge ist das Gericht nicht gebunden, R. 19. Nov. 1881, JW. 1882 S. 37. Ueber die Rücksicht auf das Sachverhältnis zur Zeit des Urtheils vgl. Anm. 3 § 251. Ob der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist, oder ob noch Partei-Erklärungen oder eine Beweisaufnahme nöthig sind, gehört demgemäß zur richterlichen Beurtheilung. Durch § 272 Abs. 1 ist die Amtspflicht des Gerichts ausgesprochen, das Endurtheil zu erlassen, wenn dasselbe über den der Entscheidung unterbreiteten Partei-Antrag erlassen werden kann, mithin einerseits positiv dafür thätig, insbesondere auch denkwürdig zu sein, und die ihm hierbei von Amtswegen obliegenden Gesichtspunkte zu berücksichtigen, und andererseits negativ nicht unnöthig die noch unaufgeklärten Angriffs- oder Bertheiligungsmittel zu eröffnen, wenn schon nach dem vorliegenden Material eine durch solche Erörterungen nicht zu beeinflussende Endentscheidung zu fällen ist. Der Ansicht von Caupp Anm. II, daß das Gericht auch dann, wenn es durch Entscheidung der Rechtsfrage sofort zum Endurtheil gelangen konnte, befugt sei, durch Aufnahme eines angebotenen Beweises die Entscheidung der Rechtsfrage zu umgehen, kann nicht beigeprägt werden, da sie dem Grundsatz des § 272 direkt widerspricht und geeignet ist, unliebsame Verzögerungen und unnütze Kosten zu verursachen, auch die Parteien irregulいたen und zu verkehrten Maßnahmen zu veranlassen. Auch die Rücksicht auf die Möglichkeit einer abweichenden Rechtsauffassung in der höheren Instanz kann solche, gewissermaßen antizipirte Beweiserhebungen nicht rechtfertigen. Solche Rücksichten beeinträchtigen die in jeder Instanz erforderliche Unabhängigkeit der Rechtsprechung. Jedes Gericht hat, abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmefällen, § 528 Abs. 2, nur seiner eigenen Rechtsauffassung zu folgen und muß ihr in jedem Stadium des Prozesses den Vorrang vor allen anderen Rücksichten geben. Es muß sich auch schon bei der ersten Berathung über seine Rechtsauffassung schlüssig machen, wenn davon die sofortige Entscheidung des Prozesses abhängig ist. Dies gehört zu der im § 272 vorgeschriebenen Prüfung,

ob der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist. Wenn diese Prüfung nicht schon bei der ersten Berathung vorgenommen zu werden brauchte, würde § 272 eine *lex imperfecta* sein, was er nach seiner Fassung und nach seinem Grundgedanken nicht ist. Voraussetzung ist, daß die Entscheidung über den „Rechtsstreit“, d. h. über die gestellten Anträge, den gerade geltend gemachten Anspruch in der allgemeinen Bedeutung des Wortes (Anm. 1 § 236) ergehen kann. Dieselbe ist also auch angezeigt, wenn eine Abweisung wegen prozeßhindernder Einreden oder anderer Mängel in den Prozeßvoraussetzungen erfolgen muß, Anm. 5 § 528. Vgl. indeß die Ausnahme des Versäumnißzwischenurtheils nach § 312 Abs. 2, Buchst. 4, 322; ferner über Urtheile mit Vorbehalt der Bertheidigungsmittel, §§ 502, 562, 563, 248 Abs. 2; §§ 136, 274. Allgemein zulässig sind solche Urtheile nicht; DsB. 4. März 1893, SA. 49, 103.

Endentscheidung ist die letzte, die Instanz abschließende Entscheidung, also nicht ein durch Eid bedingtes Urtheil, vgl. § 292, Anm. 1 § 87, Anm. 5 § 528. Es ist deshalb nicht geboten und nicht statthaft, nur ein bedingtes Endurtheil zu erlassen, während noch die Möglichkeit besteht, daß durch eine beantragte Beweisaufnahme das Sachverhältnis soweit aufgeklärt werden kann, um zu einem unbedingten Endurtheil zu gelangen. Besteht allerdings eine solche Möglichkeit nicht, so ist durch § 273 auch die Amtspflicht des Gerichts ausgesprochen, die auf keine andere Weise als durch ein bedingtes Endurtheil herbeizuführende Endentscheidung durch den Erlaß eines solchen bedingten Endurtheils vorzubereiten.

3) Ueber die Bedeutung von „Endurtheil“ vgl. Vorb. 1. Die Erlassung eines Urtheils umfaßt in der CP. stets die Beschlußfassung des Gerichts und ihre Verkündung. Die Verkündung, durch welche die Entscheidung erst in die äußere Erscheinung tritt, und bis zu welcher für sie als *internum* des Gerichts noch eine Aenderung vorbehalten bleibt, ist erst der Moment der Erlassung. Nur an die von ihm „erlassenen“ Urtheile ist das Gericht gebunden, § 289. Vgl. Anm. 1 § 475. Dies entspricht auch der sprachlichen Bedeutung eines Erlasses (*Proclama*). Ebenso *RG.* 17, 420; 18. Nov. 1886, *SB.* 164.

4) Im Abs. 2 ist eine gemäß § 138 zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung angeordnete Verbindung gemeint. Das Gericht hat das Endurtheil für den zur Endentscheidung reifen Prozeß zu erlassen, wemgleich der andere noch nicht dazu reif ist. Das im § 273 Abs. 2 zugelassene Ermessen für den Erlaß von Theilurtheilen ist für den Fall des § 272 Abs. 2 nicht aufgenommen; auch hieraus folgt die Anfechtbarkeit der Anm. 1 § 138 erörterten Ansicht des Reichsgerichts, daß die verbundenen Prozesse als ein Prozeß zu gelten hätten.

### § 273.

Ist von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder ist nur ein Theil eines Anspruchs, oder bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage zur Endentscheidung reif,<sup>1)</sup> so hat das Gericht dieselbe durch Endurtheil (Theilurtheil)<sup>2)</sup> zu erlassen.<sup>3)</sup>

Die Erlassung eines Theilurtheils kann unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet.<sup>4)</sup>

R. 283. N. 420—422. P. 95—97. 543.

1) Zulässig ist nach § 273 ein Theilurtheil, wenn

a) mehrere Ansprüche (§ 136) durch objektive (§§ 232, 253) oder subjektive Klagekumulation (§§ 56, 57) in derselben Klage geltend gemacht sind und einer der Ansprüche zur Endentscheidung (vgl. Anm. 2 § 272), d. h. zum Erlaß eines unbedingten Endurtheils oder zur Herbeiführung eines solchen durch bedingtes Endurtheil, reif ist; vgl. jedoch Anm. 4; — über den Begriff des Anspruchs und mehrerer Ansprüche s. Anm. 1 § 136; der Fall des § 138 wird nicht durch § 273, sondern durch § 272 Abs. 2 betroffen;

b) wenn ein quantitativer Theil eines Anspruchs des Klägers oder Widerklägers zur Endentscheidung reif ist, vgl. unter a; *RG.* 16, 423; 22, 400; 32, 342;



c) wenn eine Widerklage erhoben ist und dann nur über die Klage oder nur über die Widerklage (ohne Rücksicht auf den rechtlichen Zusammenhang mit der Klage; **R.O.** 15. Jan. 1889, **Raff.R.** 33, 727, **Z.M.** 84, **S.A.** 45, 98) entschieden werden kann. Die Klage bzw. Widerklage ist jedoch noch nicht entscheidungsreif, wenn derselben eine Kompensations-einrede auch nur eventuell entgegengesetzt ist, **R.O.** in **Buch** 19, 254. Insofern die Gegenforderung durch Einrede geltend gemacht ist, kann über diese abgehandelt nur ein Zwischenurtheil (§ 275 vgl. **Worb.** 1 **Abf.** 2 vor § 272, **R.O.** 20. Okt. 1886, **Z.M.** 347, **Ann.** 1 § 274), dagegen über die Forderung unter der Voraussetzung des § 274 ein „Theilurtheil“ (vgl. jedoch **Ann.** 2 § 274) erlassen werden. Wird im Urtheile die Klageforderung ohne Verurtheilung des Beklagten nur ihrem Betrage nach festgestellt, während über die Widerklage noch nicht (oder nur über den Grund nach § 276) entschieden wird, so ist das Urtheil über die Klage kein Theilurtheil, sondern stellt nur ein Element für das spätere Urtheil fest, **R.O.** 14. Okt. 1892, **Z.M.** 462.

Selbstverständliche Vorbedingung für den Erlaß eines Theilurtheils ist jedenfalls, daß die Vorausentscheidung so klar gestellt ist, daß die Erörterung und Entscheidung der übrig bleibenden Streitfragen daran nichts mehr ändern kann, **R.O.** 16, 423; und daß es sich zu b um einen festbestimmten Theil des geltend gemachten Anspruchs handelt, **R.O.** 22, 400; ferner daß die Entscheidung des Rechtsanspruchs nur durch den Mangel der Entscheidungsbefähigung gehindert und nicht etwa von einer Erlebigung oder Ausführung des zu erlassenden Theilurtheils (z. B. Rechnungslegung) abhängig ist; **R.O.** 14, 200; vgl. **Ann.** 4 § 232. Ein Theilurtheil ist auch zur Entscheidung über einen prinzipiellen Antrag betreffs einer Präjudizialfrage zulässig, so daß über einen ferneren Antrag erst entschieden werden soll, falls jenem Antrage entsprechend rechtskräftig entschieden ist, **R.O.** 4. Jan. 1892, **Z.M.** 93. Dagegen darf die Entscheidung über einen einheitlichen Antrag nicht durch Absonderung eines Theils auseinandergerissen werden; bei einem Antrage auf schuldenfreie Auflassung darf nicht das Recht auf Schuldenfreiheit von dem Rechte auf Auflassung getrennt werden; **R.O.** 7. März 1892, **Z.M.** 217. Auch der Anspruch aus dem Kauf auf Abnahme der Waare und Zahlung des Kaufpreises, enthält nicht mehrere Ansprüche, über welche gesondert entschieden werden könnte, sondern nur einen einheitlichen Anspruch auf Zahlung gegen Uebergabe; **R.O.** 17. Febr. 1889, **S.A.** 46, 220. Wird auf Zahlung eines Salbos aus einem Kontokorrentverhältnisse geklagt, so kann nicht über einzelne Posten des Kontokorrents ein Theilurtheil ergehen, da diese wohl Elemente des Salbo-Anspruchs sind, über welche ein Zwischenurtheil nach § 275 möglich ist, aber weder Theile desselben noch neben demselben besondere Ansprüche darstellen; **R.O.** 22, 400; 19. Nov. 1892, **Z.M.** 1893 S. 16. Das Gleiche gilt bei einer auf Theilung einer Vermögensmasse z. B. eines Nachlasses gerichteten Klage hinsichtlich der einzelnen Elemente des Theilungs-Anspruchs; **D.R.G.** Braunschweig, **S.A.** 46, 359. Die Zulässigkeit eines Theilurtheils wird dagegen dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Beklagte sich von der eingeklagten Leistung durch eine andere freimachen kann (wie bei Nozalklagen und im Falle des § 1126 I 11 **A.R.**); **R.O.** 13. Nov. 1890, **Z.M.** 1891 S. 6; ebensowenig durch die bloße Möglichkeit der Vorbringung weiterer Rechtsbehelfe Seitens einer Partei, soweit keine Veranlassung zur Ausübung des Fragerechts, § 130, vorliegt; **R.O.** 22. Febr. 1893, **S.A.** 48, 463, **Z.M.** 182. Keinenfalls kann die Möglichkeit, daß die Partei mit dem noch nicht spruchreifen Theile ihres Anspruchs unterliegt, den Richter an der Zuerkennung des spruchreifen Theils hindern, **R.O.** 11. Nov. 1891, **Z.M.** 1892 S. 12.

Ein Parteiantrag auf Erlassung eines Theilurtheils ist nicht nöthig. Die Zurückweisung eines solchen ist in allen Fällen nur ein prozessleitender Beschluß (**R.O.** 12. März 1887, **Z.M.** 111), gegen welchen eine Beschwerde nicht zulässig ist, weil das Gericht sich über die Erlassung oder Nichterlassung eines Theilurtheils (**Abf.** 2) nur auf Grund m. V. schließig machen kann, § 530; **R.O.** 20. April 1886, **Z.M.** 194, **Raff.R.** 30, 1150. Ein Versäumniß-Theilurtheil, **Ann.** 4, ist an sich zulässig; aber nicht Beschwerde gegen die Ablehnung eines solchen, **Kammern.** u. **Schuldenstein**, **Buch** 17, 142 ff. Ebensowenig ist nach Erlassung des Theilurtheils eine Beschwerde oder ein sonstiges Rechtsmittel dagegen zulässig, daß

nicht auch über den unerlebigen Theil des Rechtsstreits wegen angeblicher Entscheidungswaise ein Endurtheil erlassen sei, auch nicht unter dem Gesichtspunkte einer Beschwerde gegen Aussetzung des Verfahrens (§ 229), da solche in dem Erlaß eines Theilurtheils hinsichtlich des übrigen Prozeßstoffes keineswegs zu finden ist. Eine solche Beschwerde könnte auch nicht durch Berufung gegen das Theilurtheil selbst verfolgt werden, weil damit der in der ersten Instanz unerlebigt gebliebene Prozeßstoff nicht in die Berufungsinstanz gebracht wird, § 499; *R. O.* 15. Jan. 1889, *Raff. R.* 33, 727, *Z. M.* 84, *S. A.* 45, 98; *O. O.* Braunschweig, *S. A.* 45, 106. Anders im Falle des § 274, in dem es sich um kein eigentliches Theilurtheil handelt; vgl. *Anm.* 2 § 274.

2) Das Theilurtheil ist nach § 273 Abs. 1 ein Endurtheil über den entschiedenen Anspruch bzw. Anspruchstheil. Vgl. *Worb.* vor § 272. Durch den Erlaß eines Theilurtheils wird der betroffene Theil für die vorliegende Instanz endgültig entschieden und durch die späteren Prozeßverhandlungen derselben Instanz nicht mehr berührt. Ein späteres kontradiktorisches oder Versäumnisurtheil kann nur noch den Rest der Ansprüche betreffen. Vgl. § 289. Da indeß durch das Theilurtheil, selbst wenn es rechtskräftig wird, nicht die dafür zu Grunde gelegten Thatsachen rechtskräftig festgestellt werden, so sind diese für den Rest der Entscheidung von Neuem zu prüfen, also auch neuer Beweisführung unterworfen, *R. O.* 7, 354. Bei ausdrücklicher Bezeichnung eines Urtheils als Theilurtheils ist Alles, worüber nicht ausdrücklich entschieden ist, als vorbehalten anzusehen, *R. O.* 1. Kov. 1881, *Z. M.* 211, mithin auch der Kostenpunkt. Im Theilurtheile etwas über den Kostenpunkt zu bestimmen oder auch nur einen Vorbehalt späterer Entscheidung aufzunehmen, wie *Strudmann-Roch Anm.* 3 nöthig halten, ist nicht vorgeschrieben. Aus § 292 Abs. 1 folgt nur, daß bei der „Endentscheidung“ über den Kostenpunkt vollständig mit entschieden werden muß; für Theilurtheile (welche zwar „Endurtheile“ sind, aber nicht die Endentscheidung des Prozeßes im Sinne der §§ 272, 292 enthalten) bedeutet die Nichterwähnung des Kostenpunktes einen stillschweigenden Vorbehalt. (*W. Bez. Raff. R.* 33, 281 ff., welcher grundsätzlich in allen Fällen eine Theilentscheidung über die Kosten für geboten erachtet; vgl. gegen denselben mit *Recht Zastrow*, ebenda 810 ff. u. *Gaupp Anm.* IV Nr. 17.) Andererseits ist nicht unterfagt, im Theilurtheile auch schon über den Kostenpunkt Theilentscheidungen zu treffen. Die *Gegenbemerkungen* von *H. Meyer*, *Buch* 7, 289 sind insoweit zutreffend, als die Verurtheilung in einen Theil der Kosten nicht nach dem Schema erfolgen darf: „soweit solche durch die Theilentscheidung erwachsen sind“ oder unter der Bedingung eines bestimmten Ausfalls der Endentscheidung. Daraus folgt aber nicht die Ungültigkeit der Auserlegung einer bestimmten Quote oder eines bestimmten Quantum der Gesamtkosten im Theilurtheil, z. B. wenn feststeht, daß die betreffende Partei jedenfalls mindestens diese Quote oder dieses Quantum tragen muß, mag die Endentscheidung ausfallen, wie sie wolle. Vgl. *Anm.* 1 § 87 u. *Anm.* 1 § 88; ferner *R. O.* 17. Dez. 1884, *S. A.* 40, 229; *R. O.* 28. März 1885, *Z. M.* 241, *O. O.* Stuttgart u. Braunschweig, *S. A.* 42, 84, 348. Die Ansicht von *Zastrow a. a. O.*, daß die Auserlegung einer Quote der Gesamtkosten mit Rücksicht auf eine mögliche Klageerweiterung unzulässig sei, erledigt sich dadurch, daß in den meisten Fällen (bei Einklagung eines Gesamtanspruchs) eine die Kosten beeinflussende Klageerweiterung thatsächlich ausgeschlossen ist und daher nicht berücksichtigt zu werden braucht. Wegen der Berechnung der Kosten s. *O. R. O.* § 12, *Anw. O. D.* §§ 10, 25.

Aus der Eigenschaft des Theilurtheils als Endurtheils über einen Anspruch oder einen Theil desselben folgt, daß Rechtsmittel dagegen selbständig und ohne daß die Entscheidung wegen des Restes abzuwarten wäre, eingelegt werden können und zur Vermeidung der Rechtskraft auch müssen. § 472, 507; daß das Theilurtheil der materiellen Rechtskraft des § 293 fähig, und nach den näheren Bestimmungen der §§ 644 ff. vollstreckbar bzw. vorläufig vollstreckbar ist, *R. O.* 19. Okt. 1893, *Z. M.* 539. Vgl. *Worb.* 1 vor § 272. Hat das Gericht ein Theilurtheil erlassen, so verliert es diesen Charakter auch dann nicht, wenn nur ein Zwischenurtheil hätte erlassen werden sollen, *R. O.* 22. Kov. 1887, *Z. M.* 1888 S. 11.

3) Die Fassung des Abs. 1 „hat zu erlassen“ in Verbindung mit der im Abs. 2 dem Gerichte gegebenen Ermächtigung zur Abweichung ist (im Gegensatz zu der Fassung „kann“ im § 274) gewährt worden, um für den § 273 die Erlassung des Theilurtheils als Regel hinzustellen, P. 96.

4) Für die Anwendung des Abs. 2 ist nicht entscheidend, ob die Theilung angemessen ist, sondern ob das Gericht sie angemessen erachtet. Sie soll lebendig dem Ermessen des Gerichts überlassen bleiben; R. 13. Nov. 1890, ZW. 91. Von der Vors. ist dem G. 1 § 247: „wenn das Gericht sie nach Lage der Sache bedenklich findet“ die jetzige Fassung substituiert, um jeden Zweifel darüber zu beseitigen, daß, obgleich die Regel des Abs. 1 legislatorisch gewünscht wird, das Gericht aus gewissen Gründen die Einheitlichkeit des Endurtheils vorziehen kann, ohne Rücksicht darauf, ob und welcherlei objektive Bedenken der Theilung entgegenstehen. Das Ermessen ist an sich nicht revidibel; doch unterliegt das Theilurtheil im Rechtsmittelwege der Aufhebung, wenn für den Erlaß desselben die gesetzlichen Voraussetzungen fehlten; R. 11. Nov. 1891, ZW. 1892 S. 12; 22. Febr. 1893, ZW. 182. Im Interesse der Parteien ist zu berücksichtigen, daß durch den Erlaß eines Theilurtheils die Revisibilität beseitigt werden kann, § 508; R. 13, 382; 17, 47; 17. Nov. 1887, ZW. 299. Unter Umständen kann, wenn ein Theilurtheil nicht angemessen erscheint, bei den Voraussetzungen des § 275 ein Zwischenurtheil erlassen werden, R. 21, 340. Ein durch Eid bedingtes Theilurtheil ist zwar grundsätzlich nicht ausgeschlossen, vgl. Anm. 1, wird jedoch selten zweckmäßig sein, namentlich wenn es sich nur um einen Anspruchs-Theil handelt. Ueber Veräumnis-Theilurtheile Anm. 1, Vors. 2 vor § 295, Anm. 4, 5 § 295, Anm. 1 § 296.

Im § 273 Abs. 1, 2 ist für alle Fälle der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, Ehe-sachen nicht ausgenommen, R. 15. Nov. 1884, ZW. 299; eine Ausnahme vom Abs. 2 bilden indeß die positiven besonderen Vorschriften des § 278 und des § 318 Abs. 2 und entsprechend des § 277 (Anm. 3 dazu).

Der § 273 findet auch in der Berufungsinstanz Anwendung, § 485, dergestalt, daß über das Rechtsmittel zunächst nur zum Theil entschieden und entweder dasselbe soweit zurückgewiesen oder auf dasselbe die angefochtene Entscheidung soweit aufgehoben bzw. abgeändert wird; oder daß bei wechselseitigen Berufungen (bzw. bei Anschließungen) zunächst nur über das zur Entscheidung reife Rechtsmittel der Partei erkannt wird; R. 3. April 1889, ZW. 205; dagegen ist es nicht zulässig, unter Aufhebung des Urtheils der Vorinstanz in seiner Totalität ein Theilurtheil an dessen Stelle zu setzen, welches die Entscheidung einzelner Punkte noch offen hält; R. 14, 200.

Ueber Berechnung der Kosten bei getrennter Verhandlung der Widerklage nach Erlaß eines Theilurtheils über die Klage (oder im Falle des § 136) vgl. R. 16. Mai 1890, ZW. 203 (§ 274 ist in dieser Entsch. zu Unrecht allegirt, vgl. Anm. 1 § 274).

## § 274.

Ist von dem Beklagten mittels Einrede eine Gegenforderung geltend gemacht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann, wenn nur die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist,<sup>1)</sup> diese unter Trennung der Verhandlungen durch Theilurtheil erfolgen.<sup>2)</sup>

R. 304. N. 423. P. 97. 543.

1) Ueber den Grund und die Tragweite des in den §§ 136 Abs. 2, 274 ausgebräuteten Gedankens und über die durch §§ 136, 274 mögliche Beeinträchtigung des Kompensationszwecks vgl. Anm. 2 § 136. Wenn nach § 136 eine Verhandlung in getrennten Prozessen angeordnet ist, so folgt schon hieraus, daß über beide Prozesse getrennte Urtheile zu erlassen sind, falls nicht eine Wiederverbindung (§ 141) erfolgt ist. Durch § 274 ist dem Gerichte auch dann, wenn bis zum Urtheile nicht getrennt verhandelt ist, gestattet, noch im Urtheile „unter Trennung der Verhandlungen“ getrennt zu entscheiden. Der § 274 trifft

nur die Geltendmachung von Gegenforderungen mittels Einrede (abw. Petersen, Buch 19, 247 gegen den klaren Wortlaut); eine darauf gerichtete Widerklage wird vom § 273 getroffen; im § 136 ist beides verhandelt.

Voraussetzungen des § 274 sind:

a) daß der Klage eine nicht konnex Gegenforderung durch Einrede ohne Widerklage entgegengesetzt wird und die Einrede nicht schon entscheidungsreif ist, **R. 24, 423.** (Auf andere Fälle zerstörlcher Einreden ist § 274 nicht auszudehnen; **R. 2. Febr. 1887, ZW. 67.**) Im Falle einer verabredeten Kompensation (Bruchot 9, 146) ist ein rechtlicher Zusammenhang hergestellt, auch wenn Forderung und Gegenforderung sonst nicht aus demselben Rechtsgeschäfte herflammen, und es sind dann also weder § 136 noch § 274 anwendbar, wohl aber in Betreff einer Widerklage der vom Zusammenhange nicht abhängig gemachte § 273;

b) daß die Entscheidung über die Forderung zuerst erfolgen kann. Für den umgekehrten Fall, wenn die Verhandlung über die Gegenforderung zuerst zur Entscheidung reif wird, ist § 274 nicht anwendbar; es kann dann nach § 275 ein Zwischenurtheil erlassen werden. — Ein Parteilantrag ist nicht nöthig. Das Gericht kann auch gegen entsprechende Anträge ein Theilurtheil erlassen.

2) Der Ausdruck „Theilurtheil“ zeigt, daß der Prozeß durch dasselbe nicht vollständig beendet wird, sondern hinsichtlich der Gegenforderung fortzusetzen ist. Er ist jedoch für den § 274 in sofern nicht ganz korrekt, als das Urtheil über die Einrede der Gegenforderung nicht einen anderen Theil des Rechtsstreites zu erledigen bestimmt ist, vgl. Anm. 1 § 292; das s. g. Theilurtheil ist vielmehr ein provisorisches Endurtheil über den Klageanspruch unter Vorbehalt des Vertheidigungsmittels der Gegenforderung und entspricht den Urtheilen §§ 502 Abs. 3, 562 Abs. 3. (**MR. Lippmann, Buch 13, 143 ff.**, welcher aus dem Ausdruck „Theilurtheil“ folgert, daß der Prozeß damit sein Ende finde; vgl. im Uebrigen wegen der abweichenden Ansichten Anm. 2 § 136). Demnach kann auch bei einem Verstoß gegen § 274 die Berufung darauf gegründet werden, daß nicht zugleich mit der Klageforderung über die Gegenforderung erlannt sei (anders in dem Falle des Erlasses eines wirklichen Theilurtheils bei Klage und Widerklage, Anm. 1 § 273); **R. 24, 423.** Ebenso ist Berufung zulässig, wenn statt der im § 274 zugelassenen Erlassung eines Theilurtheils die Einrede aus dem Prozesse hinausgewiesen wird, **R. 22. Okt. 1888, Raffr. 33, 1143.** Die Wirkung der Trennung ist für das Theilurtheil über die Forderung die Selbständigkeit dieses Theilurtheils hinsichtlich der Rechtsmittel, der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit ohne Rücksicht auf die Gegenforderung (vorbehaltlich der über die Gegenforderung im Schlussurtheile ergehenden Entscheidung). Das in der zulässigen Frist nicht angefochtene Theilurtheil wird rechtskräftig, auch wenn es keine Kostenentscheidung enthält, vgl. Anm. 2 § 273; **R. 19. Okt. 1893, ZW. 539.** Ein Antrag auf Einstellung der **ZB.** gemäß §§ 647, 657 kann nicht allein auf die Thatfache der geschehenen Geltendmachung einer Gegenforderung gestützt werden; dies würde dem gesetzgeberischen Zwecke des § 274 zuwiderlaufen, vielmehr ist der Beklagte lediglich auf Ausbringung eines Arrestes, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen, zu seiner Sicherung angewiesen; **R. 26. März 1889, ZW. 169.** Das Urtheil über die Klageforderung enthält nothwendig in sich den Vorbehalt, daß die Entscheidung über die Gegenforderung erst endgültig über den Rechtsstreit und die Klage entscheidet, entsprechend den §§ 502, 503, 563, **R. 28, 414; 31, 1 Wien.; DRS. 30. Okt. 1893, SA. 49, 351;** vgl. Anm. 2 § 136. Die Verhandlung über die Kompensationseinrede bildet mit der Verhandlung über die Klage einen Prozeß, auch betreffs der Kosten, **R. 18. Sept. 1893, ZW. 471;** anders bei Widerklagen; Anm. 4 § 273.

### § 275.

Ist ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel<sup>1)</sup> oder ein Zwischenstreit<sup>2)</sup> zur Entscheidung reif, so kann die Entscheidung durch Zwischenurtheil<sup>3)</sup> erfolgen.

1) Die Erlassung eines Zwischenurtheils für den Rechtsstreit unter den Parteien ist nach § 275 zulässig:

I. wenn ein selbständiges Angriffss- oder Bertheidigungsmittel, ohne den Rechtsstreit zu erschöpfen, oder

II. wenn ein Zwischenstreit

zur Entscheidung d. h. zu einer unbedingten oder durch Eid bedingten (§ 426) Entscheidung reif ist. Dagegen kann ein Zwischenurtheil nicht in anderer Weise bedingt z. B. von dem Erfolge eines anderweit zu erbringenden Beweises (nach Art des Beweisinterlokuts des gem. Prozesses) abhängig gemacht werden. Ein solches ungesetzlich erlassenes Zwischenurtheil würde unwirksam sein und das erkennende Gericht nicht binden; *R. O.* 16, 928.

Für die Anwendung der §§ 275, 289 ist es gleichgültig, ob das Zwischenurtheil aus dem einen oder anderen der beiden Gründe I. und II. des § 275 erlassen wird. Dagegen sind die beiden Gründe mit Rücksicht auf sonstige Verschiedenheiten auseinander zu halten; insbesondere finden die nur für den Zwischenstreit gegebenen Vorschriften der §§ 312 Abs. 2, 426 Abs. 1 auf das Zwischenurtheil über ein selbständiges Angriffss- oder Bertheidigungsmittel keine Anwendung. Ueber den Begriff der selbständigen Angriffss- und Bertheidigungsmittel s. Anm. 1, 2 § 137. Zu den Zwischenurtheilen gehören die gesonderten Entscheidungen über einzelne Posten im Kontokorrentstreit, *R. O.* 22, 400; über einzelne Elemente zur Begründung des Anspruchs, vgl. Anm. 2 § 276; Vorabentscheidungen über den Grund eines Anspruchs, § 276 und Entscheidungen, durch welche prozeßhindernde Einreden verworfen werden, § 248; die letzteren beiden Kategorien sind jedoch hinsichtlich der Rechtsmittel den Endurtheilen gleichgestellt, vgl. Anm. 3, was auf Zwischenurtheile über andere Einreden (z. B. aus § 576) nicht auszudehnen ist; *R. O.* 31. Jan. 1893, *Z. B.* 134. Hinsichtlich aller Einreden gilt, daß die Abweisung der Klage auf Grund einer Einrede ein Endurtheil und nicht Zwischenurtheil ist, *R. O.* 11. Jan. 1895 S. 61. Die Feststellung einer Kompensationseinrede ist zur Entscheidung erst reif, wenn auch über den Betrag entschieden werden kann, *R. O.* 6, 421; 12, 363; 24. Febr. 1892, *Z. B.* 159; dagegen kann die Kompensationseinrede schon vor Erörterung des Betrages wegen mangelnden Grundes durch Zwischenurtheil verworfen werden. Die Zulässigkeit eines Zwischenurtheils wird nicht dadurch beseitigt, daß das Gericht nach Lage der Sache ein Theilurtheil nach § 273 erlassen kann; *R. O.* 21, 340.

2) Ein Zwischenstreit unter den Parteien ist nur in den in Vorb. 2 vor § 119 bezeichneten Fällen vorhanden. Daß im § 275 nur der Zwischenstreit unter den Parteien gemeint ist, ergiebt der Zusammenhang dieser Lehre und bemerken auch die *Rot.* 217. Ein vorgängiger gerichtlicher Ausspruch, daß ein Zwischenstreit verhandelt werden soll, ist nicht nöthig; auch nicht eine abgeforderte Verhandlung. Die Vorbereitung unterliegt den allgemeinen Regeln unter Berücksichtigung des § 123.

3) Das Zwischenurtheil (vgl. darüber v. Bülow, *Raff. R.* 22, 809 ff. und Schollmeyer *Zwischenstreit* 18 ff.; *Brettner*, *Öblicher Mag.* 5, 283 ff.; *Fergenhahn*, *civ. R.* 79, 108 ff.), welches aus dem einen oder andern Grunde erlassen wird, ist, wie schon der Name bezeichnet und aus der Natur des Stoffes folgt, über welchen darin entschieden wird, im Gegensatz zum Theilurtheile kein Endurtheil und entscheidet auch für dieselbe Instanz nicht über einen Anspruch oder einen Theil eines solchen, sondern nur über einen im richterlichen Denkprozeß des Endurtheils einzufügenden Gedankenabschnitt, vorbehaltslich der Erwägung, ob der dadurch entschiedene Streitpunkt für das demnächstige Urtheil nicht aus anderen Gründen sich unwesentlich zeigt. Es kann nicht eine Zuerkennung oder Aberkennung eines Anspruchs enthalten, vgl. indeß Anm. 4 § 293 betreffs einer Kompensationseinrede. Das Zwischenurtheil ist deshalb außer den positiven Ausnahmen der §§ 248, 276 nicht selbständig durch Rechtsmittel anfechtbar, welche vielmehr gegen das zu erwartende Endurtheil zu richten sind, vgl. *R. O.* 16. Jan. 1884, *Raff. R.* 28, 1146; 25. April 1884, *Z. B.* 171 Ziff. 12; 31. Jan. 1893, *Z. B.* 134. Dafür ist es auch unerheblich, ob das Gericht (z. B. bei Zurückweisung des einzigen Klaggrundes) ein Endurtheil hätte fällen können, wenn ausdrücklich nur ein Zwischenurtheil erlassen ist, *R. O.* 22. Nov. 1894, *Z. B.* 1895 S. 8.

(Die Urtheile der §§ 502, 562 sind keine Zwischenurtheile, da sie über den Anspruch entscheiden, sondern provisorische Endurtheile. Ebenso Hellmann, Lehrb. 308, 319, 942; aM. Gaupp Anm. I, 4, der sie mit Pfand und Wad zu den Zwischenurtheilen zählt. Das gelegentliche Citat in R. 26. Juni 1889, ZW. 305, auf welches sich Gaupp beruft, ist bedeutungslos.) Das Zwischenurtheil ist auch nicht der materiellen Rechtskraft des § 293 fähig, weil es nicht über einen Anspruch entscheidet. Das Gericht, welches das Zwischenurtheil erlassen hat, ist jedoch daran gebunden, wenn es über denselben, durch das Zwischenurtheil entschiedenen, Prozeßstoff in seinem späteren Endurtheile eine Entscheidung fassen muß, § 289. Letzteres ist in dem Falle, wenn wegen Totalveräumnis nach §§ 295 ff. ein Veräumnisurtheil zu erlassen ist, zufolge der Präjudize der §§ 295 ff. nicht nötig, sofern nicht das Zwischenurtheil über eine von Amtswegen für jede Prozeßentscheidung zu erledigende Frage ergangen ist und einer anderweiten Prozeßentscheidung entgegenstehen würde, vgl. Anm. zu § 297. Im Uebrigen fällt also das Zwischenurtheil mit einem Veräumnisurtheil fort, lebt aber mit dem Einspruche dagegen nach §§ 307, 289 wieder auf. Theilweis aM. Zettermann, Inaugural-Differt., Ueber den Einfluß des Zwischenurtheils u., München 1893, und noch weitergehend Volgiano, Busch 19, 365 ff., dessen Ausführungen jedoch vielfach auf falschen Prämissen beruhen, z. B. daß die Abweisung eines Bieferungs-Anspruchs ein Zwischenurtheil und daß beim Richtersetzten einer Partei in der mB. partielle Veräumnis anzunehmen sei, S. 39. Ueber das Verhältnis des Zwischenurtheils gemäß § 248 zu dem Urtheile über die Hauptsache vgl. Anm. 4 § 248.

Das Zwischenurtheil kann durch Eid bedingt sein, § 426; vgl. Anm. 1. Da das Veräumnisverfahren der §§ 295 ff. sich nur auf totale Verhandlungsveräumnis gründet, so ist ein Veräumniszwischenurtheil, welches lediglich für den durch das Zwischenurtheil zu beseitigenden Rechtsstoff Wirkung hätte, als Zweck der §§ 295 ff. im Allgemeinen nicht möglich, und somit nur zulässig, wo es durch positive Vorschriften gestattet ist. Dies ist in den drei Fällen der §§ 312 Abs. 2, 430 und 217 Abs. 4 geschehen.

Die Form des Zwischenurtheils ist die aller Urtheile, § 284; auch die Verkündung folgt den gleichen Regeln, §§ 280 ff. Eine Zustellung ist mit Rücksicht auf § 283 Abs. 2 und, da eine Zwangsvollstreckung nicht stattfindet, nur in den Fällen der §§ 248, 276 hinsichtlich der Rechtsmittel und in den Fällen des Veräumniszwischenurtheils: §§ 217 Abs. 4, 312 Abs. 2, 430 hinsichtlich des Einspruchs nötig. Die Erlassung unterliegt im Allgemeinen dem Ermessen des Gerichts und ist für dasselbe nur in den Fällen der §§ 248, 217 Abs. 4, 312 Abs. 2, 331, 430 obligatorisch.

## § 276.

Ist ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig,<sup>1)</sup> so kann das Gericht über den Grund vorab entscheiden.<sup>2)</sup>

Das Urtheil ist in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen;<sup>3)</sup> das Gericht kann jedoch, wenn der Anspruch für begründet erklärt ist, auf Antrag anordnen, daß über den Betrag zu verhandeln sei.<sup>4)</sup>

R. 266. N. 423. P. 97. 98. 543.

1) Voraussetzung des § 276 ist, daß der Anspruch in dem vorliegenden Prozesse nach Grund und Betrag streitig, daß also ein bestimmter Betrag Gegenstand des Klageanspruchs ist, R. 12, 353. Dies wird bei Feststellungsklagen nur ausnahmsweise der Fall sein (vgl. R. 8, 360). Im Uebrigen ist § 276 anwendbar für alle Ansprüche, deren Grund und Betrag streitig sein kann, nicht bloß für Ansprüche auf Schadensersatz oder Leistung von Interesse, wie Hann. PD. § 347, Rot. 219. Ob der Grund des Anspruchs wegen Bestreitung der Klagehatsachen oder nur wegen einer Einrede (z. B. der Zahlung) streitig ist, macht für die Anwendbarkeit des § 276 keinen Unterschied; R. 21. Febr. 1891, SA. 46, 361. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Grund des Anspruchs ein dinglicher oder persönlicher ist, auf vermögensrechtlichen oder anderen Verhältnissen beruht, auch ob der Anspruch durch Klage oder Widerklage dem Urtheile unterbreitet ist. Ein

Zwischenurtheil, welches nur über den Grund einer Einrede (Kompensationseinrede) entscheidet, fällt nicht unter § 276. Vgl. Anm. 1 § 273; *RO.* 6, 420; 16. Mai 1882 (*Ballm.* 588; *Bab.* Anm. 1882 S. 1881); *RO.* 12, 362; 9. Juli 1888, *ZB.* 343; 22. Dez. 1890, *ZB.* 1891 S. 89; 22. Febr. 1890, *RaffR.* 35, 1195; 24. Febr. 1892, *ZB.* 159; 14. März 1894, *ZB.* 196; *RaffR.* 38, 1225; *DO.* Braunschweig, *Buch* 7, 103; *DO.* Hamburg, *SA.* 39, 472; *Gaupp* Anm. I, *Seuffert* Anm. 2; *Peterfen* Anm. 1. *AR.* Endemann 2, 105. — Auch das Berufungsgericht kann über den Grund vorabentscheiden, § 485, selbst wenn in der ersten Instanz die Klage abgewiesen ist; vgl. Anm. 6 § 500; *RO.* 5, 413; 14, 357; 19, 247. — Eine Vorabentscheidung im Sinne des Abs. 1 liegt nur dann vor, wenn der Grund des Anspruchs für gerechtfertigt (unter Vorbehalt der Entscheidung über den Betrag in demselben Prozesse) erklärt wird. Dies ergiebt sowohl die Bedeutung des Ausdrucks, welcher einen Vorbehalt für eine spätere Entscheidung in sich schließt, als auch der erste Satz des zweiten Alinea, welcher ganz allgemein anordnet, daß das Urtheil (aus Abs. 1) in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen sei, während doch im Falle der Klageabweisung wegen Unrechtmäßigkeit des Klagegrundes ein wahres Endurtheil vorliegt (vgl. Anm. 2). Wenn im Satze des Abs. 2 die Weiterverhandlung nur für den Fall zugelassen wird, daß der Anspruch für begründet erachtet wird, so wird durch diesen, sonst überflüssigen, Zusatz nur angedeutet, daß im Falle einer definitiven Abweisung, d. h. wenn eine Vorabentscheidung im Sinne des Abs. 1 nicht gefällt wird, eine weitere Verhandlung und Entscheidung über den eventuell zuzusprechenden Betrag nicht mehr zulässig ist, wie dies partikularrechtlich vorgeschrieben war (§ 40 I 13 *ABD.*). Dies sagen auch die *Not.* 218. Für die Anwendung der Legitvorschrift wird eine abgeseonderte Verhandlung über den Grund ebensowenig erforderlich, wie ein besonderer Beschluß über den Erlaß einer Vorabentscheidung. Das Reichsgericht ist (nach anfänglichen Schwankungen, vgl. *RO.* 5, 412, 413; 6, 57; 8, 360; 10, 427, 432; 14, 355; 11. *Dt.* und 3. *Mai* 1882, *RaffR.* 27, 1098, 1106) der hier vertretenen Auffassung beigetreten; *RO.* 16, 311; 17, 349; 19, 247; 22, 392; 13. *Mai* 1885, *ZB.* 243, *RaffR.* 29, 1124; 5. Febr., 5. *Nov.* 1886, *ZB.* 114, 445; 30. *Dt.* 1886, *SA.* 42, 371; 5. *April* 1888, *RaffR.* 33, 1178. Demnach kommt § 500 Nr. 3 in der Berufungsinstanz nur dann zur Anwendung, wenn die Berufung gegen eine lediglich den Grund des Anspruchs feststellende Vorabentscheidung der ersten Instanz zurückgewiesen wird. Ebenso *Gaupp*, *Seuffert*, *Strudmann-Roch*, *Peterfen*, *Wach*; *AR.* *Harries*, *Bl. f. Rechtspf. in Thüringen* 34, 289.

2) Wird der Grund des Anspruchs für eine Klage oder Widerklage ungerechtfertigt gefunden, so ist er durch wahres Endurtheil, nicht durch bloße Präjudizial-Entscheidung, (vgl. Abs. 1) abzuweisen. Dies folgt schon aus § 272 Abs. 1. Wird er begründet erklärt, so ist das Urtheil (wie Abs. 2 anerkennt, „ist . . . anzusehen“) ein Zwischenurtheil; und es werden dadurch die selbständigen (zur Zeit der Erlassung des Urtheils bereits entstandenen, vgl. Anm. 3) Vertretungsmittel hinsichtlich des Grundes unter Vorbehalt derjenigen gegen den Betrag beseitigt. Ein Zwischenstreit liegt mit Rücksicht auf den im § 191 ausgesprochenen Gegensatz zur Hauptsache nicht vor, da der Streit die Hauptsache betrifft. Nicht sind die Zwischenstreitsbestimmungen der §§ 312 Abs. 2, 426 Abs. 1 nicht anwendbar. Aus demselben Grunde kann auch kein Versäumnißzwischenurtheil über den Grund allein erfolgen, sondern nur ein Versäumnißurtheil zur Hauptsache; v. *Sarwey* I, 424; *Gaupp* Anm. II, *Seuffert* Anm. 3. *AR.* wegen § 312 Abs. 2, weil ein Zwischenstreit entschieden werde, *Strudmann-Roch* Anm. 1; *Endemann* 2, 106. Bei der Unmöglichkeit eines Versäumnißzwischenurtheils hat es hier, wie für § 248, keinen praktischen Einfluß, daß das Urtheil im Abs. 2 nur in Betreff der Rechtsmittel und nicht auch des Anspruchs als Endurtheil anzusehen ist. Vgl. *Daas* *RaffR.* 34, 336 f. — Wenn das Gericht den auf Kondemnation gerichteten Anspruch deshalb abweist, weil ein Schadensbetrag nicht nachgewiesen sei, so kommt § 276 nicht zur Anwendung; und es ist unzulässig, in einem solchen Falle die Rechtmäßigkeit des Grundes daneben im Urtheilstenor festzustellen. Zur Rechtmäßigkeit des Grundes eines Schadensanspruches gehört auch gerade und in erster Linie die Existenz eines Schadens. Wird diese vom Richter verneint, so ist ein Zwischen-

urtheil im Sinne und mit den Wirkungen des § 276 unmöglich; *Nö.* 28. Okt. 1890, *ZW.* 411; 7. März 1894, *ZW.* 180; inbeß genügt es zum Erlaß eines den Grund bejahenden Zwischenurtheils, in dieser Beziehung, daß die Möglichkeit des Schadens vorhanden ist, *Nö.* 12. Dez. 1892, *ZW.* 1893 S. 75. — Der § 276 setzt ferner voraus, daß nicht bloß einzelne, sondern alle den Grund des Anspruchs hinsichtlich der Entstehung und Beharrung darstellenden Momente von dem Gericht für den Zeitpunkt der Urtheilsfällung (vgl. über spätere Veränderungen Anm. 3) bejaht werden. Der Anspruch kann nicht dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt werden, wenn noch für einen Theil der begründenden Elemente der Nachweis fehlt, *Nö.* 31, 361; 28. u. 18. März 1893; *RaffR.* 37, 970, 1243, *ZW.* 250; 14. Juni 1894, *ZW.* 424; *DZG.* Nürnberg, *Buch* 18, 390. — Zulässig ist es, daß der festzustellende Grund des Anspruchs in der Urtheilsformel durch Angabe der rechtlich relevanten Thatfachen, aus denen er sich zusammensetzt, näher bestimmt und begrenzt wird (*Nö.* 16, 385, das Urtheil desselben Senats in *Nö.* 13, 401 richtig stehend); u. *Nö.* 14. Juni 1893, *RaffR.* 37, 1241. Wird durch ein Zwischenurtheil nur ein einzelnes Element des Grundes (z. B. bei einem Provisions-Anspruch nur die Gültigkeit des Provisionsversprechens), einzelne Rechtsfragen oder lediglich die Entstehung, nicht die Unbegründetheit der einredeweise geltend gemachten Aufhebung des Grundes, festgestellt, oder der Inhalt des Anspruchs ganz oder theilweise unentschieden gelassen, so ist dies ein Zwischenurtheil, welches in Betreff der Rechtsmittel nicht als Endurtheil anzusehen ist; *Nö.* 31, 361; 16. Jan. 1884, *RaffR.* 28, 1146; 1. Febr. 1884, *SA.* 39, 347; 28. Febr. 1887, *RaffR.* 32, 424; 9. Juli 1888, *ZW.* 343; 18. Febr. 1889, *ZW.* 130; 21. Febr. 1891, *ZW.* 179, *SA.* 46, 362; 3. Mai, 27. Okt. 1893, *ZW.* 306, 538; *DZG.* Cassel, *Buch* 14, 489; *DZG.* Braunschweig, *SA.* 44, 104. Wenn dessenungeachtet das Gericht in einem solchen Falle dem von ihm erlassenen Zwischenurtheile den Charakter einer Vorabentscheidung aus § 276 beleiht, diese also in der Form sich als solche darstellt, so kann dieselbe allerdings nur durch das zulässige Rechtsmittel beseitigt werden. Das höhere Gericht wird dann das Urtheil aufzuheben und wegen Verletzung wesentlicher Grundsätze des Verfahrens die Sache in die frühere Instanz zurückzuweisen haben; *Nö.* 6, 421, 431; 13, 403; 16, 388; 14. Juni 1893, *ZW.* 346, *RaffR.* 37, 1242; *DZG.* Kiel, *SA.* 41, 366. (Vgl. § 501.) Das Gleiche gilt für den Fall, daß nicht der Grund des Anspruchs, sondern der Betrag und die Grundsätze für die Berechnung desselben streitig sind und daß das Gericht über diese Grundsätze ein Zwischenurtheil erlassen und solches zu Unrecht als eine Vorabentscheidung aus § 276 charakterisirt hat; *Nö.* 8, 363. Wenn das Gericht nur ein Zwischenurtheil über ein Element des Anspruchs nach § 275 erlassen hat, so enthält dieses den Charakter eines Urtheils aus § 276 nicht dadurch, daß das Gericht nach Lage der Sache ein solches Urtheil hätte erlassen können; denn die Anwendung des § 276 ist nur fakultativ; *Nö.* 22. Nov. 1894, *ZW.* 1895 S. 8. Eine durch Eid bedingte Vorabentscheidung über den Grund scheint zwar mit Rücksicht auf die in Anm. 1 § 427 angegebenen, namentlich im *Nö.* 7, 421 (verein. Civ.-Sen.) ausgesprochenen Grundsätze nicht zulässig. Das Urtheil müßte nämlich für den einen Fall die Folgen dahin normiren, daß Kläger abzuweisen sei, während für den entgegengesetzten Fall weitere Verhandlung vorzubehalten wäre; das Urtheil würde mithin für den einen Fall Endurtheil, für den anderen sachlich ein Zwischenurtheil sein. Für die Praxis ist die Zulassung eines solchen Urtheils indessen Bedürfnis, um nutzlose und kostspielige Beweisaufnahmen zu vermeiden. Das Kammergericht zu Berlin hat auch in Sachen *Essenstädt* v. *Ulrich* II. 374. 84. VI. ein durch Eid bedingtes Urtheil über den Grund des Anspruchs erlassen, welches von dem *Nö.* durch Urtheil vom 30. März 1885, I 10/1885 bestätigt worden ist. Für die Zulässigkeit eines solchen Urtheils ist in der That gegen eine Folgerung aus *Nö.* 7, 421 geltend zu machen, daß das den Grund feststellende Urtheil hinsichtlich der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen ist. Es kann als Endurtheil hinsichtlich der Rechtsmittel füglich dahin tenorirt werden, daß im Schwörungs- (oder Nichtschwörungs-) Falle der Grund des Anspruchs gerechtfertigt ist, im andern Falle der Kläger abgewiesen wird, *S.* Meyer, *Buch* 16, 533. Vgl. auch für die Zulässigkeit *Seuffert* Anm. 3 und in



Buch 7, 20 ff., ferner **R. 3.** Mai 1889, **ZB.** 256, **Raffr.** 33, 1167; 21. Febr. 1891, **SA.** 46, 362; 5. März 1894, **ZB.** 180. Ebenso **Gaupp Anm. I;** **Kocholl, Rechtsfälle** 2, 439; **a. M. Haas, Raffr.** 34, 351 ff., unter Uebertreibung der Tragweite der angeführten Plen.-Entsch. Darüber, daß für die Anfechtbarkeit eines Endurtheils nicht die Bezeichnung, sondern die, vom Prozeßgerichte beabsichtigte, im sachlichen Inhalte der Entscheidung ausgedrückte Bedeutung entscheidet, vgl. **Anm. 2** zu § 472. — Wird eine Gegenforderung zum Theil zur Aufrechnung, und der Rest durch Widerklage geltend gemacht, so kann über den Grund der letzteren durch Urtheil im Sinne des § 276 erkannt werden, was freilich zur Vermeidung von Verwickelungen nicht rathsam ist. **AM. DLB. Hamburg, Buch** 17, 139; vgl. dagegen **Barthausen** **das. S.** 141 und **Seuffert Anm. 2.** Wenn in solchem Falle die Gegenforderung soweit für erwiesen erachtet wird, daß sie die Klageforderung überschreitet, so kann durch Theilurtheil über die Klage entschieden werden, ohne die Entscheidung über den übrigen Theil der Gegenforderung abzuwarten, **R. 6.** April 1892 **ZB.** 236.

3) Das zu Gunsten des Grundes erlassene Urtheil ist seinem Inhalte nach nicht vollstreckbar, und auch nicht der materiellen Rechtskraft nach § 293 fähig; denn es entscheidet als Zwischenurtheil nicht über den Anspruch selbst, sondern nur über ein Element desselben, vgl. **Anm. 2.** Es ist für den Instanzrichter, welcher es erläßt, hinsichtlich seines demnächstigen Endurtheils im Sinne der **Anm. 3** § 275 bindend, § 289, kann indeß nach **Abf. 2** selbstständig durch Rechtsmittel angefochten werden. Geschieht dies nicht, so gewinnt es mit Ablauf der Nothfrist auch für den höheren Richter bindende formelle Rechtskraft. Im Verfahren über den Betrag kann auch nicht nachträglich noch der Grund für einzelne Posten des Betrages erörtert werden, soweit er unter die festgestellte Tragweite des Grundes fällt; **R. 21.** Febr. 1891, **ZB.** 179. **AM. Puchelt** 2, 70; **Endemann** 2, 106; **Dreyer, Raffr.** 26, 131. Im Resultate bleibt es jedoch von der ergänzenden Entscheidung über den Betrag derartig abhängig, daß in Folge eines in Betreff des Betrages ergehenden abweisenden rechtskräftigen (kontradiktorischen oder Versäumnis-) Urtheils ein selbst rechtskräftiges Urtheil über den Grund beseitigt wird, § 312 **Abf. 1,** und in dem etwa noch schwebenden Sonderprozeß über den Grund die *exc. rei judicatae* begründet werden kann; **Not.** 236. Vgl. **Gaupp Anm. II;** **Struckmann-Koch Anm. 4.** Durch Einlegung des Einspruchs gegen das Versäumnis-Endurtheil lebt allerdings auch das Zwischenurtheil aus § 276 wieder auf, § 307; vgl. **Anm. 3** § 275. — Die bindende Kraft des Zwischenurtheils kann natürlich nicht weiter reichen als der Inhalt desselben, welcher den Grund des Anspruchs für den Zeitpunkt der Erlassung des Zwischenurtheils feststellt, und damit alle vorher entstandenen Einreden beseitigt, dergestalt daß sie, abgesehen von einem Wiederaufnahmeverfahren §§ 541 ff., nicht mehr geltend gemacht werden können, auch nicht auf Grund neu aufgefundenen Urkunden; **DLB.** 29. Okt. 1887, **SA.** 43, 372; dagegen werden die erst nach Erlass des Zwischenurtheils (oder vielmehr nach der m. V., auf welche dasselbe ergangen ist) entstandenen materiellen oder prozessualischen, zerstörlischen oder dilatorischen Einreden durch dasselbe nicht konsumirt. Darüber, was sich in der Folge in Bezug auf den Grund des Anspruchs ereignen könnte, bestimmt das Zwischenurtheil aus § 276 nichts und kann es nichts bestimmen. Hat der Kläger nach Erlass des Zwischenurtheils Zahlung erhalten, sich mit den Beklagten verglichen, ihm Stundung gewährt, oder hat der Beklagte nach diesem Zeitpunkte eine kompensationsfähige Gegenforderung erlangt, die er der Klage entgegenstellt u. s. w., so ist dies entsprechend dem Grundsätze, daß für das Endurtheil die Sachlage im Zeitpunkte der Erlassung maßgebend ist, vgl. **Anm. 3** § 251, bei der Entscheidung über den Betrag unbedenklich zu berücksichtigen. Andersfalls würde Beklagter diese Einreden auch nicht einmal in der Zwangsvollstreckungsinstanz geltend machen können; § 686 **Abf. 2.** **AM. Haas a. a. D.** 344 ff. hinsichtlich der materiellen Einreden; vgl. dagegen **Frank, Buch** 6, 86 f., **Struckmann ebenda** 411. Das bloße Behaupten, daß die Einreden erst nach Erlass des Zwischenurtheils entstanden seien, welches **Haas a. a. D.** 345 als dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufend erachtet, nützt dem Beklagten nichts; andererseits kann kein Prozeßgesetz die Aufstellung unbegründeter Einreden verhindern. Auch für eine nach Erlassung des Zwischenurtheils erfolgende Erhöhung des Anspruchsbetrages, welche

an sich zulässig ist, hat das Zwischenurtheil keine Wirkung, sondern ist der Grund für den Mehrbetrag noch zu verhandeln und zu prüfen, *R. 28*, 425; 11. Apr. 1894, *ZW.* 262, *SA.* 50, 100.

Wenn Kläger im Laufe der Instanz den auf Leistung gerichteten Klageantrag lediglich auf Feststellung des Grundes beschränkt, so verwandelt er damit die Leistungsklage in eine Feststellungs-Klage, und das über seinen beschränkten Antrag ergehende Urtheil ist dann kein Zwischenurtheil des § 276, sondern ein die Instanz beendigendes Endurtheil (nicht ganz korrekt: *R. 28*. Dez. 1887, *ZW.* 1888 S. 68 Nr. 10, wo vorausgesetzt wird, daß ein Zwischenurtheil aus § 276 die Instanz beenden könne. Wäre in dem dort beurtheilten Falle in der That nur ein Zwischenurtheil erlassen, so würde der Rechtsstreit noch anhängig geblieben und Kläger berechtigt gewesen sein, denselben jederzeit weiter zu betreiben).

4) Hinsichtlich der Anordnung, ohne Rücksicht auf die Anfechtung des Urtheils über den Grund auch über den Betrag zu verhandeln — jedoch nur, „wenn der Anspruch für begründet erklärt ist“, *P.* 98 — gilt das in Anm. 5 § 248 Bemerkte. Hier, wie im Falle des § 248 Abs. 2, kann nur das „Gericht“, also gemäß § 119 das erkennende Gericht nach mB. über den Antrag einer Partei die Anordnung treffen. Der Antrag dazu ist in der mB. bzw. nach der Verkündung, wenn dann beide Theile noch anwesend sind, oder sonst unter besonderer Ladung, § 191, zu stellen. Eine Beschwerde über die Ablehnung des Antrags ist nach § 530 unstatthaft, da die Anordnung der vorgängigen mB. Bedarf.

Die Entscheidung über die Kosten ist nicht in dem Zwischenurtheil zu treffen, sondern dem Endurtheil vorzubehalten; *R. 13*, 390; 2. Juni 1883, *ZW.* 226; (vgl. *R. 13*. Mai 1885, *ZW.* 242 Ziff. 5); 19. Nov. 1883, *SA.* 39, 346; 24. März, 14. Mai 1884, *Raffk.* 28, 1084, 1132; selbstredend unbeschadet der Kostenentscheidung nach § 92 über ein erfolgloses Rechtsmittel. Vgl. Anm. 1 a. E. § 247. Ueber die Höhe des Streitwerts für den Grund, wenn der Betrag nach desfalliger Entscheidung sich bereits geringer herausgestellt hat, als anfänglich für den Grund behauptet war, vgl. *R. 15*. Nov. 1893, *ZW.* 1894 S. 98.

## § 277.

Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch,<sup>1)</sup> so ist er auf Grund des Verzichts mit dem Anspruch abzuweisen,<sup>2)</sup> wenn der Beklagte die Abweisung beantragt.<sup>3)</sup>

*E.* 267. *N.* 374. *P.* 98. 99. 543.

1) Die Voraussetzungen einer Abweisung des Klägers (oder Widerklägers) auf Grund seines Verzichts (vgl. darüber v. Canstein, *Buch* 1, 257 ff., 325–334) sind in Folge des § 277 und der dispositiven Natur des Urtheils:

a) die Dispositionsfähigkeit des Klägers. Der prozeßfähige Kläger, § 51, kann auf den Anspruch, welchen zu erheben er fähig ist, auch verzichten. Dies folgt aus der privatrechtlichen Natur der im Civilprozeß verfolgbaren Ansprüche, also auch in den Fällen der §§ 592, 605, 620 (gegen *Wirtmeyer*, *Buch* 7, 422 u. *Seuffert* Anm. 5). Die Verfolgung des etwa dabei konkurirenden öffentlichen Interesses kann nur von Seiten staatlicher Organe ausgehen, wo das Gesetz diese damit im Civilprozeße betraut hat, was auch in den angegebenen Fällen geschehen ist. Vgl. Anm. 5 § 578; *Caupp* Anm. I Nr. 3. Für die nicht prozeßfähige Partei ist nach den konkreten Verhältnissen und nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, ob die gesetzlichen Vertreter nicht bloß zur Prozeßführung, sondern auch zum Verzichte befugt sind. Vgl. z. B. preuß. *Borm.-D.* §§ 41 Nr. 3, 42 Nr. 14. Der Verzicht auf den Anspruch ist nicht lediglich eine Prozeßhandlung, sondern ein dispositiver Rechtsakt, durch welchen der Kläger über den erhobenen Anspruch in der umfassendsten Weise vernichtend verfügt. Die Anzeige, daß der Kläger verzichte, ist allerdings eine Prozeßhandlung. Der Unterschied ist mit Rücksicht auf die Befugniß erheblich. Vgl. Anm. 2 § 52. Der Kläger hat nicht verzichtet, wenn ein nicht dazu befugter Vertreter einen Verzicht erklärt hat. — Die Dispositionsbefugniß als begründet vorausgesetzt, kann der Prozeßbevollmächtigte für den Kläger nicht bloß die Thatfache eines Verzichts anzeigen, son-

bern den Verzicht selbst erklären, sofern nicht seine Vollmacht in dieser Beziehung ausdrücklich beschränkt ist, was zulässig, §§ 77, 79. Selbstverständlich kann im Anwaltsprozeße auch die neben dem Anwalte auftretende Partei in Person einen wirksamen Verzicht erklären, § 128 Abs. 4.

b) Der Verzicht muß bei der mündlichen Verhandlung erklärt sein. Das vorbereitende Verfahren nach § 313 ff. ist jedoch einer mB. vor dem Amtsgericht entsprechend; § 315 Abs. 2; Gaupp Anm. I 2. Das Abgeben der Erklärung mit der zum Verzicht nötigen Absicht, sich dem Gegner gegenüber zu binden, *R. O.* 2. Juli 1888, *ZB.* 328, ist eine Thatfache. Welche Erklärung abgegeben ist, und ob und wieweit sie einen Verzicht enthält, unterliegt der Thatfachenwürdigung (§ 259) und der Prüfung des Gerichts nach den allgemeinen Regeln. Der Verzicht auf den Anspruch ist begrifflich ein solcher nur, soweit er unbedingt und nicht durch gleichzeitige Einreden beseitigt oder beschränkt ist. Ein Widerspruch gegen die gegnerischerseits behaupteten Thatfachen beeinträchtigt seine Wirksamkeit nicht, v. Canstein a. a. O. 330, 333. — Verzichte, welche außerhalb der mB. erklärt werden, sind für diese zunächst nur Thatfachen, welche als Prozeßmaterial zu verwenden sind (auch wenn sie in Schriftsätzen oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter außer § 313 erklärt sind), hzw. als Beweismaterial, Anm. §§ 259, 261, 255. Die Wirksamkeit derselben ist nach dem bürgerlichen Recht zu beurtheilen. Es bleibt den Parteien überlassen, in der mB. entsprechende Anträge zu stellen; *Rot.* 219; *Obz. O.* 9. Juli 1887, *SA.* 43, 239. Die Annahme des Verzichts seitens des Gegners ist an sich zur Wirksamkeit desselben nicht nötig, arg. §§ 475, 529; auch nicht die Gegenwart des Gegners; vgl. § 146 Nr. 1; *Planck* I, 301 ff.; *Wach, civ. R.* 64, 244; *Schollmeyer* 25. *AR.* Canstein a. a. O. 329.

c) Soll auf Abweisung erkannt werden, so muß der Beklagte dies beantragen. Auch ohne Antrag ist der in mB. erklärte Verzicht zu Protokoll festzustellen, § 146 Nr. 1 (ohne daß jedoch die Wirksamkeit von der Protokoll-Feststellung abhängig ist; *R. O.* 10, 366, vgl. Anm. 4 § 270, soweit es sich nicht um einen Verzicht in dem protokollarischen vorbereitenden Verfahren handelt, vgl. zu b); jeder Theil kann sich eine Ausfertigung des Protokolls geben lassen, § 271 Abs. 1, was mit Rücksicht auf die Vernichtung der Gerichtsakten, f. Anm. 1 § 271, im Falle eines Verzichts rathsam ist, wenn von der Befugniß des § 277 nicht Gebrauch gemacht wird. Darüber, daß der Verzicht allein den Prozeß nicht beendet, vgl. Anm. 3 § 146, Gaupp Anm. II. Der Abweisungs-Antrag braucht deshalb nicht in derselben mB. gestellt zu werden, in welcher der Verzicht erklärt ist, vielmehr kann dies auch später zu jeder Zeit nach erneuter Ladung geschehen, wobei allerdings § 90 hinsichtlich der Kosten Anwendung finden dürfte. Beim Ausbleiben des Klägers in einem erneuten Termine kann allerdings das gegen denselben zu erlassende Urtheil nur den Charakter des Versäumnisurtheils haben (*aR.* *Wach, Kass. R.* 36, 20 ff., unter analoger Anwendung des § 318); beim Ausbleiben des Beklagten würde ein etwaiger Antrag des Klägers auf Erlass des Versäumnisurtheils gegen diesen an Abs. 2 § 296 scheitern, da der Klageantrag nach dem Verzicht nicht mehr gerechtfertigt ist. Der Antrag auf Abweisung braucht, wenn er schon in einem vorbereitenden Schriftsaze enthalten ist, nur aus diesem, nicht aus einer Protokoll-Anlage verlesen zu werden, § 269.

Der Verzicht kann jederzeit, auch in der höheren Instanz (ein Unterschied in dieser Beziehung besteht gegenüber der Zurücknahme der Klage nicht, f. Anm. 1 § 243; *aR.* *Strudmann-Roch* Anm. 2) erklärt werden, so lange eine mB. stattfindet. Die bereits rechtshängig gewordene Widerklage wird durch den Verzicht auf die Klage natürlich nicht beseitigt, § 254.

Ein einseitiger Widerruf des Verzichts ist unwirksam. Eine Anfechtung desselben aus civilrechtlichen Gründen (wegen mangelnder Willensbestimmung, Betruges, Irrthums etc.) muß jedoch, soweit das Civilrecht eine solche Anfechtung billigt, so lange darüber nach Lage der Sache noch eine Verhandlung möglich ist, für zulässig erachtet werden, Gaupp Anm. III, *Seuffert* Anm. 4; vgl. Anm. 1 § 278.

2) In dem Urtheil muß (sei es im Tenor, sei es in den Gründen) beurkundet werden,

daß die Abweisung auf Grund des Verzichts erfolge. Die Abweisung der Klage hat den vollstreckbaren Titel zur Kostenersatzung, welchen der Verzicht allein nicht giebt, und die Begründung der exc. rei judicatae zur Folge. Die Wirkung materieller Rechtskraft der Abweisung, § 293, wird schon dadurch ausgedrückt, daß Kläger mit dem „Anspruch“ abzuweisen ist, wenngleich diese Renonirung nicht obligatorisch ist, wie auch die C.P. über die Formulirung der Klageabweisung keine absolut bindenden Vorschriften enthält. (Vgl. jedoch §§ 503 Abs. 2, 560, 563 Abs. 2, dagegen § 295, sowie Schulzenstein, Buch 16, 171 f.) Jedenfalls erscheint es zweckmäßig, die Urtheilsformel den Gesetzes-Worten anzupassen. Das Gericht hat behufs der Abweisung nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen, Anm. 1: Dispositionsfähigkeit, Erklärung des Verzichts und Antrag vorliegen. Wegen Verzichtsfähigkeit einer etwaigen Anfechtung des Verzichts vgl. Anm. 1 a. E. Rechtsmittel gegen die Abweisung sind, wie gegen jedes Endurtheil, zulässig, können sich sachlich aber nur auf Mängel des Dispositionsakts (vgl. auch Anm. 1 § 278) bzw. gegen das Vorhandensein eines wirksamen Verzichts, und der Voraussetzungen der Anm. 1 richten; ist ein wirksamer Verzicht erklärt, so muß auch der höhere Richter auf Grund des Verzichts abweisen. Eine Zurückweisung des Antrages auf Abweisung der Klage (beim Fehlen der Voraussetzungen des § 277) durch Beschluß (Caupp Anm. II) kennt die C.P. nur im Falle der Verschümmiß des Klägers § 300; in anderen Fällen bedarf es hierüber keiner besonderen Entscheidung, vielmehr hat das Gericht anderweitig in der Sache zu verfahren und zu entscheiden; es kann allerdings durch Zwischenurtheil gemäß § 275 feststellen, daß ein wirksamer Verzicht nicht vorliegt; dies ist aber nicht nöthig, kann vielmehr in den Gründen des anderweitigen Endurtheils ausgesprochen werden. Liegen die von Amtswegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen für die Klage überhaupt nicht vor, so hat das Gericht allerdings die Klage deshalb abzuweisen, aber nicht, wie Caupp annimmt, den Antrag auf Abweisung wegen Verzichts durch Endurtheil zurückzuweisen. Erachtet sich Beklagter durch jenes Urtheil für beschwert, so mag er es durch das zulässige Rechtsmittel anfechten. Wegen der Kosten vgl. C.P. § 21.

3) Ueber den Antrag vgl. Anm. 1. Ueber die Anwendung des § 277 im Klundenprozeß Anm. 2 § 560. Bei theilweisem Verzicht kann Theilurtheil beantragt und nicht ver sagt werden, Anm. 4 § 273. Entsprechend dem § 278 ist für den Fall des § 277, welcher gegen den Kläger hinsichtlich des „Anerkenntnisses“ (v. Canstein, Buch I, 259) dieselbe Bedeutung hat, wie § 278 gegen den Beklagten, alsdann für § 273 Abs. 2 kein Raum; Rot. 219; Caupp Anm. I 1, Struckmann-Roch Anm. 4. AR. Endemann 2, 107.

### § 278.<sup>1)</sup>

Erkennt eine Partei den gegen sie geltend gemachten Anspruch bei der mündlichen Verhandlung ganz oder zum Theil<sup>2)</sup> an, so ist sie auf Antrag dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen.<sup>3)</sup>

E. 268. N. 375. P. 98. 99. 543.

1) Der § 278 behandelt das gerichtliche Anerkenntniß des durch Klage (oder Widerklage) geltend gemachten Anspruchs seitens des Beklagten oder Widerbeklagten (vgl. darüber v. Canstein, Buch I, 325—334; A. Hoffmann, historische u. dogmatische Darstellung des Anerkenntnisses im C.P., München 1892; dazu E. Goltschmidt, Arch. f. bürg. R. 7, 391). Unter „Anspruch“ ist hier auch das Klagebegehren einer positiven oder negativen Feststellungs-Klage, § 231, zu verstehen. Das Anerkenntniß ist ein positiver Rechtsakt, welcher den Anspruch selbst und nicht bloß, wie das gerichtliche Geständniß, Elemente desselben feststellt; Anm. 3 § 261; RG. 27. Sept. 1887, JW. 434; 17. Okt. 1889, JW. 431. Der in § 278 vorausgesetzte Anspruch kann sich aber nur auf die durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüche beziehen, nicht auf eine nur mittelst Einrede geltend gemachte Gegenforderung, hinsichtlich welcher nach der Natur der Einrede eine Verurtheilung nicht erfolgen kann. — Das Anerkenntniß des Anspruchs ist ein solches begrifflich (wie der Verzicht, Anm. 1 § 277) nur, soweit es unbedingt und nicht durch gleichzeitige Einrede beset-

tigt oder beschränkt ist. Die Erklärung des Beklagten muß sich auch hinsichtlich des Anspruchs mit dem Inhalte der Klage decken; *RO.* 6, 57; 26. April 1882, *ZB.* 142; 2. Juli 1888, *ZB.* 328. Durch einen Widerspruch gegen die Richtigkeit der vom Gegner für den Anspruch behaupteten Thatsachen wird es indeß nicht berührt; v. Canstein a. a. D. 330, 333. In jedem Falle muß das Anerkenntniß als solches (*animo agnoscendi*) erklärt sein. Das Stillschweigen über einen Theil des Anspruchs neben dem Widerspruch gegen einen anderen Theil desselben ist noch kein Anerkenntniß im Sinne des § 278.

Gemäß § 278 und der Natur des gerichtlichen Anerkenntnisses sind die Voraussetzungen der Beurtheilung hier, wie beim Verzicht, § 277, die Voraussetzungen der Abweisung:

- a) die Dispositionsfähigkeit des Beklagten bzw. Widerbeklagten,
- b) die Erklärung bei der mündlichen Verhandlung und
- c) die Stellung des Antrags des Klägers bzw. Widerklägers, *RO.* 3, 200, vgl. *Ann.* 3.

Hinsichtlich dieser Erfordernisse gilt überall das in *Ann.* 1 § 277 Gesagte. Insbesondere ist die Wirksamkeit eines außerhalb der mB. — etwa in einem Schriftsatz — abgegebenen Anerkenntnisses lediglih nach dem bürgerlichen Rechte zu beurtheilen; *ObzB.* 25. Nov. 1890, *SA.* 46, 357. Daß unter der mB. nur diejenige zu verstehen sei, in welcher der Antrag auf Beurtheilung gestellt wird, ist hier so wenig wie für § 277 anzunehmen (gegen *RO.* 2. Juli 1888, *ZB.* 328 u. *Caupp* II). Daraus, daß in der Zwischenzeit neue Einwendungen (aus Zahlungen, Vergleichen u. s. w.) entstanden sein können, worauf *Caupp* Gewicht legt, folgt nur, daß wenn solche Einwendungen entstanden sind und erhoben werden, dieselben gemäß § 251 zu berücksichtigen sind; aber nicht, daß in Ermangelung derselben der Antrag aus § 278 nicht gestellt werden kann, wenn der Beklagte in dem späteren Termine erscheint und trotz seines früher abgegebenen Anerkenntnisses der Klage widerspricht. Beim Ausbleiben oder Nichtverhandeln des Beklagten ist allerdings — abgesehen von dem Falle des § 318 Abs. 2 — nur ein Versäumnisurtheil zulässig. Beim Ausbleiben der Klägers ist auf Antrag des Beklagten nach § 295 durch Versäumnisurtheil auf Abweisung zu erkennen. Das früher abgegebene Anerkenntniß steht weder formell entgegen, noch auch materiell, da Beklagter inzwischen neue Einreden erlangt, z. B. erfüllt haben kann. *WR.* Bach, *RassR.* 36, 20 ff. Der Einspruch stellt die frühere Prozeßlage wieder her.

Das Gericht hat (abgesehen von den von Amtswegen zu prüfenden Prozeßvoraussetzungen) nur das Vorhandensein der vorstehenden Erfordernisse und eines wirklichen Anerkenntnisses zu prüfen, nicht die Richtigkeit oder Schlüssigkeit der dem Anerkenntniß zu Grunde liegenden Thatsachen, da die Verbindlichkeit des Dispositions-Akts davon nicht abhängig ist; *RO.* 27. Sept. 1887, *ZB.* 434 Ziff. 10. Ein Widerruf des Anerkenntnisses wie der eines Geständnisses auf Grund des § 263 findet nicht statt; vielmehr kann dasselbe nur nach den Grundsätzen des betr. Civilrechts über Ungültigkeit oder Nichtigkeit von Willenserklärungen angefochten werden, so lange das Urtheil noch nicht erlassen, oder noch durch Rechtsmittel anfechtbar ist (letzterenfalls nur innerhalb der gesetzlichen Schranken des betr. Rechtsmittels); vgl. *RO.* 27. Sept. 1887, *ZB.* 434 Ziff. 11; 17. Okt. 1889, *ZB.* 431. Vgl. *Ann.* 1, 2 § 277; v. Canstein a. a. D. 331 ff.; *Strudmann-Roch Ann.* 4; *Busch* 12, 265. (Ueber den Widerruf der Anerkennung eines Rechtsverhältnisses — nicht des Anspruchs — vgl. *RO.* 21. Dez. 1893, *ZB.* 1894 S. 82.) Zur Wirksamkeit des Anerkenntnisses ist die Anwesenheit der Gegners nicht erforderlich (Pland 1 321 § 62); auch wird dieselbe in Bezug auf den Hauptanspruch durch einen Vorbehalt bezüglich des Kostenpunktes nicht beeinträchtigt; *RO.* 27. Sept. 1887 a. a. D. Außergerichtliche Anerkenntnisse können nur materielle, nicht prozeßrechtliche Wirkungen haben (*Seuffert, Busch* 11, 202 ff. gegen *Pland, Busch* 12, 259); abgesehen von einer etwaigen Werthung als Beweisgrund. Wegen Anwendung des § 278 im Urkundenprozeße vgl. *Ann.* 7 § 560.

Ueber Abweichungen vom § 278 in Ehe- und Entmündigungssachen s. §§ 577, 611, 620, 624, 626. (Wenn *Birkmeyer, Busch* 7, 381, die Wirkungen des „Anerkenntnisses“ auch auf die sonstigen von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte ausdehnen will und eine

hierauf bezügliche Bemerkung an dieser Stelle des Kommentars vermisst, so übersieht er, daß § 278 nur von „Anerkenntniß des Anspruchs“ nicht sonstiger Punkte handelt. In letzterer Beziehung vgl. Anm. 1 § 261.) Wegen des Einflusses des Anerkenntnisses auf die Kosten vgl. § 89 und R.D. § 9 Abs. 2, O.R.G. § 21; wegen der Vollstreckbarkeit des Urtheils § 648 Nr. 1. Das Urtheil aus § 278 ist nicht bloß der formellen, sondern der materiellen Rechtskraft, § 293, fähig. Die Anfechtbarkeit durch Rechtsmittel ist zulässig. *R.O.* 1. (8.) Febr. 1893, *J.W.* 156, *Raff.R.* 37, 1232, kann aber nur durch Anfechtung der Existenz des Anerkenntnisses oder seiner Rechtsverbindlichkeit Erfolg haben, da das Anerkenntniß seine Wirkung auch für die höheren Instanzen behält.

2) Bei theilweisem Anerkenntniße ist § 273 Abs. 2 nicht anwendbar, sondern muß auf Antrag Etheilurtheil erlassen werden, Anm. 4 § 273.

3) Vorausgesetzt wird ein besonderer Antrag, auf Grund des Anerkenntnisses zu verurtheilen; der vor dem Anerkenntniße gestellte allgemeine Antrag auf Verurtheilung genügt nicht, *R.O.* 3, 200; 16. Febr., 5. Mai 1894, *J.W.* 139, 314, *Raff.R.* 38, 1226; *Saupp* Anm. II. Die Verpflichtung des Gerichts, die Partei dem Anerkenntniße gemäß zu verurtheilen, zessirt, wenn die Leistung selbst, zu welcher die Partei verurtheilt werden soll, nach den Gesetzen des Prozeßgerichts eine unerlaubte bzw. verbotene ist, und auch in dem Falle, wenn der Rechtsgrund, aus welchem die Leistung verlangt wird, ein verbotener ist; denn in solchen Fällen steht das öffentliche Interesse der Verurtheilung entgegen, und kein Gericht darf sich mit den im öffentlichen Interesse erlassenen Verböten in Widerspruch setzen. Dies ist eine allgemeine Voraussetzung für jeden Richterspruch, welche auch im Falle des § 278 zu Grunde liegt. Vgl. § 867 Nr. 2. Freilich ist aus der nach dem betr. Civilrecht geltenden Ausschließung der Klagbarkeit noch nicht ohne Weiteres zu folgern, daß Leistung oder Rechtsgrund unerlaubt oder verboten sei.

### § 279.

Das Gericht ist nicht befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist.<sup>1)</sup> Dies gilt insbesondere von Früchten, Zinsen und anderen Nebenforderungen.<sup>2)</sup>

Ueber die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen.<sup>3)</sup>

**R. 269. N. 424. 425. P. 99—101. 543.**

1) Der Ausdruck, daß das Gericht nicht über den Parteienantrag hinaus (ultra petita, s. §§ 487, 522) etwas zusprechen darf, ist Ausdruck und Konsequenz der dem Begriffe des Civilprozeßes innewohnenden Verhandlungsmaxime; Vorb. 4 vor § 119. Der staatliche Schutz der Privatrechte im Wege des Civilprozeßes wird nur innerhalb der Grenzen der Parteien-Anträge gewährt, da das öffentliche Interesse darüber hinaus nicht betheilig ist. „Ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestas iudicis non potest“; L. 18 D. comm. div. 10, 3. Maßgebend sind im Anwaltsprozeße nur die verlesenen schriftlichen Anträge, nicht mündliche Aenderungen derselben; *R.O.*, *J.W.* 1883 S. 77 Ziff. 14. Ueber den Antrag hinaus wird nicht erkannt, wenn quantitativ oder qualitativ ein minus zuerkannt wird. Beansprucht jedoch der Kläger beim Verlangen von Sachen oder bei alternativen Ansprüchen das Wahlrecht, so ist nur ein minus zuerkannt, wenn der Beklagte zur Gewährung nach seiner Wahl verurtheilt wird; *Sahn*, *Raff.R.* 30, 520; da der Gegenstand der Leistungen derselbe bleibt, nur mit dem Unterschiede, daß der Beklagte sich von der Leistung des Einen durch die des Andern befreien kann. (*W.* *Hellmann* 2, 133). Wird der Beklagte, welcher zur alternativen Gewährung nach eigener Wahl in Anspruch genommen ist, zur unbedingten Gewährung der einen Alternative verurtheilt, so überschreitet dies den Antrag; *Strietz* 96, 269. Dagegen nicht im umgekehrten Falle. In dem Antrage auf Ehetrennung ist nicht der auf Ungültigkeitsklärung der Ehe enthalten, selbst wenn ein Ungültigkeitsgrund angeführt wäre (*R.O.* 19. Sept. 1884, *Raff.R.* 29, 1089, *S.N.* 40, 234) ebenfowenig in dem Antrage einer Ehefrau gegen ihren Ehemann auf

Alimentation der auf Verstattung des Getrenntlebens (R. 19. Febr. 1886, JW. 114 Siff. 4), oder in dem Antrage auf Feststellung der Entschädigungspflicht event. Zahlung einer bestimmten Entschädigungssumme, der auf Gewährung anderer Entschädigungsmittel; R. 27. Nov. 1889, JW. 1890 S. 25. Dagegen hält das Reichsgericht bei einer Entschädigungsklage es mit dem Grundsatz des § 279 vereinbar, daß Kläger die Bemessung der zuzusprechenden Schadenssumme ganz dem richterlichen Ermessen anheimstellt; vgl. Anm. 6 § 230.

Bei den s. g. *judicia duplicia*, Theilungs-, Grenzregulirungs-Angelegenheiten u. s. w. RR. I 17 §§ 75 ff., 372 ff. entscheidet das bürgerliche Recht über die sachlichen Rechte der Einzelnen. Soweit es sich in solchen Angelegenheiten um ein Verfahren ohne eigentlichen Rechtsstreit handelt, bestimmt die Landesgesetzgebung die Formen, die Voraussetzungen und den Umfang der Zuspreehung von Rechten, EG. § 3. Sofern indeß ein Rechtsstreit im Sinne der EP. vorliegt, ist auch hier der prozessrechtliche Grundsatz des § 279 maßgebend, daß Niemandem über seinen Antrag hinaus etwas zuzusprechen ist, § 230 Nr. 2, Seuffert Anm. 2. RR. Struckmann-Roch Anm. 1. — Im Falle des § 72 kann auch nur der, welcher etwas beantragt bzw. in Anspruch genommen hat, „Obstgrender“ sein. Vgl. §§ 758 ff.

Ist dem Abs. 1 zuwider erkannt, so ist das Urtheil nicht ipso jure nichtig, sondern nur durch Rechtsmittel zc. anfechtbar, § 645. Ueber die Anwendung des Grundsatzes in höheren Instanzen vgl. Anm. § 498.

2) Der zweite Satz des Abs. 1 ist auf Befreiung der abweichenden Vorschriften der preuß. R. O. I 23 § 58—62 und der entsprechenden gemeinrechtlichen Kontroverse (vgl. Wegell § 43 Nr. 35) gerichtet. Ueber die Ergänzung des Urtheils hinsichtlich beanspruchter Nebensforderungen und über deren selbständige Geltendmachung, wenn kein Antrag gestellt ist, s. Anm. 2 § 292.

3) Die als Ausnahme vom Grundsatz des Abs. 1 aufgestellte Amtspflicht des Gerichts, den Kostenpunkt ohne Antrag zu entscheiden (vgl. L. 13 § 6. C. de judic. 3, 1) versteht sich ebenso wie Abs. 1 für alle Instanzen. Ist dessenungeachtet der Kostenpunkt in der Endentscheidung übergegangen, so kommt § 292 zur Anwendung; vgl. Anm. 3 dazu. Selbstverständlich kommt Abs. 2 nur zur Anwendung, sobald das Gericht in der Lage ist, überhaupt ein Urtheil zu erlassen, was nicht der Fall ist, so lange die Parteien den Prozeß ruhen lassen. Werden nach Erledigung der Hauptsache nur Anträge wegen der Kosten gestellt, so gilt dafür auch der Grundsatz des Abs. 1. Vgl. Gerson, Buch 19, 266.

Das Gericht ist auch nicht befugt, der Partei etwas abzusprechen, was sie gesetzlich verlangen kann oder Fristen zur Leistung des Zuerkannten zu gewähren. Die bisherigen landesgesetzlichen „Vorschriften über die Bewilligung von Moratorien, über die Urtheilsfristen und über die Befugnisse des Gerichts, dem Schuldner bei der Verurtheilung Zahlungsfrist zu gewähren“, sind aufgehoben; EG. § 14 Nr. 4. Dagegen ist das Gericht nicht allein befugt, sondern verpflichtet, der Partei das abzusprechen, was sie gesetzlich nicht verlangen kann, selbst wenn ein gegnerischer Antrag nicht vorliegt (vgl. § 296 Abs. 2). Auch wenn der Gegner seinen Abweisungs-Antrag nur gegen einen Theil des Anspruches richtet, ohne den Rest im Sinne des § 278 anzuerkennen, ist das Gericht nicht gehindert, auch den Restanspruch, sofern er unbegründet ist, abzuweisen. Das Gleiche gilt, wenn die Abweisung (ohne sonstiges Anerkenntniß) nur mit einer Modifikation beantragt ist („zur Zeit“) für die definitive Abweisung. Dies folgt aus der Officialpflicht des Gerichts zur Prüfung des nicht anerkannten Anspruches. Wegen einer Ausnahme im Falle des Veräumnisverfahrens vgl. Anm. 5 § 295.

## § 280.

Das Urtheil kann nur von denjenigen Richtern gefällt werden, welche der dem Urtheile zu Grunde liegenden Verhandlung beigewohnt haben.<sup>1)</sup>

R. 270. N. 341. P. 101. 543.

1) Die Vorschrift ist nothwendige Folge der Mündlichkeit der Verhandlung. Es würde nicht eine m. B. „vor dem erkennenden Gerichte“, § 119, stattgefunden haben, wenn andere Richter an der Urtheilsfällung Theil nehmen. Aus demselben Grunde findet

§ 280 auch auf Beschlüsse Anwendung, welche auf m.B. ergehen, § 294 Abs. 2. Ist einer der Richter an der Urtheilsfällung h.m. der Beschlussfassung gehindert, so muß die m.B. wiederholt werden. Vgl. § 291 Abs. 4. Die vorschrittsmäßige Besetzung des Gerichts ist vorausgesetzt; §§ 513 Nr. 1, 542 Nr. 1. Ueber die Berathung und Abstimmung s. Ob. 194—199. — Die Verkündung kann, im Gegensatz zur „Fällung“, auch durch andere Richter erfolgen, Rot. 220. Daß bei einem Wechsel in der Besetzung des Prozeßgerichts die bisher ergangenen und verkündeten Beschlüsse, namentlich die Beweisbeschlüsse, als nicht erlassen zu betrachten seien und ignoriert werden können, folgt aus § 280 nicht. Bezüglich der Zwischenurtheile ergibt sich schon aus § 289, daß das „Gericht“ an dieselben gebunden bleibt, ohne daß eine Abweichung für den Fall eines Wechsels in der Besetzung gemacht ist. Daraus ergibt sich auch weiter, daß der C.P. die Anschauung, daß die erlassenen Gerichtsbeschlüsse durch einen solchen Wechsel in der Besetzung nothwendigerweise ihre Wirkung verlieren müssen, fremd ist. Ein verkündeter Beweisbeschluß bleibt bestehen und ist auch von dem anderweitig besetzten Gerichte auszuführen, so lange er von demselben nicht aufgehoben oder modificirt ist; es bedarf also keiner Erneuerung des Beschlusses, um auf Grund desselben den Beweis aufzunehmen. Ebensovienig ist bei einem Wechsel in der Besetzung des Gerichts eine Wiederholung der stattgehabten und protokolirten Beweisaufnahme unbedingt erforderlich. Vgl. Anm. 2 § 258.

### § 281.

Die Verkündung des Urtheils erfolgt<sup>1)</sup> in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird,<sup>2)</sup> oder in einem sofort anzuberäumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angelegt werden soll.<sup>3)</sup>

R. 271. N. 425. P. 101. 102. 543.

1) Die Verkündung ist der Moment der Erlassung des Urtheils und der Unwiderruflichkeit desselben für das erkennende Gericht. Sie ist nothwendig („erfolgt“, d. h. muß erfolgen) und kann durch Zustellung nicht ersetzt, auch durch Verzicht der Parteien nicht unnötig werden, da vor der Verkündung nach § 288 Abs. 2 Ausfertigungen zc. nicht erstellt werden dürfen; Endemann 2, 112; Fitting Busch 10, 3; R. 18. März 1886, JW. 164. Die Verkündung kann nur durch das Sitzungsprotokoll bewiesen werden, da ihre Aufnahme in dasselbe zu den wesentlichen Förmlichkeiten gehört, vgl. § 150 und vgl. Anm. 1 § 146. Ueber die Oeffentlichkeit s. Ob. §§ 170 ff. Wegen Verkündung der Beschlüsse § 294.

2) Wenn „die mündliche Verhandlung geschlossen wird“, so ist damit die Parteilichkeit („Verhandlung“) für den Termin beendet. Die Partei braucht eine fernere Verhandlung in dem Termine nicht zu erwarten und sich wider ihren Willen nicht darauf einzulassen. Sie kann aber verlangen, daß als Abschluß des Termins seitens des Gerichts das Urtheil oder der Beschluß (§ 281 findet auch auf die Beschlüsse Anwendung, § 294 Abs. 2) oder die Anberaumung eines Verkündungstermins verkündet wird; Rot. 221, 222. Vgl. §§ 127 Abs. 4, 146 Nr. 5, 6, Anm. §§ 142, 195.

Durch Unterbrechung wird die Verkündung nicht gehemmt; § 226 Abs. 3. Durch eine Vereinbarung beider Parteien, daß das Verfahren ruhen soll (§ 228), wird dagegen die Verkündung gehemmt; Anm. 1 § 228, Anm. 3 § 226.

3) Die Frist von einer Woche ist eine sog. uneigentliche, vgl. Anm. 3 § 193. Das instruktionelle „soll“, welches sich nur auf die Frist, nicht auf die Vorschrift der Verkündung selbst bezieht, giebt die Regel an, vorbehaltlich der Ausnahme in besonderen Fällen; R. 101, 102.

### § 282.

Die Verkündung des Urtheils erfolgt durch Vorlesung der Urtheilsformel. Versäumnisurtheile können verkündet werden, auch wenn die Urtheilsformel noch nicht schriftlich abgefaßt ist.<sup>1)</sup>



Wird die Verkündung der Entscheidungsgründe für angemessen erachtet, so erfolgt sie durch Vorlesung der Gründe oder durch mündliche Mittheilung des wesentlichen Inhalts.<sup>2)</sup>

**R. 272. N. 346. P. 102. 103. 543.**

1) Die Urtheilsformel muß (außer bei Versäumnisurtheilen) immer vor der Verkündung niedergeschrieben sein, sei es im Sitzungsprotokoll selbst, sei es in einer Anlage, welche in dem Protokoll als solche bezeichnet ist, § 146 Abs. 3, sofern nicht das vollständige Urtheil, §§ 284, 286 Abs. 1, dem Protokolle beigelegt wird, § 146 Nr. 5. Nur auf dem letzteren ist nach § 286 Abs. 3 der Tag der Verkündung von dem Gerichtsschreiber zu vermerken, nicht auf der ersterwähnten Protokoll-Anlage (aR. Gaupp Anm. I). In welcher Weise die Identität der Protokoll-Anlage zu sichern ist, hat die CP. nicht bestimmt. Die vorausgesetzte Aufsicht des Gerichts und des Gerichtsschreibers über die sichere Aufbewahrung der Akten und die Kontrolle der Einsicht durch die Theilnehmenden wird als genügende Garantie zu erachten sein. Die Verkündung erfolgt durch den Vorsitzenden, § 127 Abs. 4 und ist im Sitzungsprotokolle zu beurkunden, § 146 Nr. 6, vgl. Anm. 1 § 281. Es genügt nicht, statt der Vorlesung der Urtheilsformel das Urtheil für verkündet zu erklären; dem Abs. 1 muß entsprochen werden, auch wenn keine Partei erscheint; **R. 17. Febr. 1893** **ZB. 182; RaffR. 37, 1246, SA. 49, 106.** Im Publikationstermin kann nicht ohne neue mB. eine Beweisaufnahme erfolgen, **R. 23. Jan. 1893, RaffR. 37, 1224.**

2) Unwesentlich ist nach Abs. 2, ob die Gründe überhaupt verkündet werden. (Abweichend § 267 Abs. 1 StPD. und für **RD. § 171; v. Wilmowski, Komm. zu RD. Anm. 3 zu 171.**) Die Gründe können daher auch durch einen Beisitzer mitgetheilt oder vom Gerichtsschreiber verlesen werden, wenn sie verkündet werden sollen. Die Nichtübereinstimmung der mündlich verkündeten Gründe mit den in der Folge schriftlich abgefaßten ist im Allgemeinen kein Grund zur Anfechtung. Sollte jedoch die Qualität des Urtheils dadurch verändert werden, z. B. eine Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts verkündet sein, während demnach die Abweisung aus in der Sache selbst liegenden Momenten begründet wird, so würde dies ein wesentlicher Mangel des Verfahrens im Sinne des § 501 sein nicht bloß ein error in iudicando, der zur Aufhebung des Urtheils und des betreffenden Verfahrens im Wege des Rechtsmittels führen kann. Dies ist wohl in **R. 2. März 1889, ZB. 169** gemeint.

Auf Beschlüsse ist § 282 im § 294 nicht anwendbar erklärt. Die Vorschrift des § 127 Abs. 4 genügt für das praktische Bedürfnis bei Verkündung von Beschlüssen.

### § 283.

Die Wirksamkeit der Verkündung eines Urtheils ist von der Anwesenheit der Parteien nicht abhängig. Die Verkündung gilt auch derjenigen Partei gegenüber als bewirkt, welche den Termin versäumt hat.<sup>1)</sup>

Die Befugniß einer Partei, auf Grund eines verkündeten Urtheils das Verfahren fortzusetzen oder von dem Urtheil in anderer Weise Gebrauch zu machen, ist von der Zustellung an den Gegner nicht abhängig,<sup>2)</sup> soweit nicht dieses Gesetz ein anderes bestimmt.<sup>3)</sup>

**R. 273. N. 347. P. 103. 543.**

1) Nach § 294 Abs. 2 ist § 283 auch auf die Verkündung von Gerichtsbeschlüssen und Verfügungen des Vorsitzenden anwendbar. Die Vorschrift betrifft also namentlich auch die Ladung zur Fortsetzung der mB., ebenso die sofortige Bestimmung des beauftragten Richters und des Termins zur Beweisaufnahme gemäß § 326, sowie die Ansetzung des Termins zur Fortsetzung der mB. nach der Beweisaufnahme gemäß 335 Abs. 2 und die Beauftragung eines Richters nebst der Terminsbestimmung im Falle des § 314. Ueber die Folgen der Verkündung von Terminen und Fristen vgl. §§ 195, 198 und Anm. dazu.

2) Auch Abs. 2 ist auf Beschlüsse nach § 294 Abs. 2 ebenso anwendbar wie auf

Urtheile. Die Parteien sind ohne die Nothwendigkeit einer vorgängigen Zustellung befugt, die Fortsetzung des Verfahrens in derselben Instanz zu betreiben, die Ausführung von Beweisbeschlüssen zu veranlassen, die durch Zwischenurtheile sachgemäß werdenden Anträge zu stellen, und in den Fällen der §§ 502, 562 die Fortsetzung des Verfahrens nach §§ 503, 563 zu betreiben; die Kostenerstattung aus vorläufig vollstreckbar erklärten Urtheilen zu beantragen (vgl. Fitting, Busch 10, 4), desgleichen Arreste und einstweilige Verfügungen, die Vollstreckungsklausel hmw. deren Aufhebung für ein früheres Urtheil zc. zu veranlassen. Vgl. Rot. 222.

3) Die am Schlusse des Abs. 2 vorbehaltenen gesetzlichen Bestimmungen, für welche die Zustellung nöthig ist, betreffen den Beginn der Nothfristen für Rechtsmittel und Einspruch, sowie der Frist zur Ergänzung gemäß § 292 und die Zwangsvollstreckung; **RO.** 32, 421; **ROB.** 3 vor § 272. Die in letzter Instanz verkündeten Urtheile bedürfen daher auch nicht der Zustellung, um die *exc. rei judicatae* zu begründen. Das Ausschlußurtheil, § 829, wird überhaupt nicht zugestellt. Die öffentliche Bekanntmachung desselben, die theils fakultativ § 833, theils obligatorisch § 848 Abs. 2 vorgeschrieben ist, enthält kein Surrogat der Zustellung. Für den Schiedspruch ist die Zustellung obligatorisch; § 865. Vgl. auch Anm. 1 § 288. Für das Verfahren vor den Gewerbegerichten gilt § 48 Abs. 2 Ges. v. 29. Juli 1890, **ROB.** 141.

## § 284.

Das Urtheil enthält:<sup>1)</sup>

1. die Bezeichnung der Parteien und ihrer gesetzlichen Vertreter nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung;<sup>2)</sup>
2. die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben;<sup>3)</sup>
3. eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge (Thatbestand);<sup>4)</sup>
4. die Entscheidungsgründe;<sup>5)</sup>
5. die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel.<sup>6)</sup>

Bei der Darstellung des Thatbestandes ist eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokoll erfolgten Feststellungen nicht ausgeschlossen.<sup>7)</sup>

**R. 274. N. 343. P. 103. 543. 544.**

1) Nach der zu diesem Zwecke abweichend von **R.** § 348 und **E.** § 259 von der Vorbeschlossenen allgemeinen Fassung muß jedes Urtheil den Inhalt des § 284 haben. Die Erfordernisse des § 284 gelten daher auch für Theils-, Zwischen- und Versäumnis-Urtheile. (Vgl. über den Inhalt der Versäumnisurtheile Gensel, Busch 14, 311 ff.). Auf Beschlüsse ist § 284 nicht anwendbar.

2) Die Bezeichnung der gesetzlichen Vertreter (vgl. § 50) ist von der **RR.** zugesetzt, um für die Nichtigkeitsklage die Vertretung aus dem Urtheile zu ergeben, **P.** 543, 544. — Als Parteien sind auch solche zu nennen, welche in den Prozeß an Stelle der ursprünglichen Parteien oder neben denselben als Hauptparteien eingetreten sind, soweit dies zulässig ist, vgl. §§ 72, 73, 217—219, 236, 237, 753. Ebenso sind Nebenintervenienten, welche für die von Amtswegen zu entscheidende Kostenpflicht, § 279 Abs. 2, Partetrollen haben, zu nennen. Vgl. Anm. 1, 2 § 96, ferner **Preuß. Allg. Verf.** 17. Dez. 1883, **JRB.** 363.

Die Bezeichnung der Anwälte aufzunehmen, ist von der **RR.** abgelehnt; es genüge, daß sie aus dem Sitzungsprotokolle nach § 145 Nr. 5 erhellen, **P.** 543. Das Gesetz untersagt inbezug die Erwähnung nicht, und durch das **preuß. Just.-Min.-Reskr.** vom 13. Mai 1882, **JRB.** 135, ist zweckmäßiger Weise angeordnet, daß im Urtheile stets die Prozeßbevoll-

mächtigtan namhaft gemacht werden. Desgl. für Bayern durch Bel. 20. Mai 1882 (ZMBl. 158); Württemberg durch Min.-Berf. 30. Mai 1882 (GerBl. 20, 305, 374; Gaupp. Anm. II Nr. 6); Sachsen Berf. 2. Febr. 1882 (ZMBl. 4); Elsaß-Lothringen Bel. 3. Juni 1882 (GS. 7, 155); Baden durch Bel. 13. Juli 1882 (auch bei Vollstreckungsbefehlen); GBl. 199; Sachsen-Coburg-Gotha durch Berf. 28. Juni 1882, GS. f. Gotha 69; Sachsen-Weimar durch Bel. 30. Mai 1882, RegBl. 92; Schwarzburg-Rudolstadt B. 2. Juni 1882, GS. 66; Lippe-Detmold durch Berf. 31. Mai 1882, GS. 467.

3) Die bei der Verkündung gegenwärtigen Richter sind nicht zu erwähnen, vgl. § 286 Abs. 3, Anm. 1 § 280.

4) Ueber die Bedeutung des Thatbestandes vgl. Vorb. 2 vor § 272; Bähr, Urtheile des Reichsger. 1883 S. 207—242; Kocholl I, 486 ff. u. ZM. 1883 S. 145 ff., 161 ff., Wengler, der Thatbestand des Civilurtheils, Erlangen 1884; E. Koffka, Raffr. 31, 215 ff., Streich, Raffr. 25, 237 ff., Meyer, Bursch 14, 476 ff., Pfizer Bursch 17, 66 ff., sowie die Vorb. 3 vor § 272 a. E. aufgeführten Schriften. — Zu dem „Thatbestande“ gehört das mündliche Parteivorbringen (§ 285) über den Sach- und Streitstand, soweit er das Urtheil betrifft, in „gebrängter Darstellung“ unter Mittheilung der gestellten Anträge, und zwar das vollständige, nicht bloß das nach der Ansicht des Gerichts erhebliche thatsächliche Material; in gleicher Vollständigkeit auch das thatsächliche Material der Beweisaufnahme, wogegen die Würdigung dieses Materials, die Feststellung des Ergebnisses für die richterliche Ueberzeugung, ob etwas durch die Beweisaufnahme als erwiesen, unerwiesen oder widerlegt zu erachten sei, in die Entscheidungsgründe (Nr. 4) gehört. (Vgl. Hann. Prot. § 2 356, v. Streich a. a. D. 247, Gaupp II 3.) Dagegen rechnet R. 17, 348 die Ergebnisse der Beweisaufnahme nicht zu den nothwendigen Bestandtheilen des Thatbestandes, was indeß schon daraus als unrichtig erkannt werden kann, daß die außerhalb des Prozeßgerichts stattgehabte Beweisaufnahme erst durch die mündlichen Vorträge der Parteien Prozeßstoff wird, vgl. Anm. 3 § 258. Vgl. dagegen R. 15. März 1890, ZM. 236 u. 13. (18?) Juni 1894, ZM. 424, Raffr. 38, 1215, SA. 50, 94, wo die Aufnahme des wesentlichen Inhalts der Aussagen der Zeugen und Sachverständigen in das Urtheil, sei es in den Thatbestand oder in die Gründe für nothwendig erachtet wird; vgl. auch Anm. 6, ferner Anm. § 147 u. Meyer, Bursch 19, 259 ff. Die Erwähnung der von den Parteien geltend gemachten Beweismittel, selbst wenn diese zu keiner Beweisaufnahme geführt haben, gehört ebenfalls zum Thatbestande, wenn gleich gerade hierbei eine Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze besonders angezeigt ist; Streich a. a. D. 247, vgl. Gaupp, Reindt, Seuffert, Struckmann-Roch zu § 284; abw. Kammerg. Bl.f.R. 5, 1. Die entgegengesetzte Ansicht von v. Kräwell (Bursch 6, 185), nach welcher der Revisionsrichter die im Thatbestande nicht in Bezug genommenen Beweismittel zu berücksichtigen habe, wenn sie nur in einem vorbereitenden Schriftsatz erwähnt und vor dem Revisionsrichter wiederholt werden, widerspricht dem Grundsatz der m. B. und der Natur der Revisions-Instanz. Vgl. auch Anm. 7. — Auch für das Zwischenurtheil und für das Versäumnisurtheil ist der Thatbestand nöthig. Anm. 1. — Im Verurtheilungsurtheile ist bei der Darstellung des Thatbestandes eine Bezugnahme auf das Urtheil voriger Instanz zulässig, § 505. Indes diese Bezugnahme sowie die im § 284 Abs. 2 gestattete auf Schriftsätze und Protokolle soll nur ausnahmsweise erfolgen. Jedenfalls muß vollständig und übersichtlich das mündlich vorgetragene Sachverhältniß daraus hervorgehen. Das bloße Erwähnen von Thatfachen, ohne zu bemerken, was darüber verhandelt ist, macht den Thatbestand unvollständig. Die Bezugnahme auf das erste Urtheil läßt, wenn dieses selbst keinen Thatbestand hat, einen solchen ganz fehlen und ist auch sonst nur statthaft und genügend zuverlässig, wenn sicher konstatiert wird, ob lebendig und vollständig die Angaben erster Instanz wiederholt, oder welche Angaben wiederholt bzw. in zweiter Instanz neu vorgetragen sind. Das Sachverhältniß darf auch nicht dadurch zweifelhaft sein, daß zwischen dem Theile, welcher den Thatbestand enthalten soll, und den Gründen Widerspruch obwalten; R. 10, 73. Wenn der Thatbestand fehlt, oder unvollständig oder zweifelhaft ist, so ist § 284 verletzt, und liegt ein Revisionsgrund vor, sofern die Entscheidung auf dieser Verletzung beruht. In letzterer Beziehung ist zu berücksichtigen, daß das Urtheil auf dem

mündlichen Vortrage beruhen muß und dem Urtheile die Grundlage fehlt, wenn der Thatbestand nicht sicher konstatirt; — sofern nicht ein Mangel nur in Betreff einzelner für die Entscheidung nicht wesentlicher Thatfachen vorliegt; **R. 2.** 144, 406, 422; 4, 188, 428, 431; 6, 350; 4. und 31. Mai, 3. Dez. 1881, 3. April 1884, **Raffr.** 25, 1114; 26, 737; vgl. das. 1163 bis 1166; 27, 1099; 28, 1143; 20. Dez. 1882, 10. Juni, 16. Dez. 1884; **ZW.** 1883 S. 76; 1884 S. 195 3. 6; 1885 S. 26 3iff. 4; 5. Juli 1888, **ZW.** 328; 27. Nov. 1889, **ZW.** 1890 S. 25 3iff. 4; 28 Nov. 1890, **ZW.** 1891 S. 65; 26. Nov. 1891, **ZW.** 1892 S. 13. Der Thatbestand des Urtheils zweiter Instanz muß insbesondere erkennbar machen, ob und wie weit die Verhandlungen und namentlich auch die Beweisaufnahme erster Instanz dem Berufungsrichter vorgetragen ist; **R. 31.** Jan. 1885, **ZRW.** 154. Die Vorschrift des § 284 Nr. 3 ist eine, nicht bloß im Partei-Interesse gegebene, sondern behufs der Grundlage der Entscheidung von Amtswegen zu berücksichtigende und durch Parteiverzicht nicht zu beseitigende; bei Verletzung kann das frühere Urtheil vom Amtswegen vom Berufungsgericht (§ 501) bzw. vom Revisionsgericht aufgehoben werden; **R. 2.** 406. Vgl. auch Anm. 7. Ueber die Darstellung der Prozeßgeschichte im Thatbestande vgl. **Reyer**, **Buch** 14, 476.

5) Das Fehlen der Gründe ist ein absoluter Revisionsgrund, § 513 Nr. 7. Derselbe setzt — also abgesehen von der Frage, ob sonst eine Rechtsverletzung vorliegt, auf welcher die Entscheidung beruht, § 511 — eine Entscheidung (§ 146) des Gerichts und den Mangel an Gründen für die Entscheidung voraus, **R. 2.** Juli 1881, **ZW.** 156. Es genügt die ledigliche Bezugnahme auf die Gründe des früheren Richters, indeß nur, wenn in der Sachlage nichts geändert ist, **R. 3.** 433. **DZG.** 13. Nov. 1893, **SA.** 49, 373. Für alle selbständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, sofern nicht durch das Durchgreifen eines derselben die anderen unwesentlich werden, sind die Gründe anzugeben; es muß konstatiren, ob darüber aus rechtlichen oder thatsächlichen Gründen, und aus welchen entschieden ist, **R. 3.** 388. Die Gründe fehlen bei mangelnder Erwägung wesentlicher, durch die Sachlage angezeigter Fragen, **R. 6.** 138. Zur Feststellung des nothwendigen Zusammenhangs zwischen dem Thatbestande und den Gründen ist anzugeben, aus welchem Grunde eine dem Thatbestande widersprechende Thatfache angenommen ist, **R. 17.** Juni 1882, **ZW.** 175. Ebenso ist die wesentliche Begründung für die Anwendung des angewendeten Rechtssystems nöthig; des deutschen oder ausländischen Rechts, wenn die Anwendbarkeit streitig ist; desgleichen einer partikulären Rechtsnorm, **R. 31.** Dez. 1881 u. 13. Juni 1882, **ZW.** 1882, S. 76, 175. Vgl. im Uebrigen Anm. 9 § 513.

6) Ob Formel oder Thatbestand und Gründe voran- oder nachgestellt werden, ist unerheblich; **Not.** 222. Die Urtheilsformel muß durch sich selbst verständlich sein und darf insbesondere nicht auf Schriftsätze Bezug nehmen; **DZG.** **Jena**, **SA.** 43, 100. Vorschriften oder Aendertungen über die Formulirung des Urtheils-Verors finden sich in den §§ 72, 73 Abs. 4, 105, 248 Abs. 2, 277, 295, 306, 308, 310, 476 Abs. 3, 497, 500, 501, 503 Abs. 2, 526—528, 537, 552 Abs. 1, 560, 562, 563 Abs. 2, 613, 660, 767, 805 Abs. 2, 806 Abs. 2, 870 Abs. 3. Wenn auch der Gebrauch der Gesetzesworte nicht gerade sakramental ist, so ist derselbe doch jedenfalls für die Erleichterung des Verständnisses dringend zu empfehlen. Eine Urtheilsformel dahin, daß der Klageanspruch für erledigt zu erklären, ist nicht unzulässig; **R. 1.** Juni 1892, **ZW.** 333. Den Thatbestand äußerlich von den Gründen zu sondern, ist nach der Vorschrift nicht nöthig, aber zweckmäßig. Einzelne Theile des Thatbestandes in den Abschnitt der Gründe zu setzen, ist nicht gesetzwidrig, **R. 2.** 396; 18. Juni 1894, **Raffr.** 38, 1215; indeß darf der Thatbestand dadurch nicht zweifelhaft werden, Anm. 4. — Für ein bedingtes Urtheil vgl. die ferneren Erfordernisse im § 427. **Kosten** („Entscheidungsgebühr“): **GRG.** §§ 18 Nr. 3, 24, 28.

7) Der Inhalt der Schriftsätze kann natürlich nur in Bezug genommen werden, soweit er mündlich vorgetragen ist und dies bei der Bezugnahme ausgedrückt wird, **R. 10.** 317. Ueber die „Feststellungen“ einschließlich der Anträge vgl. §§ 146, 269, 270, 470. Unter dem Sitzungsprotokoll ist nicht bloß das letzte zu verstehen, sondern auch die früheren von dem Prozeßgericht aufgenommenen Sitzungsprotokolle desselben Prozeßes; und zu den betreffenden Feststellungen gehört auch der Thatbestand einer früheren zum

Sitzungsprotokolle festgestellten oder als Anlage demselben beigelegten und als solche bezeichneten Entscheidung, § 146 Abs. 2 Nr. 5 und Abs. 3, sofern diese zwischen denselben Parteien ergangen ist. Ein (bei Klagenhäufungen) zwischen anderen Parteien erlassenes Urtheil (Ehehurtheil) kann für den Thatbestand nicht in Bezug genommen werden, wie sich schon daraus ergibt, daß ein Antrag auf Berichtigung des Thatbestandes, § 291, sinngemäß nur von denjenigen Parteien gestellt werden kann, welche das Urtheil betrifft, mithin ein für die Parteien unkontrollirbarer Thatbestand geschaffen würde, wenn es gestattet wäre, den Thatbestand einer zwischen anderen Parteien, wenngleich in demselben Prozesse ergangenen Entscheidung in Bezug zu nehmen. Als Sitzungsprotokoll gilt auch das dem beauftragten Richter im vorbereitenden Verfahren, vgl. § 315 Abs. 2, 318, 319. Abgesehen davon können Feststellungen zum Protokolle eines beauftragten und ersuchten Richters nach dem klaren Wortlaute des § 284 nicht in Bezug genommen werden, wie auch der Inhalt dieser Protokolle erst durch den mündlichen Vortrag der Parteien Prozeßstoff wird, vgl. Anm. 3 § 258. Durch die bloße Bezugnahme der in den Schriftsätzen angegebenen Beweismittel sind nicht ohne Weiteres die betreffenden Thatfachen, für welche die Beweismittel vorgeschlagen sind, in Bezug genommen; **N.O.** 30. April 1881, **Raff.R.** 25, 1111. Unter der Bezugnahme ist nach **N.O.** 20. Dez. 1882, **Z.W.** 1883 S. 76 Nr. 9; 13. Nov. 1892, **Z.W.** 1893 S. 16 eine solche zu verstehen, welche auf genau bezeichnete Stellen der Schriftsätze und Protokolle in der Art verweist, daß jeder Zweifel darüber, was von den Parteien mündlich vorgetragen ist, beseitigt bleibt. Eine doppelte Sachdarstellung, theils durch selbstständiges Referat, theils durch Bezugnahme auf umfangreiche Schriftsätze ist jedenfalls zum Verständniß des von den Parteien wirklich Vorgetragenen ungeeignet; **N.O.** 10, 74; 28. Juni 1883, **Raff.R.** 27, 1101; 31. März 1886, **Z.W.** 164; 6. Dez. 1888, **Z.W.** 1889 S. 41. Eine Verweisung auf den Inhalt der bei den Akten befindlichen Urkunden im Thatbestande wird vom **N.O.** 16. Dez. 1884 (**Z.W.** 1885 S. 26) für zulässig erachtet. Dabei ist jedoch vorausgesetzt, daß die Urkunden (oder anerkannte Abschriften) bis zum Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung bei den Akten belassen werden. Andernfalls ist eine wortgetreue Wiedergabe der Urkunden im Thatbestande erforderlich, **N.O.** 16, 18 ff. Auch die Bezugnahme auf einen, in einem Beweisbeschlusse enthaltenen Thatbestand ist nach **N.O.** 13. Juni 1894, **Z.W.** 424 zulässig. **M.** Gensel, **Sächf. Arch.** 2, 560. Vgl. im Uebrigen Anm. 4.

### § 285.

Der Thatbestand des Urtheils liefert rückichtlich des mündlichen Parteivorbringens Beweis. Dieser Beweis kann nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden.<sup>1)</sup>

**E. 275. N. 360. P. 103. 544.**

1) Die positive Beweisregel des § 285 hinsichtlich des Thatbestandes einerseits und des Sitzungsprotokolls andererseits gegenüber dem Thatbestande bestimmt nur über die Beweiskraft rückichtlich des mündlichen Parteivorbringens. Hinsichtlich alles Anderen, was der Thatbestand und das Sitzungsprotokoll enthalten oder nicht enthalten, also namentlich hinsichtlich der Ergebnisse der Zeugen- oder Sachverständigenvernehmung, des Augenscheins, einer Eidesleistung, der Verlesung von Anträgen, gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere auch in Betreff des Verhältnisses der freien Thatfachenwürdigung zur Widerlegung von Urkunden, §§ 259, 380 ff., soweit nicht gesetzlich noch fernere Schranken hinsichtlich der Berücksichtigung von Thatfachen in dieser Beziehung aufgestellt sind, vgl. §§ 150, 524, 516 Nr. 2, 3; Anm. 3 § 145. Weber der § 285 noch die §§ 145, 146 rechtfertigen es, dem Thatbestande und Sitzungsprotokolle für diesen anderen Inhalt eine erhöhte Beweiskraft beizulegen und jene allgemeinen Grundsätze auszuschießen; **Puchelt** 2, 101; **N.O.** 17, 348; **Meyer, Busch** 19, 255 ff.

Dagegen ist hinsichtlich des mündlichen Parteivorbringens, sofern es auf den Beweis überhaupt ankommt (vgl. §§ 491 Abs. 2, 492, 494, 495, 516 Nr. 2, 3, 524, 92 Abs. 2), dem Thatbestand volle, nur durch das Sitzungsprotokoll zu beseitigende Beweiskraft

kraft beigelegt. Vorausgesetzt ist dabei der Thatbestand, wie er endgültig, also im Falle einer gemäß § 291 beantragten Berichtigung nach dem erfolgenden Beschlusse festgestellt ist, Anm. 1 § 291. Der durch das Sitzungsprotokoll nicht widerlegte Thatbestand liefert Beweis, d. h. vollen, das Gericht bindenden Beweis, ohne daß ein anderes Beweismittel oder ein anderer Beweisgrund auf diese Beweiskraft einen Einfluß haben kann. Zu dem mündlichen Parteevorbringen gehören auch Geständnisse, Bezichte, Anerkenntnisse, Vergleiche, Zurücknahme oder Aenderung der Klage, Widerspruch gegen die Klageänderung, die Thatfache des Vortrags eines Urkunden-Inhalts oder eines sonstigen Beweisergebnisses. Der Thatbestand liefert Beweis „rückichtlich des mündlichen Parteevorbringens“, also nach dieser unterschiedslosen Fassung sowohl darüber, was darin als vorgebracht bezeugt ist, als auch über die Frage, ob etwas vorgebracht ist. Die Richterwähnung eines Vorbringens im Thatbestande bedeutet mithin, sofern es auf den Beweis ankommt, daß in der That nichts vorgebracht ist, auch wenn diese Negative nicht ausdrücklich im Thatbestande hervorgehoben ist. Die gegentheilige Ansicht beschränkt die Beweiskraft gegen den Inhalt des § 285 auf das im Thatbestande erwähnte Vorbringen; *MO.* 4, 420; 10. Dec. 1886, *JW.* 1887 S. 38; *Busch* 4, 432; *Gaupp* Anm. II; *Endemann* 2, 120. Vgl. *Seuffert* Anm. 2. (Abw. in dieser Beziehung *MO.* 4. März 1891, *JW.* 199; vgl. dagegen Anm. 6 § 261.) *WR. Strudmann-Roch* Anm. 1; *Sippmann*, cit. 70, 123. Sofern es auf den Beweis nicht ankommt, weil beide Parteien über ein Vorbringen einverstanden sind, hat § 285 keine Anwendung, falls nicht wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Punktes das Zugeständniß der Partei für das Gericht unerheblich ist, *MO.* 4, 421. Die Ansicht von *Wierhaus*, *Busch* 5, 90, daß das Zugeständniß der Partei für den Thatbestand stets gleichgültig sei, dehnt die Bedeutung des § 285 über die ausgesprochene Wirkung für den Beweis aus. Vermittelnd *Reyer*, *Proz. Pr.* 98 Anm. 5; er hält namentlich für das Reichsgericht den Thatbestand des Urtheils der Vorinstanz für unanfechtbar; vgl. jedoch § 516 *Rr.* 2, 3.

Das Sitzungsprotokoll kann an sich nach den allgemeinen Grundsätzen (§§ 380 Abs. 2, 383 Abs. 2) widerlegt werden; und daß diese Widerlegung für die Anwendbarkeit des § 285 unzulässig sein soll, ist nicht bestimmt. Weder die Beschränkung des § 150, noch eine andere ist vorgeschrieben. Der § 285 enthält nur die eine Schranke gegen die Widerlegung des Sitzungsprotokolls, daß bei einem Widerspruche zwischen demselben und dem Thatbestande, das Sitzungsprotokoll nicht durch den Thatbestand, sondern umgekehrt dieser durch jenes entkräftet wird. Zur Entkräftung geeignet ist jedoch das Sitzungsprotokoll nur soweit, als es nicht in gesetzmäßiger Weise anderweitig widerlegt ist; *Seuffert* Anm. 2; *Strudmann-Roch* Anm. 1. Die Entkräftung des Thatbestandes kann auch nicht auf solche Vorgänge gestützt werden, welche in dem Sitzungsprotokolle nicht oder anders beurkundet sind, als dies hätte geschehen sollen; denn dies wäre keine Entkräftung durch das Sitzungsprotokoll selbst, wie sie in § 285 vorgeschrieben ist. Nur der protokollierte Inhalt der Verhandlungen kann den Thatbestand entkräften, und auch nur dann, wenn er nicht erweislich falsch protokolliert ist. Ein mündliches Parteevorbringen, das weder zum Sitzungsprotokoll niedergeschrieben noch im Thatbestande enthalten ist, ist in der betr. Instanz nicht Prozeßstoff gewesen. In dieser Begrenzung hat sich die Fiktion „quod non in actis, non est in mundo“ erhalten.

Für das Verhältnis des Sitzungsprotokolls zum Thatbestande ist hiernach entscheidend, daß das Protokoll nur dann einen Beweiseinfluß hat, wenn es den Beweis, welchen der Thatbestand für sich allein herstellt, entkräftet. Das Protokoll muß daher, um diese Wirkung zu haben, eine Widerlegung, einen Widerspruch gegenüber dem Thatbestande enthalten. Ein solcher Widerspruch ist vorhanden, wenn das Protokoll, oder die zu demselben eingereichte Schriftsatz-Anlage unzweideutig einen Vortrag erwähnt, welcher im Thatbestande nicht oder anders erwähnt ist; *MO.* 9, 367; 1. Okt. 1881, *Walm.* 6, 379; 21. April 1884, *Raff.* 28, 1155; 29. Sept. 1883, *JW.* 485. (Aus der Konstatirung des — unzulässigen — Verlesens der vorbereitenden Schriftsätze folgt freilich allein noch nicht, daß die Parteien bei dem Inhalte derselben in ihren mündlichen Vorträgen

verblieben sind, *N.O.* 2, 402.) Daß umgekehrt die im Thatbestande bezeugten Thatfachen im Sitzungsprotokolle nicht erwähnt sind, reicht allein zur Entkräftung nicht aus; selbst dann nicht, wenn Thatfachen in Frage sind, welche das Protokoll nach §§ 145, 146 enthalten soll. Der Erwägung, daß anzunehmen sei, das Protokoll sei in legaler Vollständigkeit aufgenommen, steht mit gleicher Rücksicht auf die richterliche Autorität die andere Erwägung gegenüber, daß angenommen werden muß, das Gericht bezeuge nichts im Thatbestande, was nicht thatächlich vorgegangen ist, sowie die praktische Erfahrung, daß die Redaktion des Protokolls in größerer Eile und mit geringerer Rücksicht auf die Einzelheiten erfolgt, als die mit mehr Ruße bewirkte Aufstellung des Thatbestandes. Daß die überwiegende Beweisraft des Protokolls nur dann zu verstehen ist, wenn es nicht bloß eine Erwähnung unterläßt, sondern wenn es einen Gegenbeweis in der bisherigen Bedeutung liefert, bekräftigen auch die Motive 24, 324, 325. Uebereinstimmend *N.O.* 10, 366, 6. Okt. 1887, *S.W.* 434; 24. März 1888, *Kaff.R.* 32, 1197 (a. G.); 9. Mai 1894, *S.W.* 315; *D.S.G.* 10. Jan. 1890, *S.W.* 45, 475; *Struckmann-Roch Anm.* 1; *Petersen Anm.* III 1; *Seuffert Anm.* 2; *Hellmann* 2, 150.

Diese Gegenbeweisraft hat das Protokoll diesem seinem Zwecke gemäß indeß nur für denjenigen Theil, welcher (einschließlich der Anlagen, § 146 Abs. 4) zur Aufnahme des Parteivorbringens bestimmt (§ 146 Nr. 1, 2) unter Vorlesung (§ 148) mit Zugiehung der Parteien festgestellt wird; *Caupp Anm.* I.

Die Vorschrift des § 285 bleibt auch dann maßgebend, wenn ein Berichtigungsverfahren nach § 291 nicht erfolgt ist. Dasselbe ist zwar zur Herstellung einer mangelnden Uebereinstimmung zwischen Thatbestand und Sitzungsprotokoll nicht notwendig. Auch wenn ein solches Berichtigungsverfahren nicht stattgefunden hat, kann dem Thatbestande, soweit es später im Laufe des Rechtsstreits auf seine Beweisraft ankommt, stets das Sitzungsprotokoll entgegengehalten werden. Dies sehen auch die Mot. 324, 325 voraus. So auch *N.O.* 1. Okt. 1881, *Wallm.* 6, 379; ferner *N.O.* 13, 423; 8. Mai 1890, *S.W.* 202. Vgl. jedoch *Anm.* 1 § 292.

Die Anwendung der Beweisregel des § 285 wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß eine thatbestandsmäßige Feststellung sich in die Entscheidungsgründe vertritt hat; vgl. *Anm.* 6 § 284, *Seuffert Anm.* 3; *N.O.* 29. Jan. 1894, *S.W.* 120.

### § 286.

Das Urtheil ist von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben.<sup>1)</sup> Ist ein Richter verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beizigenden Richter unter dem Urtheile bemerkt.<sup>2)</sup>

Ein Urtheil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefaßt war, ist vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, in vollständiger Abfassung dem Gerichtsschreiber zu übergeben.<sup>3)</sup>

Der Gerichtsschreiber hat auf dem Urtheile den Tag der Verkündung zu bemerken und diese Bemerkung zu unterschreiben.<sup>4)</sup>

**R. 276. N. 351. 352. P. 103. 544.**

1) Von allen Richtern zu unterschreiben ist das vollständig abgefaßte Urtheil, welches den im § 284 angegebenen Inhalt hat, und bei den Gerichtsakten bleibt, Mot. 222, 223, P. 103, aber nur von denjenigen Richtern, welche bei der Entscheidung, d. h. bei der Fällung desselben, § 280, mitgewirkt haben. Richter, welche nur der Verkündung beiwohnen (im Amtsgerichtsprozesse der Einzelrichter, welcher das von einem anderen Richter gefällte Urtheil in einem besonderen Verkündungstermin publizirt), haben nicht mitzuunterschreiben, ebensowenig der Gerichtsschreiber. Der Unterschrift darf keine Bemerkung über einen etwaigen Dissens beigefügt werden. Ueber *Separatvota* vgl.

Anm. 1 § 199 GB. Die Ausfertigungen, § 271, welche die erfolgten Unterschriften zu registriren haben, sind nach § 288 Abs. 3 vom Gerichtsschreiber zu unterschreiben. Enthält die Ausfertigung nicht die Unterschriften der Richter gemäß § 286, so ist durch deren Zustellung ein wirksames Urtheil nicht zugestellt, **R. 29**, 366.

2) Ob der Richter dauernd oder längere oder kürzere Zeit verhindert ist, macht keinen Unterschied. Auch der Grund der Verhinderung (Tod, Krankheit, Ausscheiden aus dem Amte u. s. w.) ist unerheblich. Die Bestimmung gilt nicht bloß für die Verhinderung eines einzigen Richters, sondern auch mehrerer, wenn auch nur noch einer der Richter übrig bleibt, um die Erfordernisse des Abs. 1 Satz 2 zu erfüllen. Sollten alle Richter (im Amtsgerichtsprozeß der Einzelrichter), welche das Urtheil gefällt haben, dauernd verhindert sein, und die Herstellung des Urtheils in vollständiger Abfassung oder dessen Unterzeichnung dadurch unmöglich werden, obwohl die Urtheilsformel bereits vorher verkündet war (vgl. Abs. 2), so bleibt den Parteien nichts anderes übrig, um zu einem formgerechten zustellbaren Urtheile zu gelangen, als die Fortsetzung des Prozesses zu betreiben, wobei allerdings das demnächst erkennende Gericht an den Grundsatz des § 289 gebunden ist. **W. Gaupp Anm. I § 284; Seuffert Anm. 1.** Das Auskunftsmittel von Gaupp, die Urtheilsformel im Sitzungsprotokoll oder in der Anlage zu demselben, als Urtheil zu behandeln, auszufertigen und zuzustellen, um es eventuell durch Rechtsmittel als gegen § 284 verstößend aufheben zu lassen, widerspricht den §§ 284, 286, 287, 288 Abs. 2. Es ist unwirksam, weil die Zustellung eines nicht gehörig unterschriebenen Urtheils gar keine wirksame Zustellung ist und die Rechtsmittelfrist nicht in Lauf setzt, **R. 29**, 367, 368. Vgl. auch Aufh. 6.

3) Die Frist ist eine sog. uneigentliche, vgl. Anm. 3 § 193. — Die vollständige Abfassung des (Zwischen- oder End-) Urtheils ist vom Verichte der Parteien unabhängig. Die Abfassung ist Amtspflicht des Gerichts; die Vorschrift ist publici juris; **Raff. 24**, 181. Darüber, welcher von denjenigen Richtern, die bei der Entscheidung mitgewirkt haben, das Urtheil abzufassen habe, sind Vorschriften in der **CP.** nicht erlassen, auch nicht, daß es (wie Gaupp Anm. II a. a. D.) von dem Richterstatter, oder wo ein solcher nicht bestellt ist, vom Vorsitzenden abzufassen sei. Die Abfassung des Urtheils ist eine lediglich interne Angelegenheit des Gerichts; die Ausgleichung etwa dabel entstehender negativer Kompetenzkonflikte könnte nur im Disziplinarwege herbeigeführt werden. Ueber Differenzen hinsichtlich der Abfassung eines Thatbestandes oder der Gründe ist durch Abstimmung zu entscheiden, **GB. § 198.**

4) Daß der Vermerk unbedingt von demselben Gerichtsschreiber gemacht werden müsse, der der Verkündung beigewohnt hat (wie Gaupp Anm. IV annimmt), ist nicht zuzugeben. Der Vermerk ist nur eine Konstatirung aus dem Sitzungsprotokoll, welches die Verkündung als wesentliche Förmlichkeit enthalten muß, § 146 Nr. 6 und kann von jedem Gerichtsschreiber, der das Sitzungsprotokoll einsieht, authentisch gefertigt und unterschrieben werden. Anderenfalls würde er bei einer Verhinderung desjenigen Gerichtsschreibers, der der Verkündung beigewohnt hat, verzögert oder unmöglich gemacht werden. Vgl. die reglementarischen Vorschriften des Preuß. **IM.** und dazu **H. Meyer, Busch 18**, 293 f. Der Vermerk gemäß Abs. 3 ist auch in die Ausfertigung des Urtheils mit aufzunehmen, schon wegen der etwa von der Verkündung ab laufenden Fristen, vgl. § 809 Abs. 2. Doch ist dies nicht unbedingt, die Gültigkeit der Zustellung und die Vollstreckbarkeit beeinflussendes Erforderniß (**R. 29. Nov. 1882, ZB. 37, Raff. 27**, 1118). Auf Beschlüsse ist § 286 nicht anwendbar, § 294.

## § 287.

Der Gerichtsschreiber hat die verkündeten und unterschriebenen Urtheile in ein Verzeichniß zu bringen. Das Verzeichniß wird an bestimmten, von dem Vorsitzenden im Voraus festzusetzenden Wochentagen mindestens auf die Dauer einer Woche in der Gerichtsschreiberei ausgehängt.<sup>1)</sup>



1) Das auszuhängende Verzeichniß soll nur das Rubrum derjenigen Sachen, in welchen Urtheile ergangen und gemäß § 286 vollständig abgefaßt und unterschrieben sind, enthalten; nicht die Urtheile selbst, P. 106. Die Parteien und Vertreter können dann die sie betreffenden Urtheile einsehen und Ausfertigungen und Abschriften einholen; § 271. Die Frist für das Berichtigungsverfahren, § 291 Abs. 2, ist an den Beginn des Aushangs geknüpft und ist der „Tag des Aushangs“ daher im Verzeichniße ebenfalls anzugeben. Vgl. Preuß. Ges.-Ord. f. d. Gerichtsschreiber §§ 26 bjm. 24, 21.

### § 288.

Die Zustellung der Urtheile erfolgt auf Betreiben der Parteien.<sup>1)</sup>

So lange das Urtheil nicht verkündet und nicht unterschrieben ist, dürfen Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften desselben nicht ertheilt werden.<sup>2)</sup>

Die Ausfertigungen und Auszüge der Urtheile sind von dem Gerichtsschreiber zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen.<sup>3)</sup>

R. 278. N. 353. 354. P. 104. 545.

1) Abs. 1 ist Zusatz der Vorf. Vgl. Anm. 1 § 152. — Ueber die Nothwendigkeit der Zustellung vgl. Vorb. 3 vor § 272 u. Anm. 2, 3 § 283. Die Zustellung muß an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten geschehen, § 162, also im Anwaltsprozeße an den bestellten Rechtsanwalt, § 74. Vgl. § 221 u. Vorb. vor § 217. Ausgehen kann die Zustellung von der Partei selbst, auch im Anwaltsprozeße; vgl. Anm. 3 § 74. — Die Zustellung ist nach §§ 152 ff. zu bewirken und kann auch von Anwalt zu Anwalt, § 181, geschehen. — Wenn eine Partei dem Gegner das Urtheil hat zustellen lassen, so beginnen mit der Zustellung die Nothfristen für die Rechtsmittel auch für den Zustellenden, § 198 Abs. 2. — Abweichend vom Grundsätze des Abs. 1, wonach die Urtheile auf Parteibetrieb zugestellt werden, erfolgen gewisse Zustellungen in Entmündigungssachen sowie die Zustellung der Urtheile, durch welche Trennung, Ungültigkeit oder Richtigkeit einer Ehe ausgesprochen ist, wegen des öffentlichen Interesses von Amtswegen; §§ 582, 602, 603, 615, 619, 623, 524, 626. Auch die Zustellung der Entscheidungen im Konkursverfahren erfolgt von Amtswegen, RD. § 66. — Eine Verletzung der Vorschriften darüber, wann auf Parteibetrieb oder von Amtswegen Urtheile zuzustellen sind, ist durch Verzicht der Parteien bzw. nach § 267 nicht heilbar, vgl. Anm. 5 § 267; R. 17. Jan. 1895, ZW. 82. — In dem Verfahren vor den Gewerbegerichten, in welchem alle Zustellungen von Amtswegen erfolgen, werden jedoch ohne besonderen Antrag nur solche Urtheile und Beschlüsse zugestellt, gegen welche ein Rechtsmittel stattfindet, soweit die Parteien nicht auf die Zustellung verzichten; andere Urtheile und Beschlüsse nur der Partei, in deren Abwesenheit sie verkündet sind, oder auf besonderes Verlangen, Ges. 29. Juli 1890 § 30.

2) Die Anträge auf Ausfertigungen, Auszüge und Abschriften sind nach § 271 an die Gerichtsschreiberei zu richten; die Ausfertigung kann von der Zahlung von Schreibgebühren (nicht von anderen Kosten) abhängig gemacht werden, f. Anm. 1 § 271. Ueber den Begriff „Ausfertigung“ vgl. Anm. 3 § 656.

3) Ueber die Art der Vollziehung der Ausfertigungen und Auszüge durch den Gerichtsschreiber vgl. Allg. Verf. 3. Oktober 1881, ZW. 257.

Auf Beschlüsse ist § 288 entsprechend anwendbar, doch ist Abs. 1 durch § 294 Abs. 3 modifizirt.

Wegen der vom Preuß. ZM. vorgeschriebenen abschriftlichen Mittheilungen patentrechtlicher u. das Gebrauchsmuster betreffender Entscheidungen an das Patentamt vgl. ZW. 1877 S. 222; 1889 S. 7, 1893 S. 69.

### § 289.

Das Gericht ist an die Entscheidung, welche in den von ihm erlassenen<sup>1)</sup> End-<sup>2)</sup> und Zwischenurtheilen<sup>3)</sup> enthalten ist, gebunden.

## R. 279. N. 256. P. 104. 545.

1) Ueber den Moment der Erlassung s. Anm. 3 § 372.

2) Ueber Endurtheile vgl. Vorb. 1 vor § 272. Ueber den Gegenstand eines Eheurtheils (§§ 273, 274) kann das erkennende Gericht nicht in derselben Instanz wiederholt oder gar abweichend erkennen, vielmehr ist das frühere Urtheil nur historisch zu erwähnen, soweit dies nöthig oder sachgemäß ist. Sollte aus Urtheilen über dasselbe Objekt zweimal erkannt sein, so müßte die betheiligte Partei die formelle Befestigung durch Berufung erwirken. Vgl. § 543 Nr. 7a und § 545. — Nicht berührt sind durch § 289 die Befestigung eines Versäumnisurtheils durch Einspruch, §§ 303, 307, die Berichtigung und Ergänzung des Urtheils in den Fällen der §§ 290—292, die Aufhebung desselben in Folge von Vorbehalten §§ 503, 563 (248, 186, 274), die Abänderung bedingter Endurtheile in den Fällen der §§ 432, 433, 439; die Aufhebung rechtskräftiger Urtheile im Wiedernahmeverfahren §§ 541 ff., die anderweitige Entscheidung in Folge Zurückverweisung einer Sache aus einer höheren Instanz, §§ 500, 501, 528, sowie der Erlaß eines Versäumnisurtheils nach vorhergegangenem Zwischenurtheil, § 297.

3) Ueber die bindende Kraft der Zwischenurtheile vgl. Vorb. 1 § 272 und Anm. 3 § 275. Bindend ist nur der dispositive Theil, die „Entscheidung“, dagegen nicht die Rechtsausführungen und nicht die zu Grunde gelegten Thatfachen. Vgl. Anm. 2 § 273; R. 7, 354; Endemann 2, 126. Auch ein durch Eid bedingtes Zwischenurtheil fällt unter § 289; R. 5. Dez. 1890, ZW. 1891 S. 65. Ein Wechsel in der Befestigung des Gerichts ändert nichts an der bindenden Kraft der End- und Zwischenurtheile, vgl. auch Anm. 1 § 280. An seine prozessleitenden Verfügungen, insbesondere den Beweisbeschluß (s. § 325) ist das Gericht nicht gebunden, Mot. 223, ebensowenig an Entscheidungen, welchen der Charakter eines Zwischenurtheils wegen gesetzlich unzulässiger Bedingtheit nicht zukommt, vgl. Anm. 1 § 275. Erheblich ist für § 289 nur die Festhaltung des Resultats; die Urtheile des früheren und des späteren Urtheils können verschiedene sein, R. 22. März 1893, Raff. R. 37, 1250; vgl. auch Bl.f.R. 3, 75; dagegen R. 9. Febr. 1893, SA. 49, 361.

## § 290.

Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten, welche in dem Urtheile vorkommen, sind jederzeit von dem Gerichte auch von Amtswegen zu berichtigen.<sup>1)</sup>

Ueber die Berichtigung kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung entschieden werden. Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.<sup>2)</sup>

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Berichtigung zurückgewiesen wird, findet kein Rechtsmittel; gegen den Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, findet sofortige Beschwerde statt.<sup>3)</sup>

## R. 280. N. 427. P. 104. 105. 545.

1) „Ähnliche Unrichtigkeiten, d. h. der Absicht des Urtheils-Verfassers selbst widersprechende, welche auf Konstruktions- und Sinnwidrigkeiten oder Flüchtigkeitsversehen beruhen, überhaupt Mängel im Ausdruck des vom Richter Gewollten, nicht Mängel oder Irrthümer des Willens selbst. Hierzu gehören auch Auslassungen in der Urtheilsformel, welche nach den Entscheidungsgründen nicht beabsichtigt sind, z. B. bez. Abweisung der Widerklage, ja sogar Entscheidungen, welche das entgegengesetzte Resultat ausdrücken, als nach dem sonstigen Inhalt des Urtheils ausgedrückt werden sollte; R. 20. Dez. 1884, ZW. 1885 S. 67 Ziff. 8; 22. Jan. und 22. Febr. 1888, ZW. 96, 119; 27. Juni 1889, ZW. 305; 6. Juli 1889, SA. 45, 100; 22. Nov. 1890, ZW. 1891 S. 7 und besonders R. 23, 399 nebst der darin enthaltenen Zusammenstellung der Judikatur; 25. Mai 1892, ZW. 310, 1. März 1893, ZW. 197; OLG. Braunschweig, SA. 48, 226. Ueber den Unterschied von der Berichtigung nach § 431 vgl. ferner R. 8, 390. In allen Fällen muß es sich

jedoch um eine von dem Gerichte selbst, nicht von der Partei durch unrichtige Angaben, verschuldete Unrichtigkeit des Ausdrucks handeln, vgl. Schulkenstein, Bursch 15, 80 (AR. 26. Doppel ebenda 517), Kammerger. ebenda 75; und das vom Richter Bemollte ohne Weiteres erkennbar sein; *N.O.* 13. Jan. 1892, *SR.* 47, 348. Den von § 291 betroffenen Gegenstand bilden Aenderungen in Betreff der Darstellung der Thatfachen und Rechtsverhältnisse. — „Welche in dem Urtheile vorkommen“, d. h. in irgend einem der im § 284 bezeichneten Theile des vollständigen Urtheils, abweichend vom § 291, welcher nur den Thatbestand betrifft. — „Jederzeit“, also auch nach Ablauf der Fristen für Rechtsmittel und Einspruch hinsichtlich eines rechtskräftigen Urtheils, *N.O.* 29, 405. — „Auch von Amtswegen“, also „auch“ auf Antrag (vgl. Abs. 3), für welchen eine präklusivische Frist ebenfalls nicht bestimmt ist. Der Antrag kann als Anregung der Officialthätigkeit in jeder Form und ohne Mittheilung an den Gegner gestellt sein; die Zustellung eines Schriftsatzes, wie für §§ 291, 292 ist nicht vorgeschrieben. Der Anwaltszwang folgt jedoch der allgemeinen Regel des § 74, da der Antrag eine Vertretung der Partei vor dem Gerichte erfordert; *Struckmann-Roch Ann.* 2; *N.O.* 25, 409. *AR.* Hellmann 2, 155.

2) Die Berichtigung über die Berichtigung ist Beschluß, nicht Urtheil. Vgl. *Ann.* 1 § 272. Die Berichtigung, wenn sie nothwendig ist, gehört zur richterlichen Amtspflicht. Ein Verläumnißverfahren findet in Folge dessen nicht statt; auch beim Ausbleiben beider Theile kann von Amtswegen berichtigt werden. Beim Beschlusse können auch Richter mitwirken, welche bei dem Urtheile nicht mitgewirkt haben; die Beschränkung des § 291 Abs. 4 ist hier nicht vorgeschrieben; *N.O.* 25. Mai 1892, *JW.* 310; *Struckmann-Roch Ann.* 3. *AR.* Endemann, 2, 127. Vorausgesetzt ist allerdings im § 290 eine Berichtigung desselben Instanz-Gerichts, welches das Urtheil erlassen hat, auch wenn der Prozeß schon in einer höheren Instanz schwebt; *N.O.* 19. Juni 1891, *JW.* 413, 414; vgl. *Ann.* 3 (anschl. *AR.* Gaupp *Ann.* II Nr. 3). — Wenn ohne vorgängige m.B. berichtigt ist (vgl. *Borb.* 1 § 119), muß der Beschluß den Parteien von Amtswegen zugestellt werden; § 294 Abs. 3; *N.O.* 22. Nov. 1890, *JW.* 1891 S. 7. Wird statt des verkündeten Urtheils wegen Rechenfehlers ein anderes abgefaßt, weil die Berichtigung nach § 290 zulässig ist, so ist der Beschluß in dem abgefaßten Urtheil enthalten und die Pflicht zur Zustellung des Beschlusses, welche für den Fristbeginn der sofortigen Beschwerde, Abs. 3, maßgebend ist, wird durch ein solches, durchaus unrichtiges Verfahren (vgl. § 286 Abs. 3) nicht beseitigt. Abweichend hat das *N.O.* 5, 357 angenommen, daß in einem solchen Falle ein Berichtigungsbeschluß überhaupt nicht vorliege, sondern nur ein anderes Urtheil an Stelle des verkündeten erlassen sei. Indessen ein nicht verkündetes Urtheil ist überhaupt nicht „erlassen“ und darüber, ob und wie weit ein Urtheil oder Berichtigungsbeschluß ergangen ist, entscheidet nur der Inhalt, nicht die Form; vgl. *Ann.* 2 § 472. In Uebereinstimmung hiermit hat *N.O.* 23. Okt. 1884 (*JW.* 297 Ziff. 7 und *RassR.* 29, 420) die Einverlebung des Berichtigungsbeschlusses in das Urtheil ohne besondere Hervorhebung desselben als eine rein äußerliche, die Parteien nicht benachtheiligende Abwechung erachtet, welche einen Revisionsgrund nicht abgibt, sondern nur eine sofortige Beschwerde nach Abs. 3 gestattet; so auch *N.O.* 29, 406. Ist ein früheres Theilurtheil in einem späteren Schlussurtheile abgeändert und diese Aenderung unrichtig als Berichtigung bezeichnet, so ist dies durch Rechtsmittel anfechtbar, *N.O.* 8. März 1892, *JW.* 180. Vgl. *Ann.* 3. — Die bereits erteilten Ausfertigungen sind von Amtswegen einzufordern; dies gehört zur Officialthätigkeit des Gerichts, um der Vorschrift des Abs. 2 zu genügen. *AR.* *Struckmann-Roch Ann.* 3. Indes sind dem Gerichte Zwangsmittel nicht gegeben und die Verbindlichkeit des Beschlusses wird dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Vermerk auf den Ausfertigungen nicht thunlich ist. Ueber die Form des Beschlusses und die Vermerke vgl. *RassR.* 25, 866—872 und *N.O.* 3, 438, 439. — Das Verfahren ist, wenn nicht muthwillig veranlaßt, gebührenfrei; die Beschwerdestanz indes nur, wenn die Beschwerde Erfolg hat; *GRG.* § 47 Nr. 10 und Abs. 2, 3. Wegen der Anwaltsgebühren s. *AnwObD.* §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6.

3) Die Unanfechtbarkeit der Ablehnung des Antrags besteht auf die seitens des erlernenden Gerichts erfolgte Ablehnung; wird die von ihm erfolgte Berichtigung

erst auf Beschwerde abgelehnt, so ist hiergegen auch weitere Beschwerde zulässig; *R. O.* 30, 323; 6. Mai 1891, *ZW.* 307, *SA.* 47, 99; 13. Jan. 1892, *ZW.* 94, *SA.* 47, 348. Für den analogen § 10 hat das Reichsgericht allerdings den entgegengesetzten Grundsatz aufgestellt. Auch wenn die Ablehnung aus dem Grunde erfolgt, daß die Voraussetzungen des § 290 nicht vorliegen (sondern etwa ein Fall des § 292, Auslassung des Kostenpunktes) ist Beschwerde unzulässig. (Unrichtig *D. O.* Braunschweig, *SA.* 48, 226). Die Nichtigstellung kann auch statt eines Antrags oder im Falle der Zurückweisung eines solchen durch Berufung oder Revision, unter der Voraussetzung der Zulässigkeit dieser Rechtsmittel an sich, geltend gemacht werden. Ebenso *D. O.* Jena 21. Mai 1884, *SA.* 41, 229. — Die im Abf. 3 zugelassene sofortige Beschwerde gegen den Berichtigungsbeschluß wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß gegen das Urtheil Berufung oder Revision eingelegt ist. Ein entgegengesetzter Antrag ist von der *R. O.* abgelehnt. Die Rechtsmittel gegen das Urtheil und die sofortige Beschwerde gegen den Beschluß sind von einander unabhängig. Die Partei kann mit ihrem Beschwerderecht nicht auf das Berufungsverfahren verwiesen werden; *R. O.* 3. Mai 1884, *ZW.* 171 Siff. 13, *Raff. R.* 29, 1090; 13. Jan. 1892, *ZW.* 94, *SA.* 47, 348. Der Beschluß selbst unterliegt nicht der Beurtheilung des Berufungsrichters § 473, sondern nur des Beschwerdebereichs. Die sofortige Beschwerde betrifft auch nicht nur einen Beschluß, durch welchen einem Antrage auf Berichtigung Folge gegeben wird (wie *E.* § 280 Abf. 3), sondern auch eine Berichtigung von Amtswegen. — Durch den Berichtigungsbeschluß wird die Frist zur Einlegung der Rechtsmittel nicht verlängert; sie ist von der Zustellung des ersten Urtheils ab zu berechnen, in der Unterstellung, daß die Partei schon aus diesem Urtheile die Zulässigkeit der Berichtigung habe erkennen müssen; es ist dafür anzusehen, als ob das Urtheil gleich in der nachträglichen Form erlassen wäre, *R. O.* 29, 403; 9. Okt. 1893, *ZW.* 500.

Der § 290 findet auch auf einen Vollstreckungsbefehl im Mahnverfahren Anwendung, da derselbe einem Versäumnisurtheile gleichsteht. Ueber Berichtigung eines Zahlungsbefehls vgl. Schulzenstein, *Buch* 15, 74 ff.; über Berichtigung von Beschlüssen *Ann.* 2 § 294. — Ein besonderes Verfahren zur Erläuterung von Dunkelheiten oder Widersprüchen im Urtheilstermine, abgesehen von den Voraussetzungen des § 290, kennt die *CP.* nicht. Dazu sind die Rechtsmittel für ausreichend erachtet; *D. O.* Braunschweig, *SA.* 44, 363; vgl. *R. O.* 13. Okt. 1888, *SA.* 44, 361.

### § 291.

Enthält der Thatbestand des Urtheils Unrichtigkeiten, welche nicht unter die Bestimmung des vorstehenden Paragraphen fallen, Auslassungen, Dunkelheiten oder Widersprüche, so kann die Berichtigung<sup>1)</sup> binnen einer einwöchigen Frist durch Zustellung eines Schriftsatzes<sup>2)</sup> beantragt werden.

Die Frist beginnt mit dem Tage des Aushangs des Verzeichnisses, in welches das Urtheil eingetragen ist.<sup>3)</sup>

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Berichtigung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.<sup>4)</sup>

Das Gericht entscheidet ohne vorgängige Beweisaufnahme.<sup>4)</sup> Bei der Entscheidung wirken nur diejenigen Richter mit, welche bei dem Urtheil mitgewirkt haben. Ist ein Richter verhindert, so giebt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden, und bei dessen Verhinderung die Stimme des ältesten Richters den Ausschlag.<sup>5)</sup> Eine Anfechtung des Beschlusses findet nicht statt.<sup>5a)</sup> Der Beschluß, welcher eine Berichtigung ausspricht, wird auf dem Urtheil und den Ausfertigungen bemerkt.<sup>6)</sup>

Die Berichtigung des Thatbestandes hat eine Aenderung des übrigen Theils des Urtheils nicht zur Folge.<sup>7)</sup>

## E. 261. N. 350. P. 105. 106. 545—547.

1) Das Berichtigungsverfahren des § 291, eine Anrufung des Erinnerungsvermögens des Gerichts, betrifft nur den Thatbestand, und erfolgt nur auf Antrag. (Abw. vom § 290.) Der Antrag suspendirt die Beweisregel des § 285. Durch das Berichtigungsverfahren soll erst festgestellt werden, welcher Thatbestand als derjenige des Urtheils mit der Wirkung des § 285 gelten soll. Der Antrag kann also auf Grund des § 285 nicht als unbegründet zurückgewiesen, vielmehr auch gerade aus dem Protokolle begründet werden, obgleich, soweit das Protokoll den Thatbestand entkräftet, eine Berichtigung des letzteren nach § 291 nicht nöthig ist und auch ohne solche der Thatbestand nach § 285 in höherer Instanz angefochten werden kann; Rot. 223, 324, 325 und Anm. § 285. Von praktischer Bedeutung ist die Berichtigung des Thatbestandes in einem solchen Falle jedoch für § 292; vgl. Anm. 1 § 292. Sonst hat das Berichtigungsverfahren seine hauptsächlichste Bedeutung für Thatbestandsmomente, für welche das Sitzungsprotokoll keine Angaben enthält.

