



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.

**A** 456810 DUPL



FROM THE LIBRARY  
**Professor Karl Heine**  
OF THE UNIVERSITY OF HEIDELBERG

PRESENTED TO  
UNIVERSITY OF MICHIGAN

BY  
**Mr. Philo Parson**

OF DETROIT

1871



UNIVERSITY OF MICH



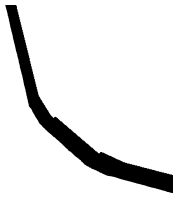
3 9015 06239 886

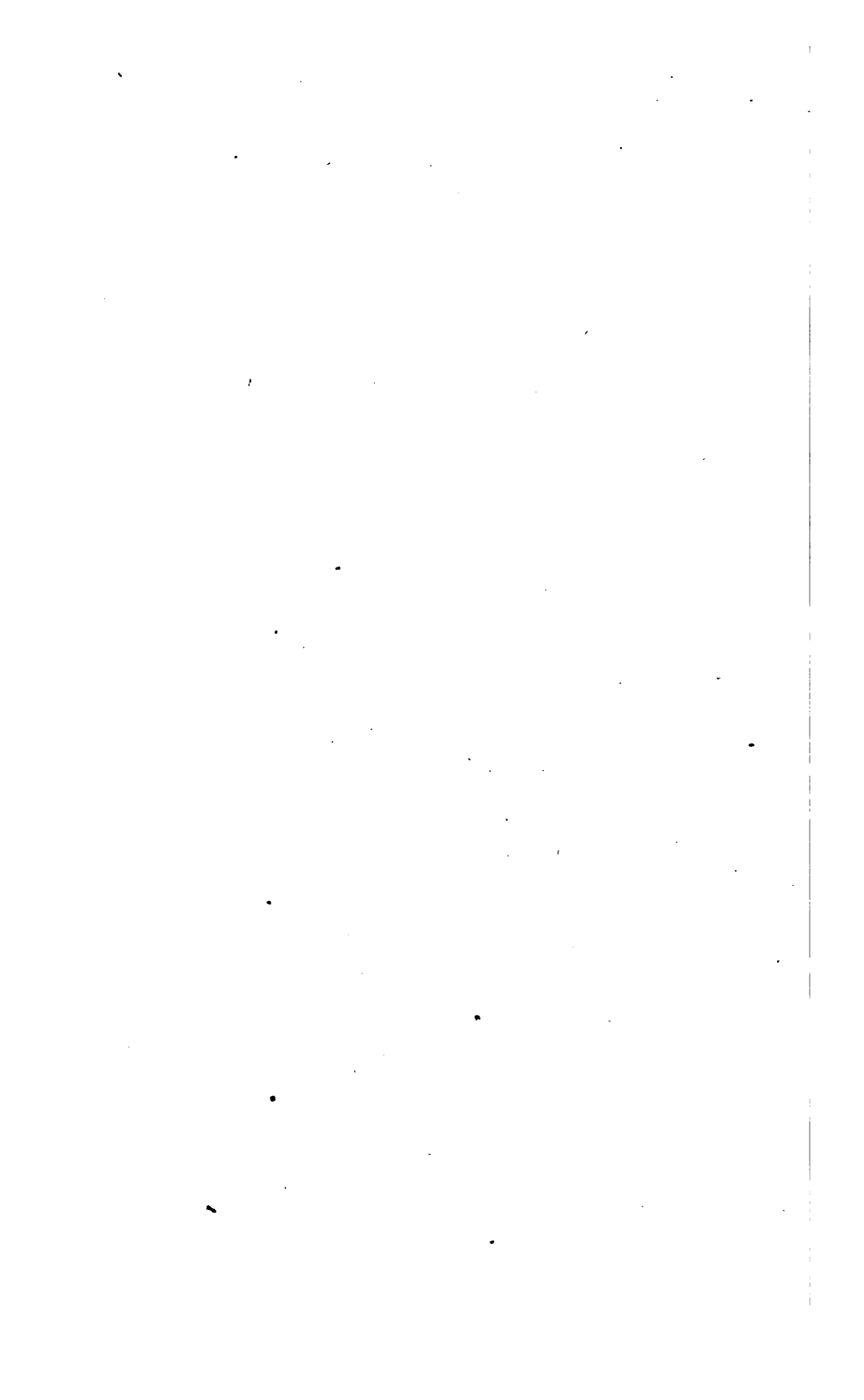
UND

MICH.  
ARY



FROM THE LIBRARY OF  
**Professor Carl Fennel B**  
OF THE UNIVERSITY OF MICHIGAN  
PRESENTED TO THE  
JUN WEISS OFFICE OF THE  
BY  
**Mr. Phil Larson**  
OF DETROIT  
'87





11504

943-1  
TT



Der  
gemeine deutsche bürgerliche

# P r o z e ß

## in Vergleichung

mit dem preussischen und französischen Civilverfahren  
und mit den neuesten Fortschritten der  
Prozessgesetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,  
Scheimenrath und Professor zu Heidelberg.

---

Dritter Beitrag.

---

Zweite, durchaus umgearbeitete und sehr vermehrte Auflage.

---

Bonn, 1832.

Bei Adolph Marcus.

*Einige Briefe  
Kollagen  
Goth. Koll.*  
2.

Handwritten text, possibly a signature or initials, located in the bottom left corner of the page.

---

## §. I.

### Von den Rechtsmitteln überhaupt und den Beschränkungen derselben.

Das Verhältniß höherer Instanzen zu den Gerichten erster Instanz im Civilprozeße und das damit zusammenhängende Verhältniß der Rechtsmittel wird in verschiedenen Gesetzgebungen auch verschieden angeordnet und durch gewisse Grundvorstellungen und Einrichtungen bestimmt. I. Die Art der Gerichte, welche die Rechtsstreitigkeiten der Bürger zu entscheiden haben, hat vorerst schon Einfluß auf das Verhältniß der Rechtsmittel. Wo Richter aus dem Volke Recht sprechen und die angeordneten Gerichte eigentlich nur Nachbildungen von großen Volksgesrichten sind, wo der mit der Instruktion des Prozesses beauftragte Richter in Bezug auf die Entscheidung der Thatfragen Richter aus dem Volke herbeiruft, die wie Geschworne entscheiden, wird die Anordnung höherer Gerichte, an welche die Partheien sich wenden können, nicht leicht vorkommen, weil von dem Volke oder seinen Repräsentanten nicht wohl eine Berufung an eine andere Behörde sich denken läßt. Sobald dagegen ein Regent die Gerichte an-