Das Verfahren hat stets nur die Berichtigung des Thatbestandes, nicht des Sitzungsprotokolls zum Gegenstande. Wird bei Gelegenheit des Verfahrens zugleich eine Unrichtigkeit des Protokolls konstatiert, so ist nicht ausgeschlossen, dies durch das neue Protokoll festzustellen; indes kann eine solche Feststellung hinsichtlich des unter Genehmigung der Parteien und des Gerichts abgefaßten früheren Protokolls selbstverständlich nur unter gleicher allgemeiner Genehmigung erfolgen. Andernfalls kann die Anfechtung des Protokolls nur durch die Rechtsmittel erwirkt werden, was auch ohne den Antrag des § 291 zulässig ist; R. 3. und 6. April 1884, Raff. 28, 1143, ZB. 137. Gegen unrichtige Wiedergabe rechtlicher Ausführungen kann eine Berichtigung des Thatbestandes nicht gefordert werden; O. 17. Nov. 1884, SA. 40, 369.

2) Die Unterlassung des Antrags hat zur Folge, § 208, daß der nicht zeitig angegriffene Thatbestand nun mit der Beweiskraft des § 285 wirkt. Der nöthige Schriftsatz „muß“ den Inhalt des Abs. 3 haben; sonst ist er (nach mündlicher Verhandlung) als unzulässig zu verwerfen, § 230. Er ist ein bestimmender, nicht bloß vorbereitender Schriftsatz. (AR. Heilbut aus vermeintlich „in der Sache liegenden“ Gründen, welche jedoch nur subjektiver Natur sind.) Der Antrag, welchen er zu enthalten hat, muß eine bestimmte Berichtigung verlangen, und nur diese ist Gegenstand des Verfahrens.

3) Die Frist (Abs. 1, 2, vgl. § 287) ist eine gesetzliche und keine Nothfrist; sie kann also durch Vereinbarung der Parteien, auch stillschweigend gemäß § 267 (O. 39, 218), nicht aber auf einseitigen Antrag verlängert werden, § 202; R. 30. April 1885, ZB. 217. Der Lauf wird durch die Gerichtsferien gehemmt, § 201 Abs. 1.

4) Das „Gericht“, nicht der Vorsitzende entscheidet. Beweisaufnahme ist unzulässig. Die Erinnerung der Richter, erweckt durch ihre Notizen und durch die neue Verhandlung, geleitet durch das Sitzungsprotokoll, sind maßgebend. Die Entscheidung ist ein Beschluß, nicht ein Urtheil, vgl. Say 4 und 5 und entsprechend § 290. Ein Versäumnisverfahren nach §§ 295 ff. und 312 Abs. 2 ist nicht anwendbar, da weder eine Totalversäumung im Sinne der §§ 295 ff. noch ein Zwischenstreit (nach dem Urtheile!) vorliegt; Struckmann-Roch Anm. 4; Gaupp Anm. III; v. Sarwey 440; Seuffert Anm. 3. Auch wenn beide Theile im Termin ausbleiben, hat das Gericht über den Antrag sachlich zu entscheiden; R. 24. Juni 1887, ZB. 351; Gaupp Anm. III; aR. Seuffert und Struckmann-Roch (für Ruhen des Verfahrens nach § 228).

5) Die Sätze 2, 3 des Abs. 4 sind Zusätze der RR. In Folge des zweiten Satzes des Abs. 4 kann die Entscheidung über den Berichtigungsantrag bei Verhinderung eines der Richter von einem nicht vollbesetzten Richter-Kollegium erlassen werden. In Folge dessen ist auch der dritte Satz zur Erledigung einer Stimmengleichheit mit aufgenommen. Das Gericht ist in diesem Falle abweichend vom O. § 194 für gehörig besetzt erklärt, wenn diejenigen nicht verhinderten Richter, welche bei dem Urtheil mitgewirkt haben, entscheiden. Eine Feststellung, weshalb ein nicht mitwirkender Richter verhindert sei, ist nicht vorgeschrieben, R. 13. Juni 1894, ZB. 425. Im amtsgerichtlichen Prozesse ist beim Wechsel des Richters die Berichtigung des Thatbestandes nicht auszuführen.

5a) Der Beschluß ist unanfechtbar ohne Unterschied, ob der Antrag zurückgewiesen wird, oder eine Berichtigung des Thatbestandes erfolgt.

6) Hinsichtlich der Einforderung der Ausfertigungen, der Folge der Nichteinreichung und der Gebührenordnung gilt das in Anm. 2 § 290 Gesagte.

7) Sind in Folge einer Berichtigung der Thatbestand und die Urtheilsformel nicht mehr im Einklang, so ist, falls dieser durch Ergänzung zu erreichen, § 292 anwendbar. Andernfalls ist nur durch Rechtsmittel eine Abhilfe zu schaffen. Die Nothfristen hierfür, §§ 477, 514, sowie die Frist des § 292 werden in dem durch das Berichtigungsverfahren nicht berührt. Sollte die m.B. in der Rechtsmittelinstantz vor dem Abschluß des Berichtigungsverfahrens in der vorhergehenden Instanz stattfinden, was möglich ist, weil der Lauf der Nothfrist durch die Gerichtsferien nicht gehemmt wird, wohl aber der der Frist des § 291, so würde dies einen Vertagungsantrag rechtfertigen, sofern es nach der Ansicht des Gerichts auf die zu berichtende Differenz im Thatbestande nach Lage der Sache ankommt. In dem Ergänzungsverfahren nach § 292 ist eine Vertagung des Termins zur m.B. angezeigt, falls das Berichtigungsverfahren nach § 291 bereits eingeleitet ist, aber noch schwebt; vgl. Anm. 1 § 292. — Werden der Berichtigung des Thatbestandes Gründe beigelegt, so sind diese nicht zu berücksichtigen und es kann daher ungeachtet derselben der Fall des Fehlens der Gründe für einen Theil des Urtheils, § 513 R. 7, eingetreten sein; *R. 3. Dkt. 1884, ZM. 269.*

### § 292.

Wenn ein nach dem ursprünglich festgestellten oder nachträglich berichtigten Thatbestande von einer Partei geltend gemachter Haupt- oder Nebenanspruch, oder wenn der Kostenpunkt bei der Endentscheidung ganz oder theilweise übergegangen ist,<sup>1)</sup> so ist auf Antrag das Urtheil durch nachträgliche Entscheidung zu ergänzen.<sup>2)</sup>

Die nachträgliche Entscheidung muß binnen einer einwöchigen Frist, welche mit der Zustellung des Urtheils beginnt, durch Zustellung eines Schriftsatzes beantragt werden.<sup>4)</sup>

Der Schriftsatz muß den Antrag auf Ergänzung und die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung enthalten.<sup>5)</sup>

Die mündliche Verhandlung hat nur den nicht erledigten Theil des Rechtsstreits zum Gegenstande.<sup>6)</sup>

R. 282. N. 428. 429. P. 106. 497.

1) In den Fällen des § 292 Abs. 1 liegt in der That nur ein Theilurtheil vor, welches jedoch von dem Gerichte nicht als solches, sondern mit dem Charakter einer Endentscheidung erlassen ist. Jede Partei hat aber das Recht, über alle Ansprüche ein Endurtheil zu verlangen, sofern sie nicht durch Klagezurücknahme oder Verzicht erledigt sind. „Ein weiterer Fall für den Antrag auf Ergänzung liegt vor, wenn ein Theilurtheil erlassen wird, welches präjudicirt, einen größeren Theil des Rechtsstreits endgültig zu entscheiden, als es in Wirklichkeit erledigt“, *Rot. 224.* Lehnt das Gericht über einen Theil der Ansprüche die Entscheidung ab, so ist diese Ablehnung eine durch Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung, welche für einen Ergänzungsantrag keinen Raum läßt, *R. 30. Nov. 1892, ZM. 1893 S. 14; D. W. Marienwerder, SA. 48, 228.* Dafür, ob ein Ergänzungsantrag als solcher begründet ist, ist der ursprüngliche oder berichtigte Thatbestand maßgebend. Auf einen irrigen, aber nicht berichtigten Thatbestand kann auch nicht unter Bezugnahme auf das den Thatbestand widerlegende Sitzungsprotokoll ein Ergänzungsantrag begründet werden; so richtig *LG. Berlin I 20. Januar 1891 in Sachen Schulze - Krüger D. 239, 90 CR. 11.* Die Berichtigung des Thatbestandes ist für das Urtheil präjudizell. Ein anhängiges Berichtigungsverfahren rechtfertigt zwar nicht die Anwendung des nur von präjudizellen Rechtsverhältnissen sprechenden § 139, wohl aber eine Vertagung

des Termins, vgl. Anm. 7 § 291. Liegt nicht eine wirkliche Uebergehung eines Anspruchs, sondern nur eine nicht beabsichtigte Auslassung im Tenor vor, so kommt § 290 und nicht § 292 zur Anwendung, vgl. Anm. 1 § 290, DsO. 17. Jan. 1889, SA. 44, 359. Die Anwaltsgebühren für das Verfahren sind durch die allgemeinen Gebühren des § 13 Anw.-Geb.-O. gedeckt, Blf.R. 4, 9.

2) Der § 292 bezweckt, die Vollständigkeit der Entscheidung über den „Rechtsstreit“ (Abs. 3) dem Zwecke des Urtheils gemäß (§ 272) innerhalb der Parteienanträge nach der positiven Seite, wie § 279 nach der negativen, zu sichern. Dem Ergänzungs-Antrage unterliegen daher nur Ansprüche, über welche durch Anträge, Klage, Widerklage bzw. nach § 253, ein Urtheil begehrt ist und der von Amtswegen, § 279, zu entscheidende Kostenpunkt; R. 27. März 1889, JW. 169; 9. Mai 1892, JW. 332. Für einzelne Angriffs- oder Bertheidigungsmittel kann (mit Ausnahme der besonderen Vorschriften der §§ 502 Abs. 2, 562 Abs. 2, vgl. auch § 654), ein Ergänzungsurtheil nicht verlangt werden. Hier- von sind auch Gegenforderungen, welche nur durch Einrede geltend gemacht sind, nicht ausgenommen. AR. Strudmann-Roch Anm. 2; Puchelt 2, 111, 112; Caupp Anm. I 1. Das Urtheil ist hinsichtlich ihres Einflusses auf den „Rechtsstreit“ vollständig, wenn über den solchen Einreden entgegenstehenden Anspruch erkannt ist. Sind sie dabei nicht berücksichtigt, so ist ihnen eben kein Einfluß auf den Rechtsstreit beigemessen; ein Theil des Rechtsstreits selbst ist aber nicht mehr unerledigt. Dieses Endurtheil ist für das erlassende Gericht bindend, § 289; zur Ergänzung seiner Gründe dient § 292 nicht. Vgl. Anm. 4 § 293. — Auf andere Entscheidungen, als Urtheile, also auf Beschlüsse, bezieht sich § 292 nicht, insbesondere auch nicht auf Kostenfestsetzungsbeschlüsse. Etwalige Omissionen in anderweitigen Entscheidungen können nur im Wege der sonst zulässigen Anfechtung (Beschwerde) gerügt werden. Dies gilt namentlich von der Nichtberücksichtigung des Kostenpunktes bei solchen Entscheidungen, R. 17. Okt. 1884, JW. 298, Ziff. 12, SA. 42, 106; 27. März 1889, JW. 169; DsO. Cassel, Buch 15, 87; 3. Mai 1893, JW. 298, Raffr. 37, 1257.

3) Die Ergänzung des Urtheils kann nur auf dem Wege des § 292 erwirkt werden. Ist sie in der Frist des Abs. 2 nicht beantragt, so ist sie durch Rechtsmittel nicht zu erreichen; Rot. 224, R. 11, 409; 24. März 1888, Raffr. 32, 1197; 12. Juni 1889, JW. 364. Dies ergibt sich aus § 499. Wenn indessen die Sache aus einer anderen Veranlassung in die Berufungsinstanz kommt, z. B. wenn Kläger gegen das ihn im Uebrigen abweisende Urtheil oder der Beklagte gegen die ihn verurtheilende Entscheidung Berufung einlegt, so kann der Kläger gemäß § 491 Abs. 2, § 240 Nr. 2 durch Lageerweiterung den übergangenen Nebenanspruch oder Theil seines Haupt-Anspruchs mittelst der von ihm selbst eingelegten Berufung bzw. durch Anschließung an die Berufung des Gegners zur Geltung bringen, mit demselben Rechte, wie wenn er diese Ansprüche in erster Instanz überhaupt nicht geltend gemacht hätte; denn er kann durch Uebergehung im Urtheil nicht schlechter gestellt werden, als für diesen letzteren Fall. Aus der Amtspflicht jedes Gerichts zur Entscheidung über die Kosten, § 279 Abs. 2, folgt auch, daß das höhere Gericht, wenn das Urtheil, in welchem der Kostenpunkt übergangen ist, aus anderem Grunde seiner Kognition unterbreitet und abgeändert wird, über die gesammten Kosten von Amtswegen zu erkennen hat, ohne Rücksicht auf die erfolgte Uebergehung in der Vorinstanz; vgl. Anm. 1 § 92; Seuffert Anm. 4; DsO. Cassel, Buch 17, 145. AR. Fergenhahn, Buch 17, 146. Die Ergänzung einer Entscheidung des unteren Gerichts kann dagegen bei dem höheren Gericht, welches auf ein eingelegtes Rechtsmittel bereits erkannt hat, auch nicht im Wege des § 292 beantragt werden; R. 7. April 1886, Raffr. 30, 1127. Andererseits gilt kein Anspruch dadurch, daß über denselben nicht erkannt ist, für anerkannt. Die dahin gehenden früheren landesgesetzlichen Vorschriften sind aufgehoben, O. § 14 Nr. 5, vgl. Anm. dazu. Nach Zurückweisung des Ergänzungsantrages oder nach Verabstimmung der Frist kann die Geltendmachung eines übergangenen Haupt- oder Neben-Anspruchs oder Anspruchs-Theiles — abgesehen von der vorher erwähnten gelegentlichen Lageerweiterung in der Berufungsinstanz — nur im Wege einer neuen Klage erfolgen.

(Abw. in den analogen Fällen §§ 502, 562, theilweise § 654, vgl. Anm. dazu). Der Anspruch auf Prozeßkosten (soweit er durch einen anhängig gewordenen Rechtsstreit entstanden ist) kann jedoch nicht abgefordert von dem Hauptprozeße durch Klage verfolgt werden; *R. 10*, 310; *22*, 421; *10. Mai 1889*, *ZB*. 244; *Planck* 1, 268, 385. Der neuen Klage kann nicht entgegengesetzt werden, daß der Anspruch durch das frühere Urtheil aberkannt sei, dagegen ist ein Einwand, daß für Nebenforderungen kein selbständiges Klagerecht, oder unter gewissen Umständen keine Nachforderung zulässig ist, soweit er nach vorstehendem Grundsätze hinsichtlich der Prozeßkosten oder sonst nach bürgerlichem Rechte begründet ist, unbenommen. Dieser materiell-rechtliche Grund ist durch die *CP.* und *CO.* § 14 Nr. 5 nicht berührt. Für das preuß. Recht vgl. *AR. I*, 11 §§ 843—848, *Ecclus* 1, 408, 407, 408, 5. Aufl. (abw. von der 4. Aufl.); *Dernburg* 2 §§ 35, 38; *R. 15*. Juni 1881, *ZB*. 172, *RDf.* 21, 320. In der Praxis des *OvE.* hatte sich ein festes Prinzip nicht gebildet (vgl. *Entsch.* 11, 3; *58*, 100; *47*, 3; *Strieth.* 92, 121; *99*, 314). Vgl. auch *Rehbein-Heinde*, *AR. I*, 11 §§ 843 ff. Für das gem. R. vgl. *Ruhstrat*, *civ. R.* 65, 277; *R. 1*, 351; *RDf.* 21, 320 und die dort Citirten. Den Plenarbeschluß des *OvE.* 12. Sept. 1845 (*Entsch.* 11, 1), wonach nicht miteingeklagte und nicht von Amtswegen zugesprochene Verzugszinsen, als aberkannt gelten sollten, hat *R. 22*. Nov. 1888, *ZMBl.* 1889 S. 72, *Raffr.* 33, 878 mit Recht durch § 14 Nr. 5 *CO.* für obsolet erklärt.

4) Von der Frist gilt das in Anm. 3 § 291 Gesagte.

5) Von dem Schriftsatz und der Nothwendigkeit eines nicht bloß allgemeinen, sondern bestimmten Ergänzungsantrages, innerhalb dessen Grenzen allein zu verhandeln ist, gilt das in Anm. 2 § 291 Bemerkte; derselbe ist im Anwaltsprozeße gemäß § 269 zu verlesen, auch gilt für denselben keine Ausnahme vom Anwaltszwang, § 74. Jede Partei, auch der Nebeninterdent, hat das Recht, die Ergänzung des Urtheils gemäß § 292 zu fordern. Hat eine Partei von diesem Rechte in der vorgeschriebenen Form und Frist Gebrauch gemacht und die Gegenpartei zur *mB.* vorladen, so ist der Rechtsbehelf damit für beide Parteien gewahrt. Es wäre ein unnützer Formalismus, in einem solchen Falle eine zweite Ladung Seitens der Gegenpartei zu verlangen, um dieser den Rechtsbehelf zu erhalten. Daraus folgt, daß die Gegenpartei den etwa zurückgenommenen Antrag ihrerseits aufrechterhalten darf. Wird der Antrag wirksam zurückgenommen, so sind dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens auf Verlangen der Gegenpartei durch Urtheil aufzuerlegen. Eine Erneuerung des Antrags von der einen oder anderen Partei würde nur unter der Voraussetzung der Fristwahrung möglich, aber dann auch zulässig sein. Nicht zu verwechseln mit der Zurücknahme des Antrags auf Urtheils-Ergänzung ist die Zurücknahme des unerledigt gebliebenen Klageantrags, worauf § 243 Anwendung findet. Wegen der Kosten vgl. § 29 *OR.*

6) Wenn der Antrag nach den Erfordernissen der *Abf.* 1, 2, 3 zulässig ist, so wird die *mB.* (*Abf.* 4) über den noch zu erledigenden Streitpunkt von Neuem und in vollem Umfange eröffnet. Der Beklagte kann auch solche Einwendungen, welche erst nach Erlaß des Haupturtheils entstanden sind, geltend machen, soweit sie sich auf den vorerledigten Theil des Rechtsstreits beziehen, Stöckel, *Schulung* f. d. *civ. Praxis*, Berlin 1894 S. 202 ff. und muß sie auch zur Vermeldung der Präklusion für die *ZB.* (§ 686) geltend machen. „Da es sich hierbei um eine selbständige und selbständiger Anfechtung unterliegende Entscheidung handelt, so brauchen an der Verhandlung über den Ergänzungsantrag auch nicht nothwendig dieselben Richter Theil zu nehmen, welche an der Fällung des der Ergänzung bedürfenden Urtheils mitgewirkt haben.“ *Rot.* 224; *R. 23*, 422; *30*, 344 ff. — Die „Entscheidung“ (*Abf.* 2) muß, sowohl wenn eine Ergänzung erfolgt, als auch wenn der Antrag zurückgewiesen wird, stets durch Urtheil (nicht durch Beschluß) erfolgen, *R. 30*, 342. Zufolge seiner Selbständigkeit kann das Ergänzungsurtheil nur selbständig und auch nicht durch Anschlußberufung gegen das ergänzte Urtheil angefochten werden; *R. 23*, 422. Ein Versäumnisurtheil, welches lediglich diesen Rest betrifft, ist zulässig, weil dieser nur noch das übrig gebliebene Totale des Verfahrens enthält, §§ 295 ff. Indes weder ein Versäumnis- noch ein kontradiktorisches Urtheil kann an dem früheren (*Theil-*) Urtheile



etwas ändern, § 289, Anm. 2 § 273. Betrifft das Ergänzungs-Urtheil nur den Kostenpunkt, so ist es mit Rechtsmitteln nur anfechtbar, wenn gegen das Urtheil in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt ist, vgl. Anm. § 94.

### § 293.<sup>1)</sup>

Urtheile<sup>2)</sup> sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist.<sup>3)</sup>

Die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer mittels Einrede geltend gemachten Gegenforderung ist der Rechtskraft fähig, jedoch nur bis zur Höhe desjenigen Betrags, mit welchem aufgerechnet werden soll.<sup>4)</sup>

R. 283. N. 359. P. 106—108. 547.

1) Wenngleich der Begriff der Rechtskraft nur ein einheitlicher sein kann, (Ecclus 1 § 55; dagegen Schollmeyer, Busch 12, 292) so kann derselbe doch von verschiedenen Seiten betrachtet werden. Von der prozeßualischen, formalen Seite betrachtet, bedeutet Rechtskraft lediglich die Unabänderlichkeit der Entscheidung, im Sinne der C.P. speziell die Unanfechtbarkeit derselben durch Rechtsmittel oder Einspruch mit ihren prozeßualischen Folgen. Für diese Seite ist der Ausdruck „formelle Rechtskraft“ gebräuchlich und sachgemäß, wenn auch in der C.P. nicht angewandt. Von der Seite ihrer Wirkungen auf die endgültige Feststellung der materiellen Rechtsverhältnisse der Parteien untereinander (und zum Theil auch gegen Dritte) betrachtet, namentlich mit Rücksicht auf etwaige Erneuerungen desselben Rechtsstreits, — Beseitigung aller der Entscheidung entgegenstehenden Einwendungen, soweit solche nicht erst später entstehen, § 686, R.O. 23. Febr. 1894, 3W. 120; DöbG. 5. Okt. 1891, S.A. 47, 472 — nennt man sie ebenso sachgemäß materielle Rechtskraft. (Fitting: äußere und innere Rechtskraft; § 76). Die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Rechtskraft (vgl. Ecclus u. Schollmeyer a. a. D.) betrifft an sich nur die formelle Seite derselben. Absolut ist die Rechtskraft, wenn die Unanfechtbarkeit des Urtheils, soweit dasselbe die Parteien beschwert, für alle Parteien, relativ, wenn sie nur für eine oder einige derselben besteht. Die relative Rechtskraft hat für die C.P. nur noch geringe Bedeutung vermöge der unbefchränkten Zulassung der Anschließung an die Rechtsmittel der Berufung und Revision, selbst nach Zurückverweisung der Sache von dem Revisionsgericht in die Berufungsinstanz (vgl. Anm. 3 § 528). Ganz bedeutungslos ist dieselbe aber nicht, insofern (wie Schollmeyer a. a. D. richtig bemerkt) die Möglichkeit eines Verzichts auf das Rechtsmittel und die Anschließung an dasselbe theoretisch gegeben ist. (Praktisch wird der Fall nicht so leicht vorkommen!) Auch kann man die Bestimmungen der §§ 487, 498, welche allerdings nur ein Ausdruck der Verhandlungsmaxime sind, unter dem Gesichtspunkte einer nach der C.P. anzunehmenden relativen Rechtskraft betrachten. (Vgl. R.O. 25, 428). Die formelle Rechtskraft der Endurtheile wird durch den § 293 nicht berührt. Sie ist durch § 645 und die Zulässigkeit ihrer Beseitigung durch Wiederaufnahme des Verfahrens nach §§ 541 ff. bestimmt. Auch die mit der Rechtskraft verbundene Vollstreckbarkeit der Endurtheile, soweit sie besteht, — also soweit sie kondemnatorisch und nicht durch Eid bedingt sind, andernfalls nur wegen der Kosten, — gehört zu den prozeßualischen Folgen derselben. Der § 293 betrifft nur die materielle Rechtskraft, *actio iudicati* und *exceptio rei iudicatae*, welche durch die Entscheidung über den Anspruch bedingt ist und in ihrer Wirkung den Anspruch erhält oder beseitigt. Ueber die Literatur vgl. Strudmann-Roch Anm. 2; ferner Ecclus 1, §§ 55, 56; Dernburg 1 §§ 135 ff.; Klöppel, Einrede der Rechtskraft, Berlin 1882, Kroll, Klage und Einrede 297 ff.; Freudenstein Rechtskraft, Hannover 1881; Rocholl, Rechtsfälle des Reichsger. 22—56; Planck 1 § 53; Schwalbach, KassR. 26, 514 ff.; Regelsberger, Pandekten I §§ 196—198; Bülow, civA. 83, 1 ff.; Demelius, Zur Lehre von der Rechtskraft etc., Wien u. Leipzig 1892, dazu Kleinfeller, Busch 18, 427. Unter Anspruch ist dabei nicht bloß der auf Leistung (Duldung, Unterlassung u. s. w.) zu verfallende, sondern auch das Recht auf Feststellung, gemäß §§ 231, 253. Der § 293 behandelt aber die materielle Rechtskraft nicht erschöpfend, sondern betrifft auch hinsichtlich dieser nur den objektiven

Umfang dessen, was als Entscheidung die Wirkung der Rechtskraft haben soll. Die Voraussetzungen der Wirkung, Identität der von der Rechtskraft betroffenen Parteien (vgl. Peterfen, Busch 18, 17) und der Sache, und die gesammte, materielle-rechtliche subjektive und objektive Tragweite der Wirkungen sind durch § 293 nicht betroffen. Diese Beziehungen der Rechtskraft sind nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, soweit nicht die C.P. besondere Bestimmungen getroffen hat. Vgl. §§ 65, 66, 73, 236 ff.; — 58, 59, 753; (über die sog. negative Funktion: R.O. 16, 435; 1. Rat 1891, ZM. 310). In Betreff der Beschränkung der Wirkung durch Vorbehalte s. §§ 502, 562, 563; Anm. 5 § 248; Anm. 2 § 136. Hinsichtlich der Beurtheilung der Parteirechte, wie sie zur Zeit des Urtheils begründet sind und der prozeßualen Wirkung der Einreden aus früherer Zeit s. Anm. 3 § 251. — Der § 293 bestimmt hiernach nur, welcher sachliche Inhalt eines Urtheils der materiellen Rechtskraft mit der, der letzteren nach den sonstigen Vorschriften zustehenden Wirkung fähig ist. In Betreff der örtlichen und zeitlichen Verschiedenheit der Gesetzgebung ist zu berücksichtigen: das Urtheil wirkt nicht konstitutend und novierend für die Verpflichtung, sondern nur deklaratorisch über vorhandene Rechte entscheidend; *Secus* I, § 55; R.O. 24. Sept. 1880, Roffr. 25, 739. Welches die Voraussetzungen für die jetzt vorgebrachte *exc. rei jud.* sind, ist nach dem Rechte des Prozeßgerichts zu entscheiden, welchem sie unterbreitet wird; ob und wie weit aber das frühere Urtheil die vorausgesetzte Rechtskraft hat, ist nach den örtlichen Gesetzen des früher erkennenden Gerichts zu entscheiden; Bedeutung und Wirkung der Rechtskraft sind auch nach den Gesetzen der Zeit, wann das Urtheil erlassen ist, zu beurtheilen; R.O. 3, 291; 5, 336, 337; 6, 415; 30. Sept. 1881, ZM. 195.

Die Bestimmung des § 293 fand bei Einführung der C.P. verschiedene Systeme vor. Die für das gemeine Recht aufgestellte Theorie von Savigny (System 6, 350—370, 429 bis 443, 451, 452) läßt alle in den Gründen enthaltenen Elemente des Urtheils (Bestandtheile, welche Entscheidungen enthalten) materiell rechtskräftig werden, sonach auch die Entscheidungen über die den Anspruch bedingenden Rechte, Legitimationen und Präjudizialpunkte, über das Eigenthum bei Servitutklagen, über Erbenqualität, über das Kapital bei Zinsklagen. Dagegen ist von Unger, Österreich. Privatrecht 2, 615—649 und Weßell, Proz.-D. 573 ff., 595 ff. die Rechtskraft des Urtheils nur für die Entscheidung über den erhobenen Anspruch, für das geltend gemachte Klagerecht angenommen. Die Tragweite der Rechtskraft war innerhalb dieses Gegensatzes für das Gebiet der gemeinrechtlichen Praxis kontrovers. Vgl. SA. 25, Nr. 278; R.D.F. 4, 316, 317; 5, 84. — Nach preuß. Rechte wurde nur die über die erhobenen Ansprüche und Präjudizialpunkte im Tenor des Erkenntnisses aufgenommene, durch die Gründe erläuterte, Entscheidung rechtskräftig; *ObL.* 17, 462; 47, 347. Das französ. Recht erklärt die in den Tenor (*dispositif*) des Urtheils aufgenommenen Entscheidungen über die *conclusions motivées* für rechtskräftig. Der § 293 hat nun unter gleichzeitiger Erlebigung der gemeinrechtlichen Kontroversen die Rechtskraft nur für die Entscheidung über die erhobenen Ansprüche statuiert, weil entsprechend dem *imperium litis* der Parteien die Wirkung der Entscheidung nur dasjenige betreffen soll, worüber die Parteien die richterliche Entscheidung anrufen wollen. Falls die Partei ein Bedürfnis empfindet, über Präjudizialfragen und sonstige einschlagende Rechtsverhältnisse die Entscheidung anzurufen, so sind ihr in den §§ 231, 253 die Mittel dazu gegeben; *Rot.* 225—228. Vgl. auch Anm. 3.

2) In Folge der Grundbedingung der materiellen Rechtskraft des § 293, daß eine Entscheidung über einen Anspruch vorliegen muß, sind von derselben, also insbesondere von der *exceptio rei judicatae* alle Urtheile ausgeschlossen, welche eine Entscheidung über den streitigen Anspruch überhaupt nicht enthalten; somit die Entscheidungen über einzelne Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, die Feststellungen von Thatfachen, und ferner alle Urtheile, in welchen eine solche sachliche Entscheidung vom Gerichte wegen prozeßhindernder Einreden (§ 247, vgl. jedoch die Modifikation Anm. 3), oder wegen fehlender anderer Prozeßvoraussetzungen (z. B. Mängel der Klageschrift, unzulässiger Klageänderung, fehlender Erfordernisse der Prozeßart, unstatthafter Klagenverbindung u. s. w.) abgelehnt wird. Hierzu gehört die Abweisung der Klage, weil sie den Erfordernissen des § 230 nicht

entspricht, die Klageanträge undeutlich, oder unzulässig allgemein, widersprechend sind, eine Begründung nicht vorhanden, oder unklar ist. Will man eine solche Entscheidung, welche der Richter treffen muß, weil ihm die Pflicht zum Urtheil obliegt, § 272, ohne die Möglichkeit sachlicher Entscheidung zu haben, eine Abweisung der Klage „angebrachtermaßen“ nennen (*absolutio ab instantia*, im Gegensatz zur definitiven Abweisung des Anspruchs, *absolutio ab actione*, Weigel 186, 544, 552, 557), so mag man geltend machen, daß die C.P. eine solche Form nicht ausdrücklich verbietet. Vgl. D26. Kiel, SA. 41, 453. Indeß dem Systeme der C.P. und den sich daraus ergebenden Unterscheidungen für die Urtheile der C.P. entspricht die Zulassung einer solchen Form nicht und sie ist deshalb auch vom Reichsgericht für unzulässig erklärt, R. O. 6, 358; 27. Mai 1882, JZ. 175. Einen praktischen Vortheil könnte die Ersetzung für die Anwendung dieser Form (Westerburg, KassR. 24, 186—227 und 26, 452, 453) nur dann haben, wenn gesichert wäre, daß sie lediglich für eine Ablehnung sachlicher Entscheidung und nicht auch für die Abweisung eines Klagegrundes oder gar einer unerwiesenen Begründung gebraucht würde. Da dies bei den Differenzen über die Bedeutung der Bezeichnung (Westerburg a. a. O. 188 ff.; R. O. 3, 290 und die dort cit. Entsch.) nicht gesichert ist, so wirkt die Ausdrucksweise eher verwirrend. Durch jede Abweisung wird das derzeitige Klageverlangen abgewiesen; sind die Wirkungen davon zu prüfen, so ist ohnehin der Grund in Betracht zu ziehen und diese Prüfung wegen eines gesetzlich nicht technischen, leicht mißverständlichen Ausdrucks der früheren Urtheilsformel nicht zu vermeiden. Vgl. Strudmann-Roch Anm. 3 § 130 und in Busch 3, 224; Kocholl, Rechtsf. 22 ff., 54—56; Caupp Anm. III Rt. 16. Dagegen Kroll, Klage und Einrede 82 ff., vgl. auch Anm. 3, ferner über Formulirung der Klageabweisung Anm. 1 § 277. Die Verneinung des Klagerichts erzeugt stets materielle Rechtskraft, mag nun die Existenz des geltend gemachten subjektiven Privatrechts oder das Erforderniß der *actio nata* (bei der Feststellungsklage das rechtliche Interesse nach § 231) verneint werden; aber allerdings mit verschiedenen Wirkungen. Bei Verneinung der Existenz des subjektiven Privatrechts steht jeder ferneren Verfolgung desselben die *exc. rei judicatae* entgegen, R. O. 29, 345; 5. März 1894, JZ. 180, bei Verneinung der Rativität der *actio* nur soweit, als die neue Klage ihre Rativität aus den gleichen Thatsachen herleitet. Ueber den Umfang der Rechtskraft eines Urtheils aus § 781, durch welchen der Widerspruch gegen die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides verworfen wird, vgl. R. O. 17. Dez. 1889, JZ. 1890 S. 80, eines Urtheils über einen Wechsellanspruch R. O. 26, 253. — Ob die Wirkung der Rechtskraft von Amtswegen zu berücksichtigen ist, oder der Parteiverfügung unterliegt, wird von der C.P. nicht entschieden und ist eine Frage des bürgerlichen Rechts. Die Kommission für die 2. Lesung des bürgerl. Ges.-Entw. hat sich in Uebereinstimmung mit § 191 des Entw. für die Annahme dispositiven Rechts entschieden. Dagegen steht Bülow, civR. 83, 1 ff. und Regelsberger, Pand. I § 196 S. 702. Nach Preuß. Recht unterliegt die Wirkung der Rechtskraft der Verfügung der Parteien und ist die *exc. rei judicatae* nicht von Amtswegen zu berücksichtigen. *De lege ferenda* ist auch nicht einzusehen, warum es den Parteien nicht freistehen soll, auf die Rechte aus einem rechtskräftigen Urtheil zu verzichten. Ein öffentliches Interesse steht nicht entgegen und die Annahme absoluter Rechtswirkung des Urtheils würde es den Parteien sogar unmöglich machen, sich über einen rechtskräftig entschiedenen Anspruch nachträglich zu vergleichen.

Die materielle Rechtskraft des § 293 Abs. 1 setzt ferner voraus, daß über den Anspruch entschieden ist, welcher durch Klage oder Widerklage (mithin einschließlich §§ 231, 253) geltend gemacht, also Gegenstand der Klage oder Widerklageanträge ist. Die Urtheile werden daher hinsichtlich des darin entschiedenen Theils des Rechtsstreits rechtskräftig. Der Feststellung im Konturfe ist entsprechende materielle Rechtskraft eines Urtheils beigelegt; R. O. §§ 133 Abs. 2, 135, 152, 179. — Dagegen sind Urtheile ausgeschlossen, welche (abgesehen von Gegenforderungen, vgl. Abs. 2) andere Ansprüche betreffen, die nur als Angriffs- oder Vertreibungs mittel geltend gemacht sind bzw. den streitigen Anspruch als Voraussetzungen bebingen; sonach auch die Entscheidung über die für den Arrest vor- ausgesetzte Hauptforderung, R. O. 21, 102; ebenso das Urtheil, welches im Falle des § 276

über den Grund des Anspruchs vorabentscheidet; Anm. 3 § 276. Desgleichen werden die wenngleich bejahenden Entscheidungen über Zwischenstreite, Elemente (Gründe) des Urtheils, weil nicht über den streitigen Anspruch entscheidend, nicht materiell rechtskräftig; *R. O.* II, 384; 7. Febr. 1893, *Z. W.* 157. Dieser Rechtskraft sind alle Zwischenurtheile nicht fähig, Anm. 3 § 275, einschließlic derjenigen der §§ 248, 276, welchen eine formelle Rechtskraft in Betreff der Rechtsmittel beigemessen wird, indem sie hinsichtlich derselben als Endurtheile anzusehen sind. Dagegen sind die kondemnatorischen Urtheile aus §§ 502, 562, wenngleich sie nur eine provisorische Bedeutung haben und im Nachverfahren einer Aufhebung ausgesetzt sind, der materiellen Rechtskraft außerhalb dieses Nachverfahrens so lange und insoweit fähig, als sie nicht durch Verklündung eines anderweitigen Urtheils in dem letzteren aufgehoben werden. Dies ist auch in *R. O.* 24. März 1884 (*Raff. R.* 28, 1136) vorausgesetzt, vgl. jedoch *R. O.* 9. Dez. 1886, *Z. W.* 1887 S. 12, Stein Urkundenproz. 297; dagegen *R. O.* 27. April 1889, *Z. W.* 231; a. M. Caupp Anm. III, 1. Allerdings wird dadurch eine materielle Rechtskraft unter einer Resolutiocondition gesetzt; die Zulassung des Wiederaufnahmeverfahrens gegen rechtskräftige Urtheile jedoch zeigt, daß in dem Begriffe der Rechtskraft nicht die absolute Anumstößlichkeit des Urtheils enthalten ist, vgl. Anm. 6 § 502. Das Urkundensfeststellungsurtheil des § 231 entscheidet seiner Natur nach nicht über einen Anspruch, Anm. 6 § 231, und schafft daher keine materielle Rechtskraft; a. M. Caupp und Seuffert. Allerdings wird durch das formell rechtskräftige Urtheil die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde unter den Parteien für jeden späteren Prozeß unabänderlich festgestellt; dies ist aber nur eine der materiellen, lediglic auf Ansprüche sich beziehenden Rechtskraft ähnliche Wirkung. Eine solche der materiellen Rechtskraft ähnliche Wirkung kommt auch den formell rechtskräftig gewordenen gerichtlichen Entscheidungen in der Zwangsvollstreckungsinstanz und im Kostenfestsetzungsverfahren (vgl. Anm. 1 § 645) zu. Ist z. B. ein Pfändungsbeschluß auf erhobene Erinnerung des Schuldners oder Drittschuldners durch das Vollstreckungsgericht oder im Beschwerbewege endgültig aufgehoben, so würde eine Erneuerung des gleichen Pfändungsbeschlusses auf einen erneuerten Antrag des Gläubigers (ohne causa superveniens) schlechthin unzulässig sein, nach dem Grundsatz „ne bis in idem“ und als gegen die Rechtsordnung der Zwangsvollstreckungsinstanz verstößend; in einem solchen unzulässigerweise erneuerten Pfändungsbeschlusse bzw. einer Klage aus demselben und dem darauf gegründeten Ueberweisungsbeschlusse würde der Drittschuldner eine der exc. rei judicatae analoge Einrede entgegensetzen können.

3) Die Rechtskraft reicht „soweit, als über den durch die Klage oder die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist“. Es kommt also nicht bloß darauf an, was Gegenstand des erhobenen Anspruchs (Anm. 4 § 280) gewesen, sondern auch in welchen Grenzen und in welchem Umfange derselbe (entsprechend den Anträgen Anm. § 290, § 279) zugesprochen oder abgesprochen ist. Für die Frage, in wie weit über den erhobenen Anspruch entschieden ist, ist die dispositiv Bestimmung des Tenors (Formel § 284 Nr. 5) entscheidend, dergestalt, daß die Rechtskraft niemals, auch auf Grund einer Erläuterung aus den Gründen über diese Bestimmung insbesondere auch über die Höhe der Summe nicht sachlich hinausgehen kann; *R. O.* 7, 354; II, 384; 28, 428; *D. S. O.* 2. Nov. 1883, 30. April 1884, *S. M.* 39, 218; 40, 103; *R. O.* 23. Okt. 1886, *Z. W.* 397; 15. Juni 1887, *Z. W.* 326; 14. April 1887, *S. M.* 42, 470; 15. März 1889, *Z. W.* 152; 15. Juni 1891, *Z. W.* 413; 17. u. 22. Febr. 1892, *Z. W.* 160, 180; 7. Febr. 1893, *S. M.* 49, 106; 15. Nov. 1893, *Z. W.* 1894 S. 11; 11. April 1894, *Z. W.* 262, soweit nicht etwa bloß eine jederzeit berichtigungsfähige Unrichtigkeit im Sinne des § 290 vorliegt; vgl. Anm. 1 § 290. Die Entscheidung über einen Theil des Anspruchs entscheidet demnach auch nicht über die übrigen Theile, weil sie sich nicht dispositiv über den ganzen Anspruch verhält, mag auch in den Gründen der ganze Anspruch für gerechtfertigt oder ungerechtfertigt erklärt werden, vgl. *R. O.* 7. Febr. 1880, *Raff. R.* 24, 1087 (zwar noch nach Preussischem Prozeßrecht, aber gerade darum mit der Auffassung der *S. P.*, welche dessen Grundsätze adoptirt hat, übereinstimmend) vgl. auch *R. O.* 5, 389; 16, 357; Herzog in *Z. W.* 1887 S. 377 ff.; Schollmeyer, *ctw.* 76, 439 ff.; Caupp Anm. III. *M. R.* Busch II, 322, theil-

weise Seuffert Anm. 3 u. Rusat, Busch 12, 342 ff. Die Unterscheidungen von Zitelmann, Busch 8, 254 ff., zwischen individualisirten und nicht individualisirten Theilforderungen, sowie die darin geknüpften Folgerungen sind dem Gesetze fremd; vgl. gegen denselben Schollmeyer a. a. O. Die Entscheidung über Punkte, welche ein früheres Urtheil noch unentschieden gelassen hat, verstößt natürlich nicht gegen die Grundsätze des res judicata; **R. O.** 31. März 1887, **ZB.** 203; **Raff. R.** 32, 427. Ist jedoch ein Gesamtanspruch durch Urtheil erledigt, so kann nicht nachträglich noch ein plus verlangt werden, **R. O.** 31, 260.

Im **§. 1** Abs. 3 war noch die Bestimmung aufgenommen: „der Eintritt der Rechtskraft ist nicht davon abhängig, daß die der Rechtskraft fähige Entscheidung in die Urtheilsformel aufgenommen ist“. Von der **R. R.** wurde sie jedoch zur Vermeidung von Unklarheiten aus einer Vermengung des dispositiven Tenors mit den Gründen gestrichen; **P.** 106—108; vgl. Seuffert Anm. 3. — Innerhalb des sachlichen Inhalts des dispositiven Tenors ist indessen über dessen Bedeutung nach dem Grunde des Anspruchs und dem Umfange des Antrags zu entscheiden, **§§** 230, 235, und dienen in dieser Beziehung immerhin der Thatbestand und die Gründe des Urtheils zur Erläuterung des Tenors; **R. O.** 17. Nov. 1886, **ZB.** 1887 **S.** 3; 17. Febr. 1894, **ZB.** 140. „In der That also wohnt ausschließlich der Entscheidung selbst die Rechtskraft inne, nur nicht als einer todtten Formel, sondern als dem lebendigen Gedanken, welcher mit Hilfe jener Mittel (der Entscheidungsgründe) zu fixiren ist“; **Weyll** 596; **R. O.** 17. April 1894, **ZB.** 262. Dies wird besonders in Betreff der Abweisung einer Negatorienklage oder einer negativen Feststellungsklage bedeutungsvoll. Wenn eine solche Abweisung als Sachentscheidung auf der Feststellung des, der Klage entgegengesetzten, von der Klage bestrittenen Rechtes beruht, so ist dieses Recht Streitgegenstand geworden und vermöge der Erläuterungskraft der Gründe für den Tenor in Bezug auf dieses Recht res judicata begründet, **R. O.** 29, 345; 9. Juli 1892, **ZB.** 426; vgl. Anm. 4 § 231 (gegen **R. O.** 6, 386). Wird indeß eine Negatorienklage (auf Beseitigung von Störungen, Bauänderungen etc.) abgewiesen, weil Kläger nicht, wie er behauptet, Eigentümer sei, so ist hierdurch nicht res judicata für die Entscheidung über das Eigentum vorhanden, weil nicht die Entscheidung über eine streitige Frage, sondern nur die über einen streitigen Anspruch rechtskräftig wird, **R. O.** 11, 384; 18. April 1893, **ZB.** 267. Ebenso erlangt die Abweisung einer negativen Feststellungsklage, weil das Interesse fehlt oder nicht über ein Rechtsverhältnis, sondern nur über eine Rechtsfrage Entscheidung begehrt wird, **R. O.** 6, 387, keine materielle Rechtskraft. — Welche Bedeutung hinsichtlich der Rechtskraft dem absoluten Urtheil zukommt, wird in der Regel nur aus den Entscheidungsgründen zu entnehmen sein, vgl. Anm. 2. Auch wenn die Abweisung mit dem Zusatze „angebrachtermaßen“ und dergl. erfolgt ist, bleibt zu prüfen, ob und inwiefern durch den Abweisungsgrund der Anspruch selbst betroffen ist; nur insoweit dies geschehen, tritt materielle Rechtskraft ein (vgl. **R. O.** 3, 290 und die dort angef. Entsch., **KroU.** Klage und Einrede **S.** 207). Ebenso wenn dem Ansprüche die Verfolgbarkeit schlechthin wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges oder bei einem bestimmten Gerichte wegen dessen Unzuständigkeit rechtskräftig abgesprochen ist (vgl. **§§** 11, 249 Abs. 2, 467 Abs. 2), steht der von Neuem hzw. bei demselben Gerichte erhobenen Klage die exc. rei judicatae entgegen (**Ecclus** 1, § 55 **Nt.** 17). Vgl. im Uebrigen hinsichtlich der Abweisung wegen prozeßhindernder Einreden Anm. 2. Divergiren die Urtheile der verschiedenen Instanzen in Bezug auf den Grund der Abweisung, so kann nur das Urtheil der höheren Instanz maßgebend sein.

4) Von dem Grundsatze des Abs. 1, daß die Rechtskraft nur die durch Klage oder Widerklage geltend gemachten Ansprüche ergreift, ist im Abs. 2 eine einzige Ausnahme zu Gunsten eines mittels Einrede behufs Aufrechnung (Kompensation, nicht Retention, aR. **Fitting** § 76 Anm. 7) geltend gemachten Gegenforderung gemacht. Voraussetzungen für die Rechtskraft hinsichtlich derselben sind:

1. daß eine Entscheidung in Betreff derselben überhaupt getroffen ist. Für den andern Fall der bloßen Geltendmachung, ohne daß hinsichtlich der Einrede entschieden ist, trifft § 293 Abs. 2 keine Bestimmung und gestattet also auch keinen Rückschluß, weder auf eine sog. Rechtshängigkeit der Kompensationseinrede, Anm. 2 zu § 235, noch auf

die Zulässigkeit eines Ergänzungsantrags gemäß § 292, Anm. 1 zu § 292, noch auf eine Abforderung der Gegenforderung.

II. Die Entscheidung muß ferner über das Bestehen oder Nichtbestehen der Gegenforderung selbst getroffen sein, und erlangt unter dieser Voraussetzung Rechtskraft; die Existenz der Forderung mag bejaht oder verneint sein; *R. O.* 14, 348. Wird die Einrede aus anderen Gründen wegen fehlender Erfordernisse zur Kompensabilität verworfen, so findet *Abf.* 2 keine Anwendung. Die Gegenforderung muß auch mittels Einrede gegen einen Klage- oder Widerklage-Anspruch geltend gemacht sein, nicht als Replik gegen eine Einrede, z. B. eines Retentionsrechts.

Für die Rechtskraft der Entscheidung ist es hier nicht Voraussetzung oder nöthig, daß die Entscheidung selbst in der dispositiven Urtheilsformel direkt ausgedrückt ist. Im *Abf.* 2 ist dies nicht erforderlich, sondern nur eine Entscheidung über Bestehen oder Nichtbestehen. Wie in der Regel ohne entsprechenden Antrag die Entscheidungen über Einreden keinen besonderen Ausdruck im Tenor der Endentscheidung erhalten, so hätte, falls anomal zur Wirkung des *Abf.* 2 eine Aufnahme im Tenor nöthig sein sollte, dies für die, an sich eine Ausnahme darstellende, Vorschrift des *Abf.* 2 ausdrücklich bestimmt sein müssen. Der Umstand, daß der Zusatz des *E.* 1 § 283 *Abf.* 3, ausdrücklich die Unabhängigkeit der Rechtskraft von der Aufnahme in der Formel zu erklären, abgelehnt ist, hat nicht die Bedeutung das Gegentheil zu erklären, sondern nur die, daß darüber nichts bestimmt ist. Jener Zusatz wurde auch in der *R. R.* nur mit Bezug auf *Abf.* 1, und ohne den *Abf.* 2 nur zu berühren, berathen. Einen Ausdruck gewinnt übrigens eine Entscheidung über die Einrede im Tenor allemal, nicht nur, wenn auf Grund derselben die Klage abgewiesen wird, (vgl. *Rocholl Rechtsfälle* 2, 434) — die Abweisung einer Klage auf Zahlung, weil der Klagegrund abgelehnt wird, bezeichnet auch nicht deutlicher, welcher Klagegrund abgewiesen ist, — sondern auch soweit der Beklagte ungeachtet der Einrede verurtheilt wird. Das Zurückgehen auf die Gründe, um zu wissen, wie weit die Rechtskraft im Rahmen des Tenors besteht, ist auch in den meisten anderen Fällen nicht zu vermeiden. Zustimmung *R. O.* 30. Dec. 1884, *J. M.* 1885, S. 67, Ziff. 9. *M. Fitting* § 76; *Busch* I, 417.

Die Wirkung der Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen tritt jedoch nur in Höhe desjenigen Betrages ein, mit welchem „aufgerechnet werden soll“, d. h. also, welchen der Einredende zur Kompensation entgegensezt; und nicht in Höhe des etwaigen Mehrbetrages der Gegenforderung; letzteres auch dann nicht, wenn nur ein kleinerer Betrag, als der zu kompensirende als begründet anerkannt oder die gesammte Forderung als unbegründet verworfen wird; *R. O.* 16, 355. Wird einer Klageforderung von 1000 *M.* eine Forderung von 1500 *M.* zur Kompensation entgegensezt, so will der Beklagte davon nur 1000 *M.* aufrechnen. Werden von den 1500 *Mark* nur 600 *M.* festgestellt, so ist die Abrechnung von 400 *M.* der Rechtskraft fähig; die Abrechnung der übrigen 500 *M.* ist indeß, wenngleich die Prüfung der ganzen Forderung von 1500 *M.* Voraussetzung (aber auch nur Voraussetzung) der Entscheidung ist, keine der Rechtskraft fähige Entscheidung. Andersfalls könnte auch das Amtsgericht, ohne daß ein Einwand gegen seine Zuständigkeit zulässig wäre, eine Forderung größter Höhe zwar nicht zuerkennen, aber absprechen; *Busch* I, 416; v. *Sarwey* I, 448; *Endemann* 2, 159; *Strudmann-Roch* Anm. 4; *Schwalbach, Kass. R.* 26, 514; *Herzog, J. M.* 1887 S. 343, 377; *Saupp* Anm. IV; *Kohler, Busch* 14, 397 ff. u. 20, 20; *Fitting* § 76 S. 493 f. Der gegenständlichen Ansicht (*Seuffert* Anm. 4; *Bach* I, 371; *Hellmann* 2, 163; *Röding, Busch* 4, 51; *Schollmeyer* 13 ff.) steht die deutliche Bestimmung im *Abf.* 2 entgegen.

Insoweit Forderung und Gegenforderung durch das Urtheil als bestehend anerkannt und gegeneinander aufgerechnet werden, wird nicht bloß die Entscheidung über das Bestehen, sondern auch die über die Aufrechnung rechtskräftig, da letztere wesentlich den dispositiven Inhalt des Urtheils ausmacht, indem das Gericht durch die Aufrechnung über die gegenseitige Tilgung der Ansprüche disponirt. Hat der Beklagte die Forderung bestritten und die Gegenforderung nur eventuell entgegensezt, so wird er durch ein ohne Prüfung der Berechtigung der Forderung aufrechnendes Urtheil, wenngleich dasselbe die

Abweisung der Forderung ausdrückt, beschwert, und er ist deshalb befugt und zur Vermeidung der Konsumtion seiner eventuellen Gegenforderung darauf angewiesen, das Urtheil, so lange dasselbe die Rechtskraft nicht beschritten hat, durch das zulässige Rechtsmittel anzufechten. Ein Urtheil, welches die Klageforderung ohne das Bestehen derselben festzustellen, lediglich wegen der eventuellen Kompensationseinrede abweist, sollte überhaupt nicht erlassen werden; weil das bloße Bestehen der Gegenforderung noch keinen Erfüllungsbalk (wie Zahlung, Bergleich u. s. w.) darstellt, dazu vielmehr der Aufrechnungswille gehört, dieser aber durch einen eventuellen Kompensationseinwand noch nicht erklärt ist, vgl. OLG. Hamburg, SA. 48, 226; Kohler, Busch 20. 1 ff. Würde ein solches Urtheil rechtskräftig, so wäre damit allerdings über das Bestehen der Gegenforderung, nicht aber über das der Forderung endgültig entschieden und somit auch die Aufrechnung nicht rechtskräftig festgestellt, vgl. Anm. § 498, ferner Busch 10, 131 ff.

Die von Regelsberger Pand. § 196 Rt. 13 belebte Ausdehnung des Abs. 2 auf alle Arten von Einreden verstößt nicht bloß gegen den Wortlaut, sondern auch gegen den Sinn des Gesetzes, welches darum nicht die Bezeichnung „höhern“ verdient. Vgl. RG. 25. Juni 1891, SA. 48, 229.

### § 294.

Die auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergehenden Beschlüsse des Gerichts müssen verkündet werden.<sup>1)</sup>

Die Vorschriften der §§ 280, 281 finden auf Beschlüsse des Gerichts, die Vorschriften der §§ 283, 288 auf Beschlüsse des Gerichts und auf Verfügungen des Vorsitzenden, sowie eines beauftragten oder ersuchten Richters entsprechende Anwendung.<sup>2)</sup>

Nicht verkündete Beschlüsse des Gerichts und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters sind den Parteien von Amtswegen zuzustellen.<sup>3)</sup>

R. 284. N. 355—358. P. 108. 547.

1) Abs. 1 betrifft auch die in fakultativer mB. ergangenen Beschlüsse. Ueber den Einfluß des Verzichts der Parteien auf die Verkündung vgl. Anm. 1, 2 § 281 (welcher nach § 294 Abs. 2 auch auf Beschlüsse anwendbar ist) und Anm. 3 § 226.

2) Vgl. Vorb. 3 vor § 272 und Anm. §§ 280, 281, 283, 288. Wegen der Terminologie: Beschlüsse und Verfügungen s. Anm. 1 § 272. Wegen des beauftragten und ersuchten Richters s. Anm. 4 § 74 und Anm. 2 § 320. — Der § 290, wenn gleich nicht ausdrücklich anwendbar erklärt, ist ebenfalls entsprechend anzuwenden, da er nur eine selbstverständliche gerichtliche Officialthätigkeit regelt; Struckmann-Roch Anm. 3; v. Sarwey I, 449; Schußstein, Busch 15, 84 ff. (welcher die Vertretung von Beschlüssen, wohl mit Recht, noch über die Grenzen des § 290 hinaus für zulässig erklärt, insbesondere bezüglich der von den Parteien durch Schreibfehler u. dgl. veranlaßten Unrichtigkeiten; vgl. Anm. 1 § 325 a. G.) dagegen nicht § 288, vgl. RG. 3, 400. Die Befugung von Gründen ist nicht obligatorisch, da § 284 für Beschlüsse nicht anwendbar ist, RG. 10. Jan. 1895, JW. 62.

3) Vgl. Busch I, 149; 8, 418 ff.; 10, 8 ff. (Fitting). Ueber die Form der Zustellung von Amtswegen vgl. Anm. 3, 7 § 156 und Anm. 3 § 173. — Abweichend sind im Konkursverfahren auch verkündete Entscheidungen in der Regel von Amtswegen zuzustellen; RD. § 66, aber auch §§ 146, 174; über besondere Zustellungen neben öffentlicher Bekanntmachung RD. §§ 68, 69.

In der Regel sind die nicht verkündeten Beschlüsse und Verfügungen beiden Theilen zuzustellen. Ausdrückliche Ausnahmen hiervon, welche der einzelnen Partei die Zustellung überlassen, sind in den §§ 452, 730 Abs. 2, 802 Abs. 2, 815 enthalten. Wegen fernerer Ausnahmen vgl. Anm. 2 § 304, Anm. 1 § 633, § 802 Abs. 3. Ueberhaupt aber ist zu berücksichtigen, daß § 294 einen Theil des zweiten Buches bildet, welches das eigentliche Prozeßverfahren vor Landgerichten regelt und nach §§ 456, 485, 520 auch für das Ver-

fahren in eigentlichen Prozessen vor Amtsgerichten sowie bei Berufungen und Revisionen anwendbar ist. Dagegen ist die Vorschrift, daß den, d. h. beiden Parteien zuzustellen ist, für ein Verfahren, worin nicht ein eigentlicher Prozeß verhandelt wird, nicht direkt gegeben und nur entsprechend anwendbar. Eine analoge Anwendbarkeit ist namentlich für solche von Amtswegen zuzustellenden Beschlüsse angezeigt, gegen welche sofortige Beschwerde zulässig ist, da in diesen Fällen der Fristbeginn für die Beschwerde von der Zustellung ab zu rechnen ist, *R. 3*, 175; *Meyer* *Zustell. v. Amtsw. 9*. Dies gilt also insbesondere von den Beschlüssen im Zwangsvollstreckungsverfahren, § 701 (Ausnahme § 730 Abs. 2), und von dem Kostenfestsetzungsverfahren, § 99; *R. 9*, 329, 390; 29. März 1892, *ZW.* 216. *Vgl. Anm. 3 § 99*. In anderen Fällen eines Verfahrens ohne mB. (so auch im Mahnverfahren, Arrestverfahren) kann der Bescheid auf Anträge einer Partei dem Antragsteller allein zugestellt und ihm die Zustellung an den andern Theil überlassen werden; *Meyer* *Zustell. v. Amtsw. 8*. — Innerhalb eines wirklichen Prozesses wird an der Regel, daß an beide Theile zuzustellen ist, insbesondere dann festzuhalten sein, wenn beide ein Interesse am Beschlusse haben. Die Vorschrift ist vorzugsweise für nicht verkündete Berlegung, Vertagung und Fortsetzung von Terminen zur mB. anwendbar, § 206. Dasselbe gilt von der Bewilligung des Armenrechts während eines Prozesses, *vgl. §§ 111, 114, 116 Abs. 2*; ein Besuch vor einem Prozesse findet noch keine gegnerische „Partei“, welche es für das Gericht wäre, so lange die Klageerhebung nicht feststeht. Die Regel leidet aus der Natur der Sache eine Ausnahme, wenn es sich um Beschlüsse handelt, von welchen nur der Antragsteller betroffen wird (Ablehnung eines Besuchs), oder um Anordnungen, welche nur als gerichtsseitige Verwaltungsanordnungen anzusehen sind (*Vorb. 1* vor § 119, Rückgabe von Urkunden). *Vgl. auch Anm. § 304*. — Eine allgemeine Einschränkung erleidet *Abs. 3* durch den Grundsatz des § 191, daß die Partei, welche mündlich verhandeln will, selbst laden muß. Die richterliche Terminsbestimmung ist keine Verfügung, auf welche § 294 *Abs. 3* Anwendung findet; *Anm. 1 § 191, Anm. 2 § 103*. Hinsichtlich des Beschlusses, daß eine faktative mündliche Verhandlung erfolgen soll, *vgl. Vorb. 1* vor § 119. Eine Zustellung auf Betreiben einer Partei in solchen Fällen, wo eine Zustellung von Amtswegen vorgeschrieben ist, hat keine rechtliche Wirkung und setzt namentlich die vom Tage der Zustellung zu berechnende Notfrist nicht in Lauf; *R. 3*, 375; 5, 357; *vgl. Anm. 1 § 156, Anm. 5 § 267 Schl.* — Die vom *Abs. 3* betroffenen Beschlüsse und Verfügungen werden erst durch Zustellung, sowie die dem *Abs. 1* unterliegenden erst durch Verkündung rechtswirksam und kostenpflichtig, *R. 15*. Jan. 1892, *ZW.* 94. Die Wirksamkeit eines nicht verkündeten Beschlusses beginnt für jeden Beteiligten mit der Zustellung an ihn, ohne Rücksicht auf die von Amtswegen zu erfolgende Zustellung an andere Parteien (z. B. bei Aufhebung eines Pfändungsbeschlusses).

### Dritter Titel. Versäumnisurtheil.

1) *Vgl. zu diesem Titel S. Meyer, Buch 9, 305 ff. und Prozeßpr. 218 ff.; Troll, das Versäumnisurtheil nach der R. P. D. München 1887; Kohler, Prozeßrechtliche Forschungen, Berlin 1889 S. 1 ff. (Geschichte u. Rechtsvergleichung); desgleichen Geschichtliches: Kohler, Ungehorsam u. Vollstreckung im Civilprozeß, civA. 80, 141 ff.; ferner Wach, *Raffr.* 36, 1 ff. Der dritte Titel behandelt den Fall der totalen Versäumnis des Termins zur mB. durch Nicht-Erscheinen oder Nicht-Verhandeln, im Gegensatz zu der (partiellen) Versäumnis einzelner Prozeßhandlungen, Termine, Fristen, Erklärungen. (*Vgl. Vorb. vor § 208*.) Während bei theilweiser Versäumnis die Folgen für die immerhin stattfindende mB. der Sache selbst durch die Grundsätze der §§ 208, 209 im Allgemeinen und durch die hinsichtlich der einzelnen Prozeßhandlungen vorgeschriebenen besonderen Bestimmungen (*vgl. Anm. 2 § 208*) im Einzelnen festgesetzt sind, wird die maßgebende mB. durch deren Versäumung seitens einer Partei unmöglich gemacht. Auf Antrag des erscheinenden Gegners ist dann ein den ganzen*



Anspruch umfassendes „Veräumnisurtheil“ zu erlassen. Vgl. dazu §§ 297, 298, 143, 144; Ob. § 178.

Die Folgen der totalen Veräumnung des Termins zur mB. bestimmt die Ob. dahin: der veräumnende Kläger wird mit dem Klageanspruche durch Urtheil abgewiesen. Der veräumnende Beklagte wird der ihm mitgetheilten tatsächlichen Angaben des Klägers geständig erachtet und, soweit diese den Klageantrag rechtfertigen, in der Annahme seines Verzichts auf eine Vertheidigung dagegen verurtheilt.

2) Das Veräumnisurtheil ist ein Endurtheil. Es soll den ganzen Rechtsstreit oder dessen Rest umfassen, und kann je nach dem Umfang des „Antrags“ und nach dem der mB. unterbreiteten Gegenstande (vgl. §§ 136, 278) ein Theilurtheil sein; R. O. 26. Nov. 1884, JW. 1885 S. 6; vgl. Anm. 1 § 273, Anm. 4, 5 § 295, Anm. 1 § 296. Als Endurtheil ist es sowohl der formellen (§ 645), als auch der materiellen Rechtskraft (§ 293) fähig.

Das Veräumnisurtheil, weil es eine totale Veräumnis der Verhandlung voraussetzt, ist begrifflich als Veräumnis-Zwischenurtheil weder über einzelne selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel (auch nicht in den Fällen der §§ 248 Abs. 2, 276 Abs. 2), noch über einen Zwischenstreit unter den Parteien möglich. Für einzelne Fälle ist indeß der Veräumnisabschluß durch ein Zwischenurtheil zulässig erklärt. Aus der begrifflichen Natur des Veräumnisverfahrens der §§ 295 ff. folgt jedoch, daß ein solches Veräumnisurtheil nur für Fälle zulässig ist, wo es ausnahmsweise zufolge positiver Gesetzesvorschrift gestattet ist. Dies ist nur für die Fälle der §§ 312 Abs. 2, 430, 217 Abs. 4 geschehen. Vgl. Anm. 3 § 275 Anm. § 312.

Wegen des Rechtsverfahrens vgl. § 640. Ueber das Veräumnisverfahren nach dem Vorbehalte im Urkundenprozeß § 563 Abs. 3; bei Berufung § 504; Revision § 529. — Kosten: Ob. §§ 18—20; Anw. Ob. D. §§ 16, 17.

3) Das Veräumnisurtheil hat insofern nur den Charakter eines provisorischen Urtheils, als der Veräumnende durch einen „Einspruch“ binnen zwei Wochen mit dem Opfer der Veräumniskosten auch ohne Entschuldigend der Veräumnis den früheren Zustand herstellen kann. Ein erst nach zweimaliger Ladung eintretendes Veräumnisverfahren ist nur in den Ausnahmefällen der §§ 316, 578 vorgeschrieben.

### § 295.

Erscheint der Kläger im Termine zur mündlichen Verhandlung<sup>1)</sup> nicht,<sup>2)</sup> so ist auf Antrag<sup>3)</sup> das Veräumnisurtheil dahin zu erlassen,<sup>4)</sup> daß der Kläger mit der Klage abzuweisen sei.<sup>5)</sup>

R. 285. N. 430. E. 109—111. 119—123. 547. 667. 668.

1) Voraussetzung des § 295 ist, daß a) ein Termin zur mB. (also nicht vor einem beauftragten oder ersuchten Richter) ansteht, b) daß der Kläger nicht erscheint, oder nicht verhandelt, § 298, obgleich er geladen hat oder geladen ist, vgl. Anm. 2, c) daß der Gegner das Veräumnisurtheil beantragt, d) daß die mB. nach den gesetzlichen Vorschriften zu einem Urtheil über die Klage bzw. den Klageantrag führen kann; also nicht lediglich vom Gerichte in Fällen, worin dasselbe auch ohne mB. entscheiden kann, erfordert wird, vgl. Vorb. 1 vor § 119; ferner e) daß der Antrag nicht nach § 300 Nr. 1 unzulässig ist.

2) Im Anwaltsprozeß gilt nach § 74 die Partei als nicht erschienen, wenn ein zugelassener Anwalt nicht erscheint. Wegen des Verhältnisses von Streitgenossen vgl. §§ 58, 59. — Mit welchem Zeitpunkt ein Termin von der Partei veräumnung ist, bestimmt § 197. Vgl. Anm. dazu. — Sofern der Kläger zum Termin laden ließ, bedarf es nicht des Nachweises, daß der Kläger geladen war. Er ladet sich, indem er den Beklagten ladet. Dagegen muß eben deshalb der Beklagte nachweisen, daß er geladen ist, vgl. § 153 Abs. 2, Anm. § 300 Nr. 2.

Falls beide Parteien nicht erscheinen, ruht der Prozeß, § 228.

3) Der Antrag auf Abweisung der Klage ist in diesem Falle, wo es sich nicht um den bloßen Widerspruch gegen einen vom Gegner gestellten Antrag handelt (vgl. Anm. 5

§ 269), im Anwaltsprozeß nach § 269 zu verlesen und schriftlich zu stellen. Ist ein solcher Antrag schon in einem vorbereitenden Schriftsatz gestellt, so bedarf es nicht eines nochmaligen schriftlichen Ausdrucks, daß Verkümmniskurtheil verlangt wird. — Der Antrag auf Abweisung ist noch keine (mündliche) Verhandlung zur Hauptsache, weder im Sinne des § 247 (vgl. Anm. 3 § 247), noch der §§ 89, 73, 243. Vgl. Anm. 5 und Gegensatz in § 43; Wirmeyer in mecklenb. Zeitschr. I, 75. Dadurch wird also für den Fall des demnächstigen Einspruchs weder die Vorbringung prozeßhindernder Einreden noch die Benennung des Autors gehindert, noch eine stillschweigende Prorogation begründet, andererseits aber auch eine Zurücknahme der Klage ohne Einwilligung des Beklagten nicht unmöglich gemacht. RR. hinsichtlich der Prorogation Schneider, cit. R. 64, 420—425; Schwalbach, Kass. R. 26, 16; Petersen Anm. II Nr. 3; vgl. dagegen Strudm.-Roch Anm. 1 § 307.

Der Beklagte kann auch zufolge § 300 (s. Anm. 2 § 300) die Vertagung der Verhandlung beantragen, muß indeß selbst zum neuen Termin laden, §§ 191, 300 Abs. 2. Der den Termin versäumende Kläger hat die Kosten zu tragen, § 90.

4) „Ist zu erlassen“: Der Antragende hat das Recht, die Erlassung des Verkümmniskurtheils zu verlangen, und das Gericht muß dem Antrage stattgeben, wenn nicht einer der Gründe des § 300 entgegensteht und wenn nicht das Gericht von der Befugniß des § 302 Gebrauch machen kann und macht. Der Antragende kann indeß nicht verlangen, daß zur Sache selbst verhandelt und aus sachlichen, tatsächlichen oder rechtlichen Gründen der Anspruch abgewiesen wird, mithin auch nicht im Falle des § 297, sondern nur, daß ein „Verkümmniskurtheil“ erlassen wird. Vgl. jedoch Anm. 5 am Schluß. Sind die Voraussetzungen des Verkümmniskurtheils vorhanden, so kann auch ein Theilverkümmniskurtheil beantragt werden, RR. 26. Nov. 1884, ZB. 1885 S. 6. Die Erlassung eines solchen kann jedoch nach § 273 Abs. 2 unterbleiben, wenn das Gericht sie nach Lage der Sache nicht für angemessen erachtet; vgl. Anm. 1, 4 § 273.

5) Nach den Mot. 229 beruht die gegen den Kläger eintretende Kontumazialfolge: Abweisung der Klage darauf, daß gesetzlich „anzunehmen, daß Kläger seinen Anspruch nicht aufrecht erhalten wolle“; „eine sachliche Prüfung der Klage findet nicht statt.“ „Durch das Urtheil wird über den Klageantrag selbst erkannt.“ Diese Fiktion des Verzichtes auf den Anspruch hat im Gesetze nur insoweit einen Ausdruck gefunden, als die Abweisung der Klage bei dem Vorhandensein der in Anm. 1, 2, 3 berührten Erfordernisse als unbedingte Verkümmniskfolge gesehen muß, ohne daß irgend ein richterlicher Denksatz hinsichtlich des sachlichen Inhalts der Klage Erforderniß zur Abweisung ist. Die Abweisung und zwar der Klage selbst erfolgt durch Urtheil. Die anderweitigen Vorschläge, daß die Klage nur als zurückgenommen gelten und der Beklagte von der Instanz entbunden werden solle, vgl. Anm. 2 § 293, H. E. § 367, R. 430 sind absichtlich beseitigt; s. wie oben. Hiernach ist das Resultat (indefß auch nur mit der dem Verkümmniskverfahren eigenthümlichen beschränkten Wirkung, §§ 303, 307) allerdings dasselbe, wie die Abweisung in Folge eines gerichtlichen Verzichtes, § 277. Daraus folgt, daß das Urtheil nicht bloß der formellen Rechtskraft, § 645, sondern als den Klageanspruch abweisend auch der materiellen Rechtskraft, § 293, fähig ist. (Daß im § 277 die Abweisung mit dem „Anspruche“, im § 295 mit der „Klage“ vorgeschrieben ist, beruht nicht auf einer beabsichtigten Unterscheidung hinsichtlich der Wirkungen; vielmehr erklärt sich die Abweisung dadurch, daß im Falle des § 295 ein Anspruch in der mündlichen Verhandlung nicht geltend gemacht ist, sondern lediglich durch die Klage und daß die Entscheidung aus § 277 den Anspruch nur, soweit darauf verzichtet ist, also unter Umständen nicht die ganze Klage betreffen soll.) Nach rechtskräftigem Urtheil würde einer neuen Klage aus demselben Anspruche die exceptio rei judicatae entgegenstehen; RR. 7, 397; 4. Mai 1889, SA. 44, 364, ZB. 244. Die von Seuffert Anm. 5 gemachte Ausnahme für die Fälle der §§ 592, 605, 620 ist nicht zu billigen, vgl. Anm. 5 § 578; Caupp Anm. II 5.

In Folge jener Auffassung und der im Gesetze allein verlangten Erfordernisse kommt der sachliche Inhalt der Klage, die Richtigkeit der tatsächlichen Behauptungen und der Schlußfolgerungen nicht zur Erörterung, und der Beklagte hat sich daher auch zur Haupt-

sache nicht einzulassen. Vgl. Anm. 8. Dagegen ist in sonstiger Beziehung eine Gleichstellung mit einem Verzicht und dessen Folgen, welche auch im Gesetze nicht ausgesprochen und in Betreff der Befestigung des Urtheils durch Einspruch direkt ausgeschlossen ist, nicht zu folgern. Der Beklagte hat nach § 295 sachgemäß zu bezeichnen, wessen Klage und welche Klage abzuweisen ist. Insofern muß durch ihn die Klage allerdings zum Vortrag kommen. Dies ergibt sich einmal aus der Nothwendigkeit eines Thatbestandes für das Versäumnisurtheil (§ 284), welcher nur aus dem mündlichen Vortrag geschöpft werden kann, andererseits aus der Amtspflicht des Gerichts, bei jeder richterlichen Funktion die von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstände zu beachten, selbst wenn keine oder entgegenstehende Anträge vorliegen, soweit eine Berücksichtigung derselben nach der Sachlage möglich ist. Dies ist im § 300 Nr. 1 noch besonders hervorgehoben. Auch die Anwendung des Fragerechts gegenüber dem erscheinenden Beklagten ist hinsichtlich der von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte nicht nur nicht ausgeschlossen, sondern geboten, § 130 Abs. 2. Liegt daher ein Fall vor, in welchem sich das Gericht für unzuständig oder den Rechtsweg für unzulässig erklären muß, so hat das Gericht jede materielle Entscheidung, mithin auch die des § 295 abzulehnen; Struckmann-Roch Anm. 3; Petersen Anm. II 3; Seuffert Anm. 2; Siebenhaar 343; Kleiner 2, 202; Fitting § 78 Nr. 17; Meyer, ProzPr. 233. RR., weil die Klage nicht zum Vortrag komme: Gaupp Anm. II; Hellmann 2, 169; v. Bülow Anm. 2; Eroll a. a. O. 96. (Septerer meint, daß schon durch den Aufruf der Sache bezeichnet werde, wessen Klage und welche zum Vortrag komme; allein aus dem Aufruf erfährt man nicht einmal, ob überhaupt über eine Klage, über eine Berufung, einen Zwischenstreit, ein Arrestgesuch u. dgl. verhandelt werden soll, noch weniger welchen Inhalt die Klage hat.) Die gegenheilige Ansicht führt zu der unhaltbaren Konsequenz, daß z. B. ein Amtsgericht in der Lage wäre, eine Ehescheidungs- oder Statusklage mit der Wirkung materieller Rechtskraft im Versäumnisverfahren abzuweisen. Gaupp lehnt zwar diese Konsequenz ab, weil die Erfordernisse des Versäumnis-Antrags in diesem Falle nicht vorhanden seien; allein der Irrthum liegt hierbei in der Annahme, daß nur über den Antrag des Beklagten im Falle des § 295 zu erkennen sei; vielmehr ist auf Antrag des Beklagten über den Klageanspruch zu erkennen; eine materielle Rechtskraft des Urtheils wäre unmöglich, wenn dasselbe nur über die Zulässigkeit des Prozeß-Antrags auf Versäumnisurtheil eine Entscheidung gäbe. Der gestellte Antrag auf Abweisung ist indeß mit der Beschränkung, daß die Abweisung wegen Unzuständigkeit des Gerichts u. s. w. erfolge, immerhin insofern zu berücksichtigen, daß — nach Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurtheil durch Beschluß — die Abweisung beim Mangel einer Prozeßvoraussetzung auszusprechen ist; Anm. 1 § 300. (Vgl. auch Wach, Bortr. 134 u. Raffr. 36, 1 ff.; dagegen Raffr. 24, 601, 602.) Ein solches Urtheil ist allerdings nicht ein Versäumnisurtheil, sondern ein kontradiktorisches, weil es auf amtlicher Prüfung einer Prozeßvoraussetzung und nicht auf der Versäumnisung des Klägers beruht; es erlangt daher auch nicht materielle sondern nur formelle Rechtskraft; vgl. Seuffert Anm. 2; Wach, Raffr. 36, 23 ff.; abgesehen von der Rechtskraftwirkung einer auszusprechenden Unzuständigkeit, Unzulässigkeit des Rechtswegs u. s. w., Anm. 3 § 293. RR. Kleiner 2, 201; Petersen Anm. II 3; Fitting § 78 Nr. 17.

Folge des Verhandlungsprinzips ist, daß auch die Abweisung der vom Gericht sachlich nicht zu prüfenden Klage (vgl. vorst. Abs.) nicht über den Antrag hinaus erfolgen kann, § 279. Beantragt der Beklagte die Abweisung nur hinsichtlich eines Theils des Klageanspruchs, so ist nur hinsichtlich dieses Theils die Abweisung auszusprechen; P. 122, vgl. Anm. 4. (Anders bei sachlicher Prüfung der Klage außerhalb des Versäumnisverfahrens, vgl. Anm. 3 § 279.) Hinsichtlich des Uebrigen bleibt die anhängig gewordene Klage ruhen, § 228; es ist Sache der Parteien, zur Verhandlung darüber von Neuem zu laden; Petersen Anm. II 3.

Sind früher schon Theilurtheile erlassen, so kann das an dieselben gebundene Gericht (§ 289) in Betreff des dadurch erlebigten Theils der Ansprüche nicht mehr die Klage abweisen. Der Antrag kann dann nur noch auf den übrigen Theil gerichtet werden. Ueber

die Frage der Anwendbarkeit des § 295 nach Erlassung eines bedingten Endurtheils (§§ 425, 427) vgl. Anm. §§ 427, 430. Ueber die Abforbirung der erlassenen Zwischenurtheile Anm. 3 § 275.

Auf die Abweisung des Widerklägers mit seiner Widerklage findet § 295 nach § 312 entsprechende Anwendung. (Vgl. Anm. 1 § 312.) Sie setzt voraus, daß schon eine Widerklage erhoben war, was erst in der m.B. geschehen kann. Im ersten Termine besteht selbst nach einer durch vorbereitenden Schriftsatz des Beklagten erfolgten Ankündigung eine Widerklage noch nicht; der Beklagte ist dann noch nicht Widerkläger und kann als solcher noch nicht abgewiesen werden; Anm. 1 § 254; Anm. 4 § 296.

Ueber die Fälle, in welchen abweichend nicht eine Abweisung erfolgt, sondern andere Versäumnisfolgen festgesetzt sind, vgl. §§ 217 Abs. 4, 312 Abs. 2, 430. — Form und Inhalt des Versäumnisurtheils (für § 295, wie für § 296) sind durch § 284 bestimmt. Es ist also namentlich auch ein Tatbestand nöthig. Vgl. Oensel, Buch 14, 311 ff.

### § 296.

Beantragt der Kläger gegen den im Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurtheil,<sup>1)</sup> so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen<sup>2)</sup> des Klägers<sup>3)</sup> als zugestanden anzunehmen.<sup>4)</sup>

Soweit dasselbe den Klagantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrage zu erkennen;<sup>5)</sup> soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.<sup>6)</sup>

R. 286. W. 431. 432. 437. P. 112—114. 547.

1) Die Voraussetzungen des Versäumnisurtheils des § 296: mündliche Verhandlung, Nichterscheinen (oder Nichtverhandeln, § 298) des Beklagten und Antrag des Klägers entsprechen denen des § 295, vgl. Anm. 1—3 § 295. Durch die abweichende Versäumnisfolge tritt indeß noch die weitere Voraussetzung hinzu, daß unter sachlicher Prüfung des Klageanspruchs das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Klagantrag rechtfertigen muß. — Ueber die Voraussetzungen gehöriger Ladung und rechtzeitiger Mittheilung des Vorbringens vgl. § 300 Nr. 2, 3. Folge der Nothwendigkeit des Antrags und des § 279 ist auch hier, daß nicht eine Verurtheilung über den Antrag hinaus erfolgen kann. Wird nur für einen Theil des Klageanspruchs Versäumnisurtheil beantragt und wegen des übrigen Theils kein Antrag gestellt, auch die Klage nicht (etwa wegen erfolgter Befriedigung) ausdrücklich zurückgenommen, so bleibt die Klage wegen des übrigen Theils anhängig. Vgl. Anm. 4, 5 § 295; Anm. 1 § 273. Das Urtheil ist nach R. 6. Nov. 1891, KassR. 36, 887 auch dann ein Versäumnisurtheil gegen den Beklagten, wenn es neben der Konstatirung der Versäumnis, deren Folgen nur für einen Theil des Klageanspruchs unter Berücksichtigung der bisherigen Verhandlungen und Beweisaufnahmen ausspricht. Ueber den Einfluß einer inzwischen erfolgten (bzw. theilweisen) Befriedigung und dadurch veranlaßten Zurücknahme der Klage in der Hauptsache auf die Kostenpflicht vgl. Anm. 5 § 243.

2) Die Versäumnisfolge (s. Anm. 4) ergreift „das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers“ (hinsichtlich des Urkundenprozesses vgl. die Sondervorschrift des § 560 Abs. 2). Zu dem tatsächlichen Vorbringen steht das Anerkenntniß des streitigen Anspruchs im Gegensatz; indeß sind Rechtsverhältnisse, welche nur als tatsächliche Voraussetzungen in Betracht kommen, hier wie für § 261 nicht ausgeschlossen. Vgl. Anm. 3 § 261; Petersen Anm. III 4. — Soweit das Tatsächliche nicht mündlich vorgebracht wird, ist es nicht zu berücksichtigen. Von dem Vorgetragenen kommt aber nach § 300 Nr. 3 nur in Betracht, was zugleich schon dem Beklagten zeitig mitgetheilt war.

3) Die Versäumnisfolge umfaßt auch nur das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers. Die dem Gerichte von Amtswegen obliegende Prüfung wird dadurch nicht ausgeschlossen, sondern bleibt als Amtspflicht neben den Grundsätzen des § 296, soweit sie durch dieselben nicht beschränkt ist. Vgl. Anm. 5 § 295 u. § 300 Nr. 1. Eine Beschränkung ist durch § 296 nur dahin gegeben, daß alles Tatsächliche einschließlich der die Zuständigkeit des Gerichts begründenden Thatsachen als zugestanden gilt.

Dadurch wird zwar die Befugniß des Gerichts nicht ausgeschlossen, für die von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte (so §§ 40, 54, 247 Nr. 2, vgl. Anm. 3 zu § 300) auch das Zugestandene zu bezweifeln und aufklären zu lassen; in den gewöhnlichen Fällen wird indefs kein Grund zum Zweifel vorliegen. Sofern es sich um einen von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkt (z. B. die Zuständigkeit, nicht bloß die ausschließliche) handelt, bewendet es bei der Amtspflicht des Richters, die Wahrheit der Thatfachen, welche dafür von Einfluß sind, sie mögen als zugestanden zu erachten sein oder nicht, zu prüfen; auch außer der Pflicht, dabei notorische Umstände zu berücksichtigen, § 264. Vgl. Anm. 3 § 300. Sofern das Gericht hiernach unzuständig ist, muß es von Amtswegen seine Unzuständigkeit aussprechen. Zust. jetzt auch Seuffert Anm. 2. Auch da, wo Prorogation an sich zulässig ist, gehört es zur Prüfung des Gerichts von Amtswegen, ob die Zuständigkeit im konkreten Falle begründet ist. Die Rot. und die Prot. §§ 39, 296 bestätigen diese Auffassung. Als Versäumnisfolge ist nicht vorgeschrieben, daß der nicht erscheinende Beklagte sich einem nicht zuständigen Gerichte unterwerfe. Vgl. R. 1, 438; 2, 409; Weßell § 39 Nr. 18 ff.; L. 3 D. de jud. 5, 1. „Non videtur actionis frustrandae causa latitare, qui praesens suscipere iudicium non compellitur“; Borch. 2 vor § 38, Anm. 2 § 39 und die dortigen Citate. S. auch Caupp Anm. III (der hier zustimmt im Gegensatz zu § 295, weil im Falle des § 296 nicht bloß über den Versäumnis-Antrag, sondern auch über die Klage zu entscheiden sei, dies ist aber auch für § 295 anzunehmen); v. Bülow Anm. 3; F. Meyer a. a. D. 340; R. D. 25, 216. Hinsichtlich der Prorogation in einem früheren Termine vgl. Anm. 1 § 297.

4) Das preussisch-rechtliche Prinzip der s. g. affirmativen Litiscontestations hinsichtlich der Thatfachen ist im Gegensatz zum gemeinrechtlichen Prinzip der negativen Litiscontestations (vgl. Weßell 612 ff., 620 ff.; Renaud 483 ff.) angenommen und zwar unbedingt, da die im code de proc. art. 150 dem Ermessen des Gerichts überlassene Prüfung: si la demande est juste et bien vérifiée (d. h. nach der Praxis: glaubhaft, nicht unwahrscheinlich) unsichere Resultate ergebe. Der Grundsatz, daß das thatsächliche mündliche Vorbringen „als zugestanden anzunehmen ist“, begründet für den Richter als bindende positive Vorschrift formelle Wahrheit, § 259 Abs. 2, soweit es sich nicht um die Prüfung eines Punktes von Amtswegen handelt, und hat vorbehaltlich der Beseitigung durch den Einspruch, § 307, die Wirkung einer durch Gegenbeweis nicht zu entkräftenden Fiktion für das Versäumniskurtheil. Die Wirkung ist eine unbedingte: die richterliche Beweiswürdigung hat hier keine Stelle, sondern wird insoweit unzulässig. Für diesen Erfolg ist es nach der C.P. nicht entscheidend, ob man mit Bülow, civ. 62, 22 ff., 59 ff., die Begründung für die Zulässigkeit der Kontumazialfolgen darin findet, daß der Beklagte keine Pflicht, sich zu erklären oder sich zu verteidigen hat, sondern nur das Recht, Angriffe abzuwehren und das gegnerische Vorbringen zu bestreiten, so daß deshalb erst das Bestreiten beweisbedürftig macht (Rechtsverwirklichungs-Theorie), was allerdings wohl als richtig anzunehmen ist (vgl. auch Köhler in d. Krit. Viertelj. 23, 355 ff.; Seuffert, Busch II, 260), oder ob man mit Wach, Bortr. 112, 118 und Grünhut Zeitschr. 6, 515 ff., 593; 7, 146 ff. (vgl. Pland I 282 ff.; Leonhard Fiktionen 26 ff.) eine prozessualische Pflicht, sich zu erklären bzw. sich zu verteidigen, und deren Versäumnis zu Grunde legt. Vgl. über die Geständnisfolgen und den Unterschied vom wahren gerichtlichen und außergerichtlichen Geständnisse Anm. 2 § 129, Anm. 2 § 261, Anm. 1 § 263. Vgl. auch Kroß, Klage und Einrede 92 ff., Volgiano, civ. 68, 85 ff.; v. Canstein, Busch 16, 1 ff., welcher das Kontumazialrecht als Zivilprozeß-Estrafrecht (?) auffaßt.

Auf die Widerklage findet § 296 entsprechende Anwendung, § 312. (Vgl. Anm. 1 dazu.) Erst durch die Geltendmachung in der m. B. wird sie erhoben, § 254, und nach dieser Anhängigkeit gilt der Grundsatz des § 296. Versäumt der Kläger den ersten Termin, so ist er auch durch die vorgängige Ankündigung der Widerklage in einem Schriftsatz noch nicht Widerbeklagter geworden. Der Beklagte, welcher noch nicht Widerkläger ist, hat daher dann noch nicht das Versäumnisrecht eines Widerklägers nach § 296, sondern nur das eines Beklagten nach § 295 und kann als solcher gemäß § 295 nur die Ab-

weisung des Klägers beantragen, womit die Möglichkeit einer Widerklage hinfällig wird. Der § 300 Nr. 3 wird über seine Bedeutung hinaus erweitert, wenn man daraus schließen will, daß der Beklagte beim Ausbleiben des Klägers seine angeklagte Widerklage mündlich erheben und dadurch zum Widerkläger werdend den § 296 für sich geltend machen könne. Sowie vom Beklagten im § 296 vorausgesetzt ist, daß er als schon Beklagter nicht erscheint, so auch vom Widerbeklagten. Dasselbe gilt von der Inzidentklage des § 253; Gaupp Anm. V, Seuffert Anm. 1 § 313, Fitting § 78 S. 517 (abw. für § 295); Buchelt 2, 139; Löning, Busch 4, 131, 132. Endemann 2, 149; Förster Anm. 3; Pfand 1, 72; Bach Bortr. 41. Dagegen a. A. R. O. 8, 381; 12, 435; 28, 408; Reinde Anm. § 254. Struermann-Roch Anm. 6; v. Sarwey 154; Hellmann 2, 172; Peterfen Anm III 2; G. Reyer, Busch 9; 341; Deybedt, Busch 13, 320.

Abweichung von § 296 in Ehe- und Entmündigungssachen §§ 578, 611, 620, 624, 626, bei Berufung § 504 Abs. 2. Besondere Verschümmißfolgen in den Fällen der §§ 217 Abs. 4, 223 Abs. 2, 430, 767.

5) Das erkennende Gericht hat auf Grund der ihm durch das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers (s. Anm. 2) gegebenen formellen Wahrheit nach dem Klageantrage zu erkennen, soweit es denselben rechtfertigt, also zugleich unter Präklusion aller Einwendungen, R. O. 23. März 1891, J. B. 309. Ueber die Art der Anwendung dieser Grundsätze auf Schadensklagen vgl. Rohler, Raff. 31, 1 ff., dagegen mit Recht Gaupp Anm. IV § 260, Seuffert Anm. 2; vgl. auch Anm. 4 § 260. Sofern zwar nicht die Thatfachen der Klageschrift, aber die zulässigen und dem Beklagten zeitig mitgetheilten Aenderungen §§ 240, 300 Nr. 3 den Antrag rechtfertigen, ist zu verurtheilen. Eine unzulässige Klageänderung zu Ungunsten des Beklagten ist dabei nicht zu berücksichtigen. Ihre Berücksichtigung gegen den Beklagten setzt dessen Genehmigung voraus, welche bei dem entscheidenden Gewichte der m. B. fehlt, wenn sie nicht in der m. B. ausdrücklich oder stillschweigend erklärt ist. Der Kläger kann, wenn er den Klagegrund ändern will, nur die Klage (nach § 243 Abs. 2 auch noch in der m. B.) zurücknehmen und eine neue Klage erheben; Rot. 232. Vgl. Anm. 4 § 235. Dagegen ist zu Ungunsten des Klägers, da dieser mündlich verhandelt, auch eine unzulässige Klageänderung bei der Beurtheilung der Rechtsfolgen des klägerischen Vorbringens zu berücksichtigen und überhaupt sein gesamtes Vorbringen in Betracht zu ziehen. Die Beurtheilung und die Entscheidung selbst kann jedoch nur immer die Frage betreffen, ob für die erhobene Klage der Klageantrag gerechtfertigt ist, oder ob diese abzuweisen ist. Diese allein (§ 230) ist die vom Resultate der §§ 295, 296 betroffene. Die „erhobene“ Klage ist, wenn sie nach dem späteren tatsächlichen Vorbringen ungerechtfertigt ist, abzuweisen. Mit einem etwaigen neuen Klagegrunde, welcher weder in der erhobenen Klage geltend gemacht ist, noch im Termine zur Geltung gebracht werden durfte, kann der Kläger von Neuem klagen.

6) „Soweit.“ Wenn die Klage nur zur Zeit oder zum Theil durch die Thatfachen nicht gerechtfertigt wird, also lediglich ein plus petitio vorliegt, so ist in gleichem Umfange abzuweisen. Ueber die Abweisung „angebrachtermaßen“ s. Anm. 2 § 293.

Das abweisende Erkenntniß ist gegen den erschienenen Kläger nicht als „Verschümmißurtheil“, sondern als kontradiktorisches erlassen, Rot. 234, 299. Dem Kläger steht dagegen nicht der Einspruch, sondern die Berufung zu, §§ 303, 474 Abs. 2. Die Verschümmiß kann nicht Grundlage der Abweisung sein, sondern die Abweisung kann nur erfolgen, weil die Klage selbst dann unbegründet sei, wenn keine Verschümmiß vorläge. Zu einem Ausspruch über die Verschümmißfolgen kommt es dabei überhaupt nicht. A. R. Bach, Bortr. 146, 301—305. Zust. jetzt auch Gaupp Anm. III Nr. 11. Vgl. Anm. § 474. Die Aufstellung einer Fiktion, der Beklagte habe einen Antrag auf Abweisung gestellt, ist (gegen Volgtiano, cit. A. 28, 97) nicht nöthig.

## § 297.

Als Verhandlungstermine im Sinne der vorstehenden Paragraphen sind auch diejenigen Termine anzusehen, auf welche die mündliche Verhandlung ver-

tagt ist, oder welche zur Fortsetzung derselben vor oder nach dem Erlasse eines Beweisbeschlusses bestimmt sind.<sup>1)</sup>

R. 287. N. 439. 450 R. P. 114. 547.

1) Die Bestimmung des § 297 wird gewöhnlich als eine Folge des Grundsatzes der f. g. Einheit der mB. angesehen. Sie ist aber in Wahrheit eine Ausnahme von diesem Grundsatz, namentlich hinsichtlich der Fortsetzung der mB. Wenn sämtliche mB. eines Prozesses als eine Einheit anzusehen sind, so ist daraus zu folgern, daß die in einer mB. abgegebenen Erklärungen in dem Termin zur Fortsetzung der mB. fortwirken und als Theil der Gesamtverhandlung gelten und dies muß auch — abgesehen von dem Falle eines Wechsels in den Personen der Richter mit Rücksicht auf § 280 — von jeder fortgesetzten kontrabitorischen Verhandlung gelten, soweit nicht das mangelnde Erinnerungsvermögen eine Wiederholung früherer Erklärungen erheischt; Borch. 3 vor § 119. Von diesen Konsequenzen macht der § 297 eine Ausnahme für den Fall des Verschäumnißverfahrens. Daß eine solche Ausnahmebestimmung nothwendig befunden wurde, gestattet zugleich einen Rückschluß auf die Richtigkeit der Regel. Vgl. auch § 298. Diese Ausnahme gilt auch von der Verschäumniß solcher Termine, welche zugleich zur Beweisaufnahme und zur Fortsetzung der mB. anberaumt sind. Vgl. § 235 und Anm. 1 § 332. Ueber die Bedeutung der Vertagung und Fortsetzung s. Anm. § 206. Entscheidend ist also allemal die Verschäumniß im letzten Termine vor dem Endurtheile. Die schon vorher erlassenen Theilurtheile werden davon nicht betroffen, da hinsichtlich des durch dieselben schon ausgeforderten Prozeßstoffes eine Verschäumniß nicht mehr stattfinden kann, § 289; ebenso wenig die bedingten Endurtheile, vgl. Anm. 2 § 427. Dagegen verlieren zufolge des in § 297 ausgesprochenen Grundsatzes, welcher allerdings (z. B. nach einem für den Richtersthemenen gelungenen Beweise) zum Ungereimten führen kann, wenn die Voraussetzungen eines Verschäumnißurtheils gegeben sind, mit demselben alle Zwischenurtheile, auch diejenigen der §§ 248, 276, ihre Wirksamkeit, Anm. 5 § 248; indeß darf sich das zu erlassende Urtheil gemäß § 289 nicht mit einem denselben Prozeßstoff in einem von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte aburtheilenden Zwischenurtheile (z. B. über Zulässigkeit des Rechtswegs, Zuständigkeit u.) in Widerspruch setzen; vgl. Anm. 3 § 275. Unwirksam werden zufolge § 297 auch frühere Geständnisse und Anerkenntnisse, sofern sie nicht schon ein Theilurtheil zur Folge gehabt haben, R. 13. Jan. 1885, SA. 41, 104. Die Thatfache, daß durch eine frühere Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache schon Prorogation eingetreten ist, § 39, kann allerdings nicht ungeschehen gemacht werden. Dieselbe ist auch von Amtswegen zu prüfen. — Auf die Verhandlung zur Eidesleistung nach einem bedingten Endurtheile finden §§ 295 ff. nicht Anwendung; wegen der Verschäumniß des Termins zur Eidesleistung seitens des Schwurpflichtigen vgl. zu §§ 430 und 427.

Da § 297 nur erläutert, welche Termine unter dem Verhandlungstermine „der vorstehenden Paragraphen“ (295, 296) mitverstanden sind, so sind unzweifelhaft (gegen die unbestimmte Aeußerung P. 114) für die Fälle des § 297 auch die §§ 298 ff., welche die Anwendbarkeit der §§ 295, 296 voraussetzen bzw. beschränken, und insbesondere § 300 anwendbar, sofern deren Voraussetzungen vorliegen. In Betreff der Widerklage vgl. Anm. 5 § 295 und Anm. 4 § 296.

### § 298.

Als nicht erschienen ist auch diejenige Partei anzusehen, welche in dem Termine zwar erscheint, aber nicht verhandelt.<sup>1)</sup>

R. 288. P. 114. 115. 547.

1) Dem Richtersthemen einer Partei steht es gleich, wenn sie im Termine überhaupt nicht verhandelt. Gegensatz zum § 299. Vgl. Borch. 1 vor § 295. — Ob die Erklärungen der Partei einen totalen Mangel an Verhandeln im Termine darstellen, ist Thatfrage. Vorausgesetzt ist für den Begriff des Verhandelns, wie auch die Not. bestätigen, daß der Erschienene zur Sache (wenn auch nicht zur Hauptsache, vgl. weiter unten)

verhandelt, d. h. irgend welche thatsächliche oder rechtliche Ausführungen in Bezug auf seine eignen oder die gegnerischen Sachanträge macht, ohne Unterschleib, ob die Ausführungen ein materielles oder prozeßualisches Vorbringen enthalten. Das bloße Verlesen der Anträge seitens der Parteien ohne allen Zusatz ist noch kein Verhandeln, da die Anträge in Ermangelung jeder Motivierung, im Gegensatz zu den conclusions motivées des französischen Rechts, den wahren Inhalt des Parteiverlangens zu kennzeichnen ungeeignet sind. Auch bei dem bloßen Antrage auf Abweisung der Klage läßt sich nicht einmal erkennen, ob der Beklagte eine Einlassung auf die Sache beabsichtigt, *Pland* I, 420. Der von *Seuffert* früher gemachte (von demselben in *krit. Vierteljahrsschr.* 26, 503 wieder fallen gelassene) Unterschied zwischen den Anträgen des Klägers und denen des Beklagten ist unhaltbar, zumal auch die letzteren vor dem Vortrage der Klage zu stellen sind. *Vgl. R. O.* 10, 386, wo jedoch mit Recht gegen *Wirkmeyer* bemerkt wird, daß sich ein allgemeiner Satz, wonach in dem Vorlesen von bloßen Anträgen niemals ein Verhandeln liege, nicht begründen lasse, weil die Fassung der Anträge in dem Belieben der Parteien steht und diese es in der Hand haben, sachliche Zusätze in dieselben aufzunehmen. *Vgl. auch Wirkmeyer, medlenb. Zeitschr.* I, 75 und *civ. R.* 66, 22 ff., namentlich 33—43; *Petersen Anm.* 1, 2; *Eroll a. a. O.* 30 ff.; *Gaupp Anm.* I; *aR. D. O.* Nürnberg, *Buch* 4, 447. Ein Antrag auf Vertagung oder eine Erklärung des Erschienenen, daß er wegen Mängel des § 300 nicht zu verhandeln brauche, sondern der Erlaß eines Versäumniskurtheils gegen ihn unzulässig sei, sind im Gegentheil nur Ablehnungen des zeitigen Verhandelns; *R. O.* 31, 424; 1. Nov. 1894, *JW.* 573. Dagegen verhandelt der Erschienene auch, wenn er nicht zur Hauptsache im Sinne der §§ 243, 247 verhandelt, sondern prozeßhindernde oder andere prozeßualische oder sachliche dilatorische Einreden vorbringt. Ebenso *Gaupp Anm.* I, *Pland* I, 420; *Petersen* 501; *H. Meyer, Buch* 9, 323. *aR. Hofmann, Raff. R.* 38, 816 ff., welcher nur Verhandeln zur Hauptsache gelten läßt, ferner *aR. bezüglich der prozeßualischen Rechtsbehelfe Seuffert Anm.* 2 und *Blätter f. Rechtsanw.* 46, 369 ff.; *Raff. R.* 26, 19—29. *Vgl. dagegen Wallm.* 6, 629, 630, sowie *D. O.* Stuttgart, *Buch* 7, 103. *Eroll a. a. O.* 37 will eine Verhandlung über prozeßhindernde Einreden in denjenigen Fällen nicht als Verhandlung ansehen, wo der Beklagte die Verhandlung zur Hauptsache abweichend von § 247 nicht verweigern kann. Allein § 298 spricht nur von „Nichtverhandeln“, nicht von „Nichtverhandeln zur Hauptsache“; nur im ersteren Falle, wenn Beklagte überhaupt nicht verhandelt, liegt eine *Lot a lveräumniß* vor; wenn dagegen der Beklagte prozeßhindernde Einreden vorbringt, ohne zur Hauptsache zu verhandeln, obwohl dies — beim Unbegründetsein der Einreden — zum Zweck der Abweisung der Klage notwendig wäre, so verhandelt er doch immer; seine partielle Säumnis fällt unter §§ 299, 129, welche durch eine unzulässige Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache nicht von der Anwendung ausgeschlossen werden. Wird ein Antrag auf Versäumniskurtheil gestellt, obwohl der Gegner schon zur Sache verhandelt hat, so ist derselbe zurückzuweisen (wie in den Fällen des § 300); es kann aber auch, wenn die Sache zur Endentscheidung reif ist, zugleich das (kontradiktorische) Endurtheil — ohne besonderen Zurückweisungsbeschluß — ergehen (*Seuffert Anm.* 3; *Gaupp Anm.* II; *aR. Strudmann-Roch Anm.* 3 zu § 299); wird dagegen in einem Falle, wo die Voraussetzungen des Versäumniskurtheils vorliegen, ein Antrag auf kontradiktorische Entscheidung, d. h. ein Antrag auf Abweisung bzw. Verurteilung ohne besonderen Prozeßantrag hinsichtlich des Versäumniskurtheils gestellt, so ist dennoch nur Versäumniskurtheil zu erlassen, weil das Verlangen auf Sachentscheidung in solchen Fällen das auf Erlaß eines Versäumniskurtheils mitenthält; *abw. Gaupp, Seuffert, Strudmann-Roch* zu §§ 298, 299; jedenfalls ist ein demgemäß erlassenes Urtheil hinsichtlich der Zulässigkeit des Einspruchs als Versäumniskurtheil zu erachten, *vgl. R. O.* 28, 395, 398. Die Streitfrage hat übrigens kaum praktische Bedeutung, da bei eintretendem Zweifel über die Zulässigkeit eines kontradiktorischen oder Versäumniskurtheils, auf welchen der Vorstehende nöthigenfalls gemäß § 130 Abs. 2 aufmerksam zu machen hat, die Partei nicht verfehlen wird, einen eventuellen Antrag auf Erlaß des Versäumniskurtheils zu stellen.

Die Partei, welche sich freiwillig entfernt, steht einer anwesenden gleich, welche



nicht weiter verhandelt. Entscheidend ist also, ob sie schon vor ihrer Entfernung verhandelt hat. Hat sie dies gethan, so ist es nicht mehr ungeschehen zu machen, vgl. Anm. § 299. Einer freiwillig sich entfernenden Person steht dieselbe gleich, welche zur Aufrechterhaltung der Ordnung, **OR.** § 178, von dem Orte der Verhandlung entfernt ist, oder gegen welche eine wiederholte Unterzusage des Vortrags bzw. Zurückweisung ausgesprochen ist, §§ 143, 144. Auch eine Partei (Ausländer), welche wegen Nichterzahlung des gemäß § 85 **OR.** eingeforderten Vorschusses nicht zur Verhandlung zugelassen wird, steht einer nicht erschienenen gleich und ist Verschäumnisurtheil gegen sie zulässig; **RO.** 24. Mai 1890, **IZB.** 256. Die Annahme (Kammergericht in einer Berufungssache), daß in einem solchen Falle auf Grund des § 85 Abs. 5 **OR.** jede gerichtliche Handlung für den Gegner des Vorschusspflichtigen abzulehnen sei, beruht auf einem offensbaren Mißverständnis des Gesetzes und führt zu unhaltbaren Konsequenzen. Der vorschusspflichtige Berufungskläger würde es danach in der Hand haben, den Eintritt der Rechtskraft des gegen ihn erlassenen Urtheils zu verhindern.

### § 299.

Wenn eine Partei in dem Termine verhandelt, sich jedoch über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschreibungen nicht erklärt, so finden die Vorschriften dieses Titels keine Anwendung.<sup>1)</sup>

**R. 289. P. 115. 546.**

1) In diesem Falle einer theilweisen Verschäumnung finden die besonderen gesetzlichen Vorschriften, insbesondere der §§ 81, 129, 392, 404, 417, 429, 430, 484 Anwendung. Eventuell tritt die freie richterliche Thatsachenwürdigung ein, § 259, **Rot.** Vgl. **Borb.** 1 vor § 295, **Borb.** vor § 208 und **Anm.** 2 § 208. Hat die Partei einmal verhandelt, so kann sie dies durch die Erklärung, ihre Auslassungen zurückzunehmen und gar nicht verhandeln zu wollen, nicht ungeschehen machen, **RO.** 10, 392. Durch § 299 wird auch die Bestimmung des § 297 außerhalb des Falles einer Totalverschäumnis für unanwendbar erklärt; demnach gilt bei einer kontradiktorischen Verhandlung in einem Termine zur Fortsetzung der m. B. das früher Verhandelte als Theil der Gesamtverhandlung, **Borb.** vor § 119, **Anm.** 1 § 297, **Anm.** § 206.

### § 300.

Der Antrag auf Erlassung eines Verschäumnisurtheils ist zurückzuweisen,<sup>1)</sup> unbeschadet des Rechts der erschienenen Partei, die Vertagung der mündlichen Verhandlung zu beantragen:<sup>2)</sup>

1. wenn die erschienene Partei die vom Gerichte wegen eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstandes erforderte Nachweisung nicht zu beschaffen vermag;<sup>3)</sup>
2. wenn die nicht erschienene Partei nicht ordnungsmäßig, insbesondere nicht rechtzeitig geladen war;<sup>4)</sup>
3. wenn der nicht erschienenen Partei ein tatsächliches mündliches Vorbringen oder ein Antrag nicht rechtzeitig mittels Schriftsatzes mitgetheilt war.<sup>5)</sup>

Wird die Verhandlung vertagt, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine zu laden.<sup>6)</sup>

**R. 290. H. 433—436. 451. E. 115. 547.**

1) Der Inhalt des § 300 gilt für alle Fälle der §§ 295—298 und bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen ein Antrag auf Verschäumnisurtheil unzulässig ist. Derselbe muß zurückgewiesen werden, wenn einer der Hinderungsgründe zu Nr. 1, 2 oder 3 vorliegt. Eine Vertagung von Amtswegen kann aus diesen Gründen auch nicht erfolgen, sondern nur nach Maßgabe der Vorschrift des § 302. Die Entscheidung, welche sowohl einen Antrag des Beklagten, als einen Antrag des Klägers treffen kann,

ist kontradiktorisch gegenüber dem Antragsteller, indeß gemäß § 301 nur durch sofortige Beschwerde anfechtbar und nicht ein Urtheil, sondern ein „Beschluß“, auch wenn etwa die Form eines Urtheils gewährt sein sollte, z. B. bei gleichzeitigem Erlaß eines Versäumnisurtheils über einen Theil des Anspruchs unter Zurückweisung des Antrags für einen andern Theil; *R. 15, 390*, vgl. *Anm. 2 § 472*. (Unrichtig *R. 9*, Juli 1888, *ZB. 343*, wo auffallenderweise die Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurtheil, gegen § 301, als ein der Berufung unterliegendes Endurtheil bezeichnet wird. Auch die Annahme von *Gaupp*, daß bei einem Mangel der Prozeßvoraussetzungen für die Klage, der Antrag des Beklagten auf Erlaß des Versäumnisurtheils durch Endurtheil zurückzuweisen sei, findet im Gesetze keinen Anhalt; vgl. *Anm. 5 § 295*). Die Entscheidung gemäß § 300 beendet also nicht den Rechtsstreit. Die Klage bleibt erhoben und in derselben Instanz anhängig, wenn überhaupt deren ordnungsmäßige Zustellung statgefunden hat. Jeder Theil, sowohl der zurückgewiesene Antragsteller, etwa unter wirklicher oder vermeintlicher Erledigung der Anstände, als auch der Gegner kann die andere Partei von Neuem zur Verhandlung laden, § 191 Abs. 2.

2) Neben der Feststellung der Hinderungsgründe des Versäumnisurtheils erkennt § 300 das Recht der erschienenen Partei an, die Vertagung zu beantragen. Dies Recht unterliegt auch nicht der Strafgebühr des § 48 *OR.*, sondern ist davon ausdrücklich ausgenommen, vgl. *Anm. 4 § 90, R. 31, 389*. Falls nur eine Partei erschienen ist, muß (abwählend von dem Falle kontradiktorischer Verhandlung) einem Vertagungsantrage stattgegeben werden. Vgl. *R. 13, 339*. Dies ist auch nicht bloß auf die Fälle zu Nr. 1, 2, 3 beschränkt, sondern findet allgemeine Anwendung ohne Rücksicht auf die Gründe des Antrags. Das Recht ist bewilligt, um Erörterungen über mögliche Anstände zu besettigen und den Erschienenen nicht zu zwingen, nur auf dem Wege des Versäumnisurtheils zum Zwecke zu gelangen, während die Vertagung zweckmäßig sein kann, wenn zu erwarten ist, daß sonst doch Einspruch erfolgt und eine noch längere Verzögerung erfolgen kann. *Zust. R. 23, 368; DLB. Cöln, ZB. 1888 S. 223*, abw. *DLB. Cassel, Busch 14, 491*. Selbst wenn man nicht aus § 300 ein Vertagungsrecht außer den drei Hinderungsgründen herauslesen will, ist es dadurch gegeben, daß es, falls der Erschienene keinen andern Antrag stellt, sachlich nur die Benutzung des allgemeinen Rechts aus § 191 enthält, den Gegner zur Verhandlung zu laden; *Seuffert Anm. 2; v. Sarwey 459; Gaupp Anm. II. AR. Kleiner 2, 216; I, 655*.

Der Vertagungsantrag kann selbstverständlich auch neben dem Antrage auf Versäumnisurtheil als eventueller gestellt werden. Nach einer Zurückweisung des Antrags auf Versäumnisurtheil ist, falls vorher kein Vertagungsantrag gestellt war, mit der Verkündung des Beschlusses der Termin geschlossen, § 127 Abs. 4, *Anm. § 195*. Die erschienene Partei kann dann nach § 191 von Neuem zur Verhandlung laden, und mag auch die sofortige Bestimmung des neuen Termins beantragen; eine „Vertagung“ ist dies nicht mehr, *Anm. 1 § 206*. Vgl. auch *Anm. 2 § 310. AR. Gaupp Anm. II; Seuffert Anm. 2; Strudmann-Roch Anm. 1; Petersen Anm. 1, 1; Busch 4, 459*.

Die Ablehnung eines Vertagungsantrages könnte nur bei Zurückweisung des in erster Reihe gestellten Antrages auf Versäumnisurtheil, welche der sofortigen Beschwerde unterliegt, § 301, von Bedeutung sein. Ist nur ein Vertagungsantrag gestellt, so ist die Ablehnung desselben ohne Bedeutung, da die erschienene Partei zum Verhandeln nicht genöthigt werden kann. Der Streit, ob gegen die Ablehnung des Vertagungsantrages Beschwerde zulässig ist, erscheint deshalb von geringem praktischen Werth. Grundsätzlich ist indessen die Beschwerde zulässig, weil der Antrag auf Vertagung keine vorgängige m.B. erfordert, vielmehr gerade vorher zu stellen ist; § 530, *Anm. § 206; R. 23, 368*.

3) Der Hinderungsgrund Nr. 1 beruht auf der durchgreifenden Amtspflicht. Soweit zufolge derselben das Gericht Mängel der Klage feststellt, welche auch mit Hilfe von Nachweisungen der Partei bzw. ohne Einlassung des Beklagten nicht zu besettigen sind, wie Unzulässigkeit des Gerichts oder Unzulässigkeit des Rechtswegs, ist die Klage auf den Antrag des Beklagten aus diesem Grunde abzuweisen, vgl. *Anm. 5 § 295, Anm. 1 § 504. R. 1, 443; 2, 409; 18, 384; Bach, Raffr. 36, 24*. Soweit die erschienene

Partei den Mängeln abzuhelpen vermag, ist sie von Amtswegen darauf aufmerksam zu machen und zur Abhilfe aufzufordern. Kann sie die hierzu erforderliche Nachweisung nicht sofort in demselben Termine beschaffen, — dies ist in Nr. 1 vorausgesetzt, da sich § 300 Abs. 1 überhaupt nur mit der Sachlage zur Zeit des Termins befaßt — so ist die Zurückweisung ihres Antrags auf Versäumniskurtheil zu beschließen. In jeder dieser Beziehungen ist es gleichgültig, ob der Mangel die erschienene oder die nicht erschienene Partei betrifft. Die Nachweisungspflicht trifft die Partei, welche interessirt ist, den Mangel behufs des Urtheils zu beseitigen, Stein, priv. Wissen S. 93.

Von Amtswegen zu berücksichtigende Umstände sind (abgesehen von den besondern Vorschriften für das Ehe- und Entmündigungsverfahren) namentlich in den §§ 54 Abs. 1, 84 Abs. 2, 306, 497, 529, 537, 552, 560 Abs. 2, 569 Abs. 2, 581, 597, 604, 621 angegeben. Im Falle des § 296 ist zwar alles thatächliche Vorbringen des Klägers als zugestanden zu erachten, durch das Zugeständniß der Partei wird aber das Gericht nicht gebunden, die von Amtswegen zu berücksichtigenden Umstände als wahr anzusehen, R. O. I, 443; vgl. Anm. 3 § 296. Die amtliche Berücksichtigung erfordert übrigens nur einen entsprechenden Nachweis dem Gerichte gegenüber; die Vorlegung der Nachweise an den Gegner oder eine vorgängige zettige Mittheilung an denselben ist nicht nöthig. Vgl. Anm. § 54. Ob eine andere Behörde, als das Gericht, einen Mangel (z. B. betrefß der gesetzlichen Vertretung) antrifft, ist unerheblich, R. O. 20. Juni 1892, ZB. 333.

4) Für den Hinderungsgrund Nr. 2 ist vorausgesetzt, daß überhaupt eine Ladung nöthig ist, was z. B. bei Terminsverkündung fortfällt, § 195, indeß nur bei der Verkündung in einem Termine, zu welchem der Nicht-Erschienene rechtzeitig geladen war und unter der ferneren Voraussetzung, daß nicht einer der Ausnahmefälle (§§ 300 Abs. 2, 302, 316 Abs. 1 zc.) vorliegt.

Auch wenn der Nicht-Erschienene seinen Gegner zum Termine hatte laden lassen, z. B. der Kläger den Beklagten zum ersten Termine, braucht der Erschienene nicht nachzuweisen, daß sein Gegner geladen ist; denn der Ladende selbst braucht natürlich nicht von einem Anderen geladen zu werden; indem er den Gegner ladet, ladet er sich zugleich selbst, R. O. 31, 433. Mit der Zustellung der Ladung an den Gegner ist dieselbe für beide Theile, den Ladenden und den Geladenen wirksam, sonst müßte zu jedem Termine von beiden Theilen geladen werden. Dagegen muß der Erschienene eben deshalb nachweisen, daß er von dem Gegner geladen ist, vgl. § 153 Abs. 2. Ist überhaupt keine Ladung erfolgt, so kann auch diejenige Partei, welche von der Seitens des Gegners erwirkten Terminsbestimmung zufällig Kenntniß erhalten hat und in dem Termin erschienen ist, mit Erfolg einen Antrag auf Versäumniskurtheil nicht stellen. RR. Exoll a. a. D. 53, welcher diese Konsequenz unhaltbar nennt. Aber erst durch die Ladung d. h. deren Zustellung drückt die Partei ihren Willen aus, mit der Gegenpartei mündlich zu verhandeln, § 191. Die Erwirkung der Terminsbestimmung ist lediglich Vorbereitung dazu. Wenn die Partei der Gegenpartei ihren Willen, zu verhandeln, nicht (durch die Ladung) ausgedrückt hat, kann sie auch von letzterer, ohne daß diese ihrerseits geladen hat, nicht zur Verhandlung erwartet werden. Anders liegt es freilich, wenn die Ladung zwar erfolgt aber nicht rechtzeitig geschehen ist oder gegen andere Vorschriften verstößt, welche lediglich im Interesse der Gegenpartei vorgeschrieben sind (z. B. bei Mängeln der Zustellung, mangelnder Aufforderung zur Anwaltsbestellung, Nichtwahrung der Ladungs- oder Einlassungsfrist, u. dgl.). In solchen Fällen bleibt die Ladung für den Ladenden bindend und wirksam, da nur die Gegenpartei aus solchen Mängeln für sich das Recht, nicht zu verhandeln, herleiten kann. In diesen Fällen ist demnach der Antrag der, wenn auch mangelhaft oder rechtzeitig geladenen Partei, auf Erlass des Versäumniskurtheils gegen die ladende, nicht erschienene Partei zuzulassen. Anm. 1 § 234 und Anm. § 194; O. W. Königsberg, Wallm. 6, 622; Busch 6, 60. Abw. betrefß der Zeit einer (durch Vermittelung des Gerichtsschreibers zugestellten) Ladung, weil beurtheilt werden müsse, ob auch der Ladende den Termin zettig erfahren hat, Busch II, 110; aber es ist Sache des Ladenden, sich von dem Termin zettig Kenntniß zu verschaffen, was ihm durch Einsicht der Akten jederzeit möglich ist.

Eine ordnungsmäßige Ladung ist nur erfolgt, wenn sie gemäß den Vorschriften der §§ 191 ff., 152—190 geschehen und zugestellt ist; für die rechtzeitige Ladung sind die Einlassungs- und Ladungsfristen zu berücksichtigen; §§ 194, 234, 204, Vorb. 4 vor § 191. Die Ladung ist aus demselben Grunde wie zu Nr. 1 (Anm. 3) sofort im Termine nachzuweisen. Der Erschienene kann nicht Vertagung veranlassen, um im neuen Termine lediglich diesen Nachweis zu führen; sobald vertagt wird, ist von Neuem zu laden und dann entscheidet nur die Versäumnis des neuen Termins, Abs. 2. Ebenfowenig kann (gegen das Prinzip des § 119) der Nachweis durch einen nachträglichen Schriftverkehr und behufs eines außerhalb der m. B. zu beschließenden Versäumniskurtheils beigebracht werden. — Die Heilung von Mängeln hinsichtlich der Ladung der Nichterschiedenen gemäß § 267 ist für die Anwendung des § 300 Abs. 1 durch deren Nichterscheinen unmdglich. Auch die erschienene, aber nicht verhandelnde Partei, welche nach § 298 als nicht erschienen anzusehen ist, muß überhaupt bzw. ordnungsmäßig und rechtzeitig geladen sein, um das Versäumniskurtheil gegen sie zu rechtfertigen. Die Folgen der Nichtzüge nach § 267 können eine Partei, welche nach dem Befehl als „nicht erschienen anzusehen ist“, § 298, nicht treffen, umfoweniger, wenn sie wegen unterlassener oder ordnungsmäßiger Ladung weder zu erscheinen noch zu verhandeln verpflichtet ist. (M. Schneider, civ. R. 66, 285 ff., weil die Partei durch ihr Erscheinen zeige, daß sie geladen sei (!) und Gelegenheit habe, Mängel zu rügen; indessen durch ihr Erscheinen im Termin zeigt die Partei nur, daß sie von demselben in irgend einer Weise Kenntniß erlangt habe, ihr Erscheinen drückt nur dann einen Verzicht auf ordnungsmäßige Ladung aus, wenn sie durch Verhandeln zu erkennen giebt, daß sie auf die Mängel der Ladung keinen Werth lege. Sonst beweist ihre Anwesenheit nur, daß sie ein Interesse daran hat, die Vorgänge des Termins zu erfahren.) Ueber den Beweis der Ladung vgl. Anm. §§ 173, 174.

Für die Anwendung des § 300 Nr. 2 ist auch das Nichterscheinen eines zuzuziehenden Intervententen zu berücksichtigen; Anm. 3 § 68.

5) Die Beanstandung aus dem Grunde Nr. 3 betrifft — nach der Natur der Vorschrift — nur das Ausbleiben des Beklagten (§ 296, Rot. 292; Fitting, Busch 7, 243) oder Widerbeklagten (vgl. Anm. 5 vorl. Abs. zu § 295; Busch 8, 521 ff.). Unter Antrag ist ein „Sachantrag“ im engeren Sinne zu verstehen (vgl. Fitting a. a. O. 242), und zwar mit positivem Inhalte (wogegen auch ein Antrag auf vorläufige Vollstreckbarkeit gehört, Anm. 1 § 653; Busch 16, 200); ein Antrag auf Abweisung der Klage, auf Erlass des Versäumniskurtheils, bzw. auf Ablehnung eines gegnerischen Antrags ist ein solcher nicht, und braucht nicht vorher mitgetheilt zu werden, R. O. 31, 405, vgl. Anm. 5 § 269. Unter thatsächlichem mündlichen Vorbringen ist nur die Mittheilung von erheblichen, d. h. das beantragte Versäumniskurtheil beeinflussenden Thatsachen zu verstehen. Zulässige Aenderungen der Klage, wenn mitgetheilt, sind zu berücksichtigen; eine unzulässige Klageänderung wird durch Nr. 3 nicht ermöglicht, §§ 240, 241. Wegen der Fristen behufs rechtzeitiger vorgängiger Mittheilung vgl. §§ 123, 234, 244, 245; wegen der Fristen für Klagenachträge Anm. 1 § 123, Anm. 2 § 230; Anm. 1 § 234 a. G. Ob eine im mitgetheilten vorbereitenden Schriftsatz bezogene Urkunde erst im Termine vorgelegt wird, ist unerheblich. Ihr Inhalt ist jedoch nicht über das mitgetheilte mündliche Vorbringen hinaus als zugestanden zu erachten.

6) Abs. 2 bildet eine Ausnahme vom Grundsatz des § 195 und des § 285 Abs. 1. Derselbe kommt in allen Fällen einer Vertagung in Abwesenheit einer Partei zur Anwendung ohne Unterschied des Grundes oder der Veranlassung (von Amtswegen oder auf Antrag) dies ergibt der Wortlaut, der nicht unterscheidet u. das Anm. 2 Gesagte. Vgl. auch § 302. Ebenso Caupp Anm. II u. die dort Rt. 3 Citirten; Seuffert Anm. 3; ferner D. O. Hamburg, S. A. 46, 364; a. R. D. O. Bamberg, Busch 4, 456 und D. O. Cassel, Busch 14, 490, vgl. gegen die Begründung dieses Urtheils die Anm. 2 angeführte Entsch. des R. O. u. des D. O. Köln. Die Ladung ist auf Betreiben der erschienenen Partei zu veranlassen, da der Beschluß zu verkünden und nicht von Amtswegen zugustellen ist; § 294 Abs. 1, 3. Gegen die entgegengesetzte Ansicht von Baron s. Anm. 1 § 191.

Ueber die Aufnahme der Terminbestimmung in die Ladung im Falle des Abs. 2 vgl. Anm. 2 § 193.

In dem neuen Termine sind gemäß § 297 nur die Verschäumniß dieses Termins und die Hinderungsgründe dagegen entscheidend, und werden letztere dadurch, daß zum früheren Termin schon rechtzeitig geladen war, nicht geheilt; indeß genügt dann (im anhängigen Prozesse) die Ladungsfrist. Ist der Prozeß freilich wegen ordnungswidriger erster Ladung noch nicht anhängig geworden, so ist auch für die zweite Ladung die Einlassungsfrist zu wahren.

### § 301.

Gegen den Beschluß, durch welchen der Antrag auf Erlassung des Verschäumnißurtheils zurückgewiesen wird, findet sofortige Beschwerde statt.<sup>1)</sup> Wird der Beschluß aufgehoben, so ist die nicht erschienene Partei zu dem neuen Termine nicht zu laden.<sup>2)</sup>

R. 301. P. 115. 547. 543. 557. 558.

1) Nur gegen den Beschluß auf Zurückweisung des Antrags findet sofortige Beschwerde statt, nicht gegen eine Uebergehung des Antrags z. B. unter vorläufiger Zulassung eines Bevollmächtigten ohne Vollmacht (trotz Rüge des Mangels im Anwaltsprozeß) und Fristerteilung zur Weibbringung der Vollmacht gemäß § 85, vgl. R. 26. Okt. 1889, J. B. 452. Es ist aber Amtspflicht des Gerichts, sofern es nicht in den Fällen des § 302 von Amtswegen die Verhandlung über den Antrag vertagt, über denselben Beschluß zu fassen. Eine Verletzung derselben könnte im Disziplinarwege gerügt werden. Der Beschluß ist zu verkünden; die Rothfrist für die sofortige Beschwerde läuft hier ausnahmsweise von der Verkündung; § 540 Abs. 2. Der auf diese Beschwerde ergehende Beschluß höherer Instanz hat sich nur damit zu befassen, ob der Zurückweisungsbeschluß gerechtfertigt ist. Wird dies verneint, so beschränkt sich, wie aus Satz 2 hervorgeht, die Entscheidung des Beschwerdegerichts auf die Aufhebung des Beschlusses und ist das zur früheren Instanz gehörige fernere Verfahren dem Instanzrichter zu überlassen. Vgl. D. S. O. Cassel, B. u. S. 14, 490; Kammerger. B. u. S. 15, 416. Ueber die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde, auch wenn der Beschluß in Urtheilsform bzw. in Verbindung mit einem Urtheil ergangen ist, R. 15, 391; Anm. 1 § 300. Ueber die Unzulässigkeit einer Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Antrags auf Erlass eines Verschäumnißurtheils vgl. Anm. 1 § 273, Anm. 4 § 295.

2) Der zweite Satz war dem §. 1 § 274 (jetzt 301) von der Bork. hinzugefügt. Die Frage, ob die nicht geladene Partei, wenn sie im neuen Termine erscheint und verhandeln will, hierzu zu verstaten sei, wurde in der R. im Sinne des Gesetzes und des Beschlusses der Bork. vom Dir. v. Amsberg zuletzt (P. 557) korrekt verneinend und dahin erläuternd beantwortet: der höhere Richter, welcher nur den Bescheid auf die Beschwerde zu erlassen hat, kann nicht zugleich das zur Zuständigkeit der früheren Instanz gehörige Verschäumnißurtheil erlassen. Wenn der Beschluß der Abweisung des Antrags in Folge der Beschwerde aufgehoben ist, so soll damit der zur Zeit der ersten Beschlußfassung vorhandene gewesene Zustand hergestellt werden. Die Sachlage bleibt also dieselbe, daß der Gegner bis zum Schluß der Verhandlung nicht verhandelt hat oder nicht erschienen ist, und daß andererseits der Erschienene von seinem Rechte, den Antrag auf Verschäumnißurtheil zu stellen, Gebrauch gemacht hat. In dem neuen Termine ist auf Grund dieser Sachlage zu verhandeln; demgemäß ist die anderweite Entscheidung zu erlassen und zu verkünden. Die früher nicht erschienene Partei soll nicht zugezogen und darf deshalb nicht („ist nicht“) geladen werden, um ihr nicht die Möglichkeit zu geben, die frühere Verschäumniß zu hellen. Sie ist daher, auch wenn sie erscheint, zur Verhandlung nicht mehr zuzulassen. Das Gericht kann nunmehr das Verschäumnißurtheil erlassen, auch den Antrag nochmals aus anderen Gründen zurückweisen, oder auch von Amtswegen nach § 302 vertagen. Die gegentheilige Meinung betreffs der Zulassung (Crythropol, B. u. S. 2, 120; Sittung § 78 R. 41;

Troll, Verf. 75) widerspricht dem Zwecke der Vorschrift des zweiten Satzes und ihrer Entstehungsgeschichte. Vgl. P. 547, 557.

Der Satz 2 enthält deutlich die beiden Vorschriften: es ist ein neuer Termin anzuberaumen und zu demselben ist die nicht erschienene Partei nicht zu laden. Die Annahme von v. Sarwey I, 460, daß das Gericht auch ohne neuen Termin sofort das Versäumnisurtheil erlassen könne, ist daher unbegründet.

Auf Grund des Aufhebungsbeschlusses der höheren Instanz hat das Gericht einen neuen Termin zu bestimmen und diesen (§ 294 Abs. 3, in Verb. mit Satz 2 § 301) nur der nicht säumigen Partei bekannt zu geben. Falls letztere dann nicht erscheint oder keinen Antrag stellt, ruht das Verfahren.

### § 302.

Das Gericht kann von Amtswegen<sup>1)</sup> die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils<sup>2)</sup> vertagen,<sup>3)</sup> wenn es dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen,<sup>4)</sup> oder daß die Partei durch Naturereignisse oder durch andere unabwehbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei.<sup>5)</sup> Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine zu laden.<sup>6)</sup>

R. 292. P. 115. 548.

1) Die allgemeine Befugniß des Gerichts, einen Termin zu versetzen oder die Verhandlung zu vertagen, § 206, wird durch den § 302 beschränkt; die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils kann nur aus den Gründen des § 302 von Amtswegen vertagt werden. Darin, daß dies dem Ermessen des Gerichts unter den bestimmten Voraussetzungen überlassen ist, liegt die Vorschrift, daß es unter anderen Voraussetzungen nicht zugelassen ist; § 302 wäre sonst neben § 206 überflüssig. Vgl. Anm. 1 § 301. Wenn einer der Gründe des § 302 vorliegt, hat es keinen Einfluß, ob zugleich einer der Hinderungsgründe des § 300 vorhanden ist.

2) Darin, daß „die Verhandlung über den Antrag auf Erlassung des Versäumnisurtheils“ vertagt wird, ist ausgedrückt, daß im Vertagungsbeschlusse noch nicht eine Zurückweisung des Antrags liegt. Die Entscheidung über den Antrag ist noch suspendirt, Rot. 233; es soll nicht die für den Fall der Zurückweisung in § 301 statthafte Beschwerde zugelassen werden. — Im neuen Termine kann indeß (abweichend von § 301) die zu ladende Partei nach den allgemeinen Grundfäden der §§ 251, 297, 142 die Versäumnisfolgen abwenden; zu diesem Zwecke wird sie geladen. Nur die Versäumnis in dem neuen Termine entscheidet gemäß § 297 darüber, ob und gegen wen noch ein Versäumnisurtheil zu erlassen ist; Gaupp Anm. II. RR. Wach, Vortr. 136; Schwalbach, Raffr. 26, 13, 525. Vgl. dagegen Seuffert Anm. 2; Gaupp Rt. 4; Strudmann-Roch Anm. 1.

3) Wegen einen Vertagungsbeschlusse ist kein Rechtsmittel gegeben, Rot. 233. Eine Beschwerde ist nach § 530 nicht zulässig, weil keine Zurückweisung eines das Verfahren betr. Antrags vorliegt, vgl. Anm. 2. Auch der Berufung, von welcher das Versäumnisverfahren grundsätzlich bis auf die Fälle des § 474 Abs. 2 ausgeschlossen ist, kann aus § 473 der Vertagungsbeschlusse nicht unterworfen werden; Rot. 233. Ob das Gericht von der rein diskretionären Befugniß Gebrauch macht oder nicht, begründet keine Gesetzesverletzung und keinen Revisionsgrund; Schwalbach, Raffr. 26, 15. RR. hinsichtlich der Berufung Buchelt 2, 128.

4) Die Zulassung der Vertagung für den Fall der Fristbestimmung des Vorsitzenden dient zur Korrektur einer vom Vorsitzenden nach §§ 204, 217 Abs. 3, 234 Abs. 2 erfolgten Bestimmung der Einlassungs- oder Ladungsfristen, und ist nicht anwendbar, wenn der Termin unter der Beobachtung der gesetzlichen Fristen (§§ 184, 234) angelegt und über die Frist vom Vorsitzenden nichts bestimmt ist. Im letzteren Falle bleibt § 300 Nr. 1, 2 maßgebend.

5) In Betreff der Behinderung „durch Naturereignisse oder andere unabwehbare Zufälle“ gelten die Bemerkungen in Anm. 2 § 211.

6) Von der Ladung gilt das in Anm. 6 § 300 Bemerkte. Der Schlussatz ist, abw. von G. 1 § 275 (jetzt 302) von der Vorl. so redigirt, um nicht ein Mißverständnis dahin hervorzurufen, daß in diesem Falle nicht der Kläger die Ladung zu veranlassen habe, sondern das Gericht von Amtswegen laden lassen müsse.

### § 303.

Der Partei, gegen welche ein Versäumnisurtheil erlassen ist, steht gegen dasselbe der Einspruch zu.<sup>1)</sup>

R. 293. N. 440. P. 115. 548.

3) Der Einspruch ist die an das Prozeßgericht und an den Gegner gerichtete Erklärung, daß der Versäumende das Versäumnisurtheil beseitigt wissen will, und in der Streitfache ebenso verhandelt werden soll, als wenn das Versäumnisurtheil nicht erlassen sei. Der Versäumende erreicht dies (mit dem Opfer, daß ihm die Versäumniskosten auferlegt werden, § 309) durch die rechtzeitige einfache Willenserklärung, daß er Einspruch einlegt und den Gegner zur mB. laden läßt. Einen Hinderungs- oder Entschuldigungsgrund anzugeben, ist nicht nöthig. Auch nur gegen einen Theil des Urtheils den Einspruch einzulegen, ist zulässig, da die Partei auf den Einspruch theilweise, wie auch vollständig verzichten kann, § 311. Wird indeß der Einspruch in der Form des § 305 allgemein und ohne ausdrückliche Beschränkung auf einen bestimmten Theil oder Betrag, und ohne Verzicht hinsichtlich des übrigen Theils des Urtheils, so daß für diesen die Rechtskraft des Urtheils konfirmirt, eingelegt, so hat die bloße Befügung eines Antrags auf theilweise Abweisung oder Beurtheilung nach §§ 305 Abs. 2, 307 nicht die Folge, für die demnächstige mB. die Zulässigkeit umfassender Anträge auszuschließen; vielmehr bleibt der ganze Rechtsstreit nach § 307 anhängig. Dies hat auf die nach dem Gesamtbetrage zu berechnenden Kosten auch dann Einfluß, wenn im Termine nur die beschränkteren Anträge des Schriftsazes gestellt werden.

Der Rechtsbehelf ist von demselben Prozeßgerichte, nicht von einer höheren Instanz, zu entscheiden, um gleichzeitig die Verhandlung zur Hauptsache vor dem Prozeßgerichte stattfinden zu lassen, § 305 Nr. 3. Der Einspruch wird deshalb nicht zu den Rechtsmitteln in der Bedeutung dieses Gesetzes (§§ 472—540) gerechnet.

Der Einspruch ist nicht zulässig in den Fällen des § 216 Abs. 2 und des § 310, um die Beseitigung der Versäumnis nicht zu verewigen, sonst aber gegen alle Versäumnisurtheile, welche gegen eine Partei erlassen sind, ohne Unterschied, ob das Versäumnisurtheil mit Recht ergangen ist, oder nicht (R. 5. Febr. 1881, Wallm. 4, 409), vgl. § 309. Die materielle Anerkennung des gegnerischen Anspruchs steht der Zulässigkeit des Einspruchs nicht entgegen, da auch wegen Unzuständigkeit, Ausschließung des Rechtsweges, des Kostenpunkts oder aus andern Gründen widersprochen werden kann, R. 28. März 1893, JW. 251 ff. Auch durch einen nach Erlass des Versäumnisurtheils geschlossenen außergerichtlichen Vergleich wird die Einlegung des Einspruchs nicht gehindert, da ein solcher Vergleich den Prozeß nicht beendet; R. 29. Sept. 1891, JW. 554. Der erschienenen und verhandelnden Partei steht der Einspruch nicht zu; gegen diese ist das Versäumnisurtheil als solches nicht erlassen, Not. 234. Vgl. Anm. 6 § 296. Gegen ein „Versäumnisurtheil“ ist dagegen der Regel nach (Ausnahmen vgl. § 474) keine Berufung, also auch keine Revision Seitens der Partei, gegen welche es ergangen ist, zulässig. Ueber das Verhältnis zu diesen Rechtsmitteln vgl. §§ 474, 486, 529. Ueber den Einspruch gegen einen Vollstreckungsbefehl vgl. § 640, gegen ein Versäumnis-Schwururtheil wegen Ausbleibens des Schwurpflichtigen im Eidesleistungstermin Anm. 3 § 430.

### § 304.

Die Einspruchsfrist beträgt zwei Wochen; sie ist eine Nothfrist und beginnt mit der Zustellung des Versäumnisurtheils.<sup>1)</sup>

Wuß die Zustellung im Ausland oder durch öffentliche Bekanntmachung

erfolgen, so hat das Gericht die Einspruchsfrist im Versäumnisurtheile oder nachträglich durch besonderen Beschluß, welcher ohne vorgängige mündliche Verhandlung erlassen werden kann, zu bestimmen.<sup>2)</sup>

**E. 204. N. 441. P. 115. 548.**

1) Ueber Rothfristen s. Anm. 3, 5, § 201 und Vorb. 4 vor § 191. Wiedereinsetzung: §§ 211 ff. — Berechnung der Frist: §§ 198, 200. — Zustellung des Urtheils (welche selbstverständlich auch von der säumigen Partei veranlaßt werden kann, vgl. *ZW.* 1880 S. 181) §§ 288, 162 und Vorb. 3 vor § 272. — Eine Einlegung des Einspruchs vor der Zustellung des Urtheils ist nach richtiger Ansicht wirkungslos. Dies folgt schon daraus, daß nach § 304 die Frist „mit der Zustellung beginnt“ und nach § 306 der Einspruch unzulässig ist, wenn er nicht „in“ der gesetzlichen Frist eingelegt ist. Vgl. auch § 217 Abs. 4: „innerhalb“ der Einspruchsfrist. Der § 283 Abs. 2 ist nicht entgegenzusetzen, weil § 304, 306 hier eine der am Schlusse des § 283 vorbehaltenen Ausnahmen bestimmen. Daß dies beabsichtigt war, sagen die *Rot.* 322 zum *E.* 1 1871 § 258, worin zuerst (vgl. *R.* § 347) der *Abf.* 2 des § 283 aufgenommen wurde, ausdrücklich; ebenso *Rot.* 222 zum *BE.* § 273 (jetzt § 283). Auch die *Rot.* § 304 (*Rot.* 324, 325 *E.* 1 1871 u. *Rot.* 234 *BE.*) bestätigen die Gleichstellung der Fristbehandlung für Einspruch, Berufung und Revision. Die *Abf.* 2 der §§ 477, 514, bestätigen nur die Regel, welche, auch wenn sie unausgesprochen wäre, aus den Vorschriften des *Abf.* 1 von selbst zu folgern ist und sie bilden nicht eine Ausnahme, für welche allein ein arg. o. contrario, daß sie in anderen Fällen nicht gelten solle, zulässig wäre. Diese *Abf.* 2, welche zuerst (vgl. *R.* §§ 774, 775) und zwar *Satz 2* vom *E.* 1 1871 §§ 434, 464 und *Satz 1* von der denselben beratenden *Vork.* (*E.* §§ 457, 490) aufgenommen sind, wurden lediglich zum unbedingten Ausschlusse aller Zweifel deklarierend hinzugefügt, wie auch die *Rot.* 301 den Beratungen jener *Vork.* entsprechend bestätigen. Daß es nun auch rathsam gewesen, dem längst vorher berateneren § 304 die gleiche Deklaration beizufügen und daß dies nicht geschehen ist, kann keinen Gegen Grund bilden. Vgl. *Wach, RAR.* 25, 257—271, 301 (und *Handb.* 1, 271); *Deutschmann* das. 26, 57, 59, 64 ff.; v. *Sarwey* Anm. 1 § 304 und 3 § 306; *Siebenhaar* 353; *Buchelt* 2, 131; *Endemann* 2, 162; *Kleiner* 2, 225; *Gaupp* Anm. I. — Dagegen *AR. NO.* 3, 408, 409 und 23. *Nov.* 1881, *Wallm.* 6, 557; *NO.* 9 420; *Struckmann-Roth* Anm. 1; *Seuffert* Anm. 2; *Petersen* Anm. 1; *Hellmann* 2, 183 u. *Lehrb.* 644; *Fitting* § 79 *R.* 5. Zu welchen unhaltbaren Konsequenzen die gegnerische Ansicht führt, wird namentlich aus *NO.* 9, 420 klar, vgl. Anm. 1 § 311. Die Einlegung des Einspruchs gleichzeitig mit Zustellung des Urtheils ist dagegen für zulässig zu erachten, argum. § 477 *Abf.* 2. — Eine lediglich zum Zwecke der Streitverkündung in einem später anhängig gewordenen anderen Prozesse erfolgte Zustellung des Versäumnisurtheils setzt die Einspruchsfrist nicht in Lauf; *NO.* 3. April 1891, *ZW.* 248, *SA.* 47, 96.

2) Die Frist des *Abf.* 2 für die Fälle der §§ 182—190 ist eine richterliche, aber auch eine Rothfrist, vgl. *Vorb.* 4 vor § 191 und Anm. 5 § 201; mithin nicht durch Parteivereinbarung, aber auf Antrag verlängerungsfähig; § 202 *Abf.* 1, 2. Bei Anwendbarkeit des *Abf.* 2 gilt nur die gerichtsfest bestimmte Frist; zufolge der im *Abf.* 2 im Verhältnis zu *Abf.* 1 bestimmten Ausnahme giebt es für Zustellungen im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung keine gesetzliche Frist des *Abf.* 1. *AR.* *Buchelt* 2, 132. Sachgemäß ist für die Bestimmung eine längere Frist in Aussicht genommen; indeß im Gesetze nicht zur Bedingung gemacht. Die Befugniß und Pflicht des Gerichts ist auch (gegen *Buchelt* 2, 132) nicht auf die sonst gesetzlichen zwei Wochen, vielmehr auf gar keine Zeit beschränkt; *Petersen* Anm. 1.

Die Bestimmung der Frist muß von Amtswegen geschehen und ist, wenn dies im Versäumnisurtheile nicht geschehen ist (weil etwa die Nothwendigkeit der Zustellung im Auslande zc. sich erst nach dem Erlasse des Urtheils ergeben) später nachzuholen. Hinsichtlich der Zustellung des nachträglichen Beschlusses bemerkt v. *Amberg*; sie müsse in derselben Form erfolgen, wie die des Versäumnisurtheils, *P.* 115. Dies würde zwar der Absicht entsprechen, daß die Bestimmung eigentlich Theil des Urtheils sein soll; indeß ist



fie, wenn nachträglich getroffen, ein „Beschluss“, Meyer Justell. 36. Deshalb verlangen Kleiner 2, 226 und v. Bülow Anm. 3 nach § 294 Abs. 3 Zustellung seitens des Gerichts an beide Theile. Einem solchen Verfahren steht indeß entgegen, daß die Einspruchsfrist nur eine Bedeutung in Beziehung auf das Urtheil hat, dessen Zustellung lediglich vom Vortreiben der Parteien abhängt, § 288. Der Beschluss ist, wenn nicht verkündet, bei entsprechender Anwendung der Grundsätze der Anm. 4 § 294 von Amtswegen dem Antragsteller zuzustellen, und diesem ist zu überlassen, die Zustellung in der Form der Urtheilszustellung zu bewirken. So auch Seuffert Anm. 3; Hellmann 2, 182; Caupp Anm. II. Zu diesem Zwecke hat die Partei die Ausfertigung des Beschlusses zum Erlaß der erforderlichen Ersuchungsschreiben bei Zustellungen im Auslande §§ 182—185, bzw. mit dem Ersuch auf öffentliche Zustellung §§ 187 ff. dem Gerichte wieder zu überreichen. Vor Zustellung des Urtheils und des nachträglichen Beschlusses kann der Lauf der Einspruchsfrist nicht beginnen.

### § 305.

Die Einlegung des Einspruchs erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Derselbe muß enthalten:<sup>1)</sup>

1. die Bezeichnung des Urtheils, gegen welches der Einspruch gerichtet wird;<sup>2)</sup>
2. die Erklärung, daß gegen dieses Urtheil Einspruch eingelegt werde;<sup>3)</sup>
3. die Ladung des Gegners zur mündlichen Verhandlung über die Hauptsache.<sup>4)</sup>

Der Schriftsatz soll zugleich dasjenige enthalten, was zur Vorbereitung der Verhandlung über die Hauptsache erforderlich ist.<sup>5)</sup>

E. 295. N. 442. P. 115. 548.

1) Der Schriftsatz ist ein dispositiver (bestimmender), nicht bloß vorbereitender. Er steht in dieser Beziehung der Klage gleich, und muß, analog der Klage, die Requisite des § 305 Nr. 1—3 enthalten; andernfalls ist der Einspruch (nach mB.) zu verwerfen; Rot. 234; R. 10. Mai 1887, ZW. 271. Das hinsichtlich der Erfordernisse zu Nr. 1—3 Fehlende kann nach der Frist, an welche der Einspruch gebunden ist, nicht nachgeholt werden; Anm. 2 § 230. — Für den Anwaltsprozeß s. § 74; im Parteiprozesse genügt die Form des § 462. Die Annahme, daß der Einspruch im Parteiprozesse auch durch mündlichen Vortrag mit Genehmigung des Gegners nach § 461 erfolgen könne, ignorirt die wesentlichen Formvorschriften. Aus der Zulassung der Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung folgt keine Dispensation von den für Einlegung des Rechtsbehelfs vorgeschriebenen Formen; vgl. § 306; Seuffert Anm. 1. Hinsichtlich der Nothwendigkeit der Zustellung an den Prozeßbevollmächtigten des Gegners s. § 162. Ueber den Einspruch vor Gewerbegerichten vgl. Bef. v. 29. Juli 1890 §§ 38, 42.

2) Die Bezeichnung muß derartig sein, daß die Identität des Rechtsstreits und des Urtheils unzweifelhaft ist.

3) Die Anwendung des technischen Wortes: „Einspruch“ ist nicht unbedingt wesentlich. Aus der Erklärung muß hervorgehen, daß in der That unter Befeitigung des Urtheils eine Erneuerung der Verhandlung in derselben Instanz (nicht etwa Beschwerde, Berufung u. s. w.) gemollt ist. Vgl. ZW. 1880, S. 181, 182. Der Ausdruck „Opposition“ würde, wie Caupp richtig bemerkt, mit dem Ausdruck „Einspruch“ gleichbedeutend sein, da er den gleichen Rechtsbehelf des franz. Prozesses bezeichnet; auch die Restitution des preuß. Prozesses hatte gemäß § 31 Berordn. 21. Juli 1846 denselben Charakter. Rathsam ist es immerhin, den gesetzlichen Ausdruck zu gebrauchen; R. 12. Mai 1892, ZW. 334. — Inwieweit der Einspruch wirken soll, bei der Einlegung schon zu erklären, ist nicht nöthig.

4) Die „Hauptsache“ ist hier und im § 310 offenbar im Gegensatz zur Verhandlung über den Einspruch gedacht, abweichend von §§ 94, 191, 243, 247. Zur Hauptsache wird also auch verhandelt, wenn eine prozeßhindernde Einrede vorgebracht oder eine unzulässige Klageänderung gerügt wird, oder wenn nach Erledigung des sachlichen Rechtsstreits nur noch über die Kostenpflicht verhandelt wird, Anm. 1 Abs. 2 § 94. Daß zur Verhandlung

über die Hauptsache geladen wird, versteht sich bei jedem Rechtsstreite von selbst, wenn es in der Ladung auch nicht besonders ausgedrückt wird; die Ladung darf indeß nicht lediglich zur Verhandlung über den Einspruch erfolgen und die Hauptsache dadurch ausschließen. Vgl. Anm. § 307. Der Gegenstand von Froll a. a. O. 199, daß falsa demonstratio non nocet, gilt wohl für Testamente, aber nicht für prozessualische Formvorschriften. Das OLG. Nürnberg, Buch 17, 388 findet zu Unrecht gegen die klare Vorschrift des Gesetzes in der Ladung zur m. B. über den Einspruch auch die Ladung zur Hauptsache ausgedrückt. — Aus dem Zwecke der Ladung, § 307, folgt, daß die Ladung vor dasselbe Prozeßgericht, welches das Versäumnisurtheil erlassen hat, erfolgen muß, Mot. 234. Ueber die Ladung, welche zur Zeit der Zustellung schon einen bestimmten Termin bezeichnen muß (Anm. 2 § 293) und über die Unterschrift gilt das in Anm. 7 § 230 Gesagte. Die bloße Mittheilung der Terminbestimmung ersetzt die Ladung nicht, R. O. 5. März 1887, JZB. 112, RaffR. 31, 1157; 10. Mai 1887, JZB. 271. Da die Ladung in einer anhängigen Sache erfolgt, ist die Ladungsfrist, § 194 (nicht Einlassungsfrist), zur Vermeidung einer Vertagung zu beachten. Auf die absolute Vorschrift der Ladung kann auch nicht nach § 267 verzichtet werden, R. O. 6. Febr. 1882, JZB. 160.

5) Insofern der Schriftsatz für den Einspruch zugleich ein vorbereitender ist (Abs. 2), finden die allgemeinen Vorschriften über vorbereitende Schriftsätze und die Folgen ihrer Unterlassung Anwendung, §§ 120 ff.

### § 306.

Das Gericht hat von Amtswegen zu prüfen,<sup>1)</sup> ob der Einspruch an sich statthaft und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt sei.<sup>2)</sup> Fehlt es an einem dieser Erfordernisse, so ist der Einspruch als unzulässig zu verwerfen.<sup>3)</sup>

R. 296. N. 444. P. 115. 548.

1) In derselben Weise wie hinsichtlich der Rechtsmittel muß das Gericht von Amtswegen die erfolgte Einlegung, die Statthaftigkeit und die Wahrung der gesetzlichen Form und Frist auch für den Einspruch prüfen. Vgl. §§ 497, 529, 537, 552. Es ist Sache desjenigen, welcher den Einspruch einlegt, den nöthigen Beweis zu führen. Die Officialprüfung muß, wie in allen ähnlichen Fällen, erfolgen, ohne Unterschied, ob eine der beiden Parteien den Termin versäumt oder nicht.

2) Die Prüfung, ob der Einspruch „an sich statthaft“ ist, betrifft die Frage, ob überhaupt ein Versäumnisurtheil und zwar gegen den Einsprechenden erlassen ist und ob auch kein Fall der §§ 216 Abs. 2, 310 vorliegt.

Die gesetzliche Form der Einlegung ist die im § 305 Abs. 1 bestimmte. Ob die Ladungsfrist eingehalten ist, gehört nicht zur nothwendigen Form. Wohl aber ist vorausgesetzt, daß ein Schriftsatz, wie ihn § 305 Abs. 1 vorschreibt, an denjenigen, welchem er zuzustellen, innerhalb der Nothfrist ordnungsmäßig zugestellt ist. Ueber die Zulässigkeit einer Heilung von Zustellungsmängeln durch Verzicht oder Nachträge Seitens des Gegners, vgl. Anm. 1 § 156, Anm. 5 § 267; Anm. 4 § 305 a. G.

3) Die Prüfung und Entscheidung über den Einspruch erfolgt nicht durch prozeßleitende Verfügung, wie auch eine Klage deshalb, weil die Klageschrift den nothwendigen Inhalt, § 20 Nr. 1—3, nicht enthält, nicht per decretum abgewiesen werden kann, sondern im Termine zur m. B.

Die Verhandlung erfolgt zugleich über den Einspruch und über die Hauptsache. Der Einsprechende muß auch über die Hauptsache verhandeln. Vgl. § 304 Nr. 3 und § 310. Das Gericht kann indeß gemäß § 137 die Verhandlung zunächst auf die Zulässigkeit des Einspruchs beschränken; die Zulässigkeit ist präjudizial und der Streitpunkt betrifft daher ein selbständiges Wertbestimmungsmittel im Sinne des § 137, Anm. 1 § 137; oder wenn man mit Schollmeyer 92 dazu prozessualische Einreden nicht rechnen will, einen Zwischenstreit. Jedenfalls kann das Gericht nach § 275 durch Zwischenurtheil die Zulässigkeit entscheiden; in diesem Falle hat sich das Zwischenurtheil hierauf zu beschränken. Vgl. Anm. § 308.

Die Entscheidung, durch welche ein Einspruch als unzulässig verworfen wird, ist ein kontrabiktorisches Endurtheil und durch das an sich zulässige Rechtsmittel (Berufung, Revision) anfechtbar, auch wenn der Einsprechende nicht erschienen war. Ebenso Seuffert Anm. 3, aM. Gaupp Anm. II. Verschieden davon ist die Verwerfung des Einspruchs auf Grund der Versäumnis des Einsprechenden, § 310. In diesem Falle ist das Urtheil ein Versäumnisurtheil, gegen welches die Berufung nur beschränkt, § 474 Abs. 2, zulässig ist.

Ist nach Einlegung eines (z. B. wegen mangelhafter Zustellung) unzulässigen Einspruchs ein das Versäumnisurtheil aufhebendes Endurtheil (zu Unrecht) in der Sache ergangen, gegen welches von dem Gegner ein Rechtsmittel eingelegt wird, so entsteht die Frage, ob ein anderweltiger, nach dem Erlaß dieses Endurtheils, noch innerhalb der Einspruchsfrist ordnungsmäßig eingelegter Einspruch von Wirksamkeit ist. Das O. Bückeburg, Buch 12, 512, verneint, weil nach dem Endurtheile erster Instanz ein Versäumnisurtheil, gegen welches Einspruch hätte eingelegt werden können, nicht mehr vorhanden gewesen sei. Dieser Grund ist bedenklich, da eine endgültige Aufhebung des Versäumnisurtheils noch nicht stattgefunden hatte; die Entscheidung ist aber richtig, weil nach Beendigung der Instanz durch das kontrabiktorische Endurtheil kein Raum für einen in derselben Instanz anzubringenden Rechtsbehelf mehr ist, wo das Gesetz einen solchen nicht (wie §§ 431 bis 433) ausdrücklich zuläßt; § 289. Eine Zurückverweisung in die Vorinstanz zur Verhandlung und Entscheidung über den zweiten Einspruch wäre unzulässig. Ein wesentlicher Mangel des Verfahrens (§ 501) ist darin, daß ein unzulässiger Einspruch für zulässig erachtet worden ist, nicht zu finden, sondern ein error in iudicando. Auch nach einer Zurückverweisung müßte der zweite Einspruch wirkungslos bleiben, weil er zu einer Zeit eingelegt ist, wo in der Instanz nichts mehr zu verhandeln war.

### § 307.

Ist der Einspruch zulässig, so wird der Prozeß in die Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Versäumnis befand.<sup>1)</sup>

E. 297. N. 443. 445. P. 546.

1) Die Prozeßlage vor Eintritt der Versäumnis ist die Lage vor dem Antrage auf Versäumnisurtheil unter Beseitigung dieses Antrags und seiner Folgen. War der früher versäumte Termin zur Leistung eines Eides bestimmt, so dient der Termin, zu welchem jetzt geladen wird, wieder zur Leistung des Eides; vgl. § 430; R. O. 7. März 1894, ZW. 140. Durch die Restitution, welche der zulässige Einspruch bewirkt, treten alle durch das Versäumnisurtheil (als Endurtheil über die Hauptsache) in Wegfall gekommenen früheren Zwischenurtheile — einschließlich der in § 248 Abs. 2 und § 276 bezeichneten — wieder in ihre frühere Kraft, Rot. 235; ebenso frühere Beweisbeschlüsse; nicht minder früher abgegebene Anerkenntnisse, Verzichte, und sonst eingetretene Präklusionen. Der Beklagte kann auch prozeßhindernde Einreden vorschützen und auf Grund derselben die Verhandlung zur Hauptsache verweigern, Anm. 4 § 305, falls er nicht schon durch eine frühere Verhandlung zur Hauptsache damit präkludirt ist; vgl. Anm. 3 § 295. Der Eintritt der Rechtskraft des Versäumnisurtheils bleibt gehemmt, § 645. Ueber den Einfluß auf die Vollstreckbarkeit der vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurtheile vgl. §§ 657, 647, Anm. 3 § 640. Ueber Konkurrenz des Einspruchs und der Berufung vgl. § 486.

Der Einspruch ist nicht eine „Anfechtung“ der Erlassung des Versäumnisurtheils (gegen Eroll a. a. D. 187) im Sinne der §§ 10, 41 Nr. 6, 94; sondern eine Willenserklärung, welcher unter den Voraussetzungen ihrer Zulässigkeit die gesetzliche Wirkung beigelegt ist, daß das Urtheil bis zur nochmaligen Entscheidung (mit Ausnahme der vorläufigen Vollstreckbarkeit) für die fernere Verhandlung als nicht vorhanden anzusehen ist.

Die Wirkung des § 307 erfolgt (mit der Einschränkung hinsichtlich der Kostenentscheidung nach § 309; R. O. 18. Mai 1887, ZW. 311) nur unter der Voraussetzung, daß „der Einspruch zulässig“, d. h. vom erkennenden Gerichte als zulässig anerkannt wird, was auch der Beurtheilung der höheren Instanz durch Rechtsmittel unterworfen werden kann. Es genügt

die Anerkennung der Zulässigkeit in den Gründen des neuen, in der § 308 bezeichneten Form zu erlassenden Urtheils. Ergeht darüber eine besondere Entscheidung durch Zwischsurtheil (Anm. 3 § 306), so ist in demselben eine Aufhebung des Versäumnisurtheils noch nicht auszusprechen, weil diese nach § 308 voraussetzt, daß außer der Zulässigkeit des Einspruchs auch sachlich eine andere Entscheidung getroffen werden soll.

### § 308.

Insoweit die Entscheidung, welche auf Grund der neuen Verhandlung zu erlassen ist, mit der in dem Versäumnisurtheil enthaltenen Entscheidung übereinstimmt, ist auszusprechen, daß diese Entscheidung aufrecht zu erhalten sei. Insoweit diese Voraussetzung nicht zutrifft, wird das Versäumnisurtheil in dem neuen Urtheil aufgehoben.<sup>1)</sup>

P. 298. N. 446. P. 115. 549.

1) Im § 308 ist die Form des demnächstigen Urtheils bestimmt. Für diese sind indeß die Zulässigkeit des Einspruchs, § 307, und das Erscheinen und Verhandeln des Einsprechenden, vgl. § 310, vorausgesetzt. Falls der Einspruch nach § 306 oder § 310 unzulässig ist, so ist nicht auf Aufrechterhaltung der früheren Entscheidung, sondern auf „Berwerfung des Einspruchs“, mit dem Zusatz „als unzulässig“, zu erkennen, §§ 306, 210.

Die Aufrechterhaltung oder Aufhebung der früheren Entscheidung kann selbstverständlich auch in Höhe eines Theils des streitigen Anspruchs, auch durch Theilurtheil, erfolgen. Vgl. die unten citirte Entscheidung des OLG. Rostock. In jedem Falle empfiehlt es sich, soweit eine verurtheilende Entscheidung aufrecht erhalten wird, dieselbe in den Tenor des Urtheils aufzunehmen. Die Zwangsvollstreckung kann immer nur aus dem aufrecht erhaltenen späteren Urtheile erfolgen; RG. 13. Juli 1892, JW. 370. Wird in einem befristenden Urtheile die Tragweite einer Verurtheilung (Betrag x.) nicht in sich erkennbar ausgedrückt, so sind zu einer Zwangsvollstreckung beide Urtheile mit Vollstreckungsklausel für das letzte Urtheil oder eine besondere den zuerkannten Anspruch kenntlich machende Vollstreckungsklausel erforderlich. Ist auf einen Eid zu erkennen (durch bebingtes Urtheil), so ist von der Leistung oder Nichtleistung des Eides die Aufhebung bzw. die Aufrechterhaltung der früheren Entscheidung abhängig zu machen; Gaupp u. Seuffert. (Ander, wenn in der Berufungsinstanz ein kontrabiktorisches Urtheil der Vorinstanz durch ein bebingtes Urtheil abgeändert wird, Anm. 1 § 498.) Wird gegen ein im Urkundenprozeße gegen den Beklagten erlassenes Versäumnisurtheil Einspruch erhoben, die demnächst erhobenen Einwendungen aber nicht mit den im Urkundenprozeße zulässigen Beweismitteln unterstützt, § 561, oder vom Beklagten überhaupt nur im Termin zur mB. gegen den Klageanspruch ein allgemeiner Widerspruch erhoben, so ist das Versäumnisurtheil nicht aufzuheben, sondern unter Aufrechterhaltung der Entscheidung desselben dem Beklagten gemäß § 562 die Ausführung seiner Rechte vorzubehalten; OLG. Rostock, SA. 43, 244.

### § 309.

Ist das Versäumnisurtheil in gesetzlicher Weise ergangen, so sind die durch die Versäumnis veranlaßten Kosten, soweit sie nicht durch einen unbegründeten Widerspruch des Gegners entstanden sind, der säumigen Partei auch dann aufzuerlegen, wenn in Folge des Einspruchs eine abändernde Entscheidung erlassen wird.<sup>1)</sup>

R. 299. N. 447. P. 115. 548.

1) Im ORO. §§ 26 Nr. 6, 28, 32, 46, 86 ff., 89 und AnmOStD. §§ 20, 27 ist hinsichtlich der Kosten kein Unterschieb gemacht, ob das Versäumnisurtheil in gesetzlicher Weise ergangen ist oder nicht; die Kosten sind lediglich für die erfolgten Akte und für die Entscheidung über den Einspruch absolut bestimmt. Die Sonderbestimmung des § 309 betrifft daher lediglich das Verhältnis der Parteien zu einander hinsichtlich der Kostentragung.

für den Fall, wenn das Versäumnisurtheil „in gesetzlicher Weise ergangen ist“ und eine abändernde Entscheidung erlassen wird. Die Vorschrift (eine Beschränkung der Wirkung des § 307; *R. 18. Mai 1887, ZB. 311*) ist eine Konsequenz des § 90 und ist unbedingt. Der Versäumende hat die Kosten selbst dann zu tragen, wenn sich später ergibt, daß der Antrag auf Versäumnisurtheil sachlich unbegründet, z. B. die Forderung schon bezahlt war; *Württ. Ger. 20, 315; ZB. 1885 S. 239*. Der civilrechtliche Anspruch (aus einem Versprechen oder Dolus des Gegners, Veranlassung zum Nichterscheinen) wird hierdurch jedoch nicht berührt. Soweit nicht geändert wird, bleibt § 87 maßgebend. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß die durch Versäumnis veranlaßten Kosten in diesem Falle nicht der säumigen Partei aufzuerlegen seien, vgl. § 90; die abw. Annahme von *H. Meyer 7, 311* beruht auf einem Mißverständniß. Bei einer Zurücknahme der Klage nach Erhebung des Einspruchs von Seiten des Beklagten kommt § 309 allerdings nicht zur Anwendung, weil die unbedingte Vorschrift des § 243 Abs. 3 entgegensteht, durch welchen die ganzen Vorgänge des Verfahrens beseitigt werden (vgl. *Busch 8, 281* mit anderer, nicht zutreffender Begründung; *AR. Gaupp Anm. II u. R. 18. Juni 1887, ZB. 312*). — In gesetzlicher Weise ist das Versäumnisurtheil nicht erlassen, wenn die Erlassung eines solchen nach §§ 295 ff., 299, 312 überhaupt nicht zulässig war (ohne Antrag, ohne Terminversäumung, gegen § 299, oder gegen § 312 erlassen ist), oder der Antrag nach § 300 hätte zurückgewiesen werden müssen. Die Vorschrift enthält eine Appellation an die nochmalige Erwägung desselben Richters. Ob das Gericht von der Befugniß des § 302 hätte Gebrauch machen können, ist unerheblich und begründet keine „ungesetzliche Weise“.

Wenn gesetzlich das Versäumnisurtheil nicht hätte erlassen werden sollen, bleibt für die durch die Versäumnis entstandenen Kosten der allgemeine Grundsatz des § 87 dergestalt maßgebend, daß die in der Hauptsache unterliegende Partei sie tragen muß, auch wenn sie die Ungegesetzlichkeit nicht verschuldet hat. Wenn „der Fall der Versäumung nicht vorgelegen hat“ und wenn zugleich gegen das Versäumnisurtheil „der Einspruch an sich nicht statthaft ist“, kann Berufung erfolgen, § 474 Abs. 2 und kommen dann die Bestimmungen über den Kostenpunkt für die Berufungsinstanz (§ 92) zur Anwendung.

### § 310.

Einer Partei, die den Einspruch eingelegt hat,<sup>1)</sup> aber in der zur mündlichen Verhandlung bestimmten Sitzung oder in derjenigen Sitzung, auf welche die Verhandlung vertagt ist, nicht erscheint oder nicht zur Hauptsache verhandelt,<sup>2)</sup> steht gegen das Versäumnisurtheil, durch welches der Einspruch verworfen wird,<sup>3)</sup> ein weiterer Einspruch nicht zu.<sup>4)</sup>

E. 300. N. 448. P. 115. 548.

1) Erscheint oder verhandelt nur der Gegner des Einsprechenden nicht, so hat das Gericht nach § 306 zu prüfen und unter Berücksichtigung dieser Prüfung nach §§ 295, 296 ff. zu entscheiden.

2) Erscheint oder verhandelt der Einsprechende unter den Voraussetzungen des § 310 nicht, so treten die Folgen des Nachsazes ein. Die Voraussetzungen sind:

a) das Nichterscheinen oder Nichtverhandeln „zur Hauptsache“, d. h. hier, wie § 305 Nr. 3 im Gegensatz zu einer nur über den Einspruch erfolgenden Verhandlung, Anm. 3 § 305;

b) und zwar in dem auf den Einspruch angelegten oder von diesem aus „vertagten“ Termine. Demnach findet § 310 nicht für einen Termin Anwendung, welcher für Fortsetzung der Verhandlung von Amtswegen oder auf Antrag anberaumt ist. Vgl. Anm. 1 § 206, Anm. 2 § 300. Wenn der Säumige im Termine nach dem Einspruche zur Hauptsache verhandelt, dann aber einen späteren Termin zur mB. versäumt, so hat er gegen das dann zu erlassende zweite Versäumnisurtheil derselben Instanz wieder den Einspruch, ebenso unter gleichen Voraussetzungen gegen ein drittes oder viertes, *Not. 235. AR. Puchelt 2, 136*. Ein Korrektiv gegen den Mißbrauch wiederholter Versäumungen ist

darin gegeben, daß jedes zweite und fernere Versäumnisurtheil derselben Instanz nach § 648 Nr. 3 auch ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären ist.

3) Durch diese Bezeichnung des Urtheils, welches unter den Voraussetzungen des § 310 zu erlassen ist, ist zugleich ausgedrückt, daß dies „Versäumnisurtheil“ (also nach §§ 295, 296, 279 nur auf Antrag zu erlassen) dahin zu formuliren ist, daß der „Einspruch verworfen“ wird, nicht, wie im § 308, das frühere Urtheil aufrecht zu erhalten ist. Die Zulässigkeit des Einspruchs nach § 306 zu prüfen, ist bei Versäumnis des Einsprechenden nach § 310 (gegen Seuffert Anm. 1) nicht erforderlich; es müßte sich denn herausstellen, daß der Fall des § 310 (Erlaß des zweiten Versäumnisurtheils) nicht vorliegt; liegt derselbe vor, so ist eben nach § 310 in Folge der Versäumnis des Einsprechenden der Einspruch unzulässig und zu „verwerfen“, mithin mit gleichem Resultat, wie bei Verwerfung nach § 306. Auf den Wortausdruck, mit welchem der Antrag auf Verwerfung des Einspruchs gestellt wird, kommt es hier, wie überall, nicht an, wenn nur Sinn und Absicht zu erkennen sind, R. 24. Jan. 1894, JW. 140.

4) Ein weiterer Einspruch ist auch nicht aus dem Grunde zuzulassen, daß die Voraussetzungen des § 310 für den Erlaß des Versäumnisurtheils nicht vorgelegen haben; O. G. Hamburg, SA. 45, 477. Dagegen unterliegt das Urtheil nach § 474 Abs. 2 der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumnis nicht vorgelegen habe.

### § 311.

In Betreff des Verzichts auf den Einspruch und der Zurücknahme desselben finden die Vorschriften über den Verzicht auf die Berufung und über die Zurücknahme derselben entsprechende Anwendung.<sup>1)</sup>

R. 301. N. 449. P. 115. 548.

1) Vgl. §§ 475, 476 u. Anm. dazu. Ueber den Verzicht auf die Berufung ist im § 475 nur für die Wirksamkeit eines nach Erlassung des ersten Urtheils erklärten Verzichts Bestimmung getroffen. Als prozessualischer Akt ist ein Verzicht auf den Einspruch erst nach dem Prozeßbeginne, also nach Erhebung der Klage, sei es vor oder nach Erlaß des Versäumnisurtheils, denkbar. Im letzteren Falle bedarf es keiner Acceptation des Gegners § 475, wohl aber im ersteren Falle (arg. e contr. aus § 475). Einem solchen prozessualischen, vom Gegner acceptirten Verzicht auf den Einspruch gegen ein demnachst zu erlassendes Versäumnisurtheil die Gültigkeit abzuspochen, liegt kein sachlicher Grund vor. RR. Caupp und Seuffert, welcher Letztere die civilrechtliche Ungültigkeit eines solchen Vertrages behauptet, jedoch mit Unrecht. Der Fall ist nicht selten praktisch, daß die Parteien vor dem Termin zur m. B. dahin übereinkommen, daß Beklagter sich verpflichtet, keine Einwendungen gegen die Klage zu erheben, vielmehr Versäumnisurtheil ergehen zu lassen und dagegen keinen Einspruch einzulegen, wogegen der Kläger verspricht, bei der Zwangsvollstreckung mit Schonung zu verfahren, oder dieselbe nicht sogleich vorzunehmen u. dergl. Ein solcher Vertrag ist unbedenklich gültig und verleiht insbesondere nicht gegen das öffentliche Interesse oder gegen eine res merae facultatis, da die Parteien innerhalb eines bereits schwebenden Prozesses auf jedes nicht das öffentliche Interesse berührende Vertheiligungsmittel verzichten können. Dagegen muß einem vor dem Prozeßbeginne geschlossenen Vertrage, durch welchen eine Partei im Voraus auf den Einspruch verzichtet, die Gültigkeit abgesprochen werden, weil keine Partei außerhalb des Prozesses sich ihrer wesentlichen prozessualischen Vertheiligungsrechte und Schutzmittel, welche ihr kraft absoluten Rechtes gewährt werden, begeben kann; vgl. Anm. 6 § 261; Rohler, R. 31, 288. Anders liegt dies für den Verzicht auf die Berufung d. h. für die vertragmäßige (compromißähnliche) Beschränkung der Prozeßführung auf eine Instanz, vgl. § 475. Durch einen gültigen Verzicht auf den Einspruch wird dieser Rechtsbehelf unzulässig — andernfalls würde dem Verzicht jede Wirksamkeit fehlen — und das vor dem Verzicht erlassene Versäumnisurtheil rechtskräftig, § 645, woraus folgt, daß ein trotz Verzichts eingelegter Einspruch als unzulässig zu verwerfen ist, und daß eine Zurücknahme des Verzichts selbst

mit Bewilligung des Gegners nicht rechtswirksam ist, da die Thatsache der Rechtskraft eines Urtheils durch ein Abkommen der Parteien nicht wieder beseitigt werden kann. (M. Kroll a. a. O. 208.) Freilich vermag das Gericht den Verzicht nur dann zu berücksichtigen, wenn derselbe auf prozeßordnungsmäßigem Wege zu seiner Kenntniß gelangt, und das ist bei den vorstehenden Bemerkungen vorausgesetzt; allein grundsätzlich wird an denselben dadurch nichts geändert. Die Möglichkeit, durch Verschweigen materieller oder prozeßualischer Vorgänge unrichtige Resultate herbeizuführen, ist eine nothwendige Folge der Verhandlungsmaxime.

Sichtlich eines theilweisen Verzichts vgl. Anm. § 303. In der Zurückziehung eines zu früh eingelegten — also wirkungslosen — Einspruchs liegt noch kein Verzicht auf diesen Rechtsbehelf, zumal wenn bei der Zurücknahme der Vorbehalt erneuter rechtzeitiger Einlegung des Einspruchs gemacht ist (vgl. R. O. D. 420 mit freilich zum Theil unzutreffender Begründung, welche Verzicht und Zurücknahme identifizirt, der irrthümlichen Ansicht zu Liebe, daß die Einlegung des Einspruchs auch vor Zustellung des Versäumnisurtheils zulässig sei).

### § 312.

Die Vorschriften dieses Titels finden auf das Verfahren, welches eine Widerklage<sup>1)</sup> oder die Bestimmung des Betrags eines dem Grunde nach bereits festgestellten Anspruchs<sup>2)</sup> zum Gegenstande hat, entsprechende Anwendung.

War ein Termin lediglich zur Verhandlung über einen Zwischenstreit bestimmt,<sup>3)</sup> so beschränkt sich das Versäumnisverfahren und das Versäumnisurtheil auf die Erledigung dieses Zwischenstreits.<sup>4)</sup> Die Vorschriften dieses Titels finden entsprechende Anwendung.<sup>5)</sup>

E. 302. H. 454. P. 115. 548.

1) Die Verhandlung über den Rechtsstreit umfaßt im Falle der Erhebung einer Widerklage auch diese. Die §§ 295—311 sind daher auch für die Widerklage entsprechend anwendbar erklärt. Sie sind indeß erst für die Verhandlung nach Erhebung der Widerklage in der m. B. gemäß § 254 anwendbar. Bis dahin kann das Verfahren eine Widerklage noch gar nicht zum Gegenstand haben. Ueber die sich hieraus für den Fall des Versäumens des Widerklägers oder des Widerbeklagten ergebenden Konsequenzen vgl. Anm. 5 § 295; Anm. 4 § 296; Anm. 5 § 300. Vorausgesetzt ist hier, wie überall bei dem Versäumnisurtheil, Totalversäumnis der Partei. Der Widerbeklagte, welche nur über die Klage verhandelt, macht sich keiner Totalversäumnis schuldig, so lange Klage und Widerklage in einem ungetrennten Verfahren verhandelt werden (vgl. § 136); die Nichterklärung auf die Widerklage fällt in diesem Falle unter § 129 (S. Meyer, Busch D. 341, gegen Pfizer). Ebenso kann, wenn der Beklagte zur Klage verhandelt, auch den Antrag der Widerklage verlesen, ohne jedoch über dieselbe zu verhandeln, der Kläger Zurückweisung der Widerklage nicht durch Versäumnisurtheil, sondern nur durch kontrabiktorisches Urtheil (Rangels Begründung) herbeizuführen; sollte jedoch der Beklagte den Antrag einer schon in einem früheren Termine erhobenen Widerklage in einem späteren Termine vor einem andern besetzten Gerichte nicht von Neuem verlesen, so kann dieser auch nicht Gegenstand der Verhandlung werden, dagegen steht es dem Kläger frei, nach der Entscheidung über die Klage, den Widerkläger von Neuem zur Verhandlung über die noch anhängige Widerklage zu haben und auf diesem Wege beim Nichterscheinen oder Nichtverhandeln des Widerklägers ein Versäumnisurtheil gegen denselben zu erwirken. Dieser Weg empfiehlt sich auch in denjenigen Fällen, wo ein Theil der Klageanträge ohne ausdrückliche Zurücknahme derselben nicht wieder verlesen wird. Darüber, daß es nicht nothwendig ist, die Anträge vor denselben Richtern in späteren Terminen nochmals zu verlesen, vgl. Anm. 1 § 128; R. O. 13. Juli 1893, S. W. 425.

2) Das in Abs. 1 ferner erwähnte Urtheil über den Betrag eines Anspruchs nach bereits erfolgter Feststellung der Grundes ist ebenfalls ein Endurtheil, § 276. Bis zu demselben bildet ungeachtet des über den Grund vorangegangenen Urtheils immer noch

die ganze Sache den Gegenstand der Verhandlung, *Not. 236.* Ein über den Betrag ergehendes Versäumnisurtheil beseitigt daher auch (vorbehaltlich des Einspruchs, und wenn es rechtskräftig wird, definitiv) das Urtheil über den Grund; *Ann. 2, 3 § 276.*

Auch der hier nicht besonders erwähnte Fall des § 563 *Abf. 4* (Entscheidung über die im Urkunden- oder Wechselprozeße vorbehaltenen Einreden) betrifft ein wahres Endurtheil. Auf das Versäumnisverfahren in Betreff desselben finden daher die §§ 295 ff. gleiche Anwendung mit der gleichen Wirkung für die Beendigung des ganzen Rechtsstreits. Das Gleiche gilt für den Fall des § 503.

3) *Abf. 2.* Im Gegensatz zu der Zulässigkeit des Versäumnisurtheils als des auf totaler Versäumnis beruhenden und den ganzen Rechtsstreit betreffenden Endurtheils hat die *CP.* ein Versäumnis-Zwischenurtheil als Regel nicht zugelassen, um eine verwirrende Vermischung partieller und totaler Versäumung zu vermeiden. Versäumnis-zwischenurtheile sind daher nur insoweit zulässig, als die Erlassung derselben ausnahmsweise gestattet ist. Diese Ausnahmen beschränken sich auf §§ 312 *Abf. 2, 430, 217 Abf. 4.*

Auf einen Zwischenstreit sind die §§ 295—311 im *Abf. 2* dann anwendbar erklärt, wenn der Termin nur zur Verhandlung über den Zwischenstreit bestimmt war. (Die Ansicht von *Seuffert Ann. 3b* u. *Caupp Ann. II*, daß dies nur bei einem von Amts wegen bestimmten Termine möglich sei, dürfte mit § 191 nicht im Einklange stehen.) Ueber die Bedeutung des Zwischenstreits vgl. *Ann. 2 § 119* und *Ann. 3 § 275.* Gemeint sind hier, wie in den §§ 275, 428, nur Zwischenstreite unter den Parteien. Dies ergibt sich schon daraus, daß, sofern nicht aus dem Zusammenhange etwas Anderes hervorgeht, unter der Verhandlung nur die unter den Parteien vorausgesetzt ist und die Grundfrage über mB. sich dem § 119 entsprechend nur auf die „Verhandlung der Parteien“ beziehen; *Ann. 2a § 119.* Obnehin liegt kein Grund vor, den Begriff des Zwischenstreits hier anders als für § 275 aufzufassen. Gegen das Zwischenurtheil über den Zwischenstreit mit Dritten ist nur die sofortige Beschwerde zugelassen und dadurch indirekt ein Einspruch ausgeschlossen.

Auch auf sonstige Fälle eines abgefordert verhandelten Prozeßabschnitts unter den Parteien ist *Abf. 2* in Folge seines Ausnahmeharakters nicht anwendbar und ein Bedürfnis dazu (gegen *Busch 4, 323*) nicht vorhanden. Auf die nur fakultative mB., so für §§ 99, 530, 684, 776, ist mit Rücksicht auf deren verschiedenen Zweck (vgl. *Worb. 1* vor § 119) § 312 ebenfalls nicht anwendbar. Vgl. *Wach, Bortr. 119 ff.*; *Hoffmann, Raff. 24, 730 ff., 744 ff.* *AR Struchmann-Roch Ann. 4.*

Aus der Voraussetzung des *Abf. 2* folgt, daß derselbe nicht anwendbar ist, wenn der Termin zur Verhandlung über den Zwischenstreit und zugleich über die sonstige Hauptsache bestimmt war. Alsdann sind die §§ 295 ff. nicht nur entsprechend und unter Beschränkung auf den Zwischenstreit, sondern direkt und voll anwendbar; es erfolgt bei totaler Versäumnis ein Versäumnisurtheil, bei partieller — sowohl wenn nur über den Zwischenstreit, als auch wenn nur über die Hauptsache verhandelt wird — gemäß § 299 kontraktitorisches Urtheil, *Not. 236*; v. *Sarwey 1, 469.* Sofern das Gericht die Erörterung zunächst auf den Zwischenstreit beschränkt hatte, wozu dasselbe jederzeit berechtigt ist, sobald ein Zwischenstreit besteht (gegen *Troll Verf. 142, 215* vgl. *Faull, Zwischenstr. 56* u. *Seuffert Ann. 3b*), kann natürlich eine Versäumung in der Hauptsache nicht eintreten. Vgl. *Ann. 2 § 137*; *Ann. 3 § 251.*

4) Die „Beschränkung“ auf den Zwischenstreit ergibt unter „entsprechender“ Anwendung der §§ 295, 296 die beschränkteren Versäumnisfolgen. Zwischenstreitskläger für die entsprechende Anwendung der §§ 295, 296 ist die Partei, welche ein vom Gegner bestrittenes prozeßuales Recht in Anspruch nimmt; sie ist deshalb für dasselbe beweispflichtig. So die Partei, welche die Edition einer Urkunde verlangt, die Echtheit einer Urkunde behauptet, die Streitaufnahme nach § 217 verlangt, die Nichtvereidigung des Zeugen abweichend von der Regel des § 356 beansprucht (*AR. Faull, Zwischenstr. 51*), die Eidesleistung des Gegners, § 430, verlangt, einen Einwand gemäß § 247 vorbringt u. Die Versäumnisfolgen sind gegen den Zwischenstreitskläger der Wegfall des beanspruchten Rechts



und gegen den Gegner das Geständniß für die den Zwischenstreit betreffenden Thatfachen, abgesehen von der dem Gerichte dabei von Amtswegen obliegenden Thätigkeit. Auch die Bestimmungen über den Einspruch, §§ 303—311, finden auf das Veräumnißzwischenurtheil entsprechende Anwendung. Eine Verhandlung zur Hauptsache, soweit sie von dem Zwischenstreit berührt wird, kann, zur Vermeidung eines den Zwischenstreit unzulässig bestätigenden Urtheils zur Hauptsache, nicht erfolgen, so lange noch ein Einspruch gegen das Veräumnißzwischenurtheil zulässig ist; Seuffert Anm. 2o (vgl. auch Anm. 3 § 430). Berufung oder Revision finden gegen dasselbe nicht statt; doch unterliegt dasselbe nach Einlegung eines Rechtsmittels in der Hauptsache der Beurtheilung des höheren Richters §§ 473, 510; vgl. Anm. 3 § 474, Anm. 4 § 493.

5) Außer den im § 312 erwähnten Fällen sind Veräumnißzwischenurtheile gemäß § 217 Absf. 4 und §§ 430, 439 zulässig. Dieselben sind von denen des § 312 Absf. 2 sowohl hinsichtlich der Voraussetzung der Ansetzung des Termins (lediglich zum Zwecke beschränkter Verhandlung), als auch hinsichtlich ihrer Bedeutung und der damit verbundenen Folgen abweichend. — Ueber den Fall des § 217 vgl. Anm. 8, 9 § 217 u. Anm. 3 § 275. — Die §§ 430, 439 betreffen nicht eine Verhandlungsveräumniß, sondern eine Beweisveräumniß der Eidesleistung. Dies Verfahren wird als Zwischenstreit angesehen und dabei finden die Vorschriften über das Veräumnißurtheil und über den Einspruch dagegen auch dann Anwendung, wenn der Termin nicht lediglich zur Ableistung des Eides angesetzt war und zwar um den Einspruch zuzulassen und um für den Fall des Einspruchs das Erkenntniß über die Folgen der Weigerung zu sparen, Rot. 236, 237, R. 24. Jan. 1894, S. 140. Vgl. im Uebrigen § 430.

#### Vierter Titel.

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

1) Das in diesem Titel geordnete vorbereitende Verfahren bildet ein Korrektiv gegen die strenge Durchführung des Mündlichkeitsprinzips für solche besondere Ausnahmefälle, wo das mündliche Verfahren wegen des Umfangs und der Eigenartigkeit des thatfächlichen Prozeßstoffes nicht durchführbar erscheint. Dasselbe ist nicht obligatorisch, sondern nur fakultativ. Die Anordnung desselben hat zur Folge, daß im Gegenseite zum mündlichen Verfahren nur dasjenige maßgebend wird, was in diesem schriftlichen Verfahren festgestellt ist und daß auch die Eventualmaxime insofern Anwendung findet, als die Beendigung der schriftlichen Vorbereitung den Abschluß für die Möglichkeit der Vorbringung von Thatfachen und Beweismitteln in der Instanz bildet. Die Entscheidung des Gerichts (Beweisbeschluß, Urtheil) in der nunmehrigen m. B. (sowie im Falle der Vertagung, der Erledigung von Anständen, oder von einer Beweisaufnahme auch in den ferneren m. B.) ist an die Protokoll-Feststellung des beauftragten Richters gebunden. — Das Verfahren findet keine Anwendung auf amtsgerichtliche Prozesse, § 469. Hinsichtlich dieser wurde ein Bedürfniß für ein solches Ausnahme-Verfahren nicht anerkannt, Rot. 240. Dagegen ist es für die (landgerichtlichen) Kammern für Handelsachen anwendbar, O. S. § 100. — Nach dem Reichsges. über die Konsulargerichtsbarkeit, 10. Juli 1879, R. S. 197 § 15 finden die §§ 313—319 sowohl vor den Konsulen, welche für sich allein die Stellung der Amtsgerichte haben, als auch vor den Konsulargerichten (Konsul und Beisitzer, entsprechend den Landgerichten als erste Instanz) Anwendung.

2) Die durch das schriftliche Vorverfahren erfolgte Feststellung hat indeß hinsichtlich der Präklusion der Thatfachen und Beweise ihre Wirkung nur für die erste Instanz. In der Berufungsinstanz können nach dem allgemeinen Grundsatz des *beneficium novorum* neue Thatfachen und Beweise vorgebracht und Erklärungen über Thatfachen, Urkunden und Beweise nachgeholt werden, §§ 491, 493. Ebenso Stegemann, Böbker, Ragazin 4, 68; O. S. Karlsruhe, Busch 7, 348; O. S. Hamburg, S. 40, 104; R. S.

20. Nov. 1884, ZB. 1885, S. 26 Ziff. 5. Es kann dann in zweiter Instanz ein neues schriftliches Vorverfahren angeordnet werden, § 485, P. 238. Vgl. RB. u. PStz. 168 S. 6—8; Stz. 169 S. 11. Vgl. auch hinsichtlich der deutschen Schutzgebiete § 2 Def. 17. April 1886 (Fassung 19. März 1888, RStZ. 75).

### § 313.

Stellt sich in Prozessen, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben, eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar heraus,<sup>1)</sup> so kann<sup>2)</sup> das Prozeßgericht ein vorbereitendes Verfahren vor einem beauftragten Richter<sup>3)</sup> anordnen.

R. 308. N. 741 742. 749. P. 115. 549.

1) Der § 313 enthält eine nähere Bestimmung der bereits in § 250 enthaltenen Vorschrift. Voraussetzung ist danach

a) ein Prozeß, welcher die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung (vgl. RSt. 19. April 1886, ZB. 165) oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande hat, d. h. da hier nach der ratio legis die Richtigkeit des juristischen Verhältnisses nicht entscheiden soll, Verhältnisse, deren Feststellung die Erledigung eines beträchtlichen tatsächlichen Prozeßstoffes, die Aufklärung umfangreicher Berechnungen, oder einer umfassenden Verbindung von tatsächlichen Einzelheiten erfordert, f. g. Punktsachen, z. B. Auseinandersetzungen über Rückgewähr oder Uebergabe eines Gutes nebst Zubehör, Feststellung der Theile eines Inbegriffs, Auseinandersetzungen mit Pächtern, Nießbrauchern, Miteigentümern, Miterben, Adodial- bzw. Lehnserben, Socien zc.;

b) ferner, daß sich zugleich eine erhebliche Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder ein Inventar ergibt, Rot. 238.

Daß die streitigen Ansprüche sämtlich auf einem Rechtsgrunde beruhen müssen, wird nicht vorausgesetzt, RSt. 30. März 1889, ZB. 256.

Der Prozeß muß jedenfalls wie jeder andere mit dem Termine zur mB. anfangen, §§ 250, 314; Rot. 239. In der Verhandlung müssen zunächst die etwaigen prozeßhindernden Einreden erledigt werden, §§ 250, 247 Abs. 3, und können sachgemäß allgemeine Fragen: der Legitimationspunkt, Erklärung von Litsdenunzlaten und sonstige Inzidentpunkte geordnet werden. Für die Vorbereitung durch Schriftsätze vor dem Termin gelten die allgemeinen Grundsätze.

2) Das Prozeßgericht kann nach Erledigung der prozeßhindernden Einreden das schriftliche Vorbereitungsverfahren sofort oder später in jeder Lage der Sache bis zum Schlusse der Instanz von Amtswegen oder auf Antrag anordnen. Gegen die Anordnung oder die Verweigerung der Anordnung ist eine Beschwerde nach dem Prinzip des § 530, weil eine mB. zur Anordnung vorausgesetzt ist, nicht zulässig, Rot. 240. Auch eine nur theilweise Ueberweisung des Prozeßstoffes ist zulässig, vgl. §§ 136, 250 und Anm. dazu. Das Gericht kann auch nach der Anordnung von der Durchführung wieder Abstand nehmen, RSt. 28. Febr. 1893, ZB. 198.

3) Das Verfahren kann nur vor einem „beauftragten Richter“ (vgl. Anm. 1 § 314) und weder vor einem ersuchten noch vor dem Prozeßgerichte stattfinden; ebenso ist es unzulässig, selbst mit Genehmigung beider Parteien einen Rechtsanwalt mit der Leitung des vorb. Verfahrens zu beauftragen, da die G.P. einen Konventionalprozeß nicht kennt, das RSt. (5. Jan. 1883, ZB. 76 Nr. 10) hält jedoch diesen Verstoß nach § 267 für verzeihbar. (Dies ist nicht unbedenklich.) Das Verfahren ist nicht öffentlich, GSt. § 170. — Wegen der Kosten f. GRSt. §§ 20 Nr. 2, 28, AnwObD. §§ 16 Abs. 2, 25.

### § 314.

Bei der Verkündung des Beschlusses, durch welchen das vorbereitende Verfahren angeordnet wird, ist durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter zu

bezeichnen und der Termin zur Erledigung des Beschlusses zu bestimmen.<sup>1)</sup> Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird dieser verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.<sup>2)</sup>

E. 304. N. 742. P. 115. 116. 548.

1) Satz 1 entspricht dem § 326 Abs. 1. Die verkündeten Beschlüsse und Termine bedürfen keiner Zustellung oder Ladung, §§ 195, 283. Wegen der Nothwendigkeit der Saubungsfrist f. Anm. § 195. Die Beauftragung eines Mitglieds einer andern Kammer oder eines Handelsrichters der Kammern f. Handelsf. ist im Gesetze nicht ausgeschlossen; sie sind ebenfalls „Mitglieder des Prozeßgerichts“ (vgl. die Zusammenstellung in § 326; Anm. 2 § 320, Rot. 138 § 145; aM. Bl.f.R. in Ehrf. 30, 207, Busch 18, 428) und der Handelsrichter hat in Handelsfachen die im Sinne des Gesetzes genügende juristische Vorbildung. RR. in beiden Beziehungen Kleiner 2, 241.

2) Satz 2 entspricht dem § 326 Abs. 2. Nicht verkündete Beschlüsse müssen den Partein von Amtswegen zugestellt werden, § 294 Abs. 3; also auch die Ernennung eines andern Mitglieds, ebenso die Terminsbestimmung oder Verlegung. Der beauftragte Richter kann sich nach Satz 2 nicht selbst einen Anderen substituieren.

### § 315.

In dem vorbereitenden Verfahren ist zu Protokoll festzustellen:<sup>1)</sup>

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

Das Verfahren richtet sich nach den Vorschriften, welche zur Anwendung kommen würden, wenn der Rechtsstreit vor einem Amtsgerichte anhängig wäre;<sup>3)</sup> dasselbe ist fortzusetzen, bis der Rechtsstreit selbst oder ein Zwischenstreit zur Erlassung eines Urtheils oder eines Beweisbeschlusses reif erscheint.<sup>4)</sup>

E. 305. N. 744. P. 118. 548.

1) Die Feststellung kann auch ganz oder theilweise durch Schriftsätze nach Maßgabe des § 146 Abs. 3 erfolgen. In der RR. erklärte der Regierungskommissar die Ueberreichung von Schriftsätzen zum Protokoll für zulässig, sofern sie den Anforderungen des § 315 entsprechen, P. 116. Hieron hängt jedoch nur die Vollständigkeit der Feststellung ab. Die Zulassung von Schriftsätzen als Protokoll-Anlagen an sich kann nach der positiven Bestimmung des § 146 Abs. 3 nicht bezweifelt werden. Die Bestimmungen über die Form des Protokolls und die Feststellung zu Protokoll sind in den §§ 145, 146 getroffen. Auch Schriftsätze, welche nur einen Theil des festzustellenden Prozeßstoffes umfassen, sind an sich zulässig. Selbstverständlich ist durch Schriftsätze das Protokoll nicht zu ersetzen, und muß vielmehr durch das Protokoll einschließlich der Schriftsatzbeilagen Alles festgestellt sein, was § 315 verlangt. — Das Protokoll ist vorzulesen oder vorzulegen; § 148, Anm. §§ 148, 151. Die im § 319 Abs. 1 bemerkte Aufforderung ist im Protokolle zu konstatiren.

2) Im Abs. 1 ist vorgeschrieben, was zu Protokoll festzustellen ist; im Abs. 2, wie und unter welchen Verfahrensnormen diese Feststellung erfolgen soll. Die Feststellung

umfaßt den gesammten der Entscheidung zu unterbreitenden Streitstoff, abweichend von R. § 744. Die analoge Anwendung der für Amtsgerichts-Prozesse (§§ 456—471) gegebenen Vorschriften in diesem Verfahren (Abs. 2) ist durch Abs. 1 modifizirt. Insbesondere ist § 470 hier nicht anwendbar, so wenig wie §§ 269, 270. Vielmehr ist namentlich hinsichtlich der bestrittenen Punkte mit Rücksicht auf die Präklusion des § 319 das ganze Sachverhältniß nebst allen Anträgen, Beweismitteln, Beweismitteln und Erklärungen darüber festzustellen. Der Abs. 1 bestimmt für solche Rechnungsprozesse den Inhalt des § 146 Nr. 2. Aus dem Protokolle (nebst Anlagen) muß, in sachgemäßer Uebersichtlichkeit, Alles zu ersehen sein, was zu berücksichtigen ist. Ueber den Begriff des „Anspruchs“ s. Anm. 1 § 186; über Angriffs- und Bertheidigungsmittel, Anm. § 137.

Da derselbe Prozeß während des vorbereitenden Verfahrens rechtshängig bleibt, so sind hinsichtlich einer Aenderung der Klage auch die §§ 235 Nr. 3, 240 ff. maßgebend. Auch Widerklagen sind in dem vorbereitenden Verfahren statthaft (vgl. §§ 250, 313, 315 Nr. 1 u. 3, 319) und werden mit der Erhebung in der „amtsgerichtlichen“ Verhandlung rechtshängig, also insofern vom § 254 abweichend bzw. mit demselben übereinstimmend, als sie nicht in der mB. vor dem erennenden Gerichte, aber in dem Termine vor dem beauftragten Richter erhoben anhängig werden. Vgl. Anm. 4; Löning, Buch 4, 129.

3) Das Verfahren ist nach Abs. 2 das der amtsgerichtlichen mB. mit Ausnahme der darauf folgenden Entscheidung und mit den, hinsichtlich des Inhalts aus Abs. 1 und hinsichtlich des Richterscheinens einer Partei aus § 316 sich ergebenden Modifikationen. Soweit letztere nicht ändern, gilt die Verhandlung als mündliche amtsgerichtliche im Sinne des zweiten Abschnitts, §§ 456—471, und der allgemeinen Vorschriften des ersten Buches und des ersten Abschnitts, §§ 230 ff. Gemäß Abs. 2 findet für dies Verfahren ein Anwaltszwang nicht statt; der Schriftsatz ist nicht obligatorisch; die Zustellungen können auch parteiseitig durch Vermittelung des Gerichtsschreibers veranlaßt werden (vgl. §§ 74, 152), und für die Ladungen hat der Gerichtsschreiber zu sorgen, sofern nicht die Partei dies übernimmt, §§ 462, 458. Der beauftragte Richter hat alle Befugnisse, welche dem Amtsgericht nach § 456 zustehen, soweit sie zu den Feststellungen des Abs. 1 Nr. 1, 2, 3 dienen, vgl. Anm. 2, insbesondere das Fragerecht, § 130, das Recht zur Anordnung des persönlichen Erscheinens, § 132, Recht und Pflicht aus § 464. Ausgeschlossen ist durch den Zweck des Abs. 1 und durch den Vorbehalt des „Beweisbeschlusses“ jede Entscheidung und die Beweisaufnahme; R. 5. März 1887, JW. 112. Indes ist dem Richter die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Sachverständigen, soweit dies zum Zwecke des Abs. 1 dienlich ist, was zur anschaulichen Verdeutlichung der Parteibehauptungen unter Umständen der Fall sein kann, nach § 135 gestattet; dies ist nicht eine, einen Beweisbeschluß voraussetzende Beweisaufnahme, § 323; Anm. 4 § 255; Gaupp Anm. II. Zurücknahme der Klage oder Widerklage, Verzicht, Anerkenntnisse, die vor dem beauftragten Richter im vorb. Verf. abgegeben werden, sind unter der Voraussetzung der Feststellung nach § 315 ebenso wirksam, wie wenn sie in der mB. vor dem Prozeßgericht abgegeben wären.

4) Das Verfahren ist bis zur Entscheidungsbreife über den Rechtsstreit selbst oder über einen Beweisbeschluß bzw. einen Zwischenstreit fortzusetzen, vgl. jedoch Anm. 1 § 316. Ob die Sache reif erscheint, hat der Kommissar zunächst selbst zu prüfen; das Gericht kann indes auch gegen dessen Ansicht eine Fortsetzung des Verfahrens anordnen. Mit dem Schlusse des fortgesetzten Verfahrens ist erschöpft, was nach § 319 zu berücksichtigen ist.

### § 316.

Erscheint<sup>1)</sup> eine Partei in einem Termine vor dem beauftragten Richter nicht, so hat dieser das Vorbringen der erschienenen Partei in Gemäßheit der Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen zu Protokoll festzustellen und einen neuen Termin anzuberaumen.<sup>2)</sup> Die nicht erschienene Partei ist zu dem neuen Termine unter Mittheilung einer Abschrift des Protokolls zu laden.<sup>3)</sup>

Erscheint die Partei auch in dem neuen Termine nicht, so gelten die in

dem zugestellten Protokolle enthaltenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners als zugestanden und ist das vorbereitende Verfahren bezüglich derselben nicht weiter fortzusetzen.<sup>4)</sup>

E. 308. N. 744. 747. P. 116. 548.

1) Wenn beide Parteien nicht erscheinen, so ruht das Verfahren, Mot. 241, bis eine Partei dessen Fortsetzung durch Ladung vor dem beauftragten Richter, welcher in diesem Falle den Termin zu bestimmen hat, § 314, veranlaßt. Von Amtswegen einen neuen Termin anzuberaumen, wie Sonnenschmidt, Busch 2, 245 meint, würde dem auch hier nicht ausgeschlossenen Grundsatze der §§ 191, 228 widersprechen. Vgl. Anm. 3 § 315. Im § 316 sind nur Abweichungen für den Fall bestimmt, wenn eine Partei nicht erscheint. Auch wenn in dem neuen Termine des Abs. 2 keine Partei erscheint, wird (gegen Meyer Zust. 38) das Verfahren als ruhend anzusehen sein, da es sachlich nur die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Prozeßgerichte ist, und mit dem Ausbleiben beider Theile der Wille zur Fortsetzung zweifelhaft wird.

2) Erscheint eine Partei nicht, so sind nur die Erklärungen der erschienenen Partei gemäß § 315 festzustellen, und ist vom Richter ein neuer Termin anzuberaumen. Das vollständige Nichtverhandeln steht dem Nichterscheinen auch hier gleich, § 298. Inbeß ist die wichtige, im § 319 Abs. 1 Satz 2 dem beauftragten Richter auferlegte Pflicht, zur Erklärung über die Behauptungen aufzufordern, zu beachten.

3) Nach einmaliger Versäumung des Termins soll der Säumige unter Protokollfeststellung und Mitteilung der thatsächlichen Behauptungen des Erschienenen nochmals geladen werden. Abweichend vom Grundsatze des § 195 ist ausnahmsweise die Ladung des Säumigen auch bei Verkündung des Termins obligatorisch; die §§ 283, 294 Abs. 2 finden also keine Anwendung. Dagegen ist keine Ausnahme vom Grundsatze des § 191 gemacht, daß die Ladung Sache der Parteien ist, und das Gericht nicht von Amtswegen zu laden hat; Anm. 1 § 191 und Anm. 3 § 315. RR. Baron, Busch 1, 401. Auch der Säumige kann laden. Die Ladung kann jedoch nach § 315 Abs. 2 durch Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen, und ist von diesem zu vermitteln, falls die Partei nicht erklärt, selbst laden zu wollen, §§ 462, 458.

4) Wenn der Säumige auch in diesem zweiten Termine nicht erscheint, gelten die mitgetheilten thatsächlichen Behauptungen für die Instanz peremptorisch als zugestanden. Der Säumige kann das Versäumte weder durch Einspruch, noch sonst vor dem beauftragten Richter, noch in der demnächstigen mB. geltend machen, §§ 318, 319. Eine Androhung der Nachtheile ist nicht nöthig, auch nicht ein Antrag, § 209. Das Präjudiz gilt kraft Gesetzes ohne Weiteres als Folge des Nichterscheinens. Es ist nicht ein Versäumnisurtheil deshalb zu erlassen, womit die Möglichkeit eines Einspruchs fortfällt; auch von der nur gegen Versäumung von Nothfristen zulässigen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §§ 211 ff., kann keine Rede sein. Für dieselbe Instanz ist die hierdurch festgestellte formelle Wahrheit unvollberruflich; in der Berufungsinstanz können indeß desfallige Erklärungen nachgeholt werden; Vorb. 2 vor § 313. — Das Präjudiz betrifft, dem § 129 entsprechend, nur das Zugeständniß der thatsächlichen Behauptungen, und bewirkt nicht, daß der Anspruch anerkannt und im Sinne des § 318 Abs. 2 Satz 1 „unstreitig“ ist, vgl. Anm. § 318. RR. Endemann 2, 177. — Bezüglich der vom Abs. 2 betroffenen thatsächlichen Behauptungen des Gegners ist das Verfahren des Präjudizes „nicht weiter fortzusetzen“, also behufs der Entscheidung gemäß §§ 318, 219 abgeschlossen, ohne daß es noch, wie sonst nach § 315 Abs. 2, darauf ankommt, ob die Sache spruchreif „erscheint“, da sie es folgerrecht „bezüglich derselben“ ist. Ein weiteres Präjudiz für die säumige Partei ergibt sich aus § 319 Abs. 2.

Einer nochmaligen formellen Aufstellung des Thatbestandes in dem letzten Terminsprotokolle (Busch 2, 245) bedarf es nicht, weil derselbe schon in dem früheren Protokolle (Abs. 1) enthalten sein muß.

Für jede thatsächliche Behauptung eines oder des andern Theils ist die Prozedur

der Abs. 1 und 2 von Neuem nöthigenfalls zu wiederholen. Indeß bleiben alle bereits abgegebenen früheren Erklärungen bestehen und die Versäumnisfolge betrifft nur diejenigen gegnerischen Behauptungen, worüber nicht schon eine Erklärung abgegeben ist, Rot. 242.

### § 317.

Nach dem Schlusse des vorbereitenden Verfahrens ist der Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.<sup>1)</sup>

R. 307. N. 743. P. 116. 543.

1) Ist nach § 315 Abs. 2 das Verfahren als zur Erlassung eines Urtheils oder Verweisschlusses reif geschlossen, so hat der beauftragte Richter die Akten dem Gerichte vorzulegen. Dasselbe hat von Amtswegen einen (vom Vorsitzenden zu bestimmenden, § 127 Abs. 3) Termin zur Fortsetzung der m.B. anzuberaumen, vgl. Anm. § 206, und den Parteien gemäß § 294 Abs. 3 von Amtswegen mitzutheilen, vgl. § 335 Abs. 2. Ueber die Form des Bekanntmachens vgl. Vorb. 1 vor § 191. Die Zulassung der Verkündung der Termine durch den beauftragten Richter Namens des Gerichts und des Vorsitzenden (Strudmann-Roch Anm. 1; v. Bülow Anm. 1; Endemann 2, 178) würde keine den §§ 294, 283 entsprechende Form sein; für seine Verkündung ist vorausgesetzt, daß der eigene Beschluß nicht der Beschluß Anderer zu verkünden ist. Ebenso Gaupp und Seuffert.

### § 318.

Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien das Ergebnis des vorbereitenden Verfahrens auf Grund des Protokolls vorzutragen.<sup>1)</sup>

Ist eine Partei nicht erschienen, so sind Ansprüche, welche sich in dem vorbereitenden Verfahren als unstreitig ergeben haben, durch Theilurtheil zu erledigen.<sup>2)</sup> Im übrigen ist auf Antrag ein Versäumnisurtheil zu erlassen.<sup>3)</sup>

R. 308. N. 745. 746. 749. P. 116. 117. 543.

1) Bleiben beide Theile aus, so ruht das Verfahren, § 228. Erscheinen beide, oder erscheint auch nur eine Partei, so haben sie entsprechend dem § 258 Abs. 2, indeß nur auf Grund der Protokolle des vorbereitenden Verfahrens, vorzutragen; der Vortrag erfolgt unter Kontrolle des Vorsitzenden, § 127 Abs. 3. Derselbe hat dafür zu sorgen, daß ein unvollständiger Vortrag vervollständigt, ein inkorrekt berichtigt werde. Wer von den Parteien vorträgt, bleibt ihnen überlassen. Die Entscheidung des Gerichts erfolgt auch hier auf Grund des mündlichen Vortrags, nicht auf Grund der Akten; vgl. Anm. 2. Entsteht ein Streit über die Feststellungen vor dem beauftragten Richter, so ist behufs Entscheidung desselben das betreffende Protokoll zu verlesen, vgl. Anm. 1 § 319. — Der beauftragte Richter ist von der Mitwirkung bei der Entscheidung nicht ausgeschlossen, § 41 Nr. 6.

2) Die Vorschrift, daß für die unstreitigen Ansprüche dann, wenn eine Partei nicht erscheint, ein Theilurtheil zu erlassen sei, ist eine unbedingte und enthält eine Abweichung vom § 273. In diesem Falle findet § 273 Abs. 2 keine Anwendung. Vgl. Anm. 4 § 273. Das Theilurtheil erfordert keinen darauf gerichteten besonderen Antrag und muß auch ohne solchen von Amtswegen erlassen werden, soweit es nach Abs. 2 geboten ist. Selbstverständlich ist jedoch, da es sich jetzt um eine m.B. handelt, und sonach nur das mündliche Vorbringen zu berücksichtigen, Vorb. 3 vor § 119, auch nicht über den Antrag hinaus zu erkennen ist, § 279, ein sachlicher Gesamtantrag auf Verurtheilung bzw. Abweisung zu stellen und zu verlesen, § 269. — Das Theilurtheil ist, wie der Zweid der Erledigung unstreitiger Ansprüche und der Gegensatz zum Versäumnisurtheile des zweiten Satzes ergiebt, ein Kontradiktorisches, also durch Berufung und Revision anfechtbar.

Das Theilurtheil des Abs. 2, falls nur eine Partei erscheint, hat zur Voraussetzung, daß sich Ansprüche als unstreitig ergeben haben, also vom Gegner anerkannt sind, § 273, und hat nur diese zu umfassen bzw. bei beiderseitigen Ansprüchen entsprechend zu entscheiden. Soweit dagegen nur nach § 316 Abs. 2 Thatfachen als zugestanden

gelten, sind diese, selbst wenn daraus die Begründung eines Anspruchs folgt, nicht in das Theilurtheil der als unbestritten (§ 315 Nr. 2, 3) festgestellten Ansprüche aufzunehmen; sie gehören zur Entscheidung über das „im übrigen“ zu erlassende Versäumnisurtheil; Strudmann-Roch Anm. 2; Petersen Anm. 3; Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 2. AR. Puchelt 2, 148; Kleiner 2, 248; Ebnemann 2, 177. Die Ansicht, daß dann hinsichtlich dieser Thatsachen nur die Restitution gemäß § 319 zulässig wäre, wird durch § 307, vgl. Anm. 3, widerlegt. — Die Voraussetzungen der Zulässigkeit eines Theilurtheils über „Ansprüche“ (vgl. §§ 273, 274) sollten an sich durch § 318 nicht geändert, sondern ein zulässiges Theilurtheil sollte nur hier, abweichend vom ordentlichen Verfahren, obligatorisch und dem Versäumnisurtheil entzogen sein und deshalb wurde der Vorschrift des C. von 1871 § 291: „ist eine Partei nicht erschienen, so wird, insoweit nicht unbestrittene Ansprüche durch Theilurtheil erledigt werden können, auf Antrag ein Versäumnisurtheil erlassen“, von der Vorl. (Antrag Fall) der Abf. 2 des § 318 substituirt. Hinsichtlich der nur zur Kompensation entgegengesetzten Einreden ist deshalb für die Zulässigkeit eines Theilurtheils der § 274 (f. Anm. 1 dazu) zu berücksichtigen; andererseits aber auch, daß ein Anspruch, welchem Kompensation entgegengesetzt wird, nicht ein unstreitiger ist.

Falls beide Theile erscheinen und verhandeln, ist Abf. 2 nicht anwendbar; die Befugniß zur Erlassung eines Theilurtheils ist dann nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 273, 274 zu beurtheilen. Zu beachten ist dabei der Zusammenhang der streitigen und unstreitigen Punkte.

3) Für das Versäumnisurtheil treten die Folgen der §§ 295, 296 Abf. 2 ein. Der nicht erschienene Kläger bzw. Widerkläger ist abzuweisen; der nicht erschienene Beklagte hinsichtlich aller als zugestanden anzusehenden Klagehatsachen, soweit sie den Klageantrag rechtfertigen, zu verurtheilen. Das Versäumnisurtheil hat alle nicht durch das Theilurtheil zu erledigenden, also alle nicht „unstreitigen“, Ansprüche in Folge der diese (und nur diese) betreffenden Totalversäumnis der mB. ohne Rücksicht auf § 316, und auf die daraus gegen den Erschienenen resultirenden Folgerungen zu umfassen. „Im übrigen“ in Verbindung mit Abf. 1 f. Anm. 2. Soweit nach § 319 Abf. 2 die Vorbringung neuer Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel noch zulässig ist, ist dieselbe nach vorgängiger Mittheilung gemäß § 300 Nr. 3 für das Versäumnisverfahren zu Gunsten des erschienenen Klägers nicht ausgeschlossen; die nach § 319 Abf. 2 statthafte Ergänzung des früheren unvollständigen Verhandels kann in jeder mB., also auch der einseitigen oder allein erscheinenden Partei von ihr geltend gemacht werden. Dagegen ist diese Ergänzung beim Nichtvorhandensein der Voraussetzungen des § 319 Abf. 2 nicht zuzulassen; der § 319 Abf. 2 gilt auch für § 318, wie schon die Stellung desselben beweist.

Gegen das Versäumnisurtheil ist der Einspruch zulässig. Derselbe hat aber nur zur Folge, daß die im Vorbereitungsverfahren bestrittenen Thatsachen nicht als zugestanden gelten, bzw. die Klage nicht als durch Verzicht beseitigt, abgewiesen wird, sondern nöthigenfalls Beweisaufnahme und kontradiktorisches Urtheil erfolgt, während neue Thatsachen oder Beweismittel auch nach erhobenem Einspruche nur nach Maßgabe des § 319 Abf. 2 beigebracht werden, und auch die Präjudize des § 316 gegen beide Theile wieder in Wirksamkeit treten, Rot. 242.

### § 319.

Eine vor dem beauftragten Richter unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachen, Urkunden oder Eideszuschreibungen kann in der mündlichen Verhandlung nicht mehr nachgeholt werden. Erklärungen einer vor dem beauftragten Richter erschienenen Partei sind nur insoweit als unterblieben anzusehen, als die Partei von dem Richter zur Abgabe einer Erklärung aufgefordert worden ist.<sup>1)</sup>

Ansprüche, Angriffs- und Vertheidigungsmittel, Beweismittel und Beweiseinreden, welche zum Protokolle des beauftragten Richters nicht festgestellt sind,

können in der mündlichen Verhandlung nur geltend gemacht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß dieselben erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden seien.<sup>2)</sup>

E. 309. N. 745. 746. P. 116—118. 543.

1) Die im Abs. 1 bestimmte Präklusion macht für die Instanz das Protokoll zur abschließenden Grundlage der Parteanführungen; mit alleiniger Ausnahme der etwaigen Anwendung des Abs. 2. Dem Charakter des Verfahrens gemäß bildet hier auch das Protokoll im Streitfalle die alleinige Erkenntnisquelle dafür, welche Erklärungen abgegeben oder unterblieben sind, und ob die hier vorgeschriebene richterliche Aufforderung erfolgt ist oder nicht. Vgl. Anm. 1 § 318. Den Endtermin für die hier eintretende Eventualmaxime bildet der Schluß der gesammten kommissarischen Verhandlung, § 315 Abs. 2, abgesehen von dem für einzelne thatsächliche Behauptungen (wenn nicht für alle) nach § 316 Abs. 2 schon früher eintretenden Schlusse. Eine Abweichung mit Genehmigung des Gegners wird nach dem, dem § 267 zu Grunde liegenden Principe zugelassen sein Strudmann-Roch Anm. 2; Endemann 2, 178, 181. RR. v. Sarwey I, 480; Gaupp Anm. I, Seuffert Anm. 3. Letzterer sieht alle Versäumnißfolgen als nicht heilbar an, was offenbar zu weit geht; und Gaupp wendet ein, daß die prozessrechtliche Gestaltung des Verfahrens den Parteien entzogen sei. Aber diese Gestaltung wird durch Zulassung einer an sich verspäteten Erklärung seitens des Gegners nicht berührt, ebensowenig ein sonstiges öffentliches Interesse. Auch bei der strengsten Durchführung der Eventualmaxime im Preuß. Prozeß wurden dort mit Genehmigung des Gegners verspätete Erklärungen jederzeit innerhalb der Instanz zugelassen. Wenn gegen die verspätete Eröffnung neuer Instanzen oder Wiedereröffnung eines geschlossenen Verfahrens durch Parteivereinbarung das öffentliche Interesse spricht, vgl. Anm. § 267, so trifft dies nicht auch für die Fortsetzung eines noch nicht geschlossenen Verfahrens zu, bei welcher nur das materielle Recht gewinnen kann. Vorbehalten bleibt immer die Nachholung in der Berufungsinstanz; Vorb. 2 vor § 313; R. 20. Nov. 1884, ZW. 1885 S. 26.

Abs. 1 betrifft die Erklärungen über das generische Vorbringen. Hinsichtlich ihrer Folgen bleiben §§ 129, 404, 417 maßgebend. Sie treten indeß gemäß Satz 2 nur unter der Voraussetzung der vorgängigen richterlichen Aufforderung ein. Hat eine Aufforderung nicht stattgefunden, so kann eine Zurückverweisung der Sache an den beauftragten Richter erfolgen; eine solche ist indeß nicht unbedingt nötig, §§ 250, 315; die Präklusion des Abs. 1 findet dann nicht statt und insoweit ist das Protokoll durch die mB. zu ergänzen. — Der Präklusion des Abs. 1 unterliegen nicht Anträge auf sachgemäße Fassung eines bereits angenommenen zugeschobenen Eides, R. 8. Nov. 1892, ZW. 1893 S. 16.

2) Abs. 2 bestimmt für das positive Partei-Vorbringen die Präklusion im Gegensatz zu den §§ 251, 256. Die Angriffs- und Verteidigungsmittel sind hier im weitesten Umfange zu verstehen, soweit sie Behauptungen (und nicht ein Bestreiten s. Abs. 1) betreffen, vgl. Anm. 1 § 137; R. 9. Juni 1884, ZW. 212 Siff. 10. Widerlagen, Anm. 2 § 315, werden als Erhebung von Ansprüchen von der Präklusion betroffen; Anschlußberufungen in Bezug auf die damit geltend gemachten neuen Ansprüche (§ 491) und Angriffsmittel. Für die glaubhaft zu machenden Zulassungsgründe vgl. Anm. 6 § 247.

## Fünfter Titel.

### Allgemeine Bestimmungen über die Beweisaufnahme.

Aus dem Charakter des Beweischlusses als eines für das Gericht nicht bindenden abänderlichen Bescheides, welcher auch für die Parteien neue Erklärungen und Beweisantretungen nicht abschneidet (vgl. Vorb. 3 vor § 230 und Anm. §§ 255, 159), folgt zunächst, daß das Gericht selbst die vollständige Ausführung des Beschlusses herbeizuführen nicht verpflichtet ist, sondern jederzeit von Amtswegen davon absehen kann, wenn etwa Thatsachen, welche zur Endentscheidung genügen, schon vollständig durch einen Theil der Be-



weisaufnahme bewiesen oder widerlegt sind. Ebenso kann jede Partei, wenn sie den angeführten Beweis schon nach theilweiser Ausführung des Beschlusses für genügend hält, die Aussetzung der von ihr oder von dem Gegner veranlaßten ferneren Beweisaufnahme (auch ohne direkten Verzicht auf die eigenen Beweismittel) und die Fortsetzung der m.B. beantragen, Not. 245. Das Gericht kann auch demnachst eine Abänderung des Beweisbeschlusses anordnen und jede Partei kann eine solche zwar nicht auf Grund der früheren m.B., aber auf Grund der bisherigen Beweisverhandlungen oder neuen Vorbringens beantragen; vgl. Anm. zu § 325. Dies kann jedoch, gemäß der Natur des Verfahrens, nicht durch prozeßleitende schriftliche Verfügung auf schriftlichen Antrag geschehen, sondern nur nach mündlicher (nöthigenfalls durch Schriftsatz vorbereiteter) Verhandlung, wie denn jeder Beweisbeschluss eine m.B. voraussetzt. Ueber den Begriff, welchen die G.P. mit dem Beweise und den Beweismitteln verbindet, vgl. Anm. § 323.

Die §§ 320—335 enthalten allgemeine Vorschriften über die Formen der Beweisaufnahme. Sie gehen namentlich davon aus:

1. daß die Beweisaufnahme möglichst vor dem Prozeßgerichte erfolgen soll, § 320;
2. daß die beschlossene Beweisaufnahme seitens des Prozeßgerichts von Amtswegen (§§ 326—333) auszuführen ist, so daß die Parteien dieselben nicht zu betreiben brauchen. Diese wesentliche Abweichung von der Prozeßbetreibungspflicht der Parteien (vgl. Vorb. 1 vor § 152) ist zur Beschleunigung des Prozesses und um den Parteien Wetterungen und Belästigungen zu ersparen, angeordnet.

### § 320.

Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte. Sie ist nur<sup>1)</sup> in den durch dieses Gesetz bestimmten Fällen einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte<sup>2)</sup> zu übertragen.

Eine Anfechtung des Beschlusses, durch welchen die eine oder die andere Art der Beweisaufnahme angeordnet wird, findet nicht statt.<sup>3)</sup>

R. 210. N. 477. P. 118. 548.

1) Als Regel für die große Mehrzahl der Fälle ist in Aussicht genommen, daß die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erfolgt. Ausnahmen sind nur zugelassen in den §§ 337, 340, 347, 367, 370, 399, 441, worunter freilich die elastische Bestimmung der §§ 340 Nr. 2, 367 für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen. In der Praxis ist meist in Folge vielfacher Ueberlastungen der Gerichte die Ausnahme zur Regel geworden, was im Interesse der Rechtspflege sehr zu beklagen ist. Die grundsätzliche Beseitigung aller die Glaubwürdigkeit der Zeugen betreffenden Beweisregeln hat zur Voraussetzung, daß das Prozeßgericht zur Gewinnung der erforderlichen persönlichen Eindrücke die Beweisaufnahme, namentlich die Vernehmung der Zeugen unmittelbar vor sich gehen läßt, zumal das Protokoll über eine Zeugenaussage fast niemals ein unbedingt getreues Bild derselben giebt. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Verhandlung ist für die Beweisaufnahme mindestens so wichtig wie für die Partei-Erklärungen. Ueber die Nothwendigkeit, die Parteien von den Terminen zur Beweisaufnahme zu benachrichtigen, vgl. Anm. 1 § 322.

2) Ein „Mitglied des Prozeßgerichts“, der „beauftragte Richter“ (vgl. Anm. 1 § 314 u. § 326) kann mit der Beweisaufnahme betraut werden, ohne Rücksicht darauf, ob er beim Beweisbeschlusse mitgewirkt hat oder nicht. Er braucht nicht derselben Kammer anzugehören. Auch ein Handelsrichter kann beauftragt werden. Vgl. Anm. 3 § 313.

Das „andere Gericht“, welchem die Beweisaufnahme übertragen wird, bedeutet im Wogensatz zu §§ 328, 329 ein anderes deutsches Gericht, ebenso in den §§ 337, 340, 367, 399, 441; R.G. 2, 371. Es kann ein Amtsgericht des eigenen Landes bzw. Oberlandesgerichtsbezirks oder eines andern sein. Die deutschen Gerichte sollen sich nach O.B. §§ 157—169 Rechtshilfe leisten. Das Ersuchen ist an das Amtsgericht zu richten, in dessen

Bestirte die Beweisaufnahme erfolgen soll, *OB.* § 158. Die Verhandlungen des beauftragten oder ersuchten Richters sind nicht öffentlich, *OB.* § 170.

3) Nach den *Rot. 243* ist im *Abf. 2* vorausgesetzt, daß ein Fall vorliegt, in welchem die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte zu erfolgen braucht und daß die eine oder die andere Art nur die Uebertragung an ein Mitglied oder ein anderes Gericht bedeute. In der allgemeinen Fassung des *Abf. 2* hat dies keinen entsprechenden Ausdruck erhalten. Ein Beschluß ist aus dem Grunde, daß in abstracto oder in concreto gesetzlich die Beweisaufnahme nicht einem Gerichts-Mitgliede oder einem anderen Gerichte übertragen werden dürfe, nicht anfechtbar. Ebenso *Gaupp* und *Seuffert. AR. Endemann 2, 183; Klein (Sächs. Anm. 5, 331); DZS. Dresden, Buch 7, 103. Das RG. 2. Sen. 11, 377; 3. Sen. 2. April 1889, JW. 206; 1. Sen. 31. Dez. 1890, JW. 1891 S. 90; 6. Sen. 17. Sept. 1891, JW. 468, SA. 48, 108; 2. Sen. 24. Jan. u. 1. Sen. 22. Juni 1893, JW. 125, 347* hat auch in konstanter Rechtsprechung die Anfechtung jedes Beschlusses, welcher in Ausübung des richterlichen Ermessens irgend eine (an sich zulässige) Art der Beweisaufnahme anordnet, bzw. Anträge auf Anordnung einer anderen Art zurückweist (auch betreffs einer Beweisaufnahme im Auslande), auf Grund des *Abf. 2* abgelehnt. — Die Beschlußfassung über die Art der Beweisaufnahme erfordert nicht eine *mB.*; sie ist nur eine prozessleitende Verfügung zur Ausführung des nach *mB.* erlassenen Beweisbeschlusses, für welche oft erst nachher sich herausstellt, was das Angemessenste im einzelnen Falle ist; eine Beschwerde darüber, daß das Gericht es ablehnt, einen Beschluß über die Art ohne *mB.* zu fassen, ist daher nach § 530 zulässig und von *Abf. 2* nicht betroffen, *RG. 2. Sen. 16, 411; 3. Sen. 13. Nov. 1886, JW. 443, DZS. Hamburg, SA. 49, 363. AR. für die Nothwendigkeit einer mB. Gaupp Anm. I Ri. 3; Seuffert Anm. 1; Strudmann-Roch Anm. 1.*

### § 321.

Steht der Aufnahme des Beweises ein Hinderniß von ungewisser Dauer entgegen, so ist<sup>1)</sup> auf Antrag<sup>2)</sup> eine Frist zu bestimmen, nach deren fruchtlosem Ablaufe das Beweismittel nur benutzt werden kann, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.<sup>3)</sup>

E 311. P. 118. 548.

1) Eine unmögliche Beweisaufnahme kann abgelehnt werden. Andererseits kann das Gericht lediglich deshalb, weil durch eine Beweisaufnahme die Erledigung des Rechtsstreits verzögert würde, dieselbe nicht ablehnen; selbst bei Hindernissen von ungewisser Dauer, d. h. solchen, bei welchen es ungewiß ist, ob oder wann sie beseitigt werden können, hat die Partei das Recht auf Bewilligung einer Frist: „ist eine Frist zu bestimmen“. Die Vorschrift ist hauptsächlich zur Anzeige der Wohnung von schwer zu ermittelnden oder entfernt wohnenden Zeugen, zur Beschaffung von Urkunden aus dritten Händen, §§ 393 ff., von Beweismitteln aus dem Auslande, § 329 *Abf. 3*, und zur Zahlung der nöthigen Kostenvorschüsse, §§ 344, 367 bestimmt.

2) Die Fristbestimmung erfolgt nur auf Antrag. Derselbe kann sowohl vom Beweisführer, als vom Gegner gestellt werden, da das Gesetz nicht unterscheidet, *RG. 7. Juni 1890, JW. 237.* Die Fristbestimmung ist ein Beschluß des Prozeßgerichts, jedoch lediglich prozessleitenden Charakters, daher ohne *mB.* und auf schriftlichen Antrag zulässig. Wird kein Antrag gestellt, so wird — nach Erledigung der etwaigen anderen Beweisaufnahme — Termin zur Fortsetzung der *mB.* von Amtswegen bestimmt, § 335 *Abf. 2.*

3) Die Frist ist eine richterliche, kann also nach §§ 202 ff. auf Antrag verlängert werden. Sie bewirkt aber, wenn ver säumt, kraft Gesetzes, §§ 208 ff., den Verlust des Beweismittels, falls dieses nicht ohne Verzögerung des Verfahrens (z. B. durch Bestellung des Zeugen oder Produktion der Urkunde bzw. wenn aus anderen Gründen ohnehin noch nicht zu entscheiden wäre) noch benutzt werden kann. Ein Antrag des Gegners, den Rechtsnachtheil auszusprechen, ist nicht nöthig; mithin die Möglichkeit, nach Ablauf der Frist gemäß § 200 das Ver säumte nachzuholen, ausgeschlossen, sofern nicht der Gegner die Nachholung

bewilligt (vgl. Anm. 3 § 332). Die Nachholung kann jedoch in der Berufungsinstanz erfolgen, § 491. Eine nicht auf Antrag, sondern — wie in der Gerichtspraxis vielfach üblich — von Amtswegen gestellte Frist hat nicht die Wirkung des § 321, wie auch das Kammergericht mehrfach angenommen hat.

### § 322.

Den Parteien ist gestattet, der Beweisaufnahme beizuwohnen.<sup>1)</sup>

R. 312. N. 478. P. 118. 548.

1) Die früheren abweichenden Vorschriften des gemeinrechtlichen und preuß. Verfahrens sind hierdurch beseitigt. Die Bewohnung der Parteien ist „gestattet“. Sie haben ein Recht auf Bewohnung; zur Vermeidung einer Verkümmernng desselben ist das Verfahren der Beweisaufnahme nur zulässig, wenn sie vom Termine benachrichtigt sind, vgl. Anm. 2 § 326. Nur unter Voraussetzung ihrer Benachrichtigung ist § 332 Abs. 1 anwendbar. Die Benachrichtigung muß zur Vermeidung der Unwirksamkeit so zeitig erfolgen, daß die Partei den Termin wahrnehmen kann. Der Mangel ist jedoch verzichtbar und nach § 267 heilbar. In den §§ 329, 454 sind nur Ausnahmen unter den darin bezeichneten besonderen Umständen bestimmt; R. 6, 351; 26. Mai 1888, Bolje 6, Nr. 1068, Busch 17, 95; Kammerg. 4. Sen. Busch 17, 99; Seuffert Anm. 1. M. Kammerg. 7. Sen. u. Neubauer, Busch 17, 101, 102. Sowohl die Anwälte als die Parteien selbst können bei Zeugenvernehmungen und sonstiger Beweisaufnahme zugegen sein; vgl. indeß § 144; O. B. §§ 178 ff. Vorausgesetzt ist jedoch die Prozeßfähigkeit der Partei, welche die persönliche Bewohnung verlangt. Einem Entmündigten ist im Verfahren wegen Aufhebung der Entmündigung die persönliche Bewohnung zu versagen und nur seinem Vertreter (§ 648) zu gestatten; R. 5. Jan. 1885, Raff. R. 29, 1092. Eine Thätigkeit, namentlich das Fragerrecht der §§ 362, 367 bei Zeugen und Sachverständigen, kann indeß, falls die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte stattfindet, im Anwaltsprozeße nur der Anwalt üben, mit der Ausnahme des § 128 Abs. 4. Bei der Beweisaufnahme vor dem beauftragten oder ersuchten Richter besteht kein Anwaltszwang, § 74 Abs. 2; die Partei kann dabei also durch jede prozeßfähige Person vertreten sein, § 75. Ueber Bestände s. § 86.

In Württemberg ist § 322 bei der Vernehmung von Mitgliedern des Königl. Hauses als Zeugen auf Grund des § 5 O. B. durch Art. 2 Ausf.-Bes. vom 18. Aug. 1879 ausgeschlossen.

### § 323.

Erfordert die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, so ist dasselbe durch Beweisbeschluß anzuordnen.<sup>1)</sup>

R. 313. N. 466 ff. P. 118. 548.

1) Ueber die Bedeutung des Beweisbeschlusses und die Berücksichtigung der Beweislast vgl. Vorb. 2 vor § 320 und Anm. 1, 2, 4 § 255; Volgiano, Busch 18, 335 ff. Die Partei hat dem Richter zu beweisen; die Beweisaufnahme und der Beweisbeschluß betreffen die von den Parteien für ihr Vorbringen angebotenen Beweismittel; Rot. 203; Weßell 177 ff., Heußler, civ. R. 62, 252 ff. Die Anordnungen des Gerichts zur Vornahme des Augenscheins oder zu Vernehmungen von Sachverständigen von Amtswegen gemäß § 135, sowie zur Feststellung unbekannter Rechtsnormen, Anm. 3, 4 § 265, erfordern daher keinen förmlichen Beweisbeschluß (§ 324). — Auch wenn eine wahre Beweisaufnahme sofort vor dem Prozeßrichter erfolgen kann, bedarf es keines besonderen „Beweisbeschlusses“. Ein solcher ist nur zu erlassen, wenn die Beweisaufnahme „ein besonderes Verfahren“ erfordert, weil sie nicht sofort vor dem Prozeßgerichte erfolgen kann. Im weiteren Sinne wird indeß jeder Beschluß, welcher eine Beweisaufnahme, wenngleich eine sofort zu erledigende, z. B. die Vorlegung von Urkunden, die Vernehmung gestellter Zeugen anordnet, als Beweisbeschluß bezeichnet werden können. Vgl. Anm. 1 § 390. — Für die Beweisgebühr der Rechtsanwälte ist nur eine Beweisaufnahme bestimmend, welche in einem besonderen Verfahren im Sinne der §§ 323, 326—335 stattfindet und mindestens schon begonnen hat (R. 10, 370; 14, 394; 19. Nov. 1884, Raff. R. 29, 1032; 29. Sept. 1888, 3 W.

395, Raffr. 33, 1100; 17. Sept. 1890, *JM.* 333; 19. u. 21. Sept. 1892, *JM.* 421; 11. Febr. 1893, *JM.* 161; Kammergericht, *Busch* 13, 481 f.), und nicht bloß in Vorlegung der in den Händen des Beweisführers oder des Gegners befindlichen Urkunden besteht, § 13 Nr. 4 *AnwObD.* (ohne Rücksicht, ob der Anwalt den Termin wahrnimmt), *RO.* 10, 378; 3. Juli 1882, *JM.* 186, 188; 14. Juni 1884, *JM.* 223; 4. Juli 1884, *Raffr.* 29, 1028; 2. Dez. 1886, *JM.* 1887 S. 16; 26. Febr. 1890, *JM.* 116; 27. Febr. 1893, *JM.* 184; 20. u. 23. Nov., 29. Dez. 1893, *JM.* 1894 S. 18, 64; Kammergericht, *Busch* 13, 430; 16, 545, sowie ohne Rücksicht, ob die Beweisaufnahme nur die Eidesleistung des eigenen Mandanten betrifft, *RO.* 10, 376, ob der Eid geleistet oder verweigert ist; *RO.* 18, 403. Für die bloße Entgegennahme einer vor dem Gerichtsschreiber abgegebenen Zeugnisverweigerung billigt *RO.* 12, 393 keine Beweisgebühr zu, ebensowenig für die Vertretung einer Partei in dem Termin zur Leistung eines durch Urtheil auferlegten Offenbarungseides, da diese Eidesleistung keine Beweisaufnahme, sondern die Erfüllung der durch das Urtheil auferlegten Verpflichtung darstellt, *RO.* 14, 394; dagegen hat *RO.* 8. April 1891, *JM.* 311, die Beweisgebühr für den Fall zugebilligt, daß der Zeuge in dem angeordneten Beweistermin nicht erschienen und demnach auch nicht zu ermitteln war. Daß eine Formulirung des Beweisbeschlusses nach § 324 stattgefunden habe, (s. B. bei Anordnung auf Einholung von anderen Akten) ist nicht unbedingt erforderlich; *RO.* 21. Sept. 1889, *JM.* 403; ebenso ist gleichgültig, ob zur Beweisaufnahme ein besonderer, zeitlich getrennter, Termin angesetzt ist, *RO.* 32, 410. Bgl. über die Frage der Beweisgebühr überhaupt *Seifert*, *Raffr.* 38, 681 ff. Die Anordnung der Vorlegung von Akten (über Beweissicherung) ist Beweisbeschuß, *RO.* 1. Okt. 1890, *JM.* 374.

Ueber den theoretisch zweifelhaften Begriff des Beweises und der Beweisaufnahme vgl. außer *Heusler*, *civR.* 62, 109 ff. noch *Wendt*, *civR.* 63, 254 ff. und v. *Canstein*, *Busch* 2, 297 ff. Die *CP.* versteht unter dem Beweise die von der Partei dem Richter angezeigten Quellen für die richterliche Ueberzeugung und Fürwahr-Annahme, ohne Unterschied, ob dieselben zu denjenigen gehören oder nicht, welche der Richter sich selbst direkt verschaffen kann und gemäß richterlicher Amtspflicht verschaffen soll. In diesem Sinne bezeichnet sie auch Augenschein und Sachverständigen-Gutachten, wenn von der Partei in Bezug genommen, neben Zeugen, Urkunden und Eid als Beweismittel. Bgl. §§ 255, 324 Nr. 3, 4, 336, 368 verb. mit § 145 und Anm. 4 § 255.

Auch die Beweisaufnahme unterliegt für die *CP.* der Verhandlungsmaxime; der Richter kann die Parteien zur Angabe von Beweismitteln auffordern, aber nicht selbst dergleichen in den Prozeß einführen. (Ausnahme: § 581.) Die Zulässigkeit der Einnahme des Augenscheins und der Vernehmung der Sachverständigen von Amtswegen unterliegt ebenfalls der Verhandlungsmaxime; der Richter kann nicht inquisitorisch neue Augenscheinsobjekte, eine den Parteibehauptungen fremde technische Frage zc. zum Prozeßstoffe machen. Bgl. Anm. 1 § 135; *Wach*, *Vorträge* 40 ff., 56 ff., 149.

## § 324.

Der Beweisbeschuß enthält:<sup>1)</sup>

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

1) Der Beweisbeschluß soll keine Angaben darüber enthalten, welche Thatfachen und wie weit dieselben für erheblich erachtet werden, und ebensowenig eine Bezeichnung der Beweislast. Vgl. jedoch Anm. 1 § 255. Es ist auch nicht vorgeschrieben, daß der Beweisbeschluß regelmäßig das gesammte erhebliche Streitmaterial umfassen solle; oder daß zuerst über die Klagegründe und erst demnachst über die Einreden Beweis zu beschließen sei, vielmehr hat das Gericht in diesen Beziehungen freies Ermessen; vgl. Caupp Anm. II, Seuffert Anm. 1. Ist einem streitigen Klageanspruche eine bestrittene Gegenforderung eventuell zur Kompensation entgegengesetzt, so steht zwar prozessualisch nichts im Wege, zuerst über die Gegenforderung Beweis zu erheben; zu einer sachgemäßen Entscheidung kann das Gericht jedoch erst nach der Beweishebung über den Klageanspruch gelangen; vgl. Anm. 4 § 293 a. E. Ueber Beweislast, Beweisantretung und Gegenbeweis vgl. Anm. § 255. Der erst im Endurtheil, soweit es nöthig, zu treffenden Entscheidung über die Beweislast wird durch den Beweisbeschluß nicht präjudicirt. Das Anbieten des Beweises ist keine Uebernahme der Beweislast. Vgl. § 412. Der Beweisbeschluß, weil kein Urtheil, hat weder einen Thatbestand noch Gründe zu enthalten. — Er ist zu verkünden, braucht indeß dabei nicht vorgelesen oder vorher schriftlich festgestellt zu werden. Auf Beschlüsse finden nach § 294 zwar die §§ 281, 283, nicht aber § 282 Anwendung; Anm. § 282.

Außer dem sachlichen Inhalte des § 324 hat der Beweisbeschluß die Art der Beweisaufnahme, § 320, bzw. den beauftragten oder ersuchten Richter, §§ 326 ff., den Termin §§ 326, 335, und nach Ermessen den Termin zur Fortsetzung der m.B., § 335 Abs. 2, zu bestimmen. — Wegen der Kosten s. C.R.O. §§ 18 Nr. 2, 22, 49 Abs. 2; Anw.G.B.D. § 13 Nr. 4. Vgl. Anm. § 323.

2) Nr. 1. Die Thatfachen, über welche der Beweis zu erheben ist, können nur die von den Parteien vorgebrachten sein; selbstverständlich unter Weglassung des Unwesentlichen. Gemeinverständlich Rechtsbegriffe (Kauf, Darlehn, Mieth) aufzulösen, ist nicht nöthig. Vgl. Anm. 1 § 410 und Bach, Bortr. 169, 170.

Nr. 2 sind nur die von den Parteien bezeichneten Zeugen und Sachverständigen zu benennen, § 338; vgl. dagegen §§ 135, 137 Abs. 2, 370.

Nr. 3. Das „Berufen“ der Partei bezeichnet nur ihr Anerbieten des Beweises.

Nr. 4. Die Eidesnorm ist nur dann in den Beweisbeschluß aufzunehmen, wenn die Leistung des Eides als Ausnahme vom Grundsatz des § 425 durch Beweisbeschluß gemäß §§ 426, 558 Abs. 4 angeordnet werden kann und angeordnet wird.

## § 325.

Vor Erledigung des Beweisbeschlusses kann von keiner Partei eine Aenderung desselben auf Grund der früheren Verhandlungen beantragt werden.<sup>1)</sup>

R. 315. N. 472. P. 125. 548.

1) Der Nachdruck liegt auf den Worten: auf Grund der früheren Verhandlungen. Auf Grund der etwa theilweise schon erfolgten Beweisaufnahme oder eines neuen Vorbringens kann allerdings eine Aenderung beantragt werden; R.O. 1. März 1893, J.W. 198. Wenn eine Partei dies beantragen will, muß sie behufs der Beschlußfassung den Gegner zur m.B. laden lassen, § 191. Die Bestimmung eines Termins auf einen beschleunigten Antrag darf nicht (wegen angeblicher Unerheblichkeit u.) abgelehnt werden; R.O. 16. Mai 1885, J.W. 217. Auch ein Partei-Antrag, den sonst von Amtswegen auszuführenden Beweisbeschluß überhaupt zu beseitigen, weil er in Folge eines Vergleichs (s. § 243) oder eines neuen Vorbringens unnöthig werde, ist unter Ladung zur m.B. zulässig. (M.R. Eccius, Raff.R. 29, 17, vgl. dagegen Seuffert Anm. 2.) Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der Partei in dem zur Beweisaufnahme und m.B. anstehenden Termine das Wort zu einem solchen Antrage vor dem Eintritt in die Beweisaufnahme ertheilt werde, z. B. wenn es sich um Ableistung eines Parteieides handelt und die Partei an dessen Stelle andere Beweismittel vorschlagen (vgl. § 118 und Anm. 1 dazu) oder auch

gegen die prozessualische Zulässigkeit der Auferlegung eines Eides durch Beweisbeschluß Widerspruch erheben will; R. O. 3, 369. „Für das Gericht folgt die Befugniß, den Beweisbeschluß überhaupt nicht oder nicht vollständig auszuführen, ohne Weiteres aus der Natur des letzteren als eines prozessleitenden, jederzeit abänderlichen Dekrets,“ Rot. 245. Ausgeschlossen ist dagegen, daß eine Partei die andere mit der Behauptung, daß nach der früheren m. B. nicht der ergangene Beweisbeschluß, sondern ein anderer hätte erlassen werden müssen, zur ferneren Verhandlung und Beschlußfassung laden lasse. Verichtigungen und Ergänzungen in Datum, Vornamen, Wohnungsangabe zc. werden davon selbstredend nicht berührt, P. 125. Vgl. wegen Verichtigung von Beschläffen überhaupt Anm. 2 § 294.

### § 326.

Soll die Beweisaufnahme durch ein Mitglied des Prozeßgerichts erfolgen, so wird bei der Verkündung des Beweisbeschlusses durch den Vorsitzenden der beauftragte Richter bezeichnet und der Termin zur Beweisaufnahme bestimmt.<sup>1)</sup>

Ist die Terminsbestimmung unterblieben, so erfolgt sie durch den beauftragten Richter; wird derselbe verhindert, den Auftrag zu vollziehen, so ernennt der Vorsitzende ein anderes Mitglied.<sup>2)</sup>

R. 318. H. 480. P. 125. 548.

1) Der § 326 betrifft die Ausführung der Beweisaufnahme durch einen beauftragten, § 327 die durch einen ersuchten Richter, die §§ 330, 331 beide; die §§ 328, 329, 334 die im Auslande, die §§ 332, 333, 335 jede Beweisaufnahme. In allen Fällen erfordert die Ausführung der Beweisaufnahme keinen besonderen Antrag. Das Prozeßgericht betreibt sie von Amtswegen. Die Parteien sind im Falle des Abs. 1 durch die Verkündung geladen, §§ 294 Abs. 2, 283, 195. Der Vorsitzende ist hier wie in §§ 185, 314, 327, 328, der Vorsitzende der Kammer, O. B. §§ 59, 61; nicht, wie § 271 Abs. 2, der Vorstand des Gerichts. Vgl. Anm. 1 § 314.

2) Wenn die Terminsbestimmung bei der Verkündung unterblieben ist, so muß die Verfügung des beauftragten Richters den Parteien von Amtswegen zugestellt werden, § 294 Abs. 3. Auch zu späteren Terminen kann der beauftragte Richter durch Verkündung mit der Wirkung des § 283 laden. Vgl. § 333. — Wenn der Vorsitzende ein anderes Mitglied ernennt, ohne diese Verfügung im Termine zu verkünden, so ist dieselbe den Parteien ebenfalls von Amtswegen mitzutheilen; § 294 Abs. 3. Vgl. Anm. 2 § 314. — In jedem Falle sind die Parteien von dem Termine so zeitig zu benachrichtigen, daß sie von ihrem Rechte nach § 322 Gebrauch machen können; die §§ 194, 191 finden hier nicht Anwendung; R. O. 26. Mai 1888, Folge 6 Nr. 1068, Buch 17, 95.

### § 327.

Soll die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht erfolgen, so ist das Ersuchungsschreiben von dem Vorsitzenden zu erlassen.<sup>1)</sup>

Die auf die Beweisaufnahme sich beziehenden Verhandlungen werden in Urschrift von dem ersuchten Richter dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts übersendet, welcher die Parteien von dem Eingange benachrichtigt.<sup>2)</sup>

R. 318. H. 480. P. 125. 548.

1) Der § 327 betrifft den Fall, wenn im Gegensatz zu §§ 328, 329 ein anderes deutsches Gericht ersucht werden soll. In Betreff der Pflicht, dem Ersuchen zu entsprechen s. O. B. §§ 157, 159 ff., Anm. 2 § 320. Aus derselben folgt, daß das ersuchte Gericht von Amtswegen zu laden hat, vgl. auch § 333. Dasselbe hat alle Beteiligten direkt ohne Vermittelung des ersuchenden Gerichts zu laden; O. B. § 161. — Die Aufnahme eines Protokolls ist hier, wie für § 326, vorausgesetzt, was §§ 151, 261 Abs. 1, 327 Abs. 2, 354 Abs. 1 ergeben. Ueber die entsprechende Anwendung der §§ 145 ff. s. Anm. § 151. — Die in den

Konsulargerichtsbezirken und in den deutschen Schutzgebieten errichteten Gerichte sind ordentliche deutsche Gerichte, vgl. Anm. 1 a zu **§ 13**.

2) Für die „Benachrichtigung“ ist keine besondere Form vorgeschrieben, also jede genügend. Ueber das Recht der Parteien auf Einsicht, Ausfertigungen und Abschriften vgl. **§ 271**

### § 328.

Soll die Beweisaufnahme im Ausland erfolgen, so hat der Vorsitzende die zuständige Behörde um Aufnahme des Beweises zu ersuchen.

Kann die Beweisaufnahme durch einen Reichskonsul erfolgen, so ist das Ersuchen an diesen zu richten.<sup>1)</sup>

**R. 318. N. 486. P. 125. 548.**

1) Vgl. Cahn, Vorschriften betr. Ersuchungsschreiben, Berlin 1887; Bollenzien, die Bureau-Verwaltung bei den Preuß. Justizbehörden, Breslau 1890 S. 395 ff. Wegen der Gerichte in Konsulargerichtsbezirken und in deutschen Schutzgebieten vgl. Anm. 1 § 327. Die Entschliessung darüber, ob ein Konsul (Abs. 2) oder eine ausländische Behörde (Abs. 1) zu ersuchen ist, wird zum Gerichtsbeschlusse gehören, welcher nach §§ 320 Abs. 2, 329 auf die Art der Ausführung sich zu erstrecken hat; Endemann 2, 190; Caupp Anm. I (Strudmann-Roch Anm. 3 vindiciren dem Vorsitzenden diese Entscheidung).

Für die Beweisaufnahme im Auslande soll das Ersuchen an einen Reichskonsul (Abs. 2) die Regel bilden. In dem, in Geltung gebliebenen **§ 20** des Konsularges. 6. Nov. 1867, **RSBl. 141**, ist bestimmt: „Zur Abhörnung von Zeugen und zur Abnahme von Eiden sind nur diejenigen Reichskonsuln befugt, welche dazu vom Reichskanzler besonders ermächtigt sind. Die von diesen Konsuln aufgenommenen Verhandlungen stehen den Verhandlungen der zuständigen inländischen Behörden gleich.“ Diese Bestimmung gilt ohne Rücksicht darauf, ob den Konsuln eine noch weiter gehende Konsular-Gerichtsbarkeit zusteht. Nach dem Reichsges. über die Konsular-Gerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879, **RSBl. 197** §§ 1, 5, 48, wird (unter Aufhebung der §§ 22—24 Ges. 6. Nov. 1867) **§ 1**: „die Konsular-Gerichtsbarkeit in den Ländern ausgeübt, in welchen ihre Ausübung durch Herkommen oder durch Staatsvertrag gestattet ist. Der Konsular-Gerichtsbarkeit sind die in den Konsulargerichtsbezirken wohnenden oder sich aufhaltenden Reichsangehörigen und Schutzgenossen unterworfen.“ **§ 5**: „Der Konsul ist zur Ausübung der Gerichtsbarkeit befugt, wenn er dazu von dem Reichskanzler ermächtigt ist. Der Reichskanzler kann neben dem Konsul, sowie an Stelle desselben einem anderen Beamten die Befugnisse des Konsuls bei Ausübung der Gerichtsbarkeit übertragen.“ Die Reichsgeandten bzw. deren Kanzler sind also nur auf Grund einer derartigen Ermächtigung nach **§ 5** befugt. (Vgl. früher Ges. 29. Juni 1865 **§ 5** und **§ 24** Ges. 6. Nov. 1867; jetzt beide durch **§ 48** Ges. 10. Juli 1879 aufgehoben). — Für Egypten vgl. Ges. 30. März 1874, **RSBl. 23**, Verordn. 23. Dez. 1876, **RSBl. 381** und Ges. 5. Juni 1880, **RSBl. 145**. Vgl. ferner für die vereinigten Staaten von Amerika preuß. **RSBl. 1869** S. 138 bis 148 (Konsular-Konvention 11. Dez. 1871, **RSBl. 1872** S. 95). Verzeichnisse der zur Abhörnung von Zeugen und Abnahme von Eiden befugten Konsuln vgl. **RSBl. 1891** S. 343 u. fortlaufende Verzeichnisse deutscher Konsuln bei der Königl. Hofbuchhandlung von E. F. Mittler & Sohn zu Berlin. Wegen des Verfahrens vor dem Konsul (nach den Bestimmungen der **CP.** über amtsgerichtliches Verfahren), und wegen der Kosten s. Ges. 10. Juli 1879, §§ 12, 14, 15, 44. Um das Ersuchen an den Reichskonsul zu rechtfertigen, genügt es, daß die Partei den Zeugen als Angehörigen oder Schutzgenossen des Reichs bezeichnet; event. muß das Gericht dies aufklären (**§ 130**), **RO. 3. Febr. 1887**, **RM. 67**.

Wenn eine Beweisaufnahme durch den Konsul nicht möglich ist, soll (Abs. 1) die zuständige Behörde ersucht werden, d. h. diejenige ausländische Behörde (vgl. **§ 182**), welche nach der Gerichtsverfassung des fremden Staates Ersuchungsschreiben dieser Art entweder selbst zu erledigen oder deren Erledigung zu veranlassen hat, **Rot. 246**. Direkte Ersuchen an die Behörden des fremden Staates können mit Wirkung nur erfolgen, wenn

ein Bundesstaat, dessen Gerichtsvorsitzender das Ersuchungsschreiben erläßt, oder das Reich entsprechende Rechtshülfeverträge mit dem fremden Staate geschlossen hat. Andernfalls wird sich der Vorsitzende zur Erledigung seines Ersuchungsschreibens, nöthigenfalls durch die höheren Justizbehörden, der Vermittelung des Ministeriums der auswärtigen Angelegenheiten bedienen müssen. Mit der Schweiz hat das Deutsche Reich den unmittelbaren Geschäftsverkehr der deutschen und schweizerischen Gerichtsbehörden vereinbart; vgl. Ann. 2 § 182. Für Preußen: wegen der Ersuchungsschreiben nach dem Auslande überhaupt in Bezug auf Form und Inhalt, ZMR. 20. Mai 1887, ZMR. 139 ff. Betreffend Rußland vgl. ZMR. 1887 S. 149, Requisitionen an russische Behörden ZMR. 1875 S. 236 (vgl. ZMR. 1870 S. 277); Abkommen mit Rußland über unmittelbaren Geschäftsverkehr der Justizbehörden der preuß. u. russ. Grenzprovinzen 23. Jan. (4. Febr.) 1879, OS. 138 u. 17. (29.) Aug. 1884, OS. 72; zusätzl. Erklärung v. 16. (28.) Januar 1893, OS. 83; ferner Verf. 30. Mai u. 16. Dez. 1879, ZMR. 128, 474; Min.-Berf. 9. Febr. 1883, ZMR. 32 und Verzeichniß 46, 50 ff., 192, ferner ZMR. 1884 S. 59. — Mit den österreichisch-ungarischen Gerichten haben die preuß. Gerichte unmittelbar in Schriftwechsel zu treten, wenn nicht besondere Verhältnisse eine Vermittelung auf diplomatischem Wege unermeidlich oder wünschenswerth machen. Vgl. Näheres ZMR. 1887 S. 148; Min.-Berf. 9. Aug. 1856, ZMR. 210; vgl. ZMR. 1880 S. 72; 1844 S. 207; Verzeichniß und Zuständigkeit österreichisch-ungarischer Gerichte vgl. ZMR. 1884 S. 114—127 und Centralblatt für das Deutsche Reich 1883. Kosten der Rechtshülfe: ZMR. 1890 S. 345. — Zeugenvernehmungen in England können auf ein durch die deutsche Gesandtschaft in London zu attestirendes Ersuchungsschreiben der Gerichtsbehörde veranlaßt werden. Vgl. Parlaments-Acte 29. Juli 1856 im Preuß. ZMR. 1866 S. 182—184. Vgl. überhaupt für Großbritannien ZMR. 1887 S. 146, auch über die umständliche und kostspielige Zeugenvernehmung in England: Wengler Arch. 2, 495 u. Wallm. 6, 110. Wegen der Beweisaufnahme in anderen Staaten vgl. ZMR. 1887 S. 139—153. — Ueber eine diesseitige Beweisaufnahme zur Benutzung bei ausländischen Behörden auf direkte Parteanträge vgl. Preuß. Just.-Min.-Berf. 24. Okt. 1884, ZMR. 245, ferner Ann. 1 § 334.

### § 329.

Wird eine ausländische Behörde ersucht, den Beweis aufzunehmen, so kann das Gericht anordnen, daß der Beweisführer das Ersuchungsschreiben zu besorgen und die Erledigung des Ersuchens zu betreiben habe.

Das Gericht kann sich auf die Anordnung beschränken, daß der Beweisführer eine den Gesetzen des fremden Staates entsprechende öffentliche Urkunde über die Beweisaufnahme beizubringen habe.<sup>1)</sup>

In beiden Fällen ist in dem Beweisbeschlusse eine Frist zu bestimmen, binnen welcher von dem Beweisführer die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist. Nach fruchtlosem Ablaufe dieser Frist kann die Urkunde nur benutzt werden, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird.<sup>2)</sup>

Der Beweisführer hat den Gegner, wenn möglich, von dem Orte und der Zeit der Beweisaufnahme so zeitig in Kenntniß zu setzen, daß derselbe seine Rechte in geeigneter Weise wahrzunehmen vermag. Ist die Benachrichtigung unterblieben, so hat das Gericht zu ermesen, ob und inwieweit der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlung berechtigt sei.<sup>3)</sup>

R. 319. N. 478. 488. P. 125. 548.

1) Von den Befugnissen des § 329 Abs. 1, 2, welche nur ein Ersuchen an eine „ausländische Behörde“, § 328 Abs. 1 (nicht an einen Konsul, § 328 Abs. 2) betreffen, „kann“ das Gericht — auf Antrag oder von Amteswegen, da hierin eine Beschränkung nicht vorgeschrieben ist — namentlich dann Gebrauch machen, wenn es zweifelhaft oder ungewiß



ist, ob und wo eine zuständige ausländische Behörde im Sinne des § 328 vorhanden oder wie sie zu bezeichnen ist; sowie dann, wenn eine Beweisaufnahme in fernem unfulfillierten Ländern nötig ist, oder in Ländern, in welchen die Partei die Beweisaufnahme, wie z. B. in Holland, selbst betreiben muß, Rot. 246; JRBd. 1887 S. 145.

2) Recht das Gericht von Amtswegen von der Befugnis Gebrauch, so ist auch die Frist von Amtswegen zu bestimmen. Sonst gilt von der Frist das in Anm. 3 § 321 Bemerkte.

3) Eine besondere Form der Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben, vgl. Anm. 1 § 152. Abs. 4 kommt im Falle des § 328 nicht direkt zur Anwendung, und auch bei analoger Anwendung steht die Unterlassung der Benachrichtigung der Gültigkeit einer Beweisaufnahme nicht unbedingt entgegen; R. 2, 372. — Wegen einer sonstigen Beschränkung der Benutzung von Beweismitteln s. § 454.

### § 330.

Der beauftragte oder ersuchte Richter ist ermächtigt, falls sich später Gründe ergeben, welche die Beweisaufnahme durch ein anderes Gericht sachgemäß erscheinen lassen, dieses Gericht um die Aufnahme des Beweises zu ersuchen. Die Parteien sind von dieser Verfügung in Kenntniß zu setzen.<sup>1)</sup>

R. 290. N. 480. P. 125. 548.

1) Ueber die Fälle, in welchen der ersuchte Richter das Ersuchen abzulehnen hat, und über die Beschwerde wegen erfolgter bzw. nicht erfolgter Ablehnung vgl. Ob. §§ 159, 160. Für die Mitteilung an die Parteien ist eine besondere Form nicht vorgeschrieben, also eine Zustellung (gegen Hellmann 2, 218) nicht nötig.

Die Vorschriften des § 330 betreffen nicht einen ersuchten Richter des Auslandes. Diesen kann ein deutsches Gesetz nicht ermächtigen. Ob eine ausländische Behörde zur Weitergebung des Auftrags ermächtigt ist, richtet sich nach den ausländischen Vorschriften darüber. Der § 330 sagt auch nicht, daß wenn eine ausländische Behörde den Auftrag weitergegeben hat, daraus ein Einwand gegen die Gültigkeit der Beweisaufnahme vor dem Substituten (z. B. einem Notar oder Rechtsanwalt) nicht hergeleitet werden könne; aR. Gaupp); dies hängt vielmehr ganz von den konkreten Umständen ab; vgl. § 334.

Das ersuchte deutsche Gericht kann auch nicht ein ausländisches, sondern nur ein anderes deutsches Gericht ersuchen. Die „Gründe“ müssen sich nach dem Ersuchen „ergeben“ haben, ohne doch erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten sein zu müssen (Gaupp).

### § 331.

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

Der Termin zur mündlichen Verhandlung über den Zwischenstreit ist von Amtswegen zu bestimmen und den Parteien bekannt zu machen.<sup>1)</sup>

R. 321. N. 483. P. 125. 548.

1) Der beauftragte oder ersuchte Richter kann nach den positiven Bestimmungen der §§ 207 (330), 365, 371 Abs. 4 für die daselbst vorausgesetzten Fälle selbständig entscheiden; außerdem, wie aus dem Rechte und der Pflicht, dem Auftrage oder Ersuchen zu entsprechen, folgt, soweit die Entscheidung nur die Art und Weise der Ausführung betrifft und zugleich der dem Prozeßgerichte vorbehaltenen Sachentscheidung nicht präjudiziert, so betrefß der Einnahme des Augenscheins, neuer Ladung nach mangelhafter Offizialladung; Gaupp Anm. I; Endemann 2, 193. Ueber Störungspolizei s. Ob. § 182; Beschwerde: Ob. § 183, Gp. § 539.

Die Befugnisse des mit der Beweisaufnahme betrauten Richters gegenüber den Zeugen und Sachverständigen sind in den §§ 352, 354, 365, 371 näher bestimmt. Zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Zeugnisverweigerung ist danach der beauftragte oder ersuchte Richter nicht befugt; ebensowenig über die nachträgliche Beeidigung eines nach § 358 unbeeidigt zu vernehmenden Zeugen, vgl. Anm. 5 § 358. Im § 331 ist hauptsächlich ein Zwischenstreit der Parteien unter einander gemeint, welcher die Zulässigkeit eines Beweismittels, namentlich eines Zeugen, die Vorlegung einer Urkunde (§ 399) oder die Abnahme eines Eides (§ 441) betrifft. Vgl. Anm. 3, 4 § 312; R. O. 13, 400. Bei der allgemeinen Fassung des § 331 werden indeß auch Zwischenstreite mit Dritten (Zeugen und Sachverständigen) nicht ausgeschlossen zu erachten sein; Endemann 2, 193; Gaupp Anm. I. Ueber solche Zwischenstreite, welche der beauftragte oder ersuchte Richter nach dem Obigen nicht selbständig entscheiden kann, entscheidet nach Uebersendung der Verhandlungen an den Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts (§ 327 Abs. 2) das Prozeßgericht selbst. Letzteres hat dazu von Amtswegen zur Verhandlung die Parteien bzw. die Beteiligten zu laden, Abs. 2. Wegen der Form des Bekanntmachens vgl. Bors. vor § 191.

### § 332.

Erscheint eine Partei oder erscheinen beide Parteien in dem Termine zur Beweisaufnahme nicht, so ist die Beweisaufnahme gleichwohl<sup>1)</sup> insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann.<sup>2)</sup>

Eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der Beweisaufnahme ist<sup>3)</sup> bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, auf Antrag anzuordnen, wenn das Verfahren dadurch nicht verzögert wird oder wenn die Partei glaubhaft macht, daß sie ohne ihr Verschulden außer Stande gewesen sei, in dem früheren Termine zu erscheinen, und im Falle des Antrags auf Vervollständigung, daß durch ihr Nichterscheinen eine wesentliche Unvollständigkeit der Beweisaufnahme veranlaßt sei.<sup>4)</sup>

R. 332. N. 494. P. 125. 126. 548.

1) Der § 332 betrifft alle Fälle der Beweisaufnahme, ohne Rücksicht, ob sie vor einem beauftragten oder ersuchten Richter oder vor dem Prozeßgericht erfolgt; ebenso § 333. Dies erhellt (gegen Rot. 204, 232) aus der ausnahmslosen Fassung der §§ 332, 333 und ist auch von der Regierungsvvertretung (P. 125) anerkannt. Dem gegenüber entscheidet die Stellung zwischen §§ 326—331, 334 nicht; R. O. 1, 239. Abweichend will Endemann, Bursch 4, 191—240 den § 332 nicht für einen Termin vor dem Prozeßgericht gelten lassen und Fischer, Raff. R. 24, 839 erklärt den Abs. 1 § 332 im Falle eines solchen Termins für eine das Prozeßgericht nicht bindende Vorschrift, vgl. dagegen Seuffert Anm. 1; Struckmann-Roch Anm. 1. Die Beweisaufnahme soll ohne Rücksicht auf das Erscheinen der Parteien erfolgen. Falls sie vor dem Prozeßgericht erfolgt (wie § 320 als Regel voraussetzt), soll dies auch dann geschehen, wenn die erschienene Partei einen Antrag auf Versäumnisurtheil stellt. Hierüber ist dann erst nach der Beweisaufnahme zu beschließen. Vgl. Anm. 1 § 335. Diese soll in solchem Falle aus Nützlichkeitsgründen nicht ausgesetzt werden, weil durch Einspruch das Versäumnisurtheil leicht hinfällig gemacht werden kann, die Beweisaufnahme dann doch nöthig würde, und den Zeugen und Sachverständigen wiederholte Reisen und Termine erspart werden sollen; endlich auch die nicht erschienene Partei noch vor dem Schlusse der Verhandlung erscheinen kann, P. 125, 126. RR. Meyer, Bursch 9, 330. Konsequenz ist auch die Abnahme eines Parteieides zu bewirken, selbst wenn die andere Partei bzw. im Anwaltsprozeße die beiderseitigen Anwälte nicht erscheinen. Vgl. übrigens Anm. § 430. Indes ist die Beweisaufnahme überhaupt nur vorzunehmen, wenn die Parteien geladen sind, soweit dies nöthig ist. (Verkündung bzw. § 333); R. O. 6, 351. Vgl. Anm. 1 § 322.

Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist außer dem § 332 auch § 335 Abs. 1 zu beachten.

2) Soweit bei einer ohne Gegenwart der Parteien erfolgenden Beweisaufnahme eine Handlung der Partei nöthig ist, z. B. das Vorzeigen von Sachen, das Anzeigen eines bestimmten Ortes, ist die versäumende Partei, nach § 208, der durch ihre Versäumnis unmöglich gemachten Benutzung des Beweismittels verlustig, Rot. 245, 246. Ist der Beweis vom Gegner der nicht erschienenen Partei zu führen, so ist in solchem Falle das Ergebnis nach § 259 unter Berücksichtigung des Umstandes der Versäumung selbst zu würdigen. Vgl. Anm. § 255. Auch die Versäumung des Rechts, den Zeugen Fragen vorlegen zu lassen, § 362, gehört zu den selbstverständlichen Folgen des Richterscheitens.

3) Abs. 2 bezieht sich nur auf den im Abs. 1 erwähnten Fall, wenn eine Partei zu der bereits beschlossenen Beweisaufnahme nicht erschienen ist. Dagegen bezieht sich Abs. 2 nicht auf das Recht der Partei, in mB. noch fernere Thatfachen und Beweismittel vorzubringen. Vgl. §§ 325, 339, 367. 398. Wenn die nicht erschienene Partei im Falle des Abs. 1 eine nachträgliche Beweisaufnahme oder eine Vervollständigung der früheren verlangt, so hat sie den Antrag nöthigenfalls unter Glaubhaftmachung der Voraussetzungen des Abs. 2 in mB. vor dem Prozeßgericht zu stellen. Nur dieses, nicht der etwaige beauftragte oder ersuchte Richter, hat über den Antrag nach mB. zu entscheiden; Strudmann-Roch Anm. 4. *RM.* Endemann 2, 195. Die Partei kann bei Nachweis der Voraussetzungen verlangen, daß dem Antrage stattgegeben wird: „ist anzuordnen“. Ein Antrag, dafür zu setzen: „kann angeordnet werden“ ist von der Vorz. abgelehnt. In der Berufungsinstanz kann das in erster Instanz Versäumte nachgeholt werden, § 491. Auch schon in der ersten Instanz kann der Gegner auf die Präklusion der Partei wirksam verzichtet, da ein öffentliches Interesse nicht entgegensteht (vgl. Anm. 3 § 321).

4) Hinsichtlich des Schlußes der mB. vgl. § 251; in Betreff der Nichtverzögerung f. §§ 321, 329 Abs. 3, 339; wegen des „Verschuldens“ Anm. 3 § 210; betreffs der Vervollständigung f. Anm. 2.

### § 333.

Wird ein neuer Termin zur Beweisaufnahme oder zur Fortsetzung derselben erforderlich, so ist dieser Termin, auch wenn der Beweisführer oder beide Parteien in dem früheren Termine nicht erschienen waren, von Amtswegen zu bestimmen.<sup>1)</sup>

*E. 323. N. 486. P. 125. 548.*

1) Der §§ 333 gilt für jeden neuen Termin zur Beweisaufnahme oder zur deren Fortsetzung, dieselbe mag vor dem Prozeßgerichte oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen; vgl. Anm. 1 § 332. Erforderlich ist ein neuer Termin nur dann, wenn nicht in dem sich etwa an das Beweisverfahren anschließenden Termin zur Fortsetzung der mB. ein zulässiger Antrag auf Erlass des Versäumniskurtheils gestellt wird oder in Folge Richterscheitens beider Parteien ein Ruhen des Verfahrens eintritt; vgl. Anm. 1 § 335. Zum neuen Termine können ausgebliebene Parteien durch Verkündung geladen werden, wenn sie zum ersten Termine gehörig geladen waren, §§ 283, 334, 294. Ausgebliebene Zeugen sind von Amtswegen zu laden, § 342.

### § 334.

Entspricht die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen, so kann daraus, daß sie nach den ausländischen Gesetzen mangelhaft ist, kein Einwand entnommen werden.<sup>1)</sup>

*E. 324. N. 489. P. 126. 548.*

1) Der § 334 betrifft, wie § 329, nur das Verfahren vor einer ausländischen Behörde, § 328 Abs. 1 (nicht vor einem Konsul, für welche die *CP.* maßgebend ist). Er betrifft die Form der Beweisaufnahme, für welche nach internationalen Grundsätzen (*locus*

regit actum) das Recht der ausländischen Behörde maßgebend ist. Entspricht sie diesem, so ist sie nicht zu bemängeln, auch wenn sie nach den für das Prozeßgericht geltenden Gesetzen mangelhaft ist. Dies ist ein für alle Prozeßhandlungen gültiger allgemeiner Grundsatz (Wach I § 19 II, III S. 220, 222, 252) und im § 334 vorausgesetzt, wie auch aus § 329 Abs. 2 deutlich erhellt, und wird deshalb nicht besonders erwähnt. Anwendung auf Zeugenvernehmung R. 25. Jan. 1893, ZM. 135; auf Eidesleistungen R. 2, 371. (Vgl. jedoch über die Anwendung des § 331 bei einer Beweisaufnahme vor einem ausländischen Gericht R. 13, 400; dabei handelte es sich allerdings nicht um die Art oder Form der Beweisaufnahme, sondern um die Befugniß der ausl. Behörde; Caupp Ann. I Rt. 2.) Der § 334 bestimmt zur Ergänzung dieser Regel (dem Art. 85 Besch.-O. entsprechend), daß es auch genügen soll, wenn die Beweisaufnahme zwar nicht den ausländischen Gesetzen, aber den diesseitigen entspricht. Ist auch dies nicht der Fall, so ist sie nach dem Grundsatz des § 259 Abs. 1 zu würdigen. Vgl. auch Ann. 3 § 441.

Ueber Beweisaufnahme diesseitiger Gerichte auf Ersuchen ausländischer Behörden vgl. Caupp Ann. III, auf Ersuchen von Privaten, ZM. 1884 S. 245. Ueber die Befugnisse der Notare in Preußen zu Zeugenvernehmungen für ausländische Prozesse §§ 82—87 III 7 A. O.

### § 335.

Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist der Termin, in welchem die Beweisaufnahme stattfindet, zugleich zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt.<sup>1)</sup>

In dem Beweisbeschlusse, welcher anordnet, daß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen solle, kann zugleich der Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgerichte bestimmt werden.<sup>2)</sup> Ist dies nicht geschehen, so wird nach Beendigung der Beweisaufnahme dieser Termin von Amtswegen bestimmt und den Parteien bekannt gemacht.<sup>3)</sup>

R. 326. N. 490. P. 126. 549.

1) Abs. 1 ist kraft Gesetzes wirksam, also ohne daß dies ausdrücklich gesagt wird und ohne daß eine besondere Ladung zum Termine zur m. B. nöthig ist. Erfolgt die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte, so ist sie nach § 332 Abs. 1 ohne Rücksicht auf die Abwesenheit einer Partei zuerst zu bewirken; und der Termin zur Fortsetzung der m. B. beginnt folgerrecht erst nach erfolgter Beweisaufnahme, soweit diese möglich ist und der Beweisführer nicht auf seine Beweismittel verzichtet. Vgl. Barthausen, Raff. 27, 303. Sind dann beide Parteien nicht anwesend, so ruht das Verfahren, § 228. Ist eine Partei dann abwesend, so kann nach §§ 295, 296 Versäumnisurtheil ohne Rücksicht auf das Resultat der Beweisaufnahme und selbst gegen deren Inhalt beantragt werden. Nur im Falle eines Einspruchs ist dann nach § 307 die Beweisaufnahme in Betracht zu ziehen; R. 1, 238. RR. Meyer, Raff. 22, 509 Ann. Hat die Beweisaufnahme in dem Termine wegen eines Hindernisses (Ausbleiben der Zeugen u. dgl.) nicht oder nicht vollständig erledigt werden können, oder sind nach dem Beweisbeschlusse noch anderweitige Beweise aufzunehmen, zu deren Aufnahme der Termin nicht bestimmt war, so kann um deshalb nicht, wie Wach (Vorträge 123), Caupp Ann. I und zu § 333, Seuffert Ann. 1 annehmen, der Antrag auf Erlass des Versäumnisurtheils zurückgewiesen werden, um zuvor die Beweisaufnahme zu vervollständigen. Der § 333 beweist nichts für diesen Satz, weil er voraussetzt, daß eine Vervollständigung der Beweisaufnahme erforderlich wird; durch den Antrag auf Erlass des Versäumnisurtheils wird die fernere Beweisaufnahme jedoch erübrigt. Die erschienene Partei kann ohnehin auf ihre Beweismittel verzichten (Endemann, Buch 4, 227) und das Gericht den Beweisbeschluss zurücknehmen. Nach § 332 Abs. 1 ist die Beweisaufnahme in dem Termine nur insoweit zu bewirken, als dies nach Lage der Sache geschehen kann. Insoweit dies nicht geschehen kann, tritt

im Falle des § 335 die mB. mit allen ihren Wirkungen ein, wie Abs. 1 klar ergibt. Vgl. Barkhausen a. a. O. Die gegnerische Meinung widerspricht auch direkt dem § 297. Daraus folgt auch (gegen Wach, Gaupp und Seuffert), daß, wenn beide Parteien nicht erscheinen, der Prozeß ruht, nachdem die Beweisaufnahme in dem Termine soweit stattgefunden hat, als nach Lage der Sache möglich war, nicht aber, daß das Gericht die Bevollständigung der Beweisaufnahme von Amtswegen anordne, obwohl die Parteien durch ihr Ausbleiben dem Gerichte zu erkennen gegeben haben, daß sie den Prozeß ruhen lassen wollen, gleich als wenn sie dies dem Gerichte ausdrücklich erklärt hätten. Die Gründe, welche für die Erledigung der Beweisaufnahme beim Ausbleiben beider Parteien auch vor dem Prozeßgerichte maßgebend waren, den Zeugen, Sachverständigen zc. nicht wiederholte Belästigungen zu verursachen, und den Parteien noch die Möglichkeit des Erscheinens bis zum Schluß der Beweisaufnahme im Termin offen zu halten, vgl. Anm. 1 § 332, fallen fort, wenn die Zeugen zc. in dem Termin nicht erschienen sind, oder ohnedies noch einmal belästigt werden müßten, und wenn die Parteien auch nach der Aufnahme des Beweises im Termine, soweit sie möglich war, nicht erschienen. In der Gerichtspraxis herrscht über die Anwendung dieser Grundsätze kein Bedenken. Wegen der Anwendung des § 430 vgl. Anm. § 430.

Zur Annahme, daß § 335 Abs. 1 dann nicht anwendbar sei, wenn der Termin nicht zur vollständigen Beweisaufnahme bestimmt sei, sondern dieselbe theilweise durch Ersuchen auswärts bewirkt werden soll, giebt (gegen Kleiner 2, 273) weder der unbedingte Wortlaut des Gesetzes, welcher jeden Termin vor dem Prozeßgerichte umfaßt, Anlaß; noch ist dafür ein innerer Grund vorhanden; auch eine theilweise Beweisaufnahme kann zur Entscheidung genügend sein. Vertagung (auch von Amtswegen, § 206) ist natürlich stets zulässig. Ueber die Nothwendigkeit oder Zulässigkeit einer Wiederholung der Beweisaufnahme vgl. Anm. 2 § 258.

Auch wenn der Termin außerhalb der ordentlichen Gerichtsstelle abgehalten wird, ist § 335 Abs. 1 anwendbar; vgl. Anm. 1 § 196.

2) Die Vorschriften des Abs. 1 und des ersten Satzes des Abs. 2 bezwecken, möglichst durch Verkündung der Termine wiederholte Ladungen der Parteien mit Rücksicht auf §§ 195, 283, 294 unnötig zu machen und den Prozeß zu beschleunigen; Abs. 1 zugleich, möglichst alle Zwischenfragen zu erledigen, wenn auch nicht sofort erkannt werden kann. Die Bestimmung des Termins zur Fortsetzung erfolgt seitens des Vorsitzenden, § 127 Abs. 3.

3) Die „Belanntmachung“ des Termins an die Parteien ist sachlich die Eröffnung eines Beschlusses und eine Ladung zum Termine; sie erfordert daher eine förmliche Zustellung, § 294 Abs. 3. Eine Ausnahme von § 294 Abs. 3 ist durch den Schlußsatz nicht bestimmt; vgl. Vorb. 1 vor § 191. Die Ladungsfrist, § 194, ist zu beobachten.

## Sechster Titel.

### Beweis durch Augenschein.

#### § 336.

Die Antretung des Beweises<sup>1)</sup> durch Augenschein<sup>2)</sup> erfolgt durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheins<sup>3)</sup> und durch die Angabe der zu beweisenden Thatfachen.

R. 336. H. 494. P. 126. 548.

1) Der Augenschein hatte schon nach dem früheren Prozeßrechte eine doppelte Funktion, einmal als ein von der Partei bezogenes Beweismittel, andererseits als eine Erkenntnisquelle, welche sich der Richter selbst direkt beschaffen kann und soweit es nötig und zulässig ist, beschaffen soll. Indes hat dies amtliche Recht und die entsprechende amtliche Pflicht ihre Schranke darin, daß das Gericht, der Verhandlungsmaxime entsprechend, nicht eine absolute Wahrheit erforschen, sondern nur über den aus den Parteibehauptungen

sich ergebenden Prozeßstoff zu urtheilen hat. Sind die beiderseitigen Behauptungen über einen thatsächlichen Zustand deutlich und übereinstimmend, eine Aufklärung durch Augenschein also überhaupt nicht nöthig, so erübrigt sich der Augenschein. Weder dann, noch bei Differenzen der Parteien über den Zustand soll er mit der Absicht benutzt werden, inquisitorisch zu forschen. Ergiebt der Augenschein, zur Aufklärung und Würdigung der Parteibehauptungen benutzt, ein von den Behauptungen beider Parteien verschiedenes Resultat, so steht dies Resultat in Betreff der Benutzung gleich einer ähnlichen Abweichung beim Zeugen- und Urkundenbeweise frei; Anm. 1 § 135; Anm. § 323; Anm. 1, 4 § 255. Vgl. Weßell § 21 Anm. 1, 44; Heußler, cit. A. 62, 237—243, 256—261, 268. Für die von Heußler vollständig geeignete Beschränkung durch die Verhandlungsmagime: Wendt, cit. A. 63, 262—269; Endemann 2, 198.

Für die O. P., welche die Einnahme des Augenscheins von Amtswegen (§§ 135, 3) und die Berufung der Parteien auf denselben (§§ 336, 255 Abs. 2) zuläßt, muß sachlich derselbe Standpunkt behauptet werden. Sie enthält zwar keine positive Bestimmung, wann die Zulässigkeit des Augenscheins von Amtswegen („kann“) für den Richter zur Pflicht wird. Die Vorschrift hierfür wird aber ebenso, wie für die Anwendung seiner sonstigen amtlichen Befugnisse, durch die Natur der Sache und den Zweck der Entscheidung dahin ergänzt, daß der Richter den Augenschein einzunehmen hat, sofern er nach den Umständen erforderlich ist, um undeutliche oder nicht genügend verständliche Bezeichnungen und Beschreibungen der Parteien zu verstehen oder die unter den Parteien streitigen thatsächlichen Behauptungen hinsichtlich des Augenscheinsobjekts durch eigene Wahrnehmung aufzuklären. Die Bezeichnung des Augenscheins als Beweismittel und die im § 336 normirte Beweisansetzung als die Norm, in welcher die Partei sich auf den Augenschein als Beweismittel gemäß § 255 berufen mag, haben gegenüber der Vorschrift des § 135 aber immerhin die fernere Bedeutung, daß die Partei die richterliche Officialthätigkeit anregen und bestimmen kann und daß sie dies für den Augenschein, wie für jedes andere Beweismittel, innerhalb der für Beweismittel vorgeschriebenen Zeiten und Formen, §§ 255 ff., thun muß, wenn sie einen Einfluß davon auf die richterliche Ueberzeugung und auf die Pflicht zur Angabe von Gründen nach § 259 erstrebt. Der Augenschein ist daher für die O. P. zugleich als Beweismittel anzusehen und allen ihren allgemeinen Vorschriften über Beweismittel unterworfen. Vgl. Busch 5, 320—380; Wack, krit. Vierteljahrschr. 14, 335 ff., Bortr. 149 ff.; Kohler, krit. Vierteljahrschr. 13, 474; ferner Anm. 4 § 255, Anm. § 223. Dafür wird § 336 insbesondere auch erheblich durch die Parteierklärungen darüber, daß überhaupt bzw. wo und unter welchen Umständen ein Augenscheinsobjekt wahrzunehmen ist.

Eine unbedingte Pflicht, einem Parteilantrage auf Augenschein stattzugeben, ist (gegen Kleiner 2, 279) hier, wie hinsichtlich jeder Beweisaufnahme mit Rücksicht auf das Prinzip des § 259 nicht vorhanden, Anm. 1 § 259.

2) Der Begriff des Augenscheins ist nicht wörtlich zu nehmen, sondern umfaßt hier, wie für § 135 jede sinnliche Wahrnehmung („alle fünf Sinne“). Vgl. überhaupt über den Augenschein: Weßell, zur Lehre vom gerichtlichen Augenschein im Civilprozeß, München 1877.

Soweit in den Urkunden Augenscheinsobjekt sind, kommen nicht §§ 336, 337, sondern die für dieselben gegebenen Bestimmungen (§§ 385, 387—397) zur Anwendung, welche andererseits in keiner Weise eine analoge Ausdehnung auf andere Augenscheinsobjekte zulassen. W. Kohler, prozeßrechtliche Forschungen, Berlin 1889 S. 78 ff.; vgl. gegen denselben Gaupp Vorb. III Nr. 10, Seuffert Anm. 3.

3) Die materiell-rechtliche Frage, ob der Besitzer einer Sache die Einnahme des Augenscheins zu gestatten habe, ist in der O. P. nicht entfallen. Vgl. Rot. 247 und P. 126. Die Frage ist lediglich nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Für Niemanden, weder für die Parteien, noch für Dritte besteht eine allgemeine civilprozeßualische Verpflichtung, seine Sachen vorzuzeigen, sich Hausfuchungen, Lokalrecherchen etc. gefallen zu lassen, zum Anpassen von Kleidungsstücken benutzen oder seine Person als Augenscheinsobjekt oder vollends als Gegenstand für experimentale Versuche behandeln zu lassen.

Zwangsmittel hierfür sind ebensowenig, wie für die zulässige Anordnung des persönlichen Erscheinens (§ 132) durch die C.P. gegeben. Auch eine allgemeine staatsrechtlich gebotene Pflicht, in Folge der Justizhoheit im öffentlichen Interesse der Rechtspflege einer richterlichen Anordnung zum Vorzeigen Folge zu leisten, läßt sich nicht aufrecht erhalten, da die Beschaffung der Erkenntnismittel zur Entscheidung eines Rechtsstreits dem Privatinteresse angehört und die Inanspruchnahme des öffentlichen Interesse hierfür nur soweit zulässig ist, als dies (wie z. B. die Zeugnispflicht) auf positiver Vorschrift beruht. Sowohl Parteien (im Widerspruche mit den Not.), als Dritte sind sachlich zur Vorzeigung von Augenscheinsgegenständen nur soweit verpflichtet, als das Zivilrecht vorschreibt. Vgl. Beling, Stchr. f. d. gef. Strafrechtswissenschaft Bd. 15 S. 471 ff. u. andererseits Friedrichs, Busch 19, 390 ff., 398 ff.; DZ. Stuttgart, SA. 49, 281. AR. Kohler a. a. D. — Für das Recht des Konkursverwalters gegen Absonderungsgläubiger vgl. RD. § 110. — Für das gemeine Recht nimmt die herrschende Ansicht eine actio ad exhibendum für Jeden, welcher in Ansehung einer Sache einen (dinglichen oder obligatorischen) Anspruch geltend machen will und hierfür ein Interesse an der Vorzeigung hat, gegen jeden Inhaber als begründet an; R. 21. Nov. 1893, 1. Febr. 1894, JW. 1894 S. 54, 128; Windscheid 2, 484. Das Preuß. Recht kennt keine besondere Klage ad exhibendum; der Anspruch auf Besitz, Benutzung bzw. Herausgabe entscheidet. Vgl. Dernburg I, § 235 Anm. 9; Eccius 3, §§ 179 Anm. 2, 180; Koch, Privatr. 2, § 605. Ueber die Ausgrabung von Zeichen (z. B. behufs Feststellung der Todesursache in Lebensversicherungssachen) entscheiden die polizeilichen Vorschriften, vgl. Gaupp Vorb. III und R. 16, 153.

Ein Streit über die Verpflichtung ist nöthigenfalls in einem besonderen Streitverfahren zum Austrage zu bringen. Für dessen Berücksichtigung im schwebenden Prozesse und ebenso für die Befreiung von zeitigen anderen Hindernissen kann die Bestimmung einer Frist nach § 321 beantragt werden. Für einen Zwischenstreit mit desfalligen Anträgen in demselben schwebenden Prozesse (wie ein solcher für Urkunden unter den Parteien nach §§ 386 ff. gestattet ist) hat die C.P. keine Bestimmung getroffen.

Die Folgen der Nichtvorzeigung des Augenscheinsobjekts bestehen für die Partei, welche im Sinne des § 336 (f. Anm. 1) Beweisführer ist, darin, daß sie die Benutzung des Mittels ohne vorgängige Androhung der Folgen und ohne Antrag des Gegners verliert, vgl. §§ 208, 209, 332. Veranlaßt der Gegner des Beweisführers das Hinderniß der Augenscheins-Einnahme, so kann das Gericht die Sachlage unter Berücksichtigung dieses Umstandes würdigen, § 259. Die gleiche Würdigung steht dem Gerichte zu, auch wenn die Unterlassung der Vorzeigung durch irgend welche andere Gründe verursacht wird. Vgl. RD. 9, 23; 20, 62; 23, 308.

Bei erfolgter Vorzeigung der Sache kann sich ein weiterer Streit über die Identität derselben (z. B. bei Vorlegung von Proben) ergeben. Für denselben entscheiden die allgemeinen materiel-rechtlichen Vorschriften über die Beweislast, unter Berücksichtigung des Verschuldens einer Veränderung, sowie des Abhandenkommens, RD. 6, 325; 9, 28; 12, 9; 23, 308. Ueber die Zulässigkeit einer Beweisführung hinsichtlich der Zeit entscheiden §§ 256, 332; für die „Nachträglichkeit“ im Sinne des Abs. 2 §§ 256, 332 ist maßgebend, daß erst bei der Vorzeigung selbst die definitiven Erklärungen über die Identität abgegeben werden können und sollen, unbeschadet der Zulässigkeit der früheren Antretung eines Identitätsbeweises für die vorzuziehenden Gegenstände.

Für baare Auslagen kann das Gericht vom Beweisführer einen zur Deckung hinreichenden Voranschuß fordern. Diese Voranschußpflicht besteht indeß nur „bei jedem Antrage auf Vornahme einer Handlung, mit welcher baare Auslagen verbunden sind“, sie findet also für einen von Amtswegen einzunehmenden Augenschein keine Anwendung; OR. §§ 79, 84 Abs. 1; vgl. § 3.

### § 337.

Das Prozeßgericht kann anordnen, daß bei der Einnahme des Augenscheins ein oder mehrere Sachverständige zuzuziehen seien.<sup>1)</sup>

Es kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte die Einnahme des Augenscheins übertragen, auch die Ernennung der zuzuziehenden Sachverständigen überlassen.<sup>1)</sup>

R. 337. N. 495. 496. P. 196. 542.

1) Der § 337 ist auch für den von Amtswegen angeordneten Augenschein anwendbar. Ebenso ist von Amtswegen die Zuziehung von Sachverständigen zulässig, § 135. Das Prozeßgericht kann in corpore den Augenschein einnehmen, bzw. sich das Objekt in der mB. vorlegen lassen, § 330. Das Ergebnis des Augenscheins ist zu Protokoll festzustellen § 146 Nr. 4.

2) Abf. 2 vgl. § 320 und Anm. dazu. Die durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgte Augenscheins-Einnahme wird ihrem Ergebnisse nach, wie jede andere nicht vor dem Prozeßgericht stattgehabte Beweisaufnahme, erst durch den Vortrag derselben (auf Grund des ausgenommenen Protokolls) Prozeßstoff für das Gericht. Den beauftragten oder ersuchten Richter als Zeugen und das von ihm aufgenommene Protokoll als sein Zeugniß zu betrachten (v. Canstein, Busch 2, 327), widerspricht der Auffassung des Zeugenbeweises nach der CP., Anm. 1 § 338, und würde den beauftragten Richter gemäß § 41 Nr. 5 von der weiteren Verhandlung und Entscheidung des Prozeßes ausschließen. Das Protokoll ist allerdings eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 383 und macht vollen Beweis der darin „bezeugten Thatfachen.“ Der Ausdruck „bezeugte Thatfachen“ ist aber nicht identisch mit „durch einen Zeugen bekundeten Thatfachen.“ Das Protokoll hat keine andere Qualifikation als jedes sonstige über einen Vorgang im Prozeße aufgenommene gerichtliche Protokoll.

Entsteht vor dem beauftragten oder ersuchten Richter ein Streit über die Identität, so bleibt die Entscheidung darüber dem Prozeßgerichte vorbehalten, § 331. Die Entscheidung hierüber braucht indeß vor Erledigung der Beweisaufnahme nur dann stattzufinden, wenn und soweit diese von der Entscheidung abhängig ist.

## Siebenter Titel. Zeugenbeweis.

Das Gesetz kennt keine Beschränkung in der Zulassung des Zeugenbeweises für irgend welche Rechtsverhältnisse oder Thatfachen. Die Vorschriften des code civil art. 1381 ff. hierüber sind aufgehoben. Vgl. Anm. § 259. Ebenso ist eine Beschränkung in der Zahl der Zeugen nicht vorgeschrieben. Wenn sich eine Partei einen unverhältnismäßigen Luxus bei Benennung von Zeugen gestattet, so würde sie unter Umständen einen entsprechenden Theil der Kosten nicht erstattet erhalten, § 87. Das Prozeßgericht braucht auch einen schon genügend erachteten Beweis nicht noch durch weitere Vernehmungen befähigen zu lassen.

In Folge des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung, § 259, sind ferner die Unterschiede des gemeinrechtlichen Prozeßes zwischen klaffischen und verdächtigen Zeugen und des französischen zwischen untlichtigen und auf Antrag verwerflichen Zeugen beseitigt. Der Werth der Zeugenbekundungen ist der richterlichen Würdigung nach der konkreten Sache anheimgestellt. Ueber den Einfluß des Zeugenalters vgl. Anm. 3 § 356, Anm. 1 § 358. Auch der Umstand allein, daß eine Partei den Zeugen selbst benannt hat, ist für die Glaubwürdigkeit desselben zum Nachtheile dieser Partei nicht entscheidend; R. 21. Sept. 1887, SA. 43, 358. Eine weitere Folge des Beweiswürdigungsrechts ist, daß das Prozeßgericht eine Zeugenvernehmung nicht vorzunehmen braucht, „wenn es nach den Umständen des Falls annimmt, daß der Aussage dieser Person ein Einfluß auf die richterliche Ueberzeugung nicht beizulegen sein würde.“ Vgl. R. 551, 552. Indes muß zur Ablehnung einer beantragten Beweisaufnahme eine genügend begründete Unmöglichkeit für das Gericht vorliegen, daß sie kein anderes Resultat ergeben würde, R. 7. März 1891, Kass. R. 35, 969. Vgl. Anm. 1 § 259.



Ueber die Anwendbarkeit der Vorschriften über Ermittlungen, insbesondere Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen im Konkursverfahren vgl. *RO.* §§ 67, 65.

Nach dem preuß. *RO.* v. 24. März 1879 § 4 finden die §§ 341, 345, 347—350, 355 bis 357, 359—363, 372—375, 440—446 in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, entsprechende Anwendung; ebenso nach § 3 des preuß. *Ges.* v. 31. März 1879 betr. die Uebergangsbestimmungen zur *CP.* und *StP.* (mit Ausnahme des § 440) in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nach den bisherigen Vorschriften erledigt werden. Ähnliche Bestimmungen enthalten die meisten übrigen deutschen Ausführungs- und Uebergangsgesetze zur *CP.* — Vgl. § 48 des preuß. *Ges.* v. 3. Juli 1875, *GS.* 375 und des *Ges.* v. 2. Aug. 1880, *GS.* 320 für das Verwaltungsstreitverfahren.

Vgl. über den Zeugenbeweis: *Weyell* § 23, *Renaud* § 110; *Heusler*, *civA.* 62, 225, 274—280; *Reubauer*, Sammlung von Grundsätzen des *RO.* über Zeugenvernehmung, *Buch* 19, 136—168.

### § 338.

Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch die Benennung der Zeugen und die Bezeichnung der Thatfachen, über welche die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll.<sup>1)</sup>

*R. 338. N. 497. P. 126. 548.*

1) Begrifflich ist das Zeugniß im Prozesse die Mittheilung eigener Wahrnehmungen über Thatfachen seitens eines Dritten, welcher nicht Partei ist (*Weyell* § 23; *Renaud* § 110) und zwar gegenüber dem Prozeßgericht, sei es unmittelbar, sei es mittelbar vor dem beauftragten oder ersuchten Richter. Die protokolllarischen Beurkundungen des beauftragten und ersuchten Richters selbst, mögen sie auch dessen eigne Wahrnehmungen betreffen, fallen nicht unter den Zeugenbeweis, *Ann.* 2 § 387. Ausgeschlossen von der Abgabe eines Zeugnisses bzw. von der Fähigkeit, als Zeuge vorzutreten, sind nach der *CP.* begrifflich nur die Parteien desselben Rechtsstreits; *RO.* 8, 412; 17, 366 ff.; 20, 392; 28. März 1885, *Raff.* 29, 1080; also auch Streitgenossen, so lange sie im Prozeß noch als solche theilhaftig sind; auch uneigentliche Streitgenossen nach § 57 bzw. in Folge der Verbindung von Prozessen nach § 138 (ohne Rückwirkung auf frühere Vernehmungen, *Kammergericht*, *Buch* 18, 522); *OLG.* *Selle*, *SA.* 48, 214. Der *Ghemann*, „in dessen Beistand“ die Ehefrau einen Prozeß betr. des Eingebrauchten führt, ist als Streitgenosse nicht zeugnißfähig; *RO.* 29. Sept. 1894, *JW.* 514; 5. Dez. 1894, *JW.* 1895 S. 41. Vgl. § 358 Nr. 4. Als Partei gilt indes auch ihr gesetzlicher Vertreter, der Recht und Pflicht hat, als Partei aufzutreten, *RO.* 2, 400 (Direktor einer Aktiengesellschaft in deren Prozesse); 12, 188 (Vater im Prozesse seines, durch ihn vertretenen minderjährigen Haussohnes); *RO.* 22. Dez. 1884, *SA.* 40, 364; 18. Febr. 1892, *JW.* 180; und zwar z. B. ein Vormund der von ihm im Prozesse vertretenen minderjährigen Partei selbst dann, wenn derselben für den Prozeß noch ein besonderer Pfleger bestellt ist; *OLG.* *Hamm*, *Buch* 13, 386. Vgl. *Ann.* 4 § 350. Ein Vormund, welcher im Prozesse nicht vertritt, weil ein besonderer Pfleger bestellt ist, ist für diesen Prozeß nicht gesetzlicher Vertreter, vgl. *Thiele*, *civA.* 82, 51 f., u. demnach zeugnißfähig. Zeugen können also auch sein: die sonstigen Vertreter der Partei (abw. *Pfizer*, *Buch* 14, 293 ff., dessen Ausführungen sich jedoch überall nicht im Rahmen des Gesetzes halten, sondern subjektiven Erwägungen folgen), ihr *Gebent*, auch wenn es sich nur um eine *Scheincession* handelt, *RO.* 19. Nov. 1888, *JW.* 1889 S. 17, der *Hauptinterventent* für den Hauptprozeß und der *Litisdenunziat*; ferner *Nebeninterventent* außer dem Falle des § 66, *RO.* 20, 390; *OLG.* 2. Mai 1892, *SA.* 48, 217; vergl. *Ann.* 4 § 358; auch Personen, welche in dem Prozesse zwar Parteien gewesen sind, aber dies nicht mehr sind, z. B. nach Uebernahme eines Prozesses durch eine andere Partei in Gemäßheit der §§ 236, 237 (*OLG.* 10. April 1883, *SA.* 38, 467) oder in höherer Instanz diejenigen Streitgenossen der früheren Instanz, welche durch Nichtgebrauch des

Rechtsmittels bzw. Rechtskraft der gegen sie ergangenen Entscheidung aus dem Prozesse ausgeschlossen sind, vgl. **R. O.** 13, 416; 29, 370. Die ehemaligen Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft in Liquidation, auch wenn sie nicht zu den Liquidatoren gehören, sind nach **R. O.** 17, 365 als eigentliche Parteiparteien zu erachten, mithin auch nicht fähig, als Zeugen vernommen zu werden, da die Liquidatoren nicht das Gesellschaftsvermögen, sondern die Gesellschafter in ihrer bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend zu denkenden Verbindung vertreten. Vgl. **Ann.** 1 § 56; **Ann.** 3 § 219; ferner **R. O.** 3, 57, dagegen **Ecclus.**, Goldschmidt *Schr.* f. **S.** 32, 1 ff., *Behrend Handelsr.* 1, § 82 **Ann.** 7 S. 572 ff., § 74 S. 524 ff., namentlich **Ann.** 4. Die von **Ecclus.** a. a. O. 17 aufgestellte These, daß im Prozesse der offenen Handelsgesellschaft der einzelne Gesellschafter in Gemäßheit des § 358 **Rt.** 8 der **CP.** als Zeuge vernommen werden könne, ist nur mit der Einschränkung zu verstehen, wenn der betr. Gesellschafter von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen ist, andernfalls ist er als gesetzlicher Vertreter unfähig, als Zeuge aufzutreten, vgl. vorstehend. Das **R. O.** 17, 365; 32, 398 erklärt die Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft, im Prozesse derselben, weil sie die eigentlichen Parteiparteien sind, für unfähig als Zeugen vernommen zu werden; ebenso die Kommanditisten im Prozesse der Kommanditgesellschaft auf Aktien. Dagegen sind die Mitglieder des Aufsichtsraths einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, einer Aktiengesellschaft und einer Genossenschaft (abgesehen von den Fällen eigener Beteiligung, z. B. **Art.** 190a, 213b, 213c, 222, 223, 226) nicht Parteien in den Prozessen dieser Gesellschaften und deshalb als Zeugen zuzulassen; **R. O.** 17. März 1894, **ZW.** 197, **SA.** 49, 470. Ob und wann Gemeinschuldner in Prozessen über die Konkursmasse als Zeugen zu vernehmen sind, hängt von der Entscheidung der Streitfrage ab, wen der Konkursverwalter vertritt. Vgl. **Borb.** vor § 50. Das **R. O.**, den **Verwalter** als Organ öffentlichen Interesses für den Konkurszweck unter Ablehnung einer Vertretungsfunktion ansehend, läßt den Gemeinschuldner als Zeugen in allen Prozessen des Verwalters zu, **R. O.** 8, 418; 29, 29; 10. Mai 1889, **SA.** 44, 466; 16. Febr. 1891, **ZW.** 179; 27. April 1894, **ZW.** 315; vgl. **Ann.** 4 § 358; dagegen **DZ.** Kiel, **SA.** 43, 245; *Peterfen*, *Buch* 9, 1 ff. u. *Sächs. Arch.* 1, 1 ff. Vgl. über die vorstehenden Fragen auch *Thiele*, *citArch.* 82, 30 ff. Gegen die Verwertung des in der Vorinstanz abgegebenen Zeugnisses einer Person, welche in der höheren Instanz als Partei in den Prozeß eingetreten ist, ist nach der **CP.** nichts einzuwenden; **R. O.** 2. April 1889, **Raff.** 33, 1171; ein solches Zeugniß muß vielmehr nach § 259 berücksichtigt werden, **R. O.** 29, 343.

In § 338 sind die Erfordernisse angegeben, wie seitens der Partei gemäß § 255 der Zeugenbeweis anzutreten ist. Die gemeinrechtlichen Artikel und Fragestücke sind danach besetztigt. Die Benennung der Zeugen, vgl. § 324 **Rt.** 2, muß, um berücksichtigt zu werden, so genau sein, daß das Gericht zufolge seiner Officialthätigkeit sie laden kann. Neben der Benennung der Zeugen ist eine weitere Behauptung oder Beweisantretung darüber, daß die Zeugen die Wahrnehmung hätten machen können, oder beim Beweise einer Negative hätten machen müssen, wenn die Thatfache sich zugetragen hätte, nicht erforderlich, **R. O.** 3. Febr. 1885, **ZW.** 122 *Siff.* 5. Wenn indessen ohne Weiteres klar ist, daß die vorgeschlagenen Zeugen außer Stande sind, das Nichtsein einer Thatfache zu bekunden, weil sich dieselbe ohne ihre Wahrnehmung oder Gegenwart hat zugetragen können, so ist die Vernehmung derselben unbedenklich abzulehnen. Eine unzulässige Vernehmung von Zeugen unterliegt nicht der Parteidisposition und kann nicht nach § 267 geheilt werden, **R. O.** 20. Jan. 1891, **ZW.** 129.