ordnet und Richter ernennt, wird auch die Vorstellung, daß man höhere Instanzen anordnet und in gewissen Zwischenstufen der Inhaber der Staatsgewalt den Prozeß endlich in höchster Instanz an ein ihm selbst nahe stehendes Collegium bringen läßt, leicht begründet werden. II. Auch der Grundcharacter des Rechts, das bei einem Volke gilt, wird auf die Einrichtung der Rechtsmittel wirken. Solange das Recht mehr nur Gewohnheitsrecht ist, in dem Volke lebt, traditionell sich erhält und durch Schöffen fortgebildet wird, betrachtet man auch die Schöffengerichte als die Gerichte, denen man die richtigste Kenntniß des im Volke lebenden Rechts zutraut; das Urtheil der Richter gilt als Zeugniß des Volks und der Glaube, daß es Personen gebe, welche noch höhere Rechtskenntniß besitzen, ist dem Volke fremd. Sobald aber das Recht mehr durch Juristen gebildet wird, sobald die Quelle der Gesetzgebung zu fließen beginnt, wird auch eine Verschiedenheit der Auslegung der Gesetze vorkommen, man wird die Urtheile der Gerichte nicht mehr mit dem alten unbedingten Glauben betrachten und an Personen sich wenden, welche vermöge ihres Berufs Gesetze studiren, und das Bedürfniß führt dann von selbst zu höheren Gerichten. III. Die Besetzung der Gerichte hat nicht weniger Einfluß. Es ist natürlich, daß da wo Einzelrichter vorkommen, das Urtheil des einzelnen Mannes mehr als seine Meinung angesehen wird, und daß die Ansicht entsteht, sich an andere Personen zu wenden, welche die Verhandlung noch einmal prüfen und gründlicher abwägen, um so mehr als da, wo der nämliche Richter urtheilt, welcher den Prozeß instruirte, öfter Klagen vorkommen werden, daß manche Punkte nicht in das gehörige Licht gesetzt wurden. Wo dagegen schon in



erster Instanz Collegialgerichte entscheiden, wird der Umstand, daß das Urtheil von einer größeren Zahl von Richtern ausgeht, und daß man weiß, daß alle Thatsachen und Gründe sorgfältig abgewogen worden sind, das Vertrauen zu der Gerechtigkeit des gefällten Urtheils vermehren und die Hoffnung durch Appellation etwas zu gewinnen, vermindern <sup>1)</sup>. IV. Eine Gesetzgebung wird zu einer anderen Ansicht über Instanzen und Rechtsmittel gelangen, jenachdem sie die Rechtsmittel entweder mehr aus dem Gesichtspunkte einführt, damit möglichst das materielle Recht realisirt werde und materielles Unrecht möglichst selten in formelles Recht übergehe, oder ob die Gesetzgebung mehr von dem Streben sich leiten läßt, über die Geschäftsthätigkeit der Untergerichte Aufsicht zu führen und eben so wie man in der Administration verschiedene einander subordinirte Stellen organisirt, eine Stufenreihe der Gerichte anzuordnen, um Mißgriffen der Untergerichte vorzubeugen und den Partheien, welche mit den Urtheilen nicht zufrieden sind, den Rechtsweg an den höhern Richter möglich zu machen <sup>2)</sup>. Es ist eine großartige und erhabene Idee, wenn eine Gesetzgebung dahin wirkt, die Partheien möglichst gegen die Folgen des Irrthums, fehlerhafter Vorträge und Nachlässigkeit ihrer Vertreter in Schutz zu nehmen und den Richter zu eigener thätiger Prüfung des wahren Sachverhältnisses zu verpflichten, wie dies der preussische Gesetzgeber beabsichtigt. Eine Gesetzgebung dieser

---

1) Man bemerkt daher auch, daß da wo Collegialgerichte in erster Instanz urtheilen, weniger Appellationen vorkommen. Archiv für civ. Praxis XIV. S. 418.

2) Linde Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln. 1. Thl. S. 28.

Art sollte consequent Appellationen begünstigen, die Instanzenzahl vermehren und das Recht der Partheien, auch in höheren Instanzen neue Thatfachen vorzubringen, möglichst erweitern, während eine mehr dem Verhandlungsprinzip angepasste Gesetzgebung, wie die des gemeinen deutschen Prozesses ist, weit mehr suchen wird den Rechtsweg abzukürzen und daher weniger Rechtsmittel zu gestatten. — Nicht unbemerkt kann es jedoch bleiben, daß auch eine Gesetzgebung, die sich noch so sehr wie die preussische die Erreichung des materiellen Rechts zum Ziele setzt, weit von ihrer Aufgabe entfernt bleiben wird, und sich ebenso nur mit formellem Recht begnügen muß, weil sie sonst keine Geständnisse der Partheien, wobei immer der Verzicht entscheiden wird, zulassen, am wenigsten ein stillschweigendes Zugeständniß der von dem Gegner vorgebrachten Thatfachen als Strafe des Ungehorsams aussprechen und die Prozeßhandlungen nicht an die Fristen binden dürfte<sup>3)</sup>. Daraus erklärt es sich leicht, wie auch eine solche Gesetzgebung durch die Rücksicht, den Zeitaufwand zu vermindern, zu Anordnungen kommen kann, welche eine Beschränkung der Rechtsmittel enthalten.

V. Einen entscheidenden Einfluß wird noch auf das von einer Gesetzgebung zu ergreifende System der Rechtsmittel der Umstand haben, ob eine Gesetzgebung bei der Anordnung der Bestimmungen über Civilprozeß mehr den privatrechtlichen Gesichtspunkt hervorhebt oder das öffentliche Interesse berücksichtigt. Geschieht das Erste, so erscheint es dem Gesetzgeber ganz gleichgültig, welche von den Partheien Recht erhält, wenn nur dies bald geschieht und keine

3) Gärtner Kritik des Untersuchungsprinzips des preuß. Civilprozesses. Berlin 1832 S. 25—405.

Parthei Grund hat sich über Saumseeligkeit der Gerichte zu beklagen. Man betrachtet dann nur die Partheien als betheiligte bei dem Ausgang des Prozesses, und überläßt es daher auch ihnen, wie weit sie ihr Recht verfolgen wollen. Man eröffnet ihnen den Rechtsweg, ist aber gleichgültig, welches Urtheil erfolgt. Sobald aber auch das öffentliche Interesse hervorgehoben wird, so hat die Gesetzgebung auch ein dringendes Interesse, daß eine gewisse Gleichförmigkeit der Rechtsprechung im Staate herrsche. Es kann nur nachtheilig auf das Ansehen des Gesetzes und auf das Vertrauen der Bürger zum Gesetze und zu den Gerichten wirken, wenn die nämliche Rechtsfrage an einem Tage von dem Appellationsgerichte A. auf eine bestimmte Weise und zur nämlichen Zeit von dem Appellationsgerichte B. im entgegengesetzten Sinne entschieden wird, z. B. ob Ehescheidung wegen Wahnsinns eines Ehegatten zulässig sei. Eine Gesetzgebung, welche die Größe der Nachtheile solcher widersprechender, bei Obergerichten ergangener Urtheile einsieht, wird daher überall, wo dadurch Gleichförmigkeit des Rechtssprechens erzielt werden kann, die Rechtsmittel erweitern.