Die zum Beweise zu stellenden Thatfachen sind zu bezeichnen; es genügt nicht, Zeugen zu benennen, um zu erfahren, ob Thatfachen behauptet werden können, um Prozeßmaterial zu sammeln, **R. O.** 9. Dez. 1891, **ZW.** 1892 S. 13. In welcher detaillirten Bestimmtheit die Thatfachen anzugeben sind, und wo die Grenzen des Begriffs einer „Thatfache“ liegen, ist theoretisch nicht allgemein zu formuliren. Selbstverständlich ist, daß die Thatfachen so bestimmt anzugeben sind, daß eine Vernehmung der Zeugen darüber (gemäß § 361) möglich ist, und daß auch das Gericht und der Gegner das Verhältniß der

Thatfachen zum Zusammenhange des Rechtsstreits ermessen können, *Not.* 247. Die Zerlegung gemeinverständlicher Rechtsbegriffe ist hier, wie auch für den Parteieneid, nicht nöthig. *Bgl. R. 7.* Febr. 1881 (wo der Begriff des geschlechtlichen Verächthigkeits im Sinne des preuß. Schwängerungsgesetzes als Thatfache im Sinne des § 338 erachtet wird); ferner *R. 8.* Juli 1889, *IV.* 324 (Kenntniß von der Zahlungseinstellung); vgl. *Ann. 3* § 261 u. *Ann. 1* § 410. Der Begriff der Thatfache ist für die Zeugenvernehmung derselbe, wie für den Parteieneid und ist dafür auf das darüber in *Ann. 1* § 410 Bemerkte zu verweisen. Daran ändert nichts der vom *R. 32.* 375 hervorgehobene Unterschied, daß der Zeuge hinsichtlich seiner eigenen Handlungen und Wahrnehmungen erklären kann: er wisse es nicht mehr, während die Partei bei der Eideszuschlebung mit Ja oder Nein antworten müsse (oder wie zu ergänzen ist, wenn ihm die positive Erinnerung nicht „zuzumuthen“ ist, den Eid nach § 424 zu leisten hat). Dies beweist nur, daß sachgemäß der Partei mit gleichem Anspruch auf Glauben nicht stärkere Erinnerung zuzumuthen ist, als einem Zeugen, soweit nicht das größere Interesse der Partei oder besondere Umstände einen Unterschied in der Glaubwürdigkeit begründen. Jede Bekundung einer Wahrnehmung oder Handlung, jedes Eigenschaftswort für eine Person oder Sache, jedes Umstandswort für eine Wahrnehmung enthält ein Urtheil; jeder Zeuge nimmt nur wahr und erinnert sich nur, indem er zugleich urtheilt. Der übliche Gegensatz, daß der Zeuge nicht über Urtheile zu vernehmen ist, hat eine begründete Bedeutung nur darin, daß seine Schlussfolgerungen aus dem ihm Bekannten und aus demjenigen, was er wahrgenommen hat oder zu haben glaubt, nicht als von ihm bekundete Thatfachen zu verwerthen sind. *Bgl. Stein, priv. Wissen* S. 8, 56 ff. Bei der Beurtheilung von Zeugenaussagen ist demgemäß überhaupt mit Rücksicht auf die Persönlichkeit, Auffassungskraft, Erinnerungs- und Darstellungsbemögen des Zeugen die Glaubwürdigkeit des von ihm Bekundeten zu prüfen. Ob der Zeuge für die von ihm bekundete Wahrnehmung den bei jeder Wahrnehmung einflussreichen Erfahrungsfähigkeiten die richtige Bedeutung und Folge für das Resultat, welches er als wahrgenommen bekundet, gegeben hat und geben konnte, unterliegt der richterlichen Würdigung und ist gegenüber der individuellen Verschiedenheit einem allgemeinen theoretischen System nicht unterzuordnen. Dies gilt sowohl von der Vernehmung Sachkundiger über „vergangene Thatfachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war“, § 379, als auch von Wahrnehmungen, für welche jeder verständige Mensch bzw. im Einzelfalle ein bestimmter Zeuge sich Sachkunde bemessen zu können glaubt. *Bgl. Stein* S. 32 ff., 56 ff.

Die Thatfachen, worüber Zeugen zu vernehmen sind, können ebenso wie für den Urkundenbeweis sowohl die eigene Wahrnehmung eines Rechtsakts betreffen, welcher selbst die Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten bewirkt, als auch Gesändnisse zur Feststellung solcher Akte, oder auch Thatfachen sein, welche eine Schlussfolgerung (*Indizienbeweis*) für die über einen Anspruch entscheidenden Thatfachen gestatten. Die für den Urkundenbeweis nöthige Detailirung des verschiedenartigen Inhalts erübrigt sich für den Zeugenbeweis, weil für diesen der Grundsatz der freien Beweiswürdigung keinerlei Einschränkung erhalten hat und durchaus keine positiven Bestimmungen über Beweis kraft gegeben sind. Dies gilt namentlich auch für sog. Zeugen von Hörensagen, deren Aussagen für einen *Indizienbeweis* von Wirkung sein können. *Bgl. Heusler, cit. 62.* 274 ff.

Die Berufung auf Auskunft einer öffentlichen Behörde, ein Beweismittel, welches in der *CP.* nicht besonders erwähnt wird, indeß als zulässig anzusehen ist (vgl. *Ann. 4* § 255, *Not.* 199, *Stein* S. 72), enthält das Verlangen, daß das Gericht durch das Ersuchen an die Behörde eine öffentliche Urkunde zur Bezeugung von Thatfachen (§ 333) durch Mittheilung des bei der Behörde Amtskundigen schaffen möge. Wenn die Auskunft erteilt ist, so ist sie unzweifelhaft als Urkunde in Betracht zu ziehen. Für die praktisch wichtige Frage, ob und wann sie zu erfordern und zu geben ist, enthält die *CP.* keine Vorschrift. Ein prozessualisches Recht darauf ist daher nicht gegeben. Direkt sind weder die Vorschriften über die Zeugnispflicht und die Zeugenvernehmung, noch die Bestimmungen über die Vorlegung vorhandener Urkunden seitens Dritter anwendbar. Der Antrag auf Auskunft

Einholung ist in vielen Fällen nicht zu entbehren, besonders bei Unbekanntheit mit den betheiligten Beamten und den vorhandenen Akten. Vgl. auch Anm. 1 § 369. Der allgemeinen praktischen Übung entsprechend, ist zu erwarten, daß absolut weder die Gerichte die Einholung, noch auch die Behörden die Ertheilung erbetener Auskunft verweigern werden. Einen Anhalt zur sachgemäßen Ablehnung geben die Vorschriften über Urkunden- und Zeugenbeweis nur behufs analoger Anwendung in negativer Beziehung. Das Gericht wird den Antrag auf Auskunftseinholung nach Analogie des § 397 ablehnen können, wenn die Partei sich die Auskunft in Form eines Attestes ohne Mitwirkung des Gerichts selbst zu beschaffen im Stande ist. Der Antrag und die Folgeleistung seitens der ersuchten Behörde werden ferner aus Gründen, welche zur Zeugnisverweigerung berechtigen (§§ 341, 348 Nr. 5 und Abs. 3), abzulehnen sein. Wie weit überhaupt eine Behörde zur Auskunftsertheilung berechtigt und verpflichtet ist, richtet sich nach den Vorschriften über Verfassung und Verwaltung der Behörden. Vgl. § 88 preuß. Verordn. v. 2. Jan. 1849, GS. S. 1 (gegenseitige Unterstützungspflicht der Gerichts- und Verwaltungsbehörden). — Das Patentamt ist nach § 18 Patentges. auf Ersuchen der Gerichte über Fragen, welche Patente betreffen, Gutachten abzugeben verpflichtet (vgl. R. O. 6, 338). Dies ist durch Gef. 7. April 1891 (R. O. Bl. 79) auf den Fall beschränkt, daß in dem gerichtlichen Verfahren von einander abweichende Gutachten mehrerer Sachverständiger vorliegen. Vgl. über Gutachten von Fachbehörden Anm. 1 § 369; ferner über Gutachten der Organe des Handelsstandes Marcus, Buch 13, 338 ff. In Betreff der Gerichte vgl. Anm. O. B. § 157.

### § 339.

Die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses bezüglich der in demselben bezeichneten streitigen Thatfachen benannt werden, ist auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit die Zeugen nicht früher benannt hat.<sup>1)</sup>

L. 339. N. 469. 474. 475. P. 136. 548.

1) Der § 339 hält zur Restriktion des § 256 Abs. 1 die Eventualmaxime für den Zeugenbeweis in beschränkter Weise (analog dem § 252) aufrecht. Neben dieser Beweis-Beschränkung des § 256 Abs. 1 bleibt die für alle Beweismittel im § 256 Abs. 2 zugelassene, sowie die Beschränkung nachträglicher Vertheidigungsmittel des Beklagten durch § 252 bestehen. Abweichend von der letzteren betrifft § 339 die Anträge beider Parteien.

Präkludirt werden die nach Erlassung eines Beweisbeschlusses benannten neuen Zeugen für dieselben Thatfachen, welche der Beweisbeschluss enthält, nicht die Zeugenbenennung für andere früher oder später angeführte Thatfachen; auch nicht die Bezugnahme auf einen schon früher vom Gegner benannten Zeugen bezüglich derselben Thatfache. Letzteres kann wichtig werden, wenn der Gegner auf einen Zeugen verzichtet, welchen die Partei ihrerseits nur deshalb nicht benannt hatte, weil er schon benannt war, § 364. Nöthig ist ferner zur Präklusion ein Antrag des Gegners. Ueber denselben ist in der m. B. zu entscheiden, welche auch zur Entscheidung über den Vernehmungsantrag vorausgesetzt wird. Fernere Voraussetzungen der Präklusion sind, daß durch die Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert wird, — was wegfällt, wenn die Zeugen gestellt werden, R. O. 17. März 1893, Z. B. 234, oder wenn aus anderen Gründen ohnehin noch nicht sofort erkannt werden kann — und daß zugleich das Gericht (nach § 259) die Ueberzeugung von der Verschleppungsabsicht oder grobnachlässiger Verspätung gewinnt, R. O. 14. Nov. 1892, Z. B. 1893 S. 16, Kass. R. 37, 1258. In Betreff der Bestellung von Zeugen ist indeß zu unterscheiden: das „Prozeßgericht“ muß sie allerdings vernehmen, da ihre Vernehmung das Verfahren nicht verzögert; der beauftragte oder ersuchte Richter hat sie jedoch ohne Anordnung des Prozeßgerichts oder Genehmigung des Gegners nicht zu vernehmen, da die Zulässigkeit der Vernehmung ohne die Genehmigung des Gegners von

der Entscheidung des Prozeßgerichts abhängt, § 331 Abs. 1. Vgl. Petersen, Buzsch 4, 314. Abw. O. B. Zweibrücken, Buzsch 9, 502, vgl. dagegen ebenda 506 f. und Caupp Anm. III. — Hinsichtlich der „groben Nachlässigkeit“ s. Anm. 4 § 252. Eine nachlässige Unterlassung wird nicht anzunehmen sein, wenn die Vernehmung von früher benannten Zeugen unmöglich wurde und an deren Stelle andere benannt werden. Vgl. auch Anm. § 364. Einer besonderen Begründung seitens des Gerichts bedarf es nicht, R. 12. Rat 1886, Raff. 30, 1128.

Die Entscheidung über den Antrag kann durch das Endurtheil (in den Gründen) erfolgen; indeß ist auch die Erlassung eines Zwischenurtheils zulässig, § 275. Der Gegner hat ein Recht auf Abweisung des Antrags, wenn die Voraussetzungen des § 339 vorliegen; die Vernehmung „ist zurückzuweisen“ und hängt nicht, wie die Anwendung des § 252, vom richterlichen Ermessen ab. Gegen die Entscheidung ist, da sie eine Maß. voraussetzt, Beschwerde nach § 530 nicht zulässig. Die in erster Instanz nach § 339 zurückgewiesenen Zeugen können in zweiter Instanz benannt werden, § 491; für das Verfahren innerhalb der Berufungsinstanz findet indeß § 339 nach § 485 ebenfalls Anwendung.

### § 340.

Die Aufnahme des Zeugenbeweises kann einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gericht übertragen werden:<sup>1)</sup>

1. wenn zur Ausmittlung der Wahrheit die Vernehmung des Zeugen an Ort und Stelle dienlich erscheint;<sup>2)</sup>
2. wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde;<sup>3)</sup>
3. wenn der Zeuge verhindert ist, vor dem Prozeßgerichte zu erscheinen;<sup>4)</sup>
4. wenn der Zeuge in großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält.<sup>5)</sup>

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern sind durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen.<sup>6)</sup>

R. 330. N. 499. E. 126. 548. 668. 671—675.

1) Im § 340 sind für die Zeugenvernehmung die zulässigen Ausnahmen von der Regel des § 320, daß sie vor dem Prozeßgericht erfolgen soll, bestimmt. Eine weitere Ausnahme vgl. § 347. Der Beschluß der Uebertragung der Vernehmung ist unanfechtbar, § 320 Abs. 2. Außerdem kommt für solche Ausnahmen § 374 in Betracht. Vgl. im Uebrigen Anm. 1—3 § 320. Hinsichtlich der Erstattung und Einziehung der Kosten und des Verhältnisses des ersuchenden Gerichts zum ersuchten sind O. B. § 165 und O. B. § 79 Nr. 5 zu berücksichtigen, ohne Unterschied, ob beide Gerichte demselben deutschen Staate oder verschiedenen angehören.

2) Nr. 1. Ob die Vernehmung an Ort und Stelle dienlich scheint, hat bei der Unanfechtbarkeit des Beschlusses lediglich das Prozeßgericht zu ermitteln. Indesß nur die Dienlichkeit zur Ausmittlung der Wahrheit soll der Maßstab sein, nicht die Rücksicht auf Kostenersparniß oder andere Gründe. Die Ausmittlung der Wahrheit ist nur im Sinne der Verhandlungsmaxime zu verstehen, Vorb. 4 § 119 und Anm. 1 § 135.

3) In Nr. 2 sollten nur objektive Schwierigkeiten verstanden sein, welche sachlich in der Beweisaufnahme begründet seien, nicht etwa in einer großen Menge von Zeugen. Da die Fassung des Gesetzes den Grund und die Art der „Schwierigkeiten“ nicht präzisirt, so ist dasselbe allerdings für alle Schwierigkeiten anwendbar. Die Geschäftslage des Gerichts allein kann freilich nicht zu den „erheblichen Schwierigkeiten“ im Sinne des Gesetzes gerechnet werden.

4) Nr. 3. Ob die Verhinderung längere oder kürzere Zeit andauert, ist nicht unterschieden; als Regel ist indeß offenbar eine längere Verhinderung vorausgesetzt.

5) Nr. 4. Die Größe der Entfernung unterliegt dem Ermessen des Gerichts; das Verhältniß der Kosten zu dem Werthe des Streitgegenstandes, das Interesse des Prozeßgerichts an der persönlichen Vernehmung der Zeugen und die Belästigung des Zeugen können mitbestimmend sein.

6) Abs. 2 ist obligatorisch und für die Bezeichneten überall im deutschen Reiche anwendbar, ohne Rücksicht darauf, ob die Vernehmung im eigenen oder in einem andern Staate erfolgt, Rot. 210, 211 zum O. d. z. O. § 5. Die übrigen, für das Verfahren bei der Zeugenvernehmung gegebenen Vorschriften, insbesondere die §§ 322, 362 betreffs der Gegenwart und des Fragerechts der Parteien bleiben dabei bestehen, soweit nicht auf Grund des § 5 O. d. z. O. P. Ausnahmen gelten, vgl. Anm. § 322.

### § 341.

Öffentliche Beamte,<sup>1)</sup> auch wenn sie nicht mehr im Dienste sind, dürfen über Umstände, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, als Zeugen nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten Dienstbehörde oder der ihnen zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde vernommen werden.<sup>2)</sup> Für den Reichskanzler bedarf es der Genehmigung des Kaisers, für die Minister der Genehmigung des Landesherrn, für die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats.

Die Genehmigung darf nur verweigert werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reichs oder eines Bundesstaates Nachtheil bereiten würde.<sup>3)</sup>

Die Genehmigung ist durch das Prozeßgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen.<sup>4)</sup>

P. 330 a. P. 127. 675—678.

1) Öffentliche Beamte sind hier, wie in den §§ 157 Nr. 6, 7, 749 Nr. 8, 701 die im St. O. § 359 bezeichneten: „alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit, oder nur vorläufig angestellten Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Dienstseid geleistet haben oder nicht.“ Rot. 428. Demnach auch Kommunalbeamte, ebenso Notare, wenn sie nach Landesrecht die Qualifikation öffentlicher Beamten haben, wie in Elsaß-Lothringen, Preußen, Bayern, Sachsen, Baden, in Württemberg die s. g. Gerichts- und Amtsnotare (nicht die s. g. immatrikulirten). Dagegen gehören die Notare in Mecklenburg und Lübeck nicht zu den öffentlichen Beamten. Vgl. R. Levy, Deutsche Notariatszeitung 1887, S. 30, Weber ebenda 89 ff., 105 ff.; (f. Bayern) Korbach ebenda 172 (f. Sachsen), ferner ebenda 185 ff. (Württemberg), Serin, ebenda 209 ff. (Baden), Franz, ebenda 124 ff. (Elsaß-Lothringen); vgl. auch Anm. 2 § 380. Eine rechtsrechtliche Ordnung des deutschen Notariatswesens steht noch aus. Im Sinne des Strafgesetzes, § 359, sind die Notare den Beamten freilich gleichgestellt, doch ist dies hier nicht entscheidend. Ueber die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit der Notare in Preußen, vgl. § 19 Gef. 11. Juli 1845, § 12 Hannoversche Not.-Ord. 18. Sept. 1853; Weipker, das Preussische Notariat, Berlin 1888, S. 233, Koch-Jaström, Formularbuch und Notariatsrecht, Berlin 1891, S. 101 ff. Die Amtsverschwiegenheit der (preuß.) Notare umfaßt auch das bei Gelegenheit der notariellen Verhandlungen Geäußerte, M. 30, 355; 31. Jan. 1894, Raffr. 38, 741, ZM. 119; vgl. auch Anm. 6, 7 § 348; Anm. 5 § 350. Rechtsanwälte sind nach der R. O. nicht Beamte. — Ob und welche Vergütung ein Beamter erhält, ist für § 341 einflußlos.

2) Abs. 1 ist im öffentlichen Interesse gegeben und daher von Amts wegen zu beachten. Das Vorhandensein der Voraussetzung, daß die Vernehmung über Umstände erfolgen soll, worauf sich die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht, unterliegt

den Parteien gegenüber der thatsächlichen Würdigung des Gerichts, § 259, in derselben Unbeschränktheit, wie bei jeder dem Gerichte von Amtswegen obliegenden Prüfung, Anm. 1 § 54, Anm. 3 § 300. Hält danach das Gericht eine Vernehmung ohne Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde nicht für zulässig, so hat es dieselbe nach Abs. 3 einzuholen. Nach R. O. Str. 7, 75 ist (für die gleichlautende Bestimmung der Str. P. O.) in Bezug auf das Vorhandensein der Voraussetzungen die Entscheidung der Dienstbehörde im Zweifel für den Richter maßgebend, und nach der ZM. Verf. 24. Mai 1886, ZM. Bl. S. 137 soll vor der Ladung bzw. Vernehmung die Rückfrage bei der Dienstbehörde nur dann unterbleiben, wenn die Pflicht zur Amtverschwiegenheit zweifelsfrei zu verneinen ist. Neben der Vorschrift des § 341 bleibt den Beamten das Recht, nach § 348 Nr. 5 das Zeugniß über derartige Thatfachen zu verweigern, wenn sie nicht durch die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind; Anm. §§ 348, 350.

3) Ob der in Abs. 2 allein als zulässig aufgestellte Grund zur Verfassung der Genehmigung vorliegt, ist von der vorgesetzten Dienstbehörde allein zu prüfen. Für diese ist die Vorschrift des Abs. 2 gegeben. Es genügt, daß sie dem Gerichte mittheilt, daß die Vernehmung für das Wohl des Reiches oder des Staates nachtheilig sein würde; eine Angabe, welcher Nachtheil entstehen würde, ist nicht nöthig. Die Prüfung, ob ein Nachtheil entstehen würde, gehört keinesfalls zur Cognition des Gerichts, welchem dazu in Unkenntniß der vollständigen Sachlage in der Regel auch die nöthige Grundlage fehlen würde, R. O. Str. 7, 75. Eine Beschwerde über die Dienstbehörde steht dem Gerichte daher nicht zu, wenn ihm mitgetheilt wird, daß mit Rücksicht auf Abs. 2 die Genehmigung verweigert wird. RR. v. Sarwey Anm. 3. Dagegen würde eine Beschwerde zulässig sein, wenn die Genehmigung aus anderen Gründen verweigert würde. Eine Benachtheiligung des Fiskus wurde in der RR. von der Regierungsvertretung als an sich noch keine Betheiligung des Staatswohls enthaltend bezeichnet, P. 677.

4) Das Prozeßgericht hat die Genehmigung von Amtswegen einzuholen, wie die Beweisaufnahme überhaupt und die Zeugenvernehmung insbesondere von Amtswegen erfolgen soll, § 342; Vorb. vor § 320. — Wegen der Gebühren für Beamte als Zeugen s. Geb.-Orb. f. Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878, § 14.

### § 342.

Die Ladung der Zeugen ist von dem Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß auszufertigen und von Amtswegen zuzustellen.<sup>1)</sup>

Die Ladung muß enthalten:<sup>2)</sup>

1. die Bezeichnung der Parteien;
2. die Thatfachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll;<sup>3)</sup>
3. die Anweisung, zur Ablegung des Zeugnisses bei Vermeidung der durch das Gesetz angeordneten Strafen<sup>4)</sup> in dem nach Zeit und Ort zu bezeichnenden Termine zu erscheinen.<sup>5)</sup>

R. 331. N. 500—503. 534. 535. P. 126. 548.

1) Satz 1 ist Ausdruck und Folge der Officialthätigkeit des Gerichts für die Zeugenvernehmung. Die Zeugen sind von Amtswegen zu laden. Die Ladung und Zustellung erfolgt im Auftrage des Gerichtsschreibers bzw. des Gerichts durch den Gerichtsvollzieher (unmittelbar oder durch die Post) nach den Vorschriften der §§ 152 ff. unter Ausübung der Ladungs-Ausfertigung, § 156 Abs. 1. Vgl. R. O. 6, 354. Sachgemäß ist der Gerichtsschreiber des Gerichts gemeint, welches zu laden hat, also des Prozeßgerichts bzw. des ersuchten Gerichts. Da es sich um eine Ladung von Amtswegen handelt, so fällt hiermit die im Parteibetriebe zulässige Zustellung „unter Vermittelung des Gerichtsschreibers“ (§§ 152 Abs. 2, 154) fort; Anm. 3, 4 § 152. Somit ist auch § 179 nicht anwendbar, welcher eine solche Zustellung auf Parteibetrieb voraussetzt, Anm. 2 § 152 (ARR. Seuffert Anm. 3 § 179, Gaupp Anm. I), ebenso hat eine öffentliche Ladung nicht zu erfolgen, Anm. 1 § 187.

Der Partei bleibt es unbenommen, die Zeugen zu stellen, und sich dazu zu erbieten. Bei Nichtstellung wird aber durch das Erbieten die gerichtliche Ladung für die nach dem Beweisbeschlusse zu vernehmenden Zeugen nicht erübrigt. Die Vorschläge des §. 1 §§ 315, 319: die Ladung zu unterlassen, wenn der Beweiskührer die Zustellung selbst besorgen will, und den sich zur Bestellung anbietenden Parteien eine präklusivische Frist zu geben, sind von der Vorl. gestrichen.

Jeder geladene Zeuge muß jedem deutschen Gerichte Folge leisten, auch wenn er in einem anderen Gerichtsbezirke oder einem anderen Bundesstaate wohnt oder Beamter ist. Eine Partitionsordre des persönlichen Gerichts ist nicht nöthig, *OB.* § 161. Eine Ausnahme ist nur im § 343 gemacht, sonst sind jedoch auch Beamte nicht ausgenommen. Von Ladungen unmittelbarer Staats-Beamten als Sachverständiger und außerhalb des Wohnorts als Zeugen soll nach der preuß. Just.-Min.-Verf. 17. Mai 1883, *IRBl.* 155 der Gerichtsschreiber die vorgelegte Behörde benachrichtigen (ebenso von Aufhebung solcher Termine, bzw. von Abbestellung der Zeugen und Sachverständigen; *Allg. Verf.* 19. Febr. 1895, *IRBl.* 56); bei Ladungen von Kreis- und Stadt-Redigialbeamten in Entmündigungs- (und Straf-) Sachen ist dies jedoch nicht nöthig erklärt; *Verf.* 13. März 1884, *IRBl.* 54. Vgl. f. Bayern *B.* 25. Sept. 1879, *OBl.* 1293; und *Verf.* 7. Jan. 1882, *OBl.* 37; für Schwarzburg-Rudolstadt *Verf.* 6. Nov. 1884, *OS.* 152. — Für die Ladungen der Zeugen ist durch Art. 2 der Kostennovelle 29. Juni 1881 (§ 80a *ORG.*) eine Befreiung von Schreibgebühren nicht eingetreten; *RO.* 6, 354.

2) Die Ladung muß den zu Nr. 1, 2, 3 angegebenen Inhalt haben. Anderenfalls kann der Zeuge sie ignoriren. Er ist dann nicht „ordnungsmäßig geladen“ und die Strafe des § 345 ist nicht zulässig.

3) Zur Angabe der Thatsachen, über welche die Vernehmung erfolgen soll, genügt gemäß dem Zwecke (zur vorbereitenden Erinnerung, Feststellung von Anhaltspunkten für das Gedächtniß, etwa zum Nachsehen von Notizen) in der Regel die allgemeine Bezeichnung des Gegenstandes der Vernehmung; zur Vermeidung wiederholter Termine kann indeß eine detaillirte Mittheilung rathsam sein.

4) Die spezielle Angabe, welche Strafen durch das Geseß angedroht sind (§ 345), ist nicht nöthig; es genügt in der Ladung zu sagen: „bei Vermeidung der durch das Geseß angedrohten Strafen“. (Abweichend von § 209.) Wegen der Terminszeit s. § 197, des Orts § 196. Zu einem Termine zur Fortsetzung der Vernehmung kann nach § 195 auch den Zeugen gegenüber durch Verkündung die Ladung erfolgen; die Verkündung muß dann jedoch auch dem Inhalte des Abs. 2 genügen, insbesondere eine der Nr. 3 entsprechende mündliche Ladung enthalten.

5) Der § 342 bezieht sich nur auf Ladungen von Zeugen (Inländern oder Ausländern), welche sich im Deutschen Reiche aufhalten, und denen also innerhalb desselben die Ladung zugestellt werden kann. Die Vernehmung von Zeugen, welche sich im Auslande aufhalten, erfolgt regelmäßig im Auslande gemäß § 328. Sollen dieselben ausnahmsweise im Inlande vor dem Prozeßgerichte oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter vernommen werden, so kann die Ladung Mangels der hierzu erforderlichen Gerichtsbarkeit nicht von den deutschen Gerichten ausgehen, sofern nicht Staatsverträge dies zulassen, vielmehr ist die auswärtige Behörde um die Ladung zu ersuchen; *Saupp Ann.* III. Ueber die Vernehmung von solchen Personen, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sind keine besonderen Bestimmungen getroffen, *N.* 682. Sie ergeben sich aus den Vorschriften hinsichtlich der Gerichtsbarkeit, welcher sie unterworfen bzw. nicht unterworfen sind. Vgl. hierüber *OB.* §§ 18 ff. Die Vernehmung von Ausländern (Nicht-Deutschen), welche das Recht der Exterritorialität im Deutschen Reiche haben, erfolgt durch Ersuchen des Reichskanzlers, wenn sie zu einer Mission beim Reiche und durch Ersuchen des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten, wenn sie zu einer Mission bei dem Bundesstaate gehören. Ob und in welcher Weise Seitens des Reichskanzlers oder Ministers der ausw. Angelegenheiten diese Vernehmung herbeigeführt werden kann, hängt von internationalen Verträgen und Beziehungen ab; Zwangsmittel stehen dem deutschen Gerichte nicht



zu. (Nach Seuffert Anm. 5 soll in diesem Falle die auswärtige Behörde um die Ladung ersucht werden; ebenso Gaupp Anm. III unter Allegirung des § 182, der aber nur auf die Zustellung einer diesseitigen Ladung bezogen werden könnte.) Die Vernehmung von Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität genießen, erfolgt mittels Ersuchens des Reichskanzlers, wenn sie zu einer Mission des Reichs, und mittels Ersuchens des Ministers der auswärtigen Angelegenheiten, wenn sie zur Mission eines Bundesstaates gehören. Vgl. § 183 und Anm. Ob. §§ 18 ff. (N. 534, 535.) Der Reichskanzler bzw. Minister der ausw. kann die deutschen Exterritorialen zum Erscheinen vor dem ersuchenden Gericht oder ihre anderweitige Vernehmung veranlassen. Insofern die zur Mission eines Bundesstaates gehörenden Deutschen, sowie die Mitglieder des Bundesraths, nach § 18 Abs. 2 Ob. nur von der Gerichtsbarkeit eines bestimmten Bundesstaates ermächtigt sind, gilt für Ladungen seitens der Gerichte anderer Bundesstaaten keine Ausnahme, doch ist für die Zustellung der Ladungen in demjenigen Bundesstaate, in welchem sie Exterritorialität besitzen, § 183 zu beachten. Ueber Privilegien hinsichtlich der Ladung und Vernehmung nichtterritorialer Konsuln auswärtiger Mächte als Zeugen vgl. die Anm. 2 § 183 angeführten Konsularverträge.

### § 343.

Die Ladung einer dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörenden Person des Soldatenstandes als Zeuge<sup>1)</sup> erfolgt durch Ersuchen der Militärbehörde.<sup>2)</sup>

R. 333. P. 102. 126. 131. 548.

1) Darüber, wer zum aktiven Heere oder zur aktiven Marine im Gegensatz zum Beurlaubtenstande gehört, vgl. Anm. 1 § 158 und Anm. § 673; Reichsmilitärgef. 2. Rat 1874, RObI. 45 (§ 38); Gef. über den Kriegsdienst 9. Nov. 1867, RObI. 131; Verzeichniß-Anlage des deutschen Militärstrafgef. 20. Juni 1872, RObI. 204; Anlage A des Reichsferwißgef. 3. Aug. 1878, RObI. 244—253. Die Gensdarmerte gehört nicht zum aktiven Heere. Vgl. DLG. Königsberg, Wallm. 8, 238. Wegen Benachrichtigung ihrer vorgesetzten Behörde bei Ladungen vgl. Verf. 29. Juli 1880, ZRBI. 186.

Zu den Personen des Soldatenstandes, auf welche § 343 beschränkt ist, gehören die Militärbeamten (wenngleich Militärpersonen) und die Civilbeamten der Militärverwaltung nicht, Anm. 1 § 673.

2) Das Ersuchen ist begrifflich ein Ersuchen um Rechtshilfe und hat nach Analogie der §§ 185, 327, 328, 699, 793 vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts bzw. vom beauftragten oder ersuchten Richter auszugehen. Es ist keine Ladung; diese erfolgt durch die Militärbehörde. Der Gerichtsschreiber ist also auch durch den auf Ladungen beschränkten § 342 nicht dazu ermächtigt. RR. Hellmann 2, 227. Das Ersuchen hat nur die im § 342 Nr. 1 und 2 bezeichneten Angaben zu enthalten. Die Ladung der im § 343 bezeichneten als Zeugen ist (abweichend von sonstigen Zustellungen an dieselben, § 158) erst bewirkt, wenn sie durch die Militärbehörde erfolgt ist. Welche Militärbehörde zu ersuchen ist, gehört der reglementarischen Bestimmung an und ist durch kriegsministerielle Bestimmungen im Einverständniß mit dem Reichsjustizamt geregelt, wie im Centralbl. f. d. Deutsche Reich 1880 Nr. 26 und preuß. ZRBI. 1880 S. 156, 157 näher angegeben ist.

### § 344.

Das Gericht<sup>1)</sup> kann die Ladung davon abhängig machen, daß der Beweisführer einen Voranschuß zur Deckung der Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen erwachsenden Auslagen hinterlegt.<sup>2)</sup>

Erfolgt die Hinterlegung nicht binnen der bestimmten Frist, so unterbleibt die Ladung, wenn die Hinterlegung nicht so zeitig nachgeholt wird, daß die Vernehmung ohne Verzögerung des Verfahrens erfolgen kann.<sup>3)</sup>

R. 333. N. 126. 548.

1) Für die Auslagen, welche die Staatskasse durch die Vernehmung der Zeugen zu erwarten hat (§ 366, DR. § 166), ist nach ORO. §§ 84, 79 Nr. 4 ein zur Deckung hinreichender Vorschuß vom Antragsteller zu erfordern. Durch die Einforderung des Vorschusses allein wird die Vernehmung indes noch nicht von der Zahlung desselben abhängig gemacht. Zu einer solchen bedingten Beschränkung der Beweiszulassung ist auch die Kasse nicht befugt, ORO. § 3: sie kann nur nach § 344 durch das „Gericht“ erfolgen. Da es sich um eine entscheidende zeitige Ablehnung der Beweisaufnahme handelt, welche unter Umständen eine dauernde und definitive sein und sachlich entscheidend wirken kann, so ist unter dem Gerichte, entsprechend den §§ 131 ff., hier das Prozeßgericht zu verstehen; nicht auch der beauftragte oder ersuchte Richter, welchem grundsätzlich (§§ 365, 539) nur vorläufige Bestimmungen von sachlichem Einflusse anvertraut sind; Gaupp Anm. I; Busch 5, 446; DRG. Kürnberg, Buch 6, 129. AR. v. Sarwey Anm. 1. Der dem § 344 entsprechende Beschluß des Gerichts hat lediglich die Bedeutung einer prozeßleitenden Anordnung und setzt daher eine vorgängige mB. nicht voraus, vgl. Anm. 3 § 320. Eine Beschwerde würde nach § 530 jedoch nur insofern zulässig sein, als sie gegen Zurückweisung eines das Verfahren betreffenden Gesuchs der Partei (z. B. auf Ladung des Zeugen) gerichtet ist.

Hinsichtlich der von einem Ausländer als Kläger bzw. Antragsteller zu erfordern den Kostenvorschüsse ist in ORO. § 85 Abs. 5, vgl. § 3, bestimmt, daß vor ihrer Zahlung „die Bornahme jeder gerichtlichen Handlung abzulehnen ist, sofern nicht glaubhaft gemacht wird, daß die Verzögerung dem Ausländer einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde“. Die Vorschrift hat neben § 344 selbständige Bedeutung; die Beschlußfassung gemäß derselben erfordert keine mB., Seuffert Anm. 1, 2. — Vgl. Anm. § 298 a. E.

Gegen eine Partei, welcher das Armenrecht bewilligt ist, finden § 344 und ORO. §§ 84, 85 gemäß § 107 Nr. 1 keine Anwendung.

2) Der Beschluß kann gemäß der Fassung des § 344 nur vor der Ladung gefaßt die Wirkung haben, zur Zeit die Ladung abzulehnen. Ist die Ladung erfolgt, so hat die nach § 84 ORO. immerhin stattthafte Einforderung des Vorschusses keinen bedingten Einfluß mehr. Ob von der Befugniß des § 344 Gebrauch zu machen, hängt hauptsächlich von den Vermögensverhältnissen des Beweisführers, d. h. desjenigen, auf dessen Benennung der Zeuge vernommen werden soll, nicht von dem mutmaßlichen Erfolge der Beweisaufnahme ab; bei dem Eintritt einer anderen Partei in den Rechtsstreit sind deren Vermögensverhältnisse, nicht die der ausgeschiedenen, maßgebend; RG. 21, 395.

3) Im Beschlusse ist vom Gerichte zugleich eine Frist zur Hinterlegung zu bestimmen; entsprechend dem § 321. Von dieser (richterlichen) Frist gilt das in Anm. 3 zu § 321 Bemerkte. Aus welchem Grunde die Frist veräußt ist, ist für die Anwendung des Abs. 2 unerheblich, RG. 3. Febr. 1893, JW. 157. Die Bestellung des Zeugen ist auch hier durch Abs. 2 nicht unzulässig gemacht, da die Veräußnißfolge nur auf das Unterbleiben der Ladung, nicht der Vernehmung gerichtet ist. In der Berufungsinstanz kann die Veräußniß nachgeholt werden (DRG. Braunschweig SA. II, 368). Auf den Sachverständigen-Beweis ist § 344 zwar ebenfalls anwendbar, jedoch mit denjenigen Modifikationen, welche sich aus der abweichenden Natur dieses Beweismittels ergeben, vgl. RG. 7. 389.

## § 345.

Ein ordnungsmäßig geladener Zeuge, welcher nicht erscheint,<sup>1)</sup> ist, ohne daß es eines Antrags bedarf,<sup>2)</sup> in die durch das Ausbleiben verursachten Kosten<sup>3)</sup> sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen<sup>4)</sup> zu verurtheilen.<sup>5)</sup>

Im Falle wiederholten Ausbleibens kann die Strafe noch einmal erkannt, auch die zwangsweise Vorführung des Zeugen angeordnet werden.<sup>6)</sup>

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.<sup>7)</sup>

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht, die Vorführung einer solchen Person durch Ersuchen der Militärbehörde.<sup>8)</sup>

**L. 334. N. 504. P. 126. 127. 131. 548. 678. 679.**

1) Die §§ 345—355 behandeln die Zeugnißpflicht bzw. den Zeugnißzwang; vgl. darüber Abegg, Zeugnißpflicht und Zeugnißzwang, Straßburg 1885. Die Pflicht besteht nicht als privatrechtliche den Parteien gegenüber, sondern als öffentlich-rechtliche gegenüber dem Staat, und zwar nur gegenüber demjenigen Staate, bzw. Staatenbunde (Reich), welchem der Zeuge rechtlich angehört oder thatsächlich durch seinen Aufenthalt unterworfen ist. Der Zeugnißzwang ist daher auch gegen Ausländer anwendbar, so lange sie sich im Gebiete des deutschen Reichs aufhalten. Dagegen ist ein Zeugnißzwang auf Ersuchen nichtdeutscher Gerichte gegen Personen, welche sich im Deutschen Reich aufhalten und nicht dem Staate des ersuchenden Gerichts angehören, nicht auszuüben. Die §§ 345, 346 betreffen die Folgen des Ausbleibens im Termine, der § 355 die einer grundlosen oder unrechtmäßigen Zeugniß-Verweigerung; sie können also neben einander bei demselben Zeugen zur Anwendung kommen, P. 129. Der Zeuge ist im Termine nicht erschienen, wenn er beim Aufrufe nicht da ist, § 197 Abs. 1. Dann können sofort die Ungehorsamsfolgen erkannt werden, die ordnungsmäßige Ladung (vgl. §§ 342, 152 ff.) vorausgesetzt, wobei die nur eine Partei betreffenden Ladungsfristen, § 194, nicht obligatorisch sind (Seuffert und Gaupp). Auch Abs. 2 § 197, welcher die Partei betrifft, ist für den Zeugen nicht entsprechend anwendbar. Ob das nachträgliche Erscheinen vor einer Entscheidung über Ungehorsamsfolgen noch als genügendes Erscheinen anzusehen ist, bleibt dem Ermessen des Gerichts überlassen; es kann unter Umständen, wenn etwa andere Beteiligte oder Zeugen entlassen sind, sachlich eine Versäumung sein, auch wenn der Termin noch nicht geschlossen ist; Erdemann 2, 214. — Hinsichtlich eines Zeugen, welcher erscheint, sich aber wieder entfernt s. Anm. 2 § 355.

2) Die Verurtheilung ist obligatorisch; das Gericht kann sie außer einer Entschuldigung nach § 346 nicht nach seinem Ermessen unterlassen. Auch ein Partei-Antrag ist nicht nöthig, weil die Strafe für die Verletzung der im öffentlichen Interesse der Rechtspflege bestehenden Bürgerpflicht zum Zeugnisse und für die Mißachtung der richterlichen Anordnung erfolgt. Daraus folgt jedoch nicht, daß ein Partei-Antrag auf Verhängung der Strafen aus § 345 unzulässig sei; vielmehr würde eine Nichtberücksichtigung bzw. Zurückweisung derselben die Beschwerde nach §§ 530, 539 begründen; *RG.* 25. Okt. 1890, *SM.* 402, *SA.* 46, 223, *Raff.* 35, 1193.

3) Für die Verurtheilung genügt es, im Prinzip auszusprechen, daß der Zeuge die durch das Ausbleiben verursachten Kosten zu tragen hat. Sowohl die der Staatskasse, als die den Parteien (durch neue Termine oder sonst) entstehenden Kosten (nicht Schäden) sind davon betroffen. Vgl. Anm. 1 § 87.

4) Die Geldstrafe ist gemäß *StPD.* § 495 nach den §§ 702 Abs. 3, 708—768 einzuziehen. Die gleichzeitig event. auszusprechende Strafe der Haft ist einfache Freiheitsentziehung gemäß *StrGB.* § 18 Abs. 2; die §§ 785—794 sind hier nicht anwendbar; arg. e contr. aus § 355 Abs. 2. Vgl. Friedländer, *Gerichtsfaal* 46, 417 u. Busch 18, 428 f.

5) Das Verfahren gegen den Zeugen ist für den Fall des § 345, wie für § 355 ein Zwischenstreit mit dem Zeugen als Dritten, nicht eine Verhandlung der Parteien (§ 119). Für diese Zwischenstreite ist also eine mB. nur nöthig, wo sie besonders vorgeschrieben ist; *Borb.* 2a vor § 119. Hinsichtlich der Zeugnißverweigerung ist die mB. in den §§ 352—354 angeordnet (Anm. § 352); dagegen ist sie für den Fall des Nichterscheinens nicht vorgeschrieben. Die Strafe kann durch schriftliche Verfügung festgesetzt werden, auch wenn die Ladung des Zeugen nicht vor das Prozeßgericht (§ 335 Abs. 1) erfolgt war.

Auch der beauftragte oder ersuchte Richter ist nach § 335 ermächtigt, die Verfügungen gemäß §§ 345, 346 zu treffen.

Die Verfügung kann sofort in oder nach dem Termine oder auch später erlassen werden; eine Vernehmung oder ein Hören des Zeugen über seine Verantwortung ist nicht nöthig erklärt. — Der Beschluß ist dem Zeugen von Amtswegen zuzustellen; ebenso den durch die Kostenpflicht betroffenen (bei Verklündung nicht anwesenden) Parteien. Für diesen Zwischenstreit ist der Zeuge auch im Sinne des § 294 Partei. Die Nothwendigkeit der Zustellung entspricht auch dem Abs. 3. Vgl. ferner StPD. § 35. Auf Grund des Beschlusses kann jede Partei die Kostenfestsetzung beantragen und daraus die Zwangsvollstreckung betreiben, Seuffert Anm. 5. — Das Verfahren ist gebührenfrei, *GR.* § 47 Nr. 8.

Die Vorschriften der §§ 345, 346 finden auch gegen einen Ehegatten, welcher, in einer Ehe Sache zum persönlichen Erscheinen geladen, ausgeblieben ist, mit der Einschränkung, daß auf Haft nicht erkannt werden darf, Anwendung, § 579. Vgl. auch § 50 StPD., den §§ 345, 346 entsprechend.

6) Abs. 2. Auch die Verurtheilung im Wiederholungsfalle ist ungeachtet des „kann“ nach der unzweifelhaften Absicht des Gesetzes obligatorisch. Auch im zweiten Falle treten unter den Voraussetzungen des Abs. 1 die gleichen Folgen des Abs. 2 ein und ist in dieser Beziehung eine Abweichung nicht beabsichtigt. Die Fassung entstand dadurch, daß der E. im § 334 für den zweiten Fall eine noch weiter gehende Ermächtigung geben wollte und vorschlug: die Strafe kann verdoppelt werden; worauf die RR. statt „verdoppelt“ substituirte: „noch einmal erkannt.“ Zu verstehen ist also: „die Strafe ist noch einmal zu erkennen und kann die Vorführung angeordnet werden“, Endemann 2, 215; v. Bülow Anm. 1; Caupp Anm. III, Seuffert Anm. 4.

Voraussetzung für den Abs. 2 ist „wiederholtes Ausbleiben“ (Abs. 2) nach erfolgter Verurtheilung (Abs. 1). Der „Fall wiederholten Ausbleibens“ kann sich noch öfter ereignen; und nach dem deutlichen Wortlaute des Abs. 2 ist in jedem Falle wiederholtes Ausbleiben, also auch im dritten und vierten Falle, die Strafe noch einmal zu erkennen. Eine Beschränkung, sie nur noch einmal zu erkennen (also im dritten Falle nicht mehr), ist nicht ausgedrückt. In der RR. ist vielmehr das Gegentheil als die Absicht der Kommission konstatirt, *R.* 148, 149. Seuffert Anm. 4 und Caupp Anm. III *R.* 7 bezeichnen diese Bemerkung als unrichtig, jedoch ohne Grund. Bei der Berathung des § 361 E. (jetzt § 374) bemerkte Abg. Struckmann: „bei dem zu § 334 (jetzt § 341) gefaßten Beschlusse sei man von der Auffassung ausgegangen, daß die in § 334 statuirte Strafe fort und fort, nicht etwa nur einmal ausgesprochen werden könne“. Abg. Dr. Schwarze widersprach zwar; Abg. Reichensperger bemerkte aber sogleich, „daß die Kommission in ihrer Mehrheit sich bei der Abstimmung über den § 334 im Sinne der vom Abg. Struckmann vertretenen Auslegung ausgesprochen habe“, was ohne Widerspruch blieb und in Uebereinstimmung mit der Intention des Regierungsentwurfs stand; denn die weitere Frage des Abg. Bähr, ob der Entwurf beabsichtige, eine mehr als zweimalige Bestrafung aus dem (in diesem Punkte mit § 334 konformen) § 361 (jetzt § 374) zu gestatten, wurde von dem Direktor v. Amberg bejaht. Gerade deshalb und um bei dem Sachverständigen eine mildere Behandlung eintreten zu lassen, wurde der § 361 (374) dem Antrage des Dr. Beder gemäß modificirt, während die Fassung des § 334 (jetzt 345) unverändert blieb. Hiernach ist auch der Umstand, daß für § 374 statt der beantragten gleichen Erneuerung eine Erhöhung beliebt ist und im § 374 durch den Zusammenhang die Worte „noch einmal“ eine andere Bedeutung erhalten haben, der gegnerischen Auslegung des § 345 nicht günstig, im Gegentheil wird gerade durch die beabsichtigte Abweichung des § 374 die diesseitige Auslegung des § 345 bestätigt; Kleiner 2, 296; Hellmann 2, 231. *RR.* Struckmann-Roch Anm. 2; Buchelt 2, 176; Endemann 2, 215, Caupp und Seuffert a. a. D.

Die wiederholte Bestrafung und die Verfügung sind von einem Antrage ebenfalls nicht abhängig.

7) Abs. 3. Die Beschwerde hat in diesen Fällen aufschiebende Wirkung,

§ 535. Sie kann auf neue Thatfachen und Beweise gestützt werden, § 533. Eine Beschwerde des Zeugen über die Ablehnung einer Vertagung ist nicht zulässig; OÖ. Cassel, Buch 13, 393, vgl. auch § 203 Abs. 3; R. 13. Febr. u. 16. Sept. 1890, ZW. 79, 332.

8) Abs. 4. Das Ersuchen hat hier wie für § 343 von dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts bzw. dem beauftragten oder ersuchten Richter auszugehen, Anm. 2 § 343. — Abs. 4 ist indeß auf alle „Militärpersonen“, nicht bloß, wie § 343, auf die Personen des Soldatenstandes anwendbar, Anm. 1 § 342. Die „Militärbehörden“ sind die in Anm. 2 § 673 genannten; vgl. Centralbl. f. d. deutsche Reich 1880 Nr. 26 und preuß. ZWBl. 1880 S. 158. — Dadurch, daß nicht bloß die Vollstreckung, sondern auch die Festsetzung der Strafe dem Militärgerichte überlassen ist, soll eine doppelte Bestrafung, nämlich die militärisch-nothwendige wegen militärischen Ungehorsams neben einer civilgerichtlichen vermieden werden, P. 131.

### § 346.

Die Verurtheilung in Strafe und Kosten unterbleibt, wenn das Ausbleiben des Zeugen genügend entschuldigt ist.<sup>1)</sup> Erfolgt nachträglich genügende Entschuldigung, so werden die gegen den Zeugen getroffenen Anordnungen wieder aufgehoben.<sup>2)</sup>

Die Anzeigen und Gesuche des Zeugen können schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder mündlich in dem zur Vernehmung bestimmten neuen Termine angebracht werden.<sup>3)</sup>

R. 335. N. 505. P. 127. 548.

1) Ob die Entschuldigung durch den Zeugen oder durch Andere bewirkt ist, macht keinen Unterschied. Vgl. Aenderung des C. § 335. (Ueber Entschuldigung eines jüdischen Zeugen wegen eines hohen jüdischen Festtages vgl. ZW. Berlin II, Bl.f.R. 2, 110.) Wegen der vom § 346 unabhängigen Strafen für das Vorchägen unwahrer Thatfachen s. StGB. § 138.

2) Abs. 1 bestimmt die Entschuldigung als den einzigen Grund, „die Verurtheilung in Strafe und Kosten“ zu unterlassen (Satz 1 — Einschränkung des § 345) oder wenn sie erfolgt ist, aufzuheben (Satz 2). Durch den Verzicht des Beweisführers auf die Vernehmung oder dadurch, daß die Vernehmung aus anderen Gründen nicht erforderlich wird, kann die zur Erzwingung des Erscheinens nach § 345 Abs. 2 zulässige Vorschüfung unnöthig werden. Die (Ungehorsams-)Strafe und die Verurtheilung in die Kosten wird hierdurch nicht beseitigt, Mot. 251.

Das Gericht kann die Entschuldigung genügend finden, um die Strafverfügung zu unterlassen oder aufzuheben, und doch zugleich nicht genügend, um die Verurtheilung in die Kosten zu beseitigen. Für die letztere können noch besondere Momente z. B. Unterlassung zeitiger Anzeige zur Berücksichtigung kommen. — Die von einem beauftragten oder ersuchten Richter nach § 345 getroffenen Verfügungen können sowohl von ihm selbst als auch vom Prozeßgerichte wieder aufgehoben werden, §§ 365, 539.

3) Auch das Verfahren betreffs der Aufhebung der Anordnungen erfordert keine m. B., Anm. § 345. Zufolge Abs. 2 findet für die §§ 345, 346 kein Anwaltszwang statt, § 74 Abs. 2. — Wegen die Ablehnung eines Gesuchs auf Aufhebung ist nach § 530 Beschwerde statthaft.

### § 347.

Der Reichslanzler,<sup>1)</sup> die Minister eines Bundesstaates, die Mitglieder der Senate der freien Hansestädte, die Vorstände der obersten Reichsbehörden<sup>2)</sup> und die Vorstände der Ministerien sind an ihrem Amtssitze oder, wenn sie sich außerhalb desselben aufhalten, an ihrem Aufenthaltsorte zu vernehmen.<sup>3)</sup>

Die Mitglieder des Bundesraths sind während ihres Aufenthalts am Sitze des Bundesraths an diesem Sitze, die Mitglieder einer deutschen gesetz-

gebenden Versammlung während der Sitzungsperiode und ihres Aufenthalts am Orte der Versammlung an diesem Orte<sup>4)</sup> zu vernehmen.<sup>5)</sup>

Zu einer Abweichung von den vorstehenden Bestimmungen bedarf es:<sup>6)</sup>  
 in Betreff des Reichskanzlers der Genehmigung des Kaisers,  
 in Betreff der Minister und der Mitglieder des Bundesraths der Genehmigung des Landesherren,  
 in Betreff der Mitglieder der Senate der freien Hansestädte der Genehmigung des Senats,  
 in Betreff der übrigen vorbezeichneten Beamten der Genehmigung ihres unmittelbaren Vorgesetzten,<sup>6)</sup>  
 in Betreff der Mitglieder einer gesetzgebenden Versammlung der Genehmigung der letzteren.

R. 335 a. P. 679. 682.

1) Dem Reichskanzler steht dessen allgemeiner Stellvertreter (der Vizekanzler) gleich, Besf. 17. März 1878 § 2, ROBl. 7.

2) Die Vorstände der obersten Reichsbehörden sind laut Verzeichniß zur Verordn. 23. Nov. 1874, ROBl. 136: der Präsident des Reichskanzleramts, jetzt „Staatssekretär des Innern“ (Erlaß 24. Dez. 1879, ROBl. 321); der Staatssekretär im auswärtigen Amte, die preussischen, sächsischen und württembergischen Kriegsmi- nister, der Chef der Admiralität, der Präsident des Reichseisenbahnamts; außerdem der Präsident des Reichsbankdirektoriums, B. 19. Dez. 1872, ROBl. 378; der Generalpostmeister, B. 22. Dez. 1875, ROBl. 379, jetzt Staatssekretär des Reichspostamts (Erlaß 23. Febr. 1880, ROBl. 25); der Präsident des Reichsge- richts, OB. §§ 125 ff., der Statthalter und als dessen Stellvertreter der Staats- sekretär von Elsaß-Lothringen, Besf. 4. Juli 1879, ROBl. 165; der Vorstand der Verwaltung des Reichsschatzamts, Erlaß 14. Juli 1879, ROBl. 196; der Vorstand des Reichsjustizamts, der Vorstand des Reichsamts für die Verwaltung der Reichseisenbahnen, Erl. 27. Mai 1878, ROBl. 1879 S. 193 (verschieden von dem Reichs-Eisenbahnamt, s. oben, welches die Befugnisse des Reichs hinsichtlich des gesamten Eisenbahnwesens zu handhaben hat). Dagegen gehören das Reichspatentamt, das Reichs- gesundheitsamt, das Reichsamt für das Heimathwesen, das Reichsversicherungsam- und die Normal-Richtungs-Kommission, welche sämmtlich vom Reichsamt des Innern ressortiren, nicht zu den obersten Reichsbehörden; Struckmann-Roch Anm. 2; Gaupp Anm. II.

3) Die im Abs. 1 und 2 Genannten haben gemäß § 347, welcher wörtlich mit § 49 StrP. übereinstimmend von der RR. eingeschaltet ist, im öffentlichen Interesse ein Recht darauf, nur an den bezeichneten Orten vernommen zu werden. Die Vorschrift ist von Amtswegen zu beachten. Vgl. Anm. 2 § 341. Recht und Pflicht in Betreff der Derkllichkeit beziehen sich indeß nicht darauf, daß sie nur in ihrer Wohnung an dem Orte zu vernehmen wären, sondern nur auf die Ortschaften. Außer für den „Aufenthaltort“ würde für die anderen Bezeichnungen das Einbegriffensein der Wohnung offenbar nicht zutreffend sein, vgl. § 165. Für die Derkllichkeit an jenen Orten bleibt vielmehr nach dem allgemeinen Grundsatz des § 196 die Gerichtsstelle bzw. die Bestimmung des Gerichts maß- gebend. Hinsichtlich des Aufenthaltsorts (Abs. 1) macht es keinen Unterschied, ob sie den- selben zur Zeit nur „zu amtlichen Zwecken“ oder aus irgend welchen anderen Gründen haben. Eine Beschränkung auf amtliche Zwecke ist bei der Berathung des entsprechenden § 49 StrP. abgelehnt. Ueber die Ladung der Mitglieder des Bundesraths Anm. 5 § 342.

4) Die Mitglieder deutscher gesetzgeb. Versammlungen sind am Orte der Verf. zu vernehmen, wenn zur Zeit der Vernehmung die Sitzungsperiode noch fortbauert und sie sich baselbst aufhalten. In diesem Sinne ist Abs. 2 von der Regier.-Vertretung in der RR. erläutert, P. 682. Ueber die Vernehmung von Exterritorialen vgl. Anm. 5 § 342.

5) Wer die Genehmigung zu einer Abweichung einzuholen hat, ist hier nicht ebenso ausdrücklich, wie im § 341 Abs. 3 gesagt. Indeß kann man deshalb nicht per arg. e contr. aus § 341 folgern, daß das Gericht hier nicht verpflichtet sei, die nöthig gehaltene Genehmigung zu erfordern und dies den Parteien oder Zeugen zu überlassen sei. Vielmehr folgt aus demselben, dem § 341 zu Grunde liegenden, Grundsätze der Officialthätigkeit des Gerichts hinsichtlich der Zeugenvernehmung und der Bestimmung des Orts der Vernehmung, §§ 326, 196, daß das Gericht die für erforderlich gehaltene Genehmigung einzuholen hat; v. Sarwey I, 503; v. Bülow Anm. 4; Caupp Anm. V. AR. Struckmann-Roch Anm. 8; Petersen Anm. 4; Buchelt 2, 158.

6) Wegen der unmittelbaren Vorgesetzten hinsichtlich der Reichsbehörden (Anm. 2) vgl. B. v. 23. Nov. 1874, RObI. 136 und B. v. 19. Dez. 1875, RObI. 375.

### § 348.

Zur Verweigerung des Zeugnisses sind berechtigt:<sup>1)</sup>

1. der Verlobte einer Partei;<sup>2)</sup>
2. der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;
3. diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Adoption verbunden, oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht;<sup>3)</sup>
4. Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei der Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;<sup>4)</sup>
5. Personen, welchen kraft ihres Amtes,<sup>5)</sup> Standes oder Gewerbes Thatfachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder durch gesetzliche Vorschrift<sup>6)</sup> geboten ist, in Betreff der Thatfachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.<sup>7)</sup>

Die unter Nr. 1—3 bezeichneten Personen sind vor der Vernehmung über ihr Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zu belehren.<sup>8)</sup>

Die Vernehmung der Nr. 4, 5 bezeichneten Personen ist, auch wenn das Zeugniß nicht verweigert wird, auf Thatfachen nicht zu richten, in Ansehung welcher erhellt, daß ohne Verletzung der Verpflichtung zur Verschwiegenheit ein Zeugniß nicht abgelegt werden kann.<sup>9)</sup>

R. 336. N. 512. P. 128. 548. 677.

1) Außer den Voraussetzungen der §§ 348, 349, welche als Ausnahmen nicht ausdehnend zu interpretiren sind und durch § 350 wieder eingeschränkt werden, hat Niemand das Recht, das Zeugniß oder den Zeugeneid zu verweigern. Vgl. § 355. Die Pflicht zur Ablegung eines Zeugnisses geht jedoch nur auf Mittheilung der Wissenschaft des Zeugen, nicht aber auf Ermittlung des Sachverhalts, z. B. durch Nachforschung in Skripturen oder Büchern. Vom Zeugnisse ausgeschlossen sind nur begrifflich die Parteien, s. Anm. 1 § 338, und gemäß §§ 341, 348 Abs. 3 bedingt die Beamten. — Das Recht zur Zeugnißverweigerung umfaßt sowohl das Recht, die Aussage überhaupt, als die Beeidigung derselben zu verweigern. Durch Abgabe des Zeugnisses wird das Recht, die Eidesleistung zu verweigern, noch nicht verwirkt, vgl. § 355; ferner ROb. 21. Okt. 1889, 3RB. 431, SA. 45, 371; ebensowenig würde die vorherige Ableistung des Zeugeneides der nachträglichen Verweigerung der Aussage entgegenstehen, vgl. Anm. 8.

2) Nr. 1—3. Unter der „Partei“ ist dasjenige Rechtssubjekt verstanden, in dessen Namen und für dessen Rechnung der Prozeß geführt wird; die Vertreter dieser Partei

sind hier nicht eingeschlossen, vgl. Vorb. vor § 50; Petersen, Busch 18, 11; Siegemann, Busch 17, 365.

Nr. 1. Das tatsächliche Verhältnis als Verlobte genügt rationell; ob ein zum Zwecke von Ansprüchen der Verlobten unter einander nach Landesrecht erforderliches rechtswerbliches Verhältnis besteht, hat mit Zweck und Grund der Zeugenernehmung und Zeugnisweigerung nichts zu thun; Petersen Anm. II 1, Gaupp und Seuffert; R. O. Str. 10, 117. *RR.* Buchelt 2, 182; Kleiner 2, 302.

3) Zu Nr. 3 gilt das in Anm. 4 § 41 Nr. 3 Bemerkte.

4) Nr. 4. Unter den Geistlichen sind, entsprechend den §§ 130a, 174, 181, 196, 338 StGB. und §§ 3, 67 Reichsges. v. 6. Febr. 1875 die Religionsdiener aller religiösen Gesellschaften zu verstehen, welche in einer solchen „Seelsorge ausüben“. Daß es sich um eine staatlich anerkannte Religionsgesellschaft handeln müsse, ist im Gesetze nicht gesagt, auch mit der ratio legis nicht zu vereinigen; Gaupp Anm. II; *RR.* Seuffert Anm. 5. Der § 348 sanktioniert für ihre Vernehmung nur ihr Recht, nicht eine Pflicht zur Zeugnisverweigerung; indeß ist Abs. 3 zu beachten. Ueber Angabe und Glaubhaftmachung der Weigerungsgründe vgl. Anm. 1 § 351. Auf die Bekundung von Mittheilungen, welche der Geistliche dritten Personen über die ihm bei Ausübung der Seelsorge anvertrauten Thatfachen gemacht haben soll, bezieht sich Nr. 4 nach R. O. 8. Juni 1883, SA. 39, 91 nicht. (Die Entscheidung ist bedenkl. Dadurch, daß der Geistliche dritten Personen Mittheilungen gemacht, wird er seines Rechts zur Zeugnisverweigerung nicht beraubt; und wenn er auch über die Wahrheit der zu bekundenden Mittheilung nichts auszusagen braucht, so ist doch klar, daß er schon durch die Bestätigung der Thatfachen der geschenen Mittheilung das Weichgeheimniß offenbart, wenn er sich nicht zum Lügner machen will.)

5) Nr. 5. Oeffentliche Beamte haben dies Recht sowohl, wenn die Genehmigung nach § 341 nicht nachgesucht war, weil erst bei der Vernehmung der Zusammenhang des Zeugnisses mit der Amtsverschwiegenheit sich herausstellt, als auch dann, wenn die Genehmigung erteilt ist, jedoch durch die spezielle Vernehmung bestimmte Fragen hervor treten, welche durch die allgemeine Genehmigung nicht ausdrücklich betroffen sind. Vgl. § 350 Abs. 2. — Die Vorschrift gilt auch für Vernehmungen früherer Beamten, welche nicht mehr im Dienste sind, *RR.* 252.

6) Nach § 300 StGB. werden „Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Bertheiliger in Strafsachen, Aerzte, Wundärzte, Hebeammen, Apotheker, sowie die Gehülfen dieser Personen, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind“, bestraft. — Handelsmüller sind nach Art. 69 Nr. 5 StGB. „zur Verschwiegenheit über die Aufträge, Verhandlungen und Abschlüsse verpflichtet, soweit nicht das Gegentheil durch die Parteien bewilligt oder durch die Natur des Geschäfts geboten ist“. Außerdem umfaßt die „gesetzliche Vorschrift“ Alle, welche durch reichs- oder landesgesetzliche Rechtsnormen (StGB. § 12) zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Ueber die Amtsverschwiegenheit der Notare in Preußen vgl. Anm. 1 § 341.

7) Voraussetzungen des Grundes zu Nr. 5 sind, daß dem Zeugen kraft seines Amtes, Standes oder Gewerbes Thatfachen anvertraut sind, und daß zugleich deren Geheimhaltung durch die Natur derselben oder gesetzliche Vorschrift geboten ist. Was durch die Natur der Thatfachen geheim zu halten geboten ist (Thatfachen, deren Kenntniß nur für gewisse Personen und nicht für die Parteien und das Gericht bestimmt ist, z. B. Familien- oder Gewerbegeheimnisse, vgl. § 349 Nr. 3), hat erforderlichenfalls das Gericht zu ermessen, vgl. R. O. 33, 262. Das „Anvertrauen“ ist auch nicht auf eine direkte Mittheilung der Parteien beschränkt, sondern bezieht sich auch auf Wahrnehmungen, welche durch die Vertrauensstellung selbst bedingt und veranlaßt sind, Seuffert Anm. 6; insbesondere auch auf diejenigen Thatfachen, welche ein Rechtsanwalt als Beistand einer Partei bei Verhandlungen derselben mit einer anderen Partei vernommen hat; R. O. 22. Febr. 1888, SA. 43, 360 (mit dem Kammergericht; gegen O. B. Dresden, SA. 44, 107). Dem Rechtsanwalt ist Alles, was ihm als Bevollmächtigten mitgetheilt ist, zur Geheimhaltung



kraft Gesetzes anvertraut, auch ohne daß ihm eine besondere Pflicht zur Verschwiegenheit auferlegt zu werden braucht, *R. 30*, 382; 16. Juni 1893, *ZB*. 347; *DSB*. Frankfurt, *SA*. 48, 231. (*ARR*. 20. I. Berlin, *Bl.f.R.* 4, 101.) Dies bezieht sich auch nicht bloß auf das, was ihm sein Rechtgeber, sondern auch, was ihm dessen Ehegatte (oder Andere) aus Anlaß seiner Vertrauensstellung mitgeteilt haben, *R. 2*. Nov. 1893, *ZB*. 559, *RaffR.* 38, 497. Bei Affektionen von Rechtsanwälten erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht auf alle Ehepartner, *DSB*. Frankfurt, *SA*. 50, 102. Die Verschwiegenheitspflicht des preussischen Notars nach § 19 des *Not.Ges.* 11. Juli 1845 bezieht sich nicht allein auf den Inhalt der von ihm aufgenommenen Urkunden, sondern auch auf die von den Parteien bei Gelegenheit dieser Aufnahme und im Zusammenhange damit abgegebenen Erklärungen; *R. 30*, 355; 31. Jan. 1894, *ZB*. 119, *RaffR.* 38, 741, *SA*. 49, 364; vgl. auch *Anm.* 5 § 350. Bez. der f. g. Auskunftsbureaus vgl. *DSB*. Hamburg, *SA*. 37, 233, welches ein Zeugnisverweigerungsrecht derselben sowohl hinsichtlich der ihnen über die Kreditwürdigkeit von Personen mitgetheilten Thatsachen als über die Urheber der Mittheilungen verneint; ersteres gewiß mit Recht, da ihnen die Thatsachen nicht zur Geheimhaltung, sondern gerade zur Offenbarung anvertraut sind; letzteres jedoch mit Unrecht. Für die Quelle der Mittheilungen besteht nach der Natur der Sache die Pflicht zur Geheimhaltung („Diskretion“).

8) Die Belehrung gemäß *Abf.* 2 ist zu Protokoll festzustellen. Der thatsächliche oder ausdrückliche Verzicht auf die Zeugnisverweigerung kann jederzeit, auch während der Vernehmung widerrufen, ebenso auf Einzelnes beschränkt werden. Ebenso *DSB*. Hamburg, *SA*. 42, 101; vgl. *Anm.* 1. Dies folgt aus dem Rechte *o majore ad minus*. Erbietet der Zeuge nach Anerkennung einer begründeten Weigerung sein Zeugnis, so bedarf die Vernehmung eines neuen Beschlusses.

9) Neben der richterlichen Pflicht, für *Nr.* 4, 5 von Amtswegen die Verschwiegenheitspflicht zu berücksichtigen, ist § 341 zu beachten. — Die *Abf.* 2, 3 sind instruktionelle Vorschriften für die Amtspflichten des Richters; ihre Verletzung hindert nicht an der Benutzung der Aussagen; *Buchelt* 2, 182; *Endemann* 2, 220; *Seuffert Anm.* 8, *Caupp Anm.* IV.

### § 349.

Das Zeugnis kann verweigert werden:<sup>1a)</sup>

1. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, zu welcher derselbe in einem der im § 348 *Nr.* 1—3 bezeichneten Verhältnisse steht, einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde;<sup>1)</sup>
2. über Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem der im § 348 *Nr.* 1—3 bezeichneten Angehörigen desselben zur Unehre gereichen<sup>2)</sup> oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde;<sup>3)</sup>
3. über Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimnis zu offenbaren.<sup>4)</sup>

*R. 337. W. 513. P. 128. 548.*

1a) Kann der Zeuge nach § 349 nur für einzelne der Fragen sein Zeugnis verweigern, so ist er dadurch selbstverständlich nicht berechtigt, sein Zeugnis überhaupt zu verweigern, *R. 19*. Sept. 1892, *ZB*. 421.

1) Hervorzuheben ist, daß nur ein unmittelbarer Schaden die Weigerung begründet (*ARR*. I. 6 §§ 2, 3), und daß die Ausnahmen des § 350 zu beachten sind. Der Umstand, daß Jemand über seine eigenen ihm selbst unzweifelhaften Rechtsverpflichtungen bekunden soll, bewirkt keine Vermögensverschlechterung und also keinen Befreiungsgrund, auch wenn er sich dadurch der Gefahr aussetzt, wegen seiner Verpflichtungen in Anspruch genommen zu werden, *R. 32*, 381. Indes über Schuldverhältnisse, welche ihm noch nicht unzweifelhaft feststehen, braucht er sich nicht vernehmen zu lassen, *Seuffert Anm.* 1. Von dem Fall,

daß der Zeuge von der Beantwortung einer Frage einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden zu erwarten hat, ist der im § 358 Nr. 4 behandelte Fall, daß der Zeuge am Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar betheilt ist, wohl zu unterscheiden; *RG.* 11. Juli 1891, *SA.* 47, 241.

2) Der Begriff der Ehre und der Unehre ist, abgesehen von demjenigen, was nach allgemeinen moralischen Grundsätzen Jedem zur Ehre bzw. zur Unehre gereichen muß, wesentlich von den Standesverhältnissen desjenigen abhängig, um dessen Ehre es sich handelt. Maßgebend sind also die allgemeinen moralischen Grundsätze und die Ehrbegriffe des Standes, welchem der Zeuge angehört. Zur Weigerung berechtigt es nicht nur, wenn der Zeuge direkt ein unehrenhaftes Handeln bekundet, sondern auch wenn er über Behauptungen aussagen soll, welche in ihrem Zusammenhange den Schluß auf ein unehrenhaftes Handeln gestatten, *RG.* 23. Sept. 1887, *JW.* 415; 8. Nov. 1894, *JW.* 589. Die *RR.* hat das Wort: „Unehre“ dem Ausdrücke des *C.*: „Schande“ substituiert. — Ob die „Angehörigen“ noch leben oder nicht, ist unerheblich.

3) Weigerungsgrund ist nur die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung, einschließlich für Uebertretungen, nicht gerade unbedingt wirklicher Bestrafung; *RG.* 23, 130; auch nicht der Verfolgung im Disziplinarwege (abgesehen von einem etwaigen weiteren Grunde der „Unehre“), vgl. Reichsbeamtengesetz 31. März 1873 §§ 77, 78. Vgl. *Rot.* 253 und die entsprechend gleiche Bestimmung des § 54 *StrP.* In Betreff der Gefahr einer Disziplinarverfolgung kommt es daher nur darauf an, ob die Verhältnisse zur Unehre gereichen. Die ehregerichtliche Bestrafung gemäß der *RRD.* 1. Juli 1878 §§ 28, 62 ff. ist an sich keine strafgerichtliche Verfolgung, betrifft aber unbedenklich jedesmal die Ehre.

Bei den Fragen zu Nr. 1, 2 kann allerdings der Erfolg, welcher zur Verweigerung berechtigt, in der Regel nur eintreten, wenn sie in einer bestimmten Richtung beantwortet werden müssen. Da das Recht zur Zeugnisverweigerung nicht durch die Feststellung des Grundes illusorisch zu machen ist, so braucht der Zeuge natürlich nicht zu sagen, er könne die Frage nur so beantworten, daß ihm Schaden oder Schande erwachse. Es genügt, eine Betheiligung glaubhaft zu machen, aus welcher Besorgnis entstehen kann, § 351, ebenso wenn dies schon in der Frage selbst liegt. Auch für einen unverheiratheten Mann kann die Beantwortung der Frage, ob er geschlechtlichen Verkehr mit einer Frauensperson gehabt, zur Unehre gereichen, *Sammerg.*, *Bl.f.R.* 3, 47; vgl. dagegen 4, 76.

4) Nr. 3. Wodurch das Kunst- oder Gewerbegeheimniß dem Zeugen mitgetheilt ist, ob er es selbst erfunden oder von seinem Meister, Fabrikherrn u. erfahren hat, ist gleichgültig. Es bleibt immer „ein“ Geheimniß, sobald es für die Kunst- oder Gewerbegeoffenen nicht allgemein bekannt ist. Vereinbarungen von Fabrikanten, durch welche sie sich gegenseitig verpflichten, ihre Fabrikate nicht unter bestimmten Preisen zu verkaufen, scheidet das *RG.* 15. Mai 1893, *SA.* 49, 365, als Gewerbegeheimniß an.

### § 350.

In den Fällen des § 348 Nr. 1—3 und des § 349 Nr. 1 darf der Zeuge das Zeugniß nicht verweigern:

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

Die im § 348 Nr. 4, 5 bezeichneten Personen dürfen das Zeugniß nicht verweigern, wenn sie von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden sind.<sup>5)</sup>

R. 338. N. 514. P. 128. 548—550.

1) Nr. 1. Der Zeuge muß als solcher zugezogen sein, vgl. R. 23. Nov. 1892, ZB. 1893 S. 17; ob als Solennitätszeuge oder Beweiszeuge ist gleich; aber eine bloß zufällige Anwesenheit bei Errichtung des Geschäfts genügt nicht. In welcher Form das Geschäft errichtet ist (mündlich, schriftlich u.), macht keinen Unterschied. Auf das Zeugniß eines Beamten über Urkunden, welche er errichtet hat, bezieht sich Nr. 1 nicht; es unterliegt den Vorschriften der §§ 341, 348 Nr. 5; ebensowenig auf Zeugen, welche zu anderen Zwecken, oder zur Anhörung eines tatsächlichen Vorgangs herbeigeholt sind, R. 8. Okt. 1894, ZB. 544.

2) Nr. 2. Der Ausdruck Familienglieder ist im weitesten Sinne zu nehmen, ohne Beschränkung auf Verwandtschaft; Seuffert Anm. 2.

3) Nr. 3. Ueber Vermögensangelegenheiten überhaupt vgl. Anm. 3 § 21. Ansprüche aus dem ehelichen Güterrecht, erbrechtliche, Alimentations-Ansprüche u. gehören hierher; nicht reine Statusfragen. Vgl. R. 29. Juni 1889, SA. 45, 101, 20. Sept. 1894, ZB. 516 (Abfindungen aus einem Ueberlassungsvertrage zwischen Eltern und Kindern); R. 2. Febr. 1891, ZB. 179, SA. 47, 103; 30. Nov. 1894, ZB. 1895 S. 8 (erbrechtliche Ansprüche), R. 19. Juni 1891, ZB. 413 (Versprechen der Mutter, das Erbrecht nicht durch Testament zu verkürzen); 27. April 1894, ZB. 279; DLG. Oldenburg, SA. 47, 102 (Erstattungs-Anspruch btr. Alimente für das gemeinschaftliche Kind der Klägerin und des Zeugen); DLG. 3. Nov. 1887, SA. 43, 361 (nicht Streitigkeiten über die Auseinanderlegung nach getrennter Ehe).

4) Nr. 4. Derjenige, welcher als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei eine „Handlung vorgenommen haben soll,“ kann hiernach, ohne Unterschied, von welcher Partei er als Zeuge benannt ist, ungeachtet eines sonst nach §§ 348 Nr. 1—4, 349 Nr. 1 vorhandenen Weigerungsgrundes im Interesse der Beschaffung zuverlässigster Auskunft, R. 24. Jan. 1894, ZB. 140, über Handlungen, welche er in jener Eigenschaft vorgenommen hat: Rechtsgeschäfte, Abgabe von Erklärungen, geschäftliche oder andere Thätigkeiten sein Zeugniß nicht verweigern. Zur Ausschließung des Zeugnißverweigerungsrechts genügt die Behauptung des Beweisführers, daß der Zeuge als Rechtsvorgänger bzw. Vertreter gehandelt habe, DLG. Marienwerder, SA. 48, 353; wobei freilich das Verhältnis, aus welchem diese Eigenschaft folgen soll, näher darzulegen ist. Auf Wahrnehmungen ist die Bestimmung des § 350 nicht auszudehnen. Als „Rechtsvorgänger“ bedeutet: während er Inhaber des Rechts war, welches zur Zeit des Prozeßes von der Partei geltend gemacht wird; Buzß 4, 386. Ob und wie das Recht unmittelbar von ihm auf die Partei überging, oder ob noch andere Rechtsnachfolger dazwischen sind, macht keinen Unterschied, vgl. Anm. 3 § 410. Die Ehefrau, welche ihrem Ehemanne eine dos stellt, ist hinsichtlich derselben seine Rechtsvorgängerin; R. 14. Febr. 1885, ZB. 217. Auch der Besteller des Pfandrechts (der Hypothek) ist im Sinne des § 350 Rechtsvorgänger des Pfandgläubigers, R. 24. Jan. 1894, SA. 49, 469, RaffR. 38, 984. — Der Vertreter ist hier im allgemeinsten Sinne (s. Anm. 2 § 210) zu verstehen; Jeder, welcher eine Partei in Bezug auf die Handlung mit oder ohne Auftrag tatsächlich vertreten hat, gehört dazu; Bevollmächtigte auch ohne Rücksicht, ob sie für denselben Prozeß bevollmächtigt sind. Gesetzliche Vertreter, welche als solche eine Partei im Prozeße vertreten, gelten insbesondere auch in Betreff der Eideszuschreibung selbst als Partei, § 485, Borb. vor § 50, und können also nicht Zeugen sein, da sie Recht und Pflicht haben, selbst als Partei aufzutreten; für sie gilt Nr. 4 daher nur, sofern sie ehemals Vertreter waren; Anm. 1 § 338; R. 2, 400; Buzß 3, 494. Dem Rechtsvorgänger und Vertreter im Sinne der Nr. 4 kann ein Partei-Eid nach § 414 nicht zugeschoben werden. Wenn er beim Rechtsstrette unmittelbar theiligt ist, so kann er als Zeuge beeidigt werden, ist aber in der Regel unbeeidigt zu vernehmen, § 358 (Nr. 4). Der Werth seiner Aussage unterliegt jedenfalls der richterlichen Würdigung nach der konkreten Sachlage, § 259.

5) Vorausgesetzt ist im Abf. 2 gemäß der Erklärung des Dir. v. Amberg, P. 128, daß die Entbindung nach dem objektiven, für den bestimmten Fall anwendbaren Recht

wirksam ertheilt ist. Für die öffentlichen Beamten erfolgt die Entbindung wirksam durch die Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde, § 341; für die im § 300 StGB. bezeichneten und andere zur Verschwiegenheit verpflichtete Personen durch verbindliche Erklärungen derjenigen, welche ihnen Privatgeheimnisse anvertraut haben (demnach genügt für Notare, vgl. Anm. 1 § 341, Anm. 6, 7 § 348, die Entbindung seitens der vorgesetzten Dienstbehörde nicht, sofern es sich um Privatgeheimnisse handelt, *R. 30*, 355; 31. Jan. 1894, *JB.* 119; vgl. Koch-Zastrow, Formularbuch u. Notariatsrecht, Berlin 1891 S. 101 ff., gegen Weisler, das preuß. Notariat, Berlin 1888 S. 232); für Handelsmäkler durch die Bewilligung der „Parteien“, § 68 HGB. Ob Geistliche durch die Einwilligung desjenigen, welcher ihnen etwas anvertraut hat, oder durch Genehmigung ihres Vorgesetzten wirksam entbunden werden, ist nach den Religionsbegriffen der Konfession des Geistlichen zu entscheiden. Nach katholischem Kirchenrechte ist eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht betreffs des unter dem Weichselstempel Anvertrauten gänzlich ausgeschlossen; c. 12 X. de poenit. 5, 33. Für das protestantische Kirchenrecht entscheiden die Kirchenordnungen, vgl. *RR.* II. 11, §§ 80—82.

### § 351.

Der Zeuge, welcher das Zeugniß verweigert, hat vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers oder in diesem Termine die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, anzugeben und glaubhaft zu machen.<sup>1)</sup>

Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des § 348 Nr. 4, 5 die mit Berufung auf einen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung.<sup>2)</sup>

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

Von dem Eingange einer Erklärung des Zeugen oder von der Aufnahme einer solchen zum Protokolle hat der Gerichtsschreiber die Parteien zu benachrichtigen.<sup>3)</sup>

*R. 339. N. 511. 515—519. P. 128. 129 560.*

1) Zu §§ 351—354, Verfahren bei Zeugnißverweigerung, vgl. Meyer, *Buch* 17, 459—473. Hat der Zeuge vor dem Termine sich gemäß Abs. 1 erklärt, so braucht er nach Abs. 3 im Termine nicht zu erscheinen. Erscheint er ohne jede vorgängige Erklärung im Termine nicht, so ist gegen ihn nach § 345 zu verfahren; hat er eine Weigerung ohne Angabe des Grundes erklärt, dann nach § 355. Wegen der Bestrafung unwahrer Angaben StGB. § 138. — Die im Abs. 1 bezeichnete Form der Erklärung des Zeugen stellt fest, daß er für diesen Zwischenfall einer Vertretung durch einen Anwalt nicht bedarf, § 74 Abs. 2, sowie ebenfalls für den Fall der Entschuldigungsverweigerung des Richterscheitens, § 346 Abs. 2. — Von der vorgeschriebenen Angabe und Glaubhaftmachung der Thatsachen, auf welche die Weigerung gegründet ist, sind auch die Geistlichen mit Bezug auf § 348 Nr. 4 nicht befreit, *R. 19*. Jan. 1884, *JB.* 87 Ziff. 10.

2) Die Bestimmung des Abs. 2 (abweichend von § 266) entzieht dem Gerichte die Befugniß, in den Fällen des § 348 Nr. 4, 5 eine andere Glaubhaftmachung zu fordern. Die diensteidliche Versicherung „genügt“; andere Mittel sind also nicht ausgeschlossen, s. § 266.

3) Die Benachrichtigung der Parteien, Abs. 4, hat den Zweck, die Befreiung des Zwischenfalls zu fördern. Eine besondere Form der Benachrichtigung ist nicht vorgeschrieben, also nicht nöthig; Anm. 1 § 152. Erkennt der Beweismittel nach Mittheilung der Erklärung des Zeugen dessen Weigerungsgrund als richtig an (vgl. § 352 Abs. 1: „nach Anhörung der Parteien“), so ist durch den Verzicht der Partei auf das Zeugniß der Zwischenfall erledigt; *Rot.* 253. Wenn ein Zeugniß nicht mehr verlangt wird, liegt auch keine Weigerung mehr zur Entscheidung vor; *R. 12*. Mai 1886, *JB.* 194, *Raff.* 30, 1128.

Sonst ist der durch die Weigerung entstehende „Zwischenstreit“ nach §§ 352 ff. zu verhandeln und zu entscheiden, Mot. 253. Verb. 2 vor § 119; Verb. 1 vor § 272.

### § 352.

Ueber die Rechtmäßigkeit der Weigerung wird von dem Prozeßgerichte nach Anhörung der Parteien entschieden.<sup>1)</sup>

Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich durch einen Anwalt vertreten zu lassen.<sup>2)</sup>  
Gegen das Zwischenurtheil findet sofortige Beschwerde statt.<sup>3)</sup>

R. 240. N. 515—519. P. 129. 550.

1) Die §§ 352—355 regeln das Verfahren nach erfolgter Weigerung des Zeugen; und zwar § 352 das Verfahren behufs der Entscheidung über die Weigerung im Allgemeinen und insbesondere für den gemäß § 320 als Regel vorausgesetzten Fall, wenn der Zeuge vor dem Prozeßgerichte vernommen werden soll und wenn er auch im Termine erschienen ist; § 353 die Modifikation dieses Verfahrens, falls er nicht erschienen ist; § 354 die Modifikation, falls die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt ist.

Das Verfahren der §§ 352—354 behufs der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Weigerung setzt die Angabe eines Grundes voraus, (andernfalls ist sofort nach § 355 zu verfahren) und erfolgt in „m.B.“ vor dem „Prozeßgericht“; vgl. §§ 352 Abs. 1, 353, 354 Abs. 2; R.O. 16. Jan. 1884, Z.N. 87. Der Zwischenstreit entsteht mit der Weigerung des Zeugen und ist, wenn er nicht durch Verzicht der Parteien auf den Zeugen (§ 364 und Anm. 3 § 351) beseitigt wird, „nach Anhörung der Parteien“ durch Zwischenurtheil zu entscheiden; R.O. 13, 414; 17. Jan. 1893, Z.N. 135. Unter den Parteien sind die Prozeßparteien gemeint (vgl. „Zeuge und Parteien“ § 354 Abs. 2, 3) außer dem Zeugen, welcher für diesen Zwischenstreit ebenfalls Partei ist, daher auch keine Zeugenkosten verlangen kann, wenn er erscheint, R.O. 20, 378; 28, 437. Beide Parteien und nicht bloß der Beweisführer, welcher den Zeugen vorgeschlagen hat, gelten als betheiligte, da auch der Gegner ihn noch jederzeit vorschlagen könnte (vgl. § 364), und beide sind mit ihren Erklärungen und Anträgen „über die Rechtmäßigkeit der Weigerung“ zu hören, ebenso der Zeuge, wenn er erschienen ist. Der Charakter des Verfahrens ist jedoch hier, wemgleich m.B. stattfindet, nicht der einer m.B. unter den Parteien mit den Versäumnißfolgen, dem Versäumnißverfahren, dem Prozeßbetriebe und dem Dispositionsrechte der Parteien, wie sich diese nach den Grundsätzen der §§ 129, 295 ff., 191, 228 gestalten; sondern das Verfahren erfolgt in Ausübung der Officialthätigkeit des Gerichts, und die m.B. dient hier nur dazu, den Betheiligten Gelegenheit zu geben, sie anzuhören. Dies folgt daraus, daß unbedingt zu entscheiden ist, ohne daß ein Antrag einer Partei oder des Zeugen gestellt zu werden oder der Zeuge nur zugegen zu sein braucht (§ 352 Abs. 1, in Verb. mit § 353) und daß das Versäumnißverfahren der §§ 295 ff. schon deshalb unanwendbar ist, weil es eine totale Versäumung des Rechtsstreits seitens einer Partei voraussetzt. Ebenso ergeht die Redaktion: „nach Anhörung der Parteien“, daß ihnen lediglich Gelegenheit zu Erklärungen gegeben werden soll; Strudmann-Roch Anm. 1; Gaupp Anm. II; Endemann 2, 225. — Wenn, wie in den §§ 352, 353 im Gegenseite zu § 354 vorausgesetzt ist, der Termin zur Vernehmung des Zeugen vor dem Prozeßgerichte anberaumt war, so dient er nach § 335 Abs. 1 zugleich zur Fortsetzung der m.B. und es bedarf ohne Rücksicht darauf, ob eine der Parteien abwesend ist (vgl. übrigens Anm. 1 § 332), keiner neuen Ladung zur sofortigen Verhandlung über diesen Zwischenstreit. Andernfalls findet § 354 Anwendung. Das Verfahren ist, wenn nicht muthwillig veranlaßt, gebührenfrei, G.R.O. § 47 Nr. 7 und Abs. 2. Betreffs der Anwalts-Gebühren vgl. Anw.G.B.D. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 6. Etwaige Kosten des Zwischenstreits hat nach Analogie des § 87 der im Zwischenstreite Unterliegende zu tragen, Meyer, Busch 17, 463.

2) Der Zeuge braucht sich weder, wenn er erschienen ist, durch einen Anwalt vertreten lassen, noch nach seiner Weigerung überhaupt weiter zu verhandeln, da selbst sein Richtererscheinen keinen anderen Unterschied macht, als den des § 353, und immer nach Abs. 1 über die Rechtmäßigkeit der Weigerung, also sachlich, zu entscheiden ist.

3) Die sofortige Beschwerde steht sowohl dem Zeugen, als jeder der beiden Parteien zu; ebenso die weitere sofortige gegen den Beschluß, durch welchen erst das Beschwerdegericht abändernd die Weigerung für begründet erklärt, *RG.* 20, 378; 32, 382. Das *RG.* 20, 378 und 3. Dez. 1889, *ZW.* 515, *Raff.* 34, 750, verlegt den Parteien jedoch zutreffend gegen den die Zeugnißverweigerung als unbegründet erklärenden Beschluß das Beschwerderecht, weil keine Partei ein Recht darauf habe (abgesehen von einem wirksamen Verzicht auf den Zeugen, vgl. *Ann.* 3 § 351), daß ein Zeuge nicht vernommen werde. Ebenso *OLG.* Marienwerder, *GA.* 48, 353. — Durch die Beschwerde sind andere Rechtsmittel ausgeschlossen, ebenso durch den Wegfall eines Versäumnisurtheils der Einspruch. Die Entscheidung unterliegt auch nicht indirekt der Beurteilung des Berufungs- oder Revisionsgerichts, §§ 473, 510. Die für rechtmäßig erklärte Zeugnißverweigerung wirkt deshalb auch für die höhere Instanz, und es erscheint unzulässig, unter Ignorierung derselben wiederholt die Vernehmung des Zeugen über dasselbe Beweisthema in höherer Instanz zu beschließen, sofern nicht der Zeuge dann auf sein Weigerungsrecht verzichtet, was demselben natürlich jederzeit unbenommen bleibt (*OLG.* Oldenburg, *GA.* 43, 246), *Ann.* 1 § 354. Ist der Erlaß eines Zwischenurtheils über die Rechtmäßigkeit der Zeugnißverweigerung unzulässiger Weise (vgl. dagegen *Ann.* 3 § 351) unterblieben, so bleibt dies für die höhere Instanz eine offene Frage. Geeignetenfalls ist in der Berufungsinstanz von der Befugniß des § 501 in diesem Falle Gebrauch zu machen, da die Unterlassung des im § 352 vorgeschriebenen Verfahrens und Zwischenurtheils die Verletzung einer wesentlichen Prozeßvorschrift ist, und nicht etwa durch eine Bemerkung in dem Endurtheil über die Rechtmäßigkeit der Zeugnißverweigerung ersetzt werden kann; *RG.* 13, 414. Die sofortige Beschwerde setzt die Zustellung der Entscheidung als notwendig voraus, § 540. — Das „Zwischenurtheil“, welches auch rüchtsichtlich der Parteien ein Urtheil ist, hat nach § 288 eine Partei dem Gegner und dem Zeugen zustellen zu lassen. Ist die Weigerung unbegründet erklärt, so kann gemäß § 355 erst nach Rechtskraft des Urtheils gegen den Zeugen weiter verfahren werden. Die Beschwerde hat also, obgleich dies im § 355 nicht gesagt ist, dem Zeugen gegenüber aufschiebende Wirkung. Wird die Weigerung für begründet erklärt, so kann die Sache vor Rechtskraft dieses Zwischenurtheils zur Entscheidung nicht reif werden, sofern es auf das Zeugniß überhaupt ankommt. Würde dessenungeachtet das Endurtheil erlassen werden, so wäre darin ein wesentlicher Mangel des Verfahrens zu finden, welcher schon in der Berufungsinstanz zur Aufhebung des Urtheils gemäß § 501 führen kann. Die Beschwerde gegen das Zwischenurtheil wird durch Einlegung der Berufung gegen das Endurtheil nicht unzulässig. Die Beschwerde kann, außer in dem Falle des § 354, auf neue Thatfachen und Beweise gestützt werden, § 533. Ueber die Anwendung des § 352 im Entmündigungsverfahren, §§ 593—604, vgl. *Ann.* 4 § 597 u. *Buch* 19, 449.

Soll nach rechtskräftiger Verwerfung der Zeugnißverweigerung weiter verfahren werden, so ist dem Gerichte zunächst die Rechtskraft des Zwischenurtheils von einer Partei durch Einreichung der betr. Urkunden nachzuweisen, wonach dasselbe die Fortsetzung der Beweisaufnahme durch Ladung des Zeugen vor das Prozeßgericht (oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter) zu veranlassen und den Termin den Parteien bekannt zu machen hat, welcher, wenn er vor dem Prozeßgerichte ansteht, zugleich und von selbst zur Fortsetzung der m.B. bestimmt ist, §§ 333, 335 *Abf.* 1 u. 2. *WR.* Gaupp *Ann.* III und *Struckmann-Roch* *Nr.* 2; vgl. dagegen *Seuffert* *Ann.* 3. Erscheint der Zeuge auf die neue Ladung nicht, so ist gegen ihn nach § 345 zu verfahren, beharrt er bei seiner Weigerung, nach § 355; *Ann.* § 355.

### § 353.

Hat der Zeuge seine Weigerung schriftlich oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt und ist er in dem Termine nicht erschienen, so hat auf Grund seiner Erklärungen ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten.<sup>1)</sup>

1) Der § 353 betrifft den Fall, daß der Termin zur Vernehmung des Zeugen vor dem Prozeßgerichte ansteht, und daß der geladene Zeuge in diesem Termine nicht erschienen ist, vorher aber seine Weigerung schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt hat. Die ausnahmsweise in den §§ 353, 354 Abs. 3 vorgeschriebene Berichterstattung durch ein Mitglied des Prozeßgerichts hat für § 353 im Nichterscheinen des Zeugen und für § 354 Abs. 3 in der Beschränkung des Streitmaterials ihren Grund. Im Uebrigen ist für den Fall des § 353 keine Abweichung von dem im § 352 allgemein vorgeschriebenen Verfahren festgesetzt, Anm. 1 § 352.

### § 354.

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

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

Auf Grund der von dem Zeugen und den Parteien abgegebenen Erklärungen hat ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten. Nach dem Vortrage des Berichterstatters können der Zeuge und die Parteien zur Begründung ihrer Anträge das Wort nehmen; neue Thatfachen oder Beweismittel dürfen nicht geltend gemacht werden.<sup>1)</sup>

R. 342. N. 515—519. P. 129. 550.

1) Erfolgt die Weigerung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter (mündlich oder schriftlich, Abs. 1), so werden die sonst allgemeinen Vorschriften des § 352 durch die Bestimmungen des § 354 modifizirt. Es tritt ein schriftliches Verfahren vor dem mit der Beweisaufnahme betrauten Richter ein, welches mit strenger Eventualmaxime das für diesen Zwischenstreit zu berücksichtigende Material abschließt. Weder der Zeuge, noch die Parteien sollen nach dem Schlusse neue Thatfachen ohne Beweismittel geltend machen dürfen. Sie sollen (gemäß Abs. 1) alles Thatächliche schon vor dem beauftragten oder ersuchten Richter vorbringen. Letzterer, dem Zeugen und den Verkäuferten näher stehend, als das entferntere Prozeßgericht, ist eher im Stande, die Sachlage festzustellen, und der Zeuge soll nicht zum Prozeßgerichte reisen müssen. Die Präklusion neuer Thatfachen und Beweismittel ist nach dem deutlichen Wortlaute des Abs. 3 (im Gegensatz zu ähnlichen Präklusionen, §§ 44 Abs. 4, 251 Abs. 2, 252, 256 Abs. 2, 371 Abs. 2) eine absolute und umfaßt auch die später etwa entstandenen oder bekannt gewordenen. Für diesen Zwischenstreit ist durch den Schlusse die Präklusion unter Modifizirung des § 533 auch in Betreff der Beschwerdeinstanz vorgeschrieben; vgl. jedoch betr. erneuter Zeugnißverweigerung auf Grund neuer Gründe Anm. 3 § 355.

Die Parteien und der Zeuge sind von Amtswegen zur m.B. (über den Zwischenstreit) vor das Prozeßgericht zu laden, welchem ein Mitglied Bericht zu erstatten hat. Zur Vermeidung weiter Zureisen ist es zweckmäßig, dem Zeugen bei der Ladung die Unnötigkeit der Zureise und die Unzulässigkeit neuer Anführungen mitzutheilen, Meyer, Busch 17, 469. Für das Verfahren, die Entscheidung und die sofortige Beschwerde ist sonst auch in diesem Falle § 352 anwendbar. Der Termin zur m.B. über den Zwischenstreit kann je nach der Sachlage zugleich eventuell — für den Fall, daß Zeuge seine Weigerung zurücknimmt, oder Parteien auf das Zeugniß verzichten — zur Beweisaufnahme bzw. Fortsetzung der m.B. in der Hauptsache angesetzt werden, was in der Praxis meistens geschieht, freilich oft unter gänzlichem Uebersetzen des § 354, zu geschehen pflegt.

Die rechtmäßige oder unrechtmäßige Verweigerung des Zeugnisses kann theoretisch für die Ueberzeugung des Gerichts Beweisgrund für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der von den Zeugen zu bekundenden Thatfache sein; § 259 (R.G. 2. Dez. 1886, J.B. 1887 S. 12).

Insofern kann das dem Zeugen zustehende Privilegium und die unrechtmäßige Inanspruchnahme eines solchen wie ein *privilegium odiosum* gegen die Partei wirken. Je weniger dies vom Gesetze beabsichtigt ist, desto bedenklicher muß es erscheinen, die bloße Weigerung des Zeugen ohne anderweitige unterstützende Momente als Ueberzeugungsgrund in concreto gelten zu lassen. Nimmt der Zeuge die, selbst für rechtmäßig erklärte, Weigerung zurück und erklärt sich zur Ablegung des Zeugnisses bereit, so steht seiner Vernehmung an sich nichts weiter entgegen, Anm. 3 § 352. Inwiefern die früher ausgesprochene Weigerung seine Glaubwürdigkeit beeinträchtigt, hat das Gericht zu ermessen, § 259.

### § 355.

Wird das Zeugniß oder die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes oder, nachdem der vorgeschützte Grund rechtskräftig für unerheblich erklärt ist,<sup>1)</sup> verweigert,<sup>2)</sup> so ist der Zeuge,<sup>3)</sup> ohne daß es eines Antrags bedarf,<sup>4)</sup> in die durch die Weigerung verursachten Kosten sowie zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark und für den Fall, daß diese nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft bis zu sechs Wochen zu verurtheilen.<sup>5)</sup>

Im Falle wiederholter Weigerung<sup>6)</sup> ist auf Antrag zur Erzwingung des Zeugnisses die Haft anzuordnen,<sup>7)</sup> jedoch nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozesses in der Instanz hinaus. Die Vorschriften über die Haft im Zwangsvollstreckungsverfahren finden entsprechende Anwendung.<sup>8)</sup>

Gegen diese Beschlüsse findet die Beschwerde statt.<sup>9)</sup>

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.<sup>10)</sup>

R. 248. N. 515—519. P. 129. 131. 132. 550.

1) Alle Fälle einer „Weigerung“ des Zeugnisses (im Ganzen oder über einzelne Fragen) oder der Eidesleistung auch außerhalb einer Entscheidung über die Gründe der §§ 348 ff. (jedoch nicht das bloße Ausbleiben, § 345) sind im § 355 eingeschlossen. Der selbe ist anwendbar:

a) wenn der Zeuge eine Rechtmäßigkeit seiner Weigerung gar nicht behauptet oder keine Gründe dafür gemäß §§ 351 ff. angiebt; in diesem Falle erfolgt die Verurtheilung in Gemäßheit des Nachsatzes sofort und ohne daß es einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit nach § 352 Abs. 4 bedarf; „wird . . . ohne Angabe eines Grundes . . . verweigert, so ist zc.“;

b) ferner, wenn der Zeuge, nach rechtskräftiger Ablehnung seiner Gründe nochmals geladen, seine Weigerung wiederholt. In diesem Falle ist die Rechtskraft der Entscheidung bezüglich der Beschwerde (§ 352 Abs. 3) und die nochmalige Ladung des Zeugen (Anm. 3 § 352) vorausgesetzt. — Ob der Zeuge bereits wegen Richterscheitens bestraft oder zur Vernehmung vorgeführt ist, macht keinen Unterschied. Die Vorschriften der §§ 345, 356 sind, jebe nach ihren Voraussetzungen, neben einander anwendbar.

2) Vorausgesetzt ist eine „Verweigerung“ des Zeugnisses oder der Eidesleistung (vgl. Anm. 1 § 348). Das Richterscheitens hat nicht die Folgen des § 355, sondern des § 345. Die Verweigerung braucht indeß nicht in einer ausdrücklichen Erklärung zu bestehen, sondern kann auch eine thatsächliche, durch konkludente Handlungen ausgedrückte sein, Endemann 2, 229, sofern nur durch dieselben kundgegeben wird, daß der Zeuge das Zeugniß oder die Eidesleistung ablehnt, was nach den Umständen zu ermessen ist. Der Zeuge, welcher erschienen, sich wieder entfernt (etwa nach langem Warten, unwohl geworden, zur Beforgung anderer Angelegenheiten zc.), ist darum noch kein Weigerner. Der Zeuge, welcher auf die richterliche Aufforderung zur Eidesleistung nicht antwortet oder ohne Aufklärung sich entfernt, verweigert hierdurch.



3) Sind die Voraussetzungen der Ann. 1 und 2 vorhanden, so ist die Beurtheilung von Amtswegen auszusprechen. Dem Zeugen ist nach rechtskräftiger Ablehnung seiner Gründe (vgl. Ann. 9) nicht gestattet, denselben Grund für seine Weigerung geltend zu machen. Dagegen kann er einen neuen Grund vorbringen. Die im § 354 Abs. 3 bestimmte Präklusion gilt nur für die Entscheidung des Zwischenstreits selbst. Die Rechtskraft betrifft, wie aus Abs. 1 deutlich hervorgeht, nur die Ablehnung des vorgeschützten Grundes; und vorausgesetzt ist eine Weigerung, nachdem der mit Rücksicht auf diese Weigerung vorgeschützte Grund rechtskräftig abgelehnt ist. Für den Fall, daß die Weigerung mit Angabe eines (neuen) Grundes erfolgte, ohne daß der nun vorgeschützte Grund rechtskräftig abgelehnt ist; ist § 355 nicht anwendbar ist; Kleiner 2, 317; v. Bülow Ann. 2 § 354, R. 30. März 1889, JW. 169. Für den Fall einer Weigerung ohne Angabe eines Grundes entsteht diese Frage natürlich nicht.

4) Zur Beurtheilung gemäß Abs. 1 (anders für den Abs. 2) bedarf es keines Partei-Antrags: das Verfahren beruht auf der Officialthätigkeit des Gerichts, vgl. Ann. 1 § 352. Wenn aber der Beweisführer vor der Beurtheilung seinen Antrag auf Vernehmung zurücknimmt, so wird ein Zeugniß nicht mehr verlangt, also auch nicht bzw. nicht mehr „verweigert“, Ann. 3 § 351.

5) Die Entscheidung der Beurtheilung ist nicht ein Zwischenurtheil, wie § 352, sondern ein Beschluß (vgl. Abs. 3), wie § 345. Dieselbe bedarf keiner m. A., R. 16. Jan. 1884, JW. 87. Von der Kostenpflicht, den Strafen und dem Verfahren gilt das in den Ann. 3, 4, 5 § 345 Bemerkte.

Die Anordnungen gemäß § 355 kann auch der beauftragte oder ersuchte Richter treffen, § 365.

Die Rechte einer Partei auf Entschädigung gegen den Zeugen sind durch § 355 nicht berührt und sind nach Civilrecht zu beurtheilen, Rot. 254. Für das preuß. Recht ist die Regresspflicht nach RR. I. 6 §§ 9—17; R. O. I. 10 § 186 begründet, vgl. Strieth. 73, 148; indeß die Vermuthung des § 186 a. a. D., daß der Zeuge das Berlangte gesagt haben würde, ist durch C. O. § 14 beseitigt und nicht nach C. O. § 16 Nr. 1 noch geltend; v. Bülow Ann. 6.

6) Voraussetzung für Abs. 2 ist eine nach der Beurtheilung (Abs. 1) erfolgte Weigerung; bis zur Beurtheilung liegt nur eine Fortsetzung der Weigerung vor. Die Wiederholung dokumentirt sich, wenn der Zeuge, nach der Beurtheilung geladen, nochmals verweigert. Ob die frühere Strafe schon vollstreckt ist, bleibt unerheblich. Die Weigerung selbst ist im Sinne des Abs. 1 zu verstehen. Richteretheten ist nach § 345 zu behandeln. Ebenso muß eine Weigerung mit Rücksicht auf einen rechtskräftig abgelehnten Grund oder ohne Angabe eines Grundes vorliegen. War die erste Weigerung ohne Angabe eines Grundes erfolgt und wird für die zweite ein Grund angegeben, so ist diese keine Wiederholung der Weigerung im Sinne des Abs. 1. Dasselbe gilt für eine Weigerung aus einem neuen Grunde, vgl. Ann. 3. Zur Anwendung des Abs. 2 ist ferner abweichend vom Abs. 1 ein Antrag einer Partei nöthig.

7) Von der Geldstrafe und der „Strafe der Haft“, welche im Abs. 1 bestimmt und wahre Strafen sind, ist die nach Abs. 2 „zur Erzwingung des Zeugnisses“ anzuordnende Haft, welche ein Zwangsmittel ist, zu unterscheiden. Der Abs. 4 bezieht sich nur auf die Strafe des Abs. 1. Die R. Konstatirte: „Man ist in der Kommission darüber einverstanden, daß sich der Schlußabsatz des § 343 (jetzt 355) nur auf den ersten, nicht auf den zweiten Absatz dieses Paragraphen beziehe, da die in letzterem angebrochte Zwangshaft keine Ungehorsamsstrafe, sondern ein Exekutivmittel ist, daß ferner auch diese Exekutivhaft nach §§ 738, 739 (jetzt 793, 794) durch die Militärbehörde zu vollstrecken, dagegen die Festsetzung derselben, § 343 (jetzt 355), nicht der Militärbehörde zugewiesen ist.“ B. 131, 132. — Die Zwangshaft des Abs. 2 wird beendet, wenn das Zeugniß geleistet wird bzw. die Eidesleistung erfolgt. Die Geldstrafe und die Haftstrafe des Abs. 1 werden aber hierdurch nicht nachträglich beseitigt.

8) Vgl. §§ 782—794. Die Haft kann gemäß der Erläuterung der Regierungs-Ber-

tretung in der R. in jeder Instanz für die Zeugnisweigerung in Betreff desselben Punktes von Neuem angeordnet, aber im Ganzen in Betreff desselben Punktes nicht über sechs Monate ausgebehrt werden, § 794; bei Weigerung in Betreff eines anderen Punktes wieder bis sechs Monate, P. 129. — In Ehe- und Entmündigungssachen kann die Haft ohne Antrag von Amts wegen angeordnet werden, §§ 597, 621.

9) Abs. 3. Die Beschwerde hat in diesem Falle aufschiebende Wirkung, § 535. Sie kann auf neue Thatfachen und Beweise gestützt werden, § 533. War also eine Weigerung ohne Angabe eines Grundes erfolgt, so kann ein Grund noch durch Beschwerde geltend gemacht werden; ebenso ein neuer nach Ablehnung eines früheren, Anm. 3. Auch gegen die Zurückweisung des Antrags auf Zwangsmaßregeln findet die einfache Beschwerde aus § 530 statt, da m.B. nicht vorausgesetzt ist, vgl. Anm. 5.

10) Abs. 4. Hinsichtlich der Militärpersonen gilt das in Anm. 8 § 345 Abs. 4 Bemerkte. Vgl. auch vorst. Anm. 7. — Wegen der Gebühren vgl. ORO. § 47 Nr. 8, Anm. 6D. § 23 Nr. 1, § 29 Nr. 6.

### § 356.

Jeder Zeuge<sup>1)</sup> ist einzeln und vor<sup>2)</sup> seiner Vernehmung zu beeidigen;<sup>3)</sup> die Beeidigung kann jedoch aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken gegen ihre Zulässigkeit obwalten, bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt werden.<sup>4)</sup>

Die Parteien können auf die Beeidigung verzichten.<sup>5)</sup>

R. 344. N. 521. P. 122—125. 530. 682—685.

1) Auch für den Beamten ist die preussisch-rechtliche Versicherung auf den Dienst-eid (abgesehen von § 351 Abs. 2) nicht beibehalten, Rot. 255.

2) Die Beeidigung der Zeugen mit einem affirmatorischen Eide nach der Vernehmung ist hiernach als Regel beseitigt. Regel ist der promissorische Eide. Ausnahmsweise ist der Nach-Eide gestattet, wenn gemäß Abs. 1 „aus besonderen Gründen“ die Beeidigung bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt ist. Ob dazu genügende besondere Gründe vorhanden sind, unterliegt dem Ermessen des Gerichts. Die hervorgehobenen Bedenken gegen die „Zulässigkeit“ betreffen die im § 358 bezeichneten Personen. Die Gründe aus § 358 sind jedoch nicht die einzigen statthafter (s. „namentlich“). Insbesondere ist die Aussetzung angezeigt, wenn das Gericht nach der Sachlage vorab derartige Bedenken gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen hat, daß aufzuklären ist, ob überhaupt eine vollständige Vernehmung einen Einfluß auf die richterliche Ueberzeugung haben kann, also z. B. wenn die Vernehmungsfähigkeit des Zeugen (Trunkenheit u.) zur Zeit zweifelhaft ist. Nach § 360 soll zwar erst die, gemäß Abs. 1 nach der Beeidigung vorzunehmende „Vernehmung“ mit den allgemeinen und persönlichen Fragen „beginnen“; soweit diese indeß auf die Frage der Beeidigung Einfluß haben, enthält Abs. 1 die Ermächtigung, sie schon vorher zu stellen. — In Betreff einer nochmaligen Vernehmung s. § 363.

3) Die Unterlassung der Beeidigung, ohne daß ein Hindernisgrund vorliegt, ist Verletzung eines Prozeßgesetzes, und macht das Zeugnis als Beweisunterlage unbrauchbar, sofern nicht ein Verzicht auf die Beeidigung erfolgt oder der Mangel durch Richtertrüge nach § 267 (vgl. Anm. 6) geheilt ist, R. 8, 406; 10, 408; 10. Jan. 1882, Ballm. 6, 658; 15. Nov. 1882, 18. Jan. 1883, 3. Febr. 1883; JZ. 1883 S. 76, 111; 21. u. 28. Nov. 1883, Raffr. 28, 1150, JZ. 1884 S. 46; 15. Apr. 1891, JZ. 307, SA. 47, 238; 22. Juni 1892 JZ. 361, SA. 48, 232; 21. Mai 1894, JZ. 362. Vgl. Anm. 1 § 259, Anm. 358; Busch 5, 372. Auf die Zulässigkeit der Benutzung von unbeeidigten Aussagen in einem andern Verfahren im Sinne der Anm. 1 § 259 ist die Vorschrift nicht anwendbar, vgl. R. 15, 82. — Für das Verfahren vor Gewerbegerichten abw. § 44 Gef. v. 29. Juli 1890.

Verfahren: §§ 440—446.

4) Zur Aussetzung der Beeidigung aus besonderen Gründen ist jeder vernehmende Richter, auch der beauftragte oder ersuchte, berechtigt. Ergiebt sich nicht eine

Unzulässigkeit gemäß § 358, so hat er nach der Vernehmung den Eid abzunehmen. Zeigt sich jedoch die Beeidigung als nach § 358 unzulässig, so hat er auch für die Fälle des § 358 Nr. 3, 4 nicht die Ermächtigung des Abs. 2 § 358.

5) Abs. 2. Der Prozeß Bevollmächtigte kann ohne Spezialvollmacht den Verzicht erklären, vgl. Anm. 2 § 77. Zur Unterlassung der Beeidigung ist der unbedingte Verzicht beider Parteien nötig. Erfolgt dieser, so muß die Beeidigung unterbleiben; Abs. 2 bedeutet sinngemäß, daß der Verzicht mit dieser Wirkung zulässig ist. Zeitliche Beschränkung des Verzichts auf eine (die erste) Instanz ist wirksam zulässig, *N.O.* 24. April 1893 *ZW.* 306, *Raff.R.* 38, 163. Der Verzicht bedeutet indeß nicht eine Erklärung der Partei, daß sie das Zeugniß unbeschworen als wahr annehme, sondern nur daß sie überzeugt sei, der Zeuge werde ohne Eid dasfelbe sagen, wie vereidet. Auf Einwendungen gegen die Glaubwürdigkeit verzichtet die Partei dadurch nicht (unrichtig *D.S.* Hamburg *SA.* 45, 478), ebensowenig, wie durch die Benennung des Zeugen; *N.O.* 21. Sept. 1887, *SA.* 43, 358. Auch den Richter bindet der Verzicht nicht hinsichtlich der Beweiskraft, § 259. Der Verzicht, durch welchen eine spätere Rüge ausgeschlossen wird, *N.O.* 29. Febr. 1892 *ZW.* 235, kann durch konfludente Handlungen, z. B. dadurch erklärt werden, daß die unbeeidigten Aussagen von den Parteien als Beweismaterial vorgetragen und anerkannt werden; *N.O.* 10. Jan. 1882, *Ballm.* 6, 653. Auch die Unterlassung der Rüge nach § 267 heißt die Verletzung der, im Interesse der Parteien gegebenen Vorschrift der Beeidigung, *N.O.* 17, 380; 1. Mai 1886, *Raff.R.* 30, 1134. Beruht jedoch die Nichtvereidigung auf verkindetem Gerichtsbeschlusse, so kann aus der Richterhebung eines Widerspruches weder auf einen Verzicht geschlossen werden, noch steht dann § 267 einer späteren Rüge entgegen, *N.O.* 14. Juni 1884, *Raff.R.* 28, 1149; 15. Apr. 1891, *Raff.R.* 36, 716, *ZW.* 307, *SA.* 47, 238; 22. Juni u. 16. Nov. 1892, *ZW.* 1892 S. 361, 1893 S. 18, *Raff.R.* 37, 1262; 27. April 1894, *ZW.* 279. Ein Verzicht der Partei auf die Beeidigung ist in Ehe- und Entmündigungssachen ausgeschlossen, §§ 577, 597 Abs. 4, 611, 620, 624, 626. Aus dem Begriff eines die Parteibisposition ausschließenden Officialverfahrens folgt auch von selbst, daß, wenn ein solches stattfindet, die Bestimmung des Abs. 2 nicht anwendbar ist (Birkmeyer, *Buch* 7, 397).

### § 357.

Der vor der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde;

der nach der Vernehmung zu leistende Eid lautet:

daß Zeuge nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe.<sup>1)</sup>

**R. 334 a. N. 521. P. 135. 550. 682—685.**

1) Ueber das Verfahren bei Eidesleistungen vgl. §§ 440—446, welche auch hier anwendbar sind, Vorb. vor § 440. Anfangs- und Schlußworte: §§ 443, 446. Bei berechnigter theilweiser Weigerung (§§ 349, 350 und Anm. 8 § 348) genügt auch ohne Aenderung der Formel des Eides die Feststellung zu Protokoll, daß sich Vernehmung bzw. Eid nur auf das Bekundete bezieht; *N.O.* 23, 134. In vielen Fällen stellt sich erst nach der Leistung des Vor-Eides die theilweise Weigerung und ein gesetzlicher Grund dafür heraus. Der promissorische Vor-Eid hat durch das Verhältnis der §§ 356, 357 zu den §§ 348 ff. kraft Gesetzes die Bedeutung, daß der Zeuge nur insoweit nichts zu verschweigen verspricht, als sich nicht bei der Vernehmung ein gesetzlicher Grund zur Veragung der Antwort herausstellt. Unzulässig würde es nicht sein (wenngleich nicht nötig), falls zur Zeit der Eidesleistung sich die Beschränkung der Vernehmung herausgestellt hat, dem Eide einen Zusatz, etwa gemäß § 1 der preuß. Verordn. v. 28. Juni 1844, *OS.* 249: „außer den im Protokolle bemerkten Umständen, zu deren Offenbarung er sich nicht schuldig halte“ beizufügen. — Eid in ausländischen Sprachen: *OB.* §§ 190 ff. Berufung auf einen früher geleisteten Eid bei wiederholter Vernehmung: § 363 Abs. 3.

## § 358.

Unbeeidigt sind zu vernehmen;<sup>1)</sup>

1. Personen, welche zur Zeit der Vernehmung das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandeschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;<sup>1a)</sup>
2. Personen, welche nach den Bestimmungen der Strafgesetze unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden;<sup>2)</sup>
3. die nach § 348 Nr. 1—3 und § 349 Nr. 1, 2 zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Personen, sofern sie von diesem Rechte keinen Gebrauch machen, die im § 349 Nr. 1, 2 bezeichneten Personen jedoch nur dann, wenn sie lediglich über solche Thatsachen vorgebracht sind, auf welche sich das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses bezieht;<sup>3)</sup>
4. Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar theilhaft sind.<sup>4)</sup>

Das Prozeßgericht kann die nachträgliche Beeidigung der unter den beiden letzten Nummern bezeichneten Personen anordnen.<sup>5)</sup>

R. 345. W. 522. 523. P. 135. 136. 551. 552.

1) Wegen des Einflusses auf die Glaubwürdigkeit und der Zulässigkeit, vorgeschlagene Zeugen überhaupt nicht zu vernehmen s. Vorb. vor § 338, Anm. 1 § 338, Anm. 1 § 259. Die zu Nr. 1, 2 Bezeichneten sind niemals zu beeidigen; das Gericht kann aber, soweit die Nichtbeeidigung nach § 358 geboten oder zulässig ist, also allen im § 358 Bezeichneten auch ohne Beeidigung vollen Glauben schenken, nur darf es in den Fällen der Zulässigkeit der Beeidigung seine Befugniß zur Beeidigung nicht ignoriren, R. 8, 409; 10, 415; 8. Febr. 1887, JZ. 95; 25. Mai 1885, RaffR. 29, 1099; 29. März, 28. Mai 1894, JZ. 263, 399. Ein theoretisch zwar richtiges, aber praktisch sehr wenig befriedigendes Resultat bleibt es immer, daß das Gericht die unbeeidigte Aussage eines Verwandten, Ehegatten, Theilhaftigen, Unmündigen, Meineidigen für seine Ueberszeugung verwerten darf, nicht aber die unbeeidigte Aussage eines völlig klaffischen Zeugen. — Die Entscheidung, ob ein Zeuge zu beeidigen, erfolgt durch Beschluß bzw. Zwischenertheil, vgl. § 365; Anm. 4 § 312; sie ist in den Gründen des Endurtheils zu rechtfertigen und nur mit diesem anfechtbar.

1a) Nr. 1. Ueber die Verstandesreife und Schwäche entscheidet das Ermessen des Gerichts. Der von einem nach Nr. 1 Eidesunfähigen geleistete Eid hat nicht die Bedeutung eines Eides im Sinne des § 154 StGB., R. 8. Str. 4, 33.

2) Nr. 2. Vgl. § 161 StGB. (Berurtheilung wegen Meineids außerhalb der Fälle der §§ 157, 158 StGB.). Indes auch die nach älterem oder ausländischem, im konkreten Falle anwendbaren Strafgesetze eingetretene Unfähigkeit ist in Nr. 2 einbegriffen.

3) Vorausgesetzt ist für Nr. 3, daß die Bezeichneten im konkreten Falle zur Verweigerung berechtigt sind und daß nicht ein Ausnahmefall des § 350 vorliegt. Wenn sie nur über Fragen des § 350 zu vernehmen sind, so sind sie zu beeidigen; sind sie theilweise über solche zu vernehmen, so sind sie über diese vereidigt zu vernehmen; R. 8. 23, 134; 6. April 1886, JZ. 146, 16. Sept. 1889, JZ. 402; RaffR. 34, 974; 2. Febr. 1891, JZ. 179, S. 47, 101; 19. Juni, 6. Okt. 1891, JZ. 413, 487; 23. Nov. 1892, JZ. 1893 S. 17, RaffR. 37, 1260; 27. April 1894, JZ. 279.

4) Nr. 4. Unter den unmittelbar theilhaftigen Personen sind nicht solche zu verstehen, „welche nur ein faktisches, wirtschaftliches Interesse an der Entscheidung des Rechtsstreits in diesem oder jenem Sinne haben, sondern nur solche, deren Rechtskreis oder Pflichtenkreis in rechtlichem Zusammenhange mit dem Streitverhältnisse steht und durch

den Ausgang des Rechtsstreits beeinflusst wird“; *R. 8*, 406; 3. Jan., 20. Mai 1885, *Raff. R.* 29, 1100, 1098; *D. O. Hamburg*, *S. A.* 42, 364. Zu einer unmittelbaren Beteiligungs im Sinne der Nr. 4 gehört dagegen nicht, daß der Zeuge am Rechtsstreit selbst beteiligt ist oder daß das Urtheil gegen ihn formelle Rechtskraft hat, *R. 10*, Juli 1893, *J. B.* 426, *S. A.* 49, 231. Unmittelbar beteiligt sind hiernach Nebeninterventienten, welche zur Kategorie des § 64 gehören, jedoch nicht unfähig, als Zeugen zu dienen; *R. 20*, 390. Ob Personen, welche zur Nebenintervention nach §§ 63 ff. berechtigt sind, ohne wirklich intervenirt zu haben, unmittelbar beteiligt sind, hängt von der Art ihres rechtlichen Interesses ab; *Ann.* 1 § 63. Vgl. §§ 69, 71—73, sowie *Ann.* 1 § 338; v. *Bilow Ann.* 4. Nebeninterventienten, welche nach § 66 als Streitgenossen gelten, haben Parteistellung und können deshalb nicht in der Qualität von Zeugen vernommen werden; *R. 20*, Jan. 1891, *J. B.* 129, *S. A.* 46, 466; *D. O. 2*, Mai 1892, *S. A.* 48, 217. Vgl. 414 und § 350 Nr. 4. Abweichend wollen *Bilow Ann.* 4 und *Francé Nebenpart.* 109 auch alle Nebeninterventienten nicht als Zeugen vernommen wissen, weil sie Parteien seien und will andererseits *Barzetti*, *Bad. Annal.* 51, 73, die Nebeninterventienten immer als Zeugen zulassen, weil sie niemals Parteien seien. — Unmittelbar beteiligt sind ferner: Gemeinschaftsmitglieder in Prozessen des Konkursverwalters, sofern sie überhaupt als Zeugen zuzulassen sind, vgl. *Ann.* 1 zu §§ 338 und *R. 8*, 406; 29, 29; 27. April 1894, *J. B.* 315; Ehegatten (soweit sie nicht Parteistellung haben, vgl. *Ann.* 2 § 338) in Prozessen über gütergemeinschaftliches oder mit ehemännlichem Nießbrauch behaftetes Vermögen, Kinder betreffs der fortgesetzten Gütergemeinschaft; Gesellschafter einer Partei betreffs des Streitgegenstandes, *R. 15*, April 1893, *J. B.* 267; nur unter Umständen: Mitglieder einer Klagen- oder beklagten Korporation (vgl. *Ann.* 2 § 41), Mitberechtigte und Mitverpflichtete, Regresspflichtige, sofern der Ausgang des Prozesses auf ihre Rechte und Pflichten einen Einfluß hat (vgl. bez. Gerichtsvollzieher, welche über Ausführung einer wesentlichen Zustellung vernommen werden sollen, *R. 17*, 405); Bürger; dagegen nicht Aufsichtsrathsmitglieder, *R. 17*, März 1894, *J. B.* 197; nicht Vorstandsmitglieder einer Gesellschaft, welche im vorliegenden Prozesse nicht durch sie, sondern durch Andere vertreten ist, *R. 7*, Mai 1894, *J. B.* 363), und nicht schon Agenten und Handlungsgehilfen wegen eines Provisions- oder Kantien-Interesses, welches nur als thatsächliches Interesse an der Richtigkeit der zu behandelnden Thatsache bei der Beweismüßigung zu berücksichtigen bleibt, aber keine „unmittelbare“ Beteiligung ist; *R. 20*, Mai 1885, *J. B.* 242, *Raff. R.* 29, 1098; 16. Nov. 1892, *J. B.* 1893 S. 18, *Raff. R.* 37, 1263; *D. O. Hamburg a. a. D.* Vgl. über den Beweis der Vollmacht durch Zeugniß des Bevollmächtigten *Pfizer*, *Buch* 14, 293; über das Zeugniß eines Sedenten daselbst S. 306 und *R. 27*, Juni 1894, *Raff. R.* 38, 879. Wegen der Beteiligung nach franzöf. R. vgl. *Hangen*, *nothw. Streitgen. u. s. w.* im Rechtsgebiete des *code civil*, *Lahr* 1895, S. 55—94.

5) Nur das „Prozeßgericht“, also nicht der beauftragte oder ersuchte Richter kann die nachträgliche Beibigung anordnen; und auch nur für die zu Nr. 3 und 4 Bezeichneten. Das Gericht ist für sein desfalliges Ermessen auch nicht an den übereinstimmenden Antrag beider Parteien gebunden; *R. 5*, Febr. 1887, *J. B.* 95. Die Entscheidung, ob ein Zeuge nachträglich zu beibigen sei oder nicht, kann nur auf Grund *m. B.* ergehen, *R. 2*, Okt. 1894, *J. B.* 516 (gegen früher 28. April 1887, *J. B.* 270); *D. O. Dresden* 11. Mai 1887, *S. A.* 43, 102. Ueber die Frage der Anwendbarkeit des § 358 auf Sachverständige vgl. *Ann.* 2 § 375.

### § 359.

Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen.<sup>1)</sup>

Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, können einander gegenübergestellt werden.<sup>2)</sup>

E. 346. H. 595. 530. P. 136. 550.

1) Eine Bestimmung, daß auch ein früher vernommener Zeuge zum Abtreten während einer weiteren Vernehmung veranlaßt werden könne, wurde in der *Vorf.* beantragt, aber

als selbstverständlich nicht ausdrücklich aufgenommen. Für Sachverständige ist Abs. 1 nicht anwendbar; Anm. 1 § 376. Wegen der Vernehmung und Beidigung von Lauben und Stummen s. Ob. § 188 und Cp. § 445.

2) Die sog. Konfrontation der Zeugen ist von einem Partei-Antrage unabhängig und kann eine wiederholte Vernehmung, § 363, nothwendig machen (Caupp u. Seuffert).

### § 360.

Die Vernehmung beginnt damit, daß der Zeuge über Vornamen und Zunamen, Alter, Religionsbekenntniß, Stand oder Gewerbe und Wohnort befragt wird. Erforderlichenfalls sind ihm Fragen über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, insbesondere über seine Beziehungen zu den Parteien vorzulegen.<sup>1)</sup>

R. 247. N. 526. P. 136. 550.

1) Die im zweiten Satze bezeichneten Fragen sollen nicht regelmäßig, sondern nur, wenn es die Sachlage, soweit sie schon bekannt ist, erfordert, vorgelegt werden; je nach den Umständen auch erst im Laufe der Verhandlung, Not. 256. Ob es erforderlich ist, unterliegt dem Ermessen des Gerichts. Die die Glaubwürdigkeit betreffenden Fragen werden häufig schon vor der Beidigung gestellt, um zu ermitteln, ob die Beidigung überhaupt zulässig bzw. auszuführen ist. Wird demnachst der promptifische Eid von dem Zeugen geleistet, so ist er nach der Eidesleistung sachgemäß aufzufordern, die Richtigkeit seiner Antworten auf die vorher gestellten Fragen zu versichern, da diese sonst von der Eidesleistung nicht betroffen werden.

### § 361.

Der Zeuge ist zu veranlassen, dasjenige, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben.

Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem die Wissenschaft des Zeugen beruht, sind nöthigenfalls weitere Fragen zu stellen.<sup>1)</sup>

Der Vorsitzende hat jedem Mitgliede des Gerichts auf Verlangen zu gestatten, Fragen zu stellen.<sup>2)</sup>

R. 243. N. 526. 527. P. 136—133. 550.

1) Abs. 1 u. 2 geben eine durchaus korrekte Anweisung für die Ausübung der leider nicht weit verbreiteten Kunst, Zeugen zu vernehmen. Dieselbe wird in der Praxis bei weitem nicht genug beachtet, namentlich wird gegen Abs. 1 gefehlt, indem der Zeuge mit Fragen und Vorhaltungen überhäuft wird, ohne daß demselben Gelegenheit gegeben wird, sich im Zusammenhange zu äußern, aus Besorgniß, der Zeuge würde mehr erzählen, als zur Sache gehört. Aber nichts ist der Wahrheitsermittelung und dem Gesetze mehr zuwider als diese Methode. Die Grundregel, den Zeugen sich frei aussprechen zu lassen, sollte niemals unbeachtet bleiben; nicht selten ist auch das, was anfänglich nicht zur Sache zu gehören scheint, gerade erheblich; während durch fortwährende Fragestellungen und Unterbrechungen seitens des Richters oder der Parteien die Ermittlung des Sachverhalts vielfach erschwert und gefährdet wird. — Unzulässig ist es, daß der Zeuge an Stelle einer mündlichen Aussage auf eine zu den Akten überreichte schriftliche Erklärung Bezug nimmt, doch hält das R. O. 16, 113; 10. Febr. 1886, ZM. 90 Ziff. 8, Raff. R. 30, 1131 eine solche schriftliche, dem Zeugen demnachst vorgelesene und von ihm genehmigte Aufzeichnung, wenn sie lediglich zur Fixirung der mündlichen Aussage geschieht, nicht für absolut unzulässig und jedenfalls einen Verstoß gegen Abs. 1 und 2 (auch gemäß § 267) für verzeihbar. Eine nachträgliche, vom Zeugen eingereichte schriftliche Erklärung kann natürlich nicht ohne neue Vernehmung berücksichtigt werden; R. O. 3. Mai 1889, Raff. R. 33, 1172; 13. Dez. 1892, ZM. 1893 S. 58. — Ueber unzulässige Fragen vgl. Anm. 3 § 362. Ueber die Würdi-

gung der Zeugenaussagen vgl. § 259, ferner *RS.* 8. Juli 1886, *RaffR.* 31, 444, *JB.* 295 (Nichtwähnung eines erheblichen Umstandes seitens des Zeugen).

2) Entsprechend dem § 130; die Verletzung des § 361 ist also gleich der des § 130 zu behandeln; *RS.* 7. April 1883, *JB.* 195. Auch hier kommt § 131 zur Anwendung. Wegen der Protokollierung der Aussagen vgl. §§ 146 Rr. 3, 147, 148, 150, 151.

### § 362.

Die Parteien sind berechtigt, dem Zeugen diejenigen Fragen vorlegen zu lassen, welche sie zur Aufklärung der Sache oder der Verhältnisse des Zeugen für dienlich erachten.<sup>1)</sup>

Der Vorsitzende kann den Parteien gestatten, und hat ihren Anwälten auf Verlangen zu gestatten, an den Zeugen unmittelbar Fragen zu richten.<sup>2)</sup>

Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage entscheidet das Gericht.<sup>3)</sup>

**R. 349. N. 528. P. 129. 140. 552. 685. 686. Sitz. 168. S. 3. 4.**

1) Das Fragerrecht der Partei hat auch der Bevollmächtigte, welcher sie im Prozesse vertritt. Vor dem beauftragten oder ersuchten Richter ist § 362 ebenfalls anwendbar. — Das Recht der Partei gemäß Abs. 1 umfaßt alle Fragen, welche „sie“ (die Partei) für sachdienlich hält; die Stellung einer Frage kann also nicht nach dem Ermessen des Gerichts abgelehnt werden, weil sie unerheblich sei; *AR. v. Sarwey* I, 527. Das Recht ist sachlich nur durch Abs. 3 beschränkt. Schon beantwortete Fragen nochmals stellen zu lassen, kann natürlich abgelehnt werden. Das Recht betrifft nur die Vorlegung einzelner Fragen, nicht die vollständige Vernehmung. Dem Vorsitzenden bleibt dabei die Leitung der Verhandlung und die Aufrechterhaltung der Ordnung. Er kann daher sachgemäß die Vorlegung der Fragen zur Zeit und bis nach der gerichtsfälligen Vernehmung aufschieben. Das Verlangen auf Vorlegung von Fragen (Abs. 1) und auf Gestattung unmittelbarer Fragen (Abs. 2) ist an den Vorsitzenden zu richten; § 127, *OB.* § 177, *Ann.* 5 § 130. In jedem Falle kann das Recht nur von der anwesenden Partei (oder ihrem Bevollmächtigten) ausgeübt werden. Die Ueberreichung schriftlicher Fragestücke zu dem Zwecke, damit die Fragen in Abwesenheit der Partei dem Zeugen vorgelegt werden, ist unzulässig; *RS.* 12. Febr. 1886, *JB.* 90 Siff. 9. Vgl. *RS.* 16, 113; 10. Febr. 1886, *RaffR.* 30, 1131.

2) Die Anwälte haben das Recht, zur unmittelbaren Fragestellung gestattet zu werden, auch in Parteiprozessen, da das Gesetz keinen Unterschied macht. Hinsichtlich der Zeit sind sie ebenfalls der Anordnung des Vorsitzenden unterworfen. Den in Ehe- und Entmündigungssachen mitwirkenden Staatsanwälten, sofern sie nicht Partei sind (vgl. *Ann.* § 569), stehen die Befugnisse aus Abs. 1 und 2 nicht zu. Sie können nur Anträge auf Vorlegung von Fragen stellen, über welche — falls sie von irgend einer Seite beantragt werden — das Gericht entscheidet, vgl. Abs. 3.

3) Zweifel über die Zulässigkeit einer Frage können von jeder bei der Verhandlung beteiligten Person (Zeugen, Parteien, Anwälten, Staatsanwalt u. s. w.) und von jedem Mitgliede des Gerichts angeregt werden, mag die Frage von dem Vorsitzenden, der Partei, ihrem Anwalte, von einem Beisitzer des Gerichts, oder dem Staatsanwalt gestellt bzw. beantragt sein. Theilweise *AR. betr. des Beisitzers Seuffert* *Ann.* 3 § 361. Unzulässig sind Fragen, welche auch der Richter nach besonderen Vorschriften (§§ 341, 348 Abs. 3) oder nach den allgemeineren, aus dem Zwecke der Vernehmung sich ergebenden Grundsätzen nicht stellen darf, insbesondere also Fragen, welche die im Beweisbeschlusse bezeichneten Thatfachen, worüber die Vernehmung der Zeugen stattfinden soll, §§ 324, 338, 361, nicht unmittelbar oder mittelbar betreffen, und Fragen, welche überhaupt nicht „Thatfachen“ betreffen; ebenso Suggestiv-Fragen. Vgl. *Ann.* §§ 131, 338, 410. Das Prozeßgericht, nicht der Vorsitzende hat über die Zulässigkeit zu entscheiden. Die Entscheidung erfolgt durch Beschluß, nicht durch Zwischenurtheil, da es sich nicht um Entscheidung eines eigentlichen Zwischenstreits unter den Parteien handelt, sondern nur um die Erledigung

eines von irgend einer Seite angeregten „Zweifels“. Ueber die Stellung des beauftragten oder ersuchten Richters s. Anm. § 365.

### § 363.

Das Prozeßgericht kann nach seinem Ermessen die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen.<sup>1)</sup>

Hat ein beauftragter oder ersuchter Richter bei der Vernehmung die Stellung der von einer Partei angeregten Frage verweigert, so kann das Prozeßgericht die nachträgliche Vernehmung des Zeugen über diese Frage anordnen.<sup>2)</sup>

Bei der wiederholten oder der nachträglichen Vernehmung kann der Richter statt der nochmaligen Beeidigung den Zeugen die Richtigkeit seiner Aussage unter Berufung auf den früher geleisteten Eid versichern lassen.<sup>3)</sup>

R. 350. N. 531. P. 140. 552.

1) Unbestimmtheit oder Zweideutigkeit der Aussage, der Wunsch des Zeugen, zu ergänzen oder zu berichtigen (vgl. Anm. 1 § 361; C. 1 § 333), innere Unwahrscheinlichkeit, Widerspruch gegen die Feststellungen, die Nothwendigkeit einer Konfrontation, § 359 Abs. 2 und sonstige Umstände können zur Wiederholung der Vernehmung führen. Das dem Prozeßgericht überlassene Ermessen verbietet eine Nachprüfung in der Revisionsinstanz; R. 29. Febr. 1884, ZM. 111 Ziff. 8; 12. Jan. 1891, ZM. 120; 25. Mai 1892, ZM. 310. Fällt das Gericht die Behauptung für bereits widerlegt, so braucht es einem Antrage auf wiederholte Vernehmung eines Zeugen darüber nicht stattzugeben, R. 5. März 1894, ZM. 180. Die wiederholte Vernehmung steht natürlich dann nicht im Ermessen des Gerichts, sondern ist geboten, wenn die erste Vernehmung nicht ordnungsmäßig war, R. 13. Dez. 1892, ZM. 1893 S. 59. Auch der beauftragte oder ersuchte Richter kann die nochmalige Abhörung eines Zeugen vornehmen, § 365. Die Reexamination eines in einem anderen Prozesse vernommenen Zeugen fällt nicht unter Abs. 1; vgl. R. 6. Juli 1888, ZM. 383.

2) Der beauftragte oder ersuchte Richter kann über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage vorläufig entscheiden, § 365. Im Falle der Ablehnung eines desfallsigen Parteilantrages kann die Partei die Entscheidung des Prozeßgerichts nachsuchen, § 539. Diese erfordert eine vorgängige mB. und ist deshalb nicht durch Beschwerde anfechtbar, § 530; R. 1. Dez. 1888, SA. 44, 467, ZM. 1889 S. 20.

3) Abs. 3 gilt auch für die Wiederholung der Vernehmung in zweiter Instanz, jedoch nicht in dem Wiederaufnahmeverfahren durch Richtigkeits- oder Restitutionsklage, da diese Klagen einen neuen Prozeß nach rechtskräftiger Beendigung des früheren beginnen (trotz § 77) und Abs. 3 nur auf den anhängigen Rechtsstreit bezogen werden kann. — Der Zeuge muß selbst versichern; es genügt nicht, daß das Gericht ihn auf den früheren Eid verweist; R. 24. Febr. 1883, ZM. 111, Busch 5, 377 (gegen Busch 4, 369 Anm. 4); dies gilt auch für den Sachverständigenbeweis, jedoch unterliegt ein Verstoß dagegen dem Verzicht nach § 267; R. 9, 375. Die Versicherung auf den früher geleisteten Eid ist wirksam, ohne Unterschied, ob sie vor oder nach der Vernehmung abgegeben wird, ob der frühere Eid ein promissorischer oder assertorischer war, da das Gesetz nicht unterscheidet. (RM. mit Unrecht OLG. Hamburg, SA. 48, 468); ebenso ist es ohne Einfluß, daß der frühere Eid ohne Zuziehung (Benachrichtigung) der Parteien geleistet ist; R. 12. Nov. 1894, ZM. 590.

### § 364.

Die Partei kann auf einen Zeugen, welchen sie vorgeschlagen hat, verzichten,<sup>1)</sup> der Gegner kann aber verlangen, daß der erschienene Zeuge vernommen und, wenn die Vernehmung bereits begonnen hat, daß dieselbe fortgesetzt werde.<sup>2)</sup>

R. 351. N. 532. P. 140. 552.



1) Ein Verzicht auf einen vorgeschlagenen Zeugen hat nur die prozessualische Bedeutung, daß der Zeuge nicht mehr als ein von dem Verzichtenden benannter gilt und insofern ein Beweisbeschluß auf dieser Benennung beruht oder künftighin auf Grund derselben gefaßt werden sollte, sich die Vernehmung erübrigt, §§ 324, 338. Es ist nicht ausgeschlossen, daß dieselbe Partei in der Berufungsinstanz, oder auch in derselben Instanz, soweit dies zulässig ist (§§ 256, 339) den Zeugen wieder benennt. Die Partei kontrahirt durch den Verzicht kein verbindliches Rechtsgeschäft über die Nichtbenutzung der Beweismittels, weder mit dem Gerichte, noch mit dem Gegner. Ein Verzicht nach erfolgter Vernehmung kann dem Gerichte das bereits durch die Vernehmung gewonnene Prozeßmaterial nicht entziehen; die Protokollierung der erfolgten Zeugenaussagen (§ 146 Nr. 3) hängt nicht von der Verfügung der Parteien ab.

Der Verzicht kann wirksam vor dem Prozeßgerichte oder vor dem zur Beweisaufnahme beauftragten oder ersuchten Richter (anal. § 261 Abs. 1) erklärt werden; andere schriftliche Anzeigen haben gemäß dem Prinzip des § 119 nur den Werth vorbereitender Schriftsätze. *Abw. D. O. Dresden, Buch 6, 504.*

2) Der Schlußsatz stellt das Recht des Gegners fest, den erschienenen Zeugen (auch vor dem beauftragten oder ersuchten Richter) des Verzichtes ungeachtet sofort vernehmen zu lassen. Auch wenn der Gegner beim Verzichte (zumal vor dem beauftragten oder ersuchten Richter) nicht anwesend, von diesem Rechte nicht sofort Gebrauch macht, kann er ihn als Zeugen vorschlagen. Er ist kein neuer Zeuge im Sinne des § 339. Die Vorschrift des § 364 ist nur zur Abkürzung des Verfahrens erlassen, weil der Gegner den Zeugen ohnehin vorschlagen kann, *Rot. 257, P. 140; Strudmann-Roch Anm. 1; Petersen Anm. 2; Puchelt 2, 197.* Die für die Geltendmachung von Beweismitteln außerhalb des § 364 in den §§ 256 Abs. 2 und 339 vorgeschriebenen Beschränkungen setzen eine fahrlässige bzw. grobnachlässige frühere Verdämung der eigenen Benennung voraus, welche nicht anzunehmen ist, wenn der Gegner in Folge der Benennung des anderen Theils erwarten konnte, daß die Vernehmung ohnehin erfolgen würde. In der *R. R.* wurde der Antrag, zur Feststellung dieses Grundsatzes den § 364 dahin zu ändern, daß die Partei nur mit Zustimmung des Gegners verzichten könne, lediglich deshalb zurückgezogen, weil ohne Widerspruch konstatirt wurde, daß auch ohne Benutzung des § 364 der Gegner den Zeugen zur Abhörung bringen könne, *P. 140.* Dies würde bedeutungslos, wenn dadurch nur das sonst allgemeine Recht jeder Partei auf die Benennung ihrer Beweismittel festgestellt werden sollte; ebenso *Gaupp Anm. III.* Abgesehen von dem Falle des § 364 hat der Gegner des Beweisführers kein Recht zur Beschwerde darüber, daß ein von diesem benannter Zeuge nicht vernommen worden ist, *R. O. 6. Juli 1888, Z. B. 383.* Eine dem § 364 analoge Bestimmung für den Urkundenbeweis enthält § 401. Im Uebrigen ist der gemeinrechtliche Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nach der Produktion (*Wegell § 25 Nr. 4*) nicht aufgenommen.

### § 365.

Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter ist ermächtigt,<sup>1)</sup> im Falle des Nichterscheinens oder der Zeugnißverweigerung die gesetzlichen Verfügungen zu treffen, auch dieselben, soweit dieses überhaupt zulässig ist, selbst nach Erledigung des Auftrags wieder aufzuheben, über die Zulässigkeit einer dem Zeugen vorgelegten Frage vorläufig zu entscheiden<sup>2)</sup> und die nochmalige Vernehmung eines Zeugen vorzunehmen.<sup>3)</sup>

*R. 352. W. 533. P. 140. 552.*

1) Der beauftragte oder ersuchte Richter kann den Termin bestimmen, §§ 326, 327, die Ladung, § 342, die Erfuchen an die Militärbehörden, §§ 343, 345 Abs. 4, 355 Abs. 5 veranlassen, nach § 207 Termine verlegen, vertagen, Fortsetzungstermine ansetzen; er hat die Befugnisse des Vorsitzenden im Termine, insbesondere zur Sitzungspolizei, *OB. §§ 177 ff.,* hat zu vernehmen und zu vereidigen, kann die Vereidigung bis nach der Ver-

nehmung aussetzen (§ 356 mit der Ausnahme des § 358 Abs. 2), die Beschlüsse gemäß §§ 345, 346, 355 fassen und ausführen lassen, sowie wieder aufheben, § 365, von der Befugniß des § 363 Abs. 3 Gebrauch machen, über die Zulässigkeit von Fragen vorläufig (f. Anm. 2) entscheiden, Zeugen nochmals vernehmen, § 365, und Zeugengebühren festsetzen lassen, ObD. f. Zeugen § 17 Abs. 1.

Er kann namentlich die Verfügungen gemäß §§ 345, 346, 355 selbst erlassen und soll nicht bloß Anordnungen des Prozeßgerichts auszuführen haben. Zu diesem Zwecke sind die Worte im E. 1 § 335 (jetzt 365): „die für den Fall des Richterscheidens oder der Zeugnißverweigerung angeordneten Verfügungen zu treffen“ von der Vork. dahin geändert: „die gesetzlichen Verfügungen zu treffen“. Soweit er hiernach „zur Entscheidung berechtigt ist“, entsteht auch bei Widerspruch kein Zwischenstreit, welcher nach § 331 nur durch das Prozeßgericht zu entscheiden wäre. Die Befestigung oder Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters kann nur demnach in den Formen des § 539 erfolgen, f. Anm. 3 nachstehend. — Zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer unter Angabe eines Grundes erklärten Zeugnißverweigerung ist der beauftragte oder ersuchte Richter nicht befugt, sondern nur das Prozeßgericht, §§ 352, 354. Die nachträgliche Beeidigung von Zeugen gemäß § 358 Abs. 2 kann er nicht anordnen und über die Rechtmäßigkeit der Weigerung hat er nicht zu entscheiden, § 352, sondern die Erklärungen des Zeugen und der Parteien nach § 354 (351) zu Protokoll zu nehmen und die Akten dem Prozeßgerichte zu übersenden, § 327 Abs. 2. Ueber die Form der Mittheilungen f. § 294. Ueber die Terminologie: Verfügungen, Anordnungen, Beschlüsse f. Anm. 1 § 272.

2) Der mit der Beweisaufnahme betraute Richter kann über die Zulässigkeit einer dem Zeugen von einer Partei vorgelegten Frage vorläufig entscheiden; also bejahend oder verneinend, beides mit der Wirkung, daß dem Prozeßgerichte, welches hierüber nach § 362 Abs. 3 definitiv zu entscheiden hat, vorbehalten bleibt, die vorläufige Entscheidung aufrecht zu erhalten oder zu beseitigen und wirkungslos zu machen. Lehnt der Richter die Frage als unzulässig ab, so kann das „Gericht“ von Amtswegen (§ 362 Abs. 3, 363 verb. mit 365) oder auf Anregung (sei es durch Beschwerde, § 539, aR. Scuffert, sei es auf Antrag in einer mB.) die nachträgliche Vernehmung darüber beschließen. Vgl. Anm. 2 § 363. Entschidet sich der Richter für die Zulässigkeit, so hat er die Frage stattfinden zu lassen; und dem Prozeßgericht bleibt dann überlassen, falls es die Frage für unzulässig hält, die Sache hiernach zu beurtheilen, bzw. die Beantwortung unberücksichtigt zu lassen. Die Frage alsdann beim Widerspruche einer Partei einstweilen nicht zu stellen, und zuvor nach § 331 die Entscheidung des Prozeßgerichts einzuholen, würde sowohl dem § 365 als dem § 331 widersprechen. Der Richter würde dann eine eigene „vorläufige Entscheidung“ nicht treffen, sondern die Entscheidung selbst suspendiren und dem Gerichte zuschieben, statt zu entscheiden. Innerhalb der Tragweite der vorläufigen Entscheidung, wozu sachgemäß hier auch die vorläufige Ausführung gehört, ist der Richter berechtigt, also § 331 nicht anwendbar. — Lehnt der Zeuge widersprechend die Beantwortung einer Frage als unzulässig ab, so liegt der nach §§ 351 ff. zu erledigende Fall einer Zeugnißverweigerung vor; Struchmann-Roch Anm. 3; Gaupp Anm. I. AR. v. Sarwey I, Anm. 1 Nr. 7.

3) Nicht nur sofern der beauftragte oder ersuchte Richter eine gemäß Anm. 1, 2 von ihm nicht zu treffende Entscheidung erlassen hat, sondern auch sofern er nach Vorstehendem zu einer Entscheidung berechtigt ist, kann hinsichtlich jeder seiner Entscheidungen die Abänderung durch das Prozeßgericht nach § 539 beantragt werden. Dies gilt auch für die Entscheidungen beim Ausbleiben und bei Zeugnißverweigerungen, §§ 345, 355. Die Beschwerde, insofern sie nach § 530 überhaupt zulässig ist (vgl. § 345 Abs. 3, § 355 Abs. 3, Anm. 2 § 363), findet dann gegen die Entscheidung des Prozeßgerichts statt, § 539 Abs. 2. Soweit eine „Aenderung“ (f. § 539 Abs. 1) unmöglich ist, weil Geschehenes nicht ungeschehen gemacht werden kann, ist eine Anwendung des § 539 unmöglich. Gegen Anordnungen der Sitzungspolizei, Ob. §§ 182, 177—181, findet nur eine direkte Beschwerde nach Maßgabe Ob. § 183 statt; Gaupp Anm. II. Auch für die Gebührenssetzung ist nach § 17 Abs. 1 und 3 ObD. für Zeugen nicht der § 539 anwendbar, sondern die Beschwerde nach §§ 531 bis

538, also direkt als solche gegen die Festsetzung des beauftragten oder ersuchten Richters gegeben und zwar gegen den beauftragten an die dem Prozeßgericht übergeordnete Instanz, gegen das ersuchte Gericht an die diesem übergeordnete, *RO.* 17, 352; 8. April 1893, *Raff.* 38, 174; 19. Jan. 1894, *ZB.* 84. *AM.* v. Bülow Anm. 2 und *ZB.* 1882 S. 59, weil § 539 nicht direkt das Verfahren der Beschwerde betreffe.

### § 366.

Jeder Zeuge hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitversäumnis und, wenn sein Erscheinen eine Reise erforderlich macht, auf Erstattung der Kosten Anspruch, welche durch die Reise und den Aufenthalt am Orte der Vernehmung verursacht werden.<sup>1)</sup>

*R.* 353. *N.* 507. 508. *P.* 140. 552.

1) Vgl. *ObD.* für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878, *ROBl.* 173—176, *Def.* 11. Juli 1890, *ROBl.* 73; *OB.* § 166. Vgl. hierzu für Preußen: *Allg. Verf.* 15. Juni 1883, *ZBBl.* 190. Die Zahlung erfolgt nur auf Verlangen nach Festsetzung des Gerichts oder des vernehmenden Richters bzw. nach Beschwerde. Der Anspruch erlischt binnen drei Monaten. Für Elsaß-Lothringen: Bekanntm. und *Verf.* v. 23. Febr. 1887 für Gebühren der Zeugen u. Sachverständigen, *Central- u. Bez.-Amtsbl.* 1887 Nr. 10. Ueber das Recht der Zeugen auf Vorwurf s. *OB.* § 166 Abs. 3; über die Vorwurfpflicht der inländischen und ausländischen Partei s. *Anm.* § 344; bei Armenrecht §§ 107, 114, 116, über die Beschwerde *Anm.* 3 § 365. Keinen Anspruch auf Entschädigung hat der Zeuge für Wahrnehmung eines Termins behufs Entscheidung über die Rechtmäßigkeit seiner Zeugnißverweigerung; *RO.* 28, 437; vgl. *Anm.* 1 § 352. — Vgl. *preuß. RO.* vom 10. März 1879 § 42, *GE.* 155 betr. Anwendung der *ObD.* vom 30. Juni 1878 auf Angelegenheiten, welche vor besondere Gerichte gehören oder von der *CP.* nicht betroffen werden.