Betrachtet man nun die bisher angedeuteten Grundrücksichten, welche das aufzustellende Verhältniß der Rechtsmittel bestimmen, und erwägt man, daß das im gemeinen deutschen Prozesse vorkommende System der Rechtsmittel nicht der consequente Ausfluß einer Gesetzgebung ist, welche aus einem Grundsatz ihre Bestimmungen ableitet, daß dies System vielmehr nur allmählig durch den Gerichtsgebrauch und durch eine Verbindung von den verschiedenartigsten Rechtsquellen gebildet worden ist, so kann der Blick nicht mit Freude bei den gemeinrechtlichen Ansichten über Instanzen und Rechtsmittel verwei-

len, und so gerne man gestehen kann, daß die deutsche Wissenschaft auch in diesem Rechtsheile viel geleistet hat, so überzeugt man sich doch bald, daß sie eben hier, wo sie nicht von einer sicheren gesetzlichen Grundlage ausgehen konnte, am wenigsten leisten konnte. Obnehin hatte auch die Art, wie sich die Obergerichte in Deutschland ausbildeten und wie die Gesetzgebung für den Prozeß thätig wurde, nur nachtheilig wirken müssen. Die Gesetzgeber glichen oft einem Baumeister, der bei der Anlegung eines neuen Gebäudes zuerst den oberen Stock gebaut und zierlich einrichtet, ohne sich um den unteren Stock und die Grundlage zu kümmern, obwohl es freilich wahr ist, daß man diese Justiz der ersten Instanz weniger beachtet, weil man sie schon vorhanden fand 4). Wichtig ist es aber, daß man in Deutschland zuerst eine Kammergerichts- und in den einzelnen Staaten Hofgerichtsordnungen erließ, Hofgerichte organisirte und das Verfahren dabei anordnete, ohne für die meisten, für die regelmäßigen und die dem Volke am nächsten stehenden Gerichte — für die Untergerichte — gleichsam für die Grundlage und das unterste Stockwerk des Justizgebäudes, eine Sorge zu tragen. Noch die neueste Zeit scheint sich zuweilen in dieser Bauart der Gerichtsordnungen zu gefallen. Die Folgen dieses Verfahrens konnten nicht ausbleiben; die Untergerichte waren sich entweder selbst überlassen, so daß in jedem Lande so viele Untergerichtsordnungen entstanden, als es Untergerichte gab, oder sie richteten sich nach dem Verfahren der Obergerichtsordnungen, bei welchen das Gesetz die Entfernung der Partheien vom Gerichtsorte, daher

---

4) S. Linde Handb. über die Lehre von den Rechtsmitteln 1. S. 26.

die Nothwendigkeit des Schriftenwechsels, und den Umstand, daß nur auf dem Wege des Rechtsmittels schon geflogene Verhandlungen an das Gericht gelangen, berücksichtigt hatte, während für das Verfahren bei den Untergerichten ganz andere Rücksichten hätten entscheiden sollen. Die Untergerichte fühlten bald selbst, daß man sie und ihre Justiz nicht als die Hauptsache im Staate würdige, und sahen die Rechtspflege nicht als den Haupttheil ihrer Geschäftssphäre an, in der Ueberzeugung, daß die Partheien doch appelliren würden, und daß auf ihr Urtheil wenig ankäme; die Obergerichte aber gewöhnten sich daran, sich als die Hauptstützen der Justiz zu betrachten und das Verfahren bei den Untergerichten mehr als einen schiebrichterlichen Versuch anzusehen 5).

Unter solchen Verhältnissen mußte die richtige Ansicht von der Justiz und dem Verhältnisse der Gerichtshöfe eines Staats untergehen, und die Anordnung der Rechtsmittel mußte eine verkehrte Richtung erhalten. Während nach der wahren Betrachtungsweise das Verfahren bei den Untergerichten die Grundlage für jedes weitere Verfahren bei höheren Gerichten bleiben sollte, während jedes Untergericht als das regelmäßige Gericht schon so gut organisiert seyn mußte, daß in der Regel die Partheien mit dem Urtheile ihrer ordentlichen Gerichte

---

5) Es giebt Gegenden in Deutschland, in welchen ungescheut die Advokaten erklären, daß sie wünschten bei dem Untergerichte ein ungünstiges Urtheil zu erhalten, weil dann das Obergericht bald eine günstige Meinung für die Parthei fassen würde, indem die praesumptio gegen die untergerichtlichen Urtheile spreche. Ob eine solche Ansicht der Würde der Gerichte entspreche, muß sehr bezweifelt werden.

zufrieden seyn konnten, und nur Ausnahmsweise Prozesse an höhere Gerichte gelangen sollten, trat die entgegengesetzte Ansicht ein. Vergessend das Zeugniß der Geschichte, daß bei jedem Volke erst spät Appellationen entstanden, daß in der blühendsten Zeit des römischen Staats die Römer das Urtheil des Prätors und der *judices pedanei* als ein gerechtes verehrten, so wie einst der Germane das Urtheil des Landgerichts und der Schöppen als das Urtheil des Volkes selbst betrachtete, mußte nach der deutschen Ansicht jede Parthei schon bei dem Anfang des Prozesses vertrauend zu der oberen Instanz aufblicken, dort ihr Heil erwartend; das untergerichtliche Verfahren galt als eine nach der Einrichtung einmal zu beobachtende Formalität, die Appellationen wurden zur Regel, es galt sogar in manchen Ländern für die Partheien als ein Privilegium, wenn sie vor den Untergerichten nicht Recht zu nehmen brauchten, und das Verfahren der oberen Instanzen mußte so organisirt werden, daß dadurch die Lücken des untergerichtlichen Verfahrens wieder ausgefüllt und die Fehler gut gemacht werden konnten. Kam dazu noch eine in Deutschland immer mehr verbreitete Ansicht, nach welcher die Untergerichte zugleich Administration, Polizei und Justiz ausüben sollten, betrachtete man die dadurch aufgelegte Geschäftslast der Untergerichte <sup>6)</sup>, so mußte das Ansehen der untergerichtlichen Verhandlungen und Urtheile noch völlig untergehen.

Wir haben schon vorhin darauf aufmerksam gemacht,

---

6) S. den zweiten Beitrag dieser Schrift No. II. S. 38. u. 2te Auflage S. 56. und Bestätigung der dortigen Ansicht in Puchta Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerl. Rechtsverf. S. 82.

daß das heutige gemeinrechtliche System über Rechtsmittel sich theils aus den Ansichten des römischen, theils des canonischen Rechts, theils aus dem deutschen Gerichtsgebrauche entwickelt hat. Was das römische Recht 7) betrifft, so kannte dasselbe zur Zeit der freien Republik keine Appellation im späteren Sinne, und die vorkommende Provokation war kein Rechtsmittel, und was dabei vorkam, hing mit den politischen Einrichtungen zusammen, nach welchen gewisse Magistrate gegen eine verletzende Verfügung andrer Magistrate, die ihnen gleich oder tiefer standen, ihr Veto einlegen konnten 8).

Erst seit der Kaiserzeit, als auf die Kaiser die potestas tribunitia überging 9), als die Kaiser anfangen sich als die Quelle aller Gewalt und so auch der Gerichtsbarkeit zu betrachten, und auch der gerichtliche Beamte als ein von dem Kaiser Angestellter galt, entwickelte sich auch das Institut der Appellation, und an den praefectus urbi konnte nun schon regelmäßig appellirt werden 10). Zemehr der Kaiser alle Gewalt in sich vereinigte, und die bürgerliche Freiheit in Rom unterging, desto mehr mischten sich auch die Kaiser selbst in die Verwaltung der Justiz 11). Die Partheien wendeten sich an sie,

7) Conradi, jus provocat. in antiq. rom. Lips. 1723. — Küstner histor. provoc. apud vet. Rom. Lips. 1740. — Pollet hist. for. rom. lib. V. cap. 17. — Guther de officio Domus aug. in Sallengre thes. tom. III. l. 1. cap. 20. — Brettus, ordo. per ant. for. c. 42.

8) Simmern, der römische Civilprozeß S. 502.

9) Simmern, röm. Civilprozeß S. 505.

10) l. 13. Cod. Theod. de appellat. n. l. 17. Cod. de appell.

11) Dies zeigt sich namentlich in dem Institut der consultatio und der relatio Tit. Cod. Theod. XI. 29. Cod. Just. VII. 61. n. 62. Goldschmid Abhandl. S. 124.

und in dem Staatsrathe bildete sich allmählig eine eigene zu gerichtlichen Geschäften bestimmte Section — das auditorium <sup>12)</sup>. Jemehr neue Beamte entstanden <sup>13)</sup>, jemehr vorzüglich am Range der praefectus praetorio stieg, desto mehr verwirrte sich das System der Rechtsmittel; Constantin hielt es für unangemessen, von dem Urtheile des praefectus praetorio appelliren zu lassen <sup>14)</sup>, allein der Kaiser bot den Besiegten eine andere Rechts-hülfe an, und die Parthei konnte jetzt statt der Appellation an den Kaiser suppliciren, in welchem Falle eine neue Verhandlung eintrat <sup>15)</sup>. — So wie in anderen Lehren ging auch in der von den Rechtsmitteln das römische Recht in den Gebrauch der geistlichen Gerichte des Mittelalters und in das canonische Recht über; Appellation mit allen römischen Formen und Wirkungen wurde das ordentliche Rechtsmittel, und als entschiedener Satz galt im Gerichtsgebrauche der: daß nur zweimal appellirt werden dürfe <sup>16)</sup>. Merkwürdig ist, daß nach einer Stelle

---

12) Haubold de consistorio principis. Lips. 1787.

13) So treten andere Verhältnisse der Appellation bei den Urtheilen des rationalis und andere bei den Entscheidungen der praefectus ein.

14) L. un. §. 1. D. de offic. praefect. praet. l. 11. 16. Cod. Theod. de appell. l. 19. Cod. de appell. Zimmerman röm. Civilprozeß S. 516.

15) L. 5. Cod. de prec. imp. offerend. l. 1. Cod. de sent. praef. praet. nov. 82. cap. 12. nov. 115. c. 1. nov. 119. S. Goldschmidt Abh. aus d. deutschen gemeinen Civilprozeß. No. XI. Zimmerman röm. Civilprozeß. S. 533.

16) C. 65. X. de appellat. Duranti, specul. jur. lib. II. p. III. §. 8. f. auch später so anerkannt in Ferrariis prax. aur. p. 505. und Alciat. comp. proc. p. 258.



bei Duranti 17) die Ansicht wahrscheinlich wird, daß man durch Appellation nicht die Prüfung vorgebrachter Beweise der ersten Instanz durch den oberen Richter bezweckte, sondern in der Regel nur wegen unrichtiger Subsumtion des Falles unter ein Gesetz also wegen irriger Gesetzesauslegung und Anwendung sich beschwerte. Besonders wichtig wurde es, daß man nach der im canonischen Rechte ausgebildeten Ansicht 18), nach welcher der Pabst *iudex ordinarius* ist und jeder geistliche Richter als *delegatus* urtheilt, die Appellationen an den Pabst begünstigte, und insbesondere die Häufigkeit der Appellationen gegen Zwischentheile vermehrte 19). Neben der Appellation entstand, ungeachtet die römischen Verhältnisse des Rechtsmittels gar nicht paßten, auch die Supplikation, indem die Canonisten den Pabst dem Kaiser gleichsetzten 20) und eine *retractatio sententiae* mit neuen Verhandlungen gestatteten 21). Neben diesen Ansichten hatte sich auf ganz eigenthümliche Weise das deutsche System der Rechtsmittel fortgebildet. Es kann kaum einem Zweifel unterliegen, daß mit dem Character der Volksgesichte die Appellation unverträglich war, weil es schwerlich jemanden einfiel, das ganze Volk eines ungerechten Urtheils zu beschuldigen, weil auch kein höherer Richter und kein geschriebenes Gesetz existirte, auf dessen Verletzung man sich hätte berufen

17) Duranti spec. lib. II. pars. II. p. 546.

18) Mühlensbruch Entw. des Civilprocesses S. 42. Boehmer *Ius eccl. Prot. ad lib. I. Tit. 29. Jan. a Costa Comm. ad decretal. lib. I. Tit. III. c. 1. 3.*

19) C. 5. 12. X. de appellat.

20) Duranti lib. II. p. III. p. 538. Ferrarils *prax. aux.* p. 435.

21) C. 9. X. de sent. et re iud. c. 5. X. de rest. in int.

können. Selbst als nicht mehr das ganze Volk sondern Schöffen, jedoch öffentlich und mit Billigung des Umstandes (collaudantibus omnibus) das Urtheil fanden, konnte keine wahre Appellation vorgekommen seyn, weil die Schöffen theils als erkorne Richter, theils im Namen und mit Billigung des Volks Recht sprachen. Als die Idee von dem Aussprechen der Unzufriedenheit mit einem Urtheile entstand, hatte dies auch ein Gottesgericht zur Folge; jede Scheltung des Urtheils mußte als ein Angriff gegen die Schöffen selbst erscheinen <sup>22)</sup>, und bei dem Mangel einer höheren Instanz blieb nur die Berufung auf die Gottheit und ihre Einwirkung bei dem Kampfe übrig; *Beaumanoirs* <sup>23)</sup> Zeugniß, daß zu seiner Zeit noch die Kampfprobe die Appellation entschied, läßt keinen Zweifel, daß die Anfechtung in der fränkischen Zeit <sup>24)</sup> den Kampf zur Folge hatte. Die Ansicht <sup>25)</sup>, daß im Falle der Impugnation des Urtheils andere Schöffen beigezogen wurden <sup>26)</sup>, wird widerlegt durch die Rücksicht, daß die Ernennung solcher neuen Schöffen nach den Volksansichten hätte sehr schwierig seyn müssen, und daß für das neue Urtheil wieder keine Bürgschaft der Gerechtigkeit Statt gefunden hätte; viel wahrscheinlicher, besonders nach Urkunden der spätern Zeit,

22) Grimm, Rechtsalterthümer S. 865.