## Achter Titel.

### Beweis durch Sachverständige.

Vgl. *Rich. Schmidt*, außergerichtl. Wahrnehmungen des Prozeßrichters, *Sächs. Arch.* 2, 265 ff.; Sonderabdruck Leipzig 1892; *Fr. Stein*, Privates Wissen des Richters, Leipzig 1893. Die Thätigkeit des urtheilenden Richters, die Subsumtion des tatsächlichen Materials, soweit es nach den Parteibehauptungen erheblich ist, unter die objektiven Rechtsnormen (*Anm.* 2 § 272) setzt die Festsetzung dieses tatsächlichen Materials in der den logischen Schluß des Urtheils gestattenden Klarheit voraus. Sofern der vorliegende tatsächliche Prozeßstoff dem Richter verständlich ist, um daraus sein Urtheil zu finden, bedarf er dabei keiner Hülfe und hat er keine Befugnis, sich einer solchen zu bedienen. Sofern dem Richter auf einem technischen, industriellen, wirtschaftlichen, künstlerischen oder gelehrten Gebiete zur Beurtheilung oder zur verständnißvollen Wahrnehmung des Thatbestandes und seines Zusammenhanges die Vermittelung der Erfahrungsätze auf diesem Gebiete für seinen logischen Urtheilsschluß nöthig ist, kann er der Hülfe von Sachverständigen bedürfen. Für seine logische Beurtheilung der Folgerungen aus den, durch dieselben vermittelten technischen und wissenschaftlichen Sätzen, sowie für die Folgerungen aus dem anwendbaren Gesetze und dessen Auslegung, seine eigentlichsste Thätigkeit, darf der Richter keiner Sachverständigen bedürfen und hat er frei zu würdigen. Vgl. *Stein* S. 186; *RO.* 24. Nov. 1885, *ZB.* 1886 S. 12; 21. Sept. 1892, *ZB.* 430: Rechtsfragen über die Tragweite eines Rechts- (Patent-) Anspruchs sind vom Gerichte, nicht von Sachverständigen zu prüfen, vgl. *Edw. Kay*, *ZB.* 1892 S. 462.

Der Sachverständige hat theils die Erfahrungsätze im Gebiete seiner Sachkunde, welche zur Beurtheilung der vorliegenden (gegenwärtigen oder vergangenen) Thatfachen, Zustände, Personen oder Sachen, der Ursachen und (erfolgten oder noch zu erwartenden) Wirkungen dienen, mitzutheilen, theils im richterlichen Auftrage den Augenscheinsbefund

unter Berücksichtigung und Mittheilung der für die Beurtheilung der Sachlage nöthigen Erfahrungsätze festzustellen. In beiden Funktionen ist er als Sachverständiger thätig. Ein Unterschied zwischen urtheilenden Sachverständigen und wahrnehmenden (darstellenden), welche schon, indem sie wahrnehmen und ihrer Wahrnehmung Ausdruck geben, in der That urtheilen, besteht (auch für die *CP.*) nicht; *Weyll* 528 ff.; *Heusler*, *civ.* 62, 237 ff., 243 bis 247, 261—270; *Wendt*, *civ.* 63, 269. Vgl. dagegen *Renaud* § 113. Boburth der Sachverständige sein Wissen von Erfahrungsätzen (vielleicht richtiger: Sachprüfungsgrundsätzen, um auch künstlerische, mathematische, gelehrte u. Fragen mit zu umfassen) hat, ist unerheblich und er ist deshalb in seiner Funktion vertretbar, sofern es sich nicht um frühere Wahrnehmungen handelt. Vgl. *Stein* S. 55, 70, 85. Der Sachverständige ist in den angegebenen Beziehungen und nur in diesen der Gehülfe des Richters. Der Richter kann also solcher Gehülfen entbehren, soweit er auf Grund seiner Kenntniß die Hülfe nicht gebraucht, und muß sie in richtig verstandener Amtspflicht zuziehen, wenn er eine sachkundige Wahrnehmung nicht selbst machen kann oder die Sätze für die Schlussfolgerungen nicht kennt. Der Grundsatz der freien richterlichen Thatfachenwürdigung, § 259, unter Berücksichtigung der für diesen Grundsatz vorgeschriebenen Einschränkungen (vgl. *Ann.* 1, 4 § 259, *Vorb.* vor § 338) gestattet und gebietet dem Richter, in diesen Schranken die eigene Kenntniß zu verwerten. Die Grenze hierfür und namentlich für die Zulässigkeit, einen angebotenen Sachverständigen-Beweis abzulehnen, besteht ebenso, wie für die Ablehnung eines Zeugenbeweises, darin, daß für seine Ueberzeugung die ausgesprochene und zu begründende Unmöglichkeit bestehen muß, durch den angebotenen Beweis erschüttert zu werden. *RG.* 25. Mai 1882, *Raff.* 26, 1169; vgl. *Stein* S. 77—79, 99 ff. Der *R.* § 538, welcher das Gericht befugt erklärt, den Sachverständigen-Beweis abzulehnen, wenn es sich selbst die nöthige Sachkunde bemesse, ist zwar in der *CP.* nicht aufgenommen; die *Not.* 258 bemerken: dies sei „theils entbehrlich, theils bedenklich“, womit freilich nichts erläutert ist. Indes der Grundsatz folgt mit jener Beschränkung schon aus § 259. Mit Recht folgert auch *Stein* S. 80—84 aus den Bestimmungen des *OB.* §§ 118, 187 *Abf.* 2; *CP.* §§ 265, —3, 133 *Abf.* 3, 260, 337, 377, 407, *GOB.* Art. 57, 162, 254, 573, vgl. *GO.* § 13, daß gegenüber der Minderzahl besonderer Ausnahmen (*CP.* §§ 598, 599; *GOB.* Art. 522, 612 ff., 711 ff., 721) als Regel gesetzlich die Ermächtigung des Richters, auf Grund eigener Sachkunde zu urtheilen, anerkannt ist. Auch für seine Sachkunde ist, wie für die des Sachverständigen die Quelle seines Wissens unerheblich, *Stein* S. 85.

Ist diese Stellung der Sachverständigen wichtig dafür, wann der Richter von seiner Befugniß (§ 135), welche zugleich Amtspflicht ist, Gebrauch zu machen hat, so sind die Sachverständigen andererseits dadurch, daß die *CP.* sie zugleich als Beweismittel bezeichnet und behandelt, ebenso wie der Augenschein, allen allgemeinen Vorschriften der *CP.* hinsichtlich der Beweismittel und des Verhaltens der Parteien und der Gerichte zu solchen unterworfen (vgl. *Ann.* 1 § 333). Wie der Augenschein, so hat auch der Sachverständigen-Beweis eine doppelte Funktion als amtliche Erkenntnisquelle und als Partei-Beweismittel. Die Folgen der vorstehend entwickelten Grundsätze sind: daß das Gericht eine Begutachtung durch Sachverständige von Amtswegen anordnen kann, sobald es ihre Hülfe nöthig oder wünschenswert findet, §§ 3, 135, 260, daß es andererseits mit der vorstehend angegebenen Beschränkung einen angetretenen Sachverständigen-Beweis zu erheben nicht verpflichtet ist, wenn es sich selbst die Kenntniß der einschlagenden Fragen heimlich, daß ferner das Gericht die Wahl der zuzuziehenden Sachverständigen trifft, an den Vorschlag der Parteien nicht gebunden ist (vgl. jedoch § 369 *Abf.* 4), und, wenn die Parteien auf einen vorgeschlagenen Sachverständigen verzichteten, ihn dennoch von Amtswegen vernehmen kann, § 135 (*R.* § 557), ferner daß der Richter das Ergebnis der Gutachten nach freier Ueberzeugung würdigen kann und hierbei selbst an das einstimmige Gutachten mehrerer vernommener Sachverständigen nicht gebunden ist (*R.* 556). Der Richter ist bei Bildung seiner Ueberzeugung: ob eine Thatfache wahr oder nicht wahr ist, weder verpflichtet noch berechtigt, seine Logik, seine Schulkenntnisse und seine allgemeine wissenschaftliche Bildung außer Anwendung zu lassen. Ob und inwieweit besondere Sachkunde erforderlich ist, um bezüglich der für ihn wesent-

lichen Thatfachen die nöthigen Feststellungen, Schlußfolgerungen und Kausalverhältnisse zu ermitteln, muß er selbst prüfen. Vgl. Anm. 3, 4 § 265; Struchmann-Roch Anm. 2 § 368; Puchelt I, 200; Gaupp Vorb. I, Seuffert, Vorb. 1; M. 9. Dez. 1882, Raffr. 27, 1104; 9. März 1887, Raffr. 31, 692 ff.; 7. April 1891, JW. 271; 25. Nov. 1892, JW. 1893 S. 15; 31. Mai 1894, JW. 399, Raffr. 38, 1136. AR. v. Bülow Anm. 2 § 368. Wieweit die eigene Sachkunde des Richters reichen darf oder nicht, darüber ist eine objektive gesetzliche Bestimmung weder möglich noch gegeben. So wenig ein Richter für die Schriftvergleichung in der Regel anderer Sachverständiger bedarf (§ 407), und so wie es ihm unbenommen ist, selbst die verwickeltsten Rechenexempel in besserer und übersichtlicherer Kenntniß der maßgebenden Faktoren und Grundlagen selbst zu rechnen, ohne sich eines mathematischen Sachverständigen, des Kalkulators, bedienen zu müssen, ebenso hat er seine eigene Sachkunde auf anderen Gebieten nicht zu ignoriren. (Einen Kalkulaturbericht betrachtet das M. 6. Dez. 1884, JW. 1885 S. 26 Ziff. 3 als interne, den Parteien nicht notwendig mitzutheilende, Angelegenheit des Prozeßgerichts.) Die Einschränkung von Mand I, 445, welcher nur die Kenntniße und Lebensanschauungen eines allgemein gebildeten, auf deutschen Universitäten vorgebildeten Mannes für die Sachkunde des Richters gelten lassen will, ist nicht zu rechtfertigen. Die Kenntniß vom täglichen Lebensverkehr, welche jedem Richter beigegeben wird, ist nach den Gegenden und Verkehrskreisen eine ganz verschiedene, und je eine andere in Küstengebieten, Handelsplätzen, Fabrikbezirken, landwirthschaftlichen Gegenden, oder im Verkehr in industriellen, Künstler- und Gelehrtenkreisen. Vgl. auch Stein S. 25 ff. Selbst wenn ein Richter Dilettant in einem künstlerischen, gelehrten oder industriellen Spezialfache ist, so kann das zwar halb ein Glück und halb, bei übermäßigem Selbstvertrauen, ein Unglück für die Entscheidung sein; in keinem Falle aber kann und darf er zur Gewinnung seiner Ueberzeugung von einem Theile seiner Ueberzeugung abstrahiren. Die Begutachtung, ob etwas technisch, wissenschaftlich oder künstlerisch richtig, gut, mehr oder weniger werth ist, und welche Folgen oder Voraussetzungen ein Zustand oder eine Thatfache haben oder gehabt haben muß, ist in allen Fällen die durch technische oder andere spezielle Kenntniße vermittelte Nachweisung darüber, ob Thatfachen wahr oder nicht wahr sind, oder sein können. Auch der Werth einer Sache oder eines Zustandes reduziert sich (soweit er nicht unschätzbar, d. h. eine Begutachtung nicht möglich ist) auf den Erfahrungssatz, für welchen Preis eine solche Sache in diesem Zustande im gewöhnlichen Verkehr oder unter den vorliegenden Umständen verkauft und gekauft wird, bzw. welche Opfer, Nachtheile oder Vortheile der Zustand mit sich bringt; Stein S. 24. AR. v. Bülow Anm. 2 § 368. Die Bestimmung des OB. § 118 ist nicht eine Ausnahme, sondern eine Anwendung dieser Grundsätze. Auf denselben Grundsätzen beruhen auch die Vorschriften des OB. §§ 187—193 über die Zuziehung von Dolmetschern. Ueber das Verhältniß des Richters zum Sachverständigen im Immaterialgüterrecht: Rohler, Busch Arch. f. Hand. 47, 327 ff.

In Entmündigungssachen wegen Geisteskrankheit ist abweichend die Vernehmung von Sachverständigen obligatorisch, §§ 598, 599, 612. Die rechtsgesetzlichen Vorschriften über die Zuziehung von Sachverständigen in oder außer einem Rechtsstreite (vgl. Gaupp Vorb. II, Seuffert Vorb. 3) sind nach § 13 Abs. 1 OB. durch die EP. nicht befeitigt. In den Fällen der Art. 348, 365, 407 HOB. sind die Vorschriften der §§ 367 ff. über ihre Ernennung, Beerdigung und Vernehmung durch § 13 Abs. 4 OB. anwendbar erklärt.

Die §§ 372—375 finden nach dem preuß. Ausf.-Ges. v. 24. März 1879 § 4 und dem preuß. Ueberg.-Ges. v. 31. März 1879 § 3 in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören oder, wenn dazu gehörig, nach den früheren Vorschriften zu erledigen sind, entsprechende Anwendung; ebenso nach den meisten anderen deutschen Ausführungs- und Uebergangsgesetzen.

## § 367.

Auf den Beweis durch Sachverständige finden die Vorschriften über den Beweis durch Zeugen entsprechende Anwendung, insoweit nicht in den nachfolgenden Paragraphen abweichende Bestimmungen enthalten sind.<sup>1)</sup>

R. 354. N. 536. P. 140. 552.

1) Die Vorschriften der §§ 367—379 gelten auch für den von Amtswegen aufzunehmenden Sachverständigenbeweis, § 135 Abs. 2. Vgl. §§ 3, 135, 260, 336, 407. — Das System der CP. in Betreff der Sachverständigen ist namentlich in den §§ 339 Abs. 1, 377 Abs. 1 ausgesprochen. Außer den in den §§ 368—378 direct ausgesprochenen Abweichungen sind folgerecht von den Vorschriften über den Zeugenbeweis auch diejenigen ausgenommen, welche ihrer Natur nach auf den Sachverständigen-Beweis keine Anwendung finden können, so § 359 Abs. 1 (Eingelvernehmen), R. 8, 344, Anm. 1 § 376. Die Befugniß, gemäß § 344 die Ladung der Sachverständigen von einem Vorstufse des „Beweisführers“ abhängig zu machen, bleibt nur dann ausgeschlossen, wenn sie von Amtswegen vernommen werden; Hellmann 2, 258. Weil ein Beweisführer fehle, will Caupp (§ 368) allemal nur die §§ 79 Nr. 4, 84 ORO. und nicht den § 344 anwenden. Indes, da die CP. die Sachverständigen als Beweismittel bezeichnet und in § 368 eine Form der „Beweisantrittung“ bestimmt, so wird § 344 nicht ausgeschlossen, sondern die Partei als Beweisführer anzusehen sein, welche den „Sachverständigen-Beweis“ antritt. Vgl. auch ORO. § 84 Abs. 3 und Rot. 104 dazu. So auch R. 7, 389. Auch § 339 ist anwendbar (gegen Caupp und Seuffert), R. 7, 392 f., vgl. Anm. 3 § 369; ebenso § 364 (gegen Seuffert). Die Befugniß des Gerichts, die Vernehmung des Sachverständigen von Amtswegen zu beschließen oder statt desselben einen anderen zu hören, steht nicht entgegen und bleibt daneben als selbständige bestehen. Ebenso ist (gegen Seuffert) die entsprechende Anwendbarkeit des § 350 durch § 373 gegeben und praktisch nicht unmöglich, z. B. für § 350 Nr. 2, wenn ein naher Verwandter oder Ehegatte einer Partei als Arzt über die Geburt eines lebensfähigen Familienmitgliedes oder wenn eine bei der Errichtung eines Rechtsgeschäfts als Zeuge zugezogene Person aus der Kategorie der Nr. 1—3 § 348 über die Bedeutung der in dem Vertrage vorkommenden technischen Ausdrücke ein Gutachten abgeben soll. Wegen des § 358 vgl. Anm. 2 § 375.

## § 368.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte.<sup>1)</sup>

R. 355. N. 537. P. 140. 552.

1) Da zufolge § 135 das Gericht von Amtswegen Sachverständigenvernehmung anordnen kann, die sachgemäße Benutzung der Befugnisse zugleich Amtspflicht ist und ohne Rücksicht auf Partelanträge es vom Ermessen des Gerichts abhängt, ob es die Vernehmung eines Sachverständigen nöthig erachtet (Anm. 4 § 255, Anm. 4 § 265), so bedarf es überhaupt keiner „Beweisantrittung“, sofern das Gericht von seiner Amtspflicht einen entsprechenden Gebrauch macht. Zur Befestigung der Beweisfähigkeit und im Sinne des Rechts der Partei auf Benutzung der Sachverständigen als Beweismittel, insbesondere des Rechts, zu verlangen, daß der Richter die angebotenen Beweismittel nicht ohne triftige Gründe ablehnen darf (vgl. Anm. § 259, Vorb. vor § 367) hat indes die Partei ihre entsprechenden Behauptungen (Punkte) aufzustellen und als solche zu bezeichnen, welche durch Sachverständige zu bestätigen sind. Der sachlichen Stellung der Sachverständigen entsprechend soll für die Form, in welcher eine Partei den Beweis durch Sachverständige anzutreten hat (§ 255), die allgemeinste Bezeichnung der zu begutachtenden „Punkte“ genügen. Vgl. R. § 537. Die Partei braucht nur zu behaupten, daß mit Rücksicht auf die Sachlage das von ihr angegebene Resultat technisch, wissenschaftlich bzw. künstlerisch begründet ist und als solches begutachtet werden soll. Der Benennung eines Sachverständigen durch die Partei bedarf es zum Beweisantritt nicht, R. 11. Nov. 1882,

**ZB.** 1872 S. 274. Vgl. jedoch § 369 Abs. 3. Nothwendig ist es nicht, daß die Partei überhaupt die einzelnen Erfahrung- und Hülfssätze behauptet, welche zur Vermittelung der Erkenntniß und Beurtheilung des Thatbestandes und der Indizien und Beweismittel dafür zutreffen; es gehört zum pflichtmäßigen Ermessen des Richters, gegebenenfalls vom § 135 für von den Parteien gegebenen Prozeßstoff Gebrauch zu machen, da er verpflichtet ist, ihn verstehen und beurtheilen zu lernen. Dies widerspricht nicht der Verhandlungsmaxime. Vgl. Stein S. 95 ff., 86 ff. Ueber die Entbehrlichkeit des Sachverständigen bei eigener Sachkunde des Richters s. Vorb. vor § 367. Ueber die Anwendbarkeit des § 344 (Vorschuß) Ann. § 367. Ueber die zulässige Beweisantretung durch Bezugnahme auf Handelsbücher unter Zugiehung eines Sachverständigen vgl. **R.** 5. März 1887, **ZB.** 112 Ziff. 9.

### § 369.

Die Auswahl der zuzuziehenden Sachverständigen und die Bestimmung ihrer Anzahl erfolgt durch das Prozeßgericht. Dasselbe kann sich auf die Ernennung eines einzigen Sachverständigen beschränken. Es kann an Stelle der zuerst ernannten Sachverständigen andere ernennen.<sup>1)</sup>

Sind für gewisse Arten von Gutachten Sachverständige öffentlich bestellt, so sollen andere Personen nur dann gewählt werden, wenn besondere Umstände es erfordern.<sup>2)</sup>

Das Gericht kann die Parteien auffordern, Personen zu bezeichnen, welche geeignet sind, als Sachverständige vernommen zu werden.<sup>3)</sup>

Einigen sich die Parteien über bestimmte Personen als Sachverständige, so hat das Gericht dieser Einigung Folge zu geben; das Gericht kann jedoch die Wahl der Parteien auf eine bestimmte Anzahl beschränken.<sup>4)</sup>

**E. 256. N. 539. P. 140—142. 552.**

1) Abs. 1 bestimmt das unbedingte Ermessen des Gerichts für die Ernennung der Sachverständigen. (Vgl. **StP.** § 73, gleichlautend mit § 369 Abs. 1, 2). Das „Prozeßgericht“ ernannt oder (§ 370) ermächtigt den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung. Beides setzt m.B. voraus, ist daher der Beschwerde nicht unterworfen und gehört in den Beweisbeschluß, § 324. Indeß ist dadurch ein nachträglicher, etwa die Ernennung seitens des Vorsitzenden genehmigender Gerichtsbeschluß nicht ausgeschlossen und bedarf ein solcher nicht derselben Gerichtsbesetzung, welche beim Beweisbeschlusse stattfand, **R.** 29. Juli 1893, **ZB.** 425. Mit Rücksicht auf die fernere Befugniß des Gerichts hinsichtlich der Würdigung der Gutachten, § 377, ist die Zugiehung eines **Obmanns** nicht als nöthig vorgeschrieben. Ebenso unterliegt es dem Ermessen des Gerichts, ob es bei quantitativen Differenzen als letztes Hülfsmittel den Durchschnitt oder ein bestimmtes Gutachten zu Grunde legen will, ferner ob es gegen ein Gutachten den zum Gegenbeweise vorgeschlagenen anderen Sachverständigen vernehmen will, oder nicht; dieses Ermessen unterliegt nicht der Anfechtung im Wege der Revision; **R.** 19. April 1887, **ZB.** 171 Ziffer 11. — Die **CP.** hat ihre Vorschriften in den §§ 367—379 für den Fall gegeben, daß einzelne Personen als Sachverständige dienen, vgl. § 375. Der ein Gutachten von Fachbehörden in Straffachen gestattende Abs. 3 des (sonst mit § 377 übereinstimmenden) § 83 **StPD.** ist im § 377 nicht aufgenommen. Die rechtsgesetzlichen Bestimmungen, betreffend Gutachten des **Patentamts** für Patentstreitigkeiten, bleiben jedoch unberührt, **R.** 6, 337. Das Gutachten des Patentamtes, welches jetzt nach § 18 **Ges.** 7. April 1891, **RSBl.** 79 und § 12 **Ges.** 12. Mai 1894, **RSBl.** 441 (dazu **Erlaß** des Reichskanzlers 10. Sept. 1894) nur noch verpflichtet ist, auf Ersuchen der Gerichte Gutachten abzugeben, wenn abweichende Gutachten mehrerer Sachverständigen im gerichtlichen Verfahren vorliegen, ist aber für das Gericht weder nöthig noch bindend, **R.** 6. Str. 28. Dez. 1883, **WAllm.** 9, 44. Auch ist durch die **CP.** nicht prinzipiell ausgeschlossen, daß das Gericht von Amtswegen oder auf Partei-

Antrag Sachbehörden (Handelskammern, Kaufmanns-Kollegien, wissenschaftliche Deputationen u. dgl.) um Auskunft über technische Fragen, Befragen von Handelsgelehrten u. s. w. angeht, um diese Auskunft als Erkenntnisquelle zu benutzen, vgl. Anm. I § 338. Vgl. R. 28. Okt. 1882 in Sachen Schulte wider Knoblauch (ungebr. I 380/82); ferner R. 23. Mai 1889, SA. 46, 102. Nach § 70 Gef. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890, R. 141, sind die Gewerbegerichte zur Abgabe von Gutachten über gewerbliche Fragen auf Ansuchen von Staatsbehörden (mithin auch von Gerichten) verpflichtet. Den Kollegien der Berliner Kaufmannschaft ist die Aufgabe, Gutachten zu erstatten, durch ihr Statut v. 2. März 1820 § 36, GS. S. 52 beigelegt. Nach der preuß. Minist.-Verf. 17. Febr. 1891, ZRBl. 51, sind Gesuche um Abgabe von Gutachten durch die wissenschaftliche Deputation für das Medizinalwesen in Preußen an den Kultusminister zu richten. Für diese Gutachten von Sachbehörden, welche übrigens von einer amtlichen „Auskunft“ über einzelne Befehnisse zu unterscheiden sind (vgl. Vorb. vor § 338; nicht ganz genau Stein 71), finden die Vorschriften über den Sachverständigenbeweis nur mit der, aus dem unpersönlichen Verhältnisse der Behörden hervorgehenden Modifikation Anwendung, daß die auf der Voraussetzung einer Einzelperson beruhenden Bestimmungen theils (so betreffs der Beerdigung) wegfallen, R. 6, 337, theils (so betreffs der Ablehnung) nur entsprechend anwendbar sind.

2) Abs. 2 ist von der R. hinzugefügt, um namentlich für die Zuziehung von Ärzten und Privatärzten die speziellere Vorbereitung für die gerichtliche Praxis und die größere Gewöhnung an die vorkommenden Fragen, sowie an deren bündige sachgemäße Beantwortung regelmäßig nutzbar zu machen. Vgl. auch ZRVerf. v. 5. Juli 1882, ZRBl. 199 betr. Gef. 11. Juni 1870 § 31 und 9., 10. und 11. Jan. 1876. Unter den öffentlich bestellten Sachverständigen sollen nur die innerhalb des Gerichtsbezirkes bestellten gemeint sein und zu den besonderen Umständen sollen Verhinderung des bestellten Sachverständigen, die Zuziehung näherer qualifizierter Sachverständiger oder besonderer Spezialisten gerechnet werden, R. 141. Da das Gesetz keine Unterscheidung aufstellt, so sind als besondere Umstände, welche vom Abs. 2 dispensiren, alle zulässig, welche durch den konkreten Fall, durch Persönlichkeits-, Lokalitäts- oder andere Verhältnisse dem Gerichte eine Abweichung erforderlich scheinen lassen. So wie Abs. 2 als (nur) instruktionelle Vorschrift für die richterliche Ernennung des Abs. 1 modifizirt, so werden Abs. 1, 2 wieder durch den Abs. 4 (aufolge ihrer Stellung und des „hat zu“ in Abs. 4) beschränkt.

3) Die Aufforderung (Abs. 3), eine Anwendung des richterlichen Fragerechts, ist in der mB. und zwar bei der Stellung des Gerichts zur Begutachtung entsprechend (Vorb. vor § 367) an beide Parteien zu richten; nicht erst im Beweisbeschlusse, welcher schon die Ernennung oder die Ermächtigung des § 370 zu enthalten hat, oder nach demselben; Caupp Anm. III. R. Struckmann-Roch Anm. 5. Das Gericht ist (außer Abs. 4) gemäß Abs. 1 an die Vorschläge nicht gebunden. Wenn die Partei der Aufforderung nicht nachkommt und von dem Gerichte geeignete Sachverständige nicht ermittelt werden können, demselben auch die eigene Kenntniß der zu begutachtenden Punkte abgeht, so tritt Beweisfähigkeit ein. Darin liegt eine Modifikation des § 368. Der Fall hat dadurch nicht blos theoretische Bedeutung, und es ist deshalb in der Praxis vielfach Gebrauch, daß die Parteien bei dem Beweisantritt nach § 368 sogleich Sachverständige bezeichnen. Bei diesem Punkte sowie bei Abs. 4 tritt die Natur des „Sachverständigen“ als Beweismittel deutlich hervor. R. Caupp Anm. III R. 2 u. Struckmann-Roch Anm. 5, weil das Gericht sich nöthigenfalls bei einer technischen Behörde nach geeigneten Sachverständigen erkundigen könne und müsse, allein dies ist einmal nicht unbedingte Amtspflicht des Gerichts, andererseits sind dergleichen Erkundigungen nicht immer von Erfolg. In solchen Fällen bleibt es also Sache der beweispflichtigen Partei, einen geeigneten Sachverständigen zu ermitteln und zu benennen, wenn sie nicht beweisfähig werden will. Dies ist keine „Präklusion mit dem Sachverständigenbeweis“, wie Caupp unterstellt, sondern die nothwendige Folge der Beweislast; wie auch die Beweisfähigkeit eintritt, wenn die einzigen für die Streitfrage geeigneten Sachverständigen — und es giebt eine Anzahl von technischen Fragen, für welche der Kreis



von Sachverständigen ein sehr beschränkter ist — der Ernennung keine Folge geben und hierzu nicht verpflichtet sind, § 372.

4) Abs. 4 ist ebenfalls von der R.R. hinzugefügt. Wenn das Gericht indeß durch den vereintbarten Sachverständigen nicht genügend aufgeklärt ist, bleibt ihm immer die Befugniß des § 377 Abs. 1 und die Verlässichtigung seiner Ueberzeugung nach § 259; das System der G.P. ist deshalb durch den Zusatz des Abs. 4 im Wesen nicht geändert; R.G. 3. Febr. 1894, I.B. 120. Zunächst enthält indeß Abs. 4 eine Beschränkung des richterlichen Ernennungsrechts des Abs. 1. Das Gericht kann nicht schon gleichzeitig mit dem parteiseitig ernannten Sachverständigen andere zuziehen; Struckmann-Roch Anm. 5; Gaupp Anm. IV. R.R. v. Sarwey Anm. 5. — Auch die Einigung der Parteien ist, der Stellung des Abs. 1 entsprechend, in der m.B. dem Prozeßgerichte vor dem Beweisbeschlusse zu erklären, nicht erst vor dem beauftragten oder ersuchten Richter § 370; Endemann 2, 248; Gaupp Anm. IV, Seuffert Anm. 2, § 370. R.R. Struckmann-Roch § 370.

### § 370.

Das Prozeßgericht kann den mit der Beweisaufnahme betrauten Richter zur Ernennung der Sachverständigen ermächtigen. Derselbe hat in diesem Falle die in dem vorstehenden Paragraphen dem Prozeßgerichte beigelegten Befugnisse auszuüben.<sup>1)</sup>

E. 357. N. 540. P. 142. 552.

1) Von der Befugniß des § 370 ist hauptsächlich Gebrauch zu machen, wenn es sich um Sachverständige handelt, die mit den lokalen Verhältnissen vertraut sein sollen und dem Prozeßgericht als solche unbekannt sind. Das „Prozeßgericht“, welches für die Uebertragung der Beweisaufnahme durch §§ 340, 337 (367) beschränkt ist, hat die Ermächtigung durch den Beweisbeschlusse zu erklären. Sie kann nur den vom beauftragten oder ersuchten Richter zu ernennenden Sachverständigen (§ 369, Abs. 1, 2) betreffen. Der Beschluß der Ernennung des Sachverständigen ist, wenn nicht verkündet, den Parteien von Amtswegen durch Zustellung mitzutheilen, § 294 Abs. 3. Ueber das Verhältniß zu § 369 Abs. 4 s. Anm. 4 § 369. — In Betreff der sonstigen Befugnisse des betrauten Richters s. Anm. § 365. Insbesondere ist für ihn § 355 anwendbar; ebenso kann er die nochmalige Vernehmung des Sachverständigen anordnen, hat aber nicht die eine Sachentscheidung betreffenden Befugnisse aus § 377. — In Betreff einer weiteren Uebertragung ist § 330 anwendbar.

### § 371.

Ein Sachverständiger kann aus denselben Gründen, welche zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Ein Ablehnungsgrund kann jedoch nicht daraus entnommen werden, daß der Sachverständige als Zeuge vernommen worden ist.<sup>1)</sup>

Das Ablehnungsgefuch ist bei demjenigen Gericht oder Richter, von welchem die Ernennung des Sachverständigen erfolgt ist, vor der Vernehmung desselben, bei schriftlicher Begutachtung vor erfolgter Einreichung des Gutachtens anzubringen. Nach diesem Zeitpunkt ist die Ablehnung nur zulässig, wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Ablehnungsgrund vorher nicht geltend gemacht werden konnte. Das Ablehnungsgefuch kann vor dem Gerichtschreiber zu Protokoll erklärt werden.<sup>2)</sup>

Der Ablehnungsgrund ist glaubhaft zu machen; der Eid ist als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen.<sup>3)</sup>

Die Entscheidung erfolgt von dem im zweiten Absatze bezeichneten Gericht oder Richter; eine vorgängige mündliche Verhandlung der Beteiligten ist nicht erforderlich.<sup>4)</sup>

Gegen den Beschluß, durch welchen die Ablehnung für begründet erklärt wird, findet kein Rechtsmittel, gegen den Beschluß, durch welchen dieselbe für unbegründet erklärt wird, findet sofortige Beschwerde statt.<sup>5)</sup>

K. 358. N. 541—546. P. 142. 143. 553. 553.

1) Im § 371 werden die Rechte der Partei auf Ablehnung eines vom Gerichte ernannten Sachverständigen geregelt. (Vgl. Str. P. § 74 gleich den Abs. 1, 2, 3 § 371.) Einwendungen gegen vorgeschlagene Sachverständige vor ihrer Ernennung werden vom § 371 nicht betroffen, ebensowenig nachträgliche Bemängelungen des abgegebenen Gutachtens; vgl. Anm. 2. Der Stellung des Sachverständigen als Gehälfen des Richters entsprechend lehnen sich die Gründe zur Ablehnung, sowie das Verfahren an die Vorschriften über die Ablehnung des Richters an und entsprechen den §§ 41—46, ausgenommen § 41 Nr. 5. In der früheren Abgabe einer außergerichtlichen gutachtlichen Äußerung zu Gunsten einer Partei kann unter Umständen ein Ablehnungsgrund gefunden werden, OLG. Dresden, Busch 7, 104; jedoch nicht schon an sich in jener Thatfache allein; R. 18. Nov. 1886, ZB. 444; 10. Nov. 1894, ZB. 574. (Im ersteren Beschlusse wird auch das Vorhandensein eines Ablehnungsgrundes darin, daß eine Privat-Beleidigungsklage der Partei gegen den Sachverständigen abgewiesen sei, verneint.) Eine Ablehnung des Sachverständigen in der Berufungsinstanz aus dem Grunde, daß er bereits in erster Instanz als Sachverständiger gehört worden, ist unbedeutlich ausgeschlossen; OLG. Braunschweig, SA. 48, 233. Vgl. dagegen den Fall einer begründeten Ablehnung des Sachverständigen wegen Schwägerchaft mit dem den Fiskus im Prozesse vertretenden Beamten; R. 20. Jan. 1890, ZB. 47. Ein Antrag, Sachverständige wegen mangelnder Sachkunde ablehnen zu dürfen, ist in der Vork. abgelehnt, als praktisch unnötig bei den Befugnissen des Gerichts und als rückfichtlich der sofortigen Glaubhaftmachung, Abs. 3, undurchführbar, Rot. 259. Vgl. R. 11. März 1886, Raff. R. 30, 1028 und Anm. § 379. Zur Ausschüße dient event. § 392. Das Ablehnungsrecht bezieht sich auf alle von Amtswegen oder auf Vorschlag einer Partei ernannten Sachverständigen. Die Vorschriften des § 371 über Ablehnung von Sachverständigen findet auch auf Dolmetscher Anwendung, OB. § 193.

2) Wie Abs. 2 ergibt, betrifft die Ablehnung der ernannten Sachverständigen (vgl. Anm. 1) dessen Zuziehung bzw. Vernehmung. Ein Sachverständiger darf trotz seiner Ernennung nicht vernommen werden, so lange über das Ablehnungsgesuch nicht entschieden ist, oder wenn dasselbe für begründet erklärt ist. Hat die Vernehmung dennoch stattgefunden, so darf das Gutachten nicht berücksichtigt werden, wenn das Ablehnungsgesuch, sei es vorher oder nachher, von Erfolg gewesen ist. Ein unbedingter Revisionsgrund gemäß § 513, oder ein Nichtigkeitsgrund gemäß § 542 ist jedoch darin nicht zu finden, vielmehr eine Gesetzesverletzung, auf welche die Revision gegen ein Berufungsurtheil gestützt werden kann, sofern die Entscheidung auf derselben beruht, §§ 511, 512. Durch die Versäumung des Ablehnungsrechts wird die Partei zwar nicht behindert, alle gegen die Glaubwürdigkeit der vernommenen Sachverständigen sprechenden Thatfachen, auch wenn sie Ablehnungsgründe sein würden, geltend zu machen und sind solche Einwendungen bei der Würdigung des Gutachtens zu erwägen; das abgegebene Gutachten wird aber dadurch nicht von der Berücksichtigung ausgeschlossen, wie bei einem mit Erfolg abgelehnten Sachverständigen. Die vor der Ernennung des Sachverständigen gegen dessen Glaubwürdigkeit vorgebrachten Erinnerungen haben ebenfalls nicht die Bedeutung und Wirkung eines Ablehnungsgesuchs, sind vielmehr gleichfalls nur bei der Würdigung des Gutachtens zu berücksichtigen. Das Ablehnungsgesuch unterliegt nach dem Schlusse des Abs. 2 nicht dem Anwaltszwange, § 74 Abs. 2. Vgl. § 44 Abs. 1, 4. Auf einen Ablehnungsgrund, welcher erst nach der Erstattung des Gutachtens entstanden ist, kann sich eine Partei nicht berufen, weil ein solcher die Unbefangtheit des Sachverständigen nicht beeinträchtigt. Die Ablehnung des Sachverständigen ist lediglich ein Recht der Partei und daher verzichtbar. In der eigenen Benennung des Sachverständigen sowie in einer Einigung über denselben mit der Gegenpartei, § 369 Abs. 4, wird ein solcher Verzicht zu finden sein, sofern anzunehmen ist,

daß der Partei der Ablehnungsgrund schon zur Zeit der Benennung oder Einigung bekannt gewesen ist, was das Gericht nach den Umständen gemäß § 259 zu würdigen hat (vgl. Caupp Ann. I). Von Amtswegen hat das Gericht einen Sachverständigen (auch wenn er Beamter einer Behörde des beteiligten Fiskus, aber nicht Vertreter desselben ist) nicht abzulehnen, *R. 29. März 1894, Raff. R. 38, 1227.* Vgl. § 373.

3) *Abf. 3* entspricht dem § 44 *Abf. 2*; nur ist aus letzterem die Bezugnahme auf die Befestigung des Ablehnungsgrundes durch den Sachverständigen nicht aufgenommen, um nicht durch Kollusion des Sachverständigen mit einer Partei die Verweigerung des Gutachtens zu erleichtern; vgl. *R. 18. Nov 1886, ZW. 445.*

4) Das Verfahren entspricht den §§ 45, 46. Die Entscheidung ist ein „Beschluss“ s. *Abf. 5* (also § 294 anwendbar); nicht ein Zwischenurtheil. Das Verfahren betrifft nicht einen Streit der Parteien unter einander, sondern das Verlangen der ablehnenden Partei (möglicherweise beider Parteien) gegenüber dem Gerichte auf Beseitigung eines von diesem bestimmten Richtergehülfen. Das Verfahren ist gebührenfrei, wenn nicht muthwillig veranlaßt; *RO. § 47 Nr. 4* und *Abf. 2.* Wegen der Anwaltsgebühren *AnwObd. § 28 Nr. 1, § 29 Nr. 6.*

5) Die sofortige Beschwerde, § 540, steht nur der ablehnenden Partei zu (entsprechend dem § 46). Der Sachverständige muß seinen etwaigen Widerspruch gegen seine Ernennung gemäß § 373 in den Formen der Verweigerung des Gutachtens geltend machen. Er kann sich nicht selbst ablehnen; § 48 ist hier nicht anwendbar. Im § 371 ist nur über das „Abgelehnt werden“ des Sachverständigen bestimmt. — Die Beschwerde hat keine aufschlebende Wirkung, § 534. Ein Erlaß des Urtheils gegen den Beschwerdeführer auf Grund des Gutachtens eines abgelehnten Sachverständigen vor Erledigung der Beschwerde, zumal wenn das Urtheil einem Rechtsmittel nicht unterliegt, bei welchem die auf die Beschwerde abgeänderte Entscheidung geltend gemacht werden könnte, ist jedoch mit der allgemeinen richterlichen Amtspflicht nicht zu vereinigen. — Gegen die Entscheidung, durch welche das Ablehnungsgesuch begründet erklärt wird, ist auch dann kein Rechtsmittel (weitere Beschwerde) zulässig, wenn dieselbe erst in der Beschwerde-Instanz erlassen ist; *R. 13. Nov. 1889, ZW. 479.* Vgl. jedoch *abw. Ann. 3 § 290.*

### § 372.<sup>1)</sup>

Der zum Sachverständigen Ernannte hat der Ernennung Folge zu leisten, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt ist<sup>2)</sup> oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniß Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt<sup>3)</sup> oder wenn er zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt ist.<sup>4)</sup>

Zur Erstattung des Gutachtens ist auch derjenige verpflichtet, welcher sich zu derselben vor Gericht bereit erklärt hat.<sup>5)</sup>

**R. 359. N. 547. P. 145—148. 553. 686—688.**

1) Der im § 372 normirte beschränkte Sachverständigenzwang (in der *RO. § 64 Anh. I. 9 § 38* schon eingeführt) ist auf die dem Zeugnißzwange entsprechende allgemeine Bürgerpflicht gestützt. Vgl. *Ann. 1 § 345.* Andernfalls würde es der Partei theils gar nicht, theils nur mit Opfern und unter Schädigung der Unbefangenhait der Sachverständigen möglich werden, genügende Gutachten zu beschaffen. Zur Beseitigung von Härten dient § 373 *Abf. 1, Not. 259, 260.*

2) Von den drei Kategorien der zur Erstattung von Gutachten allgemein Verpflichteten (vgl. *StB. § 75* übereinstimmend mit § 372) umfaßt die erste, nämlich die „zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellen“ Alle, welche vom Gerichte bzw. Vorstehenden (vgl. *GO. §. 5OB. Art. 16*) oder von einer reichs- oder landesgesetzlich hierzu bestimmten Behörde bestellt sind; insbesondere die literarischen, künstlerischen und industriellen Sachverständigen nach den Reichsges. v. 11. Juni 1870, 9., 10., 11. Jan.

1876, 25. Mai 1877. Wegen des Patentamts und des Gewerbegerichts als Gutachter vgl. Anm. 1 § 369.

3) Die zweite und dritte Kategorie umfaßt diejenigen, welche eine Wissenschaft, Kunst oder ein Gewerbe

- a) entweder „öffentlich zum Erwerbe ausüben“ ohne Rücksicht auf Bestellung oder Ermächtigung dazu,
- b) oder zu deren Ausübung „öffentlich bestellt oder ermächtigt sind“, ohne Rücksicht auf eine tatsächliche Ausübung. Unter dem Gewerbe ist im weitesten Sinne Alles verstanden, was zum Erwerbe dient, einschließlich des Fabrikbetriebes und des Handels (vgl. Anm. § 168), nicht bloß ein Gewerbe im Sinne der Reichs-Gewerbe-Ordnung, P. 146, 148.

4) Zu den zur Ausübung einer Wissenschaft, einer Kunst oder eines Gewerbes öffentlich Bestellten oder Ermächtigten gehören insbesondere Universitäts-Professoren, Privatdozenten, Lehrer technischer Hochschulen, Rechtsanwälte, approbirte Ärzte, Zahnärzte, Thierärzte und Wundärzte. Ueber die Zuziehung von Militärärzten als Sachverständigen vgl. Woytsch, Wallm. 4, 316. Wegen der Beamten s. § 373 Abs. 2.

5) Unter den Abs. 2 fällt sowohl eine allgemeine Veretterklärung bzw. für bestimmte Fächer als auch eine solche für einen bestimmten Prozeß.

### § 373.

Dieselben Gründe, welche einen Zeugen berechtigen, das Zeugniß zu verweigern, berechtigen einen Sachverständigen zur Verweigerung des Gutachtens.<sup>1)</sup> Das Gericht kann auch aus anderen Gründen einen Sachverständigen von der Verpflichtung zur Erstattung des Gutachtens entbinden.<sup>2)</sup>

Die Vernehmung eines öffentlichen Beamten als Sachverständigen findet nicht statt, wenn die vorgesetzte Behörde des Beamten erklärt, daß die Vernehmung den dienstlichen Interessen Nachtheile bereiten würde.<sup>3)</sup>

E. 360. N. 548. P. 148. 553.

1) Die Vorschriften der §§ 373, 374 lehnen sich an die entsprechenden Bestimmungen für Zeugen an. Im § 373 (StP. § 76) ist vorausgesetzt, daß der Sachverständige aus einem der Gründe des § 372 zur Erstattung des Gutachtens verpflichtet ist. Dann hat er das Recht zur Weigerung aus den besonderen Gründen der §§ 348—350. Weigert er sich entweder aus diesen Gründen, oder weil er nicht nach § 372 verpflichtet sei, so kommen für das Verfahren betreffs der Weigerung und der Entscheidung darüber in allen Fällen die §§ 351—354 zur Anwendung. Der beauftragte oder ersuchte Richter hat also über die Zulässigkeit der Weigerung nicht zu entscheiden, sondern nur das Prozeßgericht, Anm. 1 § 365.

2) Ohne daß dem Sachverständigen ein Weigerungsrecht zusteht, hat das „Gericht“, nicht der beauftragte oder ersuchte Richter, das diskretionäre Ermessen, „aus anderen Gründen“, gleichviel aus welchen, einen Sachverständigen zu entbinden. Die Bestimmung dient zur Vermeidung von Härten und zur Beseitigung von Bedenken gegen die Fähigkeit auf Anregung des Gerichts, einer Partei oder des Sachverständigen. In Ermangelung einer „Weigerung“ kommt das Verfahren der §§ 351—354 hierbei nicht zur Anwendung.

3) Abs. 2 ist anwendbar ohne Rücksicht darauf, ob der Beamte nach § 372 verpflichtet ist, oder sich weigert oder nicht. Die Vorschrift dient zur Vermeidung aller Nachtheile betreffs der Vernehmung von „öffentlichen Beamten“ (s. Anm. 1 § 341), nicht bloß hinsichtlich der Zeit, sondern auch, weil der Beamte leicht in eine unangenehme Stellung gedrängt, Angriffen, Kritiken und Konflikten mit seinen Amtspflichten ausgesetzt wird, Mot. 260. Die „Erklärung“ der vorgesetzten Behörde ohne jede Begründung genügt. Die Genehmigung derselben zur Vernehmung eines an sich verpflichteten Beamten einzuholen, ist das Gericht hier nicht, wie im Falle des § 341 Abs. 3, verpflichtet. Der Beamte ist zu laden und es ist abzuwarten, ob jene Erklärung erfolgt, welche zu veranlassen dem Beam-

ten überlassen bleibt. Reichsbeamte haben nur zur Erstattung außergerichtlicher Gutachten die Genehmigung ihrer vorgesetzten Behörde einzuholen, Ges. v. 31. März 1873 § 12, RStBl. 61. Nach der Preuß. Min.-Verf. v. 10. März 1885, JRB. 103 soll die Vernehmung des Direktors der Königl. Thierarzneischule niemals erfolgen, weil sie stets den dienstlichen Interessen nachtheilig ist.

### § 374.

Im Falle des Nichterscheinens oder der Weigerung eines zur Erstattung des Gutachtens verpflichteten Sachverständigen wird dieser zum Ersatze der Kosten und zu einer Geldstrafe bis zu dreihundert Mark verurtheilt.<sup>1)</sup> Im Falle wiederholten Ungehorsams kann noch einmal eine Geldstrafe bis zu sechshundert Mark erkannt werden.<sup>2)</sup>

Gegen den Beschluß findet Beschwerde statt.<sup>3)</sup>

Die Festsetzung und die Vollstreckung der Strafe gegen eine dem aktiven Heere oder der aktiven Marine angehörende Militärperson erfolgt auf Ersuchen durch das Militärgericht.<sup>4)</sup>

R. 361. N. 549. P. 148. 149. 553.

1) Abweichend von §§ 345, 355 findet hier beim Verfahren wegen Nichterscheinens oder wegen unberechtigter Weigerung keine Haft, keine zwangsweise Vorführung oder Zwangshaft, keine Bestrafung wegen eines dritten oder ferneren Ungehorsamsfalls statt; dagegen Steigerung der Strafe bis 600 Mk. für den zweiten Fall. Soweit nicht Abweichungen vorgeschrieben sind, finden nach § 367 im Uebrigen die §§ 345, 346, 351—355, 365 Anwendung. Vorausgesetzt wird sowohl für das Nichterscheinen als für die Weigerung ein nach § 372 zur Erstattung des Gutachtens verpflichteter Sachverständiger, R. 23, 337. Die Bestrafung der Weigerung versteht sich außerdem nur unter den Vorbedingungen des § 355 Abs. 1. Das Verfahren ist gebührenfrei; GRW. § 47 Nr. 8.

2) Für den Fall des wiederholten Ungehorsams sind die Voraussetzungen dieselben der §§ 345 Abs. 2, 355 Abs. 2 (vgl. Anm. 6 zu dens.); indes ohne Nothwendigkeit des im § 355 Abs. 2 erforderlichen Antrags. Die nachtheiligen Folgen sind absichtlich anders bestimmt. Zwangsweise Vorführung und Zwangshaft fallen fort, weil Zwangsmittel zur Erzwingung einer geistigen Arbeit unangemessen seien, Rot. 260. Dafür ist ohne Antrag auf nochmalige Geldstrafe zu erkennen und kann diese Strafe bis auf 600 Mk. bestimmt werden, aber nur noch einmal (nicht zum dritten- oder viertenmale); die beschlossene Bestimmung „noch . . . erkannt“ ist von der RR. unter Beseitigung eines Antrags, dafür zu setzen: „erneuert“, getroffen, P. 149. Hat die zweite Ladung keinen Erfolg, so ist von ferneren Versuchen Abstand zu nehmen, abweichend vom Verfahren gegen Zeugen, da Sachverständige in der Regel zu ersetzen sind, nicht aber Zeugen.

3) Die Beschwerde, auf das Fehlen der Voraussetzungen gegründet, oder gegen die Ablehnung begründeter Entschuldigungen gerichtet, hat aufstiebende Wirkung, § 535.

4) Zum Abs. 3 vgl. Anm. §§ 345 Abs. 4, 355 Abs. 3.

### § 375.

Der Sachverständige hat, wenn nicht beide Parteien auf seine Beeidigung verzichten,<sup>1)</sup> vor Erstattung des Gutachtens<sup>2)</sup> einen Eid dahin zu leisten:

daß er das von ihm geforderte Gutachten unparteiisch und nach bestem Wissen und Gewissen erstatten werde.<sup>3)</sup>

Ist der Sachverständige für die Erstattung von Gutachten der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt, so genügt die Berufung auf den geleisteten Eid.<sup>4)</sup>

R. 362. N. 551. P. 149. 150. 553.

1) Für den Verzicht auf die Beeidigung gilt das in Anm. 5 § 356 Bemerkte. Verzichten beide Parteien, so ist die Beeidigung zu unterlassen, wie aus Satz 1 e contrario folgt. Ob der Sachverständige von Parteien vorgeschlagen, oder ohne Vorschlag vom Gerichte bestimmt ist, bzw. ob die Beweisaufnahme von Amtswegen erfolgt; macht keinen Unterschied. AR. Endemann 2, 256. Ein Verzicht der Parteien auf die Vernehmung von Sachverständigen ist mit Rücksicht auf deren grundsätzliche Stellung (Vorb. vor § 367, Anm. § 368) für das Gericht nicht bindend; der § 364 ist hier nicht anwendbar. AR. v. Bülow Anm. 2.

2) Für Sachverständige ist der promissorische Eid außer dem Falle des Abs. 2 unbedingte Vorschrift; nicht bloß, wie für den Zeugen (§ 356), die Regel. Auch bei Anordnung schriftlicher Begutachtung (s. § 376) hat das Gesetz den § 375 hierin nicht modifiziert; R. 1. Mai 1886, Raff. 30, 1134; Petersen Anm. 1; Kleiner 2, 350; Gaupp Anm. II, Seuffert Anm. 2. Vorausgesetzt ist, daß sie überhaupt zu vereidigen sind, was für die im § 258 Nr. 1, 2 Bezeichneten unzulässig ist; diese sind daher als Sachverständige untauglich, sofern nicht die Parteien über ihre — unbeeidigte — Vernehmung einig sind. Für die in § 358 R. 3 u. 4 bezeichneten Personen ist eine nachträgliche Beeidigung wegen der unbedingten Vorschrift des § 375 nicht gestattet; folglich müssen sie vorher beeidigt werden und sind nicht unbeeidigt zu vernehmen. Der § 358 ist dadurch für den Sachverständigen-Beweis modifiziert; R. 20, 394; 5. Febr. 1884, ZW. 87 Ziff. 12, SA. 39, 352; 29. März 1894, ZW. 262, Raff. 38, 1229. Vgl. jedoch R. 3. Okt. 1894, ZW. 516, wo auch der Raueid für den Sachverständigenbeweis mit Rücksicht auf § 367 und die Entstehungsgeschichte für zulässig, jedenfalls aber nicht gegen eine sacramentale Formvorschrift verstoßend erachtet wird.

3) Beruht ein Urtheil auf einem durch Eid nicht gedeckten Gutachten, so begründet dies die Revision; auch wenn der Sachverständige den Zeugeneid geleistet hat, R. 6, 3. Zu Unrecht ist dagegen von R. Str. 3, 102, 103 angenommen, daß der Zeugeneid den Sachverständigeneid unbedingt decke. (Nach R. 12. Nov. 1894, ZW. 589 sind desfallsige Verfehlungen durch Nichtträge heilbar; vgl. indeß entsprechend Anm. 3 § 356.) Andererseits hat der Sachverständige, soweit er als solcher thätig ist, nicht noch außer dem Sachverständigeneid den Zeugeneid zu leisten; sofern er auf Aufforderung des Gerichts einen Befund feststellt und berichtet, nimmt er als Sachverständiger wahr. Vgl. Vorb. vor § 367; R. Str. 2, 289; 4, 232; R. 9, 378; 24. Febr. 1886, ZW. 114; 20. Nov. 1889, Raff. 34, 752. Sofern er über seine vorprozessualische Wahrnehmungen bekundet, ist er Zeuge, wenngleich bei der Würdigung zu berücksichtigen ist, daß er bei seiner Wahrnehmung sachkundig war; er hat dann den Zeugeneid zu leisten, § 379, vgl. R. 10. Febr. 1886, Raff. 30, 1135, ZW. 146. Letzteres gilt auch, wenn er bei seiner Zugiehung als Sachverständiger sein Gutachten (ganz oder theilweise) auf seine persönlichen vorprozessualen Wahrnehmungen stützt; er ist dann für letztere Zeuge und hat den Zeugeneid neben dem Sachverständigeneid zu leisten. Abw. R. 25. Sept. 1886, ZW. 347; ungenau Gaupp Anm. 4. Vgl. Stein S. 67 u. dazu Bierhaus, Busch 19, 189. — Handelt es sich um eine Beweisaufnahme im Auslande in einem Staat, nach dessen Gesetzen ein Unterschied zwischen Zeugen- und Sachverständigeneid nicht besteht (z. B. Schweden), so genügt die Vereidigung nach diesen Gesetzen, Anm. 1 § 334. — Dolmetschereid s. OB. § 181.

4) Die Berufung auf den geleisteten Eid (identisch mit der „Versicherung“ auf denselben nach StGB. § 155 Abs. 5) muß entsprechend dem Abs. 1 ebenfalls vorangehen und vor dem Gerichte bzw. dem beauftragten oder ersuchten Richter erklärt werden; nicht schriftlich; R. 1. Mai 1886, Raff. 30, 1134. Vgl. Anm. 2. Ebenso bei nochmaliger Vernehmung, vgl. §§ 363 Abs. 3 und Anm. 3 dazu, 367, 377 Abs. 1; R. 12. Nov. 1894, ZW. 589. Eine Verweigerung des Sachverständigen durch das Gericht auf den Eid genügt nicht, vielmehr ist eine ausdrückliche Erklärung des Sachverständigen erforderlich (R. 24. Febr. 1883, ZW. 111, R. Str. 3, 102). — Da im Falle des Abs. 2 die Berufung auf den Eid „genügt“, mithin auch dem Gerichte gegenüber, so kann dieses dann nicht nochmals eine Beeidigung ver-

langen. — Die Beeidigung als technischer Beamter einer Behörde ist an sich noch keine Beeidigung für Erstattung von Gutachten. Vgl. im Uebrigen für § 375 die Anm. § 356.

Auf die Gutachten des Patentamts und der Gewerbegerichte, vgl. Anm. 1 § 369, findet § 375 keine Anwendung.

### § 376.<sup>1)</sup>

Wird schriftliche Begutachtung angeordnet, so hat der Sachverständige das von ihm unterschriebene Gutachten auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen.<sup>2)</sup>

Das Gericht kann das Erscheinen des Sachverständigen anordnen, damit derselbe das schriftliche Gutachten erläutere.<sup>3)</sup>

R. 363. N. 552—554. P. 150. 553.

1) Da für die Vernehmung der Sachverständigen keine besonderen Vorschriften gegeben sind, so sind nach der allgemeinen Bestimmung des § 267 die für Zeugen gegebenen der §§ 359—363 anwendbar. Bei der anderen Stellung des Sachverständigen ist jedoch die Vorschrift der getrennten Vernehmung für mehrere Sachverständige nicht, wie für Zeugen, § 359 Abs. 1, als obligatorisch zu erachten. Die für Zeugen obwaltende ratio legis: Vermutung der Erübung der Erinnerung beim Anhören anderer Mittheilungen oder der anderen Einrichtung der eignen Aussage, fällt bei den voraussichtlich selbständig denkenden und wissenden Sachverständigen — andernfalls würden sie als solche nichts taugen — fort. Die Not. zum C. 1 337 und zum C. § 363 C. 259 bezeichnen es als dem Ermessen des Gerichts überlassen, ob das Gutachten von Mehreren, gemeinsam unter Hervorhebung von etwaigen abweichenden Ansichten, oder getrennt zu erstatten ist. Ebenso R. 20. Juni 1882, JWB. 175, R. 8, 343 und Strudmann-Roch, Seuffert, Petersen, Endemann, Gaupp. AM. Puchelt 2, 211; v. Bülow Anm. 1; Hellmann 2, 255, 259; Kleiner 2, 350.

2) Für den Fall, daß schriftliche Begutachtung angeordnet wird, ist hinsichtlich des Verfahrens bis zur Niederlegung des Gutachtens keine Aenderung von den Vorschriften für Zeugenvernehmung vorgeschrieben. In Verbindung mit § 375 und da die „Erstattung des Gutachtens“ mit der Niederlegung bereits vollendet ist, wenn das Gericht nicht noch eine Erläuterung nach Abs. 2 verlangt, ist anzunehmen, daß auch dann die Vereidung bzw. Berufung auf den Eid, sowie die Instruirung der Sachverständigen vor Gericht (zweckmäßig vor einem beauftragten Richter) vorzugehen muß und demnach erst das schriftliche Gutachten abzugeben ist. Vgl. auch R. § 553, Kleiner 2, 349; Gaupp Anm. I; Seuffert Anm. 2 § 375. Dies ist in der preuß. JWB. 10. Juli 1884, JWB. 1611 übersehen, nach welcher bei Einholung von Gutachten solcher Sachverständigen, welche in anderen Bundesstaaten wohnen, mit Rücksicht auf § 165 Abs. 2 C. das Prozeßgericht, ohne das auswärtige Amtsgericht um Rechtshilfe zu ersuchen, den Sachverständigen unmittelbar zur schriftlichen Begutachtung auffordern soll. Diese Verfügung läßt sich demnach für Civilprozeße nicht ausführen. Eine protokollarische Bestätigung des Gutachtens oder eine schriftliche Versicherung des Sachverständigen auf den früher geleisteten Eid ist nicht nöthig. Wird indeß ohne vorgängigen promissorischen Eid von einem allgemein vereideten Sachverständigen (§ 375 Abs. 2) oder bei Wiederholung der Beweisaufnahme (§§ 363 Abs. 3, 367) ein schriftliches Gutachten erfordert, so ist die Berufung des Sachverständigen auf den früheren Eid erforderlich. Einer Beglaubigung des schriftlichen Gutachtens bedarf es nicht; werden Zweifel über die Echtheit angeregt, so können dieselben zu Verhandlungen der Parteien und Feststellungen darüber führen; R. 9, 375.

Daß die notwendige Vorbereitung des Gutachtens sowohl für das volle Verständniß der Fragen, als auch für deren Beantwortung dem Sachverständigen durch Mittheilung von Zeugenaussagen, Akten, Zulassung von Beobachtungen u. zu ermöglichen ist, versteht sich nach dem Zwecke von selbst. Vgl. StP. § 80. Nöthigenfalls kommt Anm. 2 § 332 zur Anwendung. Aus § 322 folgt, daß vom Gerichte dem Sachverständigen eine Instruktion nur unter gleichzeitiger Mittheilung an die Parteien ertheilt werden darf, da sie bereits ein Theil der Beweisaufnahme ist.

Das Gericht kann dem Sachverständigen eine Frist bestimmen. Da für diesen die

Niederlegung an sich obligatorisch ist — er „hat niederzulegen“ —; so ist die Verkündung nach Ermessen des Gerichts, dem Richter scheinen (§ 374) gleichzustellen.

Der Inhalt des niedergelegten schriftlichen Gutachtens ist der allgemeinen Regel entsprechend von den Parteien demnachst in der m.B. mündlich vorzutragen; §§ 258, 259. Die bloße Gestattung des mündlichen Vortrags eines der Partei gegenüber — ohne Beweis-anordnung — seitens eines Sachverständigen abgegebenen Gutachtens ersetzt nicht die Anordnung einer schriftlichen Begutachtung aus § 376; R. 9, 324.

3) Für mündliche und schriftliche Gutachten ist die Angabe von Gründen nicht absolut vorgeschrieben. Ein Antrag, die Befügung von Gründen vorzuschreiben, ist in der Vorf. abgelehnt, da nicht immer, z. B. bei Abschätzungen, eine genaue Spezialisierung nöthig oder möglich sei. Ist ein schriftliches Gutachten abgegeben, so sind die von dem Sachverständigen in der späteren m.B. erklärten Zusätze und Abweichungen gemäß § 146 Nr. 3 zu Protokoll festzustellen, sofern nicht der Ausnahmefall des § 147 vorliegt. R. 13, 418.

### § 377.

Das Gericht kann eine neue Begutachtung durch dieselben oder durch andere Sachverständige anordnen, wenn es das Gutachten für ungenügend erachtet.<sup>1)</sup>

Das Gericht kann die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen anordnen, wenn ein Sachverständiger nach Erstattung des Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist.<sup>2)</sup>

R. 364. N. 555. P. 150. 151. 558.

1) Im § 377 ist der Grundsatz des unbedingten Rechts der Beurtheilung des Gutachtens für das Gericht ausgesprochen. Das Gericht ist in Betreff der Würdigung an kein Gutachten gebunden, s. Vorb. vor § 367. Die auf der Würdigung des Gutachtens beruhende Befugniß des § 377, welche mit der eigentlichen Sachentscheidung auf das Engste zusammenhängt, steht nur dem „Gericht“, d. h. dem Prozeßgericht, nicht dem beauftragten oder ersuchten Richter, nach m.B. und Vortrag (§ 258) zu. Die Vorschrift ist insbesondere auch anwendbar, wenn das Gericht bei widersprechenden mehreren Gutachten sich kein Urtheil bilden kann. Das Recht des Gerichts ist zugleich Amtspflicht, so daß das Gericht einen angebotenen ferneren Begutachtungsbeweis nicht ablehnen darf und auch sonst eine neue Begutachtung anordnen muß, wenn es sich nicht selbst eine sichere Ueberzeugung verschafft hat, während das Gericht einer neuen Begutachtung nicht bedarf, wenn es beim Vorliegen eines genügend erachteten Gutachtens sich eine so feste, hinreichend begründete Ueberzeugung gebildet hat, daß sie auch durch ein neues Gutachten nicht erschüttert werden könnte; vgl. Vorb. vor § 367, R. 25. Mai 1882, Raff. 26, 1168; Stein S. 98 ff.; Seuffert Anm. 1; Gaupp Anm. 1. Die Anwendung des § 377 unterliegt dem mit der Revision nicht anzusehenden richterlichen Ermessen; R. 28. Mai 1884; SA. 40, 105. Ein richterlicher Ergänzungseid (§ 437) kann begrifflich niemals zur Ergänzung des Beweises für ein Gutachten oder für Schlußfolgerungen, sondern nur für die tatsächlichen Grundlagen eines solchen auferlegt werden. Vgl. jedoch über die eidliche Schätzung eines Schadens oder Interesses § 260 Abs. 1.

2) Selbstverständlich kann das Gericht die Begutachtung durch einen anderen Sachverständigen auch dann anordnen, wenn ein Sachverständiger noch vor Erstattung eines Gutachtens mit Erfolg abgelehnt ist, § 369. Erwähnt ist dies hier nicht, weil dem Gange des Verfahrens folgend hier nur das Verfahren nach Vereidung und Erstattung des Gutachtens (§§ 377, 378) abgehandelt werden soll. Von dem Abs. 2 werden die beiden Fälle betroffen, daß

a) das Ablehnungsgesuch in dem Ausnahmefalle des Satzes 2 § 371 Abs. 2, nach Erstattung des Gutachtens angebracht und für begründet erklärt ist;

b) dasselbe zwar der Regel gemäß vorher angebracht, aber erst in Folge einer Be-



schwerde über die Zurückweisung desselben bei dem Beschwerbegericht nach Erstattung des Gutachtens Erfolg gehabt hat.

### § 378.

Der Sachverständige hat nach Maßgabe der Gebührenordnung auf Entschädigung für Zeitverräumniß, auf Erstattung der ihm verursachten Kosten und außerdem auf angemessene Vergütung seiner Mühewaltung Anspruch.<sup>1)</sup>

R. 365. N. 550. P. 151. 553.

1) Vgl. Gebührenordn. für Zeugen und Sachverständ. vom 30. Juni 1878; Gef. v. 11. Juni 1890, RStBl. 73; GS. § 166. In Betreff der Geltendmachung, der Festsetzung, des Erlöschens des Anspruchs und des Vorstufes gilt dasselbe, wie bei Zeugen; f. Anm. § 366, Anm. 1, 3 § 365. In Betreff der Vergütung bzw. Erstattung der Kosten der Vorbereitung des Gutachtens §§ 3 ff. ObD. f. 3. und Sachv.; RSt. 3. März 1887, ZBl. 115. Bei den im Allgemeinen Beidigten können die Gebühren durch Ueberertrinken bestimmt werden, § 12. Bei öffentlichen Beamten, wie bei Dienststreifen, § 14; wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß das Gutachten als eine dem Beamten als solchem obliegende Leistung innerhalb seines amtlichen Wirkungskreises erscheint; RSt. 10. Juni 1884, SA. 40, 105. Sofern besondere Lagvorschriften gelten, kommen sie lebiglich zur Anwendung, § 13, insbesondere für Medizinalbeamte, Feldmesser u. dgl., vom Staate angestellte oder approbirte Personen; RSt. 31, 365. Vgl. preuß. Gef. v. 9. März 1872, GS. 265 und Verordn. v. 17. Sept. 1876, GS. 41, btr. Medizinalbeamte, dazu ZBl. 1886 S. 196 f.; preuß. Feldmesser-Regl. v. 2. März 1871, GS. 101 und Verf. v. 10. Sept. 1877, ZBl. 197 betr. Feldmesser; ferner Allg. Verf. 15. Juni 1883, ZBl. 190 u. Zusatzbest. v. 26. Febr. 1894, GS. 18; RSt. 17. Okt. 1894, ZBl. 548. — Preuß. AG. v. 19. März 1879 § 42, GS. 155 betr. Anwendung der ObD. v. 30. Juni 1878 auf Angelegenheiten, welche vor besondere Gerichte gehören oder von der CP. nicht betroffen werden. Für Württemberg vgl. Gaupp Anm. I Rtt. 2.

### § 379.

Insofern zum Beweise vergangener Thatfachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.<sup>1)</sup>

R. 366. N. 559. P. 151. 563.

1) Insofern „sachkundige Personen“ zum Beweise vergangener, d. h. vor der Aufforderung zur Vernehmung, vgl. Anm. 3 § 375, wahrgenommener Thatfachen oder Zustände vernommen werden sollen, sind sie (in Uebereinstimmung mit der gemeinrechtlichen Prozeßrechtslehre, Wehll 529; Renaud 290, 314) nur als wahre Zeugen in jeder Beziehung anzusehen und es kommen alle Vorschriften der §§ 338—366, also auch die Beidigung mit dem Zeugeneide zur Anwendung; ohne Rücksicht darauf, daß sie die Thatfachen und Zustände mit Hilfe bzw. in Verbindung mit ihrer Sachkunde wahrgenommen haben. Zum Zwecke einer solchen Vernehmung muß auch der Beweisführer den Zeugenbeweis nach § 338 unter Bezeichnung der Thatfachen und Zustände antreten; vgl. Anm. 3 § 375; RSt. 10. Febr. 1886, ZBl. 146, RaffR. 30, 1135. Das Gericht hat dann auch, wie für jede Zeugenaussage, zu prüfen und sich zu erklären, ob die Angaben als vollbeweisend anzusehen und für ein etwaiges Gutachten zu verwerthen sind, RSt. 17. Febr. 1892, ZBl. 180. Das Gericht kann natürlich solche Zeugen auch nicht, wie einen Sachverständigen, „ernennen“. Daß er bei seiner Wahrnehmung auch urtheilt und solche Urtheile als seine Wahrnehmungen bekennt, wie jeder Zeuge nach Maßgabe seines Gesichtskreises und seiner Fähigkeit thut, ändert an seiner Qualität als Zeuge nichts, RSt. 23. Febr. 1887, ZBl. 112. Sofern er jedoch aus seinen oder fremden Wahrnehmungen technische Schlüsse zieht, ist er Sachverständiger und als solcher zu beidigen, RSt. 20, 394; Anm. 3 § 375. Sollen die über ihre Wahrnehmung vergangener Thatfachen Vernommenen zugleich als Sachver-

ständige dienen, so sind sie natürlich mit dem Zeugen- und Sachverständigeneweide zu verwechseln und haben sie dann auch auf die Vergütung der Sachverständigen Anspruch. Die Vernehmung sachkundiger Zeugen kann nicht von vornherein aus dem Grunde abgelehnt werden, daß denselben mit Rücksicht auf ihre Persönlichkeit die erforderliche Sachkunde abgehe, vielmehr ist dies erst durch ihre Vernehmung, geeignetenfalls unter Zugiehung Sachverständiger festzustellen; R. O. 11. März 1886, Kass. R. 30, 1028.

## Neunter Titel. Beweis durch Urkunden.

Die Urkunden, über welche der neunte Titel spricht, sind nur die schriftlichen. Alles was sonst als Urkunde im weiteren Sinne verstanden wird, Gegenstände sinnlicher Wahrnehmung, welche durch irgend einen maßgebenden Willen in erkennbarer Weise die Bestimmung erlangt haben, zum Beweise einer Thatsache zu dienen (als dauernde Zeichen „einen Gedanken körperlich darstellen“, Weipell § 24 S. 221, vgl. Renaud § 114); f. g. Denkmäler, Korbhölzer, Grenzzeichen, Marken, Siegel, Waldhammerzeichen zc., unterliegt mit Ausnahme des Schrift-Ausdrucks dem allgemeinen Grundsatz der freien richterlichen Beweismwürdigung und ist in der C. P. nicht besonders erwähnt. Für den schriftlichen Gedankenausdruck, die vox mortua, welche als Augenscheinsobjekt die Vergangenheit in der Gegenwart reprobuzirend wieder auftreten läßt, ist dagegen der Tit. 9 ohne Rücksicht auf das dazu benutzte Material anwendbar.

Der neunte Titel behandelt I. in den §§ 380—384, 409 die Beweiskraft, welche Urkunden haben, ihre Echtheit vorausgesetzt, II. in den §§ 385—401 das Verfahren der Beweisführung durch Urkunden, die Vorlegung und Beschaffung derselben, III. in den §§ 402—408 die Echtheit von Urkunden. Während der zweite Abschnitt, §§ 385—401, insbesondere ein präzisirtes System hinsichtlich der Edition der Urkunden aufstellt, enthalten die übrigen Abschnitte in Abweichung von dem Grundsatz der freien richterlichen Beweismwürdigung positive Beweisregeln hinsichtlich der Urkunden. Zur Vermeidung von Wiederholungen ist auf die Erörterung bei den einzelnen Abschnitten des Titels zu verweisen. Indes kann zur Beurtheilung der Tragweite aller dieser positiven Beweisregeln nicht genug betont werden, daß dem Grundsatz des § 259 Abs. 2 entsprechend die freie richterliche Beweismwürdigung nur soweit beschränkt sein soll, als dies ausdrücklich durch positive Regeln bestimmt ist und in allem Uebrigen sowohl für den Beweis, daß eine Urkunde das sei, was sie sein soll, als auch für den Beweis durch eine Urkunde ihr volles Recht behält. Auch außer dem neunten Titel enthält die C. P. positive Beweisregeln für Urkunden, insbesondere für die durch und für den Civilprozeß selbst veranlaßten Urkunden. Diese Regeln sind nur an ihrer Stelle in ihrem Zusammenhange zu erörtern. Vgl. §§ 76, 145 ff., 150, 153, 173, 174, 181, 185, 261 ff., 284, 285 ff., 682; C. O. § 16 Nr. 2, 17.

Im preuß. Ausf. Ges. vom 24. März 1879 § 4, sowie in mehreren anderen deutschen Ausf. Gesetzen sind die Vorschriften der §§ 387, 394 über die Verpflichtung dritter Personen zur Vorlegung von Urkunden für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, welche zur ordentlichen freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht gehören, entsprechend anwendbar erklärt. — Ueber das Verhältniß der Urkunden zum Beweise im Allgemeinen vgl. Heusler, civ. R. 62, 280—299; Wendt, civ. R. 63, 307—318; v. Canstein. Buch 2, 320, 333 ff., 343 ff.; Schulze, krit. Vierteljahrsschr. 18, 211 ff.

### § 380.

Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden),<sup>1)</sup> begründen,<sup>2)</sup> wenn sie über eine vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegebene Erklärung errichtet sind,

vollen Beweis des durch die Behörde oder die Urkundsperson beurkundeten Vorganges.<sup>3)</sup>

Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig.<sup>4)</sup>

R. 367. N. 560. 561. 563—567. 570 P. 152—155. 160. 161. 553.

1) Hinsichtlich der Beweisraft der Urkunden, §§ 380, 384, 409, macht die C.P. keinen Unterschied in Betreff der Bedeutung, welche der Inhalt der Urkunde für die Begründung, Aenderung oder Zerföderung von Rechten hat, ob unmittelbar dispositiv (Rechts-) Akte oder Geständnisse zur Feststellung derselben oder Indizien zur Begründung von Schlußfolgerungen für die unmittelbar entscheidenden Thatsachen durch eine Urkunde festgestellt werden können und sollen; Anm. 5 zu § 255. Vgl. Heusler, civ.R. 62, 224, 274, 280 bis 299 und dagegen Mot. zum P.E. §§ 427 ff., 96—99. Die sog. materielle Beweisraft der Urkunden, d. h. der Werth und die civilrechtlichen Folgen des durch die Urkunde bewiesenen Inhalts derselben, soll überhaupt durch die C.P. nicht geregelt werden, sondern dem bürgerlichen Rechte und der richterlichen Beurtheilung vorbehalten bleiben; DöZS. 5. März 1891, S. 47, 241. (Vgl. indeß § 383.) Die C.P. giebt nur Regeln über die sog. formelle Beweisraft der Urkunden, d. h. über die Wirkung, welche eine Urkunde hat, um den darin angegebenen Inhalt als bewiesen anzunehmen. In dieser Beziehung unterscheidet sie 1. hinsichtlich des Inhalts, ob Erklärungen, §§ 380, 381, oder Behörden-Anordnungen, § 382, oder andere Thatsachen, § 383, beurkundet werden und 2. hinsichtlich der Form der Beurkundung, ob sie durch öffentliche oder Privaturkunden erfolgt.

Den Begriff öffentlicher Urkunden stellt § 380 (R. 560) für den neunten Titel dahin auf, daß sie 1. „von einer öffentlichen Behörde“ und zwar „innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse“ oder 2. von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person in dem ihr zugewiesenen Geschäftskreise und zwar zu 1 wie zu 2 in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sein müssen. Was zu den öffentlichen Behörden gehört, ist nach der Landesgesetzgebung und dem Landesverfassungsrecht zu bestimmen. Entscheidend ist dafür das Recht des Entstehungsorts der Urkunde, R.O. Str. 8, 372 ff. Begrifflich nothwendig ist zur Unterscheidung von Privatbeamten und Privatbehörden, daß sie, wenn nicht in unmittelbarem Auftrage des Staats, jedenfalls im öffentlichen Interesse („zu gemeinnützigen Zwecken“) fungiren und daß diese ihre im öffentlichen Interesse stattfindende Funktion staatlich, d. h. von demjenigen Staate, in welchem sie die Urkunde aufgenommen haben, anerkannt ist. Beamte eines auswärtigen Staates, welche in Preußen (z. B. zur Verwaltung von Haus-Fideikommissgütern der auswärtigen Krone) ihren Sitz haben, sind in Ermangelung einer ausdrücklichen Anerkennung ihres Beamtencharakters seitens des preussischen Staats für die von ihnen in Preußen ausgestellten Urkunden nicht öffentliche Beamte, R.O. Str. 8, 372 ff. Die Definition einer öffentlichen Behörde in DöZ. 49, 163: „eine mit öffentlicher Autorität versehene amtliche Stelle, welcher gewisse obrigkeitliche Verpflichtungen und Prerogative in einem vom Gesetze bemessenen Geschäftskreise dauernd beigelegt sind“, wird als zutreffend zu bezeichnen sein. Danach sind nicht bloß Reichs- oder Staatsbehörden einbegriffen; im Einzelnen hat das öffentliche Recht des Reichs und der einzelnen Bundesstaaten zu entscheiden. Ob die Behörde kollegialisch oder nicht kollegialisch organisiert ist, macht begrifflich keinen Unterschied. Die Behörden der in dieser Weise staatlich anerkannten oder festgestellten Selbstverwaltungskörper, der politischen Gemeinden, Kreise, Bezirke, Provinzen, der Kirchengesellschaften, Schulverbände sind unzweifelhaft öffentliche (vgl. RR. II 10 §§ 68, 69; II 6 § 25), insbesondere also auch die Gemeindekirchenräthe der preuß. Kirchengem.-Ordn. v. 10. Sept. 1873 §§ 22 ff., O.S. 417 und Gef. vom 25. April 1874, O.S. 147; ebenso der Vorstand und das Ehrengericht der Anwaltskammer mit Rücksicht auf ihre Funktionen, §§ 49, 67 RR. und die Schiedsmänner der preuß. Schiedsmannsordn. vom 29. März 1879, §§ 6, 32, 33; ferner in Preußen: die landschaftlichen Behörden (Kredit-Direktionen), die Landarmen-Direktionen, die Provinzial-Feuer-Sozialitäts-Direktionen, die städtischen Deputationen und Kommissionen

nach § 179 Städte-Ordnung 19. Nov. 1808 und § 107 Städte-Ordn. 17. März 1831, die öffentlichen Anstalten, denen die Rechte moralischer Personen beigelegt sind; die Universitäten; das königliche Hausministerium und die zu deren Ressort gehörige Hofkammer der königl. Familiengüter, die fürstliche Hofkammer in den Hohenzollernschen Landen, die Bischöfe der katholischen Kirche und die bischöflichen Generalvikariatsämter, die Kuratorien der städtischen und Kreis-Sparklassen (Kammergericht 26. Okt. 1891, *JWBl.* 1892 S. 51); die für die Hohenzollernschen Lande bestehende gemeinschaftliche Spar- und Leihkasse; vgl. Turnau, Grundbuchordn. 3. Aufl. I S. 104 ff., 587. Ob auch die Vorstände derjenigen Korporationen, denen in Preußen das Privilegium zur Ausstellung von Urkunden mit der Kraft öffentlicher Urkunden beigelegt ist, z. B. der Preussischen Rentenversicherungsanstalt, der Kesteten der Kaufmannschaft zu Berlin (vgl. Turnau a. a. D.) im Sinne des § 380 als öffentliche Behörden zu erachten sind, ist zweifelhaft, dürfte jedoch nach der *ratio legis* — wie für § 35 Preuß. Grundbuchordn. — zu bejahen sein. Für Württemberg vgl. *Gaupp Anm. I Nr. 4*. Soweit der telegraphische Verkehr durch Reichs- oder Landesbehörden vermittelt wird, wie dies durch die allgemeinen Reichs-Telegraphenbehörden geschieht (*B.* vom 22. Dez. 1875, *RWB.* 379), ist auch die Ausfertigung einer telegraphischen Depesche eine öffentliche Urkunde, *RDQ.* 24, 335, sowie auch die Beglaubigung der Abschrift einer vorgelegten Privaturkunde oder einer Abschrift seitens einer öffentlichen Behörde zu den öffentlichen Urkunden zu rechnen ist. Ueber die Frage, was hierdurch beglaubigt ist, insbesondere darüber, daß durch das staatlich beförderte Telegramm nicht beurkundet wird, die Erklärung sei vor der Behörde abgegeben, s. *Anm. 3*. Dagegen würde die bloße staatliche Anerkennung der Existenz noch nicht genügen, um die Behörde zu einer öffentlichen zu machen. Die Direktion einer Aktiengesellschaft, welche im Gesellschaftsregister eingetragen und dadurch gesetzlich anerkannt ist, wird dadurch keine öffentliche Behörde, auch dann nicht, wenn sie vom Staate genehmigt ist oder einer Aufsicht desselben unterliegt; ebensowenig die Vorstände der eingetragenen Genossenschaften und der Berufsgenossenschaften nach den Reichs-Unfallversicherungsgesetzen. Dagegen ist dem Vorstande der Versicherungsanstalten nach dem Reichs-Ges. betr. Invaliditäts- und Altersversicherung 22. Juni 1889 ausdrücklich die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde beigelegt, § 47 *Uel.* Selbstredend haben auch die Landesversicherungsdämter nach § 92 Unfallversicherungsges. 6. Juli 1884 u. s. w. die Eigenschaften öffentlicher Behörden. Die Verwaltungen von Stiftungen, welche öffentlichen Zwecken dienen, etwa Schulen begründet haben (Kohlleben, Schulpforta), werden als öffentliche Behörden anzusehen sein, nicht aber die Verwaltung einer jeden etwa testamentarisch eingesetzten Stiftung, auch wenn ihre Existenz staatlich anerkannt und ihr Vorstand dem Testamente und den Gesetzen gemäß von den Staatsbehörden bestellt ist. Ueber die Beweiskraft der Frachtbriefe im internationalen Eisenbahn-Frachtverkehr, vgl. Art. 8 Abs. 3 des intern. Frachtverkehrs v. 14. Okt. 1890 u. dazu *Eger*, *S. f. bürger. R.* 6, 127 ff.; *Busch* 17, 240. — Eine von einer öffentlichen Behörde aufgenommene Urkunde gilt ferner als öffentliche nur dann, wenn sie von ihr innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse aufgenommen ist.

Welche Personen mit öffentlichem Glauben versehen sind, ist nach der Reichs- und Landesgesetzgebung zu bestimmen. Vgl. *Anh. § 145 ARN. I* 13 § 115. Entscheidend ist dafür das Recht des Entstehungsorts der Urkunde; *RO. Str.* 8, 372 ff. Es sind darunter nur öffentliche Urkundspersonen im eigentlichen Sinne zu verstehen; *RO. St.* 14, 178. Zu denselben gehören insbesondere: Notare, Gerichtsschreiber und Gerichtsvollzieher für ihre gesetzlichen Beurkundungen, Briefträger, Postboten (*RPostgef.* 28. Okt. 1871 § 47), Konzessionirte Marktscheider, *RO.* 17. März 1888, *JW.* 164; dagegen nicht die Handelsmäkler, deren Bemerkte und Tagebücher dem allgemeinen Grundsatz der freien Beweiswürdigung, § 259, unterliegen. Vgl. *QSB. Art.* 77—79 und *Anm. SS.* § 13 *Ar.* 2. Für Württemberg vgl. *Gaupp Anm. I Nr. 8*. Der Aufbewahrungsort begründet keinen Unterschied; die einem öffentlichen Archiv entnommenen, von Privatpersonen ausgestellten Urkunden sind Privaturkunden, vgl. *Wegell* 236. — Auch für die öffentlichen Urkundspersonen gilt die Beschränkung, daß ihre Urkunden nur dann öffentliche sind, wenn sie dieselben innerhalb ihres „zugewiesenen Geschäftskreises“ aufgenommen haben.

Reichskonsuln sind zugleich öffentliche Behörden und Urkundspersonen. Sie haben, was durch das Gef. über die Konsulargerichtsbarkeit v. 10. Juli 1879, RStB 197 nicht geändert ist, innerhalb ihres Amtsbezirks in Ansehung der Rechtsgeschäfte, welche Reichsangehörige (auch mit Fremden) schließen, das Recht der Notare nach den näheren Bestimmungen der §§ 16, 17 Gef. v. 8. Nov. 1867, RStB 140. Ihre „schriftlichen Zeugnisse über ihre amtlichen Handlungen und die bei Ausübung ihres Amtes wahrgenommenen Thatsachen, unter ihrem Siegel und ihrer Unterschrift ertheilt, haben die Beweiskraft öffentlicher Urkunden“; § 15 das., RStB 140; GG. § 13 Abs. 1.

Das im § 380 ferner bemerkte Erforderniß einer öffentlichen Urkunde, daß sie in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sein muß, bezieht sich nicht nur auf die Urkunden einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person, sondern auch auf diejenigen der öffentlichen Behörden. In Betreff der Form ist es indeß von größter Wichtigkeit, unter welchen näheren Bestimmungen sie vorgeschrieben ist. Die Bedeutung des § 380 hat nicht sein sollen und können, daß eine Urkunde keine öffentliche sei, wenn irgend eine vorgeschriebene Form fehle. Die Bezugnahme auf die Form wird durch die konkreten Formvorschriften selbst ergänzt und erläutert. Von den Formen, deren Mangel den Charakter der öffentlichen Urkunde beseitigt, sind die Formen zu unterscheiden, welche nur instruktiv zur Vermeidung einer Disziplinarabmahnung oder sonstiger besonderer Wirkungen vorgeschrieben sind. Vgl. für Preußen: Rotar.-Gef. v. 11. Juli 1845 §§ 41—43; Gef. v. 8. März 1880 § 4, GG. 177; Rheinische Rot.-Ord. 25. April 1822, Hannoverische Rot.-Ord. 18. Sept. 1883, Gef. 15. Juli 1890; Bayern: Rot.-Gef. 10. Nov. 1861; Württemberg: Rot.-Ord. 25. Okt. 1808, Gef. 14. Juni 1843; Sachsen: Rot.-Ord. 3. Juni 1859; Baden: Rechtspolizei-Gef. 6. Febr. 1879; vgl. Anm. 1 § 341. Ebenso wesentlich ist zu beachten, was als „Form“ und was als „Inhalt“ einer Urkunde vorgeschrieben ist. Es kann zwar auch ein bestimmter Inhalt zur Formgültigkeit vorgeschrieben sein (vgl. §§ 10, 41 Gef. v. 11. Juli 1845); dies folgt jedoch noch nicht aus der Vorschrift, welchen Inhalt eine Urkunde haben soll. Wenn zu §§ 174, 682 die früheren Zusätze des R. und des G. 1, wonach die Gerichtsvollzieherurkunden, welche den verlangten Inhalt nicht haben, nicht die Beweiskraft öffentlicher Urkunden haben, gestrichen sind, so hat dies eben die Bedeutung, daß die Vollständigkeit des Inhalts nicht zugleich unbedingte Formvorschrift sein soll. Welchen Einfluß die Mangelhaftigkeit des Inhalts hat, wenn sie nicht zugleich Formvorschrift ist, richtet sich wesentlich nach der Bedeutung und dem Zwecke des Inhalts und der Art des Mangels. Vgl. RStB. Str. 12, 331. Für die civilprozeßualischen Urkunden sind besondere Vorschriften namentlich in den §§ 76, 145, 146 Abs. 3 (vgl. 150), 173, 181, 185, 284, 286, 288 gegeben.

Ueber den Beweis darüber, ob eine öffentliche Behörde oder Urkundsperson die Urkunde aufgenommen hat (Echtheitsbeweis), enthalten §§ 402, 403 nähere Vorschriften für alle öffentlichen Urkunden. Zwischen den Urkunden ausländischer und inländischer Behörden und Urkundspersonen ist nur in Betreff dieses Echtheitsbeweises unterschieden; sonst gelten, die Echtheit vorausgesetzt, alle Vorschriften der G.P. über öffentliche Urkunden auch von ausländischen. — Soweit in einer öffentlichen Urkunde der Inhalt einer Anlage beurkundet ist, gilt diese als Theil der öffentlichen Urkunde. Durch die öffentliche Beurkundung einer Unterschrift wird die Erklärung über der Unterschrift selbst noch nicht öffentlich beurkundet; RStB. 13, 330. Vgl. indeß Anm. 2 § 664 in Betreff der Anwendung auf §§ 664, 665.

Welches die Grenzen der Amtsbefugnisse bzw. des Geschäftskreises und welche Formen vorgeschrieben sind, entscheiden die desfalligen gesetzlichen Vorschriften. Die Beweislast hinsichtlich der Innehaltung oder Ueberschreitung der Grenzen unterliegt dem Civilrechte. Soweit bei der Beurtheilung der Qualität öffentlicher Behörden oder Urkundspersonen, der Grenzen der Amtsfunktionen und der Formen die thatsächlichen Verhältnisse hinsichtlich ihrer Subsumtion unter die gesetzlichen Vorschriften in Frage kommen, bleibt das freie richterliche Beweiswürdigungsrecht bestimmend. Die G.P. hat auch keine Bestimmung darüber getroffen, welche Geltung eine Urkunde habe, wenn ihr eines der Requisite

der öffentlichen Urkunde fehlt und ob sie dann als Privaturkunde gelten kann oder soll. Dies ist der freien Beweiswürdigung überlassen, Rot. 265.

2) **Beweiskraft öffentlicher Urkunden.** Der erste Abschnitt des neunten Titels, §§ 380—384, bestimmt über die Beweiskraft, welche Urkunden unter der Voraussetzung haben, daß sie echt sind, also in den Fällen der §§ 380, 382, 383 von einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Urkundsperson wirklich herrühren. Die Vorschriften des R. über die Beweiskraft der Urkunden, R. §§ 560—572, waren schon im G. I §§ 350 bis 357 theilweise geändert und wurden sodann von der Vorl. zu Gunsten einer größeren Bethätigung der freien richterlichen Beweiswürdigung erheblich umgestaltet. Der Abschnitt beruht in seiner jetzigen Fassung im Wesentlichen auf den Beschlüssen der Vorl. Das Gesetz unterscheidet hinsichtlich der Beweiskraft unter den öffentlichen Urkunden drei Klassen:

1. solche, welche beurkunden, daß vor öffentlichen Behörden oder Beamten Erklärungen abgegeben sind, § 380,
2. solche, welche beurkunden, daß von einer Behörde eine Anordnung (Verfügung oder Entscheidung) getroffen ist, § 382,
3. solche, welche einen anderen Inhalt, als zu 1 und 2 haben, § 383.

In Betreff der Urkunden der ersten Klasse soll dem Principe der freien richterlichen Beweiswürdigung nur soviel entzogen werden: sie beweisen, daß die Erklärung, so wie beurkundet, abgegeben ist; indeß auch dies nur unter der Voraussetzung, daß nicht der (Gegen-) Beweis geführt wird, der Vorgang sei unrichtig beurkundet. Die Urkunden der zweiten Art beweisen, daß die Anordnung von der Behörde getroffen ist, und hiergegen ist kein (Gegen-) Beweis zulässig. Die Urkunden der dritten Art beweisen die darin „bezeugten Thatsachen“, wenn das Zeugniß auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson beruht oder wenn und soweit die Beweiskraft nach den Landesgesetzen von dieser eigenen Wahrnehmung unabhängig ist. Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist jedoch, vorbehaltlich der Landesgesetze, zulässig.

In den angegebenen Beziehungen und nur in diesen Beziehungen soll das Prozeßgericht nicht das Recht der freien Beweiswürdigung haben. Dasselbe soll also ohne Gegenbeweis nicht etwa sagen können: obgleich ein Notar eine Erklärung beurkundet habe, so sei das Prozeßgericht dennoch nicht zur Ueberzeugung gelangt, daß die Erklärung abgelesen sei. Vielmehr soll das Prozeßgericht in Folge des Charakters der Behörden und Urkundspersonen in dem vorgedachten Umfange gebunden sein, unter dem Vorbehalte des Nachweises des Gegentheils, soweit ein solcher Nachweis zugelassen ist. Dagegen sollen außer jenen Ausnahmen weitere Einschränkungen des Prinzips der freien richterlichen Beweiswürdigung nicht eintreten. Der Ausdruck in den §§ 380—383, es werde voller Beweis begründet, bedeutet: das Gericht darf nichts anderes verlangen, um den Beweis für erbracht anzusehen und muß die bezeichneten Beweissätze als bewiesen ansehen. Die Zulassung des Beweises der Unrichtigkeit in den §§ 380, 383 erklärt diesen Beweis der Urkunde für nicht unüberleglich, bestimmt für diese Fälle die Beweislast, und gestattet, indem sie für die Führung des Beweises der Unrichtigkeit keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des § 259 Abs. 1 macht, dem Gerichte, alsdann unter freier Beweiswürdigung zu untersuchen, ob das an sich gesetzlich Bewiesene in der That in diesem Falle un wahr ist. — Die Unterscheidung der drei Klassen öffentlicher Urkunden wird nach Obigem durch ihren Inhalt bestimmt und betrifft je nach dem Inhalte dasjenige, was als bewiesen gelten soll (das Beweisobjekt). Da dieselbe Urkunde mehrfachen Inhalt haben kann, so ist sie selbstverständlich in solchem Falle für jeden Theil ihres Inhalts nach den bezüglichen Vorschriften zu würdigen. Der Inhalt eines Sitzungsprotokolls (§ 146) gehört allen drei Klassen an. Die Zustellungsurkunden und Zwangsvollstreckungsprotokolle (§§ 174, 682) bezwecken wesentlich die Feststellung von Thatsachen, § 383, können aber auch Erklärungen (§ 380, vgl. § 739 Abs. 3 und §§ 165 Abs. 2, 166 Abs. 2, 171 Abs. 4) und Anordnungen (§ 382, vgl. § 712) enthalten.

Dadurch, daß dem Gerichte das freie Beweiswürdigungsrecht bleibt, soweit

es durch die §§ 380 ff. nicht eingeschränkt ist, wird indeß auch nur die Feststellung des Thatächlichen der Revision entzogen. Rechtsverletzungen bleiben nicht nur die Verletzungen der allgemeinen Prozeßvorschriften des § 259 und der besonderen der §§ 380 ff., sondern auch die Rechtsirrhümer, welche entweder bei der Gewinnung der thatächlichen Feststellung oder bei der Beurtheilung der rechtlichen Bedeutung des festgestellten Thatächlichen zu einer Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung von (civilrechtlichen oder prozeßualischen) Rechtsnormen, einschließlich der Regeln der Auslegung selbst, führen, *R.G.* 1, 338; 2, 124, 379; 3, 427; 5, 382; 12, 23; *Wach*, *Z.B.* 1881 S. 78—80; 18. *Mat* 1881, *Walm.* 6, 56; *Erythropel*, *Raff.R.* 25, 292. Diese Grundsätze sind durch die §§ 380 ff. nicht berührt.

3) Voraussetzung des § 380 ist, daß vor einer Behörde oder Urkundsperson eine Erklärung abgegeben ist, deren Aufnahme zur Amtsthätigkeit der Behörde oder der Urkundsperson gehört. Die Beweiswirkung ist dann, daß der beurkundete Vorgang, d. h. die Thatfache, daß, wann, wo, von wem und vor wem die Erklärung abgegeben“ ist, als bewiesen anzunehmen ist, vorbehaltlich des Nachweises der Unwahrheit dieser Thatfache. Abweichend ist für Privaturkunden im § 381 die Beweiswirkung unter Voraussetzung der Echtheit nur dahin bestimmt, „daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind“; auf die Zeit und den Ort der Abgebung (Datum) soll sich unbeschadet der Vorschrift des § 405 Abs. 2 die positiv vorgeschriebene Beweiswirkung für Privaturkunden nicht erstrecken. *Sgl.* *Not.* 264 u. *Prot.* 153, 154; *R.G.* 4. Febr. 1892, *Z.B.* 160. Für Bayern vgl. *Verord. betr. Feststellung des Datums einer Privaturkunde* 8. Sept. 1879, *GBI.* S. 1161. (Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Bedeutung des Datum in eigenhändigen Testamenten nach franzöf. Recht vgl. jedoch *R.G.* 12, 315.) Ueber beglaubigte Privaturkunden vgl. § 381 und *Ann.* dazu am Schluß.

Zur Herstellung einer öffentlichen Urkunde gemäß § 380 muß die Erklärung vor der Behörde oder der Urkundsperson abgegeben sein, und die Abgabe vor denselben zu deren Geschäftskreis gehören. Für die Telegramme trifft dies Erforderniß nicht zu. Die Telegraphenbehörde, sowie die Postbehörden des Absendungsorts dienen nicht dazu, um Erklärungen zu konstatiren, sondern um solche zu befördern und können nur ein Zeugniß ausstellen, daß ihnen eine Erklärung bestimmten Wortlauts oder ein Brief mit bestimmter Geld- oder Werthbeklaration übergeben ist, ohne Identifizirung des Absenders. Die Telegraphenbehörden des Empfangsorts können nur bezeugen, daß ihnen eine wortgleiche Erklärung zur Beförderung zugegangen ist. Dies sind Atteste über Thatfachen, welche unter § 383 fallen; der Beweis dafür, welche Erklärung telegraphisch befördert ist, muß daher durch die übergebene Erklärung selbst ergänzt werden, welche, wenn von einer Privatperson abgegeben, ungeachtet der, durch eine öffentliche Behörde erfolgten Uebermittlung ebenso nur eine Privaturkunde bleibt, wie ein durch die Post beförderter Privatbrief; *R.G.* 9. Dez. 1894, *Z.B.* 344.

Für öffentliche und Privat-Urkunden betreffs der §§ 380, 381 gemeinsam ist die Voraussetzung der Erklärung selbst. Der allgemeine Ausdruck: „Erklärung“ umfaßt ohne Unterscheidung der materiellen Bedeutung sowohl unmittelbar dispositive Akte selbst (*Willens* Erklärungen, Rechtsgeschäfte), als auch die Geständnisse für solche, sowie das Zeugniß für Thatfachen, welche mehr oder weniger ein Indizium für die rechtlich entscheidenden Thatfachen darstellen; ferner sowohl die Anerkennung oder Behauptung von Thatfachen, welche den Erklärenden selbst betreffen, als auch die Bezeugung von sonstigen Thatfachen. Hinsichtlich der prozeßualen Bedeutung der Beweisregel ist der Inhalt der Erklärung gleichgültig. Es sollte in Betreff des Inhalts der Erklärung absichtlich nichts Besonderes bestimmt werden, um nicht einerseits die civilrechtliche Bedeutung einer Erklärung, ihrer Folgen und ihrer Anfechtbarkeit durch Beweisregeln zu ändern oder zu bestimmen, und um andererseits überall da, wo civilrechtlich die Wirkung oder die Anfechtbarkeit der Erklärung von irgend einem thatächlichen Nachweise abhängig ist, für jede thatächliche Feststellung der freien richterlichen Beweiswürdigung die volle Geltung zu bewahren. Es bleibt daher einerseits dem materiellen Rechte überlassen, welche Wirkungen die Thatfache hat,

daß eine Erklärung vor der Behörde oder Urkundsperson abgegeben ist, ferner ob und wodurch aus civilrechtlichen Gründen die Verbindlichkeit einer abgegebenen Erklärung angegriffen werden kann. Es bleibt andererseits Sache der Rechtsprüfung und freier Beweiswürdigung, ob außer der Thatfache, daß die Erklärung abgegeben ist, irgend ein sonstiger Nachweis civilrechtlich erheblich und ob dieser geführt ist. Die Vorschläge des R. §§ 560 bis 566, 570, und C. 1 §§ 352, 353, 356 für fernere positive Vorschriften wurden in dieser Absicht von der Vorl. gestrichen. Die Fragen betreffs der ernstlichen Absicht der Erklärung, der Ausständigung, der Einwirkung des Umstandes, daß sie in Erwartung der Zahlung oder anderer Vorgänge ausgestellt ist, sind ebenfalls hinsichtlich der Beweiskraft der freien richterlichen Würdigung und hinsichtlich des Einflusses auf den Rechtsstreit und der Beweislast nicht dem Civilrecht entzogen, Rot. 263—265. — Nur eine materielle rechtliche Bestimmung auf diesem Gebiete ist im C.B. § 17 getroffen: „die Beweiskraft eines Schuldscheins oder einer Quittung ist an den Ablauf einer Zeitfrist nicht gebunden“, d. h. wirkt nicht erst nach Ablauf einer Zeitfrist, um diese gemeinrechtlichen, nur noch im kleineren Theile Deutschlands geltend gewesenen, ohnehin kontroversen Bestimmungen zu beseitigen. Dabei sind jedoch (C.B. § 17 Abs. 2) abweichende Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die zur Eintragung in das Grund- oder Hypothekenbuch bestimmten Schuldturkunden aufrecht erhalten, soweit sie die Verfolgung des dinglichen Rechts betreffen, zu Gunsten einzelner Partikularrechte (Bayern, Sachsen, Württemberg, Weimar) Rot. 488, 489. — Aus dem Vorbemerkten und aus der allgemeinen Fassung des § 380 folgt insbesondere auch, daß die Beweisregel desselben ihre Bedeutung ohne Rücksicht auf das Verhältniß der Parteien zur Urkunde und zum Aussteller überall haben soll, daß es also gleichbedeutend ist, ob die Beweiskraft für oder gegen den Aussteller oder dessen Rechtsnachfolger oder für oder gegen einen Dritten in Anspruch genommen wird.

4) Abs. 2 setzt voraus, daß den Voraussetzungen des Abs. 1 entsprochen ist. Sofern Mängel der Voraussetzungen nachgewiesen werden: daß die Urkunde nicht von einer öffentlichen Behörde oder Urkundsperson, oder außerhalb ihres Geschäftskreises oder nicht in vorgeschriebener Form aufgenommen ist, bzw. daß nicht eine öffentliche Urkunde im Sinne der Anm. 1—3 vorliegt, kommt es nicht auf den Beweis des Gegentheils nach Abs. 2, sondern darauf an, ob eine dem § 381 unterliegende Privaturkunde vorliegt; wenn nicht, dann darauf, was nach der dann eintretenden freien Beweiswürdigung durch das Schriftstück in der vorhandenen Gestalt bewiesen wird. — Abs. 2 beschränkt und erläutert die Bedeutung des im ersten Abs. festgesetzten vollen Beweises. Derselbe wird dadurch den, im C.B. § 16 Nr. 1 erwähnten, praesumptiones juris des bürgerlichen Rechts, nach welchen eine Thatfache „bis zum Beweise des Gegentheils als gewiß anzusehen ist“, gleichgestellt. Vgl. Anm. 1 § 259. Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig erklärt; also der Beweis, daß gerade dasjenige, was unter den Voraussetzungen des Abs. 1 als vollbewiesen gilt, nicht wahr sei. In Verbindung mit dem Abs. 1 wird hierdurch demjenigen, welcher den an sich gesetzlichen „vollen Beweis“ nicht gelten lassen will, die Beweislast für den Nachweis der Unwahrheit (vgl. § 259) auferlegt. Der Ausdruck: Gegenbeweis, welcher von der Vorl. in erster Lesung beschlossen („Gegenbeweis ist zulässig“) und in zweiter beseitigt war, ist hier wie überall in der C.P. zu Gunsten der genaueren Präzisierung dessen, was und wovon das Gegentheil nachzuweisen ist, grundsätzlich vermieden. Der zugelassene Beweis kann die Unrichtigkeit des Vorganges im Ganzen oder in irgend einer einzelnen Beziehung betreffen. Es ist zulässig, nachzuweisen, daß die Erklärung überhaupt nicht, oder daß sie nicht von der bezeichneten Person (Identität) oder nicht zur angegebenen Zeit oder nicht am beurkundeten Orte abgegeben sei. Zur Führung dieses Beweises ist keinerlei Beweisgrund oder Beweismittel (Anm. 4, § 255) ausgeschlossen und der Grundsatz der freien Beweiswürdigung behält für Beurtheilung dieses Beweises unbedingte Geltung. Aus der Urkunde selbst, aus ihrer Form und ihrem Inhalte können Gründe für diesen Beweis genommen werden. Auch die Eideszuschreibung ist darüber zulässig, a.R. theilweise R.O. 15, 375 wegen § 411; Caupp Anm. II, Seuffert Anm. 3, vgl. C.B. § 16 Nr. 1



Abf. 2 und Anm. § 411, ebenso die Auferlegung eines richterlichen Eides; R. 16. April 1883, ZB. 155 Ziff. 10. — Die Frage nach dem Beweise, ob der Inhalt der Erklärung richtig oder unrichtig ist, d. h. ob die, in der Erklärung behaupteten Thatsachen wahr oder nicht wahr sind, wird vom Abf. 1 und ebenso vom Abf. 2 überhaupt nicht berührt, da dies kein Theil des „beurkundeten“ Vorganges ist. Der Beweis, daß die Erklärung unrichtig ist, sollte allerdings prozessualisch nicht ausgeschlossen werden, soweit er civilrechtlich erheblich ist. Dies sollte indeß, wie in Anm. 3 bemerkt, überhaupt der Beurtheilung nach dem bürgerlichen Rechte überlassen bleiben und vom § 380 gar nicht getroffen werden. Vgl. Prot. 263 gegen die ungenaue Bemerkung der Prot. 265.

Daß der Beweis, die Erklärung sei nicht oder anders abgegeben, nur dann möglich sei, wenn gleichzeitig die Entstehung der unrichtigen Beurkundung aufgeklärt und eine Fälschung oder ein Irrthum der instrumentirenden Person nachgewiesen würde, ist nicht anzunehmen. Diese Frage ist (im Gegensatz zu §§ 263, 150) durch Abf. 2 gar nicht berührt, und auch die Prot. der RR. 152—155, 160, 161 bieten keinen Anhalt dafür, daß in dieser Beziehung die freie Beweiswürdigung eingeschränkt werden sollte. Entscheidend ist nach Abf. 2 lediglich, ob das Beurkundete objektiv unrichtig beurkundet ist. Das mögliche Räthsel der Entstehung kann gegen einen Beweis der Unrichtigkeit mißtrauisch machen, obwohl in der Regel der Nachweis, daß eine Erklärung nicht oder anders abgegeben ist, auch zur Annahme führen wird, daß der Instrumentirende sich mindestens getret haben müsse. Daß dieser in den meisten Fällen direkt kaum zu führende Beweis des Intornum des Instrumentirenden nöthig sei, ist durch die Fassung des Abf. 2 nicht ausgedrückt. Ebenso Endemann 2, 270; Gaupp Anm. II; Strudmann-Roch Anm. 7.

Ausnahmen von Abf. 2 sind in den §§ 150, 282 bestimmt.

### § 381.

Privaturkunden begründen, sofern sie von den Ausstellern unterschrieben oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, vollen Beweis dafür, daß die in denselben enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind.<sup>1)</sup>

R. 388. N. 562—567. P. 155, 156, 553.

1) Privaturkunden, durch den Gegensatz zum § 380 bezeichnet, sind alle Urkunden, welche nicht gemäß § 380 öffentliche sind. Wie der Wortlaut des § 381 ergibt, gehört zum Begriff der Privaturkunde die Namensunterschrift des Ausstellers an sich nicht, vgl. R. 2, 415; Str. II, 185, Anm. 3 § 404. Der § 381 enthält aber nur für solche Privaturkunden, welche von dem Aussteller unterschrieben oder was diesem gleichgestellt ist, von dem Aussteller mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet sind, eine Beweisregel. Der Beweis der Echtheit (vgl. § 405) wird also für die Beweisregel vorausgesetzt. Für die Unterschrift ist der sprachgebräuchlichen Bedeutung entsprechend der handschriftliche Vermerk und zwar des Namens unter der Urkunde nöthig; der bloße Abdruck eines Stempels oder Siegels u. dgl. genügt nicht; die civilrechtliche Wirksamkeit sakramentaler Unterschriften für die Schriftform wird im § 381 nicht berührt; vgl. Eccius I § 40 R. 19; R. 25. Juni 1884, Raffr. 30, 710; befindet sich die Unterschrift nicht unter der Urkunde, so sind §§ 381, 404 Abf. 2 nicht anwendbar, unbeschadet der sonstigen freien richterlichen Würdigung der Sachlage, Anm. 4 § 404, Anm. 3 § 405. Vgl. Wegell 247, RDG. 2, 441. Ob der Familienname zu unterschreiben ist, was als Regel anzusehen ist, oder ob die Unterschrift des Vornamens genügt, wie bei Landesherren und den Mitgliedern ihrer Familie, sowie Standesherrn, auch für Briefe an Verwandte und Freunde üblich ist, richtet sich hinsichtlich der civilrechtlichen Bedeutung nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts; (vgl. R. 20. Jan. 1887, Raffr. 32, 118, ZB. 101 und dazu Kranz, Raffr. 36, 57 ff.). Im Sinne des § 381 ist eine auch nur mit dem Vornamen unterzeichnete Urkunde immer „unterschrieben“; auch die Unterschrift eines angenommenen Namens, wie bei Künstlern und Literaten, begründet keinen Unterschied, sofern die Identität der „Namens-

unterschrift“ des „Ausstellers“ (§§ 381, 404 Abs. 2, 405) feststeht; **R. 24. Mai 1886, ZB. S. 227, Raff. 31, 902.** Auch auf die Lesbarkeit der Unterschrift kommt nichts an, wenn nur feststeht, daß der schreibenskundige Aussteller mit den von ihm gezeichneten Schriftzügen die seines Namens hat schreiben wollen. Eine unleserliche Namensunterschrift ist kein bloßes „Handzeichen“. Zum Begriff des Handzeichens gehört der Wille des Ausstellers, nicht seinen Namen, sondern anstatt desselben ein Zeichen (drei Kreuze oder dgl.) zu machen. — Für die Unterzeichnung mittelst Handzeichens ist hier wie für § 405 Abs. 2 die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung nötig. Nach den Reichs- und Landesgesetzen (abweichend von § 76 Abs. 2) ist zu entscheiden, welche Form nötig ist, um eine solche Beglaubigung zu konstatieren. Vgl. für Preußen jetzt: **Gef. 15. Juli 1890 (S. 229) § 8;** für Königr. Sachsen: **Gef. v. 4. Nov. 1890 SBL 164, ZMVerf. 5. Nov. 1890 u. 9. April 1891, Deutsche Notar. Zeit. 1891 S. 70 ff.** Für Reichskonsuln, welche den Notaren gleichgestellt sind, vgl. **Gef. 8. Nov. 1867 §§ 16, 17, SBL 140.** Eine andere, als die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung begründet, auch wenn sonst landesgesetzlich zugelassen, nicht die Beweisraft des § 381. Die Landesgesetze über die Formen für Verträge und Willenserklärungen von Analphabeten und über die civilrechtlichen Folgen derselben sind durch §§ 381, 405 nicht berührt. — Die Vorschrift des § 381 gilt auch ohne Rücksicht darauf, ob der Aussteller der Sprache der Urkunde mächtig, und ob und wie ihm der Inhalt der Urkunde bekannt worden ist (wie schon die Zulassung der Handzeichen beweist) unbeschadet materieller Einwendungen gegen die Gültigkeit der Willenserklärung (vgl. Abs. 5); **R. 24. Mai 1886, ZB. 227, Raff. 31, 902; DZG. Jena, SA. 40, 267; 3. Mai 1889, Raff. 33, 1167; DZG. Marienwerder, SA. 49, 471.** Folgerecht gilt dies auch für Blanquets, welche dem Dritten zur Ausfüllung ausgehändigt sind, vgl. **R. 7. Juni 1887, ZB. 312.** Die Behauptung, daß eine Urkunde durch Mißbrauch eines Blanquets entstanden sei, richtet sich gegen die Vermuthung des § 405; **R. 23, 111; Anm. 3 (Schluß) zu § 405.**

Erfassen die Voraussetzungen des § 381 nicht zu, so treten die Konsequenzen der freien Beweiswürdigung in jeder Beziehung ein, **Rot. 265, 266; P. 155, 156.** Bei der Redaktion ist namentlich in diesem Titel von der Vorl. grundsätzlich bis auf wenige besonders begründete Ausnahmen (vgl. Anm. §§ 384, 409), nicht erwähnt, was der freien Beweiswürdigung überlassen, sondern in Uebereinstimmung mit § 259 Abs. 1, 2 nur, was davon ausgeschlossen ist, um Zweifel über die Grenzen dieses Grundsatzes und der positiven Beweisregel zu vermeiden.

Als das von der Beweisregel getroffene Beweisobjekt werden die abgegebenen Erklärungen wie im § 380 bezeichnet. Zu einer Unterscheidung, wie sie für öffentliche Urkunden in §§ 382, 383 getroffen ist, lag hier kein Grund vor; denn die Anordnungen (§ 382) einer Privatperson gehören ebenfalls zu ihren Erklärungen; und ob die Erklärungen von einem andern abgegeben sind (§ 380), oder welcher Inhalt bzw. welche Thatsache sonst bemerkt oder bezeugt wird (§ 383), kann civilrechtlich von verschiedenem Gewicht, soll aber prozessualisch für die Frage der Beweisraft gleichbedeutend sein. Alle Privaturkunden sind Urkunden über abgegebene Erklärungen. Ueber die allgemeine Bedeutung des Begriffs „Erklärungen“ und über das Verhältnis der Beweisregel zum materiellen Recht und zum Eingreifen der richterlichen freien Beweiswürdigung, soweit sie nicht ausgeschlossen ist, gilt das in Anm. 3 § 380 Bemerkte.

Der § 381 enthält die Bestimmung, in welcher alleinigen Beziehung hinsichtlich der Beweisraft von Privaturkunden der Grundsatz freier Beweiswürdigung eingeschränkt ist. Die von dem Aussteller unterschriebenen oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichneten Privaturkunden sollen nicht vom Richter auf Grund seines Beweiswürdigungsrechts mit der Erklärung beseitigt werden können: obgleich die Echtheit anerkannt oder bewiesen ist, so habe er doch nicht die Ueberzeugung erlangt, daß der Aussteller die Erklärung abgegeben, d. h. als die seinige schriftlich fixirt habe. Das Gericht ist vielmehr dann gebunden, diese Thatsache als richtig anzunehmen, **R. 15. Juni 1893, ZB. 426, und zwar auch dann, wenn der Aussteller nicht selbst Partei im Rechtsstreit ist, R. 7. Juni 1887, ZB. 312.** Mit andern Worten: wenn feststeht, daß Jemand

etwas unterschrieben hat, so steht dadurch nicht nur die Echtheit, sondern auch der Inhalt des Unterschriebenen als von ihm erklärt fest. Die Feststellung der Echtheit nach § 405 Abs. 1 ist die Vorbedingung der Voraussetzung des § 381, wie auch für die Regeln über die Beweiskraft der öffentlichen Urkunden die Feststellung ihrer Echtheit Voraussetzung ist. Der (Gegen-) Beweis, daß die Erklärungen von den Ausstellern nicht abgegeben sind, ist daher an sich nicht ausgeschlossen. Dieser Gegenbeweis ist indeß der Beweis der Unechtheit, gegen die Voraussetzung des § 381 gerichtet und hinsichtlich der Beweislast nach den Vorschriften über den Beweis der Echtheit zu bestimmen. Ein Gegenbeweis gegen die Beweisregel selbst ist nicht denkbar und nicht für zulässig erklärt, und es fehlt deshalb hier ein den Abs. 2 der §§ 380, 383 entsprechender Zusatz. *Sufl. R. O. 22. Dez. 1883, JW. 1884 S. 46 Ziff. 15; 23, 110. Vgl. oben Abs. 1.*

Dagegen wird durch die Beweisregel weder die civilrechtlich vorgeschriebene Solennitätsform, z. B. eigenhändige Schrift des Testes (holographische Testamente, vgl. Buch 17, 239, die dort erwähnte Schrift von Züller verwechselt Form und Echtheit) berührt, noch die sog. materielle Beweiskraft, die rechtliche Bedeutung der abgegebenen Erklärung betroffen, *R. O. 2. Mai 1894, JW. 322*; ebenso nicht die Thatfachen und Wirkungen der Nebenumstände, der Aushändigung der Urkunde zc. Ein indirekter „Gegenbeweis“ gegen § 381 (Strudmann-Roch Anm. 1) ist die Geltendmachung solcher Einwände nicht, sondern die Entgegensehung von Momenten, welche vom § 381 nicht betroffen sind. Insbesondere soll durch die Feststellung, daß die Erklärungen von den Ausstellern abgegeben sind, auch hier, wie bei öffentlichen Urkunden, nicht der Nachweis ausgeschlossen und die Frage erledigt sein, welche rechtliche Wirkung die Erklärungen haben, *R. O. 5, 385*, unter welchen Umständen sie abgegeben sind, ob sie wegen fehlender Zurechnungsfähigkeit, wegen Unfreiheit, Simulation, Scherz, Irrthum, Täuschung, Mangels an ernstlicher Absicht zc. anfechtbar sind, ob durch Duttung ohne Aushändigung eine Zahlung bewiesen wird, ob die Erklärung erst durch „Begabung“ der Urkunde verbindliche Kraft erhält (vgl. *A. S. Schulze, Orlnhut, Schr. 22, 70 ff.*), sowie ob die Erklärung, welche abgegeben ist, nicht oder anders hat abgegeben werden sollen; *R. O. 3. Mai 1889, Raffr. 33, 1167*; *3. Okt. 1890, JW. 371*; *2. März, 28. Juni 1892, JW. 217, 362*; *DR. Karlsruhe, Buch 7, 349*. Abweichend vom § 380 umfaßt indeß die Beweisregel des § 381 nicht die Richtigkeit des gesammten „beurkundeten Vorgangs“, sondern nur die Thatfache, daß der Aussteller die Erklärung abgegeben habe, nicht auch wann oder wo dies geschehen ist; dafür tritt freie Beweiswürdigung ein. *Vgl. Anm. 3 § 380; R. O. 15, 310; 16, 436; 31, 339*; *4. Febr. 1892, JW. 160; SA. 48, 135; 28. Juni 1894, JW. 423. Vgl. nächsten Abs. a. E.*

Neben dem § 381 sind auch für die Privaturkunden zwar theoretisch alle reichsgesetzlichen Prozeßvorschriften im *GO. § 13 Abs. 1* aufrecht erhalten, soweit sie nicht besonders aufgehoben sind. Indeß sind dieselben durch § 13 Abs. 2 thatsächlich wohl sämmtlich insoweit aufgehoben, als sie eine bindende Beweiskraft für Privaturkunden vorschreiben. Insbesondere sind (§ 13 Nr. 2) die Vorschriften des *GO. über die Beweiskraft von Handelsbüchern, Art. 34–36*, des *Tagebuchs und der Notizen eines Handelsmüllers, Art. 77, 78*, des *Schiffsjournals, Art. 488*, der *Verklarungsverhandlung, Art. 494* und der *Nachweise bei Seeversicherungen, Art. 889*, aufgehoben. *Vgl. Anm. 1 § 259*. Die landesgesetzlichen Prozeßvorschriften über die Beweiskraft von Urkunden sind aufgehoben, soweit sie nicht in der *GP. vorbehalten* sind, was in Betreff der Privaturkunden nicht geschehen ist. (*Vgl. § 383 Abs. 2, 3*), *GO. § 14*. Demnach ist auch *Art. 1328 code civ.* und die darin festgesetzte Vermuthung für den Tag der Ausstellung aufgehoben; *R. O. 15, 310*.

Auch solche Privaturkunden, deren Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt sind, behalten den Charakter der Privaturkunden und fallen unter § 381. Nur das Beglaubigungs-Attest ist eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 383, durch welche die Echtheit der Unterschrift bezeugt wird; eine von der Behörde oder der Urkundensperson angenommene Verhandlung mit dem Aussteller über die Anerkennung seiner Unterschrift fällt allerdings unter § 380. Dadurch wird aber die unterschriebene Urkunde selbst noch keine öffentliche.

Den gemäß § 33 (jetzt § 45) des Genoss.-Ges. in das Protokollbuch eingetragenen Generalversammlungsbeschlüssen, legt R. O. S. 12, wenngleich sie nur Privaturkunden sind, zufolge der vertragsmäßigen Unterwerfung der Genossen unter das Statut erhöhte Beweis kraft, analog einer öffentlichen Urkunde, gegenüber den Mitgliedern einer Genossenschaft bei. Ueber Beweis kraft von Handbatten eines Rechtsanwalts vgl. D. O. Cassel, Buch 13, 382.

### § 382.

Die von einer Behörde ausgestellten, eine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung enthaltenden öffentlichen Urkunden begründen vollen Beweis ihres Inhalts.<sup>1)</sup>

R. 369. N. 568. P. 156. 156. 553.

1) Soweit die von einer Behörde ausgestellte öffentliche Urkunde eine Anordnung, Verfügung oder Entscheidung „enthält“, wird dadurch unter der Voraussetzung, daß die Ausstellung von der Behörde feststeht (Echtheit §§ 402, 403), vollständig bewiesen, daß von der Behörde die Anordnung, Verfügung oder Entscheidung damals getroffen ist. In dieser letzten Beziehung (und nur in dieser) ist das freie Beweiswürdigungsrecht aufgehoben. Die Vorschrift betrifft nur die dispositiven Akte einer „öffentlichen Behörde“, im Sinne der Anm. 1 § 380, da sonst nicht eine, durch eine solche Qualität der Behörde charakterisirte „öffentliche Urkunde“ vorliegen würde; und zwar auch nur einer Behörde, nicht einer öffentlichen Urkundsperson.

Die an sich wohl selbstverständliche positive Beweisregel ist eine absolute. Ein (Gegen-)Beweis, daß die Anordnung nicht getroffen sei, würde auch hier, wie im Falle des § 381 mit dem Beweise der Unechtheit zusammenfallen, gegen die Voraussetzung des § 382 gerichtet, und nach den Vorschriften über den Beweis der Echtheit zu beurtheilen sein. Wegen die Beweisregel selbst ist daher ein Gegenbeweis nicht für zulässig erklärt und fehlt deshalb auch hier, wie im § 381, der Zusatz des Abs. 2 der §§ 380, 383. — Die Beweisregel umfaßt gleich dem § 380 den gesammten durch die Urkunde behaupteten Inhalt, also auch Zeit und Ort; Endemann 2, 275; Caupp Anm. II; aR. Seuffert Anm. 2; Sellmann, Lehrb. 536; Buchelt 2, 220, 221. Die rechtliche Bedeutung der bewiesenen Anordnung wird vom § 382 so wenig, wie von den §§ 380, 381 betroffen.

### § 383.

Öffentliche Urkunden, welche einen anderen als den in den §§ 380, 382 bezeichneten Inhalt haben, begründen vollen Beweis der darin bezeugten Thatsachen.<sup>1)</sup>

Der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatsachen ist zulässig, sofern nicht die Landesgesetze diesen Beweis ausschließen oder beschränken.<sup>2)</sup>

Beruhet das Zeugniß nicht auf eigener Wahrnehmung der Behörde oder der Urkundsperson, so findet die Vorschrift des ersten Absatzes nur dann Anwendung, wenn sich aus den Landesgesetzen ergibt, daß die Beweis kraft des Zeugnisses von der eigenen Wahrnehmung unabhängig ist.<sup>3)</sup>

R. 370. N. 569. P. 156. 157. 553.

1) Alle nicht von den §§ 380, 382 betroffenen öffentlichen Urkunden begründen vorbehaltlich der Ausdehnung im Abs. 3 nur den Beweis für die von der Behörde bezeugten Thatsachen, welche auf ihrer eigenen Wahrnehmung beruhen. Zu den Urkunden dieser Klassen gehören insbesondere Sitzungsprotokolle, §§ 145 ff., Zustellungs-urkunden, Protokolle von Gerichtsvollziehern über Zwangsvollstreckungen (§§ 174, 682), Wechselproteste, Berichte von Postboten, Befundprotokolle und Berichte von Verwaltungsbehörden, Beglaubigungs-Atteste von Gerichten und Notaren über die Echtheit von Unterschriften oder Handzeichen, vgl. Anm. § 381, Atteste des Handelsregister-Richters, des Grundbuchrichters, der

Nachlaß- und Vormundschaftsbehörden, Personenstandszeugnisse der Geistlichen und Civilstandsbeamten zc. Die Bescheinigung, daß eine Urkunde den, am Orte der Errichtung geltenden Gesetzen entspricht, vgl. Anm. 4 § 265, enthält wesentlich nicht die Bezeugung einer Thatfache, sondern ein Rechtsgutachten. Hinsichtlich der Urkunden, deren Inhalt theilweise dem § 383 und theilweise den §§ 380, 382 entspricht, vgl. Anm. 2 § 380. Ueber das Verhältnis dieser Beweisregel zu dem materiellen Rechte, zum Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung und zum Gegenbeweise des Abs. 2 vgl. Anm. 2, 3, 4 § 380. Der Begriff der öffentlichen Urkunde ist der in Anm. 1 § 380 erörterte; Voraussetzung des § 383 ist jedoch, daß der betreffende Beamte berechtigt und die Urkunde dazu bestimmt ist, die in Frage stehenden Thatfachen nach außen hin festzustellen; dazu gehören nicht die für den internen Dienst bestimmten Berichte und Gutachten der Beamten und Agenten der Behörde an diese selbst über die von ihr im Prozesse zu beweisenden Thatfachen, vgl. R. 14. März 1883, Ballm. 8, 525. — Hinsichtlich der Gerichtsvollzieherurkunden vgl. namentlich Anm. 1, 2 (Schluß) § 380 und Anm. Ob. § 156. Ueber die Einholung amtlicher Auskunft von öffentlichen Behörden s. Anm. §§ 338, 397.

2) Für den nachgelassenen Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Thatfachen gilt im Allgemeinen der Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung; Anm. 4 § 380. Die bloße Nichtübereinstimmung einer bei der Zustellung übergebenen Abschrift der Zustellungsurkunde mit dem Original erachtet R. 22. Mai 1890, ZM. 237 zum Gegenbeweise allein nicht für ausreichend. Zulässig ist der Gegenbeweis auch gegen die von dem Richter bezeugte Handlungsfähigkeit eines Testators, R. 19. Okt. 1885, ZM. 353 (gegen Obkr.). Der Nachweis, daß eine Fälschung oder ein Irrthum zu Grunde liegt, ist hier so wenig, wie für § 380 vorgeschrieben; Caupp Anm. III. Die Eideszuschiebung über die Unrichtigkeit der behaupteten Thatfache ist nicht nur über Indizien, aus welchen auf die unrichtige Beurkundung geschlossen werden kann, sondern ebenso zum direkten Gegenbeweise zulässig; Endemann 2, 270; Bernz, Hauser's Zeitschrift I, 368. Es genügt dazu, daß sie durch §§ 259, 410 ff. nicht ausgeschlossen ist. Der von Caupp Anm. III entgegengesetzte § 411 erklärt nur die Unzulässigkeit für Thatfachen, welche das Gericht für erwiesen hält, was im konkreten Falle neben der gesetzlichen Beweisregel eintreffen kann, nicht aber an sich für die nach gesetzlicher Beweisvorschrift als wahr anzunehmenden Thatfachen. Auch der, wenn gleich direkt nur Vorschriften des bürgerlichen Rechts, nicht Prozeßbeweisregeln der C.P. betreffende § 16 Abs. 1 C.G. ergibt, daß eine Beweisbeschränkung nicht im Sinne der C.P. liegt, wo sie nicht ausdrücklich bestimmt ist. Vgl. Anm. § 411.

Ausgenommen sind von der Zulässigkeit des Gegenbeweises durch den Nachsatz des Abs. 2 alle landesgesetzlichen beschränkenden Vorschriften, z. B. hinsichtlich des Grund- und Hypothekenbuchs. Außerdem sind für die civilprozessualischen Urkunden die besonderen Vorschriften der §§ 150, 263, 285 erlassen. Auch § 185 Abs. 2 ist als Ausnahme zu bezeichnen. Als Landesgesetze zur Ausschließung oder Beschränkung des Gegenbeweises sind nur solche zu verstehen, welche an sich gegenüber der Reichsgesetzgebung auf Gültigkeit Anspruch machen können, also auch nicht hinsichtlich solcher Urkunden, deren Errichtung reichsgesetzlich geregelt ist, z. B. der öffentlichen Urkunden der C.P.; Strudmann-Roch Anm. 3, Caupp Anm. III, Seuffert Anm. 2, A. Förster Anm. 1; aR. Hellmann, Lehrb. 536.

3) Der Vorbehalt des Abs. 3 für eine weitere Ausdehnung landesgesetzlicher Vorschriften über die im Abs. 1 definirte Beweiskraft hinaus betrifft hauptsächlich die Atteste von Geistlichen und Civilstandsbeamten über den Personenstand. Alle reichsgesetzlichen Beweisregeln, soweit sie nicht im C.G. § 13 aufgehoben werden, sind im C.G. § 13 Abs. 1 aufrecht erhalten, darunter auch die Beweisvorschriften des Reichsges. 6. Febr. 1875 über Beurkundung des Personenstandes, §§ 15, 85, R. 26. Letzteres findet jedoch auf die Atteste über Beurkundungen aus früherer Zeit keine Anwendung und sind deshalb auch im § 16 Nr. 2 C.G. die landesgesetzlichen betreffenden Vorschriften vorbehalten. Vgl. das badische Gesetz 21. Dez. 1869; Rot. 266. — Wegen der Befugnisse der Reichskonsuln zu derartigen Beurkundungen s. Reichsges. 8. Nov. 1867, § 15, R. 26, Anm. 1 § 380. — Für die Beglaubigung der Echtheit von Unterschriften

durch Gerichte oder Notare ist nach preuß. Rechte die eigene Wahrnehmung der Vollziehung der Unterschrift nicht erforderlich, vielmehr nur die persönliche Anerkennung durch den Aussteller, welche jedoch in dem Urtheile jetzt besonders ausgedrückt werden muß, § 8 Gef. 15. Juli 1890, G. S. 229. Ueber die Nothwendigkeit des persönlichen Verhandelns des glaubigenden Notars mit dem Aussteller vgl. auch schon ZMBl. 1883 S. 16 ff. — Vgl. auch wegen einer Ausnahme von Abs. 3 Anm. 2 § 403.

### § 384.

Inwiefern Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen oder sonstige äußere Mängel die Beweisraft einer Urkunde ganz oder theilweise aufheben oder mindern, entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung.<sup>1)</sup>

E. 371. N. 573. P. 156. 160. 553.

1) Ausnahmsweise ist hier die Geltung des freien richterlichen Beweiswürdigungsrechts deshalb erwähnt, weil alle positiven Beweisregeln der §§ 380—383 nur mit dieser Beschränkung durch § 384 gelten sollen. Die Bestimmung setzt das Vorhandensein äußerer Mängel bei öffentlichen oder Privaturkunden voraus. Sind innere Mängel, d. h. Mängel in Betreff der Voraussetzungen der §§ 380—383 oder des gewöhnlichen Ausdrucks der Urkunden vorhanden, so entscheidet je nach der Lage des Falles bald das bürgerliche Recht, bald die richterliche Thatfachenwürdigung und die richterliche Beurtheilung von Folgerungen. — Die freie Ueberzeugung nach dem scheinbaren Wortlaute des § 384 nur über den Einfluß der Mängel auf die Beweisraft entscheiden zu lassen (Strudmann-Roch Anm. 1), würde eine sachwidrige Unterschätzung in den § 384 und in die richterliche Würdigung hineinbringen. Sind äußere Mängel vorhanden, so ist der Grundsatz des § 259 Abs. 1 für die Beurtheilung der Beweisraft wieder hergestellt. Das Gericht entscheidet nach freier Ueberzeugung, ob die Beweisraft der Urkunde ganz oder theilweise beeinträchtigt ist, und wenn dies gefunden wird, welche Beweisraft die Urkunde nun überhaupt noch hat; Gaupp und Seuffert § 384. Der Umstand, daß die Einschaltungen, Durchstreichungen oder Korrekturen von Betheiligten genehmigt sind, hat keinen Einfluß für die Anwendbarkeit des § 384 und beseitigt, wenn nachgewiesen, diese nicht, da das Gesetz keinen Unterschied macht, sondern unterliegt selbst der freien Beweiswürdigung, insbesondere auch in Betreff der erheblichen Zeit und der Umstände der Genehmigung, RG. 29, 430. Vgl. Anm. 3 § 405. RR. Petersen Anm. 1; Strudmann-Roch Anm. 1. Vgl. über die Verbindung der Beweisraft mangelhafter Urkunden mit der Bedeutung des Wechsels RDZ. 24, 263 ff.

Die unter Beobachtung der gesetzlichen Formen bei öffentlichen Urkunden am Rande vermerkten Zusätze und Abänderungen, vgl. 12 preuß. Notar-Gef. 11. Juli 1845, sind keine „äußeren Mängel“ und fallen also nicht unter § 384.

### § 385.

Die Antretung des Beweises erfolgt durch die Vorlegung der Urkunde.<sup>1)</sup>

E. 372. N. 573. P. 156. 553.

1) Der zweite Abschnitt des neunten Titels (§§ 385—401), betreffend das Verfahren der Beweisführung durch Urkunden, behandelt

- a) im § 385 die Urkunden, welche sich im Besitze des Beweisführers selbst befinden,
- b) in den §§ 386—392 die Urkunden, welche sich nach seiner Behauptung im Besitze des Gegners befinden,
- c) in den §§ 393—398 solche, die sich im Besitze Dritter befinden,
- d) in den §§ 399—401 einige allgemeine Grundsätze.

In den §§ 385, 386, 393, 397 sind die Formen vorgeschrieben, in welchen der Beweisführer den Beweis, den er durch Urkunden führen will, gemäß § 255 „antreten“ muß. Die Urkunden, welche der Beweisführer selbst besitzt, hat er hierzu vorzulegen. Gemäß §§ 122, 124 soll er sie schon mit der Klage bzw. der Klageantwortung oder dem

sonstigen Schriftsätze, in welchem darauf Bezug genommen ist, in Abschrift oder Urschrift verbinden. Diese Vorschrift ist jedoch nur instruktionell. Ihre Nichtbeachtung hat (ebenso wie die der Schriftsätze) Rechtsnachteile in der Sache selbst nicht zur Folge, § 120. Dagegen muß der Beweisführer gemäß §§ 255, 385 im Termine zur mB. und zwar zur Vermeidung der Beweisfälligkeit „bis zum Schlusse derjenigen mB., auf welche das Urtheil ergeht“, § 256, unaufgefordert die Urkunde vorlegen. Die Vorlegung der Urkunde, durch welche der Beweis angetreten wird, genügt jedoch noch nicht für die Beweisführung. Für diese wird vorausgesetzt, daß der zu beweisende Inhalt der Urkunde mündlich vorgetragen wird. Für die richterliche Beweismwürdigung ist demgemäß die Urkunde auch nur hinsichtlich des vorgetragenen Inhalts zu berücksichtigen, da der Vortrag durch die Vorlegung nicht ersetzt wird; *RO.* 4, 375; 8. Jan. 1881, *RaffR.* 25, 1118. *WR. Nach, Busch* II, Erg.-Heft 76. Jedenfalls muß das, was durch die Urkunde bewiesen werden soll, d. h. die von der Partei behaupteten und mit Urkundenbeweis unterfüllten Thatfachen, einschließlich derjenigen Günstthatfachen, welche aus der Urkunde hervorgehen sollen, mündlich vorgetragen werden; auch ist es bei einem Urkunden-Complex — Handelsbücher, Akten, Register u. dergl. — Sache der beweisführenden Partei, die beweisenden speziellen Urkunden genau zu bezeichnen, da dies wesentlich zur Vorlegung der Urkunde gehört, *RO.* I, 423. Sache des Gerichts ist es sodann, von dem Inhalt der so vorgelegten Urkunde Kenntniß zu nehmen, sei es durch gemeinschaftliche Einsicht, sei es durch Vorlesung derselben, oder geeignetenfalls z. B. bei Handelsbüchern durch den Bericht eines Sachverständigen. Uebrigens nimmt das *RO.* 19. Febr. 1887, *ZB* 95 an, daß, wenn die Vorlegung der Urkunde zu Protokoll festgestellt und der Inhalt derselben im Urtheil berücksichtigt ist, davon ausgegangen werden müsse, daß dem Besetz entsprechend verfahren d. h. der Inhalt der Urkunde mündlich vorgetragen sei, so lange das Gegentheil nicht nachgewiesen ist. Die Urkunde ist in Urschrift vorzulegen (Ausnahme § 400) und zwar vor dem Prozeßgerichte (§ 255). Unter den Voraussetzungen des § 399 genügt das Erbieten zur Vorlegung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter für den Fall, daß das Gericht von der nur fakultativen Befugniß des § 399 Gebrauch machen will. Eine Vorlegung vor einem ersuchten Richter ohne die Anordnung des Prozeßgerichts ist keine Beweisantretung; *RO.* 17. Okt. 1881, *ZB* 195. Hat der Beweisführer die von ihm vorzuliegende Urkunde vergessen oder aus irgend einem Grunde (Einreichung zu anderen Akten) nicht zur Hand, so „kann“ das Gericht nach § 206 vertagen, wobei die Kostenvorschrift des § 90 zu berücksichtigen bleibt. Die Vertagung ist namentlich dann angezeigt, wenn das Vorbringen, welches durch diese Urkunden bewiesen werden soll, erst durch ein nicht rechtzeitig mitgetheiltes Vorbringen des Gegners veranlaßt ist (§§ 244, 245).

Zur Beweisantretung hat der Beweisführer die Urkunde nur vorzulegen, nicht (wie § 76 Abs. 1) zu den Gerichtsakten abzugeben. Die „Vorlegung“ besieht sprachgebräuchlich darin, daß sie dem Gerichte und dem Gegner unter Gestattung sachgemäßer Einsicht und Durchsicht vorgezeigt wird, demnächst aber in den Händen des Vorlegenden bleibt. *Bgl. RO.* 7. April 1881, *RaffR.* 26, 124. Neben der Beweisantretung des Beweisführers „kann“ auch das Gericht von Amtswegen die Vorlegung von Urkunden und Schriftstücken verlangen, welche eine Partei besitzt und in Bezug nimmt (§ 133, vgl. *Ann.* 2 § 133), desgl. von Partei-Akten über die Sache, § 134, und nach § 133 Abs. 2 die zeitweise Befassung der vorgelegten Urkunden bei der Gerichtsschreibererei anordnen. *Bgl.* auch über das entsprechende Recht des Gegners §§ 125, 126; ferner § 408.

In Betreff der Vorlegung der Handelsbücher ist die Vorschrift des Art. 38 *GOB.* nach *GO.* § 13 Abs. 1 aufrecht erhalten. Danach ist von dem Inhalte der Handelsbücher, „so weit er den Streitpunkt betrifft, unter Zugiehung der Parteien Einsicht zu nehmen und im geeigneten Falle ein Auszug zu fertigen. Der übrige Inhalt ist dem Richter insoweit offen zu legen, als dies zur Prüfung ihrer ordnungsmäßigen Führung notwendig ist“. Im *BO.* war die Aufhebung des § 38 vorgeschlagen; mit Rücksicht auf etwaige Geschäftsgeheimnisse ist dies jedoch abgelehnt, *P.* 640. Ueber den Ort der Vorlegung von Handelsbüchern s. *Ann.* § 399.

## § 386.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen des Gegners, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben.<sup>1)</sup>

R. 373. N. 574. P. 186. 583.

1) Die §§ 386—397 über die Vorlegung von Urkunden, welche der Gegner oder ein Dritter besitzen soll, (Urkunden-Edition) betreffen nur einzelne Urkunden, vgl. §§ 389—393, nicht eine „Korrespondenz“, oder Akten. — Für Urkunden, welche der Gegner haben soll, ist ein nach § 389 zu begründender Antrag auf Vorlegung der Urkunde nötig, vorausgesetzt, daß der Gegner nach §§ 387, 388 zur Vorlegung verpflichtet ist. Der Antrag muß behufs der Beweisantretung im Termine zur m.B. gestellt werden, §§ 255, 256. Er kann indeß schon vor dem Termine in vorbereitenden Schriftsätzen mittheilen oder in besonderem Schriftsatz erklärt sein und muß dann im Termine wiederholt werden (§§ 122, 230, 244, 245). In keinem Falle unterliegt er der Vorschrift des § 269, vgl. Anm. 1 § 389. Als im Editionsantrage selbstverständlich einbegriffen wird der Antrag angesehen, daß der Gegner den Editionsseid, § 391, leisten soll, wenn er bestreitet, die Urkunde zu besitzen, Rot. 268; R.O. 6. April 1887, ZW. 272.

Jeder Streitgenosse, § 58, kann Beweisführer und Gegner des Beweisführers sein, also auch der Nebenintervenient in der Stellung des § 66. Der Nebenintervenient nach § 64 kann niemals Gegner des gegnerischen Beweisführers im Sinne des § 386 sein, vgl. § 414, und Beweisführer nur für die unterstützte Hauptpartei, wenn diese nicht widerspricht; Gaupp und Seuffert; vgl. im Uebrigen betreffs der Stellung des Streitgenossen und Nebenintervenienten als Dritter Anm. § 394.

Das Editionsverfahren, wie das Echtheitsverfahren sind in Folge der Verbindung des Beweises mit den Behauptungen Theile des Hauptverfahrens unter den Parteien, so daß nach dem Ausdruche der Rot. 33 vor dem Erlasse des Beweisbeschlusses die Parteien ihre Mitwirkung für den Beweis und die Widerlegung anzubieten und hierüber sich zu erklären haben, über die Zulässigkeit von Beweismitteln und Beweis einreden zu verhandeln ist und das Editions- und Echtheitsverfahren diesem Abschnitt des Verfahrens anheim fällt, so lange nicht Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen oder Eide abzunehmen sind. Die Anordnung der Vorlegung gemäß § 390 erfolgt demgemäß wie etwaige fakultative Anordnungen gemäß §§ 132—134, 136 ff. durch Beschluß (ob Beweisbeschuß? s. Anm. § 390); im Falle eines Streits der Parteien (Zwischenstreit Vorb. 2b § 119) durch Zwischenurtheil; das Erfordern des Editionsseides, § 391, und die Anordnung einer Vorlegung gemäß § 399 durch Beweisbeschuß (§§ 320, 323).

Abweichungen hinsichtlich der Zulässigkeit des Antrags, dem Gegner die Vorlegung einer Urkunde aufzugeben, im Urkundenprozeß § 558 Abs. 3; in Ehefachen § 577 Abs. 2; in Entmündigungssachen § 611.

## § 387.

Der Gegner ist zur Vorlegung der Urkunde verpflichtet:<sup>1)</sup>

1. wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Herausgabe der Urkunde oder deren Vorlegung auch außerhalb des Prozesses verlangen kann;<sup>2)</sup>
2. wenn die Urkunde ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche ist.<sup>3)</sup>

Als gemeinschaftlich gilt eine Urkunde insbesondere für die Personen, in deren Interesse sie errichtet ist<sup>4)</sup> oder deren gegenseitige Rechtsverhältnisse darin beurkundet sind.<sup>5)</sup> Als gemeinschaftlich gelten auch die über ein Rechtsgeschäft zwischen den Betheiligten oder zwischen einem



derselben und dem gemeinsamen Vermittler des Geschäfts gepflogenen schriftlichen Verhandlungen.<sup>6)</sup>

R. 374. N. 575. 578. P. 156. 558.

1) Vgl. Demelius Exhübitionspflicht, 1872; Suggenberger, Pflicht zur Urkundenedition, München 1889; Apt, Pflicht zur Urkundenedition u., Berlin 1892; Kohler, cit. 79, 1 ff. Der Gegner ist nur in den Fällen des § 387 Nr. 1 und 2 und des § 388 zur Edition verpflichtet. Darüber hinaus eine der Zeugnispflicht entsprechende allgemeine Editionspflicht für alles Wissenswürdige (vgl. R. O. I. 10 §§ 91, 94, 101) aufzustellen, ist übereinstimmend mit dem gemeinen Prozeßrechte, Weßell 249, nicht angemessen gefunden, weil es in das freie Verfügungsrecht des Gegners unberechtigt eingreifen und ihm unverhältnismäßige Opfer an Zeit und Mühe verursachen würde, Rot. 268. Andererseits ist die R. von dem Grundsatz ausgegangen, daß, wenn der Gegner auf Grund einer civilrechtlichen oder prozessualischen Verpflichtung eine Urkunde editen müsse, er über die Urkunde und deren Verbleib zu sagen habe, was er wisse, P. 156, 157. Vgl. Anm. § 391. Ueber die Verpflichtung Dritter vgl. § 394 und Anm. dazu.

Besitzt ein Anderer (Behörde oder Privatperson) die Urkunde für den Verpflichteten, so ist der Antrag (bzw. die Klage, § 394) immer nur gegen den Verpflichteten zu richten. — Die Vorschriften der C. P. „über den Umfang der Verpflichtung dritter Personen zur Vorlegung“ (§§ 387, 394) sind nach dem preuß. R. O. 24. März 1879 § 4 in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, entsprechend anwendbar.

2) Die C. P. erklärt zur „Vorlegung“ einer Urkunde (im Sinne der Anm. 1 § 385) außer den in § 387 Nr. 2, § 388, bemerkten rein prozessualischen Gründen zunächst unter Nr. 1 denjenigen verpflichtet, von welchem der Beweisführer nach dem bürgerlichen Rechte die Herausgabe oder die Vorlegung auch außerhalb eines Prozesses verlangen kann. Gleichgültig ist dafür, ob das Recht auf einem dinglichen oder persönlichen Grunde beruht. Auch der nungleich erst für eine spätere Zeit zur Herausgabe Verpflichtete kann hinsichtlich der im § 387 anerkannten Verpflichtung zur „Vorlegung“ nicht entgegen setzen, daß er zur Zeit nach den Bedingungen des civilrechtlichen Verhältnisses noch nicht zur „Herausgabe“ oder Rückgabe verpflichtet sei. Sein Besitz bzw. Retentionsrecht wird dadurch nicht beeinträchtigt; v. Bülow Anm. 2. Demgemäß können Eigentum, Miteigentum, Benutzungsrechte, juristischer Besitz, kontraktliche Rechte (Mandat, Societät, Depositum u.), eine zur Rechenschaftserteilung verpflichtete negotiorum gestio als Titel zur Herausgabe die Editionspflicht begründen. Für die gleichfalls hierzu genügende Verpflichtung zur „Vorlegung“ kommt die civilrechtliche Exhübitionspflicht (Recht auf Einsicht, jus ad exhibendum) in Betracht. Hinsichtlich der desfalligen handelsgesellschaftlichen Rechte vgl. H. O. B. Art. 40, 105, 145, 160, 253, 265, 270; R. O. 7, 70; 17, 276; 19, 344; 23, 120; Behrens, Zeitschr. 1869 S. 325. Hinsichtlich der Befugniß eines ausgeschiedenen Gesellschafters vgl. H. O. B. Art. 130, R. O. 25, 345, 346. Für das gemeine Recht s. Anm. 3 § 336; R. O. 32, 166; 21. Nov. 1893, Z. B. 1894 S. 54, S. A. 49, 366; Windscheid Bd. 2 § 474; Saffert Anm. 4; v. Bülow Anm. 1. Für das preuß. Recht s. Anm. 3 § 336; D. B. L. 66, 282; Gruchot Beitr. 13, 480.

Die an sich civilrechtlich begründete Pflicht zur Vorlegung von Urkunden kann für den Gegner (nicht für den Dritten s. Anm. § 394) durch die in den §§ 387 ff. anerkannte Prozeßpflicht auch hinsichtlich des Ortes der Vorlegung modifizirt werden; er hat der desfalligen richterlichen Anordnung (§§ 390, 399) zur Vermeidung der Folgen des § 392 zu entsprechen.

3) Nr. 2 bestimmt neben der civilrechtlichen Pflicht der Nr. 1 eine weitere lediglich prozessuale; R. O. 31. Dez. 1884, Z. B. 1885 S. 68. Vgl. Anm. 3 § 394. Sie gilt also namentlich da, wo nicht angenommen wird, daß die Pflicht zur Vorlegung gemeinschaftlicher Urkunden schon civilrechtlich begründet ist, mithin nicht schon Nr. 1 dafür anwendbar ist; sofern, wie nach gemeinem Rechte, die Exhübitionspflicht solcher Urkunden schon civil-

rechtlich begründet ist, **R. 32**, 166; 21. Nov. 1893, vgl. Anm. 1, fällt die im § 394 für den Fall einer nur prozessrechtlichen Pflicht aus § 387 Abs. 2 bestehende Beschränkung der Klage gegen einen Dritten fort, vgl. **Seuffert** Anm. 3; **Art** S. 14 ff. Der Beweisführer kann danach die Vorlegung jeder Urkunde verlangen, welche „ihrem Inhalte nach eine für den Beweisführer und den Gegner gemeinschaftliche“ ist, d. h. deren Inhalt nicht bloß Beide betrifft, sondern für Beide bestimmt ist. Als begriffliches Kriterium für die Gemeinschaftlichkeit der Urkunden im Sinne des § 387 ist nach **Ar. 2** („ihrem Inhalte nach“ bzw. „für“) und nach den erläuternden Vorschriften des Abs. 2 aufzustellen, daß sie zur Zeit der Errichtung den Zweck hatten, auch für den EDITIONSsucher zum urkundlichen Nachweis nöthigenfalls benutzt werden zu können. Vgl. **Renaud** 355; **DBL** 66, 286. Ob dies der Fall ist, muß nach den konkreten Verhältnissen beurtheilt werden. Die Zustellungs-urkunden sind im Allgemeinen dahin zu rechnen, vgl. § 198 Abs. 2, **ZB**. 1881 S. 131, ebenso in der Regel die Entscheidungen der Gerichte. Die im zweiten Absätze bezeichneten Fälle werden durch die darin enthaltene weitere Begriffsbestimmung thatsächlich wohl erschöpfend sein, sind indeß nur als die vorzüglichsten Beispiele hervorgehoben, und sollen nicht die alleingemeinten sein, wie die Worte „insbesondere“ und „auch“ im Abs. 2 ergeben. Ein Antrag, das Wort „insbesondere“ zu streichen, ist in der Vorl. aus diesem Grunde abgelehnt. Die Aufzeichnungen eines Dritten (wenngleich nicht Vermittlers, s. Anm. 6) über Vorverhandlungen, welche für Beide bestimmt in dem Besitze des einen Theils geblieben sind, würden dahin gehören, nicht aber Bemerkte, welche ein Theil für sich gemacht und für den Gegner nicht bestimmt hat.

4) Hinsichtlich der Interessengemeinschaft genügt es im Sinne des § 387, daß die Urkunde ausschließlich oder zugleich im Interesse des EDITIONSsuchers errichtet ist, wenngleich er zum Eigenthum oder Besitze nicht berechtigt ist; das Interesse muß indeß für den EDITIONSsucher (für ihn speziell oder auch mit für ihn) schon zur Zeit der Errichtung entweder vorhanden oder bei der Errichtung bestimmend gewesen sein („in deren Interesse errichtet“). Eine Vollmacht namentlich wird im Interesse Aller errichtet, welche mit dem Bevollmächtigten als solchem künftig verhandeln werden, **Puchelt** 2, 226.