23) *Beaumanoir coutumes de Beauvoisis* chap. 61. S. darüber auch *Boncenne théorie de procedure civile Poitiers* 1828. 1. vol. p. 426.

24) *Lex. Salic. tit. 60. c. 4.* f. auch *Rogge über das Gerichtswesen der Germanen.* S. 91. *Hallam geschichtl. Darst. des Zustandes von Europa im Mittelalter.* 1. Thl. S. 231.

25) *Eichhorn, Rechtsgesch.* 1. Thl. S. 80.

26) Nach *Lex Aleman. tit. 41. c. 3.*

wird es, daß im Falle der Anfechtung bei einigen Völkern der Fall an das versammelte Volk im Gaugerichte kam 27). Andere Stellen 28) beziehen sich auf den bei dem Mangel schriftlicher Verhandlungen wohl nicht seltenen Fall, daß eine Parthei das ergangene Urtheil nicht anerkannte, und den Inhalt desselben läugnete, daher desselben überwiesen werden mußte; andere Stellen 29) beziehen sich auf den Versuch eine schon abgeurtheilte Sache wieder vor Gericht zu ziehen; andere 30) berücksichtigen eine Beschwerde wegen Justizverweigerung; die Stellen aber, welche man zum Beweise anführt, daß unter den fränkischen Königen 31) die Parthei von dem comes an den missus und von diesem an den König appelliren konnte, beziehen sich nicht auf entschiedene Prozesse, sondern auf Aussprüche dieser Beamten in Verwaltungssachen 32). — Während zwar noch im XIII. Jahrh. in Frankreich die An-

27) Darauf passen die Schlußworte: quia sic convenit duci et omni populo in publico concilio.

28) Lex Ripuar. tit. 59. cap. 7. capitul. ann. 803. c. 10.

29) S. auch die, von Montesquieu esprit des lois lib. 28. chap. 28. angeführten.

30) Meyer esprit origine et progrès des instit. judic. vol. I. p. 457. s. dagegen Boncenne théorie de la procedure civile. p. 400.

31) Capit. lib. II. cap. 26. u. Capit. Ludov. Pii 829. cap. 14. Die Appellation wurde später mit dem Ausdruck: reclamatio bezeichnet.

32) S. Meyer esprit vol. I. p. 456. not. S. versch. Ansichten über Appellationen in der ältesten Zeit in Boehmer de provocat. jur. germ. in elect. jur. civ. tom. II. Nro. II. cap. 1. Gruppen discept. for. p. 529. Biarda Gesch. des salischen Gesetzes. S. 218.

fechtung des Urtheils durch Kampf fortbauerte, erhielt die Appellation schon eine andere Ansicht; in der Feudaleinrichtung galt die Anfechtung des durch die Vasallen gesprochenen Urtheils zwar häufig als Beleidigung des Lehensherrn <sup>33)</sup>, während sich doch in gewissen Fällen die Ansicht bildete, daß man von dem Urtheile der Vasallen sich an den Lehensherrn selbst wenden könne; auf diesem Wege kam man in der Feudalinstanz allmählig zum Regenten als dem Oberlehensherrn, und als Vorwände hiezu galten die Behauptungen wegen verweigerten Rechts oder daß der erste Gerichtshof nicht hinreichend besetzt gewesen sey <sup>34)</sup>; so daß allmählig die von den Regenten zur Schwächung der Macht des Adels begünstigte Sitte des Appellirens an den König oder seine Gerichte immer allgemeiner wurde. — In Deutschland führen die Rechtsbücher <sup>35)</sup> auf einen Unterschied hin, in so ferne bei den Sachsen derjenige, welcher das Urtheil schalt, einen Kampf gegen die bisherigen Schöffen unternehmen mußte, um das von ihm und seinen Genossen gefundene Urtheil aufrecht zu erhalten <sup>36)</sup>, während bei den Schwaben (daß dies Stammeseigenthümlichkeit in Süddeutschland war, beweisen Urkunden) der Appellant an ein höheres Gericht sich wendete. Am wichtigsten wurde die Berufung an die Oberhöfe, bei welchen

33) *E. selbst établissements de St. Louis lib. II. cap. 15. f. des. Mignet de la féodalité des institutions de St. Louis. Paris 1822. p. 113—19.*

34) *Meyer esprit, origine et progrès etc. vol. III. chap. 19.*

35) *Sachsenspiegel 11. 12. f. noch Grimm Rechtsalterth. S. 865.*

36) *S. zur Erklärung d. a. u. s. d. d. Gerichtsverf. der Deutschen S. 152. Kopp heilige Gerichtsverf. 1. Thl. S. 487.*

nur zwei Arten von Berufungen zu trennen sind; 1) eine, wenn die Schöffen des ersten Gerichts den Fall zu schwierig fanden, und nun um Rechtsbelehrung bei dem Oberhofe baten, und deswegen Gerichtsschöffen als Boten an den Oberhof absendeten <sup>37)</sup>; 2) die andere, wenn das Gericht das Urtheil gesprochen und eine Parthei dasselbe gescholten hatte, in welchem Falle das Faktum gewöhnlich kurz aufgeschrieben, und von Boten des Gerichts an den Oberhof gebracht wurde, bei welchem die Partheien sich einfanden und vortrugen, während der Schöffe des ersten Gerichts das gefundene erste Urtheil zu vertheidigen suchte <sup>38)</sup>. Jede Urtheilsscheltung mußte übrigens, ehe das Gericht auseinanderging, stehenden Fußes und laut geschehen <sup>39)</sup>; der Appellant, wenn er verlor, mußte den ersten Schöppen Buße geben und Abbitte thun, so wie die Schöppen, wenn das Urtheil reformirt wurde, dem Appellanten Buße geben mußten <sup>40)</sup>. In den sächsischen Gegenden hatte aus der alten Sitte, das Urtheil bei dem nämlichen Richter zu schelten, wo nach dem Verschwinden des Kampfes neue Schöppen eintraten, sich ein nicht devolutives Rechtsmittel der Letzturung ausgebildet <sup>41)</sup>. Neben den in deut-

37) S. darüber *Dreyer Einl. in die lsb. Verorda.* S. 262.

38) S. viele Notizen in *Bodmann rheingauische Alterthümer* S. 664—75.

39) In manchen Orten symbolisch z. B. durch Werfen des Spats oder der Rute vor die Füße der Schöppen; s. *Emerich Fraunberg*, gewöhnlich in *Schminke Mon. hass. II. Thl. p. 797*.

40) *Kopp Hess. Gerichtsverf. I. Thl. S. 488*.

41) Zuerst 1488 in der *Leipziger Oberhofgerichtsordn.* erwähnt; s. über die Geschichte: *Kind de originibus feudera-*

schen Gerichten üblichen Formen bildeten sich aus dem alten Richteramt der Pfalzgrafen, aus der Auflösung der Gauverfassung und der Reichsvogteien die kaiserlichen Land- und Hofgerichte 42) aus, bei welchen schon mehr römische und geistliche Formen Eingang fanden, während das 1495 entstandene Reichskammergericht die Idee von Berufungen nach den im Gerichtsgebrauche der geistlichen Gerichte ausgebildeten Formen begründete. In den einzelnen Territorien entstanden Hof- oder Kammergerichte 43), bei denen das Verfahren völlig dem reichskammergerichtlichen nachgebildet wurde. Die ehemaligen Oberhöfe verwandelten sich allmählig in wahre Appellationsgerichte 44) und das kammergerichtliche Verfahren mit den aus dem röm. und canon. Rechte

---

tionis. Lips. 1787 und Mäler Gesch. und Verf. der Rechtspflege und Prozessform S. 118 und über Geschichte der nicht devolutiven Rechtsmittel überh. Boehmer in elect. jur. civ. tom. II. Nro. II. §. 9.

- 42) S. Scheidemanns Repertorium des Staatsr. II. Thl. S. 465. III. Thl. S. 77. Eichhorns Rechtsgeschichte II. Thl. S. 295. Wigand das Semgericht S. 163.
- 43) S. von der Mark Brandenburg, Hymmen Beitr. zur jur. Lit. in d. preuß. Staaten. II. Bd. S. 246. Von Sachsen, s. Mäler Gesch. und Verfassung S. 142. Hefelfeld Versuch einer Gesch. der landesherrl. höchsten Gerichtsbarf. u. deren Hofgerichte in Sachsen. Jena 1781 S. 111. Weiße Gesch. von Sachsen. I. Thl. S. 134. Von Hannover, Gruppen discept. for. p. 538—93. Von Coburg, Schulzes Coburg. Landesgesch. II. Thl. S. 144. Von Mecklenburg, v. Kampff in Beitr. zum mecklenb. Staats- und Privatr. III. Thl. Nro. IX. Von Hessen, Kopp hess. Gerichtsverf. I. Thl. S. 291.
- 44) Dreper Einl. in die sächs. Verordn. S. 265.

bekanntem Rechtsmitteln ging in die Obergerichte über 45), so daß das bunteste Gemische entstand. Aus der Einführung der Ansichten über Supplication 46) ging bei dem Kammergerichte die Revision 47) und bei dem Reichshofrathe die Supplication hervor 48). In den einzelnen Landesgerichtsordnungen aus dem Anfang des XVI. Jahrh. ist die Appellation schon als das regelmäßige Rechtsmittel ganz nach römischer und canonischer Form anerkannt 49), obwohl in manchen Statuten 50) alte deutsche Formen z. B. die Appellation stehenden Fußes beibehalten sind.

Aus diesen verschiedenartigen Elementen ging das in den verschiedenen deutschen Staaten geltende System der Rechtsmittel hervor. Neben der Appellation welche das ordentliche Rechtsmittel überall blieb, gab es ein unter barbarischen Namen vorkom-

45) S. Beispiel des wörtlichen Uebereinstimmens der ältesten sächs. Oberhofgerichtsordn. mit der Kammergerichtsordn. in Helffeld Versuch einer Gesch. d. landesh. Ger. S. 129.

46) Alciat Comp. judic. proc. p. 268 auch Terminusus proc. jur. script. cap. 51 p. 190.

47) Kammergerichtsordn. v. 1555. III. 53. schon Reichsabsch. von 1524 §. 3. Es war auch öfter der Antrag gemacht worden, die Revision abzuschaffen, s. Neurode gegenw. Verf. des heil. röm. Reichs. II. Thl. S. 500.

48) Neurode, l. c. S. 501.

49) Freiburger Statut. von 1520 Fol. XXIII. Henneberger Landesordn. von 1539. II. Buch 6. Titel.

50) S. Langensalzer Statuten v. 1556 Art. 39. in Wallf. Beitr. zum deutschen R. VII. Thl. S. 310. Baier. Gerichtsordnung von 1516. Tit. 10. S. noch Eölnische reform. judic. proc. von 1570 (in Statuta und Concord. der freien Stadt Eöln) Fol. 170.

mendes Heer von Rechtsmitteln, die aus der römischen Supplikation oder der deutschen Leutung flossen. In Sachsen galt als ordentliches suspensives aber nicht devolutives Rechtsmittel die Leutung fort, und erzeugte dazu noch die Oberleutung<sup>51)</sup>.

In Mecklenburg bildete sich seit dem 16ten Jahrhundert ein nicht devolutives, und nicht mit der gemeinrechtlichen *restitutio ob nova* zu wechselndes Rechtsmittel (ohne Rücksicht auf *nova*) unter dem Namen: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand aus<sup>52)</sup>, zu welchem in neuerer Zeit noch die Repräsentation<sup>53)</sup> kam. In Hannover entstand als nicht devolutives Rechtsmittel die Supplikation<sup>54)</sup> und in einigen Gegenden<sup>55)</sup> blieb die Leutung stehen. In Baden kannte die Obergerichtsordnung<sup>56)</sup> eine ordentliche und eine summarische Appellation, eine Revision, eine Superrevision und eine Superappellation. In den meisten Orten war noch das Verhältniß dieser Rechtsmittel zu einander nicht einmal genau bestimmt, so

51) S. Biener *systema processus iudicarii* §. 184. *Kori Theorie des sächsisch bürgerl. Proz.* I. Thl. §. 141—151.

52) S. v. Kampff *Beiträge zum Mecklenburgischen Staats- und Privatr.* VI. Thl. Nro. 25; v. Nettelbladt, in der Ausgabe des Mecklenburgischen Civilproz. §. 201—207.

53) v. Nettelbladt *Handbuch* §. 211.

54) Desterlei *Handb. des hannöb. Prozesses.* II. Thl. S. 376. Noch die neueste Untergerichtsordnung für Hannover vom 5. Oct. 1827 §. 151. behält dies Rechtsmittel der Supplikation bei. Spangenberg *Commentar* II. S. 217.

55) S. B. in Lüneburg, im Lauenburgischen, im Lande Hadeln, s. Desterlei S. 384.