5) Zu den Urkunden, welche die „gegenseitigen Rechtsverhältnisse“ mehrerer Personen beurkunden, gehören alle Vertragsurkunden, gleichgültig ob in einheitlicher, von Beiden unterschriebener Form oder in der Form der Korrespondenz; letztwillige Verfügungen; Feststellung der Erfüllung oder Befreiung von Ansprüchen, Quittungen, Verjichte; Hausbücher, wenn sie zum Zwecke der Feststellung für beide Theile (zur Entnahme von Bier, Wäcker-, Fleischer- und anderen Waaren) dienen; insbesondere aber auch die Handelsbücher des Gegners. Die Handelsbücher sind gesetzlich nicht bloß zu Notizen für den Buchführenden, sondern zur objektiven Feststellung für alle Betheiligte bestimmt; **Art**. 28—33 **HGB**. Ueber die Frage der Gemeinschaftlichkeit von Handelsbüchern: **R. 12**. Mai 1882, **SA** 37, **Ar.** 348; **R. 15**, 380; 3. Okt. 1885, **Raff.** 30, 439. Wenn man auch mit der letzteren Entscheidung gegen die zuerst angeführte, die Handelsbücher als Ganzes nicht für gemeinschaftliche Urkunden gelten lassen will, so sind dies doch unbedenklich die einzelnen für die Rechtsverhältnisse beider Parteien erheblichen Eintragungen in denselben, deren Vorlegung natürlich nicht anders als durch Herausgabe der betreffenden Bücher zur Auffindung und Einsicht der streitigen Stelle bewirkt werden kann. Die Vorschrift des **HGB**. **Art.** 37 Satz 1: „im Laufe eines Rechtsstreites kann der Richter auf den Antrag einer Partei die Vorlegung der Handelsbücher der Gegenpartei verordnen“ ist (unter Aufhebung des das Beweispräjudiz betreffenden zweiten Satzes des **Art.** 37) neben den **Art.** 38, 40 nach **EO**. § 13 Abs. 1 aufrecht erhalten. Diese Bestimmung besteht gleichwerthig neben § 387, nicht als Beschränkung desselben, und hat ihre praktische Bedeutung wesentlich für solche Fälle, wo die vorzulegenden Handelsbücher nicht unter § 387 fallen. **AR**. **Behrend**, **Handelsrecht** I, 302 und **R. 15**, 380, wo ohne Grund angenommen wird, daß hinsichtlich der prozessualen Verpflichtung zur Vorlegung der Handelsbücher der **Art.** 37 Satz 1 **HGB** dem § 387 vorgehe und das Gericht den Antrag auf Vorlegung nach seinem Ermessen ablehnen könne. Vgl. dagegen **R. 20**, 45; **Seuffert** Anm 5,

Struchmann-Roch Anm. 4, Gaupp Anm. II. Weiter nimmt das *RG.* 6. April 1887, *SZ.* S. 272, allerdings an, daß nach einmal erfolgter Anordnung der Vorlegung das Gericht einen solchen Beschluß ausführen und alle prozessualen Konsequenzen desselben ziehen müsse. Aber das Gericht ist nur an sein Zwischen- und Endurtheil gebunden, nicht an seine Beschlüsse, und kann sein „Ermessen“ jederzeit ändern! Die Vorschrift des Art. 38 *GG.* kommt auch im Falle des § 387 zur Anwendung. Die Vorlegung der Handelsbücher, wie aller vorzulegenden Urkunden, kann nur zum Beweise behaupteter Thatfachen, § 389 Nr. 2, nicht zur Information über etwaige Rechte verlangt werden, *RG.* 5. März 1892, *SZ.* 180. Der Beweiswerth der Handelsbücher (§ 259) hängt von ihrer ordnungsmäßigen Führung ab, vgl. *R.* Weigel, die Buchführung (Leipzig 1891) u. dazu Kleinfeller, *Buch* 18, 429. — Ebenso wie die Handelsbücher sind die Bücher von Sparkassen und ähnlichen Kassen und Instituten, auch wenn sie nicht kaufmännische sind, zur Beurkundung der gegnerischen Rechtsverhältnisse bestimmt und daher in gleichem Maße, wie die Handelsbücher gemeinschaftliche Urkunden; *RG.* 12. Mai 1882, *Wallm.* 7, 358. Vgl. auch über Gemeinschaftlichkeit von Urkunden *Rohler a. a. D.* S. 21 ff.

6) Die im Schlußsaze bezeichneten Verhandlungen gehören begrifflich schon zu den Urkunden, in welchen gegenseitige Rechtsverhältnisse beurkundet sind. Sie sind besonders erwähnt, um nicht mißverständlich unter diesen nur die formell aufgesetzten bzw. abschließenden Schriftstücke, sondern auch die Vorverhandlungen einzubegreifen, und ebenso die mit dem gemeinsamen Vermittler geführten, s. Anm. 3, 4.

### § 388.

Der Gegner ist auch zur Vorlegung derjenigen in seinen Händen befindlichen Urkunden verpflichtet, auf welche er im Prozesse zur Beweisführung Bezug genommen hat, selbst wenn dieses nur in einem vorbereitenden Schriftsaze geschehen ist.<sup>1)</sup>

**R. 376. N. 576. P. 156. 558**

1) Vorausgesetzt ist, daß die Urkunde sich geständig oder auch nur nach der Behauptung des Beweisführers (vgl. Anm. § 389 Nr. 4 und § 391) im Besitze des Gegners befindet, und daß dieser darauf zur Beweisführung (nicht bloß unter gelegentlicher Erwähnung) Bezug genommen hat. Durch eine solche Bezugnahme macht die Partei solche Urkunden zu gemeinschaftlichen im Sinne des § 387 Nr. 2. Das Recht des andern Theils auf Vorlegung wird durch die Bezugnahme begründet, und kann dadurch, daß der Bezugnehmende, wenngleich noch vor der Vorlegung, für sich auf dies Beweismittel verzichtet, § 401, nicht wieder beseitigt werden.

Neben § 388 hat die Partei das Recht, gemäß § 125 zu verlangen, daß alle vom Gegner — wenngleich nicht zur Beweisführung — in einem vorbereitenden Schriftsaze in Bezug genommenen Urkunden schon vor der mB. auf der Gerichtsschreiberlei niedergelegt werden. Diese Vorschrift hat jedoch nur den Zweck, die mB. durch zeitige Information vorzubereiten, sodaß die Nichtbefolgung einen Vertagungs-Antrag rechtfertigen kann, wenn die Urkunde von dem Gegner demnächst wirklich benutzt wird. Einen EDITIONS-Antrag macht die Befugniß aus § 125 nicht überflüssig, wie sie auch eine EDITIONSPflicht nicht begründet, wenn die Voraussetzung des § 388 — Bezugnahme zur Beweisführung — nicht gegeben ist.

Die nach § 183 bestehende Befugniß des Gerichts, die Vorlegung von Urkunden anzuordnen, welche eine Partei besitzt und auf welche sie sich bezogen hat, ist mit den EDITIONS-Rechten der Parteien gegeneinander nicht zu vermischen (gegen *Rohler a. a. D.*).

### § 389.

Der Antrag soll enthalten:<sup>1)</sup>

1. die Bezeichnung der Urkunde;<sup>2)</sup>
2. die Bezeichnung der Thatfachen, welche durch die Urkunde bewiesen werden sollen;<sup>3)</sup>

3. die möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunde;<sup>4)</sup>
4. die Angabe der Umstände, auf welche die Behauptung sich stützt, daß die Urkunde sich in dem Besitze des Gegners befindet;<sup>5)</sup>
5. die Bezeichnung des Grundes, welcher die Verpflichtung zur Vorlegung der Urkunde ergiebt. Der Grund ist glaubhaft zu machen.<sup>6)</sup>

R. 376. N. 577. 579. P. 156. 553.

1) Im § 389 sind die Erfordernisse des EDITIONS-Antrags nur instruktiv „soll enthalten“ angegeben, weil hier zunächst der vorbereitende Schriftsatz-Antrag gemeint war, während der zur Beweisantretung nötige Antrag im mündlichen Termine gestellt werden muß, §§ 255, 256, 386. Die Feststellung der Erfordernisse des Schriftsatz-Antrags war ursprünglich schon im § 577 und zwar mit Ausnahme des letzten Satzes dem § 389 gleichlautend redigirt. Sie wurde dann in gleicher Fassung im E. 1 § 362 unter Beifügung des Schlusssatzes: „der Grund ist glaubhaft zu machen“ belassen und so auch im BG. § 576 aufgenommen. Aus dem Zusammenhange der Bestimmungen geht hervor, daß der im Termine zu stellende Antrag vom Gerichte nach § 390 nur dann für begründet zu erachten ist, wenn er den Erfordernissen des § 389 entspricht, wofür es allerdings unerheblich ist, ob schon ein vorbereitender Schriftsatz mit diesen Erfordernissen eingereicht war. Vgl. das analoge Verhältniß der §§ 393, 395, 396. In der Vorl. wurde vorgeschlagen, zu bestimmen: „der Antrag muß enthalten“ oder „dem Antragsteller liegt ob.“ Indes war man einverstanden, daß der Antrag sachlich den Erfordernissen entsprechen müsse, aber auch ohne Schriftsatz nur mündlich im Termine gestellt werden könnte. Die Prüfung jener Aenderungsvorschläge wurde für redaktionell erklärt und der Redaktion überlassen. Eine Aenderung ist dann nicht erfolgt, um nicht einen Schriftsatz als nothwendig aufzustellen. Diesen Intentionen entsprechend, erklären daher auch die Not. die Erfordernisse selbst für imperativ und nicht bloß für instruktiv. *MR.* Fuchelt 2, 228.

Der Antrag, als nur einen Prozedurakt zur Vorbereitung der Entscheidung über die zu verlesenden Anträge betreffend, gehört nicht selbst zu den nach § 269 schriftlich zu stellenden und zu verlesenden. *MR.* Hellmann 2, 293.

2) *Rr.* 1. Zur Bezeichnung der Urkunde (außer *Rr.* 3) genügt die Angabe des Datums und des Ausstellers bzw. der Beschaffenheit als öffentlicher Urkunde, der instrumentirenden Behörde etc. Eine genaue Bezeichnung der einzelnen vom Gegner vorzuliegenden Handelsbücher etc. wie sie in Oesterreich gefordert zu werden pflegt (vgl. Lehnd. a. a. O. 302 Anm. 59), erscheint mit Rücksicht auf die Bestimmung des Art. 38 GGB. in der Regel nicht nothwendig und ist auch in der Praxis nicht üblich, da sich ein Bedürfniß dafür nicht herausgestellt hat. Eine solche ist auch meistens nicht ausführbar, weil die Einrichtung und Benennung der Handelsbücher eine sehr verschiedenartige ist. Nur wenn die Partei außer den vorgelegten Büchern noch die Vorlegung weiterer verlangt, wird sie diese genau zu bezeichnen haben.

3) *Rr.* 2. Statt der Bezeichnung der zu beweisenden Thatfachen kann eine Abschrift der Urkunde eingereicht werden.

4) *Rr.* 3. Auch statt der Bezeichnung des Inhalts kann eine Abschrift eingereicht werden. Die Angaben zu 3 und 2 können zusammenfallen; die Bezeichnung zu *Rr.* 3 ist sachlich wichtig, weil für diese und nicht für *Rr.* 2 die Versäumnißfolge des § 392 eintritt, wenn eine Abschrift nicht eingereicht ist.

5) *Rr.* 4. Die Angabe zu *Rr.* 4 hat zur Erweckung der Erinnerung des Gegners Werth. Eine Glaubhaftmachung für den Besitz des Gegners ist nicht nötig. Eine Beweisführung für denselben ist für diesen Zwischenstreit außer dem durch den Antrag selbstverständlich beantragten EDITIONS-Eide weder nötig noch zulässig; Anm. zu § 391.

6) *Rr.* 5. Als Grund ist bestimmt anzugeben, und nach § 266 glaubhaft zu machen, welcher der Gründe der §§ 387, 388 vorliegen soll.

§ 390.<sup>1)</sup>

Erachtet das Gericht die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, für erheblich und den Antrag für begründet, so ordnet es, wenn der Gegner zugesteht, daß die Urkunde sich in seinen Händen befinde, oder wenn der Gegner sich über den Antrag nicht erklärt, die Vorlegung der Urkunde an.<sup>2)</sup>

R. 377. N. 585. 586. P. 156. 553.

1) Die Entscheidung über den Antrag, welcher gemäß §§ 256, 386, Anm. 1 § 387 im Termine zur m.B. behufs der Beweisantretung zu stellen ist, setzt die m.B. und das Erscheinen des Gegners (sonst treten die Folgen der Totalverdümmtheit ein, §§ 295, 296) voraus. Der Gegner hat sich in der Hauptverhandlung nach dem allgemeinen Grundsatz des § 129 zu erklären. Ist dem Antrage unter den Voraussetzungen des § 390 stattzugeben, so erfolgt die Anordnung gemäß § 390 durch einen zu verkündenden Beschluß (§ 294); im Falle eines Streites darüber „kann“ nach § 275 ein Zwischenurtheil erfolgen. Die Zurückweisung des Antrags kann durch Zwischenurtheil oder nach dem Ermessen des Gerichts im Endurtheile (in den Gründen) erfolgen. In jedem Falle ist gegen die eine oder andere Entscheidung wegen der Voraussetzung der m.B. eine Beschwerde nach § 530 unzulässig. Ein Verdümmniszwischenurtheil ist nur dann zulässig, wenn der Termin lediglich zur Verhandlung über einen solchen Antrag anberaumt war, § 312 Abs. 2.

Die Anordnung gemäß § 390 nach der durch den Antrag erfolgten Beweisantretung, § 386, ist begrifflich (gegen v. Bülow Anm. 2) eine Anordnung der Beweisaufnahme, mithin ein Beweisbeschluß, in welchem Sinne auch der Begriff des Beweisaufnahmeverfahrens in § 18 ORO. (vgl. Rot. zum Tariffsystem §§ 18—47) und in § 13 Nr. 4 AnwGBD. vorausgesetzt ist. Der Beschluß kann also auch mit einem sonstigen Beweisbeschlusse als Theil verbunden werden. Die von Bülow bezogenen Rot. 33 (vgl. Anm. § 386) sollen an ihrer Stelle in der „allgemeinen Begründung“ nur im Allgemeinen die Beweisverbindung charakterisiren; wie sie auch z. B. nicht die Vorlegung vor beauftragten oder ersuchten Richtern umfassen. Für den Begriff eines Beweisbeschlusses kommt es an sich nicht darauf an, ob er ein besonderes Verfahren für die Beweisaufnahme bestimmt. In § 339 ist dagegen nach Sinn und Zweck der Vorschrift der ein besonderes Verfahren gemäß § 323 anordnende Beweisbeschluß vorausgesetzt.

2) Voraussetzung der Anordnung ist,

- a) daß die durch die Urkunden zu beweisende Thatsache (§ 389 Nr. 2) erheblich ist;
- b) daß der Antrag den Erfordernissen des § 389 genügend entspricht und in diesem Sinne begründet ist, Anm. 1 § 389, wengleich die die Edditionspflicht begründenden Thatsachen, § 389 Nr. 4, 5, nicht bewiesen sind bzw. zu Nr. 5 nur glaubhaft gemacht sind;
- c) daß der Gegner sich über den Antrag, also auch über seinen Besitz der Urkunde überhaupt nicht erklärt, oder diesen Besitz zugesteht. Bestreitet er (nur oder zugleich) diesen Besitz, so kommt hierfür § 391 zur Anwendung. Die Anordnung besteht darin, daß dem Gegner aufgegeben wird, die Urkunde vorzulegen. Erst nach diesem Beschlusse kommen die Verdümmnisfolgen einer Nichtvorlegung gemäß § 392 in Frage.

## § 391.

Bestreitet der Gegner, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so hat er einen Eid dahin zu leisten:<sup>1)</sup>

daß er nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Urkunde in seinem Besitze sich nicht befinde, daß er die Urkunde nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde.<sup>2)</sup>

Das Gericht kann eine der Lage der Sache entsprechende Aenderung der vorstehenden Eidesnorm beschließen.<sup>3)</sup>

Auf die Leistung des Eides durch Streitgenossen, gesetzliche Vertreter, Minderjährige und Verschwenker finden die Vorschriften der §§ 434—436 entsprechende Anwendung.<sup>4)</sup>

Gat eine öffentliche Behörde Urkunden vorzulegen, so wird der Eid von dem Beamten geleistet, welchem die Verwahrung der Urkunden übertragen ist.<sup>5)</sup>

R. 378. N. 579—584. P. 156. 157. 553.

1) Der § 391 ist Fortsetzung des § 390 und setzt außer dem Bestreiten des Besitzes der Urkunde (im mB.) die Bedingungen des § 390 voraus, daß das Gericht die zu beweisende Thatsache erheblich und den Editionsantrag begründet erachtet. Befreit unter diesen Voraussetzungen der Gegner, daß er die Urkunde besitze (d. h. selbst oder durch Andere in Gewahrsam habe, um sie vorlegen zu können), so hat das Gericht sofort die Abnahme des Editionseides zu bestimmen: „so hat er einen Eid dahin zu leisten.“ Durch die positive Fassung ist bestimmt, daß ein anderes Verfahren zur Erwirkung der Edition des Gegners im Prozesse und eine andere Beweisführung zu diesem Zwecke nicht zulässig ist (aM. Buchelt 2, 228, vgl. dagegen R. 16, 395); zugleich, daß der Editionseid nicht besonders verlangt (Anm. § 386), nicht angeboten und nicht angenommen zu werden braucht; auch nicht zurückgehoben werden kann; R. 6. April 1887, 3M. 271. Der Gegner hat sich von der Behauptung, daß er die Urkunde besitze, durch die Leistung des Editionseides und auch nur durch diese zu befreien; der Eid ist also sachlich der alte deutsche Reinigungseid. Der Beschluß ist begrifflich ein Beweisbeschluß, und kann, wenn zugleich die Editionspflicht selbst bestritten war, mit einem Zwischenurtheil über dieselbe (Anm. 1 § 390) verbunden werden (gegen Seuffert Anm. 1). Die Erlassung eines bedingten Zwischen- oder Endurtheils unter Bezeichnung der Folgen der Leistung oder Nichtleistung findet nicht statt. Die für aufgehobene und richterliche Eide gegebenen Vorschriften der §§ 425, 426 Abs. 1 finden für den Editionseid der Fassung des § 391 keine Anwendung. Eine Beschwerde ist bei der Voraussetzung der mB. weder gegen die Ablehnung eines Antrags, noch gegen den Beschluß der Abnahme des Editionseides zulässig. Wer sich beschwert fühlt, muß zunächst die Folgen des § 392 über sich ergehen lassen, und das Endurtheil abwarten.

2) Der Eid ist ein dreifacher: ein Ueberzeugungseid über den Nichtbesitz, ein Wahrheitsseid über das Nichtabhandenbringen und ein Ignoranzseid über das Nichtwissen betreffs des Verbleibs. „Abhanden gebracht“ ist von der Vorl. statt „sich der Urkunde entäußert“ gesetzt worden, um ein Verbrennen, Verschlucken und dergl. mit zu umfassen. Für das Verfahren bei der Abnahme des Eides sind die allgemeinen Vorschriften der §§ 440—446 anwendbar. Die Erlassung des Eides steht der Eidesleistung gleich, § 429. Durch Leistung oder Erlassung des Editionseides wird der Editionsantrag hinfällig; daß der Gegner den noch die Urkunde besitze, kann auch nicht unter den Voraussetzungen des § 428 Abs. 2 bewiesen werden, da ein anderer Beweis dafür überhaupt nicht zugelassen ist, vgl. Anm. 1, Caupp Anm. V, Seuffert Anm. 6. Der beweispflichtigen Partei bleibt es überlassen, den durch die Urkunde zu führenden Beweis anderweitig zu erbringen, auch durch Eidesaufhebung über die zu beweisende Thatsache nach den dafür geltenden Regeln. Für die zweite Instanz vgl. § 495 Abs. 2.

3) Abs. 2 ist von der RR. hinzugefügt, weil die Norm, insbesondere der Schluß: „daß er auch nicht wisse, wo die Urkunde sich befinde“ nicht für alle Fälle paßt. Zur Beurtheilung des Verhältnisses, welchem die Norm entsprechen soll, dient die auch in der RR. vorausgesetzte Verpflichtung des Gegners, wenn es sich einmal um eine Urkunde handelt, welche er vorzulegen verpflichtet ist, dann auch ebenso wie alle übrigen streitigen Thatsachen im Prozesse, unter Eideszwang alles anzugeben, was er von der Urkunde und deren Verbleib weiß, P. 156, 157. Bgl. §§ 711, 769.

4) Gemäß Abs. 3 sind für die Streitgenossen die §§ 434, 59, für gesetzliche Vertreter die §§ 435 Abs. 1, 436, für Minderjährige und Verschwendler § 435 Abs. 2 entsprechend anwendbar. Hinsichtlich der Streitgenossen des Beweisführers vgl. Anm. § 394.

5) Ist im Falle des Abs. 4 die Verwahrung der Urkunde mehreren Beamten übertragen, so müssen sie alle den Eid leisten. Die Behörde hat sie zu bezeichnen. Andernfalls treten die Folgen des § 392 ein. Der Abs. 4 ist sowohl dann anwendbar, wenn die öffentliche Behörde (s. Anm. 1 § 380) selbst Partei, als auch (in Verbindung mit Abs. 3), wenn sie gesetzliche Vertreterin der Partei ist.

### § 392.

Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach,<sup>1)</sup> so ist, wenn der Beweisführer eine Abschrift der Urkunde beigebracht hat, diese Abschrift als richtig anzusehen.<sup>2)</sup> Ist eine Abschrift der Urkunde nicht beigebracht, so können die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angenommen werden.<sup>3)</sup>

R. 379. N. 587. P. 157. 158. 553. 640.

1) Mit dem Beschlusse auf Vorlegung der Urkunde oder Annahme des Editionseides, bzw. mit der Erlassung des Zwischenurtheils über die Editionspflicht (§§ 390, 391) ist der Zwischenstreit über das Editionsverfahren beendet. Die Versäumnisfolgen des § 392 sind erst im Endurtheil bzw. in einem über ein selbständiges Angriffs- oder Bertheidigungsmittel zu fällenden Zwischenurtheil auszusprechen; ein Versäumniszwischenurtheil ist nicht zu erlassen (aM. Puchelt 2, 230, theilweise abweichend Seuffert Anm. 3); der § 430, welcher zugeschobene und richterliche Parteieide betrifft, ist hier nicht anwendbar. Aus diesem Grunde kann die Versäumnisfolge in der Berufungsinanz durch Vorlegung der Urkunde beseitigt werden, §§ 491, 493. — Ist das Editionsverfahren veranlaßt, „kommt der Gegner . . . nicht nach“, so treten die Folgen des § 392 ein; und der § 409, selbst wenn dessen Voraussetzungen gegeben sind, kommt dabei nicht in Betracht, da die Folgen der Editionsveräumniß im § 392 unbedingt vorgeschrieben sind; der § 409 ist daher nur dann für anwendbar zu erachten, wenn es sich nicht um ein Editionsverfahren handelt. AM. v. Sarwey Anm. 2.

2) Satz 1 enthält eine positive, den Richter bindende Beweisregel. Schon dadurch unterscheidet sich die hier geordnete Editionspflicht von dem Falle des § 133; vgl. Anm. 388 a. E. Cines besonderen Antrages bedarf es für diese Versäumnisfolge ebensowenig wie für Satz 2. Folglich kommt auch § 209 Abs. 2 nicht zur Anwendung. Die Folgen der Versäumung treten unbedingt und von selbst ein, wenn in dem zur Vorlegung der Urkunde oder Leistung des Editionseides angeetzten Termine weder die Urkunde vorgelegt noch der Eid geleistet wird, §§ 208, 209 Abs. 1, ohne Unterschied ob der Termin vor dem Prozeßgericht oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter ansteht. Wegen Heilung der Versäumnisfolgen in der Berufungsinanz Anm. 1. Ist gemäß § 390 nur die Vorlegung der Urkunde angeordnet, weil der Gegner des Beweisführers den Besitz derselben zugestanden oder sich über den Antrag nicht erklärt hat, so kann in letzterem Falle der Richterklärung noch nachträglich in der mB. der Besitz der Urkunde bestritten werden, im Falle des Zugeständnisses freilich nur unter den Voraussetzungen des § 263. In solchen Fällen ist zunächst noch die Leistung des Editionseides anzuordnen, und kommen die Versäumnisfolgen des § 392 erst dann zur Anwendung, wenn auch dieser Anordnung nicht Folge geleistet wird. In der Praxis ist es deshalb zur Vermeidung von Verzögerungen gebrauchlich, falls der Gegner des Beweisführers den Besitz der Urkunde nicht ausdrücklich zugesteht, den Beschluß dahin zu fassen, daß derselbe die Urkunde vorzulegen oder den Editionseid zu leisten habe, und daß zur Ausführung dieser alternativen Auflage Termin angeetzt wird, mit dessen Versäumung dann die Folgen des § 392 nach beiden Richtungen hin eintreten.

3) Satz 2 stellt für den Fall der Nichtbeibringung einer Abschrift die Versäumnis-

folge in das Ermessen des Gerichts, „können“. Im BG. § 379 war in Uebereinstimmung mit der im HGB. Art. 37 Satz 2 bei nicht erfolgter Vorlegung der Handelsbücher getroffenen Bestimmung als Verkümmnisfolge bestimmt, daß die Thatfache als erwiesen anzusehen ist, welche durch die Urkunde unmittelbar bewiesen werden soll. Die RR. hat jedoch die jetzige Verkümmnisfolge im Anschlusse an das Prinzip des § 259 beschlossen, und dann zur Uebereinstimmung hiermit auch den zweiten Satz des Art. 37 HGB. im BG. § 13 Nr. 2 aufgehoben.

Die Verkümmnisfolgen des Satzes 2 betreffen immer nur die Behauptungen des Beweisführers

- a) über die Beschaffenheit der Urkunde, ob sie eine Privat- oder öffentliche Urkunde ist, welche Merkmale sie als solche hat, Datum, Bezeichnung des Ausstellers zc. § 389 Nr. 1,
- b) dessen Behauptungen über den gemäß § 389 Nr. 3 bezeichneten Inhalt; nicht die durch die Urkunde zu erweisenden Thatfachen, sofern dies nicht zusammenfällt.

Ein Gegenbeweis gegen die Verkümmnisfolgen ist grundsätzlich unzulässig und mit der Natur der letzteren unvereinbar (Seuffert Anm. 2 gegen v. Kries Rechtsmittel 184 ff.).

### § 393.

Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen eines Dritten,<sup>1)</sup> so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen.<sup>2)</sup>

E. 308. N. 588. P. 159. 553.

1) Das Verfahren, wenn der Beweisführer behauptet, daß sich die Urkunde im Besitze eines Dritten (bzw. einer Behörde) befinde, ist durch die §§ 393—398 geordnet. Die Behörden sowie auch sonst alle Dritte sind aus denselben Gründen wie ein Gegner zur Vorlegung von Urkunden verpflichtet, wenn der Beweisführer nach seinem Verhältnisse zu den Dritten bzw. Behörden die Vorlegung an sich selbst aus einem privatrechtlichen Grunde fordern kann oder die Urkunde nach § 387 Nr. 2 für ihn und den Dritten eine gemeinschaftliche ist. Der § 387 schafft sonach materielles Recht für die Evidenzpflicht jedes Besitzers von Urkunden innerhalb eines Civilprozesses, vgl. Anm. 3 § 394. Darüber, wer zu den Dritten gehört, s. Anm. 1 § 394. Im Urkundenprozeße ist das Verfahren der §§ 393—398 nicht anwendbar, § 558 Abs. 3.

2) In dem Stammprozesse erfolgt kein Verfahren gegen den Dritten, vgl. § 394. Hier ist nur von dem Beweisführer eine entsprechende Frist zur Beschaffung der Urkunde zu erbitten. Der bezügliche Antrag gehört nicht zu den nach § 269 zu verlesenden, s. Anm. 1 § 389.

Für die Frist gilt das zu § 321 Bemerkte. Der Antrag auf Ertheilung der Frist ist die notwendige Form, den Beweis gemäß § 355 anzutreten, und ist (wie zu § 386) im Termin zur mB. zu stellen. Derselbe involvirt den Antrag auf Aussetzung der Endentscheidung, insoweit die zu beschaffende Urkunde dafür erheblich ist, bis nach Erledigung des etwa nöthigen Prozesses gegen den Dritten, oder der etwa sachgemäßen Versuche und Anträge zur Erlangung der Urkunde (§ 397 Abs. 2). Der Fortsetzung und selbst der Entscheidung des Prozesses in Bezug auf Punkte, für welche die Urkunde nicht in Betracht kommt, steht nichts entgegen. Ein Ruhen oder eine Aussetzung des Verfahrens im Sinne der §§ 223 ff., 139 findet nicht statt, auch keine analoge Anwendung der Vorschriften der §§ 223 ff. Es bedarf keiner „Aufnahme“, sondern es erfolgt demnächst die „Fortsetzung“ des Verfahrens (vgl. § 396 Abs. 2) im Sinne der §§ 206, 335 Abs. 1. Gegen die eine mB. voraussetzende Entscheidung über die Frist findet daher auch nicht nach § 229 eine Beschwerde statt.

### § 394.

Der Dritte<sup>1)</sup> ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers<sup>2)</sup> zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet;<sup>3)</sup> er kann zur Vorlegung nur im Wege der Klage genöthigt werden.<sup>4)</sup>



E. 381. N. 590. 591. P. 159. 553.

1) Für das Ediktionsverfahren (Friftbeantragung, § 393) und die Ediktionspflicht ist mit Rückficht auf die systematische Eintheilung des Abschnitts über Edition (§§ 386—398) als Dritter Leber (außer dem Beweisführer selbst) anzusehen, welcher nicht Prozeßgegner des Beweisführers hinsichtlich der in Rede stehenden Beweisführung ist. Demgemäß sind, wenn es sich um eine Beweisführung handelt, welche nicht gegen alle gegnerischen Streitgenossen, sondern zufolge des Grundsatzes des § 58 nur gegen Einzelne derselben gerichtet ist, die übrigen gegnerischen Streitgenossen im Sinne der §§ 386, 393 nicht Gegner, sondern Dritte. Dasselbe gilt für Nebenintervenienten, welche gemäß § 66 gegnerische Streitgenossen sind. Diese sind dem Beweisführer gegenüber Dritte, wenn die Edition einer Urkunde von ihnen zum Zwecke einer nicht gegen sie selbst, sondern nur gegen die Hauptpartei gerichteten Beweisführung verlangt wird. Andere Nebenintervenienten, von denen die Edition einer Urkunde gefordert wird, sind immer Dritte gegenüber dem Beweisführer, mag dieser die unterstützte Hauptpartei oder der Gegner sein; vgl. Anm. 1 § 386. Kann das freiwillige Rechtsverhältniß allen gegnerischen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden, Anm. 1 § 59, so sind diese sämtlich hinsichtlich einer dasselbe betreffenden Beweisführung, Gegner im Sinne der §§ 386 ff. Die eignen Streitgenossen und Nebenintervenienten nach § 66 des Beweisführers sind hinsichtlich der von ihnen geforderten Urkunden-Edition niemals dessen Prozeßgegner, mithin dafür Dritte im Sinne des § 394, auch wenn die Streitgenossenschaft nach § 59 zu beurtheilen ist. Bei einer Succession in den Rechtsstreit (§§ 72, 73, 236, 237) sind die ausgeschiedenen Parteten sowohl gegenüber denjenigen, welche an ihre Stelle getreten sind, als gegenüber ihren früheren Gegnern ebenfalls Dritte im Sinne des § 394. (Ebenso Seuffert Anm. 1 § 393).

2) Zur Begründung der Verpflichtung auf Vorlegung kommen gegen alle Dritte die Rechtsgründe des § 387 zur Anwendung. Die prozeßualische Bezugnahme auf eine Urkunde gemäß § 388 kann gegen einen Dritten mit Rückficht auf Anm. 1 ebenfalls als Rechtsgrund anwendbar sein, wenn derselbe als Nebenintervenient oder Streitgenosse des Antragstellers theilhaftig war oder ist. Weder der Wortlaut des § 394 begründet eine Ausschließung dieses Grundes, noch der Zweck des § 388, daß einem Theilhaftigen die Benutzung des von Mitbetheiligten zum Beweise bezogenen Urkundenmaterials nicht entzogen werden soll; Strudmann-Roch Anm. 1.

3) Die rechtliche Verpflichtung zur Vorlegung von Urkunden ist durch § 394 nur hinsichtlich der Rechtsgründe gegenüber dem Dritten geordnet, soll indeß nur im Wege der Klage und eines besonderen Prozeßes stattfinden. Der Dritte sollte keinesfalls seinem Gerichtsstande entzogen werden, was sonst nur unter bedenkllicher Erweiterung der Zuständigkeit der Amtsgerichte gesehen könnte. Der Anspruch gegen den Dritten ist also nur in dem für ihn zulässigen Gerichtsstande und im Falle seiner Verurtheilung im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 769 geltend zu machen, nicht durch einen Antrag auf einen Ediktionsseid, und nicht mit den dafür anwendbaren Folgen des § 392.

Sofern die Verpflichtung des Dritten zur Herausgabe oder Vorlegung auch außerhalb eines Prozeßes auf Vorschriften des bürgerlichen Rechts beruht, § 387 Nr. 1, ist hierin durch die C.P. nichts geändert. Sie kann dann nach Maßgabe des besagten Rechts durch einen selbständigen Prozeß ohne Rückficht, ob ein Vorverfahren gemäß § 393 stattgefunden hat, erzwungen werden. Soll die Verpflichtung des Dritten auf die Gemeinschaftlichkeit der Urkunden gemäß § 387 Nr. 2 gegründet werden, — ohne daß diese Gemeinschaftlichkeit nach bürgerlichem Rechte einen Ediktionsgrund bildet — so setzt dies voraus, daß in einem bereits anhängigen Stammprozeße nach § 393 eine Frist zur Vorlegung festgesetzt ist. Insofern ist die Verpflichtung als eine nur prozeßrechtliche nur durch die C.P. als sedes materiae begründet und der Inhalt dieses Prozeßrechts umfaßt nur die Vorlegung zum Zwecke und im Sinne des § 393, setzt also auch voraus, daß ein Prozeß gerichtet bereit ist, die Vorlegung vor ihm oder auf sein Ersuchen vornehmen zu lassen, und daß es die Erheblichkeit der Beweisantretung durch Anordnung der Frist anerkannt hat. Ohne eine solche Anordnung kann gegen einen Dritten, allein auf § 387 Nr. 2, eine selbst-

ständige Klage nicht begründet werden; die Ausführbarkeit eines darauf gerichteten Urtheils ist andernfalls im Voraus gar nicht zu ermeßen. Die aufrecht erhaltenen Art. 37 (Satz 1) 38 HGB. insbesondere setzen für die Vorlegung von Handelsbüchern (im Gegenseize zu der Sondervorschrift des Art. 40 HGB. — code de commerce art. 14, vgl. Lehmann a. a. D. 304 —) einen schon vorhandenen Rechtsstreit bzw. einen Prozeßgegner des Kaufmanns voraus. Vgl. E. Goldschmidt, Zeitschr. f. Handelsr. 29, 341 ff.; H. 12, 412; 32, 166. (Unrichtig Kofler, civR. 79, 43 ff., welcher Charakter und Tendenz des Prozeßgesetzes verkennt.)

Der Dritte braucht nach § 394 die Urkunde nur „vorzulegen“, nicht auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen, s. Anm. 1 § 385. Er hat auch nur an dem durch seine Verpflichtung bestimmten Orte zu exhibiren. (M. Struchmann-Koch Anm. 2.) Unter Umständen ist danach im Stammprozeße der § 399 zur Ausführung der Vorlegung zu benutzen. Ueber die Frage der Anwendbarkeit des § 394 im scheidrichterlichen Verfahren vgl. Anm. § 861.

4) Die Beschränkung „nur im Wege der Klage“ bedeutet als Gegensatz zum Verfahren gegen den Gegner, daß die Vorlegung nicht durch Anordnung des im Stammprozeße entscheidenden Gerichts zu erreichen ist. Dagegen ist sachgemäß nicht ausgeschlossen, daß der Dritte auf dem sonst gesetzlich gegen ihn außerhalb des Stammprozeßes zulässigen Wege einer Beschwerde, eines Antrags oder einer Klage vor Verwaltungsgerichten angehalten werden kann, vgl. Anm. 4 § 397.

### § 395.

Zur Begründung des nach § 393 zu stellenden Antrags hat der Beweisführer den Erfordernissen des § 389 Nr. 1—3, 5 zu genügen und außerdem glaubhaft zu machen, daß die Urkunde sich in den Händen des Dritten befindet.<sup>1)</sup>

E. 383. N. 589. P. 159. 553.

1) Statt des dem Gegner gegenüber nöthigenfalls durch den Editionsseid zu verfolgenden Erfordernisses des gegnerischen Besitzes im § 389 Nr. 4 ist hier die Behauptung und Glaubhaftmachung (§ 266) des Besitzes des Dritten als Erforderniß des Antrags aufgenommen. Eines Beweises dieses Besitzes bedarf es zur Erwirkung der Frist nach § 396 nicht: „ist der Antrag . . . entsprechend“. Im Uebrigen vgl. Anm. § 389.

### § 396.

Ist die Thatsache, welche durch die Urkunde bewiesen werden soll, erheblich, und der Antrag den Bestimmungen des vorstehenden Paragraphen entsprechend, so hat<sup>1)</sup> das Gericht eine Frist zur Vorlegung der Urkunde in einem von dem Beweisführer zu erwirkenden Termine zu bestimmen.<sup>2)</sup>

Der Gegner kann die Fortsetzung des Verfahrens vor dem Ablaufe der Frist beantragen, wenn die Klage gegen den Dritten erledigt ist oder wenn der Beweisführer die Erhebung der Klage oder die Betreibung des Prozeßes oder der Zwangsvollstreckung verzögert.<sup>3)</sup>

E. 383. N. 591. 592. P. 159. 553.

1) Die Fristbewilligung gemäß § 396 setzt, ebenso wie die Anordnung nach § 390, die mB. voraus. Die Erheblichkeit der Thatsache und ein gehöriger Antrag sind hier, wie für § 390 (mit der Modifikation der Antragsverordnisse, s. Anm. § 395) nöthige Vorbedingungen. Dagegen ist hier (anders als nach § 390 Anm. 2) nicht noch eine fernere Voraussetzung nach der Richtung hin gegeben, daß und wie sich der Gegner über den Antrag erklärt. Selbstverständlich bleibt es dem Gegner unbenommen, dem Antrage wegen Mängel für seine Voraussetzungen zu widersprechen. Die Formen eines besonderen Zwischenstreits oder Zwischenurtheils sind indeß offenbar unnöthig. Die Fristbewilligung erfolgt durch Beschluß. Gegen die Bewilligung, sowie gegen eine Ablehnung derselben, welche

Letztere erst im Endurtheile (in den Gründen) erklärt zu werden braucht, ist bei der Voraussetzung der mB. eine Beschwerde unzulässig, auch nicht aus § 229, da eine „Aussetzung“ des Verfahrens dadurch nicht ausgesprochen oder abgelehnt wird, ebensowenig, wie im Falle des § 85. Der Fortsetzung eines anderweitigen Beweisverfahrens oder der Verhandlung anderweitiger Streitpunkte steht die Anordnung aus § 396 nicht entgegen, vgl. Anm. 2 § 393. Der Beschluß, bei welchem für den Termin zur Vorlegung der Urk. gemäß Anm. 3 §§ 394 und 399 berücksichtigt werden kann, ist ein Beweisbeschluß im weiteren Sinne der Anm. 1 § 390.

2) Die Frist, eine richterliche, also nach §§ 202, 203 verlängerungsfähig, ist unbedingt peremptorisch. Der Rechtsnachtheil bei fruchtlosem Ablaufe ist der im § 321 angegebene. Vgl. Anm. § 321. Nach fruchtlosem Ablaufe der Frist kann der Gegner unbedingt (nicht bloß unter den Bedingungen des Abs. 2) die Fortsetzung des Verfahrens beantragen und die säumige Partei kann dann nach § 321 die Urkunde als Beweismittel nur noch benutzen, wenn dadurch das Verfahren nicht verzögert wird, d. h. wenn sie dieselbe vorlegt. Eine Wiederholung des Antrags und eine Vorlegung der Urkunde in der Berufungsinstanz sind nicht ausgeschlossen, § 491.

Die Frist ist gewahrt, wenn der Beweisführer innerhalb derselben zur Vorlegung der Urkunde ladet und diese in dem angeetzten Termin vorlegt. Daß der Termin selbst, dessen Bestimmung vom Beweisführer nicht abhängt, § 193, gleichfalls vor Ablauf der Frist anstehe, ist zur Wahrung der Frist nicht nöthig. Zu einer Anordnung gemäß § 399 vor Beschaffung der Urkunde wird keine Veranlassung sein. Ergeben sich demnach die Voraussetzungen des § 399, so hat der Beweisführer innerhalb der Frist behufs Erwirkung einer solchen Anordnung und in weiterer Folge eines Termins vor dem beauftragten oder ersuchten Richter zur mB. zu laden. Auf eine andere Weise könnte nach der Sachlage der Termin nicht erwirkt werden, wenn man annimmt, daß die Anordnung aus § 399 der mB. bedarf. Andernfalls würde ein schriftlicher Antrag genügen; vgl. § 399.

3) Der vor dem Ablauf der Frist nach Abs. 2 zulässige Antrag auf Fortsetzung ist dadurch einzuleiten, daß der Antragsteller zur Verhandlung nach § 191 laden läßt. Für die Vorbereitung sind §§ 121 ff. maßgebend. Der Antrag ist in Folge des allgemeinen Grundsatzes des § 119 in der mB. zu stellen und durch den Nachweis der Bedingungen des Abs. 2 zu begründen. Das „Verzögern“ ist als Verschulden des Beweisführers oder seines Vertreters nachzuweisen, Anm. 2, 3 § 210.

### § 397.

Besteht die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den Händen einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten, so erfolgt die Antretung des Beweises durch den Antrag,<sup>1)</sup> die Behörde oder den Beamten um die Mittheilung der Urkunde zu ersuchen.<sup>2)</sup>

Diese Vorschrift findet auf Urkunden, welche die Parteien nach den gesetzlichen Vorschriften ohne Mitwirkung des Gerichts zu beschaffen im Stande sind, keine Anwendung.<sup>3)</sup>

Verweigert die Behörde oder der Beamte die Mittheilung der Urkunde in Fällen, in welchen eine Verpflichtung zur Vorlegung auf § 387 gestützt wird, so finden die Bestimmungen der §§ 393—396 Anwendung.<sup>4)</sup>

R. 304. N. 593. P. 150. 160. 553.

1) Sind die öffentlichen Behörden bzw. der Fiskus oder die sonst durch dieselben vertretenen Gegner des Beweisführers, so sind die §§ 386—392 anwendbar; sind sie Dritte im Sinne des § 394, so sind die §§ 393 ff. anwendbar; Welches unter Befestigung aller landesgesetzlichen desfalligen Vorschriften, Art. 2 Reichsverf. — Die Vorschrift des § 397 bildet einen Theil der Vorschriften über das Verfahren, falls ein Dritter die fragliche Urkunde besitzt. Die Voraussetzungen des Antrags sind nach Abs. 1 nur, daß „nach

der Behauptung des Beweisführers“ die Urkunde sich im Besitze einer öffentlichen Behörde oder eines öffentlichen Beamten befindet, ohne Rücksicht darauf, ob eine Verpflichtung derselben nach § 394 begründet ist oder nicht, oder ob der Besitz nach § 395 glaubhaft gemacht ist. Da sonstige besondere Erfordernisse für diesen Antrag nicht vorgeschrieben sind, insbesondere nicht die Requisite zu § 389 Nr. 4, 5 bzw. § 393, so sind für diesen Antrag die allgemeinen Erfordernisse der Beweisantretung nach § 255: Bezeichnung der Urkunde und der durch dieselbe zu beweisenden Thatsache nebst der selbstverständlichen Bezeichnung der besitzenden Behörde genügend. Im Abs. 3 wird auch e contr. vorausgesetzt, daß nicht in allen Fällen des Abs. 1 eine Verpflichtung nach § 387 behauptet zu sein braucht.

Für den Begriff der öffentlichen Behörde gelten die Bemerkungen in Anm. 1 § 380. Als öffentlicher Beamter ist ein als solcher selbständig thätiger vorausgesetzt: Urkundspersonen (Notare), Mitglieder einer Behörde, welche abgegrenzte Funktionen ausüben. Ist die Urkunde im Besitze eines Beamten, welcher nach außen nur als Mitglied oder Untergebener einer kollegialischen Behörde, wenngleich auch als „Beauftragter“ thätig ist, so sind Antrag und Ersuchen gegenüber der Behörde zu formiren.

2) Durch die Zulassung des Antrags im § 397 ist erklärt, daß das Gericht demselben stattzugeben hat, wenn die Voraussetzungen gegeben sind. Der Antrag ist in der (gleich den §§ 390, 396) vorausgesetzten mB. zu stellen und kann gemäß §§ 121 ff. vorbereitet werden. Die Erlassung des Ersuchens ist ein Beweisbeschluß, s. Anm. 1 § 390. Das Ersuchen erfolgt von Amtswegen durch den Vorsitzenden (Anal. §§ 327, 328); nach dem Gange der Urkunde sind die Parteien hieron zu benachrichtigen (Anal. § 327 Abs. 2); die Urkunde ist bei der nächsten Verhandlung bzw. nach § 399 vorzulegen.

Die Vorschrift des § 397 findet ihre unmittelbare Anwendung nur auf die Vorlegung einer bestimmt bezeichneten, schon vorhandenen Urkunde. Entsprechend ist indes in Gemäßheit der allgemeinen Praxis auch ein Antrag auf Mittheilung von Akten ohne bestimmte Bezeichnung einzelner Urkunden zu behandeln; desgleichen ein Antrag auf Ertheilung amtlicher Auskunft, Anm. 1 § 338. Vgl. auch § 402 Abs. 2. Befindet sich die Urkunde in den Händen des Prozeßgerichts selbst, wenngleich in anderen Akten, so bedarf es selbstredend keines Ersuchens an eine andere Behörde um Mittheilung, vielmehr muß in diesem Falle ein Antrag auf Belassung der Urkunde oder der Akten genügen.

Hinsichtlich der Verpflichtung, einem nach § 397 gestellten Ersuchen zu entsprechen, ist, abgesehen von der privatrechtlichen Verpflichtung gemäß Abs. 3, noch die Vorschrift des § 169 OB. gegeben. Im Uebrigen entscheiden hierüber die Landesgesetze und Landesverwaltungs-Verordnungen. Vgl. Art. 3 des bayr. AG. v. 23. Febr. 1879; für Sachsen vgl. B. die Mittheilung von Akten und Urkunden betr., 22. Sept. 1879, OBl. 374.

3) Für die im Abs. 2 bezeichneten Urkunden kann zufolge Abs. 2 die Beweisantretung nicht durch einen Antrag auf Ersuchen erfolgen, sondern falls der Beweisführer sie zur Zeit der Beweisantretung nicht schon hat, durch einen Antrag auf Bestimmung einer Frist nach § 393. Dies findet auf Ausfertigungen, beglaubigte Abschriften und Atteste von Notaren, Grundbuchämtern und anderen Behörden Anwendung; ebenso entsprechend für das Ersuchen um Auskunft einer Behörde, Anm. 2.

4) Abs. 3. Der bei Verweigerung der Behörde oder des Beamten zur Beweisantretung nach § 393 zu stellende Antrag auf Bestimmung einer Frist kann als eventueller für den Fall der Weigerung mit dem Antrage des Abs. 1 verbunden werden, ist indes auch nach erfolgter Weigerung gestellt, nicht im Sinne des § 398 verspätet. Der Abs. 3 ist von der R. hinzugefügt, um der Intention des Entwurfs gemäß es zum klaren Ausdruck zu bringen, daß auch Behörden und Beamte bzw. die durch dieselben Vertretenen zu den im § 393 gemeinten Dritten gehören und daß eine Beweisantretung gemäß § 393 im Falle des § 397 erst nach dem fruchtlosen Versuche der gerichtlichen Requisition wirksam werden soll, dann aber auch nöthig ist.

Abgesehen von dem Wege einer gerichtlichen Klage gemäß § 394 bleibt nach den Umständen bzw. nach der Landesgesetzgebung und dem Landesverwaltungsrecht der Weg der Beschwerde oder die Klage bei Verwaltungsgerichten zulässig oder geboten. Vgl. Gutachten

DBL, ZMBL 1843 S. 113. Daß für die im § 394 erwähnte Klage der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten unbedingt zulässig sei, ist durch § 394 nicht bestimmt oder berührt. Vgl. OB. § 13.

### § 398.

Wird nach Erlassung eines Beweisbeschlusses über die in demselben bezeichneten streitigen Thatsachen Beweis in Gemäßheit der §§ 393, 397 angetreten, so ist die Beweisantretung auf Antrag zurückzuweisen, wenn durch das zur Herbeischaffung der Urkunden erforderliche Verfahren die Erledigung des Rechtsstreits verzögert werden würde und das Gericht die Ueberzeugung gewinnt, daß die Partei in der Absicht, den Prozeß zu verschleppen oder aus grober Nachlässigkeit den Beweis nicht früher angetreten hat.<sup>1)</sup>

R. 285. P. 160. 553.

1) Der § 398 präkludirt (entsprechend der im § 339 für Zeugen gegebenen Vorschrift) eine verspätete Beweisantretung durch Urkunden, betrifft aber nur die in den Händen Dritter (bzw. von Behörden und Beamten) befindlichen Urkunden (§§ 393, 397), nicht die vom Beweisführer vorgelegten oder vom Gegner verlangten (§§ 385, 386). Wegen der Frage, wann im Ediktionsverfahren ein „Beweisbeschluss“ erlassen ist, dessen Erlassen das präkludierende Zeitmoment ist, vgl. die Anm. 1 §§ 390, 391, 396.

### § 399.

Wenn die Vorlegung einer Urkunde bei der mündlichen Verhandlung wegen erheblicher Hindernisse nicht erfolgen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgniß des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, so kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte geschehe.<sup>1)</sup>

R. 386. N. 595. P. 160. 563. 640. 641.

1) Die §§ 399—401 betreffen, zu dem Abschnitte der §§ 385—398 gehörig, jede Vorlegung von Urkunden, sie mögen im Besitze des Beweisführers, des Gegners oder eines Dritten sein. Vgl. Anm. 2 § 396. Die Beurtheilung der Voraussetzungen für die ohnehin nur fakultative Befugniß des Gerichts („kann“) unterliegt dem richterlichen Ermessen. Der Umfang der Urkunden, ihre Inamovibilität (bei Grundbüchern) und die Schwierigkeiten oder Gefahren einer Uebersendung werden die wesentlichsten Gründe sein. — Die Anordnung ist eine prozeßleitende Verfügung, welche der m.B. nicht bedarf, und gegen Ablehnung eines darauf gerichteten Antrags ist Beschwerde nach § 530 zulässig; vgl. Anm. 3 § 320; aM. Gaupp und Seuffert. Die Anordnung kann aber auch von Amtswegen erfolgen.

Die Vorschrift ist insbesondere wichtig für die Vorlegung von Grundbüchern, Personenstandsregistern, Handelsregistern (soweit nicht Atteste genügen, s. § 397 Abs. 2) und von Handelsbüchern. Die Vorschriften des G.O.B. Art. 39, 79 Abs. 2, welche ein anderes Verfahren, als das der §§ 390, 393 ff. voraussetzen (Ersuchen des Gerichts), sind durch G.O. § 13 Nr. 2 aufgehoben, während Art. 37 Satz 1 und Art. 38, 40 ausrecht erhalten sind, Rot. 485. Vgl. Anm. § 385; wegen der Auslegung des Art. 39 G.O.B. in Oesterreich vgl. Ballm. 6, 401.

Da nach der „Vorlegung“ die Urkunden in der Regel zurückzugeben sind, s. Anm. § 385, so ist sachgemäß der Inhalt durch Entnahme von Abschriften oder Vermerkung zu Protokoll festzustellen, da das erkennende Gericht von dem Inhalte der Urkunden Kenntniß erlangen muß, um eine Entscheidung darauf zu gründen und nicht in der Lage wäre, ohne solche Feststellungen die beschaffigen Vorträge der Parteien zu kontrolliren bzw. einen Streit der Parteien über den Inhalt der Urkunden zu entscheiden. Ein bloßer Bericht des beauftragten Richters über den Inhalt der Urkunden kann solche Feststellungen nicht ersetzen. Für das Verfahren in und nach dem Termine sind ferner die §§ 332, 335 zu beachten.

## § 400.

Eine öffentliche Urkunde<sup>1)</sup> kann in Urschrift<sup>2)</sup> oder in einer beglaubigten Abschrift, welche hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt, vorgelegt werden; das Gericht kann jedoch anordnen,<sup>3)</sup> daß der Beweisführer die Urschrift vorlege oder die Thatfachen angebe und glaubhaft mache, welche ihn an der Vorlegung der Urschrift verhindern.<sup>4)</sup> Bleibt die Anordnung erfolglos, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, welche Beweiskraft der beglaubigten Abschrift beizulegen sei.<sup>5)</sup>

R. 337. N. 571. 596. 597. P. 160. 553.

1) Der § 400 betrifft nicht Privaturlunden, welche stets in Urschrift vorgelegt werden müssen; auch nicht die beglaubigte Abschrift einer anderen beglaubigten Abschrift. Ueber die Einflußlosigkeit der archivalischen Aufbewahrung für den Charakter einer Privaturlunde s. Anm. 1 § 380.

2) Welches Schriftstück die Urschrift einer öffentlichen Urkunde als solche ist, bzn. nur als Konzept zur Herstellung einer Urschrift dienen kann, ist nach der Reichs- und Landesgesetzgebung zu entscheiden. Vgl. § 40 preuß. Gef. 11. Juli 1845 betr. Notariatsinstr. In Betreff der öffentlichen Urkunden der C.P. sind die Ausfertigungen (nicht die Konzepte) der Entscheidungen: Urtheile, Beschlüsse und Verfügungen als Urschriften anzusehen, vgl. §§ 286, 288, 294; für die Protokolle, welche von den Parteien nur in Ausfertigung vorgelegt werden können, hat ebenfalls die Ausfertigung als Urschrift im Sinne des § 400 zu gelten, §§ 145 ff., 271. Dasselbe gilt von den im § 382 erwähnten Urkunden. Auszüge aus Grundbüchern, Personenstandsregistern zc. sind selbständige Urkunden-Urschriften. Nach der Landesgesetzgebung ist indeß zu entscheiden, ob attestirte Auszüge (z. B. §§ 39, 51 preuß. Grundbuchordn. v. 5. Mai 1872) nur für bestimmte Beziehungen oder allgemein als selbständige Urkunden zu gelten haben.

3) Die Anordnung des Gerichts ist ein Beschluß über Beweisaufnahme betreffs der Urkunde; eine m.B. voraussetzend, unterliegt er nicht der Beschwerde.

Aus der Satzverbindung des § 400 ergibt sich die Bedeutung der Vorschrift dahin: „Das Gericht ist nicht verpflichtet, einer beglaubigten Abschrift die Beweiskraft der §§ 380, 382, 383 beizumessen („kann jedoch“), sondern kann verlangen, daß entweder die Urschrift vorgelegt oder der Hinderungsgrund angegeben und glaubhaft gemacht wird. Ein Mehreres kann indeß daß Gericht nicht verlangen, und wenn der Beweisführer der Anordnung Folge leistet, also den Grund seiner Verhinderung an der Vorlegung der Urschrift glaubhaft macht, so hat das Gericht der beglaubigten Abschrift Glauben beizumessen, durch deren Vorlegung der Beweisführer dem nur durch diese richterliche Befugniß eingeschränkten Vorlegungsmodus des Satzes 1 genügt hat. Das Gericht hat dann nicht das Recht freier Würdigung der Beweiskraft; sondern nur, wenn der Beweisführer ungeachtet der Anordnung weder die Urschrift vorlegt, noch den Hinderungsgrund glaubhaft macht, also „die Anordnung erfolglos bleibt“, Satz 2; Caupp Anm. I, Seuffert Anm. 1.

4) Als Hinderungsgrund genügt außer den objektiven, z. B. Untergang der Urkunde, jeder thatsächliche oder rechtliche Grund, welcher den Beweisführer („ihn“) verhindert, die Urschrift zu erhalten.

5) Die gemeinrechtliche Exemplifikation (Neuherstellung altersschwacher Urkunden unter Zuziehung der Interessenten, Weßell 248) hat für die Beweiskraft keine bindende Bedeutung. Als entsprechendes Mittel dient die Urkundenfeststellungsklage des § 231. — Wegen der Urkunden in fremder Sprache s. § 133 Abs. 3.

## § 401.

Der Beweisführer kann nach erfolgter Vorlegung einer Urkunde nur mit Zustimmung des Gegners auf dieses Beweismittel verzichten.<sup>1)</sup>

R. 338. N. 599. P. 160. 553.

1) Das Recht des Gegners, gemäß § 388 die Vorlegung einer in Bezug genommenen Urkunde zu verlangen und das durch § 401 begründete Recht des Gegners die vorgelegte Urkunde als Beweismittel seinerseits zu benutzen, sind von einander unabhängig. Jenes Recht wird dadurch nicht beseitigt, daß der Beweisführer auf das Beweismittel vor oder nach der erfolgten Vorlegung verzichtet; es ist durch einen Ediktionsantrag geltend zu machen. Das Recht auf gemeinsame Benutzung aus § 401 nach der Vorlegung entsteht überhaupt nicht, sofern die Urkunde nicht vorgelegt wird; es kann nachher vom Beweisführer nicht wieder entzogen werden. Ob die Urkunde vom Beweisführer selbst oder auf dessen Antrag vom Gegner oder von einem Dritten vorgelegt ist, macht für die Anwendung des § 401 keinen Unterschied.

Zum Verzicht bedarf der Prozeßbevollmächtigte keiner Spezialvollmacht, Anm. 2 § 77. Der Verzicht hat, sofern er zulässigerweise, also vor der Vorlegung oder mit Zustimmung des Gegners nach derselben erklärt ist, die Folge, daß die Urkunde, als „Beweismittel“ der Partei nicht weiter benutzt werden darf, vgl. entsprechend § 364 und Anm. 5 § 356. Dagegen werden durch den Verzicht die Rechte des Gerichts auf Vorlegung von Amtswegen gemäß §§ 133, 134 nicht berührt. Diese Befugniß, entsprechend dem richterlichen Fragerecht zur Aufklärung innerhalb der Grenzen der Verhandlungsmagime auszuüben, und ohne anderes Präjudiz, als daß bei Nichtbefolgung der Vorlegung das Gericht nach der Sachlage mit freier Beweiswürdigung zu urtheilen hat (vgl. Anm. 2, 3 § 130, Anm. 3 § 132), ist für jedes Prozeßstadium von der Bezugnahme der Urkunde als eines Beweismittels unabhängig; Endemann 2, 297. *AR. Caupp* Anm. II.

### § 402.

Urkunden,<sup>1)</sup> welche nach Form und Inhalt als von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person errichtet sich darstellen,<sup>2)</sup> haben die Vermuthung der Echtheit für sich.<sup>3)</sup>

Das Gericht kann, wenn es die Echtheit für zweifelhaft hält, auch von Amtswegen die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen.<sup>4)</sup>

**E. 389. N. 601. P. 160.**

1) Ueber die Echtheit der Urkunde, §§ 402—408, d. h. die Gewißheit, daß die Urkunde nach Form und Inhalt von demjenigen ausgestellt ist, welcher Aussteller zu sein scheint bzw. als solcher behauptet wird, sind im §§ 402—406 einige Abweichungen von dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung aufgestellt. Die Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nicht ausdehnend auszuliegen. Nur soweit die Abweichungen ausdrücklich bestimmt sind, ist der Richter gebunden. In allem Uebrigen und sonach auch bezüglich der Frage, ob die darin aufgestellten Vermuthungen widerlegt sind, entscheidet die freie richterliche Ueberzeugung. Die Unterscheidung zwischen Echtheit (*veritas*) und Unverfälschtheit (*bonitas*) einer Urkunde (*Seuffert* Anm. 1) ist der *Ö.P.* fremd. Echtheit ist eine Urkunde nur in soweit, als sie unverfälscht ist; vgl. Anm. 3 § 405. Ein Anklag an die erwähnte Unterscheidung findet sich jedoch in § 408.

2) Der § 402 behandelt im Gegensatz zu § 403 nur inländische öffentliche Urkunden. *S.* Anm. 1 § 380. Bedingung der Vermuthung der Echtheit ist, daß sie sich sowohl nach Form als auch nach Inhalt als von der öffentlichen Behörde oder von der öffentlichen Urkundsperson, welche als Aussteller behauptet wird, errichtet zeigen. Welche äußerliche Merkmale als Form der Urkunde gesetzlich nothwendig sind, entscheidet das Landes- bzw. Verwaltungsrecht. Außer den nothwendigen Formen kann zur Beseitigung der Vermuthung auch die Nichtbeachtung der üblichen Formen in Frage kommen. Hinsichtlich des Inhalts ist entscheidend, ob derselbe dem Geschäftskreise der Behörde oder der Urkundsperson angehört, ohne daß es jedoch für die Frage der Echtheit darauf ankommt, ob die ausstellende Behörde oder Urkundsperson sich genau innerhalb ihrer Kompetenz gehalten hat; *Struckmann-Roch* Anm. 1; *Seuffert* Anm. 2. — Urkunden, welche von einer inländi-

sehen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Inlandes (d. h. des deutschen Reiches) aufgenommen oder ausgestellt sind, bedürfen nach dem Reichsges. v. 1. Mai 1878 § 1 (RWB. 89) einer Beglaubigung (Legalisation) nicht.

3) Ueber die Echtheit einer öffentlichen Urkunde braucht der Gegner des Beweisführers sich nicht zu erklären (im Gegensatz zur Privaturkunde, § 404), sobald das Präjudiz des § 129 dafür nicht eintritt. Durch die Vermuthung des Abs. 1 wird andererseits der Beweisführer einer Beweispflicht für die Echtheit enthoben. Doch wirkt diese Vermuthung nicht soviel, als ein gerichtliches Zugeständniß der Echtheit, § 261, welches jeden Beweis überflüssig macht, und einen Gegenbeweis nur unter den Voraussetzungen eines gültigen Widerrufs, § 263, ermöglicht. Vielmehr ist sie lediglich als praesumptio iuris, eine Regel über die Beweislast aufgestellt, indem sie den Beweis der Unechtheit dem Gegner auferlegt; RW. 19. Nov. 1883, ZW. 1884 S. 46, diesen Gegenbeweis aber unbeschränkt zuläßt; auch durch Eideszuschreibung, soweit diese an sich zulässig ist und nicht im konkreten Falle die Vorschrift des § 411 zur Anwendung kommt. Weiter ist aber auch die Vermuthung durch den ergänzenden Abs. 2 erheblich geschwächt und in das Ermessen des Gerichts gestellt. „Das Gericht kann, muß aber nicht der Vermuthung der Echtheit folgen“; Endemann 2, 298. Sobald „es die Echtheit für zweifelhaft hält“, kann es, von „Amtswegen“, folglich ohne Rücksicht darauf, ob eine Partei dies beantragt oder auch nur die Echtheit bestrittet, oder ob es sich um eine an sich von Amtswegen zu prüfende Urkunde (z. B. § 54) oder um eine andere handelt, nach Abs. 2 die authentische Deklaration des angebl. Ausstellers verlangen. Auch nach Abgabe der authentischen Erklärung der Behörde als Urkundsperson über die Echtheit ist ein Gegenbeweis gegen dieselbe grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn auch praktisch freilich — abgesehen von ganz besonderen Ausnahmefällen — ohne Bedeutung.

4) Aus dem Rechte des Gerichts, nach Abs. 2 die Erklärung der Behörde oder Urkundsperson über die zweifelhaft gehaltene Echtheit zu verlangen, folgt die Verpflichtung der Letzteren (und zwar im deutschen Reich, nicht nur im eigenen Bundesstaate), diese Erklärung abzugeben. Jede inländische öffentliche Urkunde, mithin auch eine bloße Unterschriftsbeglaubigung wird vom § 402 betroffen. Durch die nach dem Ges. v. 1. Mai 1878 § 1 (Anm. 2) erfolgte Beseitigung der Nothwendigkeit der Legalisation für jede öffentliche Urkunde eines anderen Bundesstaats, soweit eine solche Nothwendigkeit bestand, sind Recht und Pflicht aus § 402 Abs. 2 (für Zweifelsfälle) nicht beseitigt.

### § 403.

Ob eine Urkunde, welche als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen.<sup>1)</sup>

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt<sup>2)</sup> die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.<sup>3)</sup>

R. 390. N. 602. P. 180. 553.

1) Sofern nicht eine Legalisation gemäß Abs. 2 in Frage kommt, unterliegt die Beurtheilung der Echtheit ausländischer öffentlicher Urkunden der unbeschränkten richterlichen Thatfachenwürdigung, § 259. Diese Abweichung vom § 402 ist bestimmt, weil die besagten Einrichtungen dem inländischen Richter nicht immer bekannt sein werden. Rot. 271. Insofern bei der Prüfung die Kenntniß fremden Rechts wichtig ist, vgl. Anm. § 265. In Betreff der Beglaubigung österreichischer Urkunden vgl. Vertrag mit Oesterreich-Ungarn vom 25. Febr. 1880, RWB. 1884 S. 3, und die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 2. Febr. 1881 ebenda S. 8—24, für Bosnien und Herzegowina Betr. 13. Juni 1881, RWB. 253. (Ueber Beglaubigung inländischer Urkunden für das Ausland vgl. ZWBl. 1891 S. 264.)

2) „Die Bundes- (Reichs-) Konsuln sind befugt zur Legalisation derjenigen



Urkunden, welche in ihrem Amtsbezirke ausgestellt oder beglaubigt sind.“ Gef. 8. Nov. 1867 § 14, RStBl. 140. Vgl. Ann. 1 § 380 und § 12 Abs. 2 Gef. 1. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit, RStBl. 197. Die im § 403 Abs. 2 für den Zivilprozeß gegebene Beweisregel ist für die Benutzung einer Urkunde außerhalb eines solchen durch das Gef. 1. Mai 1878 § 2, RStBl. 89 ausgedehnt: „Zur Annahme der Echtheit einer Urkunde, welche als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes ausgestellt oder aufgenommen sich darstellt, genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.“

Die Beweisregel des Abs. 2 ist eine positive, den Richter bindende, § 259 Abs. 2. Die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs ist eine öffentliche inländische Urkunde im Sinne des § 383. Die Beweisregel des Abs. 2 ist demnach eine Anwendung des § 383 mit der Maßgabe, daß der Legalisation die Bedeutung eines öffentlich beurkundeten Zeugnisses über die Echtheit der ausländischen Urkunde beigelegt ist, und daß § 383 Abs. 3 für dieselbe außer Anwendung bleibt, die Legalisation demnach auch dann die Beweisraft des § 383 Abs. 1 hat, wenn sie nicht auf eigener Wahrnehmung beruht und eine landesgesetzliche Vorschrift, welche von der eignen Wahrnehmung für die Beweisraft dispensirt, nicht existirt. Ein Gegenbeweis dahin, daß die Legalisation nicht zu dem Zwecke eines solchen Zeugnisses geeignet sei, ist unzulässig, weil gegen diese gesetzliche Beweisregel ein Gegenbeweis nicht für zulässig erklärt ist. Dagegen ist gegen den Inhalt des Zeugnisses selbst nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 383 Abs. 2 der Beweis der Unrichtigkeit zugelassen, soweit nicht landesgesetzlich dieser Beweis ausgeschlossen oder beschränkt ist, was für Konsuln und Gesandte des Reichs nicht der Fall sein kann. (Theilweis aM. Gaupp, Seuffert, Hellmann, Endemann, welche durch die Legalisation nur eine Vermuthung für die Echtheit der ausländischen Urkunde im Sinne § 402 entstehen lassen wollen.) Ueber die Echtheit der Legalisation selbst Ann. 3.

3) Die Legalisation selbst ist eine inländische öffentliche Urkunde und unterliegt hinsichtlich des Echtheitsbeweises der Vorschrift des § 402. — Für die Gesandten einzelner Bundesstaaten (nicht „des Reichs“) gilt die Beweisregel des § 403 Abs. 2 nicht.

### § 404.

Ueber die Echtheit einer Privaturkunde<sup>1)</sup> hat sich der Gegner des Beweisführers nach Vorschrift des § 129 zu erklären.<sup>2)</sup>

Befindet sich unter der Urkunde eine Namensunterschrift, so ist die Erklärung auf die Echtheit der Unterschrift zu richten.<sup>3)</sup>

Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen, wenn nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.<sup>4)</sup>

R. 319. N. 603. 604. P. 180. 553.

1) Die Nothwendigkeit der Erklärung und die Versäumnißfolge der Nichtklärung beziehen sich auf jede Privaturkunde, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner der Aussteller oder Rechtsnachfolger desselben ist, oder ob er durch den Aussteller verpflichtet werden kann oder nicht. Die Erklärung mit „Nichtwissen“ ist jedoch ausreichend, wenn die Thatfache der Ausstellung weder eine eigene Handlung der Partei, noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen ist (§ 129 Abs. 3), vgl. Ann. 4. Welche Folgen aus der Echtheit oder Unechtheit einer Privaturkunde zu ziehen sind, ist Sache der sonstigen Würdigung.

2) Im Anwaltsprozeße muß sich der Gegner unaufgefordert erklären, um das Präjudiz des Abs. 3 zu vermeiden, § 209. Im amtsgerichtlichen Prozeße ist Abs. 3 nur anwendbar, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit aufgefordert war, § 468.

Die Erklärung braucht nur nach der Vorlegung des Originals abgegeben zu werden. Die Verpflichtung zur Erklärung tritt auch erst in der m. A. ein und zwar alsbald

sehen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Inlandes (d. h. des deutschen Reiches) aufgenommen oder ausgestellt sind, bedürfen nach dem Reichsges. v. 1. Mai 1878 § 1 (RWB. 89) einer Beglaubigung (Legalisation) nicht.

3) Ueber die Echtheit einer öffentlichen Urkunde braucht der Gegner des Beweisführers sich nicht zu erklären (im Gegensatz zur Privaturkunde, § 404), sobald das Präjudiz des § 129 dafür nicht eintritt. Durch die Vermuthung des Abs. 1 wird andererseits der Beweisführer einer Beweispflicht für die Echtheit enthoben. Doch wirkt diese Vermuthung nicht soviel, als ein gerichtliches Zugeständniß der Echtheit, § 261, welches jeden Beweis überflüssig macht, und einen Gegenbeweis nur unter den Voraussetzungen eines gültigen Widerrufs, § 263, ermöglicht. Vielmehr ist sie lediglich als praesumptio juris, eine Regel über die Beweislast aufgestellt, indem sie den Beweis der Unechtheit dem Gegner auferlegt; R. 19. Nov. 1883, JW. 1884 S. 46, diesen Gegenbeweis aber unbeschränkt zuläßt; auch durch Eideszuschreibung, soweit diese an sich zulässig ist und nicht im konkreten Falle die Vorschrift des § 411 zur Anwendung kommt. Weiter ist aber auch die Vermuthung durch den ergänzenden Abs. 2 erheblich geschwächt und in das Ermessen des Gerichts gestellt. „Das Gericht kann, muß aber nicht der Vermuthung der Echtheit folgen“; Endemann 2, 298. Sobald „es die Echtheit für zweifelhaft hält“, kann es, von „Amtswegen“, folglich ohne Rücksicht darauf, ob eine Partei dies beantragt oder auch nur die Echtheit bestrittet, oder ob es sich um eine an sich von Amtswegen zu prüfende Urkunde (s. B. § 54) oder um eine andere handelt, nach Abs. 2 die authentische Deklaration des angebliehen Ausstellers verlangen. Auch nach Abgabe der authentischen Erklärung der Behörde als Urkundsperson über die Echtheit ist ein Gegenbeweis gegen dieselbe grundsätzlich nicht ausgeschlossen, wenn auch praktisch freilich — abgesehen von ganz besonderen Ausnahmefällen — ohne Bedeutung.

4) Aus dem Rechte des Gerichts, nach Abs. 2 die Erklärung der Behörde oder Urkundsperson über die zweifelhaft gehaltene Echtheit zu verlangen, folgt die Verpflichtung der Letzteren (und zwar im deutschen Reiche, nicht nur im eigenen Bundesstaate), diese Erklärung abzugeben. Jede inländische öffentliche Urkunde, mithin auch eine bloße Unterschriftsbeglaubigung wird vom § 402 betroffen. Durch die nach dem Ges. v. 1. Mai 1878 § 1 (Anm. 2) erfolgte Befreiung der Nothwendigkeit der Legalisation für jede öffentliche Urkunde eines anderen Bundesstaats, soweit eine solche Nothwendigkeit bestand, sind Recht und Pflicht aus § 402 Abs. 2 (für Zweifelsfälle) nicht befreit.

### § 403.

Ob eine Urkunde, welche als von einer ausländischen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes errichtet sich darstellt, ohne näheren Nachweis als echt anzusehen sei, hat das Gericht nach den Umständen des Falles zu ermessen.<sup>1)</sup>

Zum Beweise der Echtheit einer solchen Urkunde genügt<sup>2)</sup> die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.<sup>3)</sup>

R. 390. N. 802. P. 180. 553.

1) Sofern nicht eine Legalisation gemäß Abs. 2 in Frage kommt, unterliegt die Beurtheilung der Echtheit ausländischer öffentlicher Urkunden der unbeschränkten richterlichen Thatfachenwürdigung, § 259. Diese Abweichung vom § 402 ist bestimmt, weil die desfalligen Einrichtungen dem inländischen Richter nicht immer bekannt sein werden, Rot. 271. Insoweit bei der Prüfung die Kenntniß fremden Rechts wichtig ist, vgl. Anm. § 265. In Betreff der Beglaubigung österreichischer Urkunden vgl. Vertrag mit Oesterreich-Ungarn vom 25. Febr. 1880, RWB. 1884 S. 3, und die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 2. Febr. 1881 ebenda S. 8—24, für Bosnien und Herzegowina Betr. 13. Juni 1881, RWB. 253. (Ueber Beglaubigung inländischer Urkunden für das Ausland vgl. RWB. 1891 S. 264.)

2) „Die Bundes- (Reichs-) Konsuln sind befugt zur Legalisation derjenigen

Urkunden, welche in ihrem Amtsbezirke ausgestellt oder beglaubigt sind.“ Def. 8. Nov. 1867 § 14, RÖBl. 140. Vgl. Anm. 1 § 380 und § 12 Abs. 2 Def. 1. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit, RÖBl. 197. Die im § 403 Abs. 2 für den Civilprozeß gegebene Beweisregel ist für die Benutzung einer Urkunde außerhalb eines solchen durch das Def. 1. Mai 1878 § 2, RÖBl. 89 ausgedehnt: „Sur Annahme der Echtheit einer Urkunde, welche als von einer ausländischen öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person des Auslandes ausgestellt oder aufgenommen sich darstellt, genügt die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs.“

Die Beweisregel des Abs. 2 ist eine positive, den Richter bindende, § 259 Abs. 2. Die Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Reichs ist eine öffentliche inländische Urkunde im Sinne des § 383. Die Beweisregel des Abs. 2 ist demnach eine Anwendung des § 383 mit der Maßgabe, daß der Legalisation die Bedeutung eines öffentlich beurkundeten Zeugnisses über die Echtheit der ausländischen Urkunde beigelegt ist, und daß § 383 Abs. 3 für dieselbe außer Anwendung bleibt, die Legalisation demnach auch dann die Beweiskraft des § 383 Abs. 1 hat, wenn sie nicht auf eigener Wahrnehmung beruht und eine landesgesetzliche Vorschrift, welche von der eignen Wahrnehmung für die Beweiskraft dispensirt, nicht existirt. Ein Gegenbeweis dahin, daß die Legalisation nicht zu dem Zwecke eines solchen Zeugnisses geeignet sei, ist unzulässig, weil gegen diese gesetzliche Beweisregel ein Gegenbeweis nicht für zulässig erklärt ist. Dagegen ist gegen den Inhalt des Zeugnisses selbst nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 383 Abs. 2 der Beweis der Unrichtigkeit zugelassen, soweit nicht landesgesetzlich dieser Beweis ausgeschlossen oder beschränkt ist, was für Konsuln und Gesandte des Reichs nicht der Fall sein kann. (Theilweis aR. Gaupp, Seuffert, Hellmann, Endemann, welche durch die Legalisation nur eine Vermuthung für die Echtheit der ausländischen Urkunde im Sinne § 402 entstehen lassen wollen.) Ueber die Echtheit der Legalisation selbst Anm. 3.

3) Die Legalisation selbst ist eine inländische öffentliche Urkunde und unterliegt hinsichtlich des Echtheitsbeweises der Vorschrift des § 402. — Für die Gesandten einzelner Bundesstaaten (nicht „des Reichs“) gilt die Beweisregel des § 403 Abs. 2 nicht.

### § 404.

Ueber die Echtheit einer Privaturlunde<sup>1)</sup> hat sich der Gegner des Beweishäufers nach Vorschrift des § 129 zu erklären.<sup>2)</sup>

Befindet sich unter der Urkunde eine Namensunterschrift, so ist die Erklärung auf die Echtheit der Unterschrift zu richten.<sup>3)</sup>

Erfolgt die Erklärung nicht, so ist die Urkunde als anerkannt anzusehen, wenn nicht die Absicht, die Echtheit bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht.<sup>4)</sup>

R. 319. N. 603. 604. P. 160. 553.

1) Die Nothwendigkeit der Erklärung und die Verschumnisfolge der Nichtklärung beziehen sich auf jede Privaturlunde, ohne Rücksicht darauf, ob der Gegner der Aussteller oder Rechtsnachfolger desselben ist, oder ob er durch den Aussteller verpflichtet werden kann oder nicht. Die Erklärung mit „Nichtwissen“ ist jedoch ausreichend, wenn die Thatfache der Ausstellung weder eine eigene Handlung der Partei, noch Gegenstand ihrer eigenen Wahrnehmung gewesen ist (§ 129 Abs. 3), vgl. Anm. 4. Welche Folgen aus der Echtheit oder Unechtheit einer Privaturlunde zu ziehen sind, ist Sache der sonstigen Würdigung.

2) Im Anwaltsprozesse muß sich der Gegner unaufgefordert erklären, um das Präjudiz des Abs. 3 zu vermeiden, § 209. Im amtsgerichtlichen Prozesse ist Abs. 3 nur anwendbar, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit aufgefordert war, § 468.

Die Erklärung braucht nur nach der Vorlegung des Originals abgegeben zu werden. Die Verpflichtung zur Erklärung tritt auch erst in der m.B. ein und zwar alsbald

nach der Vorlegung, *RO.* 7. April 1881, *KassR.* 26, 124. Wegen der Vorlegung im Urkundenprozeß vgl. *Ann.* § 560 Abs. 2. Auch im Falle einer nach § 399 erfolgenden Vorlegung ist die Erklärung erst in der m.B. nöthig, zu welcher die Verhandlung betreffs der Echtheit gehört. Nur bei Versäumung bis zum Schluß der m.B., auf welche das Urtheil ergeht, tritt das Präjudiz des Abs. 2 ein, § 251. Hinsichtlich der Zeit zur Wretung des Echtheitsbeweises vgl. *Ann.* 1 § 405.

Erfolgt die Anerkennung der Echtheit (eigener oder fremder) Urkunden in m.B. oder vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, so ist dies ein gerichtliches Geständniß einer Thatfache; auf den Widerruf ist also § 263 anwendbar.

3) Abs. 2 bezweckt die Feststellung der Vermuthung gemäß § 405 Abs. 2. Für den Fall, daß sich keine Namensunterschrift unter der Urkunde befindet, muß die Erklärung gemäß Abs. 1 ebenfalls erfolgen, wie aus Abs. 2 e contrario und aus Abs. 1 hervorgeht und treten auch dann die Folgen des Abs. 3 ein; *RO.* 2, 415, *Ann.* 1 § 381. Für eine „Privaturkunde“ ohne Namensunterschrift ist jedoch § 381 nicht anwendbar. Welche Folgen aus ihr zu ziehen sind, bleibt der richterlichen Beweiswürdigung überlassen. — In Betreff der Erfordernisse einer „Namensunterschrift“ und des Bemerkts unter der Urkunde vgl. *Ann.* § 381. Die Annahme von Zöllner (vgl. *Buch* 17, 239), daß bei holographischen Testamenten die Echtheitsklärung aus § 404 auch auf den Letzt zu richten sei, beruht auf einer Verwechslung der vorgeschriebenen Form mit der Beweiskraft. Wer aus einem solchen Testamente Rechte herleitet, genügt seiner Beweispflicht nicht durch bloße Vorlegung der Urkunde (vgl. *Ann.* § 405), sondern muß zugleich behaupten und im Bestreitungsfall beweisen, daß der Letzt von dem Aussteller eigenhändig geschrieben sei.

4) Das Präjudiz des Abs. 3 ist dasselbe, wie nach § 129 bei einer unterbliebenen Erklärung über Thatfachen und ist auch Abs. 3 dem § 129 Abs. 2 entsprechend von der Vorl. ergänzt. Privat-Urkunden, welche von einer Partei weder ausdrücklich, noch nach dem Inhalte ihrer Gesamterklärungen bestritten sind, gelten als anerkannt. Auch hinsichtlich der Zeit der Erklärung (vgl. *Ann.* 2), und der Nachholung in der Berufungsinstanz bzw. nach Einspruch gilt dasselbe, wie nach § 129. — In Gemäßheit der Bezugnahme des Abs. 1 auf den § 129 ist die Vorschrift des § 129 Abs. 3, daß eine Erklärung mit „Nichtwissen“ über eigene Handlungen oder eigne Wahrnehmungen unzulässig ist, ebenfalls auf die Erklärungen über Urkunden anwendbar. Wird eine solche unzulässige Erklärung abgegeben, so gilt dies einer Richterklärung gleich und Abs. 3 ist dann anwendbar. Wird eine Erklärung mit Nichtwissen über fremde bzw. ohne Wahrnehmung des Erklärenden vollzogene Urkunde abgegeben, so gilt die Erklärung als bestrittend; *Ann.* 3 § 129. In Ehe- und Entmündigungssachen ist Abs. 3 ausgeschlossen, §§ 577, 611, 620, 624, 626; ebenso für die von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte.

## § 405.

Die Echtheit einer nicht anerkannten Privaturkunde ist zu beweisen.<sup>1)</sup>

Steht die Echtheit der Namensunterschrift fest oder ist das unter einer Urkunde befindliche Handzeichen gerichtlich oder notariell beglaubigt,<sup>2)</sup> so hat die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich.<sup>3)</sup>

*R.* 392. *N.* 605. 606. *P.* 160. 553.

1) Der Beweisführer genügt in Betreff des Beweismittels der Urkunde der Verpflichtung zeitiger Beweisantretung durch entsprechende Befolgung der Vorschriften der §§ 385, 386, 393, 397. Die Verhandlung der Parteien über die Echtheit bis zu einem desfalligen Beweisbeschlusse gehört sachgemäß dem nach der Vorlegung stattfindenden Hauptverfahren an, *Ann.* 2 § 404, und zwar auch dann, wenn die Vorlegung als Beweisaufnahme in Folge eines besonderen Beweisbeschlusses erfolgt. Demgemäß gehört auch erst diesem Verfahren nach der Vorlegung die Antretung des Echtheitsbeweises, des Beweises für die Identität des Beweismittels, an; und sie erfolgt zeitig nach dem erst

dann nöthigen Bestreiten der Echtheit. Die §§ 339, 398 sind hiergegen nicht anwendbar, da es sich immer um den Beweis derselben, durch die Urkunden zu beweisenden Thatfachen handelt: und von einem nachträglichen Vorbringen im Sinne der §§ 251, 252, 256 kann nicht die Rede sein, da erst das Bestreiten der Echtheit Grund zum Echtheitsbeweise giebt. Der Beweis der Echtheit der vorgelegten Urkunde entspricht in dieser Beziehung dem Beweise der Identität des vorgezeigten Augenschein- Gegenstandes, Anm. § 337. Vgl. auch „erforderlichen Falls“ § 406 Abs. 2; v. Bülow Anm. 1, 2.

Alle Beweismittel sind zulässig, auch die Eideszuschreibung, soweit sie sonst statthaft ist. Der Gegner des Beweisführers braucht sich zur eidlichen Diffessur nicht zu erlauben. Der Diffessionseid ist als besonderes Beweismittel in der CP. nicht aufgenommen. Hinsichtlich der Zulässigkeit der Zuschreibung und Zurückziehung, sowie eines richterlichen Eides über die Echtheit gelten die allgemeinen Vorschriften über Eideszuschreibung, Mot. 272, Anm. 1 § 413, namentlich auch darüber, daß ein Anderer in einer den Delaten verpflichtenden Weise (z. B. zufolge Auftrags) unterschrieben hat und daß ein Auftrag hierzu erteilt ist. Auch dies gehört zum Echtheitsbeweise und kann in die Eidesnorm (wie bei dem früheren Diffessionseide) aufgenommen werden, N. O. 30, 405; 20. Sept. 1886, RM. 314, Raff. R. 32, 429. Vgl. Anm. 2 § 558. Nimmt das Gericht die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde als erwiesen an, so ist die Eideszuschreibung ausgeschlossen, § 411. Die Eideszuschreibung gilt nur als eventuelle, § 418. Der Eid kann sowohl auf die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde, als auf die dadurch zu beweisende Thatfache gerichtet sein. M. Siebenhaar 425.

2) Der Beweis der Unrichtigkeit der Beglaubigung ist zulässig. Die Beglaubigung ist die Beurkundung der Thatfache, daß das Handzeichen vom Aussteller herrührt und sind hierauf hinsichtlich des Echtheitsbeweises die §§ 402, 403, und hinsichtlich der Beweiskraft § 383 anwendbar.

Ob und wie eine gerichtliche oder notarielle Beglaubigung von Handzeichen stattfinden kann, entscheiden die Landesgesetze. Abweichend von § 76, welcher für seinen Zweck besondere erleichterte Formvorschriften gegeben hat, ist hier nur eine Frage in bestimmter Richtung für den Fall entschieden, daß eine gewisse Form in der dabei vorausgesetzten gesetzlichen Weise beobachtet ist. Ueber die Form der Beglaubigung in Preußen vgl. Anm. § 381.

Sind die Handzeichen nicht vorschriftsmäßig beglaubigt, so wird durch einen anderweitigen Beweis, daß dieselben von dem Aussteller herrühren, die Vermuthung der Echtheit der Schrift nicht begründet. Darum ist hier nur von Beglaubigung der Handzeichen, nicht der Namensunterschrift selbst die Rede. Für diese kann der Beweis auch anderweitig mit der Wirkung der Vermuthung aus § 405 geführt werden.

3) Die Bedeutung der Vermuthung ist hier dieselbe wie im § 402 Abs. 1 (praesumptio juris). Indeß nur für die über der Unterschrift oder dem Handzeichen stehende Schrift gilt diese gesetzliche Vermuthung; bei dem quergeschriebenen Wechsel-Accept also nur für den über der Namenschrift des Acceptanten etwa befindlichen Acceptationsvermerk („angenommen“ u. dergl.), nicht für den sonstigen Text des Wechsels. Hinsichtlich des letzteren entscheidet das Beweiswürdigungsrecht aus § 259. Der Beweis dafür, daß sich ein solches Accept auf den nicht darüber geschriebenen Wechselinhalt bezieht, ist dahin anzutreten, daß derselbe auf den vorliegenden (ausgefüllten) Wechsel oder auf ein von dem Bezogenen zu solcher Ausfüllung bestimmtes Blanquett gesetzt ist. Bei der Leichtigkeit, aus der Unterschrift unter einem beliebigen Schriftstücke, unter welcher ein leerer Raum gelassen ist, eine Querschrift für einen Wechsel-Text zu fälschen, hat diese Konsequenz nichts Unbilliges. — Wer die Vermuthung des Abs. 2 gegen sich hat, hat den Gegenbeweis zu führen, welcher prozessrechtlich nicht beschränkt ist; N. O. 24. Okt. 1891, RM. 528. Die Echtheitsvermuthung ist für Urkunden, welche äußere Mängel (Durchstreichungen, Radirungen, Einschaltungen, § 384) zeigen, im § 405 nicht ausgeschlossen; indeß sie betrifft, auch abgesehen von der hierdurch nach dem § 384 in das Ermessen des Gerichts gestellten Beweiskraft nicht solche mangelhaften Stellen, sondern nur die mit der Unterschrift augenschein-

lich zusammengehörige, darüber stehende Schrift. Für die gekänderte Schrift ist der darunter stehende Name keine Unterschrift. Die Frage, für welche Schrift der Name als Unterschrift anzusehen ist, unterliegt als tatsächliche der freien Beweiswürdigung des Richters. P. 160. Vgl. v. Bülow Anm. 3.

Ueber das Verhältniß des § 405 zu §§ 381, 384 vgl. §§ 381, 384. Der § 405 Abs. 2 bestimmt darüber, wann der Text einer Schrift echt, d. h. weder verfälscht, noch durch Mißbrauch eines Blanquett's entstanden ist; § 381, was ein echter Text beweist. Vgl. R. 15. Mai 1889, 3W. 244.

Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Zulässigkeit und den Einfluß der Benutzung von Blanquett's, insbesondere darüber, was derjenige, welcher eine Blanquett-Unterschrift einem Andern übergibt, als von ihm genehmigt gegenüber Allen oder Einzelnen gelten lassen muß, werden durch die Beweiswürdigungsfrage nicht berührt. Vgl. R. 7. Juni 1887, 3W. 312; für Wechsel: R. 6, 47; 14, 54, 56; 17, 210; R. 2, 89, 97; 24. Okt. 1891, 3W. 528; für Vollmachten: RR. I. 13 § 113; Rot. 272. Ebenso haben die civilrechtlichen Vorschriften, nach welchen Schriftstücke ge- und unterschrieben sein müssen, um bestimmte Rechtsfolgen zu haben, z. B. RR. II. 2 § 380a nichts mit dem Echtheitsbeweise zu thun; vgl. Anm. 1 Abs. 5 § 381 u. Anm. 3 § 404.

### § 406.

Der Beweis der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann auch durch Schriftvergleichung geführt werden.<sup>1)</sup>

In diesem Falle hat der Beweisführer zur Vergleichung geeignete Schriften vorzulegen oder deren Mittheilung in Gemäßheit der Bestimmung des § 397 zu beantragen und erforderlichen Falls den Beweis der Echtheit derselben anzutreten.<sup>2)</sup>

Befinden sich zur Vergleichung geeignete Schriften in den Händen des Gegners, so ist dieser auf Antrag des Beweisführers zur Vorlegung verpflichtet. Die Bestimmungen der §§ 386—391 finden entsprechende Anwendung. Kommt der Gegner der Anordnung, die zur Vergleichung geeigneten Schriften vorzulegen oder den im § 391 bestimmten Eid zu leisten, nicht nach, so gilt der Echtheitsbeweis als geführt.<sup>3)</sup>

Macht der Beweisführer glaubhaft, daß in den Händen eines Dritten geeignete Vergleichungsschriften sich befinden, deren Vorlegung er im Wege der Klage zu erwirken im Stande sei, so finden die Vorschriften des § 396 entsprechende Anwendung.<sup>4)</sup>

R. 393. H. 606. 607. P. 160. 553.

1) Für den Beweis durch Schriftvergleichung sind Beschränkungen auf bestimmte Arten von Schriften, auf einen bestimmten Umfang des Geschriebenen u. nicht gegeben. Der in der R. 10 § 151 angeordnete Zwang, eigenhändig etwas zu schreiben, ist nicht zugelassen, Rot. 272, 273. Es ist Sache des Beweisführers, die Vorlegung von Schriften, welche zur Vergleichung geeignet sind, zu veranlassen. In den Abs. 2, 3, 4 sind gesonderte Vorschriften über das Verfahren betreffs der Benutzung von Vergleichshandschriften gegeben, je nachdem solche

- a) im Besitze des Beweisführers selbst oder einer öffentlichen Behörde bzw. eines Beamten, Abs. 2,
- b) des Gegners, Abs. 3,
- c) eines Dritten, Abs. 4, sich befinden.

Alle Vorschriften gelten nach Abs. 1 gleichmäßig, der Beweisführer mag die Echtheit oder Unechtheit der als Beweismittel in Rede stehenden Urkunde beweisen wollen

2) Abs. 2. Eine Beweisantretung durch Vorlegung der Schriften, wenn der

Beweisführer selbst solche hat, bzw. durch einen nach § 397 zu stellenden Antrag, wenn der Beweisführer behauptet, daß eine Behörde oder ein Beamter dergleichen hat, ist zu der in Anm. 1 § 405 bezeichneten Zeit zu bewirken. Den Beweis für die Echtheit dieser Schriften hat er „erforderlichen Falls“ erst anzutreten, wenn dieselben vorgelegt sind und ihre Echtheit bestritten wird. Vgl. im E. 1 § 377: „sofern deren Echtheit nicht feststeht“ statt „erforderlichen Falls“.

3) Abs. 3. Dadurch, daß die §§ 386—391 entsprechend anwendbar sind, ist bestimmt, daß wenn nach der Behauptung des Beweisführers sich geeignete Schriften in den Händen des Gegners befinden, dieser nur solche Schriften vorzulegen hat, welche bestimmt bezeichnet sind und deren Vorlegung der Beweisführer nach §§ 387, 388 zu verlangen berechtigt ist. Der Antrag, dem Gegner die Vorlegung aufzugeben, muß entsprechend den §§ 386, 389 begründet sein, und darf sich nicht darauf beschränken, allgemein „zur Vergleichung geeignete Schriften“ vorgelegt zu verlangen, mag auch der Gegner selbst derjenige sein, um dessen Handschrift es sich handelt oder mag er unzweifelhaft Handschriften des Ausstellers besitzen. Für das fernere Verfahren nach dem Antrage sind die §§ 390, 391 entsprechend anwendbar. Die Echtheit der vorgelegten „geeigneten“ Schriften ist, wenn sie bestritten wird, vom Beweisführer zu beweisen, *R. O.* 25. Febr. 1885, *Raffr.* 29, 1103. Dagegen ist dann, wenn der Gegner trotz Anordnung weder vorlegt, noch im Falle seines Besitzbestreitens den EDITIONSEID leistet, nicht das Präjudiz des § 392 anwendbar, sondern nach der positiven Beweisregel des Abs. 3 gilt dann der Echtheitsbeweis für diejenige Urkunde, für welche der Beweisführer den Echtheitsbeweis durch Schriftvergleichung führen will, Abs. 1 als geführt. — Die Beweisregel des Abs. 3 hat einen unmittelbaren Wortausdruck nur für den Fall gefunden, daß der Beweisführer einen Echtheitsbeweis führen will, ist jedoch nach dem vorangestellten Abs. 1 auch zur Feststellung des Unrechtsbeweises anwendbar, wenn dieser geführt werden soll.

4) Abs. 4. Auch hinsichtlich des Dritten, welcher geeignete Schriften besitzt, gilt in Betreff der bestimmten Bezeichnung und seiner Verpflichtung zur Vorlegung zufolge der mit § 396 bezogenen Vorschriften (§§ 395, 393, 389) das in Anm. 3 Gesagte; falls der Dritte eine Behörde oder ein Beamter ist, vgl. Abs. 2 und Anm. 4 § 397.

### § 407.

Ueber das Ergebnis der Schriftvergleichung hat das Gericht nach freier Ueberzeugung, geeigneten Falls nach Anhörung von Sachverständigen zu entscheiden.<sup>1)</sup>

**R. 394. N. 606. 607. P. 160. 553.**

1) § 407 ist von der Vorl. hinzugefügt, um nicht für das unsichere Beweismittel der Schriftvergleichung (vgl. Stein, *priv. Wissen* S. 21 Anm. 12) durch § 406 Abs. 1 im Anschlusse an die bindenden Beweisregeln der §§ 402—405 das Mißverständnis entstehen zu lassen, daß diesem Beweismittel, welches nur als etwaiger Nothbehelf beibehalten wurde, sogar bindende Kraft beizubehalten solle.

Das Gericht kann die Schriftvergleichung selbst vornehmen und unmittelbar entscheiden, nach seinem Ermessen bestimmen, ob „geeignetensfalls“ Sachverständige vernommen werden sollen und über bzw. gegen deren Gutachten entscheiden, *R. O.* 5. März 1892, *JW.* 217; Vorb. vor § 367, ebenso nach seinem Ermessen einen Ergänzungseid fordern, vgl. Anm. 1 § 405.

### § 408.

Urkunden, deren Echtheit bestritten ist oder deren Inhalt verändert sein soll, werden bis zur Erledigung des Rechtsstreits auf der Gerichtsschreiberei verwahrt,<sup>1)</sup> sofern nicht ihre Auslieferung an eine andere Behörde im Interesse der öffentlichen Ordnung erforderlich ist.<sup>2)</sup>

**R. 395. N. 608. P. 160. 553.**

1) Hierzu ist eine Anordnung im Sinne des § 133 Abf. 2 erforderlich. Nach der Erledigung des Rechtsstreits sind auch die Urkunden, deren Echtheit bestritten ist, oder deren Inhalt (nämlich: nach der Behauptung einer Partei) verändert sein soll, an die Partei zurückzugeben, welche sie vorgelegt hat. Vgl. Anm. 1 § 385. Ueber die Haftung für den Verlust einer Urkunde beim Gerichte s. Anm. § 122.

Auf die von Dritten vorgelegten Urkunden bezieht sich das Recht des Gerichts, Urkunden bis zur Erledigung des Rechtsstreits zu behalten, nicht; deren Zurückbehaltung kann nur mit Bewilligung des Dritten erfolgen. Die C.P. ordnet nur die Rechte und Pflichten der beim Rechtsstreite Beteiligten, soweit nicht Dritte ausdrücklich als Betroffenen bezeichnet sind, vgl. Anm. 3 § 394. A. A. Förster, Gaupp, Seuffert, Struckm.-Roch.

2) Im Interesse der öffentlichen Ordnung kann die Auslieferung an eine andere Behörde zur strafrechtlichen oder Disziplinarverfolgung, zur Berichtigung öffentlicher Bücher, im Stempelinteresse u. erforderlich sein.

### § 409.

Ist eine Urkunde von einer Partei in der Absicht, deren Benutzung dem Gegner zu entziehen, beseitigt oder zur Benutzung untauglich gemacht, so können die Behauptungen des Gegners über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde als bewiesen angesehen werden.<sup>1)</sup>

R. 296. N. 600. P. 160. 552.

1) Die Vorschrift des § 409 soll prozessualische Strafbestimmung sein; sie erfordert keinen Antrag des Gegners, ist aber nur fakultativ. Ob der Beseitigte zur Vernichtung oder Beseitigung civilrechtlich berechtigt war, macht keinen Unterschied; a. A. Förster, Gaupp, Struckm.-Roch; vielmehr genügt die in § 409 vorausgesetzte Absicht, nicht aber bloße Fahrlässigkeit. Ein Antrag in der Vorz., den § 409 auf widerrechtliche Handlungen zu beschränken, ist abgelehnt; Rot. 273, 274. Ebenso ist es unerheblich, ob die Entziehung, Beseitigung u. vor oder erst während des Prozesses erfolgt sind. — Das Präjudiz des § 409 stimmt mit dem § 392 nur für den Fall überein, wenn nicht eine Abschrift der Urkunde von dem Beweisführer beigebracht ist. Hat er eine solche beigebracht, so bestimmt § 392 ein schärferes Präjudiz. Ueber das Verhältnis des § 392 zum § 409 s. Anm. 1 § 392.

Die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, welche schon beim Vorhandensein von culpa ein Interesse gewähren, sowie der dem materiellen Rechte angehörende Einfluß des Verschuldens auf die Beweislast sind durch § 409 nicht beseitigt; ROß. 14, 242; 19, 103.

## Sehnter Titel. Beweis durch Eid.

Vgl. zu diesem Titel: R. Leonhard, die Eideszuschreibung in Familienprozessen nach dem Entw. eines bürgerl. Ges., Marburg 1890 (bes. Geschichtliches u. de lege ferenda); Kleinfeller, geschichtl. Entwicklung des Eidsachenrechts, Berlin 1891; Stein, priv. Wissen des Richters, Leipzig 1893; Schuppe, Raff.R. 30, 233 ff.; Staub, JW. 1886 S. 131 ff.; Bähr das. S. 175 ff.; Pland 2 §§ 124, 125; Hellmann, krit. Vierteljahrsschr. 34, 571; Weismann, Busch 18, 279; Erutter, prozess. Rechtsgeschäfte, 1890 und Bona fides im Zivilprozeß, 1892. Ueber die Gesetzgebung der Eideszuschreibung durch Vernehmung der Parteien als Zeugen vgl. die Literatur bei Seuffert Vorb. vor § 410, und 22. Juristentag, Gutachten von v. Canstein u. Kleinfeller Bd. 1 S. 3—108; ferner Erutter, Schiedsleid oder Parteienvernehmung? München 1893. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob begriffsmäßig der Partei-Eid ein wahres Beweismittel im Prozesse ist (Weßell § 25; Heusler, civ.R. 62, 225, 237, 303), oder ob er lediglich formelle Wahrheit bietet, und als für diesen Zweck, wie Geständniß, Kontumazialsystem und Vermuthungen dienend, aus der Reihe der Beweismittel zu streichen ist (von Canstein, Busch 297 ff., 312—328, 334, 343; Erutter a. a. D.), oder ob er an sich, sowie



auch für die *CP.* als *Schiedseid* durch die Wirkung der formellen Wahrheit die Bezeichnung eines Beweismittels nicht verdient, als richterlicher (*Rotheid*) Eid dagegen Ueberzeugungsmittel ist (*Wendt, cit. X. 63, 270—278; vgl. Bach, Vortr. 164*). Im Sinne der *CP.* gehört jedenfalls der *Schiedseid* (Eid zufolge Parteibestimmung, *Eideszuschlebung*) zu den Beweismitteln, welche die Partei zur Beweisführung für bestrittene Thatsachen verwenden kann, wengleich er formelle Wahrheit wirkt, und in den Regelfällen keinen Beweisgrund für die richterliche Ueberzeugung herstellen mag; und der richterliche Eid wird nach seiner Stellung im Tit. 10 „Beweis durch Eid“ und der Gleichstellung wesentlicher Vorschriften und Wirkungen ebenfalls als Beweismittel behandelt, wengleich er nicht von der Partei, sondern nur für die Partei vom Richter als Mittel zur Beweisführung bestimmt ist und neben dem wesentlich auf Herstellung richterlicher Ueberzeugung beruhenden Grunde der Auferlegung mit der Wirkung formeller Wahrheit nach der Auferlegung ausgestattet ist. In einigen Fällen wird auch dem Einflusse des *Schiedseides* auf die richterliche Ueberzeugung besonderer Ausdruck gegeben, §§ 434, 435 Abs. 2, 436; wodurch sein Charakter als Beweismittel noch scharfer hervortritt, während in anderen Bestimmungen sich allerdings Anklänge an die Vertragsnatur desselben finden; §§ 415, 435, 495 (*Caupp Vorb. III*). Gegen die Vertragsnatur des *Schiedseides* im heutigen Recht vgl. *Leonhard a. a. O. 93 ff.*

Die *CP.* begreift unter „*Parteid*“ (§§ 543 Nr. 1, 611, 861) sowohl den auf „*Eideszuschlebung*“ einer Partei beruhenden f. g. *Schiedseid*, als auch den ohne Rücksicht auf den Partei-Antrag vom Richter auferlegten „*richterlichen*“ f. g. *Rotheid*. Der beide behandelnde Tit. 10 der *CP.* vom „*Beweise durch Eid*“ hat in allen gesetzgeberischen Stadien bedeutende Aenderungen erlitten. Die aufgestellten Grundsätze sind durch beträchtliche Ausnahmen durchbrochen, und die Darstellung im Systeme ist dadurch auch äußerlich verhältnißmäßig weniger übersichtlich geworden. Der f. g. *Kompromißeid* ist der *CP.* unbekannt und fällt nicht unter § 153 *StGB.*; *RO. Str. 5, 94, vgl. Anm. 1 § 415*.

In Betreff der Form (§§ 424—427, 431, 439) ist die Aufnahme bestimmter Thatsachen in die *Eidesnorm* des *Partei-Eides* maßgebend geblieben. Die Entscheidung des Gerichts, ob und welche Eide zu leisten sind, soll durch bedingtes Urtheil bzw. *Beweisbeschluß* erfolgen. Die Anträge auf eidliche Zeugenvernehmung der Parteien sind abgelehnt worden. Die Befragung der Parteien, §§ 130—132, soll nur Mittel zur Aufklärung über ihre Behauptungen sein, nicht bindendes Beweismittel; *P. 161 ff., 183 ff., Rot. 274, 275*.

Der *Partei-Eid* kann nur über Thatsachen geleistet werden, — in dieser Hinsicht ist keine Ausnahme statuiert — §§ 410, 437; der *Schiedseid* grundsätzlich nur über die Wissenschaft des Schwörenden von der streitigen Thatsache bzw. über den Umfang dieser Kenntniß. In der letzteren Beziehung sind jedoch hinsichtlich des zulässigen Inhalts des *Eides* (§§ 410—415, 434—436) von diesem Grundsätze mehrfache Ausnahmen aufgestellt. Vgl. *Anm. 3 § 410, Rot. 276, 277 und § 415*. Bezüglich des richterlichen *Eides* vgl. in dieser Beziehung *Anm. 3 § 437*.

Auch abgesehen von der Frage, über welchen Inhalt ein *Partei-Eid* zulässig ist, erleidet der die Beweishebung beherrschende Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung für die *Eideszuschlebung* bedeutende Modifikation. Soweit das Prozeßgericht eine Thatsache für wichtig hält, und deren Wahrheit oder Unwahrheit nicht schon durch die sonstige Beweiswürdigung festgestellt findet, kann es eine zulässige *Eidesbelation* darüber nicht ignoriren, sondern muß nach den positiven bindenden Beweisregeln über die Folgen der *Eideszuschlebung* die streitigen Thatsachen je nach der unterbliebenen Erklärung, der *Eidesverweigerung*, der *Eidesleistung* und *Eideserlassung* als wahr oder widerlegt ansehen und demgemäß für die Entscheidung verwenden. Die Vorschriften für diese Feststellung der durch *Eideszuschlebung* zu ermittelnden, formellen Wahrheit und ihr Verhältniß zur richterlichen Beweiswürdigung sind in den §§ 411, 412, 416—423, 428—436 gegeben. Soweit darin nicht ausdrückliche Ausnahmen festgesetzt sind, tritt der *Cardinalgrundsatz* der freien richterlichen Beweiswürdigung, § 259, wieder in sein Recht. Der freien Beweiswürdigung ist ferner gegenüber der Feststellung der formalen Wahrheit durch *Eideszu-*

schlebung nach der Richtung hin der Vorzug gelassen, daß die Eideszuschlebung nur als subsidiäres, eventuelles Beweismittel gilt, §§ 418, 419.

Die eventuelle Natur des Partei-Eides ist auch in Verbindung mit der freien richterlichen Beweiswürdigung darin durchgreifend, daß das Gericht alsdann, wenn es nach dem Gesamtergebnisse der Verhandlungen (einschließlich der durch etwaige unterbliebene Erklärungen festgestellten bindenden formellen Wahrheit für einzelne Thatsachen) die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache nicht erlangt, nach seinem Ermessen der einen oder der anderen Partei einen Eid über die streitige Thatsache auferlegen kann. Für die Bestimmung des Schwurpflichtigen und der Thatsache seitens des Prozeßgerichts ist für diesen vom Prozeßgericht auferlegten „richterlichen Eid“ die Rücksicht maßgebend, wessen Eid und über welche Thatsache der Eid für die richterliche Ueberzeugung bestimmend sein würde, §§ 437—439.

Eigentümliche, nicht im Lit. 10 behandelte, richterliche Eide sind noch: der Parteieid zur Glaubhaftmachung, welcher nur dann auferlegt werden darf, wenn es sich um die Glaubhaftmachung handelt, Anm. 3 § 266, und der nicht über Ihatfachen, sondern über die Höhe eines Schadens oder eines Interesse aufzuerlegende Schätzungseid, Anm. 3 § 260. — Einen besonderen Charakter haben ferner der zur Befestigung der Behauptung des Besitzes einer Urkunde als Reinigungseid obligatorisch zu leistende Edditionseid, § 391, und der Offenbarungseid, §§ 711, 769, 780 ff.

### § 410.

Die Eideszuschlebung ist nur über Thatsachen<sup>1)</sup> zulässig, welche<sup>2)</sup> in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter<sup>3)</sup> bestehen, oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind.<sup>4)</sup>

R. 397. N. 609. 610. P. 161—167. 554.

1) (I. Zulässigkeit der Eideszuschlebung, §§ 410—415, vgl. hierüber Schuppe, Raffr. 30, 233 ff., ZW. 1886 S. 131 ff., Bähr ebenda 175 ff., Kleinfeller, Buch 16, 277 ff. u. gesch. Entw. d. f. Vorbem.). Thatsache ist an sich jedes für das Bewußtsein des Schwörenden Seiendes der äußeren (Sinnen-) oder der Gedanken-Welt. Von diesem Satze sind jedoch für das Verständnis des Gesetzes zweierlei Einschränkungen zu machen: Erstens ist nach dem Sprachgebrauch der C.P. von dem Gebiete des Thatsächlichen die rechtliche Beurtheilung d. h. die Bejahung oder Verneinung von Rechtsnormen und die Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz (Rechtsnormen) auszuschließen. Es ist daher unzulässig, die Entschlebung über das Vorhandensein von Rechtsnormen oder die Unterordnung der Thatsachen unter diese einem Schiedseid anzuvertrauen. Wenn indessen nach dem der richterlichen Entscheidung unterbreiteten Prozeßstoffe ein Zweifel oder ein Partei-Streit darüber nicht herrscht, vielmehr nur diejenigen thatsächlichen Elemente streitig sind, welche einen im konkreten Falle unzweifelhaften Rechtsbegriff unbedenklich ausmachen, so erscheint es auch zulässig, den Rechtsbegriff selbst als einen abgekürzten Ausdruck der streitigen Thatsachen in die Eidesform aufzunehmen, wenn derselbe (wie Kauf, Darlehn u. dgl.) ein allgemein bekannter und gebräuchlicher ist, sodaß ein Irrthum über denselben in der Seele des Schwörenden ausgeschlossen erscheint. Ist dagegen die Möglichkeit eines solchen Irrthums vorhanden, oder bewegt sich der Streit der Parteien gerade über die Natur des thatsächlichen Vorganges, sodaß nach der verschiedenen Darstellung der Parteien die rechtliche Charakterisirung desselben verschieden ausfallen muß, so ist bei der Eideszuschlebung und der Auferlegung des Schiedseides der Rechtsbegriff in die unter denselben gehörigen thatsächlichen Elemente, soweit sie bestritten sind, aufzulösen, so auch R. 20. Juni 1890, ZW. 256. Insofern ist der, zu abstrakt ausgedrückte Gedanke von Staub a. a. D. richtig, welcher Thatsache als diejenige Partei-Anführung definiert, deren objektiver Thatbestand sich in seine logischen Elemente nicht mehr zerlegen lasse. Zweitens ist mit Rücksicht auf die Natur und Wirkung des Beweismittels, (die durch den Schiedseid herzustellende Ueberzeugungs-Gewißheit für die zu beschwörende Thatsache) die Eideszuschlebung nur soweit zu

zulassen, als anzunehmen ist, daß das Bewußtsein des Schwörenden von der Existenz oder Nichtexistenz der Thatfache bezw. von seiner Ueberzeugung (§ 424) nach dem Inhalt der Eidesnorm ein logisch sicheres, nicht rein willkürliches oder zufolge fehlenden Mittelgliedes logisch unvermitteltes sein werde und könne. Aus den erwähnten beiden Beschränkungen ist der in Theorie und Praxis weit verbreitete Satz zu erklären und zu begrenzen, daß die Eideszuschreibung nur über Thatfachen, nicht über reine Urtheile zulässig ist (vgl. u. A. *R.* 2. Nov. 1887, *S.W.* 494; 14. Nov. 1887, *S.W.* 1888 S. 12, *S.A.* 43, 364). Dabei ist nicht verkannt und zu berücksichtigen, daß jede Behauptung und jede Wahrnehmung ein Urtheil in Betreff der Thatfache enthält. Die Bedeutung der zu beschwörenden Thatfache ist für den Parteieneid keine andere, als für Bekundung eines Zeugen, § 338, und für die Einlassung der Partei, den Gegenstand der Klage und die Beweisaufnahme, §§ 121, 128 bis 130, 259, 324. Vgl. Kleineller, *gesch. Entw. d. S.* 280 ff. Wenn verlangt wird, daß eine Partei nur Thatfachen, nicht Urtheile, beschwören soll und daß ein Zeuge über Thatfachen, nicht über Urtheile zu vernehmen ist, so hat dieser Gegensatz nur insoweit eine zu verwerthende Bedeutung, daß Gegenstand des Eides nur dasjenige werden soll, was Jemand wahrgenommen oder gethan hat, nicht aber Schlußfolgerungen aus dem ihm Bekannten und aus demjenigen, was er wahrgenommen hat oder wahrgenommen zu haben glaubt. Da eben Jeder nach seinen persönlichen Kräften und Verhältnissen zugleich urtheilt, indem er wahrnimmt und das Wahrgenommene darstellt, so ist die Eidesnorm für die Partei zu individualisiren, sowie auch die Beurtheilung einer Zeugenaussage die Individualität des Zeugen zu berücksichtigen hat. In diesem Sinne ist jener Satz für die Auslegung des Thatfachenbegriffs zutreffend. Bei der Anwendung desselben sind nicht allein die objektiven Momente, sondern auch die Bildung, Kenntnisse und Lebenserfahrungen des Schwörenden zu berücksichtigen, überhaupt die subjektiven Umstände des einzelnen Falles zu erwägen; *R.* 7, 2; *33*, 105, 115; 20. Juni 1890, *S.W.* 256; 26. Nov. 1891, *S.W.* 1892 S. 14; 20. Dez. 1893, *Raff.R.* 38, 463; 1. Febr. 1895, *S.W.* 126. Darüber lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen, vielmehr entscheidet richterliche Erfahrung und sachgemäßes Ermessen. Vgl. Stein, *priv. W. d. S.* 8, 60 ff.

Aus den vorstehenden allgemeinen Gesichtspunkten ist die in der Judikatur des Reichsgerichts enthaltene (von Staub mit Unrecht getadelte) reiche Kasuistik zu § 410 aufzufassen und im Wesentlichen zu billigen.

Danach werden für unzulässig erklärt Eideszuschreibungen darüber:

daß eine Sache Eigenthum einer Partei sei, daß einer Partei eine Forderung in bestimmter Höhe zustehe, daß gewisse Forderungen zu einer bestimmten Gemeinschaft gehörten, daß die Parteien bei einer Verabredung oder Handlung einen bestimmten Beweggrund, Zweck oder Absicht gehabt haben (ohne Angabe der diese Schlußfolgerungen vermittelnden Thatfachen); *R.* 16. Dez., 20. Nov. 1884, 20. März 1885, *S.W.* 1885 S. 26, 184; 12. Nov. 1884, *S.A.* 40, 365; 8. Jan. 1886, *Raff.R.* 30, 1137; 7. Jan., 25. Juni 1886, 14. Juni 1887, *S.W.* 1886 S. 72, 296; 1887 S. 326, insbesondere, daß eine Urkunde nach der Vereinbarung einen bestimmten Sinn habe; *R.* 15. Nov. 1887, *S.A.* 43, 247; daß bei einem Anerkenntniß ein Verpflichtungswille bestanden habe; *R.* 25, 181, daß der Partei die Kenntniß eines Rechtsverhältnisses innewohne; *R.* 16. April 1887, *S.W.* 203, daß zwischen einer Handlung und einem Schaden ein ursächlicher Zusammenhang bestehe; *R.* 16. Juni 1882, *S.W.* 175; über die Gewerbmäßigkeit eines Geschäftsverkehrs, *O.B.G.* 9. Dez. 1891, *S.A.* 47, 355;

dagegen für zulässig:

über sog. innere Thatfachen, insbesondere Wissen und Wollen (auch über die Kombination der Kenntniß eines Willens), soweit es sich um Handlungen und Wahrnehmungen der in § 410 genannten Personen handelt; *R.* 3, 395, 430; 7. Juni 1882, ferner *Nr.* 542/82 V, *S.W.* 175, 260; 16. u. 20. Jan. 1883, *S.W.* 77; 16. Sept. 1895, *S.W.* 322; 4. März 1885, *Raff.R.* 29, 1107; 16. April 1887, *S.W.* 203 (vgl. *O.B.G.* Dresden, *civ.A.* 69, 451); (vorausgesetzt, daß zu den Wahrnehmungen nicht Kenntnisse oder Fähigkeiten erforderlich sind, welche die Partei nicht besitzt; *R.* 20. Dez. 1893, *Raff.R.* 38,

463) **R. 21, 402** (Kenntniß des Eigenthums eines Anderen bei einfachen Verhältnissen); **R. 23, Dkt. 1891, ZB. 528** (Wille, sich rechtlich zu verpflichten); **R. 8, Juli 1889, ZB. 324** (Kenntniß der Zahlungseinstellung, vgl. weiter unten), — es ist nicht nöthig, die Quelle des Wissens anzugeben; **R. 10, April 1889, SA. 44, 366; 27, Dkt. 1892, ZB. 506**; aber das Wissen muß sich auf eine bestimmte Thatfache beziehen, sodaß die Eideszuschreibung nicht bloß als ein Versuch der Ausforschung benutzt werden kann, **R. 29, Juni 1888, ZB. 329; DdO. Hamburg, SA. 49, 110**; eine Eideszuschreibung über das Wissen von einer Thatfache ist auch nur dann erheblich, wenn die Thatfache selbst unbestritten oder erweislich richtig ist, **R. 7, Dez. 1892, ZB. 1893 S. 96**. Eine Eideszuschreibung über eine Absicht kann wegen der darin enthaltenen unaufgeklärten Schlußfolgerungen nicht die konkludenten Thatfachen zur Auslegung von Willenserklärungen ersetzen, **R. 6, Nov. 1891, ZB. 570**. Sofern es sich um das Wissen und Wollen des Schwörenden handelt, ist der Vorgang im Wissenden und Wollenden eine Thatfache, welche er selbst in sich wahrnimmt, **R. 13, Jan. 1894, ZB. 120, SA. 49, 368**. Auch darüber, daß die Partei durch eine Thatfache zu einer Handlung bestimmt worden sei, ist, als über eine innere Wahrnehmung, der Eid zulässig; **R. 8, Dkt. 1892, ZB. 462**, ebenso darüber, daß die Partei nicht den erforderlichen Willen gehabt habe, die eheliche Gemeinschaft wieder herzustellen; **R. 10, Mai 1894, ZB. 363**; so auch, daß sie von der Thatfache überzeugt sei, **R. 8, Dkt. 1894, ZB. 544**.

über eigene körperliche Empfindungen; **R. 2, Nov. 1887, ZB. 493**;

über allgemein gebräuchliche Rechtsbegriffe (unter den oben dafür bemerkten Voraussetzungen und je nach der Bildung und der Kenntnisse des Schwörenden), **R. 3, 398** (Zahlungseinstellung); **7, 1; 27, Juni u. 12, Nov. 1884, ZB. 1884 S. 218** (SA. 40, 366), **ZB. 1885 S. 26; 9, Juli 1887, ZB. 352, SA. 43, 108** (Simulation); **28, April 1886, ZB. 165; 26, Nov. 1891, ZB. 1892 S. 14; 3, Dez. 1891, Raffr. 37, 389; 3, Febr. 1893, ZB. 136** (Vertrag);

über den Werth einer Sache, wenn dem Schwörenden die genügende Sachkenntniß beiwohnt; **R. 15, 336**; vgl. **Boll, Bl. f. Rechtsanw. S. 57, 97, 113, 129, 145**; über den Betrag eines von dem Delaten besessenen Vermögens, **DdO. 6, Juli 1888 u. 8, Jan. 1889, SA. 45, 103, 102**;

über ein Rechnungsergebnis, welches sich aus der Verbindung mehrerer Thatfachen ergibt (unter der gleichen Voraussetzung); **R. 21, Juni 1883, ZB. 227**. Vgl. dagegen **R. 5, Dkt. 1894, ZB. 518**;

über die Behauptung, daß der Gegner fremdes Geld in eigenen Ruhen verwandt habe; **R. 17, Febr. 1886, ZB. 91**.

Vgl. auch **DdEr. 68, 297; 75, 195; SA. 12, 137; Mot. 276**; ferner **RDf. 21, 31** (Eid über alternative Behauptungen für zulässig erachtet), **R. 21, Nov. 1885, Raffr. 30, 736; DdO. 5, Juni 1886, SA. 42, 102** und **Anm. 3 § 437**.

Die ganze Frage bietet eine unverkennbare Analogie mit der f. g. Substantzierungspflicht der Partei gegenüber dem richterlichen Erkennen; vgl. darüber **Bähr a. a. O.** und die dort angeführte ältere Schrift desselben. Darunter fällt insbesondere auch die Frage, inwieweit die Behauptung eines geschlechtlichen Verkehrs für die Eideszuschreibung zu spezialfassen ist; vgl. darüber **R. 21, März 1888, SA. 43, 465; 8, Dez. 1890, ZB. 1891 S. 8, SA. 46, 366; 16, Febr. 1894, ZB. 140; DdO. Frankfurt, SA. 45, 104; DdO. Hamburg, SA. 46, 103**. Der Eid muß die Möglichkeit einer gewissenhaften Erklärung über die Thatfache gewähren; **R. 8, März 1894, ZB. 197**.

Strafbare Thatfachen sind von der Eideszuschreibung nicht ausgeschlossen; **Mot. 276, 277; RDf. 9, 35; R. 6, April 1889, ZB. 206**. Auch die Eideszuschreibung an Personen, die wegen Meineids bestraft sind, ist, weil auf dem Parteiwillen beruhend, nicht unzulässig, sondern in den §§ 422, 432, 439 **Abf. 2** als zulässig vorausgesetzt; Mittel zur Vermeidung solcher Eide f. § 140.

Daß eine Eideszuschreibung nur für erhebliche Thatfachen zu berücksichtigen ist, folgt aus der Pflicht des Richters, die materiellen Voraussetzungen der Rechtsverhältnisse

zu prüfen, und aus § 259. Ob die Thatfachen unmittelbar oder nur mittelbar erheßlich sind, ist bezüglich der Folgen der Eideszuschreibung gleichgültig. Die Thatfache muß eine „bestimmt bezeichnete“ sein, § 416; R. 8. März 1894, ZW. 197.

2) Verstanden ist im § 410, daß nach der Behauptung des Deferenten Handlungen oder Wahrnehmungen des Gegners u. s. w. erfolgt sind, oder nicht erfolgt sind. Die Unterlassung und Bernelmung von Thatfachen und Wahrnehmungen kann ebenso wie die Bejahung Gegenstand der Eideszuschreibung sein. Vgl. § 424. Daß es sich um eigene Wahrnehmung des Gegners handle, wird dadurch noch nicht genügend behauptet, daß der streitige Akt mit Vorwissen des Gegners geschehen sei; damit würde die Bestimmung des § 410 illusorisch, und der besetzte Ignoranzbeid wieder eingeführt. Handlungen Dritter können nur dann Gegenstand der Eideszuschreibung sein, wenn der Beweisführer zugleich behauptet, daß der Gegner oder dessen Rechtsvorgänger oder Vertreter dieselben wahrgenommen habe; R. 10, 323. Entbindung von den Beschränkungen hinsichtlich der zur Eidesleistung zu verstattenden Thatfachen ist nur nach Maßgabe des § 415 zulässig.

3) Die Zulassung der Eideszuschreibung über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger und Vertreter führt Kleinfeller, Busch 16, 277 ff., mit Recht darauf zurück, daß der Delat über solche Thatfachen regelmäßig sich zuverlässige Kenntniß verschaffen könne. Vgl. Rot. 277. Für die Anwendung der Bestimmung ist es jedoch unerheblich, ob dieses gesetzgeberische Motiv in dem gegebenen Falle zutrifft. Wenn Kleinfeller, gesch. Entw. S. 280 ff. für den § 410 allgemein für entscheidend erklärt, was der Schwörende im konkreten Falle wissen könne, mit der Maßgabe, daß dies durch die §§ 410, 415, 437 quantitativ „begrenzt“ sei, so ist gegenüber diesem mindestens ungenauen Ausdruck hervorzuheben, daß nach dem Wortlaute des Gesetzes die im konkreten Falle wirklich erlangte oder mögliche Kenntniß nicht Voraussetzung ist und die Eideszuschreibung in §§ 410, 415 über die Wissensmöglichkeit ausgebeht ist. — Das Verhältnis als Rechtsvorgänger oder Vertreter ist von dem Deferenten (im Falle der Zurückschreibung, § 413, von dem Zurückschreibenden) darzulegen, vgl. Anm. 1 § 413. — Rechtsvorgänger und Vertreter sind im allgemeinsten Sinne verstanden, ohne Rücksicht, ob dem Gegner das Recht von seinem (nächsten oder entfernten) Vorgänger übertragen ist, ob das Recht auf einen Universal-Successor übergegangen ist, und ob und in welchem Rechtsverhältnisse der Gegner zu seinem Rechtsvorgänger gestanden hat, abgesehen von der allein entscheidenden Rechtsnachfolge in der Zeit; ebenso, ob der Vertreter eine formelle Vollmacht des Gegners hatte. Nach der allgemeinen Fassung macht es auch keinen Unterschied, ob der Deferent selbst Rechtsvorgänger (oder Vertreter) ist, D. 80. Dresden, SA. 45, 104 und dazu Kleinfeller, Busch 16 S. 259 f. Ob Jemand Rechtsvorgänger oder Vertreter eines Anderen war, ist für diese materiell-rechtlichen Rechtsbegriffe nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden, soweit es sich nicht um eine Rechtsnachfolge bzw. Vertretung aus prozessualischem Grunde handelt. Die Schulübernahme begründet eine Sonderrechtsnachfolge des Uebernehmers in das Rechtsverhältnis des Schuldners; D. 80. Celle, SA. 48, 468. Bei der Ueberweisung einer Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung § 736, sei es zur Einziehung, sei es an Zahlung statt, ist der Schuldner in Bezug auf die überwiesene Forderung im Sinne des § 410 als Rechtsvorgänger des Gläubigers zu erachten. Vgl. Falkmann, Busch 15, 510. Erforderlich ist jedoch nach dem Begriffe der Rechtsnachfolge, daß es sich um dasselbe Recht für die Partei und den Rechtsvorgänger handelt oder wenigstens um ein von dem Rechte des Vorgängers abgeleitetes Recht der Partei. Der Indoffant ist nicht Rechtsvorgänger des Indoffatars, R. 24, 3; R. 16. Febr. 1888, ZW. 132, sofern es sich nicht um ein Nachindoffament nach Art. 16 Abs. 2 B. D. oder um ein Inaffomandat (vgl. R. 7. März 1885, ZW. 158 Ziff. 6, Kass. 29, 1104; R. 21, 274; 23, 352) handelt. Dagegen ist für Anfechtungsflagen (auf Grund der Bestimmungen der R. D. und des Anfechtungsges.) der Gemeinschuldner bzw. Schuldner Rechtsvorgänger des Anfechtungsbeklagten, da dieser sein Recht von dem des Ersteren ableitet; R. 15, 368; Caupp Anm. II R. 14; RR. Brettnner, Kass. 28, 728 ff.; Seuffert Anm. 2 b. Vgl. auch Anm. 4 § 350 Nr. 4, Anm. 2 § 286, R. 30. Dt. 1886, ZW. 397.

Vertreter ist Jeder, durch welchen die Partei handeln lieh; oder welcher im Namen der Partei handelt, so daß die Partei dessen Handlung als die ihrige gelten läßt oder gelten lassen muß einschließlich des freiwilligen thatsächlichen Vertreters, negotiorum gestor, des Boten u. s. w. Unbedenklich ist der kontrahierende Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft Vertreter der Mitgesellschafter im Sinne des § 410, R. 26. April 1890, JW. 203, Raffr. 34, 1163. Das Gleiche wird man von dem persönlich haftenden Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft gegenüber den Kommanditisten sagen müssen; wohl aber nicht von dem Inhaber des Handelsgewerbes gegenüber dem stillen Gesellschafter (vgl. Art. 256 HGB.). Die Bemerkung der Rot. 277: „unter Vertreter sei derjenige zu verstehen, für dessen Handlung die Partei hafte“ ist offenbar ungenau; der Verpflichtungserfolg ohne die Absicht, zu vertreten oder vertreten zu werden, entscheidet nicht. Vgl. ALR. I. 6 §§ 57, 62—67. So auch R. 13, 355. Ob der Vertreter zugleich Prozeßbevollmächtigter im schwebenden Rechtsstreite ist, bleibt unerheblich. Vorausgesetzt ist jedoch im § 410, daß der Vertreter im Prozesse nicht selbst als gesetzlicher Vertreter Partei ist; in welchem Falle an ihn selbst als den Gegner die Eideszuschreibung zu richten ist, §§ 435, 436. Vgl. R. 3. Juli 1888, JW. 343. Die Verkehrs Rücksichten auf eine solche Vorgängerschaft und auf Handlungen solcher Vertreter haben, abgesehen von dem oben erwähnten Grunde, ihre Gleichstellung mit den eigenen Handlungen und Wahrnehmungen der Partei veranlaßt; Rot. 276, 277, P. 165—167. Daher ist auch der Vertreter des Rechtsvorgängers einbegriffen, R. 8, 342; DSB. Hamburg, SA. 44, 369.

Sofern der Deferent Handlungen oder Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger oder Vertreter des Gegners behauptet, ist es zur Rechtfertigung der Zulässigkeit seiner Eideszuschreibung seine Sache, das Verhältnis der Rechtsnachfolge oder Vertretung thatsächlich darzulegen, vgl. Anm. 1 § 413.

4) Ueber das Verhältnis von Streitgenossen vgl. Anm. § 434. Eine vertragsmäßige Ausschließung der Eideszuschreibung als Beweismittel für ein Rechtsverhältnis (Siebenhaar 440) ist unzulässig, vgl. Borch. 4 § 230, Anm. 2 § 259; erfolgt sie in Verbindung mit der Bestimmung, daß Vertragsänderungen nur durch Schrift festgestellt werden dürfen, so hat dies die materiell-rechtliche Bedeutung einer Formvorschrift für fernere Siniung. Ueber die Thatsache aber, daß eine Schrift hierüber vollzogen sei, ist dadurch die Eideszuschreibung nicht ausgeschlossen.

Landesgesetzliche Vorschriften, welche in Ansehung gewisser Rechtsverhältnisse die Eideszuschreibung ausschließen oder nur unter Beschränkungen zulassen, z. B. preuß. Gej. 24. April 1854 §§ 16, 17 betr. Schwängerungen; ALR. I. 5 § 49 (Zwang), I. 16 § 107 (Quittung in Erwartung der Zahlung) sind durch § 14 Nr. 2 G. aufgehoben. — Durch die G. ist die Eideszuschreibung in den Fällen der §§ 411, 544 Abs. 2, in Ehe- und Entmündigungsachen nach Maßgabe der §§ 577, 611, 624, 626, zur Glaubhaftmachung durch § 266 und theilweise im Urkundenprozesse nach §§ 553, 558 unzulässig erklärt. Durch Aufrechterhaltung der praesumptiones juris et de jure im § 16 G. ist auch die Eideszuschreibung zum Gegenbeweise darüber für unzulässig erklärt; vgl. Anm. 1 § 411 u. betr. der Lebenspräsumtionen, R. 28. Juni 1893, JW. 426.

Die Nichtanwendung des § 410 berechtigt zur Revision, wenn eine Eidesdelation (vom Richter) abgeschlagen oder angenommen wird, während sie bei richtiger Anwendung des § 410 auf den konkreten Fall anzunehmen oder abzuschlagen gewesen wäre; R. 3, 430.

### § 411.

Die Eideszuschreibung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, ist unzulässig.<sup>1)</sup>

R. 308. N. 611. P. 167. 554.

1) Der Nachdruck ist hier nicht nur auf das Erwiesensein zu legen, sondern wesentlich auch darauf, ob das Gericht eine Thatsache erwiesen erachtet. Gegenüber der richterlichen Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Thatsache, § 259, soll auf die formale Bewahrheitung durch Eideszuschreibung nicht Bezug genommen werden können. Ob

eine förmliche Beweisaufnahme vorangegangen ist, oder der Richter das Gegentheil aus dem gesammten Inhalte der Verhandlungen oder wegen objektiver Unmöglichkeit der Thatfache für erwiesen erachtet, ist unerheblich; *R. 18, 163*; ebenso ob das Gericht das Gegentheil durch direkten Beweis oder Indizienbeweis für erwiesen erachtet, *R. 9. Nov. 1893, ZW. 560*. Daß indeß die Thatfache nur unwahrscheinlich ist, genügt nicht zur Ausschließung der Eideszuschreibung; *R. 5, 429*. Was § 411 von einer Thatfache ausspricht, gilt (ebenso wie § 410) logisch auch von der Verneinung einer Thatfache. Der § 411 darf jedoch (übereinstimmend mit dem gemeinrechtlichen Satze des C. 2. X. de prob.) nur auf solche Thatfachen bezogen werden, welche denjenigen, die das Gericht für erwiesen erachtet, direkt entgegenstehen, *R. 30. Juni 1892, ZW. 393*, also z. B. nicht auf die frühere Leistung eines Offenbarungseides zur Ausschließung einer Eideszuschreibung über das Vorhandensein bestimmter Objekte, *R. 14. Nov. 1893, ZW. 1894 S. 13*, und überhaupt nicht auf solche Thatfachen, die nur als Gegenbeweisgründe oder Gegenanzeigen mittelbar gegen die Wirklichkeit jener Thatfachen dienen oder eine Einrede beweisen sollen. Dies gilt auch von dem Gegenbeweise gegen den Inhalt von Urkunden. Auf Grund dieses Inhalts darf das Gericht nicht eine außerhalb derselben stehende Thatfache, welche mittelbar zur Entkräftung des Inhalts dienen soll, von der Eideszuschreibung auf Grund des § 411 ausschließen, sofern das Gericht nicht auch das Gegentheil von jener Thatfache durch die Urkunde für erwiesen erachtet; *R. 16. Mai 1885, ZW. 267, SA. 41, 226*; 21. Nov. 1885, *ZW. 1886 S. 12, Raffr. 30, 736*; 25. Juni 1885, *Raffr. 31, 110*; 19. Juni 1889, *ZW. 306*; 6. Dez. 1894, *ZW. 1895 S. 42*. — Maßgebend ist, ob das Gericht zu der Zeit, wo über die Eideszuschreibung zu urtheilen ist, das Gegentheil (bzw. im Falle des § 434 allen Streitgenossen gegenüber) für erwiesen erachtet; *R. 12, 14*. Die analoge Anwendung des § 411 auf den Fall eines rechtskräftig erkannten Eides (D. O. Braunschweig, *SA. 46, 365*) ist nicht zu billigen; auch die Vernehmung von Zeugen kann nicht analog mit der Voraussetzung des § 411 abgelehnt werden, *R. 23. Nov. 1892, 27. Juni 1893, ZW. 1893 S. 17, 384*.

Dagegen betrifft § 411 nicht die Fälle, in welchen das Gesetz etwas ohne Rücksicht auf den Beweis für gewiß erachtet. Sie sind je nach den Feststellungen des Gesetzes verschieden. Gegen praesumptiones juris et de jure (gesetzliche Fiktionen) ist eine Eideszuschreibung, sowie überhaupt ein Gegenbeweis ausgeschlossen; *Anm. 1 § 259 u. CO. § 16 Nr. 1*. Gegen praesumptiones juris, gesetzliche Feststellungen, wonach eine Thatfache ohne Ausschließung des Gegenbeweises bzw. bis zum Nachweise des Gegentheils als gewiß gilt, welche als gesetzliche Feststellungen der Beweislast wirken, ist ebenso wie jedes andere Beweismittel, auch die Eideszuschreibung zulässig. In Betreff solcher Präsumtionen des f. g. bürgerlichen Rechts ist dies im *CO. § 16 Nr. 1 Abs. 2* ausdrücklich ausgesprochen. Das Gleiche gilt von den in der *CP.* selbst bestimmten, die Beweislast regelnden, Rechtsvermutungen, vgl. *§ 153 Abs. 2, §§ 402, 405 Abs. 2*. Vgl. *Anm. 5 § 259*. Die eigentlichen prozessualischen Beweisregeln, welche dazu bestimmt sind, die freie Beweismürdigung des Gerichts über die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatfache auszuschließen, vgl. *Anm. 5 § 259*, würden ihrer Natur nach einen Gegenbeweis überhaupt nicht zulassen. Wenn dessenungeachtet durch positive Vorschrift der *CP.* ein solcher Gegenbeweis für zulässig erklärt ist, wie in *§§ 380 Abs. 2, 383 Abs. 2*, muß, soweit durch das Gesetz selbst nicht eine Einschränkung geboten ist, jedes Beweismittel, also auch die Eideszuschreibung zum Beweise des Gegentheils für zulässig erachtet werden. Eine Gleichstellung dessen, was nach der *CP.* (bis zum Beweise des Gegentheils) als gewiß zu erachten ist, mit dem vom Gerichte für erwiesen Erachteten ist im Gesetze nicht nur nicht ausgesprochen, sondern durch § 411 ausgeschlossen, hat auch durch den in der *CP.* durchgreifenden Grundsatz der freien Beweismürdigung die Konsequenz der *CP.* und die innere Begründung gegen sich. *MR. Caupp Anm. I, Seuffert Anm. 1 und R. 15, 375* (ohne nähere Begründung und unter Ignorirung des Gesetzesausdrucks, welcher das durch eine gesetzliche Beweisregel Erwiesene von dem durch das Gericht für erwiesen Erachteten zu unterscheiden nöthigt). Falls das Gericht die zufolge solcher Beweisregel als wahr anzunehmende Thatfache nicht bloß wegen der gesetzlichen Regel, sondern abgesehen von derselben, auf Grund des § 259,

als erwiesen „erachtet“, steht der Anwendung des § 411 nichts entgegen. Dasselbe gilt sachgemäß von den obenerwähnten Präsumtionen des „bürgerlichen Rechts“ und der CP., gegen welche der Beweis des Gegentheils zulässig ist. Die ausdrückliche Hervorhebung der Zulässigkeit der Eideszuschreibung „nach Maßgabe der §§ 410 ff. CP.“ in § 16 Nr. 1 Abs. 2 CG., hat hier ihren inneren Grund in dem Eingreifen in das bürgerliche Recht; die Anwendung des § 411, falls das Gericht die zu präsumierende Thatsache auf Grund der Sachlage und nicht bloß auf Grund der gesetzlichen Vermuthung für erwiesen „erachtet“, ist durch die Bezugnahme der §§ 410 ff. auch hier gegeben. RR. Puchelt 2, 252. Bgl. Anm. 2 § 383.

### § 412.

Eine nicht beweispflichtige Partei übernimmt durch Eideszuschreibung nicht die Beweispflicht.<sup>1)</sup>

R. 300. (N. 612.) P. 107. 554.

1) Ein Vorbehalt, daß die Eideszuschreibung nur für den Fall der Beweispflichtigkeit erfolgen solle, ist nicht nur zulässig, sondern gemäß § 412 unnötig und gesetzlich selbstverständlich. Die Eideszuschreibung einer nicht beweispflichtigen Partei darf nicht berücksichtigt werden, wenn die beweispflichtige ihre Gegenbehauptung nicht bewiesen hat. Das Gericht muß so oft als zur Entscheidung die Erheblichkeit von Thatsachen und Beweisen in Frage steht, die Beweislast von Amtswegen prüfen, sofern es sich um eine Eideszuschreibung handelt und das thatsächliche Verhältniß nicht schon als wahr oder widerlegt anzusehen ist. Wenn beide Theile für ihre entgegengesetzten Behauptungen den Beweis durch Eideszuschreibung antreten, so darf nur die Eideszuschreibung der beweispflichtigen Partei berücksichtigt werden. Letzteres wolle die Vorl. in ihrer ursprünglichen Redaktion auch ausdrücklich aussprechen, hielt dies dann aber durch die jetzige Redaktion für ausgedrückt.

Alles Vorstehende bezieht sich auf die richterliche Prüfung für die Entscheidung, bei welcher nach der Konstruktion des Beweisverfahrens die CP. erst die Beweispflicht zu entscheiden ist und auch dann nur einen Einfluß hat, soweit nicht über Thatsachen (auch durch Eidesverweigerung) formelle Wahrheit hergestellt ist. Dagegen ist durch § 412 nicht ausgeschlossen, daß nicht bloß die beweispflichtige, sondern ebensowohl die gegnerische Partei den Eid deferiren kann, daß auch zur Erklärung über die Eideszuschreibung der letzteren der Richter gemäß § 420 auszufordern hat und daß die unterthobene oder unzulässige Erklärung die Folge der Eidesverweigerung hat; Bach, Vort. 166, 167 u. cit. R. 64, 220; aR. Gaupp, Seuffert, Strudmann-Roch. Die Annahme von Gaupp und Seuffert, daß eine solche Eidesverweigerung ohne Folge bleibe (unschädlich sei), wenn das Gericht bei der Entscheidung findet, daß der Deferent die Beweispflicht habe, kann nicht für richtig erachtet werden, denn der Delat hat keinen Einwand aus § 412, vgl. Bach a. a. D.

### § 413.

Die Zurückschreibung des Eides ist nur insofern zulässig, als nach den Bestimmungen des § 410 die Zuschreibung desselben zulässig sein würde.<sup>1)</sup>

Sie findet nicht statt, wenn die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber die Gegenpartei über ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu schwören haben würde.<sup>2)</sup>

R. 401. N. 614. P. 107. 554.

1) Der Delat darf den Eid nach Abs. 1 nur zurückschreiben, über Thatsachen, welche in Handlungen des Eidesdeferenten, oder dessen Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmungen gewesen sind. Falls dies Verhältniß der Thatsachen nicht schon aus den vom Deferenten aufgestellten Behauptungen hervorgeht, aber durch dieselben auch nicht bestritten wird, muß der Referent das Verhältniß behaupten. Ein Mehreres ist indeß zur Begründung der Zulässigkeit nicht nöthig und der vom Relaten zu leistende Eid ist dann mit Bezug auf die thatsächlichen Behauptungen des Referenten hinsichtlich der Handlung oder Wahrnehmung des Deferenten, bzw. seiner Rechts-



vorgänger oder Vertreter zu normiren. So wie § 410 für die Zulässigkeit der Zuschiebung die Behauptung des Defferenten voraussetzt und die Wiederlegung dem Eide bzw. der Erklärung des Delaten anheimfällt, so setzt § 413 für die Zulässigkeit der Zurückschiebung die Behauptung des Referenten voraus. Sofern jedoch die tatsächliche Behauptung des Defferenten zugleich ausschließt, daß die Thatfache Handlung oder Wahrnehmung des Defferenten oder seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter war (z. B. Abschließung eines Vertrages vom Delaten mit einem Dritten ohne Zuziehung oder Kenntniß des Defferenten), so schließt dadurch der Inhalt der Eideszuschiebung die Zurückschiebung dieses Eides aus; dem Delaten bleibt es indes unbenommen, seinerseits dem Defferenten darüber den Eid zuzuschieben, daß dieser z. B. bei jener Vertragschließung zugegen gewesen sei; und nach der Beweispflicht ist zu entscheiden, auf welchen Eid es ankommt.

Mit den Beschränkungen des § 413 (sowohl Abs. 1 als Abs. 2) kann auch ein Eid, welcher über die Echtheit einer Urkunde zugeschoben ist, zurückgeschoben werden. Eine besondere Kategorie eines nicht zurückzuschiebenden Diffissionsoides über Urkunden ist nicht aufgestellt. (Anders R. 614.)

2) Abs. 2 ist nicht eine bloße Erläuterung des Abs. 1, sondern eine weitere Einschränkung der Zurückschiebung des Abs. 1. Wenn der Delat über seine Wahrnehmung oder Handlung schwören soll, für den Defferenten aber die positiv oder negativ zu beschwörende Thatfache nur Gegenstand der Wahrnehmung (oder Handlung) seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter war, und nicht des Defferenten selbst, so ist die Zurückschiebung unzulässig. Wird einem gesetzlichen Vertreter ein Eid zugeschoben, der eine eigene Handlung oder Wahrnehmung der vertretenen Partei betrifft, den er selbst aber nur in der Ueberzeugungsform leisten kann, so ist § 413 Abs. 2 nicht anwendbar, da der Delat der gesetzliche Vertreter selbst ist, § 435.

Von den Beschränkungen des § 413 kann nach § 415 entbunden werden. Auch ist es zulässig, sich gegen die nachtheiligen Wirkungen einer unzulässigen Zurückschiebung des Eides dadurch zu sichern, daß man den Eid für den Fall der Unzulässigkeit der Zurückschiebung im Voraus eventuell annimmt, § 417 Abs. 2.

### § 414.

Der Eid kann nur der Partei, nicht einem Dritten<sup>1)</sup> zugeschoben oder zurückgeschoben werden. Die Zuschiebung oder Zurückschiebung an einen Nebenintervenienten findet nur statt, wenn dieser als Streitgenosse der Hauptpartei anzusehen ist (§ 66).<sup>2)</sup>

R. 402. H. 615. E. 167. 554.

1) Zu § 414 vgl. Thiele, cit. R. 82, 30 ff. Der Eid kann weder dem Rechtsvorgänger, noch einem früheren gesetzlichen Vertreter oder einem Bevollmächtigten zu- oder zurückgeschoben werden, noch einem Bestande, und sonach auch nicht einem Nebenintervenienten, welcher nur die Stellung nach § 64 und nicht die Rechte aus § 66 hat. Einem Dritten kann auch dann, wenn er am Ausgange eines Prozesses betheilig ist, nicht der Eid zugeschoben werden; so nicht der Mutter eines Kindes bei Schwangerschaftsachen, wenn sie nicht selbst Partei ist. Ueber die Vernehmung von Nebenintervenienten, Bevollmächtigten, Gemeindefuldnern, überhaupt von Dritten, welche betheilig sind, als Zeugen vgl. Anm. 1 § 338, Anm. 4 § 358.

Die entscheidende Zeit, wann der Delat Partei sein muß, um die Eideszuschiebung an ihn zulässig zu erklären, ist der Schluß der m. B., auf welche die Auserlegung des Eides erfolgt.

Wenn ein Dritter mit Bewilligung der bisherigen Parteien bzw. nach §§ 72, 73, 236, 237 in den Prozeß als Partei eingetreten ist, so ist er natürlich selbst Partei. Der „gesetzliche Vertreter“ gilt nicht als Dritter, vgl. §§ 435, 436. Entsprechend richtet sich nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei, § 218, die Zulässigkeit der Zuschiebung oder Zurückschiebung an den Konkursverwalter und an den Gemein-

schuldner danach, ob der Eine oder Andere Partei bzw. gesetzlicher Vertreter ist. — Ueber die Eideszuschreibung bei Streitgenossen vgl. Anm. § 434. — Von den Beschränkungen des § 414 kann nach § 415 entbunden werden.

2) Der Nebeninterventent ist seinerseits nicht gehindert, dem Gegner einen Eid (mit der aus § 64 folgenden Beschränkung) zuzuschreiben. Der Delat kann ihn dann der Partei für welche der Interventent Beistand ist, zurückschieben, soweit eine Zurückschiebung an dieselbe überhaupt nach §§ 413, 410 zulässig ist. Voraussetzung ist, daß die Partei nicht die Eideszuschreibung ihres Intervententen nach § 64 mißbilligt. Vgl. Anm. § 64. RR. in v. Bülow Anm. 3. Er will auch die aktive Beteiligung des Nebenintervententen außer § 66 nicht zulassen, weil die Rot. 281 bemerken: der § 414 schließe konform den Grundsätzen der §§ 64, 65 die Nebenintervententen außer dem Falle des § 66 von dem Eidbeweise aus. Indes konform den Grundsätzen der §§ 64, 65 sind sie mit der obigen Beschränkung von der eigenen Eideszuschreibung nicht ausgeschlossen. Die Rot. 281 sind nur eine ungenaue Reproduktion der Rot. 350 zum gleichlautenden C. 1 § 385, welche lediglich von der Zu- und Zurückschiebung an Nebenintervententen sprechen. Der § 414 berührt nur die Frage, wem der Eid zu- oder zurückgeschoben werden kann.

### § 415.

Das Gericht kann anordnen,<sup>1)</sup> daß die in den §§ 410, 413, 414 enthaltenen Beschränkungen<sup>2)</sup> für die Zuschreibung und Zurückschiebung des Eides nicht zur Anwendung kommen sollen, wenn die Parteien in Betreff des zu leistenden Eides einig sind<sup>3)</sup> und der Eid sich auf Thatfachen bezieht.<sup>4)</sup>

R. 402a. (N. 609. 610). P. 169. 170. 554. 688. 689.

1) Vgl. zu § 415: Hoffmann, RaffR. 27, 177 ff.; G. Meyer, RaffR. 35, 606 ff. Der § 415 ist von der RR. hinzugefügt. Es sind dadurch unter der Voraussetzung der Einigkeit der Parteien Eideszuschreibungen bzw. Zurückschiebungen auch über alle anderen Thatfachen außer den im § 410 bezeichneten zulässig, ebenso die Zuschreibung an Intervententen, und an jeden Dritten. Die Beschränkung auf Thatfachen und das Ermessen des Gerichts („das Gericht kann anordnen“) ist aufgenommen, um nicht einen Konventionalprozeß zu schaffen und um das öffentlich-rechtliche Interesse im Prozesse zu wahren, R. 688, 689. Nach dem Systeme des Gesetzes kann das Gericht es ablehnen, der Einigung der Parteien stattzugeben, wenn außerhalb der sonstigen bindenden Vorschriften über die Bindung formaler Wahrheit der geeinigte Eid keinen Einfluß für die richterliche Ueberzeugung haben würde. Vgl. Kleinfeller, Busch 16, 261. In Folge desselben Grundsatzes ist das Gericht an einen Vergleich der Parteien (in oder außer dem Prozesse), durch welchen die Entscheidung über einen Anspruch von einem Eide abhängig gemacht ist, nicht gebunden und hat einen solchen Konventionaleid, sofern er nicht als Schieds- oder Notheid durch den Prozeß sich gegeben zeigt, nicht abzunehmen, vgl. Vorb. vor § 410 Abs. 3.

Die Anordnung des „Gerichts“ (nicht eines beauftragten oder ersuchten Richters) erfolgt in den Formen, in welchen ein Eid nach §§ 425, 426, 558 auferlegt werden kann bzw. muß, je nach der Sachlage durch Beweisbeschluß oder bedingtes Urtheil. Vgl. G. Meyer a. a. O. 609 f.

2) Die Abweichung des § 415 ist nur hinsichtlich der Beschränkungen der §§ 410, 413, 414 zulässig; nach Natur und Entstehung dieser Ausnahмовorschrift ist § 415 in keiner Weise auszudehnen.