56) *Kurbadenische Obergerichtsordnung* von 1803 §. 124. 149. 178. 187. 203.



daß gewöhnlich mit glücklichem Erfolge die Anwendung der verschiedenen Mittel versucht werden konnte, und jeder Sieger durch ein Labyrinth von Instanzen sich durchwinden mußte. Von den deutschen Gesetzgebungen des vorigen Jahrhunderts gehörte der bayerischen von 1753 <sup>57)</sup> das Verdienst, die Zahl der Rechtsmittel weise beschränkt zu haben, es gab nur Appellation und Revision als ordentliche Rechtsmittel, wovon jedes nur einmal gebraucht werden konnte. Nicht weniger bestimmt hatte die preussische Gesetzgebung <sup>58)</sup> die vielen Rechtsmittel nur auf zwei, die Appellation und Revision, beschränkt. Die Appellation erhielt ihre würdige Ansicht, das Verfahren in erster Instanz wurde nach der Absicht des Gesetzgebers so umsichtig und vollständig organisirt, daß jede Parthei vertrauensvoll schon das erste Urtheil als ein gerechtes erwarten durfte, und die Appellation blieb nur als ein ausnahmsweise das Urtheil höherer Prüfung unterwerfendes Mittel stehen. Von den neuen Gesetzgebungen hat aber keine so sehr die Rechtsmittel beschränkt, als es die französische gethan hat. Schon das Gesetz von 1790 <sup>59)</sup> erkannte den Grundsatz, daß nur zwei Instanzen bestehen sollten und das geltende Gesetzbuch bleibt dem Satze treu <sup>60)</sup>.

Es giebt (weil, wie sich unten ergeben wird, die Cassation kein wahres Rechtsmittel ist) nur ein

---

57) Cod. Jud. cap. XV. XVI

58) Gerichtsordnung tit. XIV. XV.

59) Loi 1er mai 1790 n. arr. cass. 4. pluv. an. X. 30. frim. XI.

60) Code de proc. art. 443. — Berriat St. Prix. II. p. 358.

— Carré traité et questions t. II. p. 1 etc. v. Holzschuber der Rechtsweg, ein Versuch vergleichender Gesetzkritik S. 185.

ordentliches Rechtsmittel, das der Appellation, das gegen das nämliche Urtheil nur einmal ergriffen werden kann, und von friedensgerichtlichen Urtheilen an das Tribunal erster Instanz, von Aussprüchen dieses Tribunals an den Appellationshof geht. Eine solche Beschränkung der Instanzen scheint in Deutschland gar nicht möglich zu seyn, da die Bundesakte <sup>61)</sup> durch Anerkennung des Rechts jedes Unterthanen auf drei Instanzen den Streit für Deutschland beendigt zu haben scheint. Man hat den Beweis versucht <sup>62)</sup>, daß schon nach der deutschen Verfassung dies Recht immer bestanden habe; allein der Beweis möchte schwierig seyn, wenn man erwägt, daß so lange Schöffengerichte existirten, immer nur nach den alten Zeugnissen eine Berufung an den Oberhof vorkam, daß selbst die Hofgerichte nach ihrer ursprünglichen Einrichtung nicht Obergerichte <sup>63)</sup> im heutigen Sinne, sondern privilegirte Gerichte für den Adel und Schriftsäßige waren, welche von den übrigen Gerichten nicht Recht nehmen wollten, daß auch die allmählig und sehr spät entstandenen jetzigen Gerichte dritter Instanz (z. B. Oberhofgerichte oder Revisionsgerichte) ihrer Errichtung nach nur zweite Instanzgerichte für Privilegirte waren und erst später von den übrigen Unterthanen benutzt wurden, daß selbst die Reichsgerichte für alle Territorien keine Gerichte dritter In-

---

61) Deutsche Bundesakte Art. 12.

62) *Gönnert*, Handbuch des gem. Proz. III. Bd. S. 18. und eine Schrift über das uralte Grundverfassungsrecht deutscher Reichsunterthanen auf drei Gerichtsinstanzen. Frankf. 1814.

63) Sehr unhistorisch ist es, wenn man die ehemal. kaiserlichen Land- und Hofgerichte als Mittelgerichte darstellen will, da sie wahre kaiserliche Untergerichte waren.

stanz seyn konnten 64), weil viele Gegenden das *privil. de non appellando* erworben hatten. Erst spät, als die Ansicht der Obergerichte nach ihrer ursprünglichen Bedeutung unterging, und der deutsche Prozeß schleppender wurde, als die Theorie der *tres conformes* sich fester begründete, bildete sich die Ansicht von der Nothwendigkeit von drei Instanzen aus. Wie wenig selbst bei der Reichsverfassung der Satz: daß in jeder Sache drei Instanzen seyn müßten, je praktisch gegolten hat, beweiset die Erwägung, daß es schwerlich einen Staat gab, in welchem nicht wegen der Appellationssummen der Gebrauch der Rechtsmittel beschränkt gewesen wäre, und es darf selbst nicht vergessen werden, daß mehrere Stände mit Mühe sich das Privilegium verschafften, in erster Instanz sogleich vor den Obergerichten belangt zu werden. Betrachtet man auch dies Recht auf drei Instanzen genauer 65), so steigen bedeutende Zweifel auf. Die Einführung einer zweiten Instanz, an welche sich jede Parthei auf dem Wege der Berufung gegen das Urtheil erster Instanz wenden kann, ist unfehlbar zweckmäßig, um den Partheien durch wiederholte Prüfung des Urtheils eine Verus-

---

64) Wenn es in der Kammergerichtsordn. v. 1555. II. Thl. Tit. 1. §. 1. heißt: daß die Unterthanen bei ihren ordentlichen Gerichten belassen, und in erster Instanz nicht an das Kammergericht gezogen werden sollen, so folgt daraus nicht, daß die Sache in dritter Instanz immer an das Kammergericht kommen konnte. Die Stelle im II. Thl. Tit. 1. §. 2. und Tit. 26. bezieht sich auf die verweigerte Justiz, wo der Begriff von Instanz in Bezug auf Rechtsmittel nicht paßt.

65) S. auch Falk in den Kieler Beiträgen. 1821. 2ter Bd. S. 262. 11.

higung zu geben. Der Irrthum, welchem jeder Richter unterworfen ist, macht es leicht möglich, daß der erste Richter aus einem irrigen Gesichtspunkte die Sache betrachtet, und die Anwälde der Partheien selbst tragen oft in der ersten Instanz nicht alle wichtigen Umstände und Gründe genügend vor. Durch das Recht der Berufung an eine zweite Instanz kann nun die Parthei, durch das erste Urtheil belehrt, daß der Richter noch nicht gehörig aufgeklärt war, die faktischen Verhältnisse erschöpfend vortragen, dunkle Punkte mehr in das Licht setzen, die Ansichten des vorigen Richters widerlegen, und so ein gründlicheres Urtheil vorbereiten. Zur Erreichung dieses Zwecks bedarf es nur der Einrichtung von zwei Instanzen, damit der Parthei die Möglichkeit das thatsächliche Verhältniß in zweiter Instanz völlig klar zu machen, gewährt werde; die Verdoppelung der Instanz liefert schon hinreichende Bürgschaft<sup>66)</sup>, daß in Bezug auf das Faktische nichts ausgelassen worden sey. Die Organisation einer dritten Instanz ist hier unnöthig; denn eine Aufhellung der Thatsachen wird in dieser Instanz nicht eintreten; die Berufung an die dritte Instanz würde also keine Vortheile gewähren. Nimmt man aber drei Instanzen an, und setzt den Fall, daß die zweite Instanz das erste Urtheil bestätigte, das Gericht dritter Instanz aber den Spruch der zweiten Instanz reformirt, so bedarf es doch einer sehr starken Präsumtion, um zu glauben, daß nur bei dem höchsten Gerichte die Weisheit ruhe; das Volk wird erwägen, daß die Meinung von zwei Gerichten hier gegen die eines Gerichts streitet, und der unbefangene Verstand wird eher glauben, daß

---

66) Pölscher, der Rechtsweg S. 186.

das Recht da seyn müsse, wo die meisten Stimmen hinfieleu 67).