Soll gemäß § 415 ein Dritter schwören, so ist er im Sinne der §§ 424 ff. der „Schwurpflichtige“; die Erlassung des Versäumnisurtheils gemäß § 430 kann natürlich nicht gegen den Dritten, einem Urtheile im Prozesse nicht Unterworfenen, sondern nur gegen die Partei, welcher die Eidesverweigerung ungünstig, ist gerichtet werden, von welcher auch eventuell der Einspruch einzulegen ist; G. Meyer a. a. O. S. 615; Struckmann-Roth Anm. 5 § 430. RR. Caupp Anm. IV und Seuffert Anm. 2, welche ein Versäumnisurtheil für unzulässig halten und bei Versäumnis den Eid als endgültig verweigert erachten. Zu

einer solchen Härte ist aber weder aus dem Gesetz noch aus sonstigen Gründen eine Veranlassung zu entnehmen. Ein formelles Hinderniß gegen die Erlassung eines Zwischenurtheils, daß der von dem Dritten zu leistende Eid als verweigert anzusehen sei, existirt nicht, und ebensowenig gegen die Wirksamkeit eines solchen Urtheils unter den Parteien. Die beweispflichtige Partei hat die Aufgabe, den Dritten, welcher nach der Anordnung aus § 415 schwören soll, zur Eidesleistung zu veranlassen; mit dieser Handlung wird sie durch die Verschümmung des Dritten, welche als ihre eigene Verschümmung gilt, durch das Zwischenurtheil aus § 430 vorbehaltenlich des Einspruchs ausgeschlossen. Gegen die Ansicht von Fitting § 72 S. 454, daß der Dritte als Zeuge zu behandeln sei, vgl. S. Meyer a. a. D. S. 612.

3) Die Einigung der Parteien kann durch konkludentes Schweigen erklärt werden und andererseits durch eine andere Eideszuschreibung oder eine Erklärung über eine solche ausgeschlossen sein. Durch die Zuschreibung allein wird noch keine Einigkeit darüber konstatiert, daß der Zuschreibende den Eid zurückgeschoben leisten will, weil § 421 die Zulässigkeit der Zuschreibung voraussetzt und nach § 412 die Zuschreibung unter der Voraussetzung der Beweispflichtigkeit erfolgt. Die Einigung kann von dem Prozeßbevollmächtigten erklärt werden, da sie eine Prozeßhandlung ist, § 77. Vorausgesetzt ist ein Einverständnis der Parteien (und des Gerichts Anm. 1) im Sinne des § 426 Abs. 1 „in Betreff des zu leistenden Eides“, also darüber, daß, von wem und in welcher Form der Eid zu leisten ist. Die bloße Annahme des zugeschobenen Eides enthält an sich noch keine Einigung im Sinne des § 415, R. 10, 323. Eine Einigung betr. einen über unerhebliche Punkte zu leistenden Eid ist ohne Wirksamkeit; dagegen kann allerdings (mit Hoffmann a. a. D. 187 ff. gegen Gaupp Anm. II 2) in der Einigung über den zu leistenden Eid eine solche über die Beweislast enthalten sein, welche zwar durch die Bestimmungen des § 415 nicht besonders sanktionirt, aber in demselben als zulässig vorausgesetzt wird. Daß die Uebernahme der Beweislast von einer nichtbeweispflichtigen Partei absolut ausgeschlossen sei, wie Gaupp a. a. D. und Bach, civR. 64, 220 annehmen, widerlegt § 412. Diese Bestimmung wäre überflüssig, wenn die Uebernahme einer Beweislast überhaupt nicht gestattet sein sollte, oder hätte dann eine allgemeine, auf alle Beweismittel bezügliche, Fassung erhalten. — Ein einseitiger Widerruf der Einigung kann schon nach allgemeinen Grundsätzen auch vor der Anordnung nicht für zulässig erachtet werden (aR. Hoffmann a. a. D. 189 und Gaupp Anm. III; vgl. dagegen Anm. 1 § 426 und Seuffert Anm. 3); dagegen werden die Rechte der Parteien aus §§ 418, 419, 422 durch die Einigung aus § 415 nicht berührt (aR. Seuffert Anm. 3, vgl. dagegen Gaupp Anm. III), da der § 415 anderweitige Ausnahmen von Eidesbeweise nicht statuiert.

4) Die fernere Voraussetzung, daß der Eid sich auf Thatfachen beziehen muß, ist juris publici und bindet den Richter von Amtswegen, Struchmann-Roch Anm. 4. Daß der Eid eines Dritten, vgl. Anm. 2, immer ein Wahrheitseid (kein Ueberzeugungseid) sein müsse, wie Fitting § 72 R. 13 annimmt, ist nicht zuzugeben, da das Gesetz nicht unterscheidet, und auch kein innerer Grund dafür spricht. Der Ueberzeugungseid einer gewissenhaften Person kann für die Wahrheitsermittlung unter Umständen werthvoller sein, als der Wahrheitseid einer weniger gewissenhaften. Vgl. auch gegen Fitting: Meyer a. a. D. S. 613.

### § 416.

Die Antretung des Beweises<sup>1)</sup> erfolgt durch die Erklärung, daß dem Gegner<sup>2)</sup> über die bestimmt zu bezeichnende Thatfache<sup>3)</sup> der Eid zugeschoben werde.<sup>4)</sup>

R. 403. N. 620. P. 187. 554.

1) (II. Parteierklärungen betreffs des Schiedseids, §§ 416—423.) Die Zeit zur Beweisantretung (bis zum Schlusse der mR., auf welche das Urtheil ergeht, § 256) ist für die Eideszuschreibung nicht so, wie in § 339, 367, 398 für Zeugen und Urkunden Dritter geschehen ist, beschränkt. Die Eideszuschreibung wird nicht als verzögernd angesehen.

2) Der Gegner, welchem der Eid zugeschoben wird, ist zu bezeichnen, wenn (beim

Vorhandensein von Streitgenossen oder Vertretern) sich nicht bloß ein Gegner als möglich ergibt, §§ 434 ff. Indes das Verlangen, daß der Defereut unbedingt bei der Eideszuschreibung an eine juristische Person, Gesellschaft, Genossenschaft z. Bzw. für die §§ 433, 436 bei der Eideszuschreibung oder doch in der Eidesauflegung vorangehenden mB. die physische Person zu bezeichnen habe, welche schwören soll (Caupp Anm. II) ist nicht begründet, auch praktisch nicht immer durchführbar, z. B. bei Eideszuschreibungen an die den Fiskus vertretende Behörde, deren Beamte der Defereut in der Regel nicht in der Lage ist, zu bezeichnen. Der Eid von gesetzlichen Vertretern (z. B. dem Vorstande einer Aktiengesellschaft) oder von Genossen einer Handelsgesellschaft ist seitens derjenigen, welche zur Zeit der Eidesleistung Vertreter sind, unter Berücksichtigung der §§ 434 ff. zu leisten (R.D.G. 9, 16, 46; G.G.B. Art. 232, 111 ff., R.O. 9. Juni 1885, J.W. 267) und kann hzw. muß dies dann noch erörtert werden. Der Eid und die Eidesweigerung eines dann fortgefallenen Vertreters (falls nicht schon eine wirksame Eidesweigerung voranging) entscheidet weder für, noch gegen den früher Vertretenen. Vgl. § 433; R.D.G. 2, 239; Striethorst 67, 284; 57, 100; 92, 296; King, Aktiengesetz 2. Aufl. S. 529. Unter der Voraussetzung, daß eine Aenderung nicht eintritt, ist eine frühere Erörterung rathsam, welche das Gericht von Amtswegen veranlassen kann, § 54. Wird in den Regelfällen des Prozesses einer Handelsgesellschaft, welche ohnehin unter ihrer Firma (zumal schriftlich) Geschäfte treibt, diese ohne Bezeichnung bestimmter physischer Personen geladen (vgl. 162, 195), so ist es Sache der Eidespflichtigen zu kommen und sich als Vertreter auszuweisen. Vgl. Anm. 1 § 56, Behrend Handelsr. § 74 Nr. 6, 7; R.O. 23. Nov. 1889, J.W. 1890 S. 41.

3) Die Thatfache ist „bestimmt zu bezeichnen.“ Vgl. Anm. 1 § 410; R.O. 23. Okt. 1891, J.W. 528. Die Eideszuschreibung über die gesammte Klage genügt bei größerer Ausführlichkeit der Klage nicht; sie wird jedoch bei einfachen Klagen als genügende Bestimmtheit anzusehen sein. Wegen der Zulässigkeit der Eideszuschreibung über alternative Behauptungen s. Anm. 1 § 410.

4) Die Zuschreibung kann neben anderen Beweismitteln und bedingt erfolgen; die Bedingung der Erfolglosigkeit anderer Beweismittel wird im Falle der Kumulation vermuthet, § 418 Abs. 2. Ueber die Form, in welcher der Eid zu leisten ist, ob als Wahrheits- oder Ueberzeugungseid, hat sich der Defereut nicht auszulassen. Diese Formen hat der Prozeßrichter selbstständig festzusetzen, R.O. 6. Nov. 1882, J.W. 274. Vgl. jedoch § 424 Abs. 2.

Die in erster Instanz erfolgte Eideszuschreibung behält ihre Wirkung nicht für die Berufungsinstanz und ist in derselben nöthigenfalls zu wiederholen, sofern nicht schon eine Erklärung über die Zuschreibung erfolgt ist, Anm. 1 § 495.

## § 417.

Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, hat sich zu erklären,<sup>1)</sup> ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe, selbst wenn sie Einwendungen in Beziehung auf die Eideszuschreibung vorbringt.<sup>2)</sup>

Schiebt die Partei keine Erklärung ab oder schiebt sie in einem Falle, in welchem die Zurückschreibung unzulässig ist, den Eid zurück, ohne denselben bedingt anzunehmen, so wird der Eid als verweigert angesehen.<sup>3)</sup>

R. 404. H. 621. 622. P. 167. 554. 733. 735.

1) Auch über bedingte Eideszuschreibung muß sich der Delat erklären, zumal mit jeder Eideszuschreibung die Bedingung der Beweispflichtigkeit verbunden ist, § 412. Das Gericht hat jedenfalls auch die eventuellen Eideszuschreibungen zu berücksichtigen, R.O. 24. Mai 1894, J.W. 364. Nur wenn andere Beweismittel geltend gemacht werden (§ 418), kann der Delat nach § 419 die Wiederholung der Zuschreibung nach Erledigung der anderen Beweismittel abwarten, Anm. 1 § 419. Die Erklärung muß, wie im Falle der §§ 129, 404 bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, erfolgen, jedoch unter Berücksichtigung der wichtigen Bestimmung in § 420. Die Erklärung des Delaten gehört in die mB.; vgl. § 121 Nr. 5. Das Gericht „kann“ behufs der Erklärung ver-

tagen, § 206. Ein Recht einer Partei oder eines Vertreters auf Vertagung ist weder allgemein, noch unter bestimmten Voraussetzungen vom Gesetze bewilligt. Ob eine Vertagung zu bewilligen ist, ist nach der Sachlage zu bestimmen, P. 168. Sofern nach dem Termine das Urtheil noch nicht ergeht, kann die Erklärung im späteren Termine nachgeholt werden. Der Streit über die Zulässigkeit und Wirkung der Erklärung kann als Zwischenstreit behandelt werden, § 272.

2) Der Delat, welcher Einwendungen vorbringt, kann und muß bedingt für den Fall der Verwerfung seiner Einreden sich erklären und zwar, ob er annimmt oder zurückzieht. Als Bedingungen, unter welchen die Erklärung gelten soll, sind jedoch nur zulässig a) „Einwendungen in Beziehung auf die Eideszuschreibung“, also gegen die Erheblichkeit der Thatfache oder gegen die objektive oder subjektive Zulässigkeit der Eideszuschreibung, Abs. 1; b) Erfolglosigkeit anderer Beweismittel, § 418. Jede Erklärung unter einer anderen Bedingung und jede nur ausweichende Erklärung gilt als unterbliebene. — Als Erklärung des Delaten gilt auch die Erklärung seines Nebenintervenienten mit der aus § 64 sich ergebenden Einschränkung.

3) Die Veräumnißfolge des Abs. 2 besteht darin, daß bei verweigerter oder unterbliebener Erklärung oder unzulässiger Zurückziehung der Eid als verweigert „angesehen“ wird, d. h. eine Gleichstellung dieser Veräumniß oder unwirksamen Erklärung mit der ausdrücklichen Verweigerung der Eidesleistung, § 429 Abs. 2, erfolgt, sodaß, dieser Vorschrift entsprechend, das Gegentheil der zu beschwörenden Thatfache als voll erwiesen gilt; R. 14. Nov. 1893, ZM. 1894 S. 13; vgl. jedoch für die Nachholung in der Berufungsinstanz a. E. Diese Veräumnißfolge ist ohne Androhung peremptorisch, §§ 208, 209, bei unterbliebener Erklärung aber nur nach gerichtlicher Aufforderung zur Erklärung, § 420. Der unterbliebenen Erklärung steht eine unvollständige Erklärung gleich, vgl. Anm. 2 und §§ 434, 436. Die unzulässige Zurückziehung umfaßt neben der Verletzung des § 413 auch die der §§ 434—436. Die Veräumniß-Folge ist eine unbedingt bindende Beweisregel im Sinne des § 259 Abs. 2 unter Ausschließung der richterlichen Beweismüdigung über die betroffene Thatfache.

Die Erklärung über Annahme oder Zurückziehung ist auf Antrag durch Schriftsatz-Anlage zu Protokoll bzw. durch das Protokoll festzustellen, §§ 270 Abs. 2, 470 Abs. 2. Die Erklärung des Delaten ist für den gesamten Rechtsstreit mit der Beschränkung aus § 423 bindend. — Aus der Fassung des Gesetzes ergibt sich übrigens die Zulässigkeit einer bedingten Annahme des Eides für den Fall, daß die geschehene Zurückziehung für unzulässig erachtet würde. In zweifelhaften Fällen ist von dieser Vorsichtsmaßregel zweckmäßig Gebrauch zu machen. Die Annahme oder Zurückziehung eines Eides bzw. die Ableistung, Verweigerung der Leistung und Erlassung behalten ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz, § 495. Vgl. Anm. 2, 3 § 495. Die unterbliebene oder verweigerter Erklärung kann noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden, § 493, R. 17, 422, 25, 181; 14. Nov. 1893, ZM. 1894 S. 13.

### § 418.

Durch die Zuschreibung, Annahme oder Zurückziehung des Eides wird die Geltendmachung anderer Beweismittel von Seiten der einen oder der anderen Partei nicht ausgeschlossen.<sup>1)</sup>

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so gilt der Eid nur für den Fall als aufgehoben, daß die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt.<sup>2)</sup>

R. 404 a. N. 612. 613. 621. P. 167—171. 554. 689—693. 733. 735.

1) Die §§ 418, 419 bestimmen den subsidiären Charakter des Eides für beide Parteien und die Zulässigkeit der Gewissensvertretung des Delaten im weitesten Umfange. Die C. P. hat den Gedanken der Gewissensvertretung des Delaten aufgenommen, ohne sie mit diesem Namen und als besonderes Institut einzuführen, um

die vielfachen gemeinrechtlichen Kontroversen (Wegeß 288 ff.) zu beseitigen, Rot. 280; Volgiano, Busch II, 241 ff. Infolge §§ 418, 419 gilt jede Zuschreibung und jede Neueinerklärung, Annahme, Zurückschreibung über den Eid nur als unter der Voraussetzung erklärt, daß nicht noch im Laufe der Instanz andere Beweismittel von einer der beiden Parteien vorgebracht würden. Dies gilt auch von einer nach § 413 unzulässigen Zurückschreibung; R. 25, 180, vgl. Anm. 2 § 419. Der Nebenintervenient kann als Vertreter seiner Hauptpartei ebenfalls andere Beweismittel (mit der aus § 64 folgenden Beschränkung) wirksam geltend machen; R. 3. Juni 1885 in S. Friedrich -|- Riefner. Die Geltendmachung anderer Beweismittel kann nach § 256 bis zum Schlusse der Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, erfolgen. Auch ein vorangegangener Beweisbeschluß hindert die Geltendmachung anderer Beweismittel nicht; insbesondere steht § 325 nicht entgegen, vgl. Anm. 1 § 325; R. 17, 334; sie ist auch, falls auf den Eid in erster Instanz durch bedingtes Urtheil erkannt ist, allgemein noch in zweiter Instanz zulässig, § 491. Ein arg. e. contr. kann gegen letzteres aus dem § 432 für eine Unzulässigkeit nach einer Auferlegung des Eides durch bedingtes Urtheil nicht entnommen werden, da § 432 für den Fall des bedingten Urtheils nicht den § 491 einschränken will, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme von der Regel enthält, daß nach einem bedingten Endurtheil die Eideserklärung nicht in derselben Instanz und noch viel weniger nach eingetretener Rechtskraft widerrufen werden kann, das contrarium für § 432 also nur darin besteht, daß beim Nichtvorhandensein jener Voraussetzungen es bei dieser Regel verbleibt, von welcher die Zulässigkeit des Widerrufs in der folgenden (Berufungs-) Instanz gar nicht berührt wird. Vgl. Hönemann, Raffr. 26, 29 und Anm. § 432. Das Recht zur Geltendmachung anderer Beweismittel bleibt indeß durch §§ 339, 398, 256 Abs. 2 beschränkt. Hat bereits eine Verweigerung der Eidesleistung stattgefunden, so bleiben deren Wirkungen, § 429, vgl. D. O. Jena, SA. 43, 365.

2) Im Falle der Geltendmachung (vgl. Anm. 1 § 419) anderer Beweismittel sind diese zuerst zu erheben. Wird durch dieselben das Gegentheil für erwiesen erachtet, so ist die Zulässigkeit der Eideszuschreibung nach § 411 beseitigt. Wenn sie bei der Beweisaufnahme kein Resultat ergeben, oder wenn darauf verzichtet wird, oder deren Berücksichtigung vom Gerichte abgelehnt wird, so ist dann die „Antretung des Beweises durch andere Beweismittel“ erfolglos geblieben und es sollte dann nach § 418 der Eid als zugeschoben gelten. Mit Rücksicht auf die von der R. vorgenommene Aenderung im § 419 muß jedoch nach R. 8. Nov. 1882, SA. 39, 92, Raffr. 27, 1105 die Eideszuschreibung wiederholt werden, um wirksam zu sein; vgl. Anm. 1 § 419. Diese Wiederholung ist auch dann nothwendig, wenn die Vernehmung der benannten Zeugen nach § 339 abgelehnt wird; dem Beweisführer ist zu überlassen, ob er die Eideszuschreibung wiederholen oder statt dessen die zurüdgewiesenen Zeugen lieber in der Berufungsinstanz wieder benennen will; durch die Benennung hat er den Zeugenbeweis immerhin geltend gemacht, wengleich ebenso erfolglos, wie wenn die Zeugen das Thema nicht bestätigen; vgl. Anm. 1 § 419; Kroschel, Busch 18, 259.

„Dem richterlichen Eide gegenüber tritt die Eideszuschreibung zurück“, Rot. 287. Haben die anderen Beweismittel vollen Erfolg gehabt, daß der Richter vermöge seiner diskretionären Befugniß der einen oder der anderen Partei einen Notheid auferlegt, so sind die anderen Beweismittel nicht erfolglos und geht der Notheid vor. Ebenso Ruhn, Raffr. 26, 46 ff., Volgiano, Busch II, 265 ff. Der Defereent kann seine Zuschreibung als eventuelle von dem Ermessen des Gerichts dahin abhängig machen, daß er selbst zum Notheide verurtheilt wird; sie ist dann gerichtsfällig durch Aufforderung des Gegners zur Erklärung (§ 420) zu berücksichtigen.

## § 419.

Werden andere Beweismittel geltend gemacht, so ist die Partei, welcher der Eid zugeschoben wurde, nicht verpflichtet, sich über die Eideszuschreibung

früher zu erklären, als bis die Eideszuschreibung nach Aufnahme oder sonstiger Erledigung der anderen Beweismittel wiederholt ist.<sup>1)</sup>

Sind andere Beweise aufgenommen, so kann die vorher abgegebene Erklärung widerrufen werden.<sup>2)</sup>

R. 404 b. N. 621. 622. P. 167—169. 554. 628. 629. 733. 735.

1) Der § 419 ist die Fortsetzung des § 418. Die Vorschriften des § 418 Abs. 2 und des § 419 sind anwendbar ohne Rücksicht darauf, welche Partei andere Beweismittel geltend macht. Durch die „Seltenmachung“ anderer Beweismittel, d. h. die Berufung einer Partei auf solche (vgl. geltend machen in §§ 251, 256) wird die Verpflichtung des Delaten zur Erklärung suspendirt, bis die Aufnahme der anderen Beweismittel oder ihre sonstige Erledigung (durch Verzicht, Ablehnung des Gerichts, Versäumung der Benutzung) erfolgt und nachher die Eideszuschreibung wiederholt ist. Auch das Gericht ist nach der Anm. 2 § 418 mitgetheilten Entsch. des R. nicht verpflichtet, die nicht wiederholte Eideszuschreibung zu berücksichtigen, unbeschadet der Ausübung des Fragerechts nach § 130, aR. Gaupp Anm. II, welcher eine Wiederholung nicht für nöthig erklärt, wenn die Eideszuschreibung in demselben Termine erfolgt ist. Aus der Fassung des § 419 ist allerdings nur zu entnehmen, daß der Delat auf die gerichtsfällig gemäß § 420 an ihn zu richtende Aufforderung vor Erledigung der anderen Beweise sich nicht zu erklären braucht; nicht aber, daß das Gericht nach dieser Erledigung die Aufforderung aus § 420 unterlassen dürfe. Der Streit ist indessen ohne praktische Bedeutung, weil die Unterlassung der Anwendung des Fragerechts nach § 130 behufs Erwirkung einer Wiederholung der Eideszuschreibung eine ebenso wirksame Gesetzesverletzung enthalten würde, wie die Nichtanwendung des § 420, R. 29, 334; 8. April 1893, JW. 251; Seuffert Anm. 2 § 416.

2) Abs. 1 bestimmt die Zeit der Erklärung des Delaten, wenn vor der Seltenmachung anderer Beweismittel noch keine Erklärung abgegeben war; Abs. 2, wenn vorher oder nachher eine Erklärung, d. h. Annahme oder Zurückschreibung abgegeben war, R. 29. Jan. 1894, RaffR. 38, 1229; diese kann nach einer Aufnahme anderer Beweismittel, also nicht schon nach der Seltenmachung und nicht im Falle einer sonstigen Erledigung der anderen Beweismittel widerrufen werden. Soweit der Widerruf zulässig ist (vgl. §§ 422, 423), kann selbstverständlich statt der widerrufenen Erklärung eine neue andere Erklärung über den Eid erfolgen. Zulässig ist beides in Ermangelung einer anderen Zeitbeschränkung in derselben Instanz, bis der streitige Punkt durch ein Urtheil, End-, Theil- oder Zwischenurtheil, bedingtes oder unbedingtes, erledigt ist. Nach dem Wortlaute des Abs. 2 ist jede vorher abgegebene Erklärung, also auch eine unzulässige Zurückschreibung, welche nach § 417 Abs. 2 als Eidesverweigerung anzusehen ist, widerruflich. In diesem Falle scheint zwar die kraft Gesetzes eintretende Fiktion der Weigerung hinsichtlich der Erklärung, welche eine (zulässige) Zurückschreibung nicht ist (vgl. § 418 Abs. 1), der Widerruflichkeit und der Berücksichtigung durch §§ 418, 419 entgegenzustehen; indeß in Verbindung mit den §§ 492, 495 Abs. 2, wonach auch in zweiter Instanz jede unterbliebene oder verweigerte Erklärung über die Eideszuschreibung nachgeholt werden kann, und nur die Verweigerung der Leistung eines Eides gemäß § 495 seine Wirksamkeit behält (vgl. § 429 Abs. 2), wird bei der unterschiedslosen Fassung des § 419 Abs. 2 auch die unzulässige Zurückschreibung als widerruflich anzusehen sein und zwar auch noch in der Berufungsinstanz; vgl. Anm. 3 § 417; R. 25, 180 f.; 29. Jan. 1894, JW. 120, RaffR. 38, 1229. Zu dem gleichen Resultat kommen Gaupp u. Seuffert, weil die unzulässige Zurückschreibung nicht stärkere Wirkungen haben könne, wie die unterlassene Erklärung.

## § 420.

Wegen unterbliebener Erklärung auf eine Eideszuschreibung kann der Eid nur dann als verweigert angesehen werden, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über den Eid aufgefordert ist.<sup>1)</sup>

R. 404 a. N. 621. P. 169. 170. 554. 733. 735.

1) Der § 420 bestimmt den Zeitpunkt der nach § 417 Abs. 2 eintretenden Versäumnisfolge nur für unterbliebene, nicht für unzulässige Erklärungen. Sie tritt für die letzteren mit dem Schlusse der Verhandlung, worauf das Urtheil ergeht, von selbst ein; für die unterbliebenen dagegen erst dann, wenn eine gerichtliche Aufforderung erlassen ist. Ohne Androhung der Versäumnisfolgen bei der Aufforderung ist nicht nöthig, §§ 208, 209. Die Aufforderung ist nur wirksam, wenn die Partei zur Erklärung verpflichtet ist, § 419. Für andere eventuelle Eideszuschiebungen (unter den Bedingungen der Beweispflichtigkeit des Deferenten § 412, der eigenen Verstattung zum Rothelbe oder der für jede Beweisantretung selbstverständlichen Bedingung der Erheblichkeit der Thatfache) ist ebenfalls die Aufforderung behufs Festsetzung der Versäumnisfolge nöthig; *R.* 8. April 1893, *SB.* 251. Trifft die Bedingung zu, so hat der Richter dies von Amtswegen zu beachten, und kann nicht ohne entsprechende Feststellung die Behauptung als beweislos betrachten, weil die Zuschiebung nicht vom Deferenten demnächst definitiv erfolgt wäre. Dies folgt aus §§ 420, 412 und der Urtheilspflicht des Richters hinsichtlich der Erheblichkeit der Thatfachen und der Beweislast; *DSE.* 10, 327.

Das Gericht kann die Aufforderung zu Protokoll feststellen (Gang im Allgemeinen § 146). Vorgeschieden ist dies nicht; zu den nach §§ 270, 470 Abs. 2 auf Antrag festzustellenden Erklärungen über den Eid gehören sie nicht; *Caupp Anm.*; *aR.* Sarwey, *Struchmann-Roch*; auch nicht zu den „*Förmlichkeiten*“ der *mB.*, § 150. Die Aufnahme im *Prot.* bestande genügt, ist inbezug auch zur Vermeldung des Vorwurfs der Verletzung einer wesentlichen Vorschrift nöthig.

### § 421.

Der zurückgeschobene Eid gilt auch ohne ausdrückliche Erklärung über die Annahme als von dem Beweisführer angenommen.<sup>1)</sup>

*E.* 405. *N.* 623. *P.* 170. 554. 733. 736.

1) Es wird dadurch dem Deferenten nicht abgeschnitten, Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Zurückschiebung gemäß § 413 zu erheben, *Rot.* 282. Dadurch allein gilt der Eid nicht als verweigert, wohl aber dann, wenn der Deferent den zurückgeschobenen Eid nur in einer für den bestimmten Fall unzulässigen Form leisten zu wollen erklärt; *R.* 11. Febr. 1892, *SB.* 204.

### § 422.

Die Zurückschiebung des Eides kann außer dem Falle des § 419 Abs. 2 widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissenschaftlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zurückschiebung des Eides von einer solchen Verurtheilung Kenntniß erlangt habe.<sup>1)</sup>

*E.* 406 a. *P.* 170. 171. 554. 689—693. 733. 736.

1) Die „wissenschaftliche Verletzung der Eidespflicht“ (abweichend von §§ 428 Abs. 2, 543 *Nr.* 1, 3) umfaßt nach einstimmiger Annahme der, im Uebrigen unbestimmten, *Rot.* 282 und aller Kommentatoren jedenfalls die §§ 153—158 *StGB.* unter Ausschließung der falschen, d. h. nur thatsächlich unrichtigen Beerdigung und des fahrlässig falschen Eides, § 163. Darüber, ob die §§ 159, 160, 162 *StGB.* einbegriffen sind, gehen die Ansichten auseinander. Nationell mit Rücksicht auf das vorausgesetzte Vertrauen auf die Heiligkeit des Eides und dem Wortausdrucke entsprechend ist kein Grund vorhanden, von der wissenschaftlichen Verletzung der Eidespflicht die wissenschaftliche Verleitung eines Andern zum Rothelbe oder auch nur zu einem objektiv falschen Eide, oder den vorsätzlichen Bruch promissorischer Eide auszuschließen. — Vorbedingung ist die rechtskräftige Verurtheilung vor der Leistung des Eides. Vgl. über die Ausdehnung des § 422 die §§ 432, 439. Nach erfolgter Leistung steht dem Deferenten noch die Restitutionsklage aus § 543 *Nr.* 1 zu. Die Folgen aus § 422 bestimmt § 433 Abs. 2.



## § 423.

Die Annahme<sup>1)</sup> oder Zurückziehung<sup>2)</sup> des Eides kann außer den Fällen des § 419 Abs. 2 und des § 422 nicht widerrufen werden.<sup>3)</sup>

R. 406 a. N. 621. P. 170. 171. 554. 689—693. 733. 736.

1) Die Annahme des Eides kann nur im Falle des § 419 Abs. 2 widerrufen werden.

2) Die Zurückziehung kann in den Fällen des § 419 Abs. 2 und des § 422 bzw. § 432 widerrufen werden.

3) Die Zuschreibung des Eides ist durch § 423 nicht berührt. Das Verbot des Widerrufs nach der Annahme im O. § 406 ist von der R. gestrichen. Die O. enthält kein Verbot eines Widerrufs der Zuschreibung, erklärt ihn vielmehr für den Fall der Geltendmachung anderer Beweismittel direkt für zulässig (§§ 418, 419) und behandelt nur im § 432 einen Ausnahmefall, in welchem selbst die Zuschreibung eines durch bedingtes Urtheil auferlegten Eides sowohl in derselben Instanz als auch nach eingetretener Rechtskraft zurückgenommen werden kann. Die Zulässigkeit des Widerrufs (welche wie alle Prozeßklärungen bis zum Schlusse der m. V., auf welche das Urtheil ergeht, erfolgen muß), harmonirt auch mit den sonstigen Grundsätzen der O. Der Eid hat (selbst im Falle des § 415) nicht die Vergleichsnatur und dem Delaten ist durch die Annahme kein Recht auf die Abnahme des Eides gegeben, P. 170, 171, 689—693. Nur wenn der Eid abgeleitet oder erlassen ist (also §§ 428, 429 anwendbar werden), kann diese Thatsache nicht ungeschehen gemacht werden, und wenn in einem bedingten (End- oder Zwischen-) Urtheil ein Eid auferlegt ist, kann dies nur durch Rechtsmittel (außer dem Falle der §§ 432, 433 Abs. 2) beseitigt werden. Bis zum Schlusse der m. V. vor einem bedingten oder unbedingten End- oder Zwischenurtheile, im Falle der §§ 432, 433 Abs. 2 noch später, ist hiernach der Widerruf zulässig; ein grundsätzlich in dieser Beziehung nicht bindender Beweisbeschluß hindert die Zulässigkeit des Widerrufs nicht. Die Meinung von Endemann 2, 328: die Eideszuschreibung könne nur bis zur Erklärung des Delaten über Annahme oder Zurückziehung widerrufen werden, hat keinen Grund. Dadurch daß „die Annahme oder Zurückziehung“ nach § 423 nicht widerrufen werden kann, d. h. sprachlich nur von dem annehmenden oder referirenden Delaten, wird dieser Zeitpunkt nicht für die Befugnisse des Deferenten hinsichtlich des Widerrufs der Zuschreibung bindend. Daß der Verzicht auf jedes Beweismittel im Allgemeinen zulässig ist, ergiebt sich e contrario aus den Vorschriften, worin der Verzicht in anderen einzelnen Fällen beschränkt ist, §§ 364, 401. Ebenso Gaupp und Seuffert.

## § 424.

Ueber eine Thatsache, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen besteht, oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, wird der Eid dahin geleistet:

daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.<sup>1)</sup>

Ist eine solche Thatsache vom Gegner des Schwurpflichtigen behauptet und kann dem letzteren nach den Umständen des Falles nicht zugemuthet werden, daß er die Wahrheit oder Nichtwahrheit derselben beschwöre, so kann das Gericht auf Antrag die Leistung des Eides dahin anordnen:<sup>2)</sup>

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die Thatsache wahr oder nicht wahr sei.<sup>3)</sup>

Ueber andere Thatsachen wird der Eid dahin geleistet:

daß der Schwurpflichtige nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung erlangt oder nicht erlangt habe, daß die Thatsache wahr sei.<sup>4)</sup>

R. 410. 406 b. N. 616. P. 177—179. 554. 733. 736.

1) III. Anordnung der Eidesleistung, §§ 424—427. Die Normen der Abs. 1, 2, 3 unterscheiden sich dadurch, daß Abs. 1, 2 den Eid über eine Thatfache bestimmen, welche in einer Handlung des Schwurpflichtigen besteht oder Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen ist, und zwar Abs. 1 einen Wahrheitseid, Abs. 2 einen Ueberzeugungseid; dagegen Abs. 3 den Eid über alle anderen Thatfachen, als die von Abs. 1, 2 betroffenen; die Zulässigkeit des Eides selbst vorausgesetzt. Darüber, daß der Defereent sich nicht über die Form zu erklären braucht, vgl. Anm. 4 § 416. Für sämtliche Normen ist vorausgesetzt, daß die Thatfachen nach der Behauptung des Gegners des Schwurpflichtigen zu der einen oder andern dieser Kategorien gehören, und daß der Schwurpflichtige den Eid in der positiven Form zu leisten hat, wenn er seine eigene Behauptung bestätigen will, und in der negativen, um die Behauptung des Gegners zu verneinen. (Ich schwöre: „es ist wahr, daß x.“, und ich schwöre: „es ist nicht wahr, daß x.“). Der Ausdruck: „die Thatfache“ gehört nicht in die Eidesnorm und richtet namentlich bei verneinendem Eide sprachliche Verwirrung an. Die Worte: „daß die Thatfache wahr oder nicht wahr sei“ haben überhaupt keine sakramentale Bedeutung und können füglich durch die Substitution der zu bejahenden und zu verneinenden Thatfache ersetzt werden, z. B. ich schwöre, daß ich dem N. nicht erklärt habe x. Vgl. DSB. Celle 29. Dez. 1880, Ballm. 5, 297.

2) Abs. 2. Bedingung für die Zulässigkeit des Ueberzeugungseides über die eigenen Handlungen (vgl. R. O. 11. Febr. 1891, ZW. 147) oder Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen ist:

a) daß der Gegner die Wahrheit einer solchen (positiven oder negativen) Thatfache behauptet hat, und zur Feststellung dieser Behauptung der Eid zugeschohen ist; ist der Eid zum Erweise einer vom Schwurpflichtigen selbst aufgestellten, unter Abs. 1 fallenden, Behauptung zu leisten, so muß dieser den Wahrheitseid leisten, R. O. 11. Febr. 1892, ZW. 204; von der der ersten Voraussetzung des Abs. 2 ist nur der Fall betroffen, wenn der Gegner des Schwurpflichtigen die Wahrheit einer Thatfache behauptet hat, und der Eid ist dann über die Ueberzeugung zu leisten, daß die Thatfache nicht wahr sei. Die Norm im Abs. 2 „wahr oder nicht wahr“ scheint sonach nicht korrekt, vgl. Fitting, civR. 61, 435; Busch 3, 339. Die Entgegnung von Volgiano, Busch 5, 196 verkehrt die Voraussetzung. Der Fall, daß der Gegner die Nichtwahrheit einer vom Schwurpflichtigen angeführten Thatfache behauptet bzw. diese bestritten hat, hat nicht betroffen sein sollen, wie die Mot. 284 und noch deutlicher die Mot. 582 zum E. 1 von 1871 § 391, worin zuerst der Abs. 2 formuliert wurde, ergeben: „Wird einer Partei der Eid über eine von ihr nicht selbst behauptete eigene Handlung oder Wahrnehmung angetragen.“ Doch läßt sich für die Korrektheit der Norm der Fall anführen, daß von dem Gegner des Schwurpflichtigen ein Negatives behauptet wird, z. B. bei der actio negatoria, daß der Beklagte die Wege-Servitut durch Nichtgebrauch verloren, indem er während rechtsverjährter Zeit den Weg niemals benutzt habe. Dann hat der Schwurpflichtige den Eid über das (positive) Gegentheil in der affirmativen Form zu leisten. Fernere Bedingungen sind:

b) daß bei dem Schwörenden nach den Umständen des Falles (worüber das Gericht zu entscheiden hat) nicht zugemuthet werden kann, über die Nichtwahrheit der Thatfache oder die Wahrheit des Entgegengesetzten zu schwören, was namentlich anzunehmen ist, wenn die Thatfachen eine entfernte Zeit betreffen oder die Erheblichkeit der Thatfache früher nicht füglich vorauszusetzen war, Mot. 284; oder wenn z. B. ein Erblindeter über die Echtheit oder Unechtheit seiner Unterschrift schwören soll;

c) daß der Schwurpflichtige die Norm des Ueberzeugungseides beantragt. Der Antrag ist in der m. V. zu stellen, fällt jedoch nicht etwa unter § 269. Ist ein Beweisbeschluß ergangen, so kann der auf die darzulegenden Umstände zu stützende Antrag gemäß §§ 256, 325 auch noch später gestellt werden; jedenfalls hat nur das Prozeßgericht, nicht ein beauftragter oder ersuchter Richter die Norm zu bestimmen. Die Befugniß des Gerichts, die Ueberzeugungsform anzuordnen, wird durch § 426 Abs. 1 (Einverständnis der Parteien) nicht beschränkt, R. O. 9. Mai 1894, ZW. 364.

3) Durch den Ueberzeugungseid muß der Schwörende auch beeidigen, daß er

sorgfältig geprüft und sich erkundigt hat, was durch richterliches Fragerecht, §§ 130, 442 zu ermitteln ist. Die Norm enthält also zugleich hierüber einen Wahrheits-  
eid; **R. O.** 29. Mai 1893, **IV.** 848; 18. Juni 1894, **IV.** 413. Der elastische Begriff einer  
Erkundigung schließt zumal im Falle des Abs. 3 nicht aus, daß der Schwörende unter  
Umständen die Erkundigung darauf beschränken muß, zu ermitteln, daß ihm nach der  
Sachlage unmöglich von Andern Nachricht zukommen, oder daß er nur durch Revision  
seiner Papiere oder seiner Erinnerung sich („bei sich“ Endemann 2, 330) erkundigen kann.  
— Er muß ferner seine „Ueberzeugung“, nicht bloß Glauben oder Nichtwissen, beibehalten.

4) Abs. 3 normirt den Eid über alle Thatfachen, welche nicht in Handlungen  
des Schwurpflichtigen bestehen und nicht Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen sind,  
soweit über solche Thatfachen der Eid nach §§ 410, 413, 415, 437, 439 zu leisten ist; also  
nicht bloß über Handlungen und Wahrnehmungen der Rechtsvorgänger oder Vertreter,  
sondern auch des Gegners oder Anderer. Caupp Anm. I beschränkt die Norm des § 424  
auf die §§ 410, 413. Diese Beschränkung ist jedoch nicht gerechtfertigt, da der § 424 für die  
Fälle eines Schiedseides keine Ausnahme macht und auf den richterlichen Eid nach § 439  
anwendbar erklärt ist.

Der Beweisführer schwört für die Richtigkeit seiner Behauptung, daß er die  
Ueberzeugung erlangt habe, die Thatfache sei wahr. Der Gegner des Beweisführers  
schwört über die Unrichtigkeit der von ihm bestrittenen Thatfache: er habe die Ueberzeugung  
nicht erlangt, daß sie wahr sei, **P.** 554. Der Gegner braucht nicht (wie gemäß  
Abs. 2) zu schwören, daß er die Ueberzeugung von der Unwahrheit erlangt habe.

### § 425.

Auf die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen.<sup>1)</sup>

Die Eidesleistung erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils.<sup>2)</sup>

**E.** 407. **N.** 624. 635. **P.** 175—177. 544. 733. 736.

1) Von der Vorschrift, daß auf die Leistung eines zugeschoenen (oder zurückgeschobenen)  
Eides durch bedingtes Endurtheil zu erkennen ist (**Borb.** vor § 272), sind nur die in § 426 und  
§ 558 Nr. 4 statuirten Ausnahmen zugelassen. (Im Verfahren vor den Gewerbegerichten  
bestimmt das Oericht nach freiem Ermessen, ob ein Eid durch Beweisbeschluß oder durch  
bedingtes Urtheil anzuordnen ist, § 45 **Gef.** v. 29. Juli 1890.) Die Regel beruht auf der  
subsidiären Natur des Eides. Selbstverständlich darf vor Erklärung des Delaten über  
den zugeschoenen Eid auf denselben nicht (unter der Bedingung der Annahme) erkannt  
werden, **O. O.** Kiel 1. Febr. 1884, **SA.** 39, 475; 40, 106. Ueber die gleichzeitige Anordnung  
mehrerer Eide s. Anm. § 427. Wegen der Kosten, **O. R. O.** § 24, **Anw. O. B. D.** §§ 17, 21, 29,  
45 Abs. 2. Ueber die Folgen der Verletzung des Grundgesetzes des § 425 vgl. Anm. 4  
§ 495, über die Heilbarkeit der Verletzung des Abs. 1 vgl. Anm. 1 § 267.

2) Der Grundsatz des Abs. 2, daß der Eid erst nach der Rechtskraft des Ur-  
theils abzunehmen ist, soll in Konsequenz der subsidiären Natur des Eides beider Parteien  
das beneficium novorum der Berufungsinstanz, § 491, sowie die endgültige Feststellung der  
Erheblichkeit der Thatfache und der Eidesnorm ermöglichen. Ist der Eid vor der Rechtskraft  
abgenommen, so ist dies eine Prozeßrechtsverletzung und hinsichtlich der Zulässigkeit neuer  
Beweismittel oder der Auserlegung des entgegengesetzten Eides für den Gegner nicht hinderlich;  
**R. O.** 9, 344; **O. O.** Celle, Buch 4, 383. — Das bedingte Endurtheil erhält seine formelle  
Rechtskraft mit dem fruchtlosen Ablaufe der Rechtsmittelfrist oder nach vergeblicher Ein-  
legung von Rechtsmitteln, § 645, oder nach Verzicht auf dieselben, §§ 475, 529. Der hier  
unzulässige Einspruch kommt hierfür nicht in Betracht, sofern man nicht mit Caupp Anm. II  
ein durch Eid bedingtes Versäumnisurtheil in der Berufungsinstanz gegen den Berufungs-  
beklagten für möglich hält; vgl. Anm. 2 § 504. Das Urtheil wird indeß nur als bedingtes  
Endurtheil rechtskräftig. Das Resultat, ob und wie es zur Erledigung des Rechtsstoffes  
führt, zur Gewinnung eines unbedingten Endurtheils, welches allein erst den Rechtsstoff  
für die Instanz und wenn rechtskräftig, für den gesammten Rechtsstreit erledigt, hängt  
noch davon ab, ob und wie die Bedingung durch Leistung, Verweigerung, Erlassung des

Eides erledigt oder durch einen bis zum rechtskräftigen, unbedingten Endurtheil zulässigen Akt, Vergleich, Anerkenntniß, Verzicht, Klagezurücknahme, soweit zulässig, erbringt wird. Vgl. jedoch Anm. 2 § 427. Das Verfahren der Feststellung des Eintritts oder Nichteintritts der Bedingung, Leistung oder Nichtleistung des Eides ist prozessualisch und im Sinne der C.P. für das bedingte Endurtheil ebenso wie für den Beweisbeschluß eine Beweisaufnahme und wird deshalb für beide im Titel 10 hier behandelt. Dies gilt indeß nur von diesem Verfahren, nicht von der in Folge desselben zu treffenden Entscheidung über die Folgen der Feststellung, worüber § 427 Abs. 2 besondere Bestimmung für den Fall eines bedingten Endurtheils trifft. Wegen der Folgen hieraus vgl. Anm. §§ 427, 430. Ein in erster Instanz erlassenes bedingtes Urtheil ist in der Regel in erster Instanz zu erledigen; über die Erledigung bedingter Urtheile in der Berufungsinstanz vgl. § 499. Ueber das Verfahren betreffs der Leistung des Eides und den Beweis des Eintritts der Rechtskraft vgl. Anm. 2 § 427. Ueber die Folgen des § 425 Abs. 1 gegen die Verbindung von bedingten Zwischen- und Endurtheilen vgl. Anm. 1 § 427.

### § 426.

Sind die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides einverstanden, oder dient der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreits, so kann<sup>1)</sup> die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet werden.<sup>2)</sup>

Hängt die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- und Bertheidigungsmittel von der Leistung eines Eides ab, so kann die Leistung des Eides durch Beweisbeschluß angeordnet oder auf dieselbe durch bedingtes Zwischenurtheil erkannt werden. In dem letzteren Falle erfolgt die Eidesleistung nur dann, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf dieselbe für die Endentscheidung des Rechtsstreits noch ankomme.<sup>3)</sup>

E. 408. N. 609. 610. P. 173—177. 554. 733 736.

1) Die Eidesabnahme durch Beweisbeschluß ist abweichend von der Regel des § 422 zulässig:

- a) im Urkunden- und Wechselprozesse, § 558 Nr. 4, und zwar ist in diesem Falle die Anordnung durch Beweisbeschluß nothwendig;
- b) wenn die Parteien über die Erheblichkeit und die Norm des Eides, also auch vor Allem darüber, daß und von wem der Eid zu leisten ist, einverstanden sind. — Das Einverständnis muß (im Sinne der Anm. 3 § 415) ein unbedingtes sein, ist also ausgeschlossen, wenn von einer Partei andere Beweismittel geltend gemacht werden sollen, §§ 418, 419, und hindert zufolge § 418 Abs. 1 diese Geltendmachung nicht. Vorausgesetzt wird im Gegensatz zum richterlichen Eide, § 439, daß das Einverständnis auf einer Eidesaufhebung beruht; Hoffmann, RaffR. 27, 182 ff. Selbstverständlich ist das Gericht an die Parteibeurtheilung der Erheblichkeit nicht gebunden, auch nicht einmal nach Leistung des Eides, da derselbe nach der C.P. nicht die Wirkungen eines *jurandum in jure* hat; DZG. Braunschweig, SA. 44, 370. Ein einseitiger Widerruf der einmal erfolgten Einigung über Erheblichkeit und Norm des Eides ist hier so wenig, wie im Falle des § 415 zulässig; DZG. Jena, SA. 43, 365; vgl. Anm. 3 § 415, unbeschadet des Rechts zur Zurücknahme der Eidesaufhebung überhaupt und der Befugnisse aus §§ 418, 419, 422;
- c) wenn der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreites dient, — gemeint sind hier, wie in den §§ 275, 312, die Parteien-Zwischenstreite und zwar insbesondere diejenigen, welche Beweismittel, z. B. Echtheit von Urkunden betreffen, vgl. Rot. v. 1871 E. 351 und E. 1 § 277;
- d) wenn die (abgesonderte) Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- oder Bertheidigungsmittel von einer Eidesleistung abhängt, Abs. 2.

In den Fällen des Abs. 1 (zu b und c) kann die Leistung des Eides nur entweder

gemäß der Regel des § 425 durch bedingtes Endurtheil oder gemäß der im Abs. 1 allein zugelassenen Abweichung durch Beweisbeschluß angeordnet werden. Das lediglich für den Fall des Abs. 2 gestattete bedingte Zwischenurtheil ist für den Abs. 1 nicht zulässig. Ebenso Gaupp und Seuffert.

2) Der Beweisbeschluß hat die Eidesnorm zu enthalten, § 324 Nr. 4, ohne die (im bedingten Urtheile, § 327, mitaufzunehmenden) Folgen der Leistung oder Nichtleistung zu bezeichnen. Derselbe ist durch Beschwerde nicht anfechtbar, § 530, aber wie jeder Beweisbeschluß der Zulässigkeit anderweiter Entschliekung des Prozeßgerichts, welches ihn später unerheblich finden kann, unterworfen. Die sofortige Abnahme des Eides wird durch eine gesetzliche Frist nicht gehindert, die Anwesenheit des Schwurpflichtigen vorausgesetzt. Die Folgen nach der Leistung, Erlassung oder Verweigerung bestimmen die §§ 428, 429.

3) Abs. 2 ist von der Vors. ausgenommen, um bei einer Theilung des Prozeßstoffes nicht unnötig Eide abzunehmen, sondern ihre Abnahme in bedingten Zwischenurtheilen vorbehalten zu können. Sobald die Sache zur Endentscheidung reif ist, und ein solcher Eid nicht durch die Beurtheilung anderer Angriffs- oder Verteidigungsmittel unnötig geworden ist, muß er in das Endurtheil aufgenommen werden und dies bedingte Endurtheil folgt dann der Regel des § 425 Abs. 2, daß der Eid erst nach dessen Rechtskraft abzunehmen ist, Not. 283; R. 5, 350. Ausgenommen davon sind diejenigen (bedingten) Zwischenurtheile, welche hinsichtlich der Rechtsmittel den Charakter von Endurtheilen haben, §§ 248, 276, vgl. Anm. 2 § 276. Bei diesen erfolgt nach der Natur der Sache die Eidesleistung nach der Rechtskraft des Zwischenurtheils, Gaupp Anm. I, Seuffert Anm. 2.

Abs. 2 gilt nur für den Fall, daß die Entscheidung über einzelne selbständige Angriffs- oder Verteidigungsmittel von der Leistung eines Eides abhängt. Die Angriffs- und Verteidigungsmittel werden auch hier, wie im § 275, von dem durch Abs. 1 betroffenen Zwischenstreite der Parteien unterschieden. Ueber den Begriff derselben und diesen Unterschied vgl. Vorb. 2 vor § 119 und Anm. 1 § 137; R. 7. April 1892, ZB. 300. Davon, ob das Gericht demnächst ein Zwischenurtheil zur Entscheidung über das Angriffs- oder Verteidigungsmittel selbst erlassen will oder erläßt, ist die Anwendbarkeit des Abs. 2 nicht abhängig gemacht, R. 29, 116. Dagegen ist durch die Voraussetzung, daß die Entscheidung über das Angriffs- oder Verteidigungsmittel von der Leistung des Eides abhängt, ausgedrückt, daß sie nur von dieser Eidesleistung abhängt, und nur in diesem Falle ist ein bedingtes Zwischenurtheil oder ein Beweisbeschluß zur Anordnung des Eides zulässig. Ist dagegen zunächst durch Zeugen oder Urkunden Beweis angetreten und die Eideszuschiebung nur eine eventuelle, so muß die Beurtheilung des sonstigen Beweisangebotens sowie des etwaigen Beweisergebnisses (nach Wiederholung der Eideszuschiebung, § 419, als eventueller) und die Entscheidung darüber durch Endurtheil (bzw. bedingtes Endurtheil) erfolgen, R. 3. März 1893, ZB. 347; 23. Nov. 1894, ZB. 1895 S. 8; Hoffmann, Raffr. 27, 205, 212 ff. — Darüber, daß die an sich unzulässige Anordnung eines Eides durch Beweisbeschluß, statt durch Urtheil nach § 267 geheilt werden kann, vgl. Anm. 1 § 267.

### § 427.

In dem bedingten Urtheil ist die Eidesnorm und die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides so genau, als die Lage der Sache dies gestattet, festzustellen.<sup>1)</sup>

Der Eintritt dieser Folge wird durch Endurtheil ausgeprochen.<sup>2)</sup>

E. 409. N. 624. P. 173—177. 554. 733. 736.

1) Der § 427 gilt für jedes bedingte Urtheil, sowohl für das bedingte End- (auch etwa Theil-) Urtheil des § 425, als das bedingte Zwischenurtheil des § 426 Abs. 2. Ebenso wie im Beweisbeschlusse ist die Eidesnorm festzustellen; außerdem aber die Folge der Leistung und Nichtleistung, d. h. nicht in der allgemeinen Form, daß die Thatfache oder das Gegentheil als wahr gilt, daß der Eid als verweigert anzusehen ist zc., sondern die sachlichen Folgen für die Klage- oder Widerklage-Anträge bzw. beim bedingten

Zwischenurtheile für die Erledigung der selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsanträge; sowie für die Kostenpflicht.

Die Nothwendigkeit einer vollständigen Feststellung der Folgen wird durch die Bestimmung modifizirt: „so genau als die Lage der Sache dies gestattet“. Es brauchen nicht alle denkbaren Folgen theilweiser Leistung oder Weigerung zu Eiden namentlich im Falle einer Häufung von Eiden oder vorhandener Streitgenossenschaften bestimmt zu sein, *R. O.* 19. April 1882, *S. W.* 142; 4. Nov. 1886, *S. W.* 412; *Ob. O.* 27. Febr. 1886, *S. A.* 41, 459. Dies gilt namentlich auch für den Kostenpunkt. In jedem Falle aber müssen die Grundsätze für die Festsetzung der sachlichen Folgen, d. h. der Erurtheilung oder Abweisung hinsichtlich aller möglichen Kombinationen aus dem bedingten Urtheile erkennbar sein, sodas das Läuterungs-Urtheil, vgl. Anm. 2 Abs. 2, nur diese Grundsätze anzuwenden hat, um zu einem bestimmten, endgültigen Resultate zu gelangen, nicht etwa zu einem neuen durch Eid bedingten Urtheile. Ist demnach auf mehrere Eide alternativ oder kumulativ zu erkennen, so müssen dieselben sämmtlich in dem bedingten Endurtheile angegeben sein und können nicht dem Läuterungs-Urtheile vorbehalten werden; vgl. Anm. 2, *Seuffert* Anm. 1, *Gaupp* Anm. 1, 2. Ferner darf, wie das Reichsgericht die desfallsige frühere Kontroverse der Kommentatoren entschieden hat, das bedingte Urtheil nicht die den Rechtsstreit zu Gunsten einer Abweisung oder Verurtheilung beendigen Folgen nur für den einen Fall (Leistung oder Nichtleistung) bestimmen, dagegen für den andern Fall fernere Beweiserhebungen (sei es im Tenor oder in den Gründen) vorbehalten; vielmehr soll entweder ein für beide Fälle das Endresultat des Prozesses bestimmendes bedingtes Endurtheil, § 425, oder ein bedingtes Zwischenurtheil, § 426 Abs. 2, erlassen werden, und zwar sollen die Folgen für beide Fälle im Urtheilsfate angegeben werden; *R. O.* 7, 421; 19. Mat 1885, *S. W.* 242; 25. Jan. 1890, *Raff. R.* 34, 1164, *S. W.* 7; 22. Dez. 1890, *S. W.* 1891 S. 88, *Raff. R.* 35, 1195. In Bezug auf die Behandlung eines Urtheils, welches sich nach dem Vorstehenden als eine unzulässige Verbindung von bedingtem Endurtheile und bedingtem Zwischenurtheile darstellt, hinsichtlich der Rechtsmittel haben die vereinigten Civil-Senate des Reichsgerichts *R. O.* 7, 421 — vgl. früher *R. O.* 5, 347; 6, 427, 423 — dahin entschieden, das dasselbe als ein, wenngleich prozessordnungswidriges, so doch nach Form und Zweck wirkliches, den Rechtsmitteln unterliegendes Endurtheil anzusehen sei. Dieser Entscheidung muß auch beigepflichtet werden, schon deshalb, weil das charakteristische Element des Endurtheils, der den Rechtsstreit beendigt erledigende Urtheilsfate, wenn auch nur für den einen Fall, der Leistung oder Nichtleistung des Eides, darin enthalten ist und nicht ohne Einlegung eines Rechtsmittels daraus eliminiert werden kann, selbst wenn es sich als bedingtes Zwischenurtheil bezeichnet; *R. O.* 16, 286; 20, 395; 7. März 1884, *S. A.* 39, 347; 20. Dez. 1894, 11. Jan. 1895, *S. W.* 1895 S. 61. Dem Reichsgericht angegeschlossen hat sich auch das *O. b. O.* 21. Sept. 1882, *S. A.* 38, 351; ferner *Gaupp* Anm. 1, *Hagemann*, *Buch* 12, 397; a. *Seuffert* Anm. 1; *Kocholl*, *Buch* 10, 301 ff. u. *Rechtsfälle* 2, 410; *Bierhaus*, *Buch* 15, 446. Vgl. dagegen auch *O. b. O.* Dresden, *S. A.* 38, 231. Ein solches prozessordnungswidriges Endurtheil kann allerdings, in Ermangelung der Einlegung oder der Zulässigkeit eines Rechtsmittels, § 645, Rechtskraft erlangen, aber nur hinsichtlich desjenigen Urtheilsfates, welcher das Charakteristische des Endurtheils an sich trägt, und die Beendigung des Prozesses — für den Fall der Leistung oder Nichtleistung des Eides — vorzieht; nicht aber für denjenigen Theil, welcher sich als Zwischenurtheil charakterisirt; dieses bleibt allerdings für die Instanz bindend, § 289, unterliegt aber der Beurtheilung des höhern Richters bei Einlegung eines zulässigen Rechtsmittels, § 473, 510; vgl. *Kocholl*, *Rechtsfälle* 2, 422 (gegen *Hagemann*). Auch ein Urtheil, welches die Folgen der Leistung oder Nichtleistung des Eides überhaupt nicht ausdrückt, sondern in Gemäßheit der in den Entscheidungsgründen ausgesprochenen Grundsätze dem Läuterungsurtheile vorbehält, erachtet das Reichsgericht trotz der offenbaren prozessordnungswidrigkeit desselben, für ein wirkliches Endurtheil, nicht für einen bloßen Beweisbeschluss, sofern aus demselben die Absicht des Gerichts, ein Endurtheil zu erlassen, erkennbar ist; *R. O.* 23. Febr. 1888, *Raff. R.* 32, 1194; 12. Dez. 1889, *S. W.* 1890 S. 25. Vgl. dagegen *Kocholl*, *Rechtsfälle* 2, 414 ff., dessen Be-

denken sich durch die Erwägung erlebigen, daß eine nach Form und Zweck sich als Endurtheil darstellende Entscheidung den Charakter einer solchen nicht dadurch verliert, daß es in irgend einem wesentlichen Erfordernisse unvollständig ist (vgl. § 292, 513 Nr. 7). Vgl. auch Anm. 2 § 472 sowie *R.O.* 12. März 1891, *S.W.* 246, *S.A.* 47, 467, wo in einem ähnlichen Falle ein (inkorrektes) bedingtes Zwischenurtheil angenommen ist mit Rücksicht auf die aus den Gründen erkennbare Absicht des Gerichts, nur ein solches zu erlassen. Ueber die Zulässigkeit eines bedingten End- bzw. Zwischenurtheils betr. den Grund eines Anspruchs nach § 276 vgl. Anm. 2 § 276. — In dem bedingten Endurtheil ist selbstverständlich auch die schwurpflichtige Partei zu bezeichnen, doch ist es bei prozessunfähigen Parteien, juristischen Personen, Handelsgesellschaften u. s. w. nicht unbedingt notwendig, die Personen der gesetzlichen Vertreter, welche den Eid zu leisten haben, individuell zu bestimmen, vielmehr kann dies dem Läuterungsverfahren überlassen werden, sofern nur aus dem Urtheil hervorgeht, daß der Vormund, der Vorstand, die vertretungsberechtigten Handelsgesellschafter u. s. w. zu schwören haben; vgl. Anm. 2 gegen Schluß, ferner Anm. 2 § 416; *R.O.* 23. Dez. 1889, *S.W.* 1890 S. 41.

Der Ort, wo der in einem bedingten Endurtheil auferlegte Eid zu leisten ist, gehört nicht in das Urtheil, ist vielmehr Gegenstand späterer Anordnung gemäß § 441; *R.O.* 23. Okt. 1883, *Raff.R.* 28, 1151, *Wallm.* 9, 638; 3. Juni 1886, *S.W.* 247.

2) Das Verfahren betreffs der Leistung des Eides (vgl. darüber *Struckmann*, *Böblers Mag.* 3, 307 ff.; *Boas*, *Raff.R.* 25, 563 ff.; *Zastrow*, *Raff.R.* 27, 769 ff.; *Fergenhahn*, *Busch* 15, 1 ff.) ist auch nach einem bedingten Urtheile eine Beweisaufnahme (§ 257 u. Tit. 10 „Beweis durch Eid“, *Not.* 237). Demnach kommen hinsichtlich des Prozeßbetriebs und der Veranlassung der Abnahme des Eides die §§ 230 ff., 332 ff., 335 zur Anwendung. Die Ladung der Parteien bzw. des Schwurpflichtigen ist gemäß § 425 Abs. 2 erst nach Rechtskraft des bedingten Urtheils zulässig und dann unter Beachtung des § 162 auszuführen; sie kann indeß nicht, der für einen Beweisbeschluß prinzipiellen und einen solchen voraussetzenden Officialthätigkeit des Gerichts entsprechend, gerichtsfettig von Amts wegen erfolgen. Dem Gerichte ist die Vorbedingung der Zustellung und Rechtskraft des Urtheils nicht bekannt und schon deshalb ist eine Parteiladung nach § 191 nöthig. Das Gericht hat aber auch überhaupt nicht von Amtswegen die Umwandlung des bedingten Urtheils in ein unbedingtes zu veranlassen, vielmehr abzuwarten, ob dies Seitens einer der Parteien verlangt wird; demnach hat auch die betreibende Partei den nach § 84 *O.R.G.* zu erfordernden Kostenvoranschlag zu zahlen; *R.O.* 13, 426; *Schmidt-Eberstein*, *bad. Ann.* 59, 188 f.; vgl. *Busch* 19, 524. (*M.R. D.S.O.* Dresden, *civ.A.* 69, 452, weil eine Beweisaufnahme vorliege; dies ist aber nicht entscheidend, vgl. *R.O.* a. a. D.) Vgl. Anm. 5 (am Ende) zu § 248. Die Ladung kann nur vor das Prozeßgericht erfolgen, vgl. §§ 320, 335 Abs. 1, 499. Soll ein anderes Gericht um Abnahme des Eides ersucht werden, so ist der Antrag darauf an das Prozeßgericht zu stellen und von diesem darüber zu beschließen, § 441; ohne daß es zu dieser lediglich prozeßleitenden Anordnung einer m.B. bedarf; *R.O.* 16, 411. Ebenso *Fergenhahn* a. a. D. 7 ff. (*a.R.* *Gaupp*, *Seuffert*, *Struckmann-Roch* zu § 320, vgl. Anm. 3 § 320). Die betreibende Partei hat gemäß § 425 Abs. 2 die Rechtskraft des Urtheils nachzuweisen, sei es durch ein Zeugniß der Rechtskraft, § 646, oder in anderer Weise. Für die Entscheidung des Gerichts ist das von dem Gerichtsschreiber ausgestellte Zeugniß der Rechtskraft, welches irrtümlich erteilt sein kann, nicht unbedingt maßgebend. In Ermangelung eines gehörigen Nachweises der Rechtskraft ist der Antrag auf Eidesabnahme durch Beschluß zurückzuweisen, gegen welchen Beschwerde zulässig ist, weil er als bloß prozeßleitende Anordnung eine m.B. nicht erfordert, vgl. oben, § 530. Ebenso *Fergenhahn* a. a. D. 13 (gegen *Zastrow*). — Die Parteien können nicht wirksam vereinbaren, daß der Eid vor der Rechtskraft des Urtheils abgenommen werde, da dies dem Abs. 2 § 425 widerspricht, und ein Konventionalprozeß nicht zulässig ist. Demgemäß hat auch das Gericht die Frage der Rechtskraft von Amts wegen zu prüfen. *M.R. Zastrow* a. a. D. 778. Die Parteien können die noch nicht eingetretene Rechtskraft dadurch herstellen, daß sie auf Rechtsmittel bzw. Einspruch verzichten. Nach § 259 kann das Gericht

auch aus den übereinstimmenden Erklärungen der Parteien über den Eintritt der Rechtskraft die Ueberzeugung von derselben gewinnen, allein das Gericht ist an diese Angaben nicht gebunden und hat jedenfalls beim Ausbleiben einer Partei die Angaben der erschienenen Partei von Amtswegen zu prüfen. — Nach der Einleitung des Beweisaufnahmeverfahrens vor dem Prozeßgerichte tritt für das weitere Verfahren die Officialthätigkeit des Gerichts ein und sind die §§ 320 ff., 326 ff. anwendbar. In den Bereich des Verfahrens gehören die Erörterungen aus §§ 431—433. Durch Anerkenntniß des Anspruchs vor dem Prozeßgerichte, Verzicht auf denselben oder Zurücknahme der Klage kann die Abnahme des Eides erübrigt werden, vgl. Anm. 2 § 425. Anderweitige, den Anspruch selbst betreffende Einwendungen sind abzulehnen, auch wenn die Gründe derselben erst nach Erlassung des bedingten Urtheils entstanden sind; sie sind vielmehr erst in der Zwangsvollstreckungsinstanz gemäß § 686 geltend zu machen. Dies gilt auch von dem Falle eines außerhalb des Prozeßgerichts, bzw. nicht vor einem von demselben beauftragten oder ersuchten Richter geschlossenen Vergleichs. Ebenso *RO.* 17, 341; *DO.* Hamburg, *SA.* 40, 384, *DO.* Dresden, *SA.* 43, 365. Ein solcher Vergleich wird in seiner Wirksamkeit auch durch ein späteres Läuterungsurtheil mit abweichendem Resultate nicht berührt und ist nöthigenfalls gegen die *VB.* nach § 686 geltend zu machen, vgl. Anm. 6 § 686; *DO.* Sena, *SA.* 43, 103. Ist ein wirklicher Prozeßvergleich (vor dem Prozeßrichter oder dessen Organen) geschlossen, so ist ein weiteres Verfahren überhaupt nicht mehr zulässig, da die Sache aufgehört hat, rechtshängig zu sein. Vgl. Anm. 1 § 235.

Das die Folgen nach einem bedingten Endurtheile aussprechende unbedingte Endurtheil (*Abf.* 2, s. g. Läuterungsurtheil) ist vom Prozeßgerichte (unter Umständen nach § 499 vom Berufungsgerichte als Prozeßgericht) auf Grund *mB.* zu erlassen. Dasselbe hat nur den erfolgten Eintritt, als die nunmehrige definitive Geltung der einen oder der anderen Folge auszusprechen. Vgl. *DOZO.* 2. April 1885, *SA.* 40, 460. Ueber etwas Anderes hat sich die nach einem rechtskräftigen bedingten Endurtheile ergehende Entscheidung überhaupt nicht zu erklären, wie *Abf.* 2 deutlich sagt; und es macht in dieser Beziehung auch keinen Unterschied, ob der Schwurpflichtige oder dessen Gegner die vorgängige *mB.* veräußert hat, da *Abf.* 2 (*sedes materiae* für diese Entscheidung) keinen Unterschied aufstellt. Eine Totalverhandlungsveräußerung im Sinne der §§ 295—297 tritt weder durch die Beweisveräußerung des Schwurpflichtigen, noch durch das Nichterscheinen seines Gegners ein; und von einer anderen Verhandlung als über den Eintritt der Eidesfolgen (*Abf.* 2) und die hiervon abhängige „Erledigung“ des bedingten Urtheils (§ 499), namentlich von einer das rechtskräftige Urtheil ignorirenden Abweisung der Klage oder Verurtheilung des Beklagten nach §§ 295, 296 je nach dem Erscheinen des Gegners kann nicht die Rede sein. Die Eidesleistung selbst ist kein Verhandeln, sondern ein Beweisaufnahmeakt. Nach demselben ist nur nach §§ 258, 427 *Abf.* 2 über diese Beweisaufnahme und deren Folgen zu verhandeln; in jedem Falle kann nur die Entscheidung über den Eintritt der Folgen verlangt werden. Vgl. *Fitting* § 72 S. 465; *Boß*, *RaffR.* 24, 233 ff., 242; *Wach* *Vortr.* 128; *Birkmeyer*, *medlenb. Zeitschr.* 1, 95—103; *Warkhausen*, *RaffR.* 27, 813, 815; *Zust.* *civA.* 68, 109; *Seuffert* *Anm.* 3; *H. Meyer*, *Busch* 9, 524; *Saupp* *Anm.* III. — *W. Hellmann* zu §§ 427, 430; *Frohl*, *Veräußerung*; *Zeitelmann* *Dissert.* über Einfluß der Zwischenurtheile zc., München 1893; vgl. dazu *Bolzano*, *Busch* 19, 377—389.

Welche Folgen für den Fall der Leistung und der Nichtleistung eintreten, bestimmt das bedingte Urtheil. Ob die Bedingung für die eine oder andere Alternative eingetreten ist, bestimmen die §§ 428 ff. Erscheint der Schwurpflichtige, so ist der Eid nach § 332 *Abf.* 1 ohne Rücksicht auf eine Abwesenheit des Gegners abzunehmen. Ein anderer Antrag als auf Feststellung der Folgen nach § 427 *Abf.* 2 kann nicht gestellt werden. Erscheint im Eidesstermine nach einem bedingten Endurtheile der Schwurpflichtige nicht, so sind nach dem auch für das bedingte Urtheil anwendbaren § 430 nicht sofort die im Urtheil bestimmten sachlichen Nichtleistungsfolgen festzustellen, sondern es kann zunächst nur das Veräußerungszwischenurtheil auf Antrag gemäß § 430 erlassen werden und ist dessen Rechtskraft bzw. die Erledigung des Einspruchs dagegen abzuwarten. Erst nach der Rechts-



Kraft (falls nicht Einspruch und Leistung erfolgen) ergeht dann — auf Ladung der Partei, da das Gericht von der Rechtskraft ohne Ladung nichts weiß, § 191 — auf Grund des rechtskräftigen, das Gericht bindenden Versäumniszwischenurtheils, das Läuterungsurtheil des § 427 Abs. 2. War ein vor einem beauftragten oder ersuchten Richter anberaumter Eidestermin versäumt, so ist das Versäumniszwischenurtheil des § 430 erst von dem Prozeßgerichte zu erlassen; in der dazu erfolgenden mB. ist der erscheinende Schwurpflichtige nach § 332 Abs. 2 zur Eidesleistung zuzulassen (Anm. 2 § 430); andernfalls kann gegen ihn nur Versäumnisurtheil nach § 430 beantragt werden. Eine Anwendung der §§ 295 ff. findet in keinem dieser Fälle statt. Die Versäumnisfolgen außer der im § 430 bestimmten, sind für das Läuterungsverfahren die allgemeinen der §§ 208, 209, 228, daß der Richter vertretene die nach rechtskräftigem bedingten Urtheile zulässigen bzw. nöthigen Erklärungen, Anträge und Nachweise nicht vorbringen kann, sondern die Feststellung der Folgen gewärtigen muß. Nach geschehener oder verweigerter Eidesleistung kann jede in der mB. erschienene Partei auch in Abwesenheit der Gegenpartei den Erlaß des Läuterungsurtheils beantragen, und nichts Anderes. Vgl. auch Anm. § 430. — Im Falle einer Häufung von Eiden, namentlich solcher, welche erst durch Leistung oder Nichtleistung prinzipaler Eide bedingt sind, hat das Endurtheil (Abs. 2) erst nach Erledigung der für das Endresultat maßgebenden sämtlichen prinzipalen und eventuellen Eide die Folgen als unbedingtes Urtheil auszusprechen, welches die Feststellung des reinen Endergebnisses des Rechtsstreits bewirken soll.

Erhebt sich vor der Eidesleistung ein Streit über die Person des Schwurpflichtigen (z. B. Inhaber einer Firma, gesetzliche Vertreter, Handelsgesellschafter u. dergl.), so ist dieser Streit zunächst vor der Eidesleistung durch Zwischenurtheil zu entscheiden, und — wenn die nach der Ansicht des Gerichts schwurpflichtige Partei anwesend ist — der Eid von derselben ohne Weiteres abzunehmen, und demgemäß das Urtheil nach Abs. 2 zu läutern.

Das (konfirmatorische) Läuterungsurtheil ist nach § 648 Nr. 2 ohne Antrag für vorläufig vollstreckbar zu erklären, „weil es nicht einen noch zu entscheidenden Streit zum Gegenstande hat“, Rot. 396. Das Läuterungsurtheil ist dem Einspruche nicht unterworfen, dagegen als Endurtheil der Berufung, § 427, bzw. der etwa zulässigen Revision, falls es von dem Berufungsgericht erlassen ist, § 499. Diese Rechtsmittel können gegenüber dem rechtskräftigen bedingten Urtheil natürlich nicht eine Ignoranz desselben und ein Zurückgreifen auf die Totalverhandlung der Sache zur Folge haben, sondern sich nur darauf gründen, daß zu Unrecht ein Fall der Leistung oder Nichtleistung des Eides oder die Rechtskraft oder Existenz des bedingten End-Urtheils angenommen oder der Eintritt der Folgen nicht dem bedingten Urtheil entsprechend festgestellt ist. Vgl. auch Anm. 2 § 428.

Wegen der Kosten ORO. § 24, AnwObD. §§ 13 Abs. 4, 17, 21, 29, 45.

### § 428.

Durch Leistung des Eides wird voller Beweis der beschworenen Thatsache begründet.<sup>1)</sup>

Der Beweis des Gegentheils findet nur unter denselben Voraussetzungen statt, unter welchen ein rechtskräftiges Urtheil wegen Verletzung der Eidespflicht angefochten werden kann.<sup>2)</sup>

R. 411. N. 617. 618. 626. P. 179. 554. 733. 736.

1) IV. Leistung und Nichtleistung des Eides, §§ 428—433. Nachdem in den §§ 416—423 die zulässigen Parteierklärungen über den Schöffeid vor dessen Anordnung bestimmt sind, und im § 417 Abs. 2 die bindende Beweisregel hinsichtlich derselben gegeben ist, normiren die §§ 428 ff. die Fälle der Leistung und Nichtleistung im Sinne des Gesetzes und der hinsichtlich der Eidesabnahme zulässigen Modifikationen. — Die §§ 428, 429 sind bindende Beweisregeln im Sinne des § 259 Abs. 2. Die Bedeutung des Ausdrucks „voller Beweis“ in §§ 428 Abs. 1, 429 Abs. 2 ist dieselbe, wie im § 380 Abs. 1;

dagegen ist der Beweis des Gegentheils für den § 428 nach Abs. 2 nicht, wie gemäß § 380 Abs. 2 mit der Befugniß freier Beweiswürdigung zu beurtheilen, sondern nur unter der Beschränkung des § 428 Abs. 2 zulässig und für § 429 überhaupt unzulässig. — Die Regel des § 428 Abs. 1 (wie auch entsprechend des § 429) gilt jedoch nur für den Prozeß, in welchem der Eid geleistet ist. Das an den Urkundenprozeß sich anschließende Nachverfahren (§ 563) ist eine Fortsetzung desselben Prozesses, vgl. Anm. 1 § 563; R. 9. Dez. 1886, O. 42, 237; ebenso die Umleitung des Urkundenprozesses in das ordentliche Verfahren, R. 13, 400. Die Bedeutung der Eidesleistung, Eideserlassung und Eidesverweigerung in einem Vorprozeße und Nebenprozesse für den schwebenden Prozeß unterliegt der freien Beweiswürdigung, da der Eid nach der C.P. nicht Vergleichsnatur hat; R. 11, 420, selbst dann, wenn die Prozesse demnächst verbunden werden, R. 18, 381, Ein solcher Eid hat nur die Bedeutung eines Indigium (Beweisgrund) für die Wahrheit der beschworenen Thatsache, R. 5. Dez. 1892, J. 1893 S. 75; 26. Sept. 1894, J. 518; das O. 20. Jena. Buzsch 7, 105, will ihn zu Unrecht selbst als Indigium nicht gelten lassen). Ein für den neuen Prozeß erforderlich erachteter richterlicher Eid kann nicht deshalb als unnötig erklärt werden, weil der gleiche Eid schon im Vorprozeße geleistet sei; R. 11. Mai 1885, J. 218, Raff. 29, 1109. Die Wirkung der Eidesleistung (wie auch der Eidesverweigerung) bleibt bestehen, auch wenn die Partei, welche den Eid geleistet (bzw. geweigert) hat, aus dem Prozesse ausscheidet; vgl. Thiele, civ. 82, 37.

2) Die „Boraussetzungen“ des Abs. 2 bestimmt § 543 Nr. 1. Abweichend von §§ 422, 432, 439 kommt hier nicht bloß die wesentliche, sondern entsprechend dem § 543 Nr. 1 jede Verletzung der Eidespflicht in Betracht. Die Fassung des Abs. 2 ergibt, daß der Beweis des Gegentheils nicht erst durch Anfechtung des rechtskräftigen Urtheils geführt zu werden braucht, wozu schon § 543 Nr. 1 die Befugniß giebt, sondern daß er auch sofort in demselben Prozesse, soweit das Verfahren vor dem Endurtheil und die Rechtsmittel dazu Raum geben, mit dem Nachweise der Voraussetzungen des § 543 Nr. 1 geführt werden kann, insbesondere auch im Nachverfahren des Urkundenprozesses, R. 14, 322. Der Nachweis der Unrichtigkeit beschworener unwesentlicher Nebenumstände ist für den Beweis der wesentlichen Hauptsache durch den Eid unerheblich, R. 2. Dez. 1891, J. 1892 S. 56. Die Leistung des Eides behält zwar ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz, wenn in derselben die Entscheidung, durch welche die Leistung angeordnet ist, für gerechtfertigt erachtet wird, § 495 Abs. 2; dies schließt aber die Anfechtung aus § 428 Abs. 2 nicht aus. Daraus folgt, daß auch ein in erster Instanz erlassenes Säuberungsurtheil (§ 427 Abs. 2) in der Berufungsinstanz mit dem Gegenbeweise aus § 428 Abs. 2 angefochten werden kann (O. Hall, Buzsch 9, 115, Gaupp Anm. II, a. R. Seuffert Anm. 2). Bei der Entscheidung über die Anfechtung ist die Auserlegung eines richterlichen Eides über das Gegentheil der von der anderen Partei beschworenen Thatsachen nicht ausgeschlossen; R. 14, 322. Nach der Rechtskraft der Entscheidung bleibt die Restitutionsklage des § 543 vorbehalten. Die Erhebung einer Schadenersatzklage, soweit eine solche nach bürgerlichem Rechte sonst zulässig ist, wird durch § 428 nicht berührt.

### § 429.

Die Erlassung des Eides von Seiten des Gegners hat dieselbe Wirkung, wie die Leistung des Eides.<sup>1)</sup>

Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt.<sup>2)</sup>

R. 412. N. 618. P. 179. 554. 733. 737.

1) Die Erlassung des Eides ist die von dem Gegner des Schwurpflichtigen in prozeßualisch wirksamer Weise abgegebene Erklärung, auf Leistung des Eides zu verzichten. Prozeßualisch wirksam ist die Erklärung, wenn sie der schwurpflichtigen Partei bzw. deren Prozeßbevollmächtigten oder dem Gericht gegenüber in einer für dispositive Erklärungen nach der C.P. zulässigen Form, also in der m. B., vor einem beauftragten oder ersuchten

Richter oder durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt ist. Die bloße Ankündigung in einem vorbereitenden Schriftsatz, daß eine Erlassung erfolgen werde, ist nicht genügend, ebensowenig eine sonstige nichtprozessualische Form. Die Erlassung hat die Wirkung des § 428 Abs. 1, und zwar unwiderruflich. Der Beweis des Gegentheils nach § 428 Abs. 2 könnte nur einen versuchten Meineid betreffen und ist also, da § 543 Nr. 1 eine „Eidesverletzung durch Leistung des Parteieides“ voraussetzt, für die Eideserlassung nicht zulässig. Die Erklärungen der Erlassung sowie der Verweigerung (Abs. 2) sind Prozeßhandlungen, für welche die Prozeßvollmacht legitimirt, § 77. Für die Berufungsinstanz behält die Erlassung des Eides ihre Wirksamkeit, § 495 Abs. 2. — In Ehefachen ist die Vorschrift des Abs. 1 unanwendbar, § 577, in Entmündigungssachen findet überhaupt kein Parteieid statt; vgl. Anm. 1 § 597, §§ 611 Abs. 2, 620, 624, 626.

2) Die Verweigerung der Eidesleistung kann sowohl durch ausdrückliche Erklärung der Partei oder ihrer Prozeßbevollmächtigten dahin, daß die Leistung des Eides verweigert werde, als auch durch konkludente Handlungen erfolgen, vgl. Anm. 1 lit. a § 430; *R. O.* 23, 388, *h.* Meyer, *Raff. R.* 33, 560 f. (vgl. *D. O.* Oldenburg *S. A.* 43, 266). Sie setzt begriffsmäßig ein prozeßualisch wirksames Verhalten gegenüber dem Gericht voraus, kann also nur in der *m. B.* oder vor dem beauftragten oder ersuchten Richter geschehen, Anm. 3 § 495, sei es vor oder nach der Auferlegung des Eides. (*M. Schmidt-Eberstein*, *bad. Anm.* 59, 331 ff.; *Buch* 19, 523, welcher eine Anordnung des Eides voraussetzt; vgl. dagegen *R. O.* 21. Febr. 1892, *Z. B.* 204 u. Anm. § 421.) Sie ist nicht, wie ein gerichtliches Geständniß unter gewissen Umständen, § 263, widerruflich, vielmehr sind die Folgen derselben (auch für die Berufungsinstanz § 495) nicht rückgängig zu machen; *R. O.* 18, 403; *Kammergericht Buch* 17, 389. Die Verweigerung (§§ 429, 430) bewirkt aber genau, daß das Gegentheil der Norm als bewiesen gilt, womit unter Umständen vereinbar ist, daß einzelnes in der Norm Mitbegriffenes anders sein kann, *R. O.* 3. Dez. 1891, *Raff. R.* 37, 387, *Z. B.* 1892 *S.* 14; vgl. *R. O.* 30, 360; Anm. 2 § 431. Der Verweigerung der Eidesleistung sind die Fälle der § 417 Abs. 2, (420), 430, in welchen der Eid „als verweigert anzusehen ist“, gleichgestellt, jedoch mit dem Unterschiede, daß unterb. Ebene oder verweigerter Erklärungen über Eideszuschreibungen (§§ 417 Abs. 2, 420) in der Berufungsinstanz nachgeholt werden können; § 493, Anm. 3 § 495 und daß im Falle des § 430 die Wirkung durch Einspruch beseitigt werden kann, Anm. 3 § 430. Modifikationen des Grundsatzes Abs. 2 enthalten §§ 434, 435.

Ueber die Bedeutung der Erlassung oder Verweigerung des Eides für einen anderen Prozeß vgl. Anm. 1 § 428; *R. O.* 11, 420.

### § 430.

Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht,<sup>1)</sup> so ist auf Antrag ein Versäumnisurtheil dahin zu erlassen,<sup>2)</sup> daß der Eid als verweigert anzusehen sei.<sup>3)</sup>

*R. O.* 413. *N.* 626. *P.* 179. 554. 733. 737.

1) Für das als Beweisaufnahme geltende Verfahren zur Abnahme des Parteieides, Anm. 2 § 427, ist zur Ermöglichung des Einspruchs und um für den Fall des Einspruchs nicht unnötig Beweisaufnahme oder Urtheile zu veranlassen, welche durch den Einspruch hinfällig werden, dies Verfahren „in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen als ein Zwischenurtheil“ konstruirt, und ist ausnahmsweise ein richterlicher Ausspruch zur Feststellung des Eintritts der Versäumnisnachtheile für nothwendig erklärt, um auf Grund dieser Versäumnisfolgen hinsichtlich des von demselben betroffenen Punktes ein weiteres Verfahren zu veranlassen. Die Vorschrift des § 430 ist für den darin geregelten Fall des Nichterscheinens des Schwurpflichtigen gleichmäßig für die Erledigung eines bedingten Urtheils wie eines Beweisbeschlusses obligatorisch, *Not.* 237. Die Entscheidung, ein „Versäumnis-Zwischenurtheil“, hat nur auszusprechen, „daß der (bestimmt bzw. mit Bezugnahme auf den Beweisbeschluss, § 324 Nr. 4 oder das bedingte

dagegen ist der Beweis des Gegentheils für den § 428 nach Abs. 2 nicht, wie gemäß § 427 Abs. 2 mit der Befugniß freier Beweiswürdigung zu beurtheilen, sondern nur unter der Beschränkung des § 428 Abs. 2 zulässig und für § 429 überhaupt unzulässig. — Die Bedeutung des § 428 Abs. 1 (wie auch entsprechend des § 429) gilt jedoch nur für den Prozeß, in welchem der Eid geleistet ist. Daß an den Urkundenprozeß sich anschließende Nachverfahren (§ 543) ist eine Fortsetzung desselben Prozesses, vgl. Anm. 1 § 563; R. 9. Dez. 1886, O. 12, 13; ebenso die Umleitung des Urkundenprozesses in das ordentliche Verfahren, R. 13, 14. Die Bedeutung der Eidesleistung, Eideserlassung und Eidesverweigerung in einem Hauptprozeß und Nebenprozeß für den schwebenden Prozeß unterliegt der freien Beweiswürdigung, da der Eid nach der C.P. nicht Vergleichsnatur hat; R. 11, 430, selbst dann wenn die Prozesse demnach verbunden werden, R. 18, 381, Ein solcher Eid hat nur die Bedeutung eines Indizium (Beweisgrund) für die Wahrheit der beschworenen Thatsache, R. 5. Dez. 1892, J. 1893 S. 75; 26. Sept. 1894, J. 1894 S. 518; das O. 3. Jan. Buch 7, 105, will ihn zu Unrecht selbst als Indizium nicht gelten lassen). Ein für den neuen Prozeß erforderlich erachteter richterlicher Eid kann nicht deshalb als unzulässig erklärt werden, weil der gleiche Eid schon im Vorprozeß geleistet sei; R. 11. Mai 1887, J. 1887, Raff. 29, 1109. Die Wirkung der Eidesleistung (wie auch der Eidesverweigerung) bleibt bestehen, auch wenn die Partei, welche den Eid geleistet (bzw. geweigert) hat aus dem Prozeße ausscheldet; vgl. Ziele, civ. 82, 37.

2) Die „Voraussetzungen“ des Abs. 2 bestimmt § 543 Nr. 1. Abweichend von §§ 422, 432, 439 kommt hier nicht bloß die wissentliche, sondern entsprechend dem § 543 Nr. 1 jede Verletzung der Eidespflicht in Betracht. Die Fassung des Abs. 2 ergibt, daß der Beweis des Gegentheils nicht erst durch Anfechtung des rechtskräftigen Urtheils geführt zu werden braucht, wozu schon § 543 Nr. 1 die Befugniß giebt, sondern daß er auch sofort in demselben Prozeße, soweit das Verfahren vor dem Endurtheil und die Rechtsmittel dazu Raum geben, mit dem Nachweise der Voraussetzungen des § 543 Nr. 1 geführt werden kann, insbesondere auch im Nachverfahren des Urkundenprozesses, R. 11, 322. Der Nachweis der Unrichtigkeit beschworener unwesentlicher Nebenumstände ist für den Beweis der wesentlichen Hauptsache durch den Eid unerheblich, R. 2. Dez. 1887, J. 1887 S. 56. Die Leistung des Eides behält zwar ihre Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz, wenn in derselben die Entscheidung, durch welche die Leistung angeordnet ist, für gerechtfertigt erachtet wird, § 495 Abs. 2; dies schließt aber die Anfechtung aus § 428 Abs. 2 nicht aus. Daraus folgt, daß auch ein in erster Instanz erlassenes Läuterungsurtheil (§ 427 Abs. 2) in der Berufungsinstanz mit dem Gegenbeweise aus § 428 Abs. 2 angefochten werden kann (O. 1. Fall, Buch 9, 115, Gaupp Anm. II, a. R. Seuffert Anm. 2). Bei der Entscheidung über die Anfechtung ist die Auflegung eines richterlichen Eides über das Gegentheil der von der anderen Partei beschworenen Thatsachen nicht ausgeschlossen; R. 14, 322. Nach der Rechtskraft der Entscheidung bleibt die Restitutionsklage des § 543 vorbehalten. Die Erhebung einer Schadenersatzklage, soweit eine solche nach bürgerlichem Rechte sonst zulässig ist, wird durch § 428 nicht berührt.

### § 429.

Die Erlassung des Eides von Seiten des Gegners hat dieselbe Wirkung, wie die Leistung des Eides.<sup>1)</sup>

Die Verweigerung der Eidesleistung hat zur Folge, daß das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache als voll bewiesen gilt.<sup>2)</sup>

R. 412. N. 618. P. 178. 554. 733. 737.

1) Die Erlassung des Eides ist die von dem Gegner des Schwurpflichtigen in prozeßualisch wirksamer Weise abgegebene Erklärung, auf Leistung des Eides zu verzichten. Prozeßualisch wirksam ist die Erklärung, wenn sie der schwurpflichtigen Partei bzw. deren Prozeßbevollmächtigten oder dem Gericht gegenüber in einer für dispositiven Erklärungen nach der C.P. zulässigen Form, also in der m.B., vor einem beauftragten oder ersuchten

Richter oder durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt ist. Die bloße Ankündigung in einem vorbereitenden Schriftsatz, daß eine Erlassung erfolgen werde, ist nicht genügend, ebensowenig eine sonstige nichtprozessualische Form. Die Erlassung hat die Wirkung des § 428 Abs. 1, und zwar unwiderruflich. Der Beweis des Gegentheils nach § 428 Abs. 2 könnte nur einen versuchten Meineid betreffen und ist also, da § 543 Nr. 1 eine „Eidesverletzung durch Leistung des Parteieides“ voraussetzt, für die Eideserlassung nicht zulässig. Die Erklärungen der Erlassung sowie der Verweigerung (Abs. 2) sind Prozeßhandlungen, für welche die Prozeßvollmacht legitimirt, § 77. Für die Berufungsinstanz behält die Erlassung des Eides ihre Wirksamkeit, § 495 Abs. 2. — In Ehefachen ist die Vorschrift des Abs. 1 unanwendbar, § 577, in Entmündigungssachen findet überhaupt kein Parteieid statt; vgl. Anm. 1 § 597, §§ 611 Abs. 2, 620, 624, 626.

2) Die Verweigerung der Eidesleistung kann sowohl durch ausdrückliche Erklärung der Partei oder ihrer Prozeßvollmächtigten dahin, daß die Leistung des Eides verweigert werde, als auch durch konkludente Handlungen erfolgen, vgl. Anm. 1 lit. a § 430; R. O. 23, 388, G. Meyer, Raff. 33, 560 f. (vgl. D. O. Oldenburg S. 43, 266). Sie setzt begriffsmäßig ein prozeßualisch wirksames Verhalten gegenüber dem Gericht voraus, kann also nur in der m. B. oder vor dem beauftragten oder ersuchten Richter geschehen, Anm. 3 § 495, sei es vor oder nach der Auferlegung des Eides. (M. Schmidt-Eberstein, bad. Anm. 59, 331 ff.; Busch 19, 523, welcher eine Anordnung des Eides voraussetzt; vgl. dagegen R. O. 21. Febr. 1892, Z. B. 204 u. Anm. § 421.) Sie ist nicht, wie ein gerichtliches Geständniß unter gewissen Umständen, § 263, widerruflich, vielmehr sind die Folgen derselben (auch für die Berufungsinstanz § 495) nicht rückgängig zu machen; R. O. 18, 403; Kammergericht Busch 17, 389. Die Verweigerung (§§ 429, 430) bewirkt aber genau, daß das Gegentheil der Norm als bewiesen gilt, womit unter Umständen vereinbar ist, daß einzelnes in der Norm Mitbegriffenes anders sein kann, R. O. 3. Dez. 1891, Raff. 37, 387, Z. B. 1892 S. 14; vgl. R. O. 30, 360; Anm. 2 § 431. Der Verweigerung der Eidesleistung sind die Fälle der § 417 Abs. 2, (420), 430, in welchen der Eid „als verweigert anzusehen ist“, gleichgestellt, jedoch mit dem Unterschiede, daß unterbliebene oder verweigerter Erklärungen über Eideszuschreibungen (§§ 417 Abs. 2, 420) in der Berufungsinstanz nachgeholt werden können; § 493, Anm. 3 § 495 und daß im Falle des § 430 die Wirkung durch Einspruch beseitigt werden kann, Anm. 3 § 430. Modifikationen des Grundsatzes Abs. 2 enthalten §§ 434, 435.

Ueber die Bedeutung der Erlassung oder Verweigerung des Eides für einen anderen Prozeß vgl. Anm. 1 § 428; R. O. 11, 420.

### § 430.

Erscheint der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht,<sup>1)</sup> so ist auf Antrag ein Versäumnisurtheil dahin zu erlassen,<sup>2)</sup> daß der Eid als verweigert anzusehen sei.<sup>3)</sup>

R. 413. N. 626. P. 179. 554. 733. 737.

1) Für das als Beweisaufnahme geltende Verfahren zur Abnahme des Parteieides, Anm. 2 § 427, ist zur Ermöglichung des Einspruchs und um für den Fall des Einspruchs nicht unnötig Beweisaufnahme oder Urtheile zu veranlassen, welche durch den Einspruch hinfällig werden, dies Verfahren „in Ansehung des säumigen Schwurpflichtigen als ein Zwischenstreit“ konstruirt, und ist ausnahmsweise ein richterlicher Ausspruch zur Feststellung des Eintritts der Versäumnisnachtheile für nothwendig erklärt, um auf Grund dieser Versäumnisfolgen hinsichtlich des von demselben betroffenen Punktes ein weiteres Verfahren zu veranlassen. Die Vorschrift des § 430 ist für den darin geregelten Fall des Nichterscheinens des Schwurpflichtigen gleichmäßig für die Erledigung eines bedingten Urtheils wie eines Beweisbeschlusses obligatorisch, Mot. 237. Die Entscheidung, ein „Versäumnis-Zwischenurtheil“, hat nur auszusprechen, „daß der (bestimmt bzw. mit Bezugnahme auf den Beweisbeschluss, § 324 Nr. 4 oder das bedingte

Urtheil, § 427 Abs. 1) zu bezeichnende Eid als verweigert anzusehen ist“, nicht, welche Folgen diese Weigerung weiter gemäß § 429 Abs. 2 und zufolge des bedingten Urtheils hat. Die Festsetzung dieser Weigerungsfolgen kann erst im demüthigsten Urtheile über den Anspruch bzw. im Läuterungsurtheile erfolgen. Abweichend vom § 312 Abs. 2 ist § 430 auch anwendbar, wenn der Termin nicht lediglich zur Eidesleistung, sondern auch zu anderweiter Beweisaufnahme über andere Punkte oder zugleich zur m.B. (§ 335 Abs. 1) anderaumt war.

Die Voraussetzungen des § 430 sind:

a) Die Abwesenheit des Schwurpflichtigen, mag dieser Partei oder ein Anderer sein, vgl. Anm. 2 § 415. Ob der Prozeßbevollmächtigte erschienen ist, ist in dieser Beziehung gleichgültig; vgl. indeß zu c. Das Nichtverhandeln im Sinne des § 298 steht hier nicht dem Richterscheinen gleich. (Ebenso H. Meyer, Buzß 9, 592 und Raffr. 33, 553 ff.) Der Schwurpflichtige „verhandelt“ nicht, indem er schwört; und wenn im Termine über eine Aenderung der Form, Bestimmung eines andern Schwurpflichtigen oder sonst verhandelt wird, so ist dies für die Eidesleistung und mit Rücksicht auf die Normirung im bedingten Urtheile oder Beweisbeschlusse, § 327 Nr. 4, zufällig und nicht Zweck des Erscheinens des Schwurpflichtigen. Falls er erscheint, sich aber vor dem Schlusse des Termins entfernt, ohne den Eid zu leisten oder ihn in ausdrücklicher oder konkludenter Weise zu verweigern, so ist er in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine, welcher nicht bloß den Anfang desselben bedeutet, nicht erschienen. Vgl. R. 23, 393. Daselbe gilt für eine zur Aufrechterhaltung der Ordnung entfernte Person, indeß nur auf „Antrag“, § 144. Ob in der freiwilligen Entfernung des Schwurpflichtigen — etwa nach geschehener Aufforderung zur Eidesleistung — eine Eidesverweigerung im Sinne des § 429 zu finden ist, kann nur nach § 259 entschieden werden, vgl. Anm. 2 § 429.

b) Der Termin muß (selbstverständlich in gesetzlich gehöriger Weise dem Schwurpflichtigen) zur Eidesleistung bestimmt sein. Für die Ladung ist § 162 zu beachten. Ob der Termin außerdem zu anderen Zwecken bestimmt ist, ist unerheblich. Auch beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen im Termine kann unter den Voraussetzungen des § 441 eine Anordnung des Prozeßgerichts dahin erfolgen, daß die Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geschehe; eine solche Anordnung steht dem Antrage auf Veräußerungsurtheil entgegen, Kammerger. zu Berlin, Buzß 7, 287; die dagegen a. a. O. Anm. I aus der „wortklaren“ Fassung des § 430 hergeleiteten Bedenken sind nicht zutreffend, da der § 430 eben durch § 441 modifizirt ist, und sich auch nur unbeschadet der Prozeßleitungsbefugnisse des Gerichts, insbesondere aus § 206 versteht. Wenn das Gericht zur Ueberzeugung gelangt, daß der Schwurpflichtige am Erscheinen vor Gericht wegen Krankheit, zu großer Entfernung seines Wohnsitzes u. dgl. behindert ist, so hat es den Antrag auf Veräußerungsurtheil zurückzuweisen, da in diesen Fällen der Schwurpflichtige nicht säummig ist. Allerdings geschieht es auf eigene Gefahr des Schwurpflichtigen, wenn derselbe ausbleibt, und es wird seine Sache sein, dem Gericht die Hindernisse darzulegen, und womöglich die Anordnung aus § 441 vor dem Termine zur Eidesleistung zu veranlassen, vgl. Zastrow, Raffr. 27, 776 f. u. Anm. 1 § 441; Kammerger., Buzß 15, 416.

c) Die gegnerische Partei (im Anwaltsprozeße ihr Anwalt) muß den Antrag auf das Veräußerungsurtheil des § 430 stellen, welcher jedoch nicht unter § 269 fällt. Gegen die Zurückweisung desselben ist sofortige Beschwerde zulässig, § 301, Kammerger., Buzß 15, 416. Ist der Eid durch Beweisbeschuß auferlegt, so wird, wenn das Gericht den Eid nunmehr für unerheblich erachtet und die Anordnung der Eidesleistung deshalb zurücknimmt, das ganze Eidesverfahren gegenstandslos und es bedarf dann auch keines besonderen Beschlusses auf Zurückweisung des Veräußerungsantrages; R. 25, 359. Um die Veräußerungsfolge: Fiktion der Eidesverweigerung festzustellen und daraus die Folgerungen für den ferneren Prozeß gemäß § 429 Abs. 2 bzw. für das Läuterungsurtheil, § 427 Abs. 2, zu begründen, kann nur dieser Antrag und das entsprechende Veräußerungsurtheil dienen. Andernfalls steht eine Verweigerung für den Prozeß nicht fest. Die Zulässigkeit der Berthagung, § 206, ist auch hier nicht ausgeschlossen. Zur Erledigung eines bedingten Ur-

theils ist dieser Antrag der allein zulässige und sachgemäße. Vgl. Anm. 2 § 427. Ist indeß der Eidestermin in Folge eines Beweisbeschlusses anberaumt, so dient der von dem Prozeßgerichte anberaumte Beweisstermin zugleich und der nach einer vor dem ersuchten oder beauftragten Richter stattgehabten Beweisaufnahme angelegte Verhandlungstermin überhaupt zur Fortsetzung der m.B., § 335. Die alsdann erschienene Partei kann in diesem Termine gegen den nicht vertretenen Gegner auf Grund seiner Totalverfäumnis auch ein Verfäumnisurtheil zur Hauptsache gemäß §§ 295, 296 beantragen. Für den Gegner des Schwurpflichtigen kann dies wünschenswerth sein, um ein sofort vollstreckbares Urtheil zu erlangen. Daß er dann im Falle des § 430 nur zu dem Antrage gemäß § 430 berechtigt und §§ 335, 297 ausgeschlossen sein sollen, sagt § 430 nicht; es würde, wenn beabsichtigt, ebenso wie im Falle des § 217 Abs. 4 ausdrücklich bestimmt sein und würde dem Grundsatze der C.P. widersprechen, daß die erfolgte, gelungene oder nicht gelungene Beweisaufnahme einem Verfäumnisurtheile zur Hauptsache nicht entgegensteht, sowie dem weiteren Grundsätze, daß, wenn die Voraussetzungen für verschiedene Mittel gegeben sind, dem Berechtigten freisteht, das eine oder das andere zu wählen. Selbstverständlich kann er nicht beide Anträge gleichzeitig stellen, ne bis in idem; Bock, KassR. 24, 240—245; Wach Bortr. 129; Barthausen, KassR. 27, 813 ff., Seuffert, Blätter für Rechtsanw. 48, 301, 321; G. Meyer, Busch 9, 331; W. Chemnitz, civR. 69, 454. AR. Seuffert Anm. 3 II A, welcher nur den Antrag auf Verfäumnisurtheil in diesem Falle für zulässig hält u. Gaupp Anm. II, welcher nur den Antrag auf Verfäumniszwischenurtheil für zulässig hält. Gegen Seuffert, welcher das Interesse der Partei an einem Urtheile aus § 430 verneint, ist zu bemerken, daß ein solches vorhanden ist, wenn sie einen Einspruch gegen das Verfäumnisurtheil nach der Sachlage erwarten darf und es deshalb vorzieht, jedenfalls die Eidesweigerung durch Verfäumniszwischenurtheil (gegen welches sie einen Einspruch nicht erwartet) feststellen zu lassen und demnächst die weitere Verhandlung zu vertagen. Die Sache ist dann für das demnächstige kontradiktorische Endurtheil weiter gefördert, als wenn Verfäumnisurtheil erlassen wäre.

2) Das Verfäumnisurtheil ist vom Prozeßgerichte zu erlassen. Wenn der Termin zur Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindet, § 441, ist nach §§ 326, 327, 335 Abs. 2 zu verfahren. Der Antrag auf Erlassung des Verfäumnisurtheils ist erst vor dem Prozeßgerichte zu stellen; die Nachholung der Eidesleistung vor demselben nach §§ 209 Abs. 2, 332 Abs. 2 ist zulässig. Die Ansicht in KassR. 24, 601, daß der beauftragte oder ersuchte Richter das Verfäumnisurtheil nach § 430 erlassen könne, widerspricht seiner fundamentalen Stellung, da er nur zur Beweisaufnahme bzw. nach § 441 zur Abnahme des Eides und Konstatirung der Nichtleistung ermächtigt ist, nicht zur Feststellung irgend welcher Folgen der Beweisaufnahme. Vgl. Wach, Bortr. 122, 130. — Andererseits ist die Ansicht von Wach, Bortr. 130, daß auch auf Grund einer vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattgefundenen Verfäumnis mit Rücksicht auf § 280 kein Verfäumnisurtheil erlassen werden könnte, unbegründet. Eben weil die Eidesverfäumnis eine Beweisverfäumnis und nicht eine Verhandlungsverfäumnis ist, wie Wach selbst ausführt, kann der beauftragte oder ersuchte Richter sie konstatiren; und § 280, auf den Termin vor dem Prozeßgericht nach der Beweisaufnahme angewendet, erfordert nicht, daß auch die Beweisverfäumnis vor denselben Richtern stattgefunden hat.

3) Folge des Verfäumnisurtheils ist die Zulässigkeit des Einspruchs, §§ 303 ff. Die Feststellung der Eidesverweigerung nach § 430 wird also als dauernde Grundlage, sowohl für ein Läuterungsurtheil als für das fernere Prozeßverfahren sachgemäß erst dann benutzbar, wenn die Einspruchsfrist fruchtlos verstrichen oder ein Anspruch erlosch, also entweder die Verweigerung rechtskräftig festgestellt oder durch Leistung des Eides bzw. anderweit beseitigt ist. Die Mot. 235 bemerken, daß dann erst weiter zu verhandeln ist, und man muß dies als gesetzgeberische Absicht annehmen, um nicht gegen alle prozeßuale Prozeßkonstruktion für ein definitives kontradiktorisches Endurtheil nur eine durch Einspruch anfechtbare Grundlage zu haben; Bock, KassR. 24, 238; Gaupp Anm. II; aR. Hellmann 2, 341 wegen § 283 Abs. 2. Jedenfalls kann das Gericht zur Vermeidung sachwidriger Behandlung, auch von

Urtheil, § 427 Abs. 1) zu bezeichnende Eid als verweigert anzusehen ist“, nicht, welche Folgen diese Weigerung weiter gemäß § 429 Abs. 2 und zufolge des bedingten Urtheils hat. Die Festsetzung dieser Weigerungsfolgen kann erst im demnächstigen Urtheile über den Anspruch bzw. im Läuterungsurtheile erfolgen. Abweichend vom § 312 Abs. 2 ist § 430 auch anwendbar, wenn der Termin nicht lediglich zur Eidesleistung, sondern auch zu anderweiter Beweisaufnahme über andere Punkte oder zugleich zur m.B. (§ 335 Abs. 1) anberaumt war.

Die Voraussetzungen des § 430 sind:

a) Die Abwesenheit des Schwurpflichtigen, mag dieser Partei oder ein Anderer sein, vgl. Anm. 2 § 415. Ob der Prozeßbevollmächtigte erschienen ist, ist in dieser Beziehung gleichgültig; vgl. indeß zu c. Das Nichtverhandeln im Sinne des § 298 ist hier nicht dem Nichterscheinen gleich. (Ebenso H. Meyer, Buch 9, 592 und Raffr. 33, 553 ff.) Der Schwurpflichtige „verhandelt“ nicht, indem er schwört; und wenn im Termine über eine Aenderung der Norm, Bestimmung eines andern Schwurpflichtigen oder sonst verhandelt wird, so ist dies für die Eidesleistung und mit Rücksicht auf die Normierung im bedingten Urtheile oder Beweisbeschlusse, § 327 Nr. 4, zufällig und nicht Zweck des Erscheinens des Schwurpflichtigen. Falls er erscheint, sich aber vor dem Schlusse des Termins entfernt, ohne den Eid zu leisten oder ihn in ausdrücklicher oder konkludenter Weise zu verweigern, so ist er in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine, welcher nicht bloß den Anfang desselben bedeutet, nicht erschienen. Vgl. R. 23, 393. Dasselbe gilt für eine zur Aufrechterhaltung der Ordnung entfernte Person, indeß nur auf „Antrag“, § 144. Ob in der freiwilligen Entfernung des Schwurpflichtigen — etwa nach geschehener Anforderung zur Eidesleistung — eine Eidesverweigerung im Sinne des § 429 zu finden ist, kann nur nach § 259 entschieden werden, vgl. Anm. 2 § 429.

b) Der Termin muß (selbstverständlich in gesetzlich gehöriger Weise dem Schwurpflichtigen) zur Eidesleistung bestimmt sein. Für die Ladung ist § 162 zu beachten. Ob der Termin außerdem zu anderen Zwecken bestimmt ist, ist unerheblich. Auch beim Ausbleiben des Schwurpflichtigen im Termine kann unter den Voraussetzungen des § 441 eine Anordnung des Prozeßgerichts dahin erfolgen, daß die Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geschehe; eine solche Anordnung steht dem Antrage auf Versäumnisurtheil entgegen, Kammerger. zu Berlin, Buch 7, 287; die dagegen a. a. O. Anm. 1 aus der „wortklaren“ Fassung des § 430 hergeleiteten Bedenken sind nicht zutreffend, da der § 430 eben durch § 441 modifizirt ist, und sich auch nur unbeschadet der Prozeßleistungsbefugnisse des Gerichts, insbesondere aus § 206 versteht. Wenn das Gericht zur Ueberzeugung gelangt, daß der Schwurpflichtige am Erscheinen vor Gericht wegen Krankheit, zu großer Entfernung seines Wohnsitzes u. dgl. behindert ist, so hat es den Antrag auf Versäumnisurtheil zurückzuweisen, da in diesen Fällen der Schwurpflichtige nicht säumig ist. Allerdings geschieht es auf eigene Gefahr des Schwurpflichtigen, wenn derselbe ausbleibt, und es wird seine Sache sein, dem Gericht die Hindernisse darzulegen, und so möglich die Anordnung aus § 441 vor dem Termine zur Eidesleistung zu veranlassen, vgl. Jaström, Raffr. 27, 776 f. u. Anm. 1 § 441; Kammerg., Buch 15, 416.

c) Die gegnerische Partei (im Anwaltsprozeße ihr Anwalt) muß den Antrag auf das Versäumnisurtheil des § 430 stellen, welcher jedoch nicht unter § 269 fällt. Gegen die Zurückweisung desselben ist sofortige Beschwerde zulässig, § 301, Kammerg., Buch 15, 416. Ist der Eid durch Beweisbeschuß auferlegt, so wird, wenn das Gericht den Eid nunmehr für unerheblich erachtet und die Anordnung der Eidesleistung deshalb zurücknimmt, das ganze Eidesverfahren gegenstandslos und es bedarf dann auch keines besonderen Beschlusses auf Zurückweisung des Versäumnis-Antrages; R. 25, 359. Um die Versäumnisfolge: Fiktion der Eidesverweigerung festzustellen und daraus die Folgerungen für den ferneren Prozeß gemäß § 429 Abs. 2 bzw. für das Läuterungsurtheil, § 427 Abs. 2, zu begründen, kann nur dieser Antrag und das entsprechende Versäumnisurtheil dienen. Andernfalls steht eine Verweigerung für den Prozeß nicht fest. Die Zulässigkeit der Berathung, § 206, ist auch hier nicht ausgeschlossen. Zur Erledigung eines bedingten Ur-



theils ist dieser Antrag der allein zulässige und sachgemäße. Vgl. Anm. 2 § 427. Ist indeß der Eidestermin in Folge eines Beweisbeschlusses anberaumt, so dient der von dem Prozeßgerichte anberaumte Beweisstermin zugleich und der nach einer vor dem ersuchten oder beauftragten Richter stattgehabten Beweisaufnahme angelegte Verhandlungstermin überhaupt zur Fortsetzung der m.B., § 335. Die alsdann erschienene Partei kann in diesem Termine gegen den nicht vertretenen Gegner auf Grund seiner Totalverfäumnis auch ein Verfäumnisurtheil zur Hauptsache gemäß §§ 295, 296 beantragen. Für den Gegner des Schwurpflichtigen kann dies wünschenswerth sein, um ein sofort vollstreckbares Urtheil zu erlangen. Daß er dann im Falle des § 430 nur zu dem Antrage gemäß § 430 berechtigt und §§ 335, 297 ausgeschlossen sein sollen, sagt § 430 nicht; es würde, wenn beabsichtigt, ebenso wie im Falle des § 217 Abs. 4 ausdrücklich bestimmt sein und würde dem Grundsätze der G.P. widersprechen, daß die erfolgte, gelungene oder nicht gelungene Beweisaufnahme einem Verfäumnisurtheile zur Hauptsache nicht entgegensteht, sowie dem weiteren Grundsätze, daß, wenn die Voraussetzungen für verschiedene Mittel gegeben sind, dem Berechtigten freisteht, das eine oder das andere zu wählen. Selbstverständlich kann er nicht beide Anträge gleichzeitig stellen, ne bis in idem; Bosh, RaffR. 24, 240—245; Wach Bortz. 129; Barthausen, RaffR. 27, 813 ff., Seuffert, Blätter für Rechtsanw. 48, 301, 321; G. Meyer, Busch 9, 331; W. Chemnitz, civA. 69, 454. AR. Seuffert Anm. 3 II A, welcher nur den Antrag auf Verfäumnisurtheil in diesem Falle für zulässig hält u. Gaupp Anm. II, welcher nur den Antrag auf Verfäumniszwischenurtheil für zulässig hält. Gegen Seuffert, welcher das Interesse der Partei an einem Urtheile aus § 430 verneint, ist zu bemerken, daß ein solches vorhanden ist, wenn sie einem Einspruch gegen das Verfäumnisurtheil nach der Sachlage erwarten darf und es deshalb vorzieht, jedenfalls die Eidesweigerung durch Verfäumniszwischenurtheil (gegen welches sie einen Einspruch nicht erwartet) feststellen zu lassen und demnächst die weitere Verhandlung zu vertagen. Die Sache ist dann für das demnächstige kontrabitorische Endurtheil weiter gefördert, als wenn Verfäumnisurtheil erlassen wäre.

2) Das Verfäumnisurtheil ist vom Prozeßgerichte zu erlassen. Wenn der Termin zur Eidesleistung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindet, § 441, ist nach §§ 326, 327, 335 Abs. 2 zu verfahren. Der Antrag auf Erlassung des Verfäumnisurtheils ist erst vor dem Prozeßgerichte zu stellen; die Nachholung der Eidesleistung vor demselben nach §§ 209 Abs. 2, 332 Abs. 2 ist zulässig. Die Ansicht in RaffR. 24, 601, daß der beauftragte oder ersuchte Richter das Verfäumnisurtheil nach § 430 erlassen könne, widerspricht seiner fundamentalen Stellung, da er nur zur Beweisaufnahme bzw. nach § 441 zur Abnahme des Eides und Konstatirung der Nichtleistung ermächtigt ist, nicht zur Feststellung irgend welcher Folgen der Beweisaufnahme. Vgl. Wach, Bortz. 122, 130. — Andererseits ist die Ansicht von Wach, Bortz. 130, daß auch auf Grund einer vor dem beauftragten oder ersuchten Richter stattgefundenen Verfäumnis mit Rücksicht auf § 280 kein Verfäumnisurtheil erlassen werden könnte, unbegründet. Eben weil die Eidesverfäumnis eine Beweisverfäumnis und nicht eine Verhandlungsverfäumnis ist, wie Wach selbst ausführt, kann der beauftragte oder ersuchte Richter sie konstatiren; und § 280, auf den Termin vor dem Prozeßgerichte nach der Beweisaufnahme angewendet, erfordert nicht, daß auch die Beweisverfäumnis vor denselben Richtern stattgefunden hat.

3) Folge des Verfäumnisurtheils ist die Zulässigkeit des Einspruchs, §§ 303 ff. Die Feststellung der Eidesverweigerung nach § 430 wird also als dauernde Grundlage, sowohl für ein Läuterungsurtheil als für das fernere Prozeßverfahren sachgemäß erst dann benutzbar, wenn die Einspruchsfrist fruchtlos verstrichen oder ein Anspruch erlabigt, also entweder die Verweigerung rechtskräftig festgestellt oder durch Leistung des Eides bzw. anderweit beseitigt ist. Die Rot. 235 bemerken, daß dann erst weiter zu verhandeln ist, und man muß dies als gesetzgeberische Absicht annehmen, um nicht gegen alle prozeßuale Prozeßkonstruktion für ein definitives kontrabitorisches Endurtheil nur eine durch Einspruch anfechtbare Grundlage zu haben; Bosh, RaffR. 24, 238; Gaupp Anm. II; aR. Hellmann 2, 341 wegen § 283 Abs. 2. Jedenfalls kann das Gericht zur Vermeidung sachwidriger Behandlung, auch von

Kantswegen, die weitere Verhandlung vertagen, § 206, um zunächst die Einspruchsfrist abzuwarten. Abweichend und entsprechend dem früheren Preuß. Prozeßverfahren ist die Eidesverfäumnis in § 46 Gef. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890, ROBl. 141 geregelt; vgl. dazu Eccius, RaffR. 36, 147.

Für den Fall wiederholter Verfümnung ist zu beachten: da durch einen zulässigen Einspruch der Prozeß in die Lage zurückversetzt wird, in welcher er sich vor Eintritt der Verfümnung befand, § 307, so ist der nach § 305 Nr. 3 zur Verhandlung „über die Hauptsache“ anzusetzende Termin gleichzeitig zur Eidesleistung bestimmt, auch wenn dies nicht besonders ausgedrückt ist, da die Einlegung des Einspruchs nur bezwecken kann, die verfümnite Eidesleistung nachzuholen. Erscheint der Schwurpflichtige auch in diesem Termine nicht, so ist unter entsprechender Anwendung des § 310 der Einspruch auf Antrag durch ein zweites dem Einspruche nicht unterliegendes Verfümnungsurteil zu verwerfen (O. Meyer, Busch 9, 351) und, falls die Sache zur Endentscheidung reif ist, diese zu erlassen. Vgl. RO. 31. Dez. 1890, JZB. 1891 S. 90; 7. März 1894, JZB. 140, DZB. Karlsruhe, SA. 44, 232; doch gilt auch für diese zweite Verfümnung das Anm. 1 zu b Gesagte, namentlich in Bezug auf die Anwendung des § 441. Für die Berufungsinstanz behält zwar die festgestellte Eidesverweigerung ihre Wirksamkeit, wie die des § 429 Abs. 2, weil sie eine Verweigerung der Eidesleistung, nicht bloß einer Erklärung über die Eideszuschreibung ist; vgl. § 495 Abs. 2; aber die Frage, ob die Eidesverweigerung mit Recht oder mit Unrecht festgestellt ist, unterliegt der Beurteilung des Berufungsgerichts (vgl. Anm. 3 § 474), wenn gleich weder das erste, noch das den Einspruch verwerfende zweite Verfümnis: Zwischenurteil aus § 430 direkt mit der Berufung anfechtbar ist, RO. 13, 397.

Der § 430 ist auch auf den richterlichen Eid anwendbar, § 439, nicht auf den Edditions Eid, vgl. Anm. 1 § 392.

### § 431.

Der Schwurpflichtige, welcher frühere Behauptungen zurücknimmt oder früher bestrittene Thatfachen zugesteht, kann sich zur Leistung eines beschränkteren Eides erbieten, selbst wenn der Eid bereits durch bedingtes Urtheil auferlegt ist.<sup>1)</sup> Auch können unerhebliche Umstände, welche in die Eidesnorm aufgenommen sind, berichtigt werden.<sup>2)</sup>

R. 414. H. 637. P. 179. 190. 554. 733. 737.

1) Vgl. zu § 431—433 Hergenrohn, Busch 15, 42 ff. Der § 431 hat einen schon dem Preussischen Prozeßrecht bekannten Rechtsbehelf (§ 310 I 10 RO.) im Anschluß an mehrere Partikularprozeßgesetze, den GE. § 116 und den Pr.E. § 528 aufgenommen und erweitert. Beide Sätze des § 431 („Auch können“) sind sowohl bei Anordnung des Eides durch Beweisbeschluß, dessen Abänderlichkeit grundsätzlich zulässig ist, als auch bei Auferlegung durch bedingtes Urtheil (nach Satz 1) anwendbar, sowie auch nach dessen Rechtskraft, welche für ein solches Urtheil überhaupt erst zu dem hier behandelten Stadium der Abnahme des Eides führt, § 425 Abs. 2. Vor der Rechtskraft bleibt es der Partei unbenommen, die Aenderung auf dem Wege des zulässigen Rechtsmittels herbeizuführen, vgl. DZB. Stuttgart 23. Juni 1885, SA. 41, 227.

Der Schwurpflichtige „kann sich erbieten“, d. h. wenn er sich dazu erbietet, kann er verlangen, daß ihm der „beschränktere“ Eid abgenommen wird. Beschränkter ist jeder Eid, welcher mit Rücksicht auf § 428 hinsichtlich der vom Eide betroffenen Thatfachen den Gegner des Schwurpflichtigen in eine günstigere Lage versetzt und welcher entweder die zu bestimmende Quantität beschränkt oder aus dem Kreise der zu beschwörenden Thatfachen bestimmte Thatfachen oder Thatumstände ausschließt, ohne neue rechtlich erhebliche Thatfachen zur Geltung zu bringen, RO. 19. Jan. 1885, RaffR. 29, 1117; 11. Jan. 1886, JZB. 72; 28. März 1887, JZB. 204; vgl. DZB. Jena, SA. 41, 228; DZB. Hamburg, SA. 47, 356. Die Partei kann auch dann, wenn sie nach bedingtem Urtheile den Eid für eine Summe verneinend abgeleistet hat, und das Räuterungsurtheil nach § 543 Nr. 1 aufgehoben ist.

das Recht aus § 431 dahin geltend machen, daß sie sich zur Eidesleistung betreffs eines Minderbetrages erbietet, *R. O.* 30, 360; vgl. *Anm.* 2 § 429; *Anm.* 2 § 543. Wenn bei einem Mindererbieten eine Thatfache ganz oder theilweise ausgeschlebet, so kommt es natürlich darauf an, ob und wie weit der verbleibende Rest der Thatfachen, welcher durch die Eidesleistung festgestellt wird, die Entscheidung für den Schwörungsfall noch rechtfertigen würde, sei es auch unter einem veränderten rechtlichen Gesichtspunkte. Nur unter dieser Voraussetzung ist die Aenderung der Eidesnorm dann statthast; *R. O.* 7. Febr. 1894 S. 141, *S. A.* 49, 472. — Das Erbieten ist an sich noch keine Weigerung, den normirten Eid zu leisten; würde der Antrag abgelehnt, etwa weil die verlangte andere Norm nicht eine Beschränkung, sondern eine neue Modifikation enthielte, so ist die Ableistung in der ursprünglichen Norm zulässig.

2) Als „unerheblich“ berichtigt werden kann dasjenige, was nach der sonstigen Sachlage, wie sie bei Erlassung des bedingten Urtheils oder Beweisbeschlusses vorlag, auf die richterliche Entscheidung im Uebrigen keinen Einfluß hatte oder gehabt haben würde, vgl. *R. O.* 26. Nov. 1884, *J. M.* 1885 S. 27 Ziff. 9; *D. O.* Oldenburg, *S. A.* 44, 479. Weitere allgemeine Regeln lassen sich darüber nicht aufstellen, da eine Thatfache, z. B. Zeitangabe unter Umständen gleichgültig, unter andern Umständen der wichtigste Theil der Eidesnorm sein kann, *D. O.* Hamburg, *S. A.* 41, 369. Die Umwandlung eines rechtskräftig erkannten Wahrheitseides in einen Uebergerungseid auf Grund des § 431 ist nicht zulässig; *D. O.* Hamburg, *Seuff.* 39, 354. — Die amtliche Ausgabe setzt in Folge eines Druckfehlers: Eidesform statt Eidesnorm. — Vgl. *P.* 179, 733, 737.

Ist (für beide Sätze des § 431) die Aenderung unbedenklich, insbesondere auch dem verhandelnden Richter, so kann derselbe nach der Fassung des § 431 auch als beauftragter oder ersuchter Richter sofort und ohne vorgängigen Gerichtsbeschuß den Eid in der geänderten Norm abnehmen; vorbehaltlich der Remedur durch das erkennende Gericht und der Anfechtung des demnachstigen Endurtheils durch Berufung bzw. Revision; *R. O.* 8, 390; 26. Nov. 1884, *J. M.* 1885 S. 27; 24. Juni 1892, *J. M.* 362. Wenn die Unerheblichkeit nicht unzweifelhaft ist, so ist vor der Eidesleistung die Entscheidung des Prozeßgerichts zu veranlassen. Erfolgt sie durch Beschluß, (*R. O.* 4. Okt. 1888, *J. M.* 407, *Kaff. R.* 33, 1173; oder, wie *Seuffert Anm.* 4 für den Fall eines Streits unter den Parteien annimmt, durch Zwischenurtheil), was formell ebenso zulässig ist, wie eine sofortige Abnahme, so können ebenfalls nur durch die Berufung bzw. Revision (nicht nach § 290) gegen das demnachstige Endurtheil die Folgen des Beschlusses geändert werden; *R. O.* 8, 390. Die Berichtigung kann noch im Eidesleistungstermin erfolgen und beantragt werden, auch wenn der Eid durch bedingtes rechtskräftiges Urtheil auferlegt ist; *R. O.* 10, 169.

Ueber das Verhältniß des § 431 zu § 290 vgl. *R. O.* 8, 392; *Hergenbahn a. a. O.* 47.

### § 432.

Ist der Eid durch bedingtes Urtheil auferlegt, so kann, auch nach Eintritt der Rechtskraft, die Zuschiebung sowie die Zurückschiebung des Eides widerrufen werden, wenn der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der Gegner erst nach erfolgter Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides von einer solchen Beurtheilung Kenntniß erlangt habe.<sup>1)</sup>

*R.* 414a. *P.* 733. 737.

1) Der § 432 verdannt seine Entstehung einem — ohne Erörterung in der *R. R.* geliebten — Vorschlage ihrer Reaktions-Kommission; *P.* 733, 737. Die Bedeutung desselben besteht in der Zulassung eines Widerrufs der Eideszuschiebung und der Eideszurückschiebung unter den Voraussetzungen des § 422 auch nach Abschluß der Instanz durch bedingtes (und sogar rechtskräftig gewordenes) Endurtheil; sowie während der Instanz nach Erlass eines durch Eid bedingten Zwischenurtheils, § 426 Abs. 2. (Vgl. *Anm.* 3 § 423 u. § 422). Sowohl der Grundsatz des § 289, daß das Gericht an die von

ihm erlassene End- und Zwischenurtheile gebunden ist, als der Grundsatz, daß das rechtskräftige bedingte Urtheil jedes Gericht bindet, Anm. 2 § 427, sind hierdurch modificirt. Der Widerruf ist danach noch bis zur wirklichen Leistung des Eides zulässig. Ist der Eid geleistet, so ist noch die Restitutionsklage aus § 543 Nr. 1 zulässig. Die Ansicht von Jastrow, KassR. 27, 785, daß vor der Rechtskraft des Urtheils der Widerruf nur in der folgenden Instanz erfolgen könne, widerspricht nicht bloß, wie Jastrow selbst anerkennt, dem Wortlaute des Gesetzes, sondern auch dem Zwecke der Rechtsmittel, welche zur Aufhebung der Instanzurtheile bestimmt sind. Was aber die Partei sogar nach Eintritt der Rechtskraft von dem Instanzrichter zu fordern befugt ist, muß sie um so viel mehr vor Eintritt der Rechtskraft fordern dürfen; *RO.* 11. Dec. 1890, *JW.* 1891 S. 66; *Hergenhahn*, *Busch* 15, 50. Der Rechtsbehelf aus § 432 ist ein nichtdevolutiver, wie auch aus der Stellung dieser Bestimmung in dem zweiten Buch (Verfahren in erster Instanz) hervorgeht; dies schließt freilich nicht aus, den Widerruf aus § 432 mit der noch zulässigen Berufung oder mittelst Anschließung an dieselbe geltend zu machen, vgl. *Abf.* 2. — Das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 432 ist von Amtswegen zu prüfen. Ueber den Einfluß eines bedingten Urtheils ohne die Voraussetzungen des § 432 auf die Geltendmachung anderer Beweismittel vgl. *Anm.* 1 § 418. — Die Folgen des zulässigen Widerrufs bestimmt § 433 *Abf.* 2, 3.

Das Verfahren, um den Widerruf nach § 432 zur Geltung zu bringen, beginnt damit, daß der Gegner des Schwurpflichtigen denselben mit dem Antrage auf Aufhebung des bedingten Urtheils vor dasjenige Gericht, welches das bedingte Urtheil zu erledigen hat (§§ 427, 499), zur *mB.* zu laden hat (§ 191). Handelt es sich nur um ein Zwischenurtheil, vgl. oben, so ist dies natürlich dasjenige Gericht, von welchem es erlassen und demnächst durch Endurtheil zu erledigen ist, § 426 *Abf.* 2. Die bloß fakultative Befugniß des Berufungsgerichts aus § 499 Schlußsatz muß dabei unberücksichtigt bleiben, so lange von derselben nicht Gebrauch gemacht ist (*aR.* Jastrow, welcher auch nach Zurückweisung der Berufung das Berufungsgericht für zuständig erachtet, a. a. D. 786. Vgl. dagegen *OB.* *Glwangen*, *Busch* 9, 119; *RO.* 19. Jan. 1885, *KassR.* 29, 1117; *Hergenhahn*, *Busch* 15, 56 gegen *OLG.* *Nürnberg*, *Busch* 13, 389). Der Widerruf kann aber auch in dem von einer der Parteien veranlaßten Termine zur Eidesleistung geltend gemacht werden, da dieser Termin gleichzeitig für die Verhandlung alles dessen bestimmt ist, was die Eidesleistung betrifft. Die nicht geschehene Vorbereitung des Widerrufs kann zur Vertagung führen. Der Antrag kann ferner, falls noch Berufung zulässig ist, mit dieser oder mit einer Anschließberufung (vgl. *Abf.* 1) verbunden werden. Ueber den Antrag auf Gestattung des Widerrufs, welcher die Aenderung eines Endurtheils und eine neue Totalverhandlung des von dem Eide betroffenen Streitpunktes (§ 433) bezweckt, kann nur nach *mB.* durch Endurtheil entschieden werden, § 433 *Abf.* 3 verb. *Abf.* 2; ebenso *RO.* 8. Febr. 1883 in *Sachen* *Studte* - *Paul* *Konkurs* IV B 37, 83 (ungedruckt); im Falle der Versäumniß durch Versäumnißurtheil nach §§ 295 ff., vgl. *Seuffert*, *Busch* 7, 12; *OLG.* *Nürnberg*, *Busch* 13, 390; *RO.* 23, 358. Vgl. *Anm.* 6 § 433.

### § 433.

Wenn der Schwurpflichtige stirbt, wenn er zur Leistung des Eides unfähig wird oder wenn er aufhört gesetzlicher Vertreter zu sein,<sup>1)</sup> so können beide Parteien<sup>2)</sup> in Ansehung der betreffenden Beweisführung alle Rechte ausüben, welche ihnen vor der Zuschreibung des Eides zustanden.<sup>3)</sup>

Dasselbe gilt, wenn in Folge der Verurtheilung des Schwurpflichtigen wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht die Zuschreibung oder Zurückschreibung des Eides widerrufen wird.<sup>4)</sup>

Ist der Eid durch bedingtes Urtheil auferlegt,<sup>5)</sup> so wird unter Aufhebung des Urtheils in der Sache anderweit erkannt.<sup>6)</sup>

## E. 415 N. 628. P. 180. 554. 737.

1) Die im Abs. 1 bezeichneten Bestimmungen hinsichtlich des Schwurpflichtigen betreffen dieselben in § 223 betreffs der Zustandsveränderungen der Partei bezeichneten Fälle (vgl. §§ 217, 219), mit der Modifikation, daß statt des Verlustes der Prozeßfähigkeit der Verlust der Eidesfähigkeit maßgebend ist. Eidesmündig sind alle Prozeßfähigen und eidesunmündig alle Nichtprozeßfähigen, Anm. 1 § 435; indeß kann auch außer einer Entmündigung für Geisteskrante und Berschwender, welche zugleich die Prozeßfähigkeit aufhebt, unzweifelhaft eine Eidesunmündigkeit, z. B. durch körperliche oder geistige Krankheit entstehen. Vgl. Anm. § 445. In Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung über den Verlust der Eidesfähigkeit wird das Ermessen des Gerichts entscheiden müssen, v. Bülow Anm. 3. Vorausgesetzt ist zur Unfähigkeit ein Zustand des Schwurpflichtigen, welcher ihn, auch wenn er anwesend wäre, aus physischen oder rechtlichen Gründen außer Stand setzt, einen Eid zu leisten. Auch die Verschollenheit des Schwurpflichtigen und die Einleitung einer Abwesenheits-Vormundschaft fallen unter § 433; *R. O.* 16. Jan. 1895, *ZW.* 102, *Zeit. d. Raumb. Anw.* 1895 S. 34; *a. R.* Kammerger. Berlin 5. Febr. 1883 in Sachen Stadte - Paul Konkurs U. 287/81 IV. Eine Lobes-Erklärung des Schwurpflichtigen würde wie der Fall seines wirklichen Lobes zu behandeln sein. Im Falle der Konkursöffnung und der Aufnahme des Verfahrens seitens des Konkursverwalters oder gegen denselben (*R. O.* §§ 8 Abs. 9, § 134 bzw. gegen bestreitende Gläubiger) wird der Gemeinschuldner während der Dauer des Konkurses zur Leistung des ihm auferlegten Eides unfähig, da er seine Parteirolle während dieser Zeit eingebüßt hat, *O. L. O.* Darmstadt, *SA.* 41, 371, *O. L. O.* Nürnberg, *Buch* 9, 497; *Hartmann* ebenda 501. Anders wenn die Aufnahme nur von dem Gemeinschuldner oder gegen denselben stattgefunden hat, § 8 Abs. 2, § 132 Abs. 2 *R. O.*, oder wenn der Prozeß überhaupt nicht das zur Konkursmasse gehörige Vermögen betrifft. Die Beschlagnahme des Vermögens nach § 352 *Str. P.* entzieht dem davon Betroffenen die Eidesfähigkeit in Prozessen, welche dieses Vermögen betreffen; dadurch ist der Fall des § 433 gegeben; *R. O.* 22. Sept. 1884, *Raff. R.* 29, 1112, vgl. Anm. 1 § 435.

Unter dem „Schwurpflichtigen“, welcher aufhört, gesetzlicher Vertreter zu sein, kann nur derjenige verstanden werden, der in der richterlichen Anordnung (Beweisbeschuß oder bedingtem Urtheil) als der Schwurpflichtige benannt ist. Dagegen kommt § 433 nicht zur Anwendung, so lange der schwurpflichtige gesetzliche Vertreter noch nicht individuell bestimmt ist, vgl. Anm. 2 § 416. Abgesehen von diesem letzteren Falle ist nach Wortlaut und ratio legis der § 433 bei jedem Wechsel in der gesetzlichen Vertretung anwendbar, namentlich auch dann, wenn von mehreren schwurpflichtigen gesetzlichen Vertretern einer fortgefallen ist, denn gerade mit Rücksicht auf diesen fortgefallenen Vertreter kann die Eideschiebung oder Eideserklärung stattgefunden haben, und zulässig gewesen sein, § 435. Die durch den Eid Einzelner der Mehreren begründete richterliche Ueberzeugung kann dabei für die Endentscheidung unter Umständen gemäß § 259 immer maßgebend werden, *R. O.* 32, 426. Der § 436 Satz 1 (in Verb. mit § 434) ist hier nicht maßgebend, da er nicht von dem Fortfalle eines schwurpflichtigen gesetzlichen Vertreters, sondern von der Zuschiebung und Zurückschiebung des Eides an dieselben und von einer Eidesweigerung derselben handelt. Nur Satz 2 § 436 kann eine Ausnahme begründen, vgl. Anm. § 436. Wenn nach Auferlegung eines Eides an die gesetzlichen Vertreter der Handelsgesellschaft diese aufgelöst wird, so liegt der Fall des § 433 Abs. 1 u. 3 (resp. § 439) vor, wenn die Liquidatoren mit den bisherigen gesetzlichen Vertretern nicht identisch sind, vgl. Anm. 3 § 219; oder wenn die Liquidation schon beendet ist und die ehemaligen Gesellschafter demnach dem Gegner als einfache Streitgenossen — nicht mehr als die schwurpflichtigen Vertreter — gegenüberstehen; *R. O.* 29. März 1884, *ZW.* 171 f., *Ziff.* 14. Vgl. *R. O.* 2. Jan. 1890, *ZW.* 47.

Das Vorhandensein der Voraussetzungen des § 433 ist in allen Fällen von Amts wegen zu prüfen.

2) Hinsichtlich der Zeit, in welcher der Schwurpflichtige leben, Eidesfähigkeit oder Vertretungsbefugniß verloren haben muß, damit die Parteien die Rechte gemäß Abs. 1 gel-

tend machen können (ebenso für Abs. 2), ist nur vorausgesetzt, daß dies vor der Leistung des Eides erfolgt ist und der Hinderungsgrund zur Zeit der Befassung der Restitution noch besteht (also z. B. nicht für den Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkurses, vgl. Anm. 1), DZB. Nürnberg, Buch 9, 496. Dies geht aus Abs. 3 hervor. Weder ein bedingtes Urtheil, noch dessen Rechtskraft (vgl. „Aufhebung“ und §§ 432, 433 Abs. 2) stehen entgegen, Rot. 285. Auch für die Fälle des Abs. 1 werden daher durch § 433 die Grundsätze des § 289 und der bindenden Rechtskraft bedingter Endurtheile modifizirt; Anm. 1 § 432, Anm. 2 § 416. Auch dann, wenn die Fälle des Abs. 1 sich erst nach dem Erlaß des bedingten Urtheils herausstellen, obwohl sie schon vorher sich ereignet haben, ist § 433 anwendbar; R. 25. Jan. 1890, SA. 45, 371; DZB. Hamburg, SA. 46, 368.

3) Durch die Restitution des Zustandes „vor der Zuschreibung des Eides“ gilt der Eid weder als geschworen, noch als verweigert, sondern als nicht zugesprochen, Rot. 285, mithin gelten auch Annahme und Zurückziehung als nicht erfolgt. Der § 423 steht nicht entgegen, weil es sich beim Fortfall der Eideszuschreibung nicht mehr um einen eigentlichen Widerruf der Annahme oder Zurückziehung handelt. Wird der Eid wiederholt zugesprochen, so kann er von der Partei, die ihn früher angenommen hat, zurückgezogen werden und umgekehrt. „Beide Parteien“ können „in Ansehung der betreffenden Beweisführung“ d. h. für die durch den Eid zu beweisenden Thatfachen alle diejenigen Beweismittel geltend machen, welche ihnen zur Zeit der Eideszuschreibung mit Rücksicht auf die §§ 256, 339, 498 freistanden. Vgl. R. 6. Okt. 1882, SA. 39, 93. Weitere selbständige Angriffs- und Verteidigungsmittel können die Parteien nicht geltend machen. Ihre Rechte sind nur in Ansehung der betreffenden „Beweisführung“ wiederhergestellt. Zum Zweck dieser Beweisführung ist aber auch die Vorbringung neuer Indizien und der Beweismittel dafür soweit gestattet, als dies vor der Eideszuschreibung zulässig gewesen wäre; R. 13. 379; 23, 358; 11. April 1888, JW. 208; 19. Jan. 1892, JW. 125; DZB. 27. Okt. 1892, SA. 48, 355; DZB. Dresden, civ. 68, 408. Die Bedenken von Neubauer, Buch 18, 80 ff. aus der Vorgeschichte des § 433 sind gegenüber dem deutlichen Inhalte des Gesetzes nicht erheblich.

4) Abs. 2 umfaßt die Fälle der §§ 422, 432. Im Falle des Widerrufs kann indes auch auf einen richterlichen Eid des früher schwurpflichtig Erklärten erkannt bzw. es bei belassen werden; er ist nicht an sich eidesunfähig, StGB. § 161; R. 19. Febr. 1885, JW. 123.

5) Abs. 3. Bei dem Ausdruck „bedingtes Urtheil“ ist hier wohl nur an ein bedingtes Endurtheil gedacht; doch umfaßt es auch das bedingte Zwischenurtheil, vgl. Anm. 1 § 432. War der Eid durch Beweisbeschluß auferlegt, so ist die Befugniß zur Geltendmachung anderer Beweismittel schon durch §§ 418, 419 Abs. 2 gegeben. Der § 433 ist aber auch für den Fall eines Beweisbeschlusses nicht ohne Bedeutung, da kraft desselben die Eideszuschreibung überhaupt fortfällt und bei ihrer Erneuerung anderweitige Erklärungen möglich macht, vgl. Anm. 3.

6) Die Befugnisse aus § 433 können ebenso wie die des § 432 sowohl vor als nach der Rechtskraft des bedingten Endurtheils ausgeübt werden; R. 11. Dez. 1890, JW. 1891 S. 66, SA. 46, 367. Wegen des Verfahrens s. Anm. § 432. Die Aufhebung des bedingten Urtheils und das anderweite Urtheil können erst ergehen, wenn mit Rücksicht auf die Ausübung der restituirten Rechte bzw. nach Beweisaufnahme hinsichtlich anderer geltend gemachten Rechte die Sache spruchreif ist. Hinsichtlich des Veräumnisverfahrens nach dem Erlaß eines bedingten Endurtheils ist für §§ 432 und 433 gleichmäßig daran festzuhalten, daß dasselbe nur die davon betroffenen Streitpunkte umfassen kann, (auch wenn das Urtheil noch nicht rechtskräftig ist, R. 11. Dez. 1890, SA. 46, 367) und daß für die Anwendung der §§ 295 und 296 der Antragsteller wie ein Kläger, dessen Gegner wie ein Beklagter zu behandeln ist; ohne daß es für die erste Instanz darauf ankommt, wer von beiden wirklicher Kläger oder Beklagter und für die Berufungsinstanz, wer Berufungskläger oder Berufungsbeklagter ist, ebensowenig darauf, wer Beweisführer ist. Im Falle des § 433 Abs. 1 können beide Parteien Antragsteller sein, dann sind sie wie Kläger und Widerkläger

Beklagter und Widerbeklagter zu behandeln. Der Antrag des nicht erschienenen Antragstellers ist daher auf Antrag des Gegners, durch Versäumnisurtheil zurückzuweisen; dagegen ist beim Ausbleiben des Gegners unter Verwirklichung des Präjudizes des § 296 Abs. 1, sofern es sich nicht um von Amtswegen zu berücksichtigenden Punkte handelt, dem Antrage entsprechend anderweitig zu erkennen, so weit die vorgebrachten Thatsachen dies rechtfertigen. (Theilweise aR. und unter sich abweichend Suseffert Anm. 1, Saup III §§ 432, 433; Meyer, Busch 9, 325.) Vgl. auch Anm. § 432 a. E. und die dort angef. Entsch.; ferner Anm. 3 § 219.

### § 434.

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

Ist der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder mehreren derselben, oder ist der von einem Theile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert anzusehen, so entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung, ob die Behauptung, deren Beweis durch Eideszuschreibung angetreten ist, für wahr zu erachten sei. Erklären einzelne Streitgenossen, daß sie den Eid nicht leisten werden, so ist in Ansehung der übrigen Streitgenossen die Leistung des Eides nicht anzuordnen oder der Eid nicht abzunehmen, sofern das Gericht denselben für unerheblich erachtet.<sup>1)</sup>

R. 416. N. 629. 630. P. 180. 554.

#### 1) (V. Eide für Streitgenossen und gesetzliche Vertreter, §§ 434—436).

Die Zuschreibung und Zurückschreibung von Eiden an und von Streitgenossen sind in den Regelfällen der Streitgenossenschaft nach dem Prinzipie des § 58 für jeden Streitgenossen gesondert zu behandeln, weil sie ohne Einfluß auf die Rechte der andern Streitgenossen sind und von Jedem bzw. gegen Jeden selbständig als Angriffs- und Verteidigungsmittel benutzt werden können. Eine besondere Vorschrift giebt § 434 (und zwar sowohl Abs. 1 wie Abs. 2; R. 20. Rat 1890, JW. 237, wo jedoch § 437 statt § 434 gedruckt ist), für den Fall, wenn ein streitiges Rechtsverhältniß allen Streitgenossen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann. Nur Eide über Thatsachen, welche für ein solches Rechtsverhältniß von Einfluß sind, werden von § 434 betroffen. Dies sind wesentlich die Verhältnisse der in Anm. 1 § 59 bezeichneten Kategorie. Der Umstand, daß § 434 Eide für „Thatsachen, welche . . . von Einfluß sind“, betrifft, begründet keinen Unterschied, sondern folgt aus der Natur des Eides, welcher nur über entscheidende Thatsachen zugeschoben und zurückgeschoben werden kann. Abzulehnen ist, daß § 434 eine Sondervorschrift für die beiden Kategorien des § 59 sei, wenngleich in den knappen Mot. 285 zu § 415 (jetzt 434) der § 59 ohne Unterscheidung in Bezug genommen ist, und der § 434 (RG. 416) auch in den Mot. 82 als Ausnahme von der Regel des § 58 für alle Fälle des § 59 bezeichnet ist. Erheblich ist vielmehr ein anderer von Endemann 2, 343, 344 hervorgehobener Unterschied. Im § 59 ist vorausgesetzt, daß „das streitige Rechtsverhältniß“ Allen gegenüber nur einheitlich festgestellt werden kann, während § 434 eine Thatsache voraussetzt, welche für „ein“ einheitlich festzustellendes Rechtsverhältniß von Einfluß ist, und sonach auch Sachlegitimationen oder sonst nur mittelbar das Rechtsverhältniß betreffs des Anspruchs selbst berührende Thatsachen einbegreift. Sofern solche Verhältnisse vorlägen, ohne daß die Ge-

sammtentscheidung für alle einheitlich zu sein brauchte, könnte gezweifelt werden, ob sie insoweit unter § 434 fallen. Man wird sich jedoch mit Rücksicht auf den an sich klaren Wortlaut für die Bejahung der Frage entscheiden müssen, um so mehr als auch der Grund der Bestimmung dafür zutrifft. Demnach ist § 434 für alle Fälle anwendbar, in welchen (ohne Rücksicht, ob eine s. g. nothwendige Streitgenossenschaft einer der beiden Kategorien des § 59 für den Anspruch direkt vorliegt, also auch bei Anwendung des § 58 für die Prozeßbefugnisse) eine Thatsache in Frage kommt, welche von Einfluß ist, um allen Streitgenossen gegenüber ein sie gleichmäßig betreffendes, den Anspruch unmittelbar oder nur mittelbar berührendes, Rechtsverhältnis festzustellen; Wachenfeld S. 147 ff.

Im § 434, welcher nach § 391 Abs. 3 auch die Leistung eines Eidensbeides entsprechend anwendbar ist, betrifft Abs. 1 die nöthigen Erklärungen über Zuschreibung, Zurückziehung und Annahme eines Eides; Abs. 2 die Leistung und Verweigerung desselben einschließlicly der als Verweigerung anzusehenden Erklärung oder Richterklärung.

I. Die Zuschreibung oder Zurückziehung des Eides seitens der Streitgenossen ist nur zu berücksichtigen, wenn sie von allen gemeinschaftlich erklärt wird, weil dies ein zur formellen Wahrheitsfeststellung führender Dispositionsakt ist, welcher nur von allen Genossen ausgehend für alle verbindlich sein kann. Eine Erlassung des Eides oder eine Einigung gemäß § 415 ist ebenfalls nur dann verbindlich, wenn sie von allen erklärt wird, Abs. 1 Satz 2.

II. Wenn der Gegner den Streitgenossen einen Eid zuschieben oder zurückziehen will, so ist seine Erklärung nur dann zu berücksichtigen, wenn er ihn allen denjenigen zu- oder zurückzieht, welchen gegenüber dies nach §§ 410, 413, 435 gesetzlich zulässig ist; damit nicht durch eine etwaige gegnerische Auswahl solcher Genossen, welche den Anspruch des Gegners anerkennen wollen, die anderen Genossen unberücksichtigt bleiben. In diesem Falle (zu II.) können, — eine zulässige Zuschreibung oder Zurückziehung vorausgesetzt, — die (schwurpflichtigen) Delaten erklären, daß sie den Eid annehmen und es ist ihre Leistung des Eides für Alle entscheidend, ohne daß die übrigen, nicht schwurpflichtigen, Streitgenossen durch ihre Nicht-Erklärung ver säumen, Abs. 1 Satz 1 und 3.

III. Wenn entgegen den vorstehenden im Abs. 1 § 434 ausgebräuteten Vorschriften nur ein Theil aller Streitgenossen einen Eid zuschiebt, so ist keine Rücksicht darauf zu nehmen. Arg. Abs. 1 Satz 2 „bedarf“. Wenn nur ein Theil aller Streitgenossen den Eid zurückzieht, während ein anderer Theil annimmt oder sich nicht erklärt, so ist in Folge dieser nach Abs. 1 unzulässigen Zurückziehung der Eid nach § 417 Abs. 2 als verweigert anzusehen und findet nach Abs. 2 freie Beweiswürdigung statt. Ausgenommen hiervon ist jedoch der Fall, wenn sämmtliche schwurpflichtige Delaten, welchen der Eid zugeschoben ist, den Eid annehmen und schwören: dann ist es nach dem dritten Satze des ersten Absatzes unerheblich, ob und was die übrigen Streitgenossen erklären. Wenn dagegen nur ein Theil der schwurpflichtigen Delaten den Eid annimmt, so ist bei dieser nach Abs. 1 unvollständigen Erklärung nach § 417 Abs. 2 ebenfalls der Eid als verweigert anzusehen und die freie Beweiswürdigung nach Abs. 2 anwendbar. Wenn endlich nur ein Theil der schwurpflichtigen im Termine zur Eidesleistung erscheint, so ist der „Schwurpflichtige“ im Sinne des § 430 nicht erschienen, der Eid also gleichfalls als verweigert anzusehen und Abs. 2 anwendbar, ebenso wenn nur ein Theil der erschienenen schwurpflichtigen wirklich schwört (vgl. Satz 2 des Abs. 2). Die Bestimmung des § 59 Abs. 1, daß bei Versäumnis eines Termins durch einen Streitgenossen (im Falle nothwendiger Streitgenossenschaft) die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden, kann auf die Eidesleistung selbstredend keine Anwendung finden, da hinsichtlich dieser überhaupt keine Vertretung stattfindet. Das Versäumnisurtheil aus § 430 ist also gegen sämmtliche Streitgenossen zu erlassen, wenn auch nur einer der schwurpflichtigen den Eidesleistungstermin versäumt. Dagegen findet bezüglich der Erklärung über Annahme oder Zurückziehung des Eides der Grundsatz des § 59 Abs. 1 unbeschränkte Anwendung, dergestalt, daß behufs der nach Abs. 1 zur Zurückziehung des Eides erforderlichen übereinstimmenden Erklärung die säumigen Streitgenossen durch die Nichtsäumigen vertreten werden.



Für die Befestigung der freien richterlichen Ueberzeugung nach Abs. 2 ist die Verweigerung bzw. eine gleichwirkende Sachlage nothwendige Voraussetzung; das Gericht kann nicht beim zugeschobenen Eide von vornherein vor einem Verweigerungsbatte erklären, daß es, obgleich die Zuschiebung an mehrere Streitgenossen nach Abs. 1 zulässig, überzeugt sein würde, wenn auch nur einer den Eid leistete.

IV. Der letzte Satz des Abs. 2 enthält eine Prozedurvorschrift für das Verhalten des Gerichts vor der Eidesaufgabe bzw. der Eidesabnahme mit Bezug auf das, was es immerhin nachher würdigen würde. Für die Feststellung der richterlichen Ueberzeugung kann das Fragerecht, §§ 130, 442, eine Aufklärung der Gründe des verschiedenartigen Handelns veranlassen.

Mit Rücksicht auf die Bemerkungen in Anm. 2 § 416 und auf die bis zur wirklichen Leistung des Eides mögliche Veränderung und Entstehung von Streitgenossenschaften (Erben) findet § 434 auch nach rechtskräftiger Auflegung eines Eides statt. — Ueber die Anwendung des § 434 auf Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft vgl. Anm. 1 § 435 u. Anm. § 436.

Auf den richterlichen Eid ist § 434 nicht anwendbar, vgl. Anm. § 438; *R. 12, 14.*

### § 435.

Ist eine Partei nicht prozeßfähig,<sup>1)</sup> so ist die Zuschiebung oder Zurückschiebung des Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als die vertretene Partei, wenn sie den Prozeß in Person führte, oder der Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, dieselbe zulassen müßte.<sup>2)</sup>

Minderjährigen, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder Verschwendern kann über Thatsachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern dies von dem Gericht auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklärt wird.<sup>3)</sup>

*R. 417. N. 631. 632. P. 180. 554.*

1) Wie aus Abs. 1 verb. mit § 414 hervorgeht, sind für die *CP.* alle Prozeßfähigen eidesmündig. Alle Nichtprozeßfähigen sind eidesunmündig, vorbehaltlich der fakultativen Ermächtigung des Abs. 2. Ein besonderes Mündigkeitsalter ist für Partei-Eide sonst nicht vorgeschrieben. Personen, welche nur für gewisse Vermögenskreise prozeßfähig sind (vgl. § 51) sind auch nur soweit — nicht darüber hinaus — eidesfähig; *R. 25. Sept. 1884, ZW. 269 Ziff. 15, Raff. R. 29, 1112; vgl. Anm. 1 § 433.* Für die Nichtprozeßfähigen ist der gesetzliche Vertreter, § 50, als der Delat und als der „Schwurpflichtige“ im Sinne der §§ 424 ff., 430, 440 anzusehen, *Rot. 286, 288, R. 15, 304.* Demgemäß haben in Prozeßen einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ihr Vorstand (*GOB. Art. 232, Genoff.-Gef. 1. Mai 1889 § 24*), einer Kommanditgesellschaft (auch der auf Aktien) die persönlich haftenden Gesellschafter (in den Fällen der §§ 190a, 222 *GOB.* zugleich der die Gesellschaft mitvertretende Aufsichtsrath, vgl. *Alexander, Ztschr. f. Handelsr. 40, 116 ff.*); einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Geschäftsführer, einer offenen Handelsgesellschaft ihre vertretungsberechtigten Mitglieder als Vertreter der Gesellschaft (nicht als Streitgenossen unter einander), nach der Auflösung die Liquidatoren, nach beendigter Liquidation und Fortfall der Liquidatoren die ehemaligen Gesellschafter als Streitgenossen (*MDJ. 20, 180; R. 29. März 1884, ZW. 171 Ziff. 14; R. 14, 20; Behrend, Handelsr. 1 § 74 Anm. 8, Struckmann-Roch Anm. 1 § 436; vgl. auch bez. der Liquidatoren Behrend § 82 Anm. 7; ferner Eccius, Goldschmidt Ztschr. f. H. 32, 1 ff.; dagegen Wach, Buzß 9, 433 ff.; vgl. auch Anm. 1 § 56, Anm. 1 § 433, R. 2. Jan. 1890, ZW. 47*) und in Prozeßen, welche die Konkursmasse betreffen, der Konkursverwalter (*R. 5, DRG. Jena SA. 11, 248*) den Eid zu leisten, und zwar in allen Fällen diejenigen, welche zur Zeit der Eidesleistung gesetzliche Vertreter sind. Nach dem preuß. *RO. 24. März 1879 § 3* gelten

sammtenentscheidung für alle einheitlich zu sein brauchte, könnte gewweifelt werden, ob er insoweit unter § 434 fallen. Man wird sich jedoch mit Rücksicht auf den an sich klaren Wortlaut für die Bejahung der Frage entscheiden müssen, um so mehr als auch der Grund der Bestimmung dafür zutrifft. Demnach ist § 434 für alle Fälle anwendbar, in welchen (ohne Rücksicht, ob eine s. g. nothwendige Streitgenossenschaft einer der beiden Kategorien des § 59 für den Anspruch direkt vorliegt, also auch bei Anwendung des § 58 für die Prozeßbefugnisse) eine Thatsache in Frage kommt, welche von Einfluß ist, um allen Streitgenossen gegenüber ein sie gleichmäßig betreffendes, den Anspruch unmittelbar oder mittelbar berührendes, Rechtsverhältniß festzustellen; Wachenfeld S. 147 ff.

Im § 434, welcher nach § 391 Abs. 3 auch für die Leistung eines Eidenszweises entsprechend anwendbar ist, betrifft Abs. 1 die nöthigen Erklärungen über Zuschreibung, Zurückschreibung und Annahme eines Eides; Abs. 2 die Leistung und Verweigerung desselben einschließlic der als Verweigerung anzusehenden Erklärung oder Nichterklärung.

I. Die Zuschreibung oder Zurückschreibung des Eides seitens der Streitgenossen ist nur zu berücksichtigen, wenn sie von allen gemeinschaftlich erklärt wird, weil dies ein zur formellen Wahrheitsfeststellung führender Dispositionsakt ist, welcher nur von allen Genossen ausgehend für alle verbindlich sein kann. Eine Erlassung des Eides oder einer Einigung gemäß § 415 ist ebenfalls nur dann verbindlich, wenn sie von allen erklärt wird. Abs. 1 Satz 2.

II. Wenn der Gegner den Streitgenossen einen Eid zuschieben oder zurückschieben will, so ist seine Erklärung nur dann zu berücksichtigen, wenn er ihn allen denjenigen zu oder zurückschreibt, welchen gegenüber dies nach §§ 410, 413, 435 gesetzlich zulässig ist; damit nicht durch eine etwaige gegnerische Auswahl solcher Genossen, welche den Anspruch des Gegners anerkennen wollen, die anderen Genossen unberücksichtigt bleiben. In diesem Falle (zu II.) können, — eine zulässige Zuschreibung oder Zurückschreibung vorausgesetzt, — die (schwurpflichtigen) Delaten erklären, daß sie den Eid annehmen und es ist ihre Leistung des Eides für Alle entscheidend, ohne daß die übrigen, nicht schwurpflichtigen, Streitgenossen durch ihre Nicht-Erklärung ver säumen, Abs. 1 Satz 1 und 3.

III. Wenn entgegen den vorstehenden im Abs. 1 § 434 ausgedrückten Vorschriften nur ein Theil aller Streitgenossen einen Eid zuschiebt, so ist keine Rücksicht darauf zu nehmen. Arg. Abs. 1 Satz 2 „bedarf“. Wenn nur ein Theil aller Streitgenossen den Eid zurückschreibt, während ein anderer Theil annimmt oder sich nicht erklärt, so ist in Folge dieses nach Abs. 1 unzulässige Zurückschreibung der Eid nach § 417 Abs. 2 als verweigert anzusehen und findet nach Abs. 2 freie Beweiswürdigung statt. Ausgenommen hiervon ist jedoch der Fall, wenn sämtliche schwurpflichtige Delaten, welchen der Eid zugeschoben ist, den Eid annehmen und schwören: dann ist es nach dem dritten Satze des ersten Absatzes unerheblich, ob und was die übrigen Streitgenossen erklären. Wenn dagegen nur ein Theil der schwurpflichtigen Delaten den Eid annimmt, so ist bei dieser nach Abs. 1 unvollständigen Erklärung nach § 417 Abs. 2 ebenfalls der Eid als verweigert anzusehen und die freie Beweiswürdigung nach Abs. 2 anwendbar. Wenn endlich nur ein Theil der schwurpflichtigen im Termine zur Eidesleistung erscheint, so ist der „Schwurpflichtige“ im Sinne des § 430 nicht erschienen, der Eid also gleichfalls als verweigert anzusehen und Abs. 2 anwendbar, ebenso wenn nur ein Theil der erschienenen Schwurpflichtigen wirklich schwört (vgl. Satz 2 des Abs. 2). Die Bestimmung des § 59 Abs. 1, daß bei Versäumnis eines Termins durch einen Streitgenossen (im Falle nothwendiger Streitgenossenschaft) die säumigen Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen werden, kann auf die Eidesleistung selbstredend keine Anwendung finden, da hinsichtlich dieser überhaupt keine Vertretung stattfindet. Das Versäumniskurtbeil aus § 430 ist also gegen sämtliche Streitgenossen zu erlassen, wenn auch nur einer der Schwurpflichtigen den Eidesleistungstermin versäumt. Dagegen findet bezüglich der Erklärung über Annahme oder Zurückschreibung des Eides der Grundsatz des § 59 Abs. 1 unbeschränkte Anwendung, bergestalt, daß behufs der nach Abs. 1 zur Zurückschreibung des Eides erforderlichen übereinstimmenden Erklärung die säumigen Streitgenossen durch die Nichtsäumigen vertreten werden.

Für die Gestattung der freien richterlichen Ueberzeugung nach Abs. 2 ist die Verweigerung bzw. eine gleichwirkende Sachlage notwendige Voraussetzung; das Gericht kann nicht beim zugeschobenen Eide von vornherein vor einem Verweigerungsakte erklären, daß es, obgleich die Zuschreibung an mehrere Streitgenossen nach Abs. 1 zulässig, überzeugt sein würde, wenn auch nur einer den Eid leistet.

IV. Der letzte Satz des Abs. 2 enthält eine Prozedurvorschrift für das Verhalten des Gerichts vor der Eidesaufgabe bzw. der Eidesabnahme mit Bezug auf das, was es immerhin nachher würdigen würde. Für die Feststellung der richterlichen Ueberzeugung kann das Fragerecht, §§ 130, 442, eine Aufklärung der Gründe des verschiedenartigen Handelns veranlassen.

Mit Rücksicht auf die Bemerkungen in Anm. 2 § 416 und auf die bis zur wirklichen Leistung des Eides mögliche Veränderung und Entstehung von Streitgenossenschaften (Erben) findet § 434 auch nach rechtskräftiger Auserlegung eines Eides statt. — Ueber die Anwendung des § 434 auf Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft vgl. Anm. 1 § 435 u. Anm. § 436.

Auf den richterlichen Eid ist § 434 nicht anwendbar, vgl. Anm. § 438; R. 12, 14.

### § 435.

Ist eine Partei nicht prozeßfähig,<sup>1)</sup> so ist die Zuschreibung oder Zurückziehung des Eides nur an ihren gesetzlichen Vertreter und nur insoweit zulässig, als die vertretene Partei, wenn sie den Prozeß in Person führte, oder der Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, dieselbe zulassen müßte.<sup>2)</sup>

Minderjährigen, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, oder Verschwendern kann über Thatfachen, welche in Handlungen derselben bestehen oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung gewesen sind, der Eid zugeschoben oder zurückgeschoben werden, sofern dies von dem Gericht auf Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklärt wird.<sup>3)</sup>

R. 417. N. 631. 632. P. 180. 554.

1) Wie aus Abs. 1 verb. mit § 414 hervorgeht, sind für die O. A. alle Prozeßfähigen eidesmündig. Alle Nichtprozeßfähigen sind eidesunmündig, vorbehaltlich der fakultativen Ermächtigung des Abs. 2. Ein besonderes Mündigkeitsalter ist für Partei-Eide sonst nicht vorgeschrieben. Personen, welche nur für gewisse Vermögenskreise prozeßfähig sind (vgl. § 51) sind auch nur soweit — nicht darüber hinaus — eidesfähig; R. 25. Sept. 1884, J. W. 269 3iff. 15, Raff. R. 29, 1112; vgl. Anm. 1 § 433. Für die Nichtprozeßfähigen ist der gesetzliche Vertreter, § 50, als der Delat und als der „Schwurpflichtige“ im Sinne der §§ 424 ff., 430, 440 anzusehen, Rot. 286, 288, R. 15, 304. Demgemäß haben in Prozeßen einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ihr Vorstand (G. B. Art. 232, Genoff.-Ges. 1. Mai 1889 § 24), einer Kommanditgesellschaft (auch der auf Aktien) die persönlich haftenden Gesellschafter (in den Fällen der §§ 190a, 222 G. B., zugleich der die Gesellschaft mitvertretende Aufsichtsrath, vgl. Alexander, Zfchr. f. Handelsr. 40, 116 ff.); einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Geschäftsführer, einer offenen Handelsgesellschaft ihre vertretungsberechtigten Mitglieder als Vertreter der Gesellschaft (nicht als Streitgenossen unter einander), nach der Auflösung die Liquidatoren, nach beendigter Liquidation und Fortfall der Liquidatoren die ehemaligen Gesellschafter als Streitgenossen (R. D. 20, 180; R. 29. März 1884, J. W. 171 3iff. 14; R. 14, 20; Behrend, Handelsr. 1 § 74 Anm. 8, Struckmann-Roch Anm. 1 § 436; vgl. auch bez. der Liquidatoren Behrend § 82 Anm. 7; ferner Eccius, Goldschmidt Zfchr. f. G. 32, 1 ff.; dagegen Wach, Busch 9, 433 ff.; vgl. auch Anm. 1 § 56, Anm. 1 § 433, R. 2. Jan. 1890, J. W. 47) und in Prozeßen, welche die Konkursmasse betreffen, der Konkursverwalter (R. D. § 5, D. R. G. Sena S. A. 41, 248) den Eid zu leisten, und zwar in allen Fällen diejenigen, welche zur Zeit der Eidesleistung gesetzliche Vertreter sind. Nach dem preuß. R. 24. März 1879 § 3 gelten

die für die Vermögensverwaltung deutscher Landesherren, ihrer Familienglieder und der fürstlichen Familie Hohenzollern bestehenden Behörden im Allgemeinen auch hinsichtlich der Eidesleistung als deren Vertreter „mit den Rechten und Pflichten der gesetzlichen Vertreter einer nicht prozeßfähigen Partei“; jedoch mit der in Anm. § 440 bemerkten Ausnahme.

2) Die Zu- oder Zurückziehung des Eides an den gesetzlichen Vertreter ist nach Abs. 1 nur zulässig, wenn der Eid Handlungen oder Wahrnehmungen des gesetzlichen Vertreters oder der vertretenen Partei bzw. der Rechtsvorgänger oder Vertreter des Einen oder Anderen betrifft; abweichend von §§ 410, 413; *RG.* 15, 303; *Zl.* 181. Wer den Eid als Vertreter zu leisten hat, entscheidet sich nach der Zeit der Eidesleistung, vgl. § 433 u. Anm. 2 § 416; ob von mehreren Vertretern alle schwören müssen s. Anm. § 436. Erfolgt an einen gesetzlichen Vertreter eine Eideszuschreibung oder Zurückziehung, welche die vertretene Partei, wenn sie den Prozeß in Person führte, nicht zulassen müßte, jedoch unter der Behauptung, daß der gesetzliche Vertreter, wenn er selbst Partei wäre, sie zulassen müßte, so gehört zu dieser Behauptung natürlich die individuelle Bezeichnung des Vertreters, der dann auch in der richterlichen Anordnung zu benennen ist und bei dessen Wegfall die Bestimmung des § 433 Platz greift, Anm. 1 § 433. Die individuelle Bezeichnung des gesetzlichen Vertreters kann in der richterlichen Anordnung für die Leistung des zugesprochenen oder zurückgeschobenen Eides mithin regelmäßig nur dann unterbleiben, wenn die vertretene Partei den Eid zulassen müßte, z. B. dann, wenn es sich um eine Handlung oder Wahrnehmung ihres früheren gesetzlichen Vertreters handelt; vgl. *RG.* 23. Dez. 1889, *ZW.* 1890 S. 41.

3) Abs. 2. Während eine Zuschreibung oder Zurückziehung in den Abs. 1 bezeichneten Grenzen zulässig ist, also vom Gerichte berücksichtigt werden muß, kann das Gericht gemäß Abs. 2 eine Eideszuschreibung oder Zurückziehung an Minderjährige, welche mindestens 16 Jahre alt sind und an Verschwender „auf den Antrag des Gegners nach den Umständen des Falles für zulässig erklären“, wenn diese einen Wahrheitseid (§ 424 Abs. 1) zu leisten haben würden. Nach dem deutlichen Wortlaute der Vorschrift ist (gegen v. Bülow, Anm. 2 und *RassR.* 23, 286) die Zulässigkeit einer solchen Zu- oder Zurückziehung nicht der Maßstab, nach welchem sich das Gericht zu richten hätte. Die Zulässigkeit ist an sich (sonst durch Abs. 1 ausgeschlossen) nicht vorhanden, sofern sie das Gericht nicht durch seine Erklärung herstellt; für das Gericht ist die Zulässigkeit das Ziel und der Zweck seines Beschlusses. Der Maßstab, nach welchem das Gericht zulassen kann (nicht muß, „sofern ... erklärt“), sind „die Umstände des Falles“, also die Angemessenheit nach dem Ermessen des Gerichts. Die Rücksicht auf diese Angemessenheit war auch in den *Not.* 354 zum *G.* 1 von 1871 ausdrücklich hervorgehoben, und war auch von der *Vork.* gebilligt, welche den Abs. 2 unverändert ließ; diese Stelle der *Not.* wurde wörtlich in den *Not.* 286 zum *BE.* abgedruckt und in der *RR.* nebst dem Abs. 2 nicht beanstandet. Wenn dann in der amtlichen Druckfehlerberichtigung der *Not.* des *BE.* diese Stelle als durch Druckfehler eingeschlichen bezeichnet ist, so ist aus dieser Ansicht des Verfassers der *Not.* des *BE.* schon deshalb nichts zu folgern, weil sie, wenn sie die Angemessenheit ausschneiden will, dem Gesetze selbst widerspricht. Vgl. *RassR.* 25, 323.

Die Zulässigkeit ist insbesondere auszusprechen, wenn der Minderjährige oder der Verschwender einen Wahrheitseid leisten könnte, der Vormund aber nur einen Ueberzeugungseid, *Not.* 286. Ein Antrag des Gegners ist jedoch in jedem Falle erforderlich, *RG.* 21, 381. Im Falle der Zulassung entscheidet die Leistung oder Nichtleistung des Eides seitens der Partei, so wie nach Abs. 1 sonst die Leistung oder Nichtleistung des Vertreters entscheiden würde. Die Erklärung über den Eid, wie über jede Zu- oder Zurückziehung ist als Prozeßhandlung vom Vertreter bzw. Bevollmächtigten abzugeben. — Eine analoge Ausdehnung der singulären Vorschrift des Abs. 2 auf das Verhältnis des Konkursverwalters zum Gemeinschuldner ist nicht statthaft.

## § 436.

Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so finden die Vorschriften des § 434 entsprechende Anwendung. Betrifft der Eid die eigenen Handlungen oder Wahrnehmungen nur einiger oder eines der Vertreter, so ist er von den übrigen nicht zu leisten.<sup>1)</sup>

E. 418. N. 631. P. 180. 554.

1) Nach § 436 entscheidet sich, ob alle oder welche Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft, persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aufsichtsrathsmitglieder in den Fällen der §§ 190 a, 222 HGB. (vgl. Alexander, Zfchr. f. Handelsr. 40, 121), und welche Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft den Eid zu leisten haben. Vorausgesetzt ist im § 436, daß für eine Partei bzw. für einen Streitgenossen mehrere Vertreter vorhanden sind. Für mehrere Streitgenossen ist § 434 direkt anwendbar, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen. Satz 2 des § 436 hat zur Folge, daß, wenn für individuell bestimmte gesetzliche Vertreter über Handlungen oder Wahrnehmungen eines oder einiger derselben ein Eid anzuordnen ist, nur diesen die Eidesaufgabe zu machen ist und wenn die Eidesanordnung in solchen Fällen ohne Bezeichnung der Personen erfolgt ist, nur diejenigen zu schwören haben, deren eigene Handlungen und Wahrnehmungen der Eid betrifft. Ist bei der Eidesaufgabe gegen diese Vorschrift gefehlt, so ist der Eid nach der kategorischen Vorschrift des Satz 2 dennoch nur von denjenigen zu leisten, deren eigene Handlungen oder Wahrnehmungen er betrifft; die Eidesverweigerung der anderen oder der Fortfall derselben würde trotz § 433 ohne Einfluß sein. Als wirksame Eidesleistung für die §§ 434, 436 ist immer nur die Eidesleistung aller derjenigen anzusehen, welche darnach den Eid zu leisten haben; die Eidesleistung selbst der Mehrzahl derselben genügt nicht, *RG.* 11. Febr. 1880, *Raff.* 24, 1096; *Strudmann-Roch Anm.* 1. Für die Frage, ob § 434 oder § 436 anwendbar ist (streitig für die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft, vgl. *Anm.* 1 § 56 u. *Anm.* 1 § 435) besteht der praktische Unterschied darin, daß nach § 436:

- a) die modifizierten Zulässigkeitsbedingungen der *Anm.* 2 § 435 Abs. 1,
- b) die kategorische Bestimmung des Satzes 2 des § 436 und
- c) der Einfluß des Wegfalls der Vertreter-Eigenschaft nach § 433 Abs. 1 zur Anwendung kommen. — Vgl. *Busch* 2, 1.

Auf den richterlichen Eid findet § 436 keine Anwendung, *Anm.* § 438.

## § 437.

Ist das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann<sup>1)</sup> das Gericht der einen oder der anderen<sup>2)</sup> Partei über eine streitige Thatsache<sup>3)</sup> einen Eid auferlegen.

E. 419. N. 633. P. 180—182. 554. 693. 694. *Sitz* 168. S. 4—6.

## 1) (IV. Richterlicher Eid, §§ 437—439.)

Die Erwägung, daß außer dem Gebiete des rein logischen Denkens und der mathematischen Schlußfolgerungen stehend, der f. g. historische Beweis des Geschehenen für die maßgebende richterliche Ueberzeugung (§ 259) keine absolute Gewißheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit ergeben kann (vgl. *RG.* 15, 339), und die Rücksicht auf die Verstärkung oder Befestigung einer Wahrscheinlichkeit durch die religiöse und strafrechtliche Sanktion des Parteieides hat den f. g. notwendigen Eid beibehalten lassen; *Weyell* § 26; *Wendt, cit.* 63, 276 ff., 280; v. *Sansstein, Busch* 2, 324. Vgl. *Busch* 2, 1.

Abweichend vom gemeinen Prozeßrechte ist der „richterliche Eid“ der *SP.* kein bloß subsidiäres Beweismittel, vielmehr ohne jede Beweisaufnahme („etwaige“) zulässig und die Entscheidung des Gerichts darüber, welcher Partei und über welche Thatsachen der Eid

aufgelegt werden soll, ist nicht beschränkt; **R. 13.** Juli 1888, **SA. 44,** 108. Freilich bleibt das Gericht immer dem bindenden Einflusse der materiell-rechtlichen Beweislast unterworfen, sofern der Beweispflichtige nach der richterlichen Ueberzeugung nichts erwiesen hat oder theilweise gegen ihn Wahrscheinlichkeit beigebracht ist. **Vgl. RaffR. 26,** 38; **R. 24.** Okt. 1885, **SA. 41,** 229 (Actore non probante reus absolvitur). Auch soll der Eid nur zur Ergänzung der richterlichen Ueberzeugung dienen und es entspricht deshalb dem § 437, wenn das Gericht von der Auferlegung eines richterlichen Eides absteht, weil für die betr. Thatfache nach seiner Ueberzeugung nichts erwiesen sei, **R. 3.** Jan. 1884, **ZE. 46** Ziff. 17, oder weil er dieselbe für voll erwiesen erachtet; **R. 16.** Dez. 1892, **ZE. 1893** S. 59. Wenn der Beweispflichtige für seine Behauptung nichts erwiesen und den Eid nicht zugesprochen hat, ist auch dadurch, daß der Gegner für das Gegentheil einen unvollständigen Beweis geführt hat, keine Nothwendigkeit für das Gericht vorhanden, einen richterlichen Eid aufzuerlegen; der Gegner hat dann das Recht auf die Konsequenzen der Beweisfälligkeit, **R. 21,** 371; **22,** 227; **2.** April, **9.** Juli 1894, **ZE. 279,** 454; **vgl. Caupp Anm. I 2,** **Seuffert Anm. 2,** **Strudmann-Roch Anm. 1** gegen **Bolgiano, civR. 58,** 276 ff., **59,** 212, **Busch 2,** 101, **II,** 275, **18,** 341. Das Gericht ist auch durch ein Beweisangebot nicht beschränkt, wenn es überzeugt ist, daß es auch nach aufgenommenem Beweise ohne den Urtheilseid nicht zu einer genügenden Ueberzeugung gelangen könne, **R. 9.** Juni 1894, **ZE. 425,** **RaffR. 37,** 148, **SA. 50,** 105. In jedem Falle hat aber das Gericht sich die Frage vorzulegen, ob etwa der Beweis bis zu einem solchen Grade geführt ist, daß die Auferlegung eines richterlichen Eides angezeigt erscheint; es muß sich, um sich nicht einer Rechtsverletzung aussetzen, seiner Befugniß hierzu bewußt bleiben; **R. 14,** 327; **15,** 338; **8.** Okt. 1892, **ZE. 462;** **29.** Mai 1893, **ZE. 348;** **14.** Jan. 1895, **ZE. 102,** und es bleibt dann, wenn die Sachlage die Aufforderung eines richterlichen Eides angezeigt erscheinen läßt, bei Prüfung der weiteren Frage, welcher Partei der Eid aufzuerlegen ist, die Beweispflicht außer Betracht; **R. 21,** 371; **8.** Nov. 1888, **RaffR. 33,** 1174; **4.** Jan. 1889, **ZE. 67;** **8.** Juli 1892, **ZE. 370;** **22.** Dez. 1892, **ZE. 1893** S. 96, **vgl. Anm. 2.** Das Erbieten oder die Annahme einer Partei ist weder nöthig, noch von Einfluß. Die landesrechtlichen Beschränkungen über die Unzulässigkeit eines Notheides und darüber, ob und welcher Partei er aufzuerlegen, sind durch das **EG. § 14** Nr. 2, 3 aufgehoben. Damit sind die Beschränkungen des **RR. I. 4 § 50,** **I. 12 § 603,** **I. 14 § 37,** **I. 16 §§ 99, 100, 106, 133, 137, 390 ff., II. 2 § 2** (vgl. indeß schon **Strieth. 69,** 114, **Dölz. 59,** 225), **ABD. I 13 § 25;** **I 23 § 52** Nr. 5 beseitigt. Die Vorschrift des **Art. 34** **GGB.** über die Beschwörung der Handelsbücher ist durch § 13 Nr. 2 **EG.** aufgehoben. In Ehesachen ist der richterliche Eid zulässig, § 577; in Entmündigungssachen dagegen jeder „Partei Eid“ ausgeschlossen, §§ 611, 624, 626.

Bei der Berathung der **RR.** wurde streitig, ob das Gericht vor der Auferlegung eines Notheides alle angebotenen Beweismittel erschöpfen müsse. Ein bejahender Zusatz zum § 437, anfänglich angenommen, ist indeß in Sitzung 168 wieder gestrichen. **Vgl. über diese Frage Vorb. vor § 338 u. Anm. 1 § 259.** Die Eideszuschreibung tritt dem richterlichen Eide gegenüber zurück und braucht nicht berücksichtigt zu werden; **Anm. 2 § 418;** **R. 25.** Okt. 1884, **ZE. 297** Ziff. 8; **9.** Juni 1894, **RaffR. 39,** 149.

2) Das Gericht kann dem Beweispflichtigen oder dessen Gegner den Eid auferlegen. Entscheidend ist auch hinsichtlich der vom Gerichte zu bestimmenden Person des Schwurpflichtigen die Ueberzeugung des Gerichts, **Rot. 287.** **Vgl. Anm. 1.** Einem Dritten, z. B. einem Nebenintervententen, der nicht gemäß § 66 als Streitgenosse gilt, oder einem Stützbenutzten kann ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden, § 415 ist hierfür nicht anwendbar, **vgl. § 439.** Entscheidend ist in Bezug auf die Zeit, ob die Person, welcher der richterliche Eid auferlegt werden soll, im Zeitpunkt der Urtheilsfälligkeit eine Parteirolle hat, ohne Rücksicht darauf, ob dies von Anfang an der Fall gewesen ist oder ob die Person, bevor sie eine Parteirolle hatte, als Zeuge vernommen ist; **Caupp Anm. II.** Einem Streitgenossen der ersten Instanz, welcher in der Berufungsinstanz nicht mehr theilhaft ist, kann ein richterlicher Eid nicht auferlegt werden, ebensowenig einer gemäß §§ 72, 73, 236, 238, aus dem Rechtsstreit entlassenen Person.

3) Die Thatfachen, worüber das Gericht den Eid auferlegen kann, sind den Beschränkungen der §§ 410, 413 nicht unterworfen. Diese Paragraphen sind im § 439 auf den richterlichen Eid nicht anwendbar erklärt; *RO.* 9. Febr. 1883, *Raff.R.* 27, 1102, *SA.* 38, 471; *RO.* 15, 338. Es ist keine Thatfache ausgeschlossen. Auch eine Thatfache, welche nicht direkt den Grund eines Anspruchs oder einer Einrede enthält, aber durch Schlußfolgerungen oder in Verbindung mit anderen zur Ueberzeugung bezüglich der unmittelbar erheblichen Thatfachen führen kann, ist als Gegenstand des Eides zulässig, *Rot.* 287; *DobO.* 2. Jan. 1890, *SA.* 45, 481. Das Gericht ist jedoch auch bei Anwendung des § 437 der Verhandlungsmagime unterworfen, so daß es nur über solche Thatfachen einen richterlichen Eid auferlegen kann, welche von einer Partei behauptet und von der andern bestritten sind, *RO.* 23. April 1884, *Raff.R.* 28, 1153; 17. Okt. 1892, *ZW.* 478, ohne allerdings bei der Normirung des Eides gerade an den Wortlaut einer Eidesaufschreibung über die streitigen Thatfachen gebunden zu sein, *RO.* 25. Okt. 1884, *Raff.R.* 29, 402; 17. Juni 1892, *ZW.* 334. Ferner ist auch der richterliche Eid — wie der zugeschobene — nur über Thatfachen, nicht über Rechtsnormen oder reine Schlußfolgerungen aus Thatfachen zulässig, vgl. § 410, *RO.* 29. April 1884, *ZW.* 172, *Stff.* 15; 2. u. 15. Nov. 1887, *ZW.* 1887, *S.* 493; 1888 *S.* 11; *DobO.* 5. Juni 1886, *SA.* 42, 102; indeß auch in gleichem Maße nicht unter Ausschließung der dem Schwörenden verständlichen Rechtsbegriffe und Urtheile, *RO.* 9. Mai 1888, *ZW.* 214. Ueber die entsprechende „Anwendbarkeit“ des § 424 vgl. *Anm.* 1 § 439.

### § 438.

Der richterliche Eid kann allen Streitgenossen oder gesetzlichen Vertretern, er kann einigen oder einem derselben auferlegt werden.<sup>1)</sup>

*R.* 420. *N.* 634. *P.* 182. 554.

1) Das Gericht kann gemäß dem Grundsatz, daß die Begründung seiner Ueberzeugung Zweck des richterlichen Eides ist, auch von der Eidesleistung eines Streitgenossen oder Vertreters die Entscheidung hinsichtlich aller abhängig machen, *Rot.* 287. Wenn das Gericht Mehreren den Eid auferlegt, so hat dies in Ermangelung einer besonderen Bestimmung (§ 427 Abs. 1) die Bedeutung, daß der Schwörungsfall nur eingetreten ist, wenn alle Schwurpflichtigen den Eid leisten. Andernfalls ist „der Schwurpflichtige“ im Sinne des § 430 nicht erschienen bzw. „der Eid“ nicht geleistet. *RO.* 6. Nov. 1891 *SA.* 47, 358. Die §§ 434, 436 passen nicht für den Fall, wenn ein richterlicher Eid mehreren Streitgenossen oder Vertretern auferlegt ist, da sie nur die Folgen der Eidesdelation bestimmen und für diese bei sachwidrigem Verhalten ihren Grund in der richterlichen Beweismürdigung, § 434 Abs. 2, finden, welche bei der Auferlegung eines richterlichen Eides schon durch diese selbst ihren Ausdruck gefunden hat. Die §§ 434, 436 sind deshalb auch im § 439 für den Fall des richterlichen Eides nicht für anwendbar erklärt; *RO.* 32, 426; 5. Febr. 1890, *ZW.* 80. Daß die bereits erfolgte Eidesleistung seitens eines der Streitgenossen oder Vertreter für die demnächstige Endentscheidung als Ueberzeugungsmoment gemäß § 259 verwertbar werden kann, vgl. *Anm.* 1 § 433.

Charakteristisch ist, daß hinsichtlich der Streitgenossen § 438 nicht bloß, wie § 434 für die einheitliche Feststellung eines Rechtsverhältnisses für alle Streitgenossen, sondern für alle thatfächlichen Feststellungen anwendbar ist; für den richterlichen Eid also die freie Beweismürdigung unbedingt durchgreift.

### § 439.

Die Bestimmungen der §§ 422—433, 435 finden auf den richterlichen Eid entsprechende Anwendung.<sup>1)</sup>

Ist der Schwurpflichtige wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt, so ist der Antrag des Gegners, den richterlichen Eid

zurückzunehmen, gerechtfertigt, wenngleich der Gegner schon vor der Auferlegung des Eides von dieser Verurtheilung Kenntniß gehabt hat.<sup>9)</sup>

Der richterliche Eid wird durch bedingtes Urtheil auferlegt.<sup>9)</sup>

R. 241. N. 635. P. 182—186. 554.

1) Ueber die Nichtanwendung der §§ 410, 413 Anm. 3 § 437, der §§ 434, 436 Anm. 1 § 438. Unbedingt anwendbar sind die §§ 425, 427—431, 433 und gemäß Abs. 3 unter Ausfluß eines Beweisbeschlusses auch § 426. Die §§ 422, 432 sind durch Abs. 2 (§ 439) ersetzt; § 423 ist hier unmöglich. Den § 424 von der „entsprechenden Anwendung“ auszuschließen und nicht als Regel gelten zu lassen, ist kein Grund; andere Eidesformen, als im § 424 angegeben, sind deshalb nicht zulässig, insbesondere nicht etwa statt des Ueberzeugungseides der gemeinrechtlichen Glaubenseid; auch erscheint es nicht zulässig, einen Wahrheitseid über Thatfachen aufzuerlegen, welche weder auf einer Handlung noch einer Wahrnehmung des Schwurpflichtigen beruhen, dagegen ist das Gericht unbeschränkt befugt, über eigne Handlungen und Wahrnehmungen des Schwurpflichtigen einen Ueberzeugungseid aufzuerlegen und diesen nach seinem Ermessen in positiver oder negativer Weise zu normiren; R. 22, 226; 19. Dez. 1891, J. W. 1892 S. 56; Seuffert Anm. 1c, Caupp Anm. I Bom § 435 erleidet Abs. 1 insofern eine Modifikation, als die Auferlegung eines richterlichen Eides an den gesetzlichen Vertreter auch dann zulässig ist, wenn die Eideszuschreibung weder von dem Vertreter noch von der Partei nach §§ 410, 413 zugelassen werden müßte, da §§ 410, 413 selbst nicht anwendbar sind. Für § 435 Abs. 2 fällt die Nothwendigkeit des Parteiantrags fort.

2) Im Falle des Abs. 2 ist der Antrag des Gegners (vgl. Anm. § 432) in diesen Fällen nicht bloß zulässig, sondern „gerechtfertigt.“ Die richterliche Eidesauflage ist dann für das Gericht selbst sowie für die Parteien nicht mehr bindend. Die Fassung soll aber anderseits nicht bedeuten, daß dem Antrage stattgegeben werden müsse. Das Gericht soll von Neuem prüfen, welche Entscheidung es unter den jetzigen Umständen treffen will. P. 182, und es kann deshalb mit Rücksicht auf die Sachlage von Neuem auf denselben Eid erkennen, vgl. R. 19. Febr. 1885, J. W. 123 Jiff. 7. Ob das bedingte Urtheil, durch welches der Eid auferlegt war, schon rechtskräftig ist, macht hier keinen Unterschied. Vgl. §§ 432, 439 Abs. 1. Ebenso bleibt hier, wie in den Fällen der §§ 422, 432 nach Leistung des Eides die Restitutionsklage aus § 543 Nr. 1 zulässig.

3) Durch Endurtheil oder auch Zwischenurtheil, nicht aber durch Beweisbeschluss ist der richterliche Eid aufzuerlegen. Die Leistung des Eides erfolgt in allen Fällen erst nach der Rechtskraft des Endurtheils, § 425 Abs. 2, in welches auch der etwa durch Zwischenurtheil auferlegte Eid aufzunehmen ist, § 426 Abs. 2.

## Elfter Titel.

### Verfahren bei der Abnahme von Eiden.

Die §§ 440—446 sind für alle Eidesleistungen von Zeugen, Sachverständigen, Parteien (und Vertretern, § 345) bei zu- und zurückgeschobenen, richterlichen, Schätzungs-, Ediktions-, Offenbarungseiden und Eiden zur Glaubhaftmachung anwendbar, Mot. 287, 288. — Nach dem preuß. R. 24. März 1879 § 4 finden §§ 440 bis 446 auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche zu der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit nicht gehören, Anwendung; ferner nach dem preuß. Ueberg.-Ges. 31. März 1879 § 3 die §§ 441—446 in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, welche nach den bisherigen Vorschriften erledigt werden.

## § 440.

Der Eid muß von dem Schwurpflichtigen in Person geleistet werden.<sup>1)</sup>

R. 422. N. 637. P. 187. 554. 756 K.



1) Der „Schwurpflichtige“, also nicht immer die physische Partei, sondern der gesetzliche Vertreter, § 435, bzw. der nach Einigung der Parteien gemäß § 415 und der gemäß § 435 bestimmte Schwurpflichtige hat persönlich den Eid zu leisten. Die Eidesleistung durch einen Bevollmächtigten ist absolut unstatthaft und unwirksam. Eine Ausnahme hiervon ist nur aus § 5 C. für die Landesherren und die Mitglieder ihrer Familien, sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern zulässig, soweit Hausverfassungen oder Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten. Vgl. dazu § 3 des preuß. A. O. 24. März 1879, wonach dieselben als Partei unbeschadet des Rechts der Ableistung durch einen Bevollmächtigten den Eid abzuleisten haben, wenn derselbe eine Thatfache betrifft, welche in einer eigenen Handlung der Partei besteht oder Gegenstand ihrer Wahrnehmung war; in diesen Fällen darf der Eid nicht durch die sonst als gesetzliche Vertreterin geltende Behörde, aber durch einen Bevollmächtigten geleistet werden, vgl. *Recht* v. 15. Sept. 1886, v. Kampff, *Jahrb.* Bd. 48 S. 218; *Struckmann-Koch Anm.* 2. Die früheren Ausnahmen für die Häupter reichsständischer Familien sowie für Andere sind dadurch beseitigt, daß andere Ausnahmen, als gemäß C. § 5 überhaupt nicht zugelassen sind, *P.* 756 ff. u. *Prot.* zu *OB.* 133 ff.

### § 441.

Das Prozeßgericht kann anordnen,<sup>1)</sup> daß die Eidesleistung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gericht<sup>2)</sup> erfolge, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert ist oder in großer Entfernung von dem Orte desselben sich aufhält.<sup>3)</sup>

Die Eidesleistung der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern erfolgt in der Wohnung derselben vor einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder vor einem anderen Gerichte.<sup>4)</sup>

**R. 423. H. 638. P. 187. 188. 554.**

1) Regel ist die Eidesleistung vor dem Prozeßgerichte, § 320, die Abnahme des Eides erfolgt durch den Vorsitzenden, § 127. Der Schwurpflichtige hat kein Recht, zu verlangen, daß der Eid an seinem Wohnorte abgenommen wird, *RO.* 11, 380. Es ist seine Sache, entsprechende Anträge zu stellen und Anzeigen zu machen, um eine sachgemäße Anordnung betreffs des Schwurortes zu veranlassen; wenn er bei Unterlassung desfalliger Anzeigen von Wohnungsveränderungen u. vor das Prozeßgericht geladen unverhältnißmäßig weite Reisen machen muß, so kann er die selbstverschuldeten Reisekosten nicht vom Gegner erstattet fordern, *RO.* 28. März 1892, *RaffR.* 36, 1220, *JWB.* 217. — Der Beschluß, ob die Eidesabnahme vor dem Prozeßgerichte oder einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen soll, ist unanfechtbar, § 320 Abs. 2; über Entbehrlichkeit der m.B. vor dem Beschlusse vgl. *Anm.* 3 § 320. In ein bedingtes Urtheil gehört die Bestimmung über den Ort noch nicht, *Anm.* 1 § 427 a. C.; nach einem solchen sind Ladung bzw. Anordnung auf Parteibetrieb zu veranlassen, *Anm.* 2 § 427, *Anm.* 1, 3 § 430. — Soll die Eidesleistung vor einem beauftragten Gerichtsmitgliede oder „einem andern Gerichte“ erfolgen, so finden für die Ladung und Terminbestimmung nach einem Beweisbeschlusse die §§ 326, 327, 335 Anwendung. Die Ladung erfolgt dann von Amtswegen. Dasselbe gilt nach dem Grundsatz für die Abnahme eines Parteieides nach dem Beweisbeschlusse. Vgl. betreffs der Verkündung § 195. — In allen Fällen ist für die Ladung der schwurpflichtigen Partei der § 162 hinsichtlich der notwendigen Ladung des Prozeßbevollmächtigten zu beachten. — Der Gegner kann der Leistung des Parteieides selbst oder durch einen Bevollmächtigten betwohnen, § 332; wegen der Erstattung der Kosten hierfür gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 87 ff.

2) Das „andere“ Gericht, welches nach § 441 Abs. 1, 2 um Eidesabnahme zu ersuchen ist, kann wie im § 320, bei der unbedingten Vorschrift des *OB.* § 158 immer nur ein deutsches Amtsgericht sein, *Anm.* 2 § 320. Die Aeußerung von v. Amberg,

man wolle Landesherren und Standesherren nicht zwingen, gerade vor dem Amtsrichter zu schwören (P. 187, 188), entscheidet gegenüber dem § 158 OB. nicht. Für Landesherren (nicht für Standesherren) bleibt der Vorbehalt des § 5 EO. Vgl. Anm. 4.

3) Wegen der Eidesabnahme im Auslande vgl. §§ 328, 329 und Anm. § 328. Da auch die Abnahme eines Parteieides ein Akt der Beweisaufnahme ist, so finden darauf auch sowohl § 335, als der darin vorausgesetzte Grundsatz, daß die Förmlichkeiten am Orte der Eidesleistung genügen, Anwendung; Anm. § 334; RÖ. 2, 373, 374; Siebenhaar 461.

4) Die Vorschriften der §§ 441 Abs. 2, 443 Abs. 3 sind obligatorisch; sie finden indes gemäß EO. § 5 u. EO. zu OB. § 5 nur Anwendung, wenn Hausverfassungen oder Landesgesetze nicht abweichende Bestimmungen enthalten. Die „Wohnung“ ist die jedesmalige tatsächliche, nicht der Wohnsitz, vgl. § 165 Abs. 2. Für Württemberg vgl. Gaupp Anm. II R. 5 (Eidesleistung vor dem Präsidenten des DO.).

### § 442.

Vor der Leistung des Eides hat der Richter den Schwurpflichtigen in angemessener Weise auf die Bedeutung des Eides hinzuweisen.<sup>1</sup>

R. 424. N. 639. 647. P. 188. 554.

1) Unter der „Bedeutung des Eides“ ist nicht nur die allgemeine Bedeutung einer Eidesleistung, sondern auch die Bedeutung des im konkreten Falle zu leistenden Eides zu verstehen, wie von der RR. allseitig ausdrücklich „konstatirt“ ist, P. 188. Es entspricht jedoch nicht dem Geiste, den Schwurpflichtigen vor der Eidesleistung einem besonderen Examinatorium, insbesondere durch den Gegner zu unterwerfen. Es ist zwar nicht ausdrücklich verboten, dem Gegner zu gestatten, den Schwurpflichtigen vor der Eidesleistung auf Thatsumstände oder Beweismittel aufmerksam zu machen, welche für den Entschluß der Eidesleistung von Bedeutung sein können; allein dieses Verfahren, welches häufig nur zu einer grundlosen Einschüchterung des Schwurpflichtigen angewandt wird, ist grundsätzlich nicht zu billigen; vielmehr sind dergleichen Vorhaltungen sachgemäß dem Richter zu überlassen, welcher zunächst zu beurtheilen hat, ob dieselben für die Anwendung des § 442 von erheblichkeit sind; so auch DO. Dresden, SL 48, 469. Ganz unzulässig erscheint es, dem Gegner die Stellung von Fragen an den Schwurpflichtigen zu gestatten. Die Ausübung des Fragerechts ist Sache des Gerichts. — Die OP. bestimmt, daß es „der Richter“ ist, welcher den Schwurpflichtigen zu vernehmen hat; die Zugiehung eines Beisitzlichen ist dadurch ausgeschlossen, Struamann-Roch Anm. 3; Petersen Anm. 4; Busch 2, 286; aR. Endemann 2, 357, v. Kräwel, Busch 4, 270.

### § 443.

Der Eid beginnt mit den Worten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden“

und schließt mit den Worten:

„So wahr mir Gott helfe.“<sup>1)</sup>

R. 425. N. 640. P. 188—190. 550. 551. 554. 694—699. P. zu St.P. 55—58.

1) Die Formel ist ohne Unterschied der Konfessionen obligatorisch, Mot. 288. Zwischen die Anfangs- und Schlußformel sind die Schwurätze der §§ 357, 375, 424 bzm. das Beweisthema einzuschalten. Die Abkürzung der Formel ist unzulässig. Zusätze, welche der Formel nicht widersprechen, begründen nicht absolut eine Eidesverweigerung und machen den Eid nicht ungültig; vgl. preuß. ZMBl. 1880 S. 369. Indeß daraus, daß § 443 bestimmt die Formel vorschreibt, folgt, daß es der OP. entspricht, keine anderen (konfessionellen) Zusätze aufzunehmen und das Gericht dergleichen nicht zu gestatten braucht, im Falle der Nichtgestattung also auch die Weigerung des zufüglosen Eides als Eidesverweigerung anzusehen ist. Nicht zu verwechseln ist damit die Frage nach der Zulässigkeit von Gebräuchen beim Sprechen der Formel, vgl. § 444. Ausnahmen vom Gebrauche der Formel sind (außer bei Eidesleistungen im Auslande s. Anm. 3 § 441) nur nach § 446 ge-

stattet. Wo solche Ausnahmen gesetzlich nicht bestehen, kann der Gebrauch der gesetzlichen Formel wegen widersprechender religiöser Ueberzeugung nicht abgelehnt werden, *DSB.* Jena, *SA.* 39, 356. Die Abgabe von Versicherungen an Eidesstatt, Handgelübde u. dgl. sind kein civilprozessualischer Akt, doch hält *RG.* *Str.* 19, 414; 20, 241 die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen von Zeugen zur Glaubhaftmachung nach § 266 durch das Prozeßgericht für zulässig und wirksam; *Anm.* 3 § 266, dagegen *Saupp Anm.* I.

### § 444.

Der Eid wird mittels Nachsprechens oder Ablesens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel geleistet.<sup>1)</sup> Der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben.<sup>2)</sup>

Ist die Eidesnorm von großem Umfange, so genügt die Vorlesung der Eidesnorm und die Verweisung auf die letztere in der Eidesformel.<sup>3)</sup>

Die Landesherren und die Mitglieder der landesherrlichen Familien sowie die Mitglieder der Fürstlichen Familie Hohenzollern leisten den Eid mittels Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.<sup>4)</sup>

**R. 426. N. 641. 642. 644. P. 190. 554. 699—701.**

1) Ueber Eidesleistung in fremden Sprachen vgl. *GB.* §§ 187, 190—193.

2) Die Nichtbefolgung der von der *RR.* gemäß *R.* § 642 aufgenommenen Erhebung der rechten Hand macht die Eidesleistung nicht ungültig. „Soll“, vgl. *Rot.* § 4 Schluß, *P.* 701. — Sonstige Förmlichkeiten sind nicht gerade für unzulässig erklärt, sofern sie der Richter herkömmlicher Weise anwendet oder gestattet und der Schwörende sich ihnen freiwillig unterwirft, z. B. Niederknien, Aufsetzen des Hutes bei Israeliten (*RR.* *Puchelt* 2, 287); sie können aber weder vom Richter noch vom Gegner obligatorisch gemacht, noch vom Schwurpflichtigen gegen den Einspruch des Richters benutzt werden, und sind auch nicht Gegenstand der Landesgesetzgebung, da die Eidesförmlichkeiten durch den § 444 reichsgesetzlich geordnet sind, *P.* 699—701.

3) Neben dem immer notwendigen Vorlesung der Eidesnorm ist die Art der Verweisung dem Ermessen des Richters überlassen, sofern sie nur in der Eidesformel erfolgt, also etwa nach der Vorlesung: „ich schwöre es bei“ u. unter lebiger Zufügung von Beginn und Schluß nach § 443.

4) Weges des *Abf.* 3 vgl. *Anm.* 4 § 441.

### § 445.

Stumme, welche schreiben können, leisten den Eid mittels Abschreibens und Unterschreibens der die Eidesnorm enthaltenden Eidesformel.

Stumme, welche nicht schreiben können, leisten den Eid mit Hilfe eines Dolmetschers durch Zeichen.<sup>1)</sup>

**R. 427. N. 643. P. 190. 554.**

1) Ueber Verhandlung mit Lauben und Stummen vgl. *GB.* §§ 188 ff. Ist auch durch Hilfe des Dolmetschers (welcher als Sachverständiger fungirt, *GB.* §§ 191 ff.) ein Verständniß nicht zu gewinnen, so ist der Betreffende eidesunfähig.

### § 446.

Der Eidesleistung wird gleichgeachtet, wenn ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Bethuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Bethuerungsformel dieser Religionsgesellschaft abgibt.<sup>1)</sup>

**R. 428. N. 645. P. 190. 554.**

1) Die Vorschrift entspricht dem § 155 Nr. 1 Str.O.B. „Das Gesetz“ ist die im Umfange des § 446 vorbehaltene Landesgesetzgebung. Vgl. preuß. Verordn. 11. März 1827, O.B. 28 betr. Rennoniten (sie haben ein Kiteß des Ältesten der Gemeinde beizubringen, welches die übliche Bekräftigungsformel bezeichnet) und Rabb. 11. Nov. 1836, Jahrb. 49, 175 betr. Philipponen, Rot. 289. Für Württemberg vgl. Gaupp Nr. 1, für Bayern Verordn. 20. Okt. 1811 betr. Rennoniten; für Elsaß-Lothringen Ballm. 7, 599.

## Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

Vgl. zu diesem Titel Marcus, Raffr. 34, 365 ff. Der Beweis zum ewigen Gedächtniß ist — unter der Bezeichnung: „Sicherung des Beweises“ — bezüglich der Zeugen, der Sachverständigen und des Augenscheins in Uebereinstimmung mit dem gem. Prozeß (vgl. Weßell § 44 Nr. 82) zugelassen. Wegen der Urkunden vgl. Anm. 1 § 447 am Schluß. Eine Verhandlung der Parteien über die Beweisaufnahme ist zulässig, aber als regelmäßig nicht in Aussicht genommen, § 451, sondern der Hauptverhandlung überlassen.

Unberührt durch diese Bestimmungen bleiben daneben (gemäß § 13 Abs. 1 O.B.) die Bestimmungen des O.B. über die Feststellungen, welche auf Veranlassung einer Partei zur Beweissicherung zugelassen bzw. vorgeschrieben sind. Insbesondere ist das Verfahren der Verklarung, Art. 490—493 O.B. (vgl. Reichsges. 8. Nov. 1867 betr. Konsuln, § 36) beibehalten, weil es über die Bestimmungen der §§ 447—455 hinausgehend, eigentümlich gestaltet ist und nur die positive Beweisregel des Art. 494 ist aufgehoben. Vgl. Anm. 1 § 259, O.B. § 13 und Rot. 485. Ebenso sind nach O.B. § 13 Abs. 4 die Art. 348, 365, 407 O.B., welche nicht einen anhängigen Rechtsstreit betreffen, zur passenden Beweissicherung aufrecht erhalten und (durch O.B. § 13 Abs. 4) nur sachgemäß ergänzt, Rot. 485, P. 641. Vgl. ferner Art. 7 des internat. Vertr. zum Schutze der unterseeischen Telegraphenkabel 14. März 1884 nebst § 1 Ges. 21. Nov. 1887 (RGOBl. 1888 S. 151, 169).

Die Sicherung des Beweises ist eines der provisorischen Schutzmittel der G.P. gegen die Gefährdung eines subjektiven Privatrechts und zwar speziell mit Rücksicht auf die zur Bewerkstelligung eines solchen im Wege des Zivilprozesses erforderlichen Beweismittel. Dieselbe soll in den Fällen der Gefährdung der Beweismittel im Voraus das Ergebnis derselben fixiren, das sonst durch den mit jeder Rechtsverfolgung verbundenen Zeitaufwand verloren oder verdunkelt werden könnte. Die Eröffnung dieses prozessualischen Weges für Leben, welcher denselben unter den gegebenen Voraussetzungen benutzen will, berechtigt jedoch nicht, einen s. g. Beweissicherungsanspruch (Marcus a. a. O. 366) anzunehmen.

### § 447.

Die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen<sup>1)</sup> kann zur Sicherung des Beweises erfolgen, wenn zu beforgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde.<sup>2)</sup>

R. 429. N. 648. P. 191. 554.

1) Die Sachverständigen, welche E. 1 § 409 abweichend von R. 648 weglassen wollte, hat die Vorl. wieder aufgenommen, weil ihre Zuziehung zum Augenschein und zur sachgemäßen Vernehmung von Zeugen oft nötig ist, und weil es zur vollständigen Klarstellung auch oft erforderlich ist, daß Sachkundige der im § 379 bezeichneten Kategorie ihre Wahrnehmungen aus einer bestimmten Zeit darlegen, hierbei aber nicht immer genau Zeugniß und Gutachten zu trennen sind. Aus dem letzteren Grunde sind auch bei einem Antrage auf Vernehmung von Sachverständigen diese vom Antragsteller zu benennen, vgl. § 449 Nr. 3. In der Regel werden zwar nur sachverständige Zeugen (§ 379) aus diesen Gründen parteseitig zu benennen sein; indeß auch die Vernehmung bestimmter

wahrer Sachverständiger kann im Interesse der Partei liegen, wenn der Verlust eines solchen droht, auf welchen ein besonderes Gewicht gelegt wird, oder wenn es wünschenswerth ist, daß Sachkundige, welche früher tatsächliche Kenntniß nahmen, sich auch gutachtlich über den zeitigen Augenschein, über den Kausalzusammenhang oder andere einschlagende Fragen äußern. — Eine Beweisführung durch Urkunden (Vorlegungs- oder Editionsanträge) ist für dieses Verfahren ausgeschlossen; dagegen kann die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen sowie die Einnahme des Augenscheins auch über die Echtheit einer Urkunde oder andere eine Urkunde betreffende Thatsachen erfolgen, wenn der Verlust oder die Benutzungserschwerung für jene Beweismittel (nicht für die Urkunde) zu besorgen ist.

2) Die Fassung, daß die Beweisaufnahme unter den Voraussetzungen des § 447 „erfolgen kann“, bedeutet offenbar und in Gemäßheit der Mot. nicht, daß dies vom Ermessen des Gerichts noch abhängen soll, falls die Voraussetzungen gegeben sind, sondern daß sie dann vom Antragsteller verlangt werden kann und wenn unter diesen Voraussetzungen verlangt, gerichtsfällig erfolgen muß. — Ohne den Nachweis dieser Voraussetzungen „kann“ sie nach § 450 mit Zustimmung des Gegners „angeordnet werden“; in diesem Falle unterliegt indeß die Anordnung dem Ermessen des Gerichts.

### § 448.

Das Gesuch ist bei dem Gericht anzubringen, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.<sup>1)</sup>

In Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei dem Amtsgericht angebracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten, oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet.<sup>1a)</sup>

Bei dem bezeichneten Amtsgerichte muß das Gesuch angebracht werden, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.<sup>2)</sup>

R. 430. N. 649. P. 191. 192. 554.

1) Gemäß Abs. 1 braucht die Partei (auch im Anwaltsprozeß) durch einen Rechtsanwalt nicht vertreten zu sein; § 74 Abs. 2. — In der Zeit nach der Verkündung des Urtheils erster Instanz bis zu dessen Zustellung bleibt der Rechtsstreit im Sinne des Abs. 1 noch beim Gerichte erster Instanz anhängig; die Ansicht, daß er dann weder bei diesem, noch beim Berufungsgerichte anhängig und also Abs. 3 anwendbar sei, verkennt, daß die einmal erfolgte Anhängigkeit des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung über denselben fortbauert, und daß zur Instanz auch die Zustellung des Urtheils gehört. Vgl. auch Strudmann-Roch Anm. 2, v. Sarwey I S. 625. Nach Beendigung der ersten Instanz (also nach Zustellung eines nicht dem Einspruche unterliegenden Endurtheils) ist das Gesuch bei dem Berufungsgerichte unter Einlegung der Berufung anzubringen, vgl. Anm. 2 § 225. Auch das Revisionsgericht kann eine Beweis-Sicherung anordnen, soweit es sich um Thatsachen handelt, die seiner Ermittlung und Würdigung unterliegen, vgl. Anm. 2 § 524; aR. Marcus a. a. O. 369.

1a) Das im Abs. 2 bezeichnete Amtsgerichte ist durch C. § 13 Abs. 4 für die Fälle der §§ 348, 365, 407 G. O. B. zuständig erklärt.

2) Das Gesuch ist für den Fall des Abs. 3 bei dem Amtsgerichte Abs. 2 anzubringen, weil es das nächste Gericht und weil das für die Hauptsache zuständige Gericht bei der Möglichkeit verschiedener Gerichtsstände nicht immer schon bekannt ist.

### § 449.

Das Gesuch muß enthalten:<sup>1)</sup>

1. die Bezeichnung des Gegners;<sup>2)</sup>
2. die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll;<sup>3)</sup>

1) Die Vorschrift entspricht dem § 155 Nr. 1 StrGB. „Das Gesetz“ ist die im Umfange des § 446 vorbehaltene Landesgesetzgebung. Vgl. preuß. Verordn. 11. März 1827, GG. 28 betr. Mennoniten (sie haben ein Attest des Ältesten der Gemeinde beizubringen, welches die übliche Betrüchtigungsformel bezeichnet) und RabD. 11. Nov. 1836, Jahrg. 4, 175 betr. Philippinen, Not. 289. Für Württemberg vgl. Gaupp Nr. 1, für Bayern Verordn. 20. Okt. 1811 betr. Mennoniten; für Elßaß-Lothringen Wallm. 7, 599.

## Zwölfter Titel. Sicherung des Beweises.

Vgl. zu diesem Titel Marcus, RaffR. 34, 365 ff. Der Beweis zum ewigen Gedächtniß ist — unter der Bezeichnung: „Sicherung des Beweises“ — bezüglich der Zeugen, der Sachverständigen und des Augenscheins in Uebereinstimmung mit dem gem. Prozeß (vgl. Weßell § 44 Nr. 82) zugelassen. Wegen der Urkunden vgl. Ann. I § 447 am Schluß. Eine Verhandlung der Parteien über die Beweisaufnahme ist zulässig, aber als regelmäßig nicht in Aussicht genommen, § 451, sondern der Hauptverhandlung überlassen.

Unberührt durch diese Bestimmungen bleiben daneben (gemäß § 13 Abs. 1 GG.) die Bestimmungen des StGB. über die Feststellungen, welche auf Veranlassung einer Partei zur Beweissicherung zugelassen bzw. vorgeschrieben sind. Insbesondere ist das Verfahren der Berklarung, Art. 490—493 StGB. (vgl. Reichsges. 8. Nov. 1867 betr. Konsula, § 36) beizubehalten, weil es über die Bestimmungen der §§ 447—455 hinausgehend, eigenhämlich gestaltet ist und nur die positive Beweisregel des Art. 494 ist aufgehoben. Vgl. Ann. I § 253. GG. § 13 und Not. 485. Ebenso sind nach GG. § 13 Abs. 4 die Art. 348, 365, 407 StGB. welche nicht einen anhängigen Rechtsstreit betreffen, zur passenden Beweissicherung aufrecht erhalten und (durch GG. § 13 Abs. 4) nur sachgemäß ergänzt, Not. 485, P. 641. Vgl. ferner Art. 7 des internat. Vertr. zum Schutze der unterseeischen Telegraphenabel 14. März 1864 nebst § 1 Ges. 21. Nov. 1867 (RWB. 1868 S. 151, 169).

Die Sicherung des Beweises ist eines der provisorischen Schutzmittel der StP. gegen die Gefährdung eines subjektiven Privatrechts und zwar speziell mit Rücksicht auf die zur Verwirklichung eines solchen im Wege des Zivilprozesses erforderlichen Beweismittel. Dieselbe soll in den Fällen der Gefährdung der Beweismittel im Voraus das Ergebnis derselben fixiren, das sonst durch den mit jeder Rechtsverfolgung verbundenen Zeitaufwand verloren oder verdunkelt werden könnte. Die Eröffnung dieses prozessualischen Weges für Jeden, welcher denselben unter den gegebenen Voraussetzungen benutzen will, berechtigt jedoch nicht, einen f. g. Beweissicherungsanspruch (Marcus a. a. D. 365) anzunehmen.

### § 447.

Die Einnahme des Augenscheins und die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen<sup>1)</sup> kann zur Sicherung des Beweises erfolgen, wenn zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde.<sup>2)</sup>

R. 489. N. 648. P. 121, 554.

1) Die Sachverständigen, welche E. I § 409 abweichend von R. 648 weglassen wollte, hat die Bortl. wieder aufgenommen, weil ihre Zugiehung zum Augenschein und zur sachgemäßen Vernehmung von Zeugen oft nöthig ist, und weil es zur vollständigen Klarstellung auch oft erforderlich ist, daß Sachkundige der im § 379 bezeichneten Kategorie ihre Wahrnehmungen aus einer bestimmten Zeit darlegen, hierbei aber nicht immer genau Zeugniß und Gutachten zu trennen sind. Aus dem letzteren Grunde sind auch bei einem Antrage auf Vernehmung von Sachverständigen diese vom Antragsteller zu benennen, vgl. § 449 Nr. 3. In der Regel werden zwar nur sachverständige Zeugen (§ 379) aus diesen Gründen parteifällig zu benennen sein; indeß auch die Vernehmung bestimmter

wahrer Sachverständiger kann im Interesse der Partei liegen, wenn der Verlust eines solchen droht, auf welchen ein besonderes Gewicht gelegt wird, oder wenn es wünschenswert ist, daß Sachkundige, welche früher tatsächliche Kenntniß nahmen, sich auch gutachtlich über den jetzigen Augenschein, über den Kausalzusammenhang oder andere einschlagende Fragen äußern. — Eine Beweisführung durch Urkunden (Vorlegungs- oder Ebditionsanträge) ist für dieses Verfahren ausgeschlossen; dagegen kann die Vernehmung von Zeugen oder Sachverständigen sowie die Entnahme des Augenscheins auch über die Echtheit einer Urkunde oder andere eine Urkunde betreffende Thatsachen erfolgen, wenn der Verlust oder die Benützungserschwerung für jene Beweismittel (nicht für die Urkunde) zu besorgen ist.

2) Die Fassung, daß die Beweisaufnahme unter den Voraussetzungen des § 447 „erfolgen kann“, bedeutet offenbar und in Gemäßheit der Not. nicht, daß dies vom Ermessen des Gerichts noch abhängen soll, falls die Voraussetzungen gegeben sind, sondern daß sie dann vom Antragsteller verlangt werden kann und wenn unter diesen Voraussetzungen verlangt, gerichtsfällig erfolgen muß. — Ohne den Nachweis dieser Voraussetzungen „kann“ sie nach § 450 mit Zustimmung des Gegners „angeordnet werden“; in diesem Falle unterliegt indeß die Anordnung dem Ermessen des Gerichts.

### § 448.

Das Gesuch ist bei dem Gericht anzubringen, vor welchem der Rechtsstreit anhängig ist; es kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden.<sup>1)</sup>

In Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei dem Amtsgericht angebracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten, oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet.<sup>2)</sup>

Bei dem bezeichneten Amtsgerichte muß das Gesuch angebracht werden, wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist.<sup>3)</sup>

E. 430. N. 649. P. 191. 192. 554.

1) Gemäß Abs. 1 braucht die Partei (auch im Anwaltsprozeß) durch einen Rechtsanwalt nicht vertreten zu sein; § 74 Abs. 2. — In der Zeit nach der Verkündung des Urtheils erster Instanz bis zu dessen Zustellung bleibt der Rechtsstreit im Sinne des Abs. 1 noch beim Gerichte erster Instanz anhängig; die Ansicht, daß er dann weder bei diesem, noch beim Berufungsgerichte anhängig und also Abs. 3 anwendbar sei, verkennt, daß die einmal erfolgte Anhängigkeit des Rechtsstreits bis zur rechtskräftigen Entscheidung über denselben fortbauert, und daß zur Instanz auch die Zustellung des Urtheils gehört. Vgl. auch Strudmann-Roch Anm. 2, v. Sarwey I S. 625. Nach Beendigung der ersten Instanz (also nach Zustellung eines nicht dem Einspruche unterliegenden Endurtheils) ist das Gesuch bei dem Berufungsgerichte unter Einlegung der Berufung anzubringen, vgl. Anm. 2 § 225. Auch das Revisionsgericht kann eine Beweis-Sicherung anordnen, soweit es sich um Thatsachen handelt, die seiner Ermittlung und Würdigung unterliegen, vgl. Anm. 2 § 524; aR. Marcus a. a. O. 369.

1a) Das im Abs. 2 bezeichnete Amtsgericht ist durch CG. § 13 Abs. 4 für die Fälle der §§ 348, 365, 407 QOB. zuständig erklärt.

2) Das Gesuch ist für den Fall des Abs. 3 bei dem Amtsgerichte Abs. 2 anzubringen, weil es das nächste Gericht und weil das für die Hauptsache zuständige Gericht bei der Möglichkeit verschiedener Gerichtsstände nicht immer schon bekannt ist.

### § 449.

Das Gesuch muß enthalten:<sup>1)</sup>

1. die Bezeichnung des Gegners;<sup>2)</sup>
2. die Bezeichnung der Thatsachen, über welche die Beweisaufnahme erfolgen soll;<sup>3)</sup>

3. die Bezeichnung der Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen;<sup>4)</sup>
4. die Darlegung des Grundes, welcher die Beforgniß rechtfertigt, daß das Beweismittel verloren oder die Benutzung desselben erschwert werde. Dieser Grund ist glaubhaft zu machen.<sup>5)</sup>

P. 431. N. 630. P. 193. 193. 554.

1) Der Schriftsatz ist ein bestimmender und nicht bloß vorbereitender. Er „muß“ deshalb den Erfordernissen des § 449 entsprechen und der Antrag ist sonst zurückzuweisen, Rot. § 4. RR. Heilbut, cit. I. 69, 390.

2) Nr. 1. Die Bezeichnung des Gegners fällt im Falle des § 455 fort.

3) Nr. 2. Die Erheblichkeit der Thatfachen braucht nicht nachgewiesen oder vorhanden zu sein. RR. Marcus a. a. D. 370, jedoch mit Unrecht. Die Zulassung einer Zurückweisung des Gesuchs wegen Unerheblichkeit der Thatfache würde das Institut Illustriation machen können. Ueber die Erheblichkeit ist erst von dem Prozeßgericht bei Erlass des Endurtheils zu entscheiden. Das Amtsgericht nach § 448 Abs. 2 wäre dazu ohnedies weder kompetent, noch vor Anhängigkeit des Rechtsstreits überhaupt im Stande. Allerdings ist den Parteien kein Recht willkürlicher Disposition über die richterliche Thätigkeit einzuräumen; allein die Regelung des provisorischen Privatrechts-Schutzes läßt sich nicht ausführen, ohne daß den Parteien ein gewisser Spielraum gelassen wird. Ein Korrektiv gegen Mißbrauch liegt hier schon in der Kostenpflicht des Antragstellers, vgl. Anm. 1 § 454. Ueber genügende Bezeichnung der Thatfachen vgl. RG. 15. Febr. 1893, JW. 136.

4) Nr. 3. Dem Gerichte bleibt daneben die Befugniß, auch in diesem Verfahren von Amtswegen andere Sachverständige noch zuzuziehen. Vgl. Anm. § 447, P. 193, §§ 135, 367 ff.

5) Nr. 4. Von Vorschriften eines bestimmten Alters für Zeugen oder sonstiger Spezialisirung der Beforgnißgründe ist zu Gunsten des richterlichen Ermessens Abstand genommen.

## § 450.

Mit Zustimmung des Gegners kann die beantragte Beweisaufnahme angeordnet werden, auch wenn die Voraussetzungen des § 447 nicht vorliegen.<sup>1)</sup>

E. 431 a. P. 195. 196. 554.

1) Der § 450 ist von der RR. zugefügt, um eine im Interesse beider Theile liegende sofortige Beweisaufnahme, z. B. in Verhältnissen des Schiffsverkehrs, des Viehhandels u., zu ermöglichen. Obgleich die Vorschrift nach den Verhandlungen der RR. nur für bereits anhängige Prozesse getroffen werden sollte, so ist sie nach ihrer Fassung auch für nicht anhängige Sachen anwendbar. RR. v. Bülow Anm. 1 und Marcus a. a. D. 367 f., vgl. dagegen Seuffert Anm. 450. Zur Geltendmachung muß das Gesuch statt Nr. 4 des § 449 die Zustimmung des Gegners nachweisen. Es ist Sache der Partei, sich dieselbe zu beschaffen; eine Vermittelung des Gerichts findet dazu nicht statt. — Ob das Gericht dem Antrage stattgeben will, hängt von seinem Ermessen ab, „kann“, vgl. Anm. 2 § 447.

## § 451.

Die Entscheidung über das Gesuch kann ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen.<sup>1)</sup>

In dem Beschlusse, durch welchen dem Gesuche stattgegeben wird, sind die Thatfachen, über welche der Beweis zu erheben ist, und die Beweismittel unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen zu bezeichnen.<sup>2)</sup> Eine Anfechtung dieses Beschlusses findet nicht statt.<sup>3)</sup>

E. 432. N. 651. P. 193. 554.



1) Wenn eine m.B. vorher stattfindet, etwa das Gesuch im Termine zur Hauptsache angebracht wird, so kann außer über die „Besorgniß“ auch über Zeugeneinreden verhandelt werden, z. B. ob Zeugen nach § 358 nur unbeeidigt zu vernehmen sind, Sachverständige abgelehnt werden können. — Darüber, wer zu laden hat, wenn das Gericht eine vorgängige m.B. verlangt, vgl. Anm. 3 § 294 (am Schlusse). Zur Beweisaufnahme selbst hat jedenfalls der Beweisführer nach § 452 den Gegner zu laden; das Gericht hat nach §§ 342, 367 die Zeugen und Sachverständigen zu laden. Der Beschluß ist daher, zufolge der durch § 452 bestimmten Abweichung vom § 294 Abs. 3, nur dem Antragsteller mitzutheilen, vgl. R. O. II, 404.

2) Der Beschluß ist begriffsmäßig ein Beweisbeschluß, s. § 453. Er wird unter der selbstverständlichen Voraussetzung gefaßt, daß die Beweismittel zulässig sind und das Gericht ist nicht verpflichtet, ihn auszuführen, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, daß die Beweismittel gesetzlich nicht zulässig sind; das Gericht hat dann vielmehr seinen Beschluß aufzuheben; Caupp Anm. I.

3) Nur der „stattgebende“ Beschluß, Abs. 2, kann nicht angefochten werden. Gegen einen Beschluß, welcher das Gesuch ganz oder theilweise (z. B. betreffs der Vereidigung von Zeugen) zurückweist, ist nach § 530 Beschwerde zulässig. Not. 290.

### § 452.

Der Beweisführer ist verpflichtet, sofern es nach den Umständen des Falles geschehen kann, unter Zustellung des Beschlusses und einer Abschrift des Gesuchs zu dem für die Beweisaufnahme bestimmten Termine den Gegner so zeitig zu laden,<sup>1)</sup> daß derselbe in diesem Termine seine Rechte wahrzunehmen vermag.<sup>2)</sup>

Die Nichtbefolgung dieser Vorschrift steht der Beweisaufnahme nicht entgegen.

R. 434. N. 652—654. P. 193. 194. 554.

1) Die Verpflichtung des Beweisführers, seinen Gegner bzw. im Falle des § 455 den bestellten Vertreter zu laden, hat nur für den Hauptprozeß Bedeutung, und hat für diesen mit Rücksicht auf § 454 Abs. 2 der Beweisführer sich den Nachweis zeitiger Ladung zu sichern. Das Gericht der Beweisaufnahme braucht sich, wie aus Abs. 2 hervor geht, nicht darum zu kümmern. — Die Ladungsfrist, § 194, ist für §§ 452, 454 Abs. 2 nicht anwendbar; auch nicht, wenn schon der Hauptprozeß schwebt, weil die Nothwendigkeit und die Frist der Ladung durch § 452 modifizirt bestimmt sind.

2) Die Rechte des Gegners sind namentlich die in den §§ 362—364, 367 bezeichneten. Außerdem hat der Gegner das selbstverständliche Recht, die gesetzliche Unzulässigkeit der Beweismittel sowie die Unzuständigkeit des Gerichts (z. B. weil das Urtheil der Instanz bereits zugestellt sei, vgl. Anm. 1 § 448) einzuwenden; und das Gericht, welchem die Bornehme einer ungesetzlichen Prozedur nicht anzufinnen ist, kann auch nöthigenfalls von Amtswegen den Termin vertagen, § 206, um den Gegner zu hören und nach Feststellung der Unzulässigkeit den früheren Beschluß aufzuheben, Anm. 2 § 351.

### § 453.

Die Beweisaufnahme erfolgt nach den für die Aufnahme des betreffenden Beweismittels überhaupt geltenden Vorschriften.

Das Protokoll über die Beweisaufnahme ist bei dem Gerichte, welches dieselbe angeordnet hat, aufzubewahren.<sup>1)</sup>

R. 434. N. 655. 656. P. 194. 554.

1) Wegen der Ladung zur Beweisaufnahme vgl. Anm. 1 § 451, § 452. Auch beim Ausbleiben des Beweisführers ist nach § 332 Abs. 1 die Beweisaufnahme zu bewirken, soweit dies nach Lage der Sache möglich ist. Nach der Beweisaufnahme ist von dem Ein gange der Verhandlungen eines etwa ersuchten Richters nach § 327 den Parteien Nachricht

zu geben. Eine sonstige Mittheilung an die Parteien von Amtswegen ist auch hier nicht vorgeschrieben. Die Parteien können von ihren Befugnissen nach § 271 Gebrauch machen. Nach der preuß. Just.-Min.-Berf. v. 22. Sept. 1879 III Nr. 3, ZRBl. 376 sind die Akten über Sicherung des Beweises für 10 Jahre von der Kassation ausgeschlossen.

### § 454.

Jede Partei hat das Recht, die Beweisverhandlungen in dem Prozesse zu benutzen.<sup>1)</sup>

War der Gegner in dem Termine nicht erschienen, in welchem die Beweisaufnahme erfolgte, so ist der Beweisführer zur Benutzung der Beweisverhandlungen nur dann berechtigt, wenn der Gegner zu dem Termine rechtzeitig geladen war oder wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß ohne sein Verschulden die Ladung unterblieben oder nicht rechtzeitig erfolgt sei.<sup>2)</sup>

R. 435. N. 656—658. P. 194. 554.

1) Das Recht zur Benutzung, auch in künftigen Processen, ist in der Zeit nicht beschränkt; soweit nicht für den Prozeß selbst aus den allgemeinen Grundsätzen (§§ 256, 339) eine Beschränkung für verspätete Geltendmachung sich ergibt. Das Gericht kann selbstverständlich im Prozesse die Beweisaufnahme wiederholen oder eine andere beschließen.

Hinsichtlich der Kosten vgl. ORO. §§ 36, 39 Abs. 1, Anw.-ObD. §§ 22, 29 Nr. 3, 30 Nr. 1; R. 28. Jan. 1885, ZBl. 127 Ziff. 15; R. 13, 325. Die Gerichtskosten sind vom Beweisführer vorzuschießen, ORO. §§ 81, 84, 79 Nr. 4. Ueber das Recht auf Erstattung der Kosten ist unter den Parteien im Hauptprozeß nach § 87 zu entscheiden, da das Verfahren gerade die Sicherung des Beweises für den Hauptprozeß betrifft und somit als anticipirter Theil des letzteren sich ergibt. Vgl. Anm. 1 § 87. Hinsichtlich der Erstattungspflicht ist als Streitwerth lediglich derjenige Werth zu Grunde zu legen, welcher für die gleiche Beweisaufnahme im Hauptprozeß maßgebend gewesen sein würde; DSt. Naumburg, Buch 19, 292. Falls es nicht zum Hauptprozeß kommt, etwa weil der eine oder der andere Theil sich von dem Grunde seines Anspruchs oder eines Widerspruchs überzeugt, so ist eine Verpflichtung zur Kostenersatzung nur durch ein civilrechtliches Fundament mittels besonderer Klage zu begründen. Ebenso R. 13, 325. Dasselbe gilt für den Fall der Feststellungen nach Art. 348, 365, 407 GGB., vgl. § 13 Abs. 4 GG.

2) Abs. 2 ist eine positive Beschränkung des sonst allgemeinen Grundsatzes, daß die Partei alles auf die richterliche Ueberzeugung wirkende als Beweismittel benutzen kann, Anm. 4 § 255. Der Beweisführer ist ohne die Voraussetzungen des Abs. 2 nicht berechtigt, die Verhandlungen zu benutzen, muß also die Richtigkeit der Voraussetzungen: die dem § 452 entsprechend rechtzeitige Ladung oder die Glaubhaftmachung unverschuldeter Versäumniß nachweisen. Andernfalls darf das Gericht seine Ueberzeugung auf die früheren Verhandlungen nicht stützen. Das R. 28, 411 nimmt an, durch Abs. 2 solle nur unterfragt sein, daß die Vernehmung als vorgeschriftsmäßige Zeugenvernehmung im Prozesse benutzt werde; sie könne aber als Indizium benutzt werden. Dieser Annahme steht indeß entgegen, daß der Beweisführer nach Abs. 2 unterschiedslos „zur Benutzung“ also zu jeder Benutzung nur unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen berechtigt ist. Seuffert Anm. 1 kommentirt jene Entscheidung als „eine offenbare Umgehung des Gesetzes“; Struckmann-Roch Anm. 2 finden sie bedenklich.

Die Nichtberechtigung ist indeß nicht von Amtswegen geltend zu machen, da die Frage nur das Parteiinteresse berührt. Sie kommt deshalb nicht in Rede, wenn sich der Gegner selbst auf die Beweisverhandlung beruft; auch nicht, wenn der Gegner keinen Einwand hinsichtlich der unterbliebenen oder verspäteten Ladung erhebt; der § 267 ist hierfür anwendbar, vgl. Anm. 5 § 267. — Vgl. auch § 329 Abs. 4.

## § 455.

Wird von dem Beweisführer ein Gegner nicht bezeichnet, so ist das Gesuch nur dann zulässig, wenn der Beweisführer glaubhaft macht, daß er ohne sein Verschulden außer Stande sei, den Gegner zu bezeichnen.<sup>1)</sup>

Wird dem Gesuche stattgegeben, so kann das Gericht dem unbekanntem Gegner zur Wahrnehmung seiner Rechte bei der Beweisaufnahme einen Vertreter bestellen.<sup>2)</sup>

R. 426. N. 659. P. 194. 195. 554!

1) Unabhängig von den Voraussetzungen des § 455, sowie von denjenigen der § 447, 450 bleiben zufolge § 13 Abs. 1 C. B. die nach dem C. B. Art. 348, 365, 407, 490 ff., 499, 609, 610 auf einseitigen Antrag vorzunehmenden Beweiserhebungen. Vgl. Vorb. vor § 447.

2) Ein Beispiel des Falles des § 455 sind Schadensansprüche gegen einen noch nicht ermittelten Thäter, vgl. preuß. Ges. 11. März 1850, §§ 4, 5, C. B. 199. Das Gericht, wenn es von der Befugniß des Abs. 2 („kann“) Gebrauch macht (nicht wie im Falle des § 55, der Vorsichtende), hat den Vertreter zu bestellen. Die Bestellung ist von Gerichtskosten befreit, C. B. § 47 Nr. 9; hinsichtlich eines beim Verfahren beteiligten Anwalts vgl. Anw. G. B. §§ 23 Nr. 1, 29 Nr. 6. Die Bestellung ist dem Beweisführer mitzutheilen, § 294 Abs. 3; wegen der Ladung des Vertreters s. Anm. 1 § 452.

## Zweiter Abschnitt.

## Verfahren vor den Amtsgerichten.

Ueber das amtsgerichtliche Verfahren vgl. Meyer, Raff. 22, 489 ff.; Goldenring: Der amtsgerichtliche ordentliche Civilprozeß, Berlin 1879; Fiedler, der Amtsrichter in Preußen, 2. Aufl., Düsseldorf 1888.

Nach dem Reichsges. v. 10. Juli 1879 über die Konsulargerichtsbarkeit, R. B. 197 §§ 15, 12, ist sowohl vor den Konsulen, welche die Zuständigkeit der Amtsgerichte haben, als auch vor den Konsulargerichten (Konsul und zwei Beisitzer), welche für die den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen Sachen zuständig sind, das amtsgerichtliche Verfahren mit der Maßgabe anwendbar, daß auch die §§ 313—319 Anwendung finden. Das Verfahren in den deutschen Schutzgebieten richtet sich nach dem Ges. über die Konsulargerichtsbarkeit, § 2 Ges. 17. April 1886 (Zaff. 19. März 1888, R. B. 75) und die dazu ergangenen Verordnungen, zusammengestellt in J. R. B. 1891 S. 129. Nach dem Reichsges. über die Gewerbegerichte 29. Juli 1890 (R. B. 141) § 24 finden in dem Verfahren vor den Gewerbegerichten die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften der C. P. entsprechende Anwendung, jedoch mit vielfachen Modifikationen. — In Preußen findet ferner das amtsgerichtliche Verfahren (mit geringen Modifikationen) Anwendung auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten:

1. vor den Gewerbegerichten im Bezirke des Appell.-Ger. zu R. B. (Ausf.-Ges. 24. März 1879, § 10); dieselben sind mit dem 1. April 1892 aufgehoben, falls sie nicht bis dahin in reichsgesetzliche Gewerbegerichte umgewandelt sind, vgl. Ges. über die Gewerbegerichte § 80.
2. vor den Rheinschiffahrtsgerichten (Ges. 8. März 1879 § 7);
3. vor den Elbzollgerichten (Ges. 9. März 1879 § 5) und
4. ferner mit erheblichen Modifikationen beim Verfahren in agrarischen Auseinandersetzungssachen gemäß Ges. 18. Febr. 1880 §§ 36—48, C. B. 59.

Die Vorschriften über das Verfahren vor den Amtsgerichten schließen sich an die Bestimmungen über das Verfahren vor Landgerichten dergestalt an, daß das letztere überall zur Anwendung kommt, soweit nicht ausdrücklich Abweichungen davon theils im ersten Buche, §§ 1—229, theils in diesem zweiten Abschnitte des zweiten Buches, § 456—471, vor-

geschrieben sind. Die Grundsätze hinsichtlich der m.B., des Verhältnisses zur Eventualmaxime, der Beweisverbindung, des Beweisbeschlusses und der Beweiswürdigung sind dieselben. Ein praktisch erheblicher Unterschied liegt darin, daß das Landgericht ein kollegialisches Prozeßgericht ist, das Amtsgericht aber aus einem einzelnen Richter besteht.

Die hauptsächlichsten gesetzlichen Abweichungen des Verfahrens sind folgende:

- 1) Eine Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte ist nicht nötig, §§ 75, 192, 221. Die Vollmacht für einen Prozeßbevollmächtigten (welche auch für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden kann), ist von Amts wegen zu prüfen, §§ 74, 79 Abs. 2.
- 2) Eine Vorbereitung des Verfahrens durch Schriftsätze ist zwar zulässig, aber nicht vorgeschrieben, §§ 120 (269), 469.
- 3) Das Gericht soll für die Stellung „sachdienlicher Anträge“ wirken, § 464.
- 4) Die Protokollfeststellung ist, abgesehen von Geständnissen und Erklärungen über Eide, dem Ermessen des Gerichts überlassen, § 470.

Die ersten beiden Abweichungen zu 1 und 2 ergeben sich aus dem Bedürfnisse, für die gewöhnlicheren und geringfügigeren Streitgegenstände das Verfahren den Rechtsuchenden leichter zugänglich zu machen. Zu beachten ist, daß die Zustimmung von Anwalt, § 181, auch in Partetprozeßen, „wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind“ zulässig ist. Ebenso erfolgt bei allen „auf Betreiben von Rechtsanwälten zugestellten Schriftsätzen“ die Beglaubigung durch den Anwalt, § 156.

Die Abweichungen zu 3 und 4 sind der gesetzliche Ausdruck für das aus der Stellung des Amtsrichters als Einzelrichters folgende Verhältnis desselben zum Prozeße.

- 5) Für den Prozeßbetrieb ist ferner die durchgreifende Abweichung bestimmt, daß der Gerichtsschreiber für die Ladungen sorgen soll, wenn nicht die betreibende Partei erklärt, dies selbst thun zu wollen, §§ 458, 462. Auch abgesehen von Ladungen können Mittheilungen von Anträgen und Erklärungen durch Hilfe des Gerichtsschreibers und auch von Partei zu Partei unmittelbar und formlos erfolgen, § 463.
- 6) Die Klage, ebenso Interventionen, Streitverkündungen und alle Anträge, eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden, können zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden, §§ 452, 462.

Im Uebrigen sind noch einige Prozeßvorschriften gegeben: Die Erhebung der Klage kann bei Zustimmung des Gegners an ordentlichen Gerichtstagen oder in einem für Amtsgerichte zugelassenen Sühnetermin erfolgen, §§ 461, 471. Die Einlassungs- und Ladungsfristen sind anders normirt, §§ 194, 459. Urkunden sind wegen unterbliebener Erklärung nur nach gerichtsfeltiger Aufforderung für anerkannt zu erachten, § 468. Ueber prozeßhindernde Einreden und über die Verweisung von Prozeßen an das Landgericht sind besondere Vorschriften gegeben, §§ 465—467, OB. § 102.

### § 456.

Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, soweit nicht aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs,<sup>1)</sup> aus den nachfolgenden besonderen Bestimmungen<sup>2)</sup> und aus der Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben.<sup>3)</sup>

E. 437. N. 660. 661. 664—666. P. 196. 554.

1) Die im ersten Buche enthaltenen Abweichungen des amtsgerichtlichen Prozeßes vom Anwaltsprozeße sind (außer den aus der Einzelrichterstellung hinsichtlich der Ablehnung und Protokoll-Unterschrift sich ergebenden Vorschriften der §§ 45, 149 und dem Wegfall des Unterschieds zwischen dem Vorsitzenden und dem Gerichte für die §§ 130 Abs. 3, 131) in den §§ 75, 79, 84, 86, 107 Nr. 3, 120, 152, 154, 192, 194, 221 enthalten.

2) Die „nachfolgenden besonderen“ Vorschriften sind die der §§ 457—471.

3) Das OB. behandelt die Amtsgerichte in Betreff der Civilprozeße in den §§ 22

bis 24, 71, 102, 157—169. Außerdem ergeben sich aus der Verfassung die in Anm. 1 erwähnten Abweichungen für die §§ 45, 130, 131, 149. Vgl. Vorb. vor § 456.

### § 457.

Die Klage<sup>1)</sup> kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht<sup>2)</sup> oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.<sup>3)</sup>

E. 438. N. 187. P. 196. 554.

1) Außer den beiden, im § 457 bezeichneten Formen der Klage: a) der schriftlichen Einreichung, b) der Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers, kann die Klage c) bei gleichzeitigem persönlichem Erscheinen gemäß § 461, d) in Folge eines Antrags auf Sühneverfuch gemäß § 471 erhoben werden. In den beiden ersteren Fällen ist die Zustellung an den Beklagten, § 460, der Moment der Klageerhebung; in den beiden letzteren der Vortrag der Klage in der mB.

Für beide Formen des § 457 ist die Vorschrift des § 230 Abs. 2 zur Vermeidung demnachstiger Abweisung der Klage obligatorisch. Ebenso sind die instruktionellen Vorschriften der §§ 230 Abs. 3, 4 und 121 ff. für die Klage mit gleicher Wirksamkeit, wie für Klagen vor dem Landgerichte zu befolgen. Die Einreichung anderer, nur vorbereitender Schriftsätze ist fakultativ, § 120 Abs. 2.

2) Wenn die Partei die Klage schriftlich einreicht, hat sie nach der allgemeinen Vorschrift des § 155 auch die nöthigen Abschriften zur Mittheilung an die Gegner beizufügen, wenn sie die Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers wünscht, § 458. Vgl. § 122. Auch beim Gerichte ist eine Abschrift niederzuliegen, § 124. *MR. Hellmann* 2, 371.

3) Darüber, was bei Protokoll-Erklärung als Urschrift der Klage anzusehen ist, vgl. Anm. § 458. Die mehrseitig hebenmäßig gefundene Verbindung der Funktion eines Gerichtsschreibers mit derjenigen eines Konsulenten für den Kläger ist beibehalten, da sie bei Fernhaltung des Richters unschädlich und in vielen einfachen Fällen für den Kläger bequem sei, *Rot.* 292. — Vgl. § 462.

### § 458.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen.<sup>1)</sup>

E. 439. P. 196. 554.

1) Die vom Gerichtsschreiber zu veranlassende Zustellung ist nicht eine Zustellung „von Amts wegen“, sondern eine Zustellung, welche auf Betreiben und im Auftrage des Klägers „unter Vermittelung des Gerichtsschreibers“ erfolgt. Der Gerichtsschreiber ist hier, wie nach § 152, nicht Beauftragter der Partei, sondern vermittelndes Gerichtsorgan; *RO.* 17, 391. Das Gesetz vermuthet, daß der Kläger diese Vermittelung, welche in §§ 152 Abs. 2, 153 für den Parteiprozess zulässig erklärt ist, in Anspruch nimmt, wenn der Kläger nicht ausdrücklich bei der Einreichung oder Protokoll-Erklärung der Klage, § 457, erklärt hat, daß er selbst für die Zustellung sorgen will. Die Zustellungsurkunde ist also nach § 173 Abs. 4 nicht bei den Gerichtsakten zu behalten, sondern dem Kläger zu übermitteln.

Sache des Klägers ist es, wenn er Anderen die Besorgung überläßt, sich nach dem Termine zeitig zu erkundigen und die Zustellungsurkunde zu verlangen. Das Gericht hat sich nicht darum zu kümmern und die Rechte des Gegners werden dadurch nicht verflümmert, daß der Kläger den Termin nicht zeitig genug erfährt. Vgl. Anm. 4 § 300.

Eine Abweisung der Klage a limine durch *Decret* ist auch hier nicht zulässig; dagegen gelten auch hier die in Anm. 4 § 193 bemerkten Gründe zur Ablehnung der Terminsbestimmung für eine Ladung. Daß das Fehlen der Vollmacht noch kein Grund zur Ablehnung der Terminsbestimmung ist, ist dort schon gesagt. Jedenfalls macht sich

geschrieben sind. Die Grundsätze hinsichtlich der m.B., des Verhältnisses zur Eventualmaxime, der Beweisverbindung, des Beweisbeschlusses und der Beweiswürdigung sind dieselben. Ein praktisch erheblicher Unterschied liegt darin, daß das Landgericht ein kollegialisches Prozeßgericht ist, das Amtsgericht aber aus einem einzelnen Richter besteht.

Die hauptsächlichsten gesetzlichen Abweichungen des Verfahrens sind folgende:

- 1) Eine Vertretung der Parteien durch Rechtsanwälte ist nicht nötig, §§ 75, 192, 221. Die Vollmacht für einen Prozeßbevollmächtigten (welche auch für einzelne Prozeßhandlungen erteilt werden kann), ist von Amtswegen zu prüfen, §§ 74, 79 Abs. 2.
- 2) Eine Vorbereitung des Verfahrens durch Schriftsätze ist zwar zulässig, aber nicht vorgeschrieben, §§ 120 (269), 469.
- 3) Das Gericht soll für die Stellung „sachdienlicher Anträge“ wirken, § 464.
- 4) Die Protokollfeststellung ist, abgesehen von Geständnissen und Erklärungen über Eide, dem Ermessen des Gerichts überlassen, § 470.

Die ersten beiden Abweichungen zu 1 und 2 ergeben sich aus dem Bedürfnisse, für die gewöhnlicheren und geringfügigeren Streitgegenstände das Verfahren den Rechtsuchenden leichter zugänglich zu machen. Zu beachten ist, daß die Zustellung von Anwalt, § 181, auch in Partetprozeßen, „wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind“ zulässig ist. Ebenso erfolgt bei allen „auf Betreiben von Rechtsanwälten zugestellten Schriftsätzen“ die Beglaubigung durch den Anwalt, § 156.

Die Abweichungen zu 3 und 4 sind der gesetzliche Ausdruck für das aus der Stellung des Amtsrichters als Einzelrichters folgende Verhältnis desselben zum Prozeße.

- 5) Für den Prozeßbetrieb ist ferner die durchgreifende Abweichung bestimmt, daß der Gerichtsschreiber für die Ladungen sorgen soll, wenn nicht die betreibende Partei erklärt, dies selbst thun zu wollen, §§ 458, 462. Auch abgesehen von Ladungen können Mittheilungen von Anträgen und Erklärungen durch Hilfe des Gerichtsschreibers und auch von Partei zu Partei unmittelbar und formlos erfolgen, § 463.
- 6) Die Klage, ebenso Interventionen, Streitverkündungen und alle Anträge, eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden, können zum Protokolle des Gerichtsschreibers erklärt werden, §§ 452, 462.

Im Uebrigen sind noch einige Prozeßvorschriften gegeben: Die Erhebung der Klage kann bei Zustimmung des Gegners an ordentlichen Gerichtstagen oder in einem für Amtsgerichte zugelassenen Sühnetermin erfolgen, §§ 461, 471. Die Einlassungs- und Ladungsfristen sind anders normirt, §§ 194, 459. Urkunden sind wegen unterbliebener Erklärung nur nach gerichtsfeltiger Aufforderung für anerkannt zu erachten, § 468. Ueber prozeßhindernde Einreden und über die Verweisung von Prozeßen an das Landgericht sind besondere Vorschriften gegeben, §§ 465—467, OB. § 102.

### § 456.

Auf das Verfahren vor den Amtsgerichten finden die Vorschriften über das Verfahren vor den Landgerichten Anwendung, soweit nicht aus den allgemeinen Bestimmungen des ersten Buchs,<sup>1)</sup> aus den nachfolgenden besonderen Bestimmungen<sup>2)</sup> und aus der Verfassung der Amtsgerichte sich Abweichungen ergeben.<sup>3)</sup>

E. 437. N. 660. 661. 664—666. P. 196. 554.

1) Die im ersten Buche enthaltenen Abweichungen des amtsgerichtlichen Prozeßes vom Anwaltprozeße sind (außer den aus der Einzelrichterstellung hinsichtlich der Ablehnung und Protokoll-Unterschrift sich ergebenden Vorschriften der §§ 45, 149 und dem Wegfall des Unterschieds zwischen dem Vorsitzenden und dem Gerichte für die §§ 130 Abs. 3, 131) in den §§ 75, 79, 84, 86, 107 Nr. 3, 120, 152, 154, 192, 194, 221 enthalten.

2) Die „nachfolgenden besonderen“ Vorschriften sind die der §§ 457—471.

3) Das OB. behandelt die Amtsgerichte in Betreff der Civilprozeße in den §§ 22

bis 24, 71, 102, 157—169. Außerdem ergeben sich aus der Verfassung die in Anm. 1 erwähnten Abweichungen für die §§ 45, 130, 131, 149. Vgl. Vorb. vor § 456.

### § 457.

Die Klage<sup>1)</sup> kann bei dem Gerichte schriftlich eingereicht<sup>2)</sup> oder zum Protokolle des Gerichtsschreibers angebracht werden.<sup>3)</sup>

R. 438. N. 187. P. 196. 554.

1) Außer den beiden, im § 457 bezeichneten Formen der Klage: a) der schriftlichen Einreichung, b) der Erklärung zum Protokoll des Gerichtsschreibers, kann die Klage c) bei gleichzeitigem persönlichem Erscheinen gemäß § 461, d) in Folge eines Antrags auf Sühneversuch gemäß § 471 erhoben werden. In den beiden ersteren Fällen ist die Zustellung an den Beklagten, § 460, der Moment der Klageerhebung; in den beiden letzteren der Vortrag der Klage in der m.B.

Für beide Formen des § 457 ist die Vorschrift des § 230 Abs. 2 zur Vermeidung demnächstiger Abweisung der Klage obligatorisch. Ebenso sind die instruktionellen Vorschriften der §§ 230 Abs. 3, 4 und 121 ff. für die Klage mit gleicher Wirksamkeit, wie für Klagen vor dem Landgerichte zu befolgen. Die Einreichung anderer, nur vorbereitender Schriftsätze ist fakultativ, § 120 Abs. 2.

2) Wenn die Partei die Klage schriftlich einreicht, hat sie nach der allgemeinen Vorschrift des § 155 auch die nöthigen Abschriften zur Mittheilung an die Gegner beizufügen, wenn sie die Zustellung durch Vermittelung des Gerichtsschreibers wünscht, § 458. Vgl. § 122. Auch beim Gerichte ist eine Abschrift niederzulegen, § 124. RR. Hellmann 2, 371.

3) Darüber, was bei Protokoll-Erklärung als Urschrift der Klage anzusehen ist, vgl. Anm. § 458. Die mehrseitig bedenklich gefundene Verbindung der Funktion eines Gerichtsschreibers mit derjenigen eines Konsulenten für den Kläger ist beibehalten, da sie bei Fernhaltung des Richters unschädlich und in vielen einfachen Fällen für den Kläger bequem sei, Not. 292. — Vgl. § 462.

### § 458.

Nach erfolgter Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung hat der Gerichtsschreiber für die Zustellung der Klage Sorge zu tragen, sofern nicht der Kläger erklärt hat, dieses selbst thun zu wollen.<sup>1)</sup>

R. 439. P. 196. 554.

1) Die vom Gerichtsschreiber zu veranlassende Zustellung ist nicht eine Zustellung „von Amtswegen“, sondern eine Zustellung, welche auf Betreiben und im Auftrage des Klägers „unter Vermittelung des Gerichtsschreibers“ erfolgt. Der Gerichtsschreiber ist hier, wie nach § 152, nicht Beauftragter der Partei, sondern vermittelndes Gerichtsorgan; R. 17, 391. Das Gesetz vermuthet, daß der Kläger diese Vermittelung, welche in §§ 152 Abs. 2, 153 für den Parteiprozess zulässig erklärt ist, in Anspruch nimmt, wenn der Kläger nicht ausdrücklich bei der Einreichung oder Protokoll-Erklärung der Klage, § 457, erklärt hat, daß er selbst für die Zustellung sorgen will. Die Zustellungsurkunde ist also nach § 173 Abs. 4 nicht bei den Gerichtsakten zu behalten, sondern dem Kläger zu übermitteln.

Sache des Klägers ist es, wenn er Anderen die Beforgung überläßt, sich nach dem Termine zeitig zu erkundigen und die Zustellungsurkunde zu verlangen. Das Gericht hat sich nicht darum zu kümmern und die Rechte des Gegners werden dadurch nicht verklümmert, daß der Kläger den Termin nicht zeitig genug erfährt. Vgl. Anm. 4 § 300.

Eine Abweisung der Klage a limine durch Dekret ist auch hier nicht zulässig; dagegen gelten auch hier die in Anm. 4 § 193 bemerkten Gründe zur Ablehnung der Terminsbestimmung für eine Ladung. Daß das Fehlen der Vollmacht noch kein Grund zur Ablehnung der Terminsbestimmung ist, ist dort schon gesagt. Jedenfalls macht sich

der Richter einer Pflichtwidrigkeit schuldig, wenn er aus diesem Grunde weder den Termin bestimmt, noch den Kläger von der Ablehnung der Terminsbestimmung benachrichtigt; *R. 33, 244.*

Für die zu Protokoll erklärte Klage ist es korrekt, das Protokoll selbst als Urschrift anzusehen und an den Kläger nach § 173 gelangen zu lassen; bei dem Gerichte aber eine Abschrift zu behalten, *Seuffert Anm. 3; Caupp Anm. I § 457.* Für die Abweichung, daß das Protokoll beim Gerichte bleibt und beide Parteien eine Abschrift davon erhalten (*Puchelt 2, 299; v. Bülow Anm. 1*), giebt die Berufung auf die nicht maßgebende *ham. P. D. § 381* keinen Grund.

### § 459.

Die Einlassungsfrist beträgt mindestens drei Tage, wenn die Zustellung im Bezirke des Prozeßgerichts; mindestens eine Woche, wenn sie außerhalb desselben, jedoch im Deutschen Reich erfolgt; in Meß- und Marktssachen mindestens vierundzwanzig Stunden.<sup>1)</sup>

Ist die Zustellung im Auslande vorzunehmen, so hat das Gericht bei Festsetzung des Termins die Einlassungsfrist zu bestimmen.<sup>2)</sup>

*E. 440. N. 662. P. 196. 554.*

1) Modifikationen des § 234. Auch für die Ladungsfrist ist im § 194 besondere Bestimmung getroffen. Für beide Fristenarten (vgl. *Borb. 4 § 191*) gilt die Zulässigkeit der Abkürzung nach § 204. *Bgl. Anm. 1 § 233.* Für öffentliche Zustellungen, bei welchen mit Rücksicht auf § 189 der Ablauf von einem Monate der Einlassungsfrist des *Abf. 1* behufs der Terminsbestimmung hinzuzurechnen ist, ist die Einlassungsfrist des *Abf. 1* auf mindestens eine Woche (nicht bloß drei Tage) nach der gesetzgeberischen Absicht anzurechnen. Ueber Meß- und Marktssachen vgl. § 30. In der Berufungsinstanz finden diese Fristen keine Anwendung, § 485. Für Wechselsachen bleibt § 567 maßgebend, *Buch 3, 289.*

2) Für *Abf. 2* (gleich dem § 234 *Abf. 2*) gilt *Anm. 2 § 234.*

### § 460.

Die Klage wird durch Zustellung der Klageschrift oder des die Klage enthaltenden Protokolls erhoben.<sup>1)</sup>

*E. 441. P. 196—200. 554.*

1) In dem *Satz*, welcher jetzt als § 460 allein stehen geblieben ist, wird für die Regelfälle der Klageanbringung nach § 457 nur der § 230 *Abf. 1* wiederholt. *Bgl. Anm. 1 § 457.*

### § 461.

An ordentlichen Gerichtstagen können die Parteien zur Verhandlung des Rechtsstreits ohne Ladung und Terminsbestimmung vor Gericht erscheinen.

Die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.<sup>1)</sup>

*E. 442. N. 663. P. 200. 554.*

1) Nach den *Not. 292* ist beabsichtigt, daß bei den Amtsgerichten „ordentliche Gerichtstage“ regelmäßig bestimmt werden, an welchen zu bestimmten Stunden Parteien ungeladen zur Verhandlung von Prozessen erscheinen können. *Bgl. P. 200.*

Die erfolgreiche Anwendung des § 461 setzt den übereinstimmenden Willen der Parteien voraus, nicht bloß zum Gerichte hinzugehen, sondern auch den Rechtsstreit zu verhandeln. Wenn nach dem Vortrage der Klage der Beklagte sich nicht darauf einlassen will, so kann, da die übrigen Vorschriften der *CP.* über die Verhandlung bestehen bleiben, mit Rücksicht auf die Nichtwahrung der Einlassungsfrist bzw. § 300 *Ar. 3* keinesfalls sofort ein Verkündungsurtheil erlassen werden. Die Befugniß zur Vertagung, § 206, (vor oder nach



Erhebung der Klage) ist dem Gerichte auch hier nicht zu versagen. Für den Fall der Vertagung nach der Erhebung der Klage wollen Struckmann-Roch Anm. 3 die Klage zu Protokoll festgestellt wissen, dagegen Seuffert Anm. 3 und Caupp Anm. II mit Rücksicht auf § 470 Abs. 1 eine solche Feststellung ablehnen, bis ein Urtheil oder ein Beweisbeschluß ergeht. Indes der § 470 hat seine Gestaltung unzweifelhaft für die Regelfälle der Verhandlung von bereits schriftlich fixirten Klagen (§ 458) und nicht für die abnormen Fälle der §§ 461, 471 erhalten, und die ohnehin strenge Vorschrift des § 470 Abs. 1, welche für Anträge und Erklärungen der Partei nach der Klage berechnet ist, dürfte mindestens für die Klage der §§ 461, 471 nicht als unbedingt verbindende Vorschrift anzusehen sein. Vgl. Anm. 2 § 470 am Schlusse. Zur Feststellung der Identität sowohl für ein Versäumnisurtheil, als auch hinsichtlich einer Klageänderung ist in solchem Falle die Protokollfeststellung der Klage im praktischen Interesse geboten. Für das Verfahren vor Gewerbegerichten ist dies durch § 35 Ges. 29. Juli 1890 geboten, wenn die Sache streitig bleibt.

Lippmann, civ. R. 65, 399 f., 405 f. und 71, 357 nimmt im Widerspruche mit Abs. 2 verb. mit § 235 die Sache als gar nicht verhandelt an, wenn sie nicht sofort bis zur Entscheidung verhandelt ist, und hält ein Versäumnisverfahren auch für einen späteren Termin für ausgeschlossen.

### § 462.

Die Vorschriften der §§ 457, 458 finden entsprechende Anwendung, wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist, insbesondere zur Verhandlung über einen Zwischenstreit, über den Antrag auf Berichtigung oder Ergänzung eines Urtheils, über den Einspruch, über den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder über die Aufnahme eines unterbrochenen oder ausgesetzten Verfahrens,<sup>1)</sup> oder wenn eine Intervention oder Streitverkündung erfolgen soll.<sup>2)</sup>

#### E. 443. P. 205. 554.

1) Die Fälle: „insbesondere — — Verfahrens“ sind nur Beispiele. Die Voraussetzung ist grundsätzlich in den Worten ausgesprochen: „wenn eine Partei im Laufe des Rechtsstreits zu laden ist“. Die für den Prozeßbetrieb wichtige Regel bedeutet also:

1. daß jeder Antrag auf Ladung einer Partei ebenso wie die Klage, § 457, schriftlich eingereicht oder zum Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden kann, und
2. daß für alle solche Anträge die Vermuthung des § 458 gelten soll, es werde die Vermittelung des Gerichtsschreibers beansprucht. Die Bemerkung § 458 gilt auch hier. Ladungen, welche nach den allgemeinen Grundsätzen auch für Anwaltsprozesse von Amtswegen erfolgen müssen, werden vom § 462 nicht berührt, weil sie auch von den §§ 457, 458 nicht betroffen sind.

2) Ueber die einzelnen Fälle des § 462 vgl. für den Zwischenstreit Verb. vor § 119 und § 275, Berichtigung und Ergänzung eines Urtheils §§ 291, 292; Einspruch §§ 303 ff.; Wiedereinsetzung u. §§ 211 ff.; Aufnahme §§ 217 ff.; Intervention §§ 63 ff.; Streitverkündung §§ 69 ff. Die beiden letzteren Mittheilungen, von der R. hinzugefügt, sind nicht mit Ladungen verbunden. Unberührt ist durch § 462, daß Intervention und Streitverkündung nach §§ 67, 70 nur durch „Zustellung“ des Schriftfaxes erfolgen.

### § 463.

Auch wenn eine Partei nicht zu laden ist, können ihr Anträge und Erklärungen, auf welche sie ohne vorgängige Mittheilung voraussichtlich eine Erklärung in einer mündlichen Verhandlung nicht abzugeben vermag, durch Zustellung eines Protokolls des Gerichtsschreibers mitgetheilt werden.

Diese Mittheilung kann auch unmittelbar und ohne besondere Form geschehen.<sup>1)</sup>

#### E. 444. P. 205. 554.

1) Die Bestimmung des § 463 betrifft die Mittheilung von Klagebeantwortungen, zulässigen Klageänderungen und anderen Partei-Erklärungen und Anträgen, welche in der demnächstigen m.B. zur Erörterung kommen sollen, §§ 133, 240, 244, 245, 300 Nr. 3, 68, 72, 73, 236—238. Die allgemeinen Grundsätze über die Folgen unterlassener Mittheilungen bleiben maßgebend. Insbesondere kann ein Veräumnisurtheil nur unter der Voraussetzung; rechtzeitiger vorgängiger Mittheilung des zu berücksichtigenden Vorbringens erlassen werden. Die Abweichung und Erleichterung für den Amtsgerichtsprozeß besteht darin, daß es zu diesen Mittheilungen nicht eines förmlichen Schriftsatzes bedarf, sondern daß die Vermittelung des Gerichtsschreibers in Anspruch genommen werden kann, um solche Erklärungen zu Protokoll zu nehmen und durch seine Hilfe zustellen zu lassen, daß solche Mittheilungen auch ohne Mitwirkung der Gerichtsschreiber oder Gerichtsvollzieher nach Abs. 2 unmittelbar „von Partei zu Partei“ (Rot. 293) mit den sonstigen Zustellungswirklungen erfolgen können, und daß die Formen der Schriftsätze (§ 121) dabei nicht beobachtet zu werden brauchen. Sofern es auf die Erzielung einer Wirkung solcher Mittheilungen, z. B. nach § 300 Abs. 1 anläßt, würde es freilich Sache der Partei sein, die erfolgte vorgängige Mittheilung nachzuweisen.

Den § 463 mit Struckmann-Roch Anm. 2 und Endemann 2, 378 dahin zu verstehen, daß die zum Protokolle des Gerichtsschreibers erfolgten Anträge und Erklärungen durch „Zustellung“ des Protokolls mitzutheilen sind und nur andere unmittelbar und formlos mitgetheilt werden können, hat weder im Wortlaute des § 463, noch in einer ratio legis eine Stütze; Abs. 2 sagt, daß die Mittheilung aller im Abs. 1 bezeichneten Anträge und Erklärungen ohne Unterscheidung der Redaktionsweise formlos erfolgen kann; Caupp Anm. I. Die Vorschrift des § 162 gilt auch für Abs. 2; Seuffert Anm. 2; Caupp I. A. R. Struckmann-Roch Anm. 3; Fitting § 77 Rt. 16.

### § 464.

Bei der mündlichen Verhandlung hat das Gericht dahin zu wirken, daß die Parteien über alle erheblichen Thatfachen sich vollständig erklären<sup>1)</sup> und die sachdienlichen Anträge stellen.<sup>2)</sup>

R. 445. N. 667. P. 205. 554.

1) Wenn eine Erklärung über die vom Gegner behaupteten Thatfachen im Sinne des § 129 nicht erfolgt ist, so tritt die Veräumnisfolge des § 129 ein, ohne Rücksicht darauf, ob gerichtsfertig eine Aufforderung dazu erlassen ist. Ein Antrag, das Gegentheil zu bestimmen, ist in der RR. abgelehnt, P. 207, 208. Vgl. Anm. 1—3 § 130.

2) Die Bedeutung der dehnbaren Worte: „sachdienliche Anträge“ geht nicht dahin, daß der Richter Konsulent einer Partei oder gar beider sein und die für die Partei zweckmäßigen Anträge ausfinden oder hierzu inquiriren soll. Er soll unter Wahrung der Verhandlungsmaxime und mit Berücksichtigung dessen, was die Parteien danach vorbringen, ihren Erklärungen durch eine dem Prozesse und der Prozeßlage entsprechende Form der Anträge Ausdruck geben. Ein Antrag zur Vermeidung von Mißdeutungen diese Worte zu streichen und durch „bestimmte Anträge“ zu ersetzen, so daß es im Uebrigen bei den allgemeinen Bestimmungen der §§ 130 ff. über das Fragerecht bewende, ist in der Vorl. abgelehnt, weil die „Sachdienlichkeit“ der Anträge auch nur die sachgemäße Formgebung bedeute. „Die Verhandlungsmaxime wird durch diese Vorschrift nicht verletzt, denn sie schließt nicht aus, daß das Gericht dahin wirkt, daß dem Parteivorbringen die rechte Form gegeben, daß aus dem Parteivorbringen der rechte Schluß gezogen werde“, Rot. 133, 134. Der § 464 bezieht sich insbesondere auch auf die zur Verwirklichung des kundgegebenen oder vermuteten Parteiwillens nothwendigen Prozeß-Anträge betr. Veräumnis-Urtheil, Urkunden-Edition, Vertagung u. dgl.; Seuffert § 464; doch hat der Amtsrichter der Partei keine Rechtsbehelfe an die Hand zu geben, welche sie augenscheinlich nicht vorbringen will; vgl. jedoch § 465 Abs. 2.

## § 465.

Die Vorschrift, daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen sind, findet nur insoweit Anwendung, als die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts vor der Verhandlung zur Hauptsache geltend zu machen ist.<sup>1)</sup>

Ist das Amtsgericht sachlich unzuständig, so hat es vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache denselben auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen.<sup>2)</sup>

Auf Grund prozeßhindernder Einreden darf die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden; das Gericht kann jedoch die abgeforderte Verhandlung über diese Einreden auch von Amtswegen anordnen.<sup>3)</sup>

R. 446. H. 433. 414. 660. P. 206—207. 554.

1) Hinsichtlich aller prozeßhindernden Einreden (einschließlich der Einreden der Unzuständigkeit) ist im Abs. 3 die Ausnahme von § 248 gemacht, daß der Beklagte deshalb die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigern darf. Er muß unaufgefordert auch zur Hauptsache verhandeln oder gewärtigen, daß, wenn die vorgeschätzte prozeßhindernde Einrede nicht durchgreifen sollte, der § 129 zur Anwendung kommt. Hinsichtlich der übrigen prozeßhindernden Einreden, außer der Unzuständigkeit des Gerichts, ist auch die Vorschrift des § 247 für den Amtsgerichtsprozeß beseitigt; sie können in jedem Stadium des Prozesses geltend gemacht werden, ohne bei nachträglicher Vorbringung nach sonstiger Verhandlung präkludiert zu sein. Vgl. Anm. 2 § 247; Fitting, civR. 63, 228, 229.

Für die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts bleibt hier die Vorschrift des § 247 Abs. 1 nur soweit bestehen, daß sie vor der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache vorzubringen ist, also hier auch nach der Geltendmachung anderer prozeßhindernden Einreden noch zulässig ist, so lange Beklagter zur Hauptsache nicht verhandelt hat. Nach diesem Zeitpunkte tritt (durch Unterlassung der Rüge der Unzuständigkeit bis dahin) für prorogierbare Sachen Prorogation ein. Ebenso bleibt für diese Einrede hier die, eine Verspätung modifizierende Vorschrift des § 247 Abs. 3, Fitting a. a. D. 227, 228; desgleichen der Grundsatz, daß sowohl in Betreff der Ungültigkeit einer Prorogation, als auch (gegen Wach, civR. 62, 382, 385 ff. und Fitting a. a. D. 63, 241 ff.), wenn es sich um Erlassung eines Versäumnisurtheils handelt, das Gericht von Amtswegen seine Zuständigkeit zu prüfen hat. Vgl. Vorb. 2 vor § 38. Eine Beweisaufnahme nach Abhaltung mehrerer Verhandlungstermine und Wechsel der Richter darüber, ob die Einrede der Unzuständigkeit vor der Verhandlung zur Hauptsache vorgebracht ist, ist nicht grundsätzlich auszuschließen, vgl. Gröndler, Buzsch 3, 268 ff., Bierhaus, Buzsch 2, 157 u. 10, 127; aR. Caupp Anm. I Nr. 1.

2) Die Dienstvorschrift des Abs. 2 für den Amtsrichter giebt dem Beklagten für den Fall der Unterlassung oder Nichtbefolgung keine Rechte; Anm. 1 § 130. Ist die Belehrung nicht vor der Verhandlung geschehen oder nicht befolgt, und hat eine Einlassung zur Hauptsache stattgefunden, so erfolgt stillschweigende Prorogation, gemäß § 39.

3) Die Abweichung des Abs. 3 vom § 248 besteht nur darin, daß der Beklagte auf Grund prozeßhindernder Einreden die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigern darf, vgl. Anm. 1, und daß das Gericht auch nach einer Verhandlung zur Hauptsache noch die abgeforderte Verhandlung und zwar für alle oder einzelne prozeßhindernde Einreden anordnen kann. Ist sie angeordnet, so findet gemäß § 456 auf das Urtheil über diese abgeforderten Einreden der § 248 Abs. 2 Anwendung. — Mißverständlich wäre es, anzunehmen, daß durch Abs. 3 die Bestimmung des § 243 Abs. 4 für den Amtsgerichtsprozeß ausgeschlossen sei. Diese Bestimmung ist die rechtliche Grundlage für die prozeßhindernde Einrede aus § 247 Nr. 5 und findet auch im Amtsgerichtsprozeß mit der Wirkung statt, daß der Beklagte, wenn die Einrede in concreto begründet ist, die

Einlassung verweigern und die Abweisung der Klage beantragen kann. Die Bedeutung des Abs. 3 § 465 ist nur, daß der Beklagte nicht, wie im Verfahren vor den Landgerichten, abgeordnete Verhandlung über die Einrede mit der Wirkung verlangen kann, daß auch bei Verwerfung der Einrede ihm die Verhandlung zur Hauptsache vorbehalten bleibt; vielmehr muß er eventuell zur Hauptsache verhandeln, wenn er nicht Gefahr laufen will, bei Verwerfung der Einrede, damit präkludirt zu werden.

### § 466.

Wird die Unzuständigkeit des Gerichts auf Grund der Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte ausgesprochen, so ist zugleich auf Antrag des Klägers der Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.<sup>1)</sup>

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgerichte anhängig.<sup>2)</sup>

R. 446 a. N. 20. P. 207. 208. 449 R. 554.

1) Der § 466 entspricht dem § 249 mit dem Unterschiebe, daß der Antrag auf Verweisung nicht, wie vom Landgerichte an ein bestimmtes Amtsgericht des Bezirks, sondern vom Amtsgerichte an „das“ Landgericht zu richten ist. Dies Landgericht kann nur das übergeordnete desselben Amtsgerichtsbezirks sein. Für das Landgericht ist die rechtskräftige Entscheidung über die sachliche Unzuständigkeit des Amtsgerichts gemäß § 11 bindend. Im Uebrigen haben Antrag, Verweisung und das Verhältniß zu einem, nur die Unzuständigkeit auszusprechenden Urtheile denselben Charakter, wie im § 249 und sind die Bemerkungen in Anm. 1 § 249 hier ebenfalls maßgebend. Zur Verhandlung vor der Kammer für Handelsfachen ist nur noch außerdem C.P. § 102 Abs. 2 zu beachten. Wird erst in der Berufungsinstanz die sachliche Unzuständigkeit des Amtsgerichts ausgesprochen, so kann auch das Berufungsgericht (Landgericht) auf Antrag den Rechtsstreit an das Landgericht (vor sich selbst) verweisen, 20. Urm. Buch 15, 414; vgl. dagegen für den Fall einer Klageerweiterung in der Berufungsinstanz über die Zuständigkeit des Amtsgerichts hinaus Anm. 2 § 491.

2) Für den Abs. 2 (entsprechend dem § 249 Abs. 2) sind in Betreff der Wirkungen der Klageerhebung, der Ladung und der Kosten die Bemerkungen in Anm. 2 § 249 maßgebend; R. 5. Januar 1893, JZ. 97; vgl. auch Olf.R. 3, 119. Die hier mitgetheilte dienstliche Anweisung des Amtsrichters durch den Vorgesetzten zur Entscheidung über den Kostenpunkt, welche Jener unrichtiger Weise der Entscheidung des Landgerichts vorbehalten hatte, ist zwar sachlich vollkommen begründet, dürfte aber im Interesse der Unabhängigkeit der Rechtspflege nicht unbedenklich erscheinen. — Die Ladung vor das Landgericht muß die Aufforderung zur Anwaltsbestellung nach § 192 enthalten. Abweichend von § 466 ist im Falle des § 105 Abs. 2 Gen. Ges. 1. Mai 1889 die Verweisung an das Landgericht durch Beschluß auszusprechen, gegen welchen die sofortige Beschwerde stattfindet, vgl. das. Abs. 3 u. R. 32, 395. Nach § 26 Ges. betr. die Gewerbegerichte findet zwar die Vorschrift des § 11 C.P. über die bindende Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung, durch welche ein Gericht sich für sachlich unzuständig erklärt hat, in dem Verhältniß der Gewerbegerichte und der ordentlichen Gerichte Anwendung, und zwar für die Entscheidung des ordentlichen Gerichts auch hinsichtlich der von demselben angenommenen örtlichen Zuständigkeit eines bestimmten Gewerbegerichts. Dies berechtigt jedoch nicht zu einer Anwendung der §§ 466, 249 auf das Verhältniß der Gewerbegerichte, namentlich nicht der Abs. 2 §§ 249 und 466. Der § 24 Ges. über die Gewerbegerichte, welcher auf das Verfahren vor den Gewerbegerichten die für das amtsgerichtliche Verfahren geltenden Vorschriften der C.P. entsprechend anwendbar erklärt, ist nicht dafür zu verwerthen, in welcher Weise ein Rechtsstreit vor dem ordentlichen Gericht anhängig wird, noch weniger dafür, daß durch Urtheil eines ordentlichen Gerichts der Rechtsstreit bei dem Gewerbegericht anhängig werde. Vgl. R. Levy, Kass.R. 35, 744 (gegen Ruggan, das Reichsgesetz betr. die Gewerbegerichte, Berlin 1890, Anm. 3 § 26).

## § 467.

Wird in einem bei dem Amtsgericht anhängigen Prozesse durch Widerklage oder durch Erweiterung des Klagantrags (§ 240 Nr. 2, 3) ein Anspruch erhoben, welcher zur Zuständigkeit der Landgerichte gehört, oder wird in Gemäßheit des § 253 die Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt, für welches die Landgerichte zuständig sind,<sup>1)</sup> so hat das Amtsgericht, sofern eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, seine Unzuständigkeit auszusprechen und den Rechtsstreit an das Landgericht zu verweisen.<sup>2)</sup>

Ist das Urtheil rechtskräftig, so gilt der Rechtsstreit als bei dem Landgericht anhängig.<sup>3)</sup> Die im Verfahren vor dem Amtsgerichte erwachsenen Kosten werden als Theil der bei dem Landgericht erwachsenen Kosten behandelt.<sup>4)</sup>

E. 447. W. 20. P. 208. 490. 500. 554.

1) Vorausgesetzt ist für die Anwendung des § 467, daß für die ursprüngliche Klage das angegangene Gericht gesetzlich oder durch Prorogation sachlich zuständig ist, und erst durch Widerklage, Klageerweiterung oder eine Klage gemäß § 253 eine Unzuständigkeit und zwar eine sachliche begründet wird. War schon für die ursprüngliche Klage das Gericht nicht zuständig, so ist bei sachlicher Unzuständigkeit § 466 anwendbar, bei örtlicher die Unzuständigkeit ohne Verweisung auszusprechen. Letzteres hat auch bezüglich des neuen bzw. erweiterten Anspruchs zu geschähen, sofern das Gericht örtlich für denselben unzuständig ist, da § 467 nur eine solche entstehende Unzuständigkeit betrifft, welche das Verhältnis der Zuständigkeit „der Landgerichte“ zu den Amtsgerichten betrifft; Caupp Anm. I. Vgl. Löning, Busch 4, 166 ff. Demnach ist auch, wenn es nach § 33 an dem Gerichtsstande für die Widerklage fehlt, § 467 nicht anwendbar; diese vielmehr abzuweisen. Dagegen hat das Amtsgericht darüber, ob die Voraussetzungen einer Inzidentfeststellungsklage nach § 253 oder einer Klageerweiterung nach § 240 Nr. 2, 3 vorliegen, nicht zu befinden; dies würde dem Urtheil des sachlich zuständigen Gerichts vorgreifen; aM. Seuffert Anm. 1a, Caupp Anm. I. Ein örtlich unzuständiges Gericht kann wegen fehlenden Gerichtsstandes sich für unzuständig erklären, auch wenn es sachlich unzuständig ist, weil es damit die sachliche Zuständigkeit nicht bejaht, sondern seine Kompetenz schlechthin ablehnt.

Erfolgt erst in der Berufungsinanz vor dem Landgerichte eine nach § 240 Nr. 2, 3 zulässige Klageerweiterung, so findet § 467 nicht Anwendung, vgl. Anm. 2 § 491, Caupp Anm. 4.

2) Die Anwendbarkeit des § 467 erstreckt sich auf alle Amtsgerichtsprozesse, insbesondere auch auf Grund der Zuständigkeitsbestimmungen des § 23 Nr. 2 O.B., vgl. O.G. Berlin I, Bl.f.R. 1, 37; 4, 113, was allerdings für schleunige Sachen oft sehr unzutraglich werden kann. Kläger wird sich in solchen Fällen durch Anträge auf einstw. Verfügungen helfen müssen. Die Entscheidung ist ein Urtheil über die Zuständigkeit und daher den Rechtsmitteln unterworfen, R.G. 30, 332. — Abweichend von § 466 („auf Antrag des Klägers“) kann im Falle des § 467 jede Partei („eine Partei“) den Antrag stellen. Er ist vor der „weiteren“ Verhandlung, d. h. vor der Verhandlung über den neuen Anspruch zu stellen. Er muß die Unzuständigkeitsklärung und die Verweisung umfassen. Wird lediglich ein Einwand gegen die sachliche Zuständigkeit wegen der neuen Ansprüche erhoben, so trifft derselbe nur die Widerklage, Zwischenfeststellungsklage oder Klageerweiterung, nicht die ursprüngliche Klage, für welche demnach das Amtsgericht sachlich zuständig bleibt, während es die weiteren Ansprüche wegen sachlicher Unzuständigkeit abzuweisen hat. Dies kann natürlich die Gegenpartei dadurch vermeiden, daß sie selbst den Antrag aus § 467 rechtzeitig stellt. Wird kein Antrag gestellt und kein Einwand erhoben, so tritt Prorogation ein, soweit solche nicht durch § 40 Abs. 2 ausgeschlossen ist, in welchem letzteren Falle die Abweisung der neuen Ansprüche wegen Unzuständigkeit ohne Verweisung erfolgt. Durch

§ 467 wird (ebenso wie durch § 253) nicht der allgemeine Grundsatz befeitigt, daß das Gericht von Amtswegen und ohne den Antrag einer Partei seine Unzuständigkeit auszusprechen hat, wenn eine freiwillige Prorogation unzulässig ist. Vgl. hierüber Borch. 2 vor § 38 und Anm. 2 § 253. Siehe auch Fitting, civR. 63, 247; Renaud, Buch 5, 55. Für den Fall der Verweisung vor eine Kammer für Handelsfachen sind OB. §§ 102 Abs. 2, 103 zu beachten.

Wenn umgekehrt durch theilweise Zurücknahme der Klage, die Zulässigkeit derselben vorausgesetzt, der die Zuständigkeit des Amtsgerichts ursprünglich übersteigende Werth des Streitgegenstandes bis innerhalb der Zuständigkeitsgrenze ermäßigt wird, so kann das Amtsgericht sich nicht mehr für unzuständig erklären. Vielmehr ist es zufolge § 243 Abs. 3 für den Restbetrag zuständig; der § 235 hat nicht die umgekehrte Wirkung, daß die sachliche Unzuständigkeit nicht durch Zurücknahme eines Theils der Klageanträge befeitigt werden könnte. Vgl. ZB. 1880 Nr. 13 S. 97, 99.

3) Hinsichtlich der Wirkungen, des Verfahrens und der Ladung gelten die Bemerkungen Anm. 2 § 466, Anm. 2 § 249. Der von Caupp Anm. III angenommenen Abweichung von den Wirkungen der §§ 466 und 249 kann nicht zugestimmt werden, da das Gesetz in der Hauptsache keine Abweichung statuiert, und die im letzten Satze enthaltene Bestimmung über die Kosten keinen Rückschluß auf die Behandlung der Hauptsache gestattet. Dadurch, daß das Amtsgericht auch im Falle des § 467 seine Unzuständigkeit auszusprechen hat und zwar für den gesammten Rechtsstreit, nicht bloß für die neuen Ansprüche, ist es ausgeschlossen, daß Prozeßhandlungen — abgesehen von Dispositions-Akten — welche vor dem Amtsgericht vorgenommen sind, oder gar Zwischenurtheile des Amtsgerichts in dem Verfahren vor dem Landgerichte, welches erst mit der Rechtskraft des Verweisungs-Urtheils beginnt, fortwirken.

Eine Verbindung mehrerer beim Amtsgericht anhängiger Prozesse gemäß § 138 für die Zusammenrechnung der Objektswerthe zur Bestimmung des Werths des Streitgegenstandes zur Folge, RR. 30, 335; aber sie hat auf die sachliche Zuständigkeit keinen Einfluß. Eine Ausnahme bestimmt für mehrere Prozesse auf Anfechtung einer vollstreckbaren Berechnung im Konkurse einer eingetr. Genossenschaft § 105 Gen.Ges. 1. Mai 1889; vgl. Anm. 2 § 466.

4) Hinsichtlich der Kosten bilden die Verhandlungen vor dem Amtsgerichte und vor dem Landgerichte eine Instanz, ORO. § 30, AnwObD. § 26; für das Verfahren vor dem Amtsgerichte sind daher keine besonderen Gebühren zu erheben, sondern nur Gesamtkosten nach dem für das landgerichtliche Verfahren maßgebenden Objektswerthe, RR. 30, 333 f. Ueber diese Abweichung von den §§ 249, 466 vgl. Anm. 2 § 249.

### § 468.

Wegen unterbliebener Erklärung ist eine Urkunde nur dann als anerkannt anzusehen, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über die Echtheit der Urkunde aufgefordert ist.<sup>1)</sup>

E. 447 a. P. 207. 208. 554.

1) Abweichung von § 404. Eine Feststellung der Aufforderung zu Protokoll für den Fall, daß keine Erklärung erfolgt, ist hier, wie im Falle des § 420, sachgemäß, aber nicht unbedingt vorgeschrieben; es genügt die Feststellung im Thatbestande des Urtheils; Caupp und Seuffert § 468. RR. v. Sarwey I, 644.

### § 469.

Die Vorschriften der §§ 269, 313—319 finden auf das Verfahren vor den Amtsgerichten keine Anwendung.<sup>1)</sup>

E. 449. P. 208—213. 554. 701.

1) Die Nichtanwendung des § 269 (Verlesung von Anträgen aus früheren oder gleichzeitigen Schriftsätzen) ergibt sich aus der ganzen Gestaltung des Parteiprozesses. — In Rechnungsprozessen (§§ 313—319) kann das Amtsgericht die Feststellung zu Protokoll

gemäß dem § 315 auf Grund des § 470 innerhalb der Schranken des § 470 nach seinem Ermessen vornehmen. Ausgeschlossen ist die nach §§ 316—319 sonst zulässige Prälusion der Angriffs-, Verteidigungs- und Beweismittel und das besondere Verdammnis- und Eheungsverfahren der §§ 316 ff. — Wegen der abweichenden Anwendbarkeit der §§ 313—319 in Prozessen vor Konsuln und Konsulargerichten vgl. Vorb. vor § 456.

### § 470.<sup>1)</sup>

Anträge und Erklärungen einer Partei sind durch das Sitzungsprotokoll insoweit festzustellen, als das Gericht bei dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil oder ein Beweisbeschluß ergeht, die Feststellung für angemessen erachtet.<sup>2)</sup>

Geständnisse, sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückziehung zugesobener Eide sind auf Antrag durch das Protokoll festzustellen.<sup>3)</sup>

R. 450. N. 668. P. 209—213. 554. 555. 701. 702. Sitz. 168. S. 6.

1) Die Bestimmungen des § 470 sind für das amtsgerichtliche Verfahren die im § 146 Nr. 2 bezogenen Vorschriften an Stelle der im Anwaltsprozeße anwendbaren §§ 269, 270. Im Uebrigen gelten für das Protokoll die allgemeinen Vorschriften des § 146 einschließlich der Zulässigkeit der Schriftsätze als Protokollbeilagen. Die Aufnahme des Ehebestandes in das Protokoll ist nicht ausgeschlossen, wie R. § 668 Abs. 2 ausdrücklich bemerkte. Es wurde indes unnötig gefunden, dies auszusprechen. Die gleiche im E. 1 § 427 aufgenommene Bemerkung wurde deshalb von der Verk. gestrichen.

2) Nur in Betreff der Geständnisse einer Partei und der Erklärungen über zugesobene Eide kann eine Partei im amtsgerichtlichen Prozeße nach Abs. 2 die Feststellung zu Protokoll verlangen. Vgl. § 270 Abs. 3. Im Uebrigen ist es lediglich dem Ermessen des Amtsrichters überlassen, welche Anträge und Erklärungen er zu Protokoll feststellen will. Dies gilt auch hinsichtlich der Anträge auf (zulässige und unzulässige) Klageänderungen, Widerlagen, Anträge gemäß §§ 253, 254. Wenn der Amtsrichter weiß, daß nach einer Verhandlung noch kein Urtheil oder Beweisbeschluß ergehen kann, sondern Vertagung erfolgen muß, so brauchen sachliche Anträge und Erklärungen nicht aufgenommen zu werden. Soweit sie im Ehebestand nicht aufgenommen sind, sind sie für die erste Instanz nicht vorhanden; soweit sie im Ehebestand aufgenommen sind, können sie nach § 285 nur durch das Sitzungsprotokoll widerlegt werden. Empfehlenswerth und vom Preuß. SM. empfohlen ist jedenfalls der Kostenberechnung wegen die Aufnahme, ob kontradiktorisch verhandelt worden ist, in das Protokoll; vgl. Busch 19, 294 (Meyer zu Müller Preuß. Justizverwalt.). Mit Rücksicht auf die Machtbefugniß des Amtsgerichts gemäß Abs. 1 braucht der Amtsrichter Schriftsätze als Protokollbeilagen, wenngleich sie an sich zulässig sind, § 146, nicht anzunehmen. Dagegen kann er nicht hindern, daß die Parteien vor der mB. von der Befugniß des § 120 Abs. 2 Gebrauch machen, da auch im Parteiprozeße vorbereitende Schriftsätze gewechselt werden können, von welchen nach § 124 dem Gerichte Abschriften einzureichen sind. Der Werth dieser Befugniß ist indes dadurch beschränkt, daß der Inhalt der Schriftsätze nur zu berücksichtigen ist, wenn er in der mB. vorgetragen wird, und daß die Protokollfeststellung dadurch nicht ersetzt wird. Dem Geiste der E.P. würde eine übermäßige Ausführlichkeit von Schriftsätzen im Parteiprozeße wie im Anwaltsprozeße widersprechen.

Der § 470 bestimmt nur hinsichtlich der Anträge und Erklärungen der Parteien im Sinne der §§ 268, 270. In Betreff der sonstigen Protokollfeststellungen bleiben die §§ 145, 146 maßgebend, Mot. 295. Ebenso gilt die Vorschrift des § 149 über die Zustellung des Gerichtsschreibers auch hier.

Als Vorschrift ergibt sich aus Abs. 1, daß außer nach § 470 Abs. 2 und § 146 Nr. 3—6, im Laufe der Verhandlung überhaupt nicht protokolliert zu werden braucht, sondern erst am Schlusse derselben, und wenn mehrere Verhandlungen nöthig sind, erst am Schlusse derjenigen, auf welche ein Urtheil oder ein Beweisbeschluß ergeht. Hierdurch ist

indef die Zulässigkeit früherer Feststellung einzelner Erklärungen nicht ausgeschlossen; das arg. e contr. führt nur dazu, daß das Gericht nicht dazu verpflichtet ist. *RR. Gaupp Anm. I.*

3) Für die Feststellungen von Gesändnissen und Erklärungen über Eide gelten die Bemerkungen in Anm. 5 § 270 mit der Modifikation, daß die Feststellung in Amtsgerichtsprozesse nicht, wie im Anwaltsprozesse durch Schriftsätze der einen oder andern Partei nöthig ist, sondern in Gemäßheit der mündlichen Erklärung zu Protokoll erfolgt. Die Feststellung durch Schriftsätze als Protokollbeilagen ist gemäß § 146 Abs. 3 indef auch für Abs. 2 nicht unzulässig.

### § 471.

Wer eine Klage zu erheben beabsichtigt, kann unter Angabe des Gegenstandes seines Anspruchs zum Zwecke eines Sühneversuchs den Gegner vor das Amtsgericht laden, vor welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Erscheinen beide Parteien, und wird ein Vergleich geschlossen, so ist derselbe zu Protokoll festzustellen.<sup>1)</sup> Kommt ein Vergleich nicht zu Stande, so wird der Antrag beider Parteien der Rechtsstreit sofort verhandelt; die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.<sup>2)</sup>

Ist der Gegner nicht erschienen, oder der Sühneversuch erfolglos geblieben, so werden die erwachsenen Kosten als Theil der Kosten des Rechtsstreits behandelt.<sup>4)</sup>

**R. 461a. P. 198—200 zu § 441. 300—303. 555. 702. 703.**

1) Ob eine Klage beabsichtigt ist, für welche das Landgericht oder das Amtsgericht zuständig ist, ist für § 471 gleichgültig. — Es braucht nur der „Gegenstand des Anspruchs“ angegeben zu werden; die vollständigen Erfordernisse einer Klage, § 230, sind also nicht nöthig. Die Ladung kann durch Vermittelung des Gerichtsschreibers erfolgen, §§ 458, 463. Vertretung durch Bevollmächtigte ist zulässig, wie in der *RR.* ausdrücklich konstatiert ist, *P.* 202.

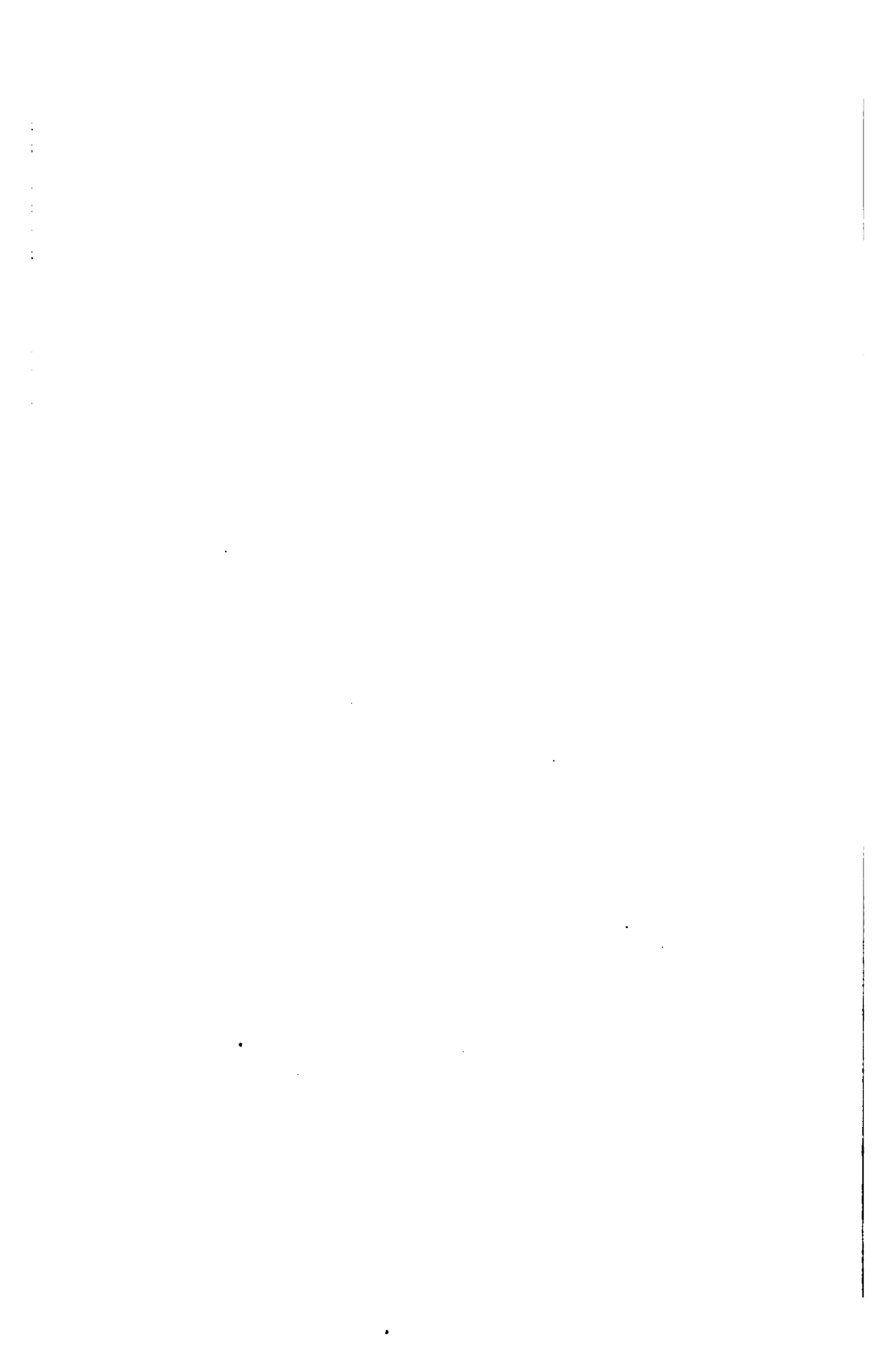
2) Aus den gemäß § 471 abgeschlossenen Vergleichen findet Zwangsvollstreckung statt, § 702 Nr. 2. Wegen der Kosten vgl. § 93, *GRG.* §§ 21, 23, 41, 101, *AnwObD.* § 57.

3) Wenn ein Vergleich nicht zu Stande kommt, und nicht beide Parteien vor dem Schlusse des Termins die sofortige Verhandlung beantragen, so ist die Klage in der gewöhnlichen Form (§ 458) zu erheben. — Ein Antrag beider Theile enthält noch kein Prorogation des Gerichtsstandes. (Die Prüfung unzulässiger Prorogation von Amtsweg bleibt ohnehin unberührt.) Erst mit dem Vortrage der Klage beginnt das Prozeßverfahren: die dann folgende Einlassung des Beklagten, welcher nunmehr erst die für den Rechtsstreit maßgebende Klage vernimmt, bestimmt über die etwaige Prorogation des Gerichtsstandes. — Will sich der Beklagte nicht sofort auf die Klage einlassen, so kann auch hier, wie im Falle des § 461, nicht ein sofortiges Versäumnisurtheil erlassen werden, § 300 Nr. 3. — Die Frage, ob im Falle einer Vertagung die Klage festzustellen ist, ist für § 471 ebenso wie für § 461 zu entscheiden. Vgl. *Anm.* § 461. *RR.* auch hier *Gaupp Anm. II* und *Oppmann, civR.* 65, 399—410.

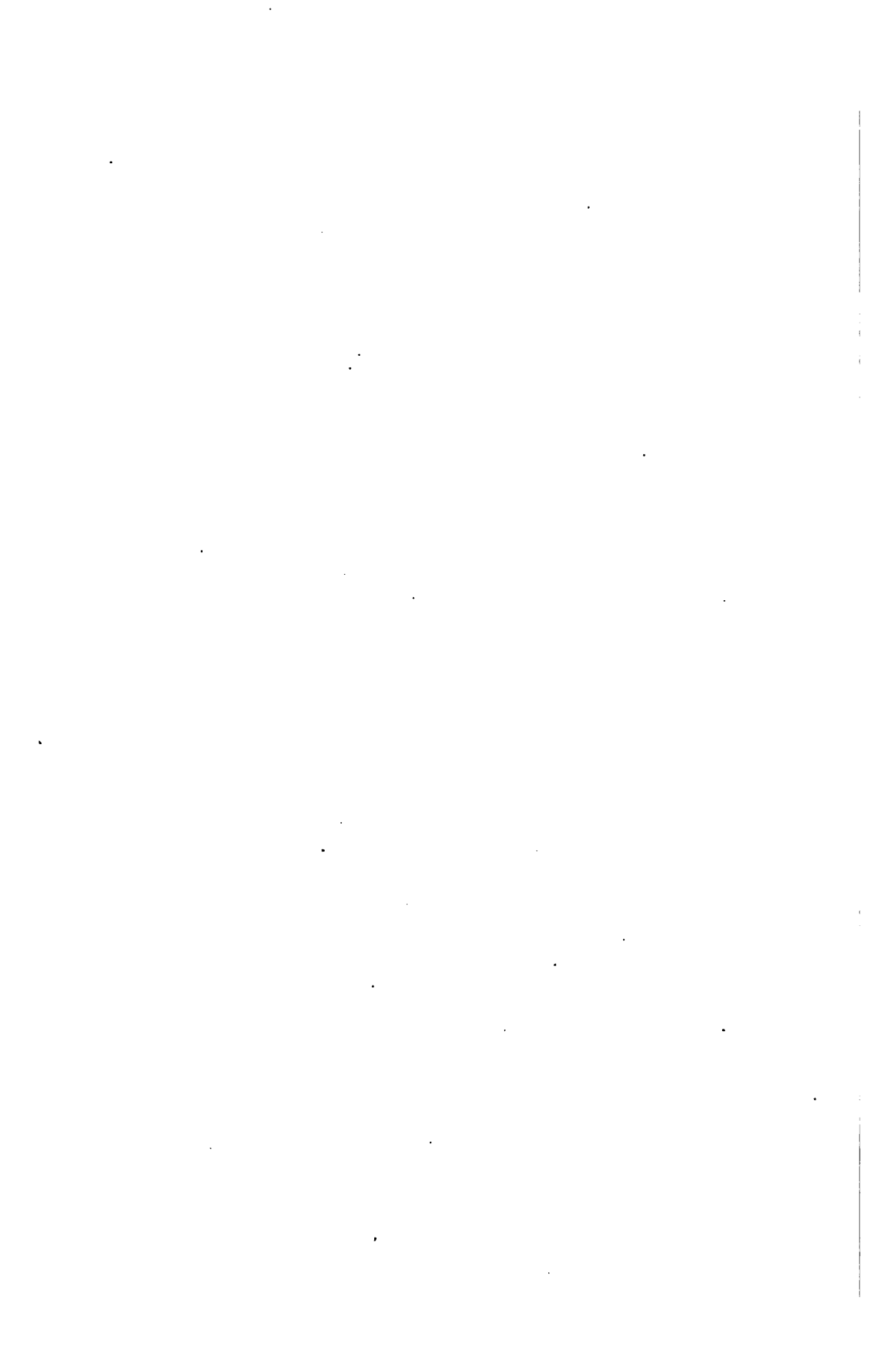
4) Der im Rechtsstreite Unterliegende hat gemäß Abs. 2 auch die Kosten des Sühneversuchs (vgl. *GRG.* § 41, *AnwObD.* §§ 37, 13 Nr. 3) nach dem allgemeinen Grundsatz des § 87 zu tragen. Entsprechend kann auch dann, wenn der Ladende zum Sühneversuch nicht erscheint oder eine Klage nicht erhebt, sein Gegner wegen seiner Kosten Erstattung verlangen; er muß jedoch deshalb eine besondere Klage erheben; *Struchmann, Roch Anm.* 6; *Endemann 2*, 387; v. *Sarwey 1*, 648; *Gaupp Anm. IV.*

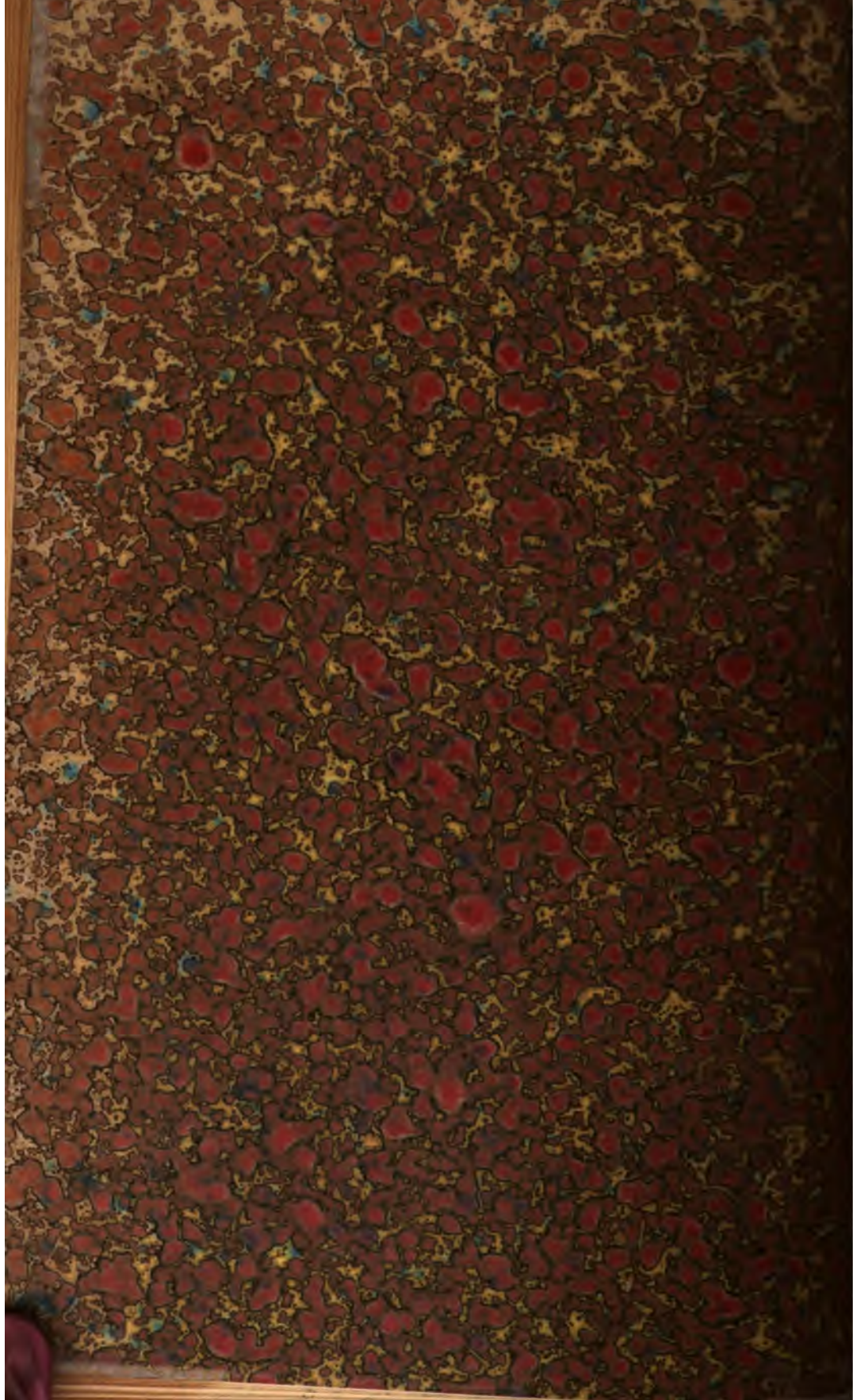
24. G. M. 13.











HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 057 573 5