Will man es in dem Falle, daß die dritte Instanz das Urtheil der zwei ersten Instanzen reformirt, dabei belassen, so scheint man hart gegen diejenigen zu seyn, welcher die Meinung von zwei Gerichten für sich und nur die von einem gegen sich hat 68), man müßte daher noch eine vierte Instanz zulassen; stimmt aber die vierte der dritten bei, so steht das Zünglein in der Wage still und es ist erst noch problematisch, auf wessen Seite die Wahrheit ist; es müßte also jetzt erst eine fünfte Instanz zugelassen werden. Schwerlich möchte daher aus allgemeinen Gründen das Recht auf drei Instanzen vertheidigt werden können, und die Autorität einer dritten und letzten Instanz kann nur in dem Bedürfnisse, ein Ende des Streits durch einen kategorischen Ausspruch herbeizuführen, liegen, oder in der aufgestellten Präsumtion, daß im Obergerichte die trefflichsten und tüchtigsten Juristen sich befinden werden, oder in der überwiegenden Zahl der Richter der letzten Instanz, im Verhältnisse zu den schwächer besetzten Gerichten der ersten und zweiten Instanz. Ob die Vermuthung der ersten Art nicht eine Beleidigung gegen die Richter unterer Instanzen und selbst gegen das Volk enthält, wagt der Verfasser nicht zu entscheiden; was aber die Zahl betrifft, so möchte in manchen Ländern nicht schwer zu beweisen seyn, daß nicht selten die geringere Richterzahl

---

67) S. auch *Bello t exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève.* p. 221.

68) S. *geistreiche Bemerkungen in der Sitzung der Bundestagsversammlung v. 21. Februar 1822. in den Bundestagsprotokollen.* XIII. Bd. S. 181.

im Oberappellationsgerichte im Verhältnisse der in den zwei ersten Instanzen urtheilenden Richter, wenn man ihre Stimmen zusammenzählt, zusammen sich befanden 69). Daß auch der Bundestag das Recht auf drei Instanzen nicht so verstand, daß in jeder Sache jede Parthei drei Instanzen haben müsse, daß vielmehr jedem Staate die Beschränkung der Rechtsmittel nach bestimmten Vorschriften zustehet, ist sehr weise in neuester Zeit entschieden worden 70). Am wenigsten aber läßt es sich rechtfertigen, wenn in einem Lande, welches ein Oberappellationsgericht hat, in einigen Fällen 71) gegen das Urtheil des Oberappellationsgerichts ein Rechtsmittel zugelassen wird; das Ansehen des obersten Gerichtshofes, der es dann nur dem Namen nach seyn wird, muß durch eine solche Einrichtung nothwendig untergraben werden 72).

Das Instanzenrecht steht noch im genauen Zusammenhange mit dem durch Mißverständnisse des römischen Rechts 73) veranlaßten, von älteren Prak-

69) Die ganze Frage steht noch im Zusammenhange mit der Frage: ob man gegen zwei gleichförmige Urtheile eine Berufung zulassen soll.

70) S. Beschluß vom 14. März 1822, in den Bundestags-Protokoll. XIII. Bd. S. 215.

71) S. B. in d. Meklenburg. Oberappell.-Gerichtso. S. 77. 82.

72) S. auch Bornemanns Beiträge zur Verbesserung des Appellations-Verfahrens S. 55.

73) l. un. Cod. ne licet in una caus. tertio provoc. siehe Danz Grundf. des ordentl. Proz. S. 422. Das röm. Recht spricht nur aus, daß wenn die nämliche Parthei schon zweimal provozirt hat, sie nicht zum drittenmale provoziren darf. s. noch c. 39. 65. X. de appellat. Lінде Handb. der Lehre von den Rechtsmitteln. 1. S. 12.

tifern vertheidigten, jedoch schon bei dem Reichsgerichte 74) nicht angenommenen, in Landesgesetze aber übergangenen und vielfach mißbrauchten 75) Satze, daß jede Parthei so lange Rechtsmittel ergreifen dürfe, bis drei gleichförmige Urtheile gegen sie ergangen wären, ja man begnügte sich damit nicht, sondern forderte selbst drei ununterbrochene auf einander folgende Urtheile 76); bis diese zu erhalten waren, durften Rechtsmittel versucht werden, so daß oft kein Ende des Prozesses zu erwarten war. Wenn auf einer Seite diese Einrichtung die traurigsten Folgen für die Rechtssicherheit haben mußte; so war sie auf der anderen, die bitterste Satyre der drei Instanzen und enthielt das Geständniß, daß, wenn man einmal mit zwei Instanzen sich nicht begnügte, consequent ins Unendliche fort Rechtsmittel erlaubt werden müßten. — Die neueren Gesetzgebungen haben das Streben von dem Vorurtheile, daß nur in einer großen Zahl von Instanzen das Heil der Rechtspflege zu suchen sei, sich loszumachen, obwohl nicht auf gleichförmige

- 
- 74) *S. Gail* observ. lib. I. observ. 72. n. 3. *Mynsinger* centur. I. observ. 15. *Niedesfel* Vorträge an den vollen Rath des Kammergerichts S. 167, und Verhandlungen in *Meiern* act. comit. ratisbon. t. II. p. 150, 200, und S. 441.
- 75) Es ist dem Verfasser der Fall bekannt, daß in einem deutschen Lande, wo der Satz galt, daß appellirt werden dürfe, so lange, bis drei aufeinander ununterbrochen folgende Sentenzen vorhanden wären, so lange fort Rechtsmittel ergriffen wurden, bis endlich die Regierung an den Landesherrn berichten mußte, daß jetzt kein Spruchcollegium mehr existire, an welches die Akten versendet werden könnten.
- 76) *Struben*, rechtl. Bedenken 1. Ausgabe von *Spangenberg* III. S. 397.

Weise. Die sächsische Jenaische Oberap. G. D. 77) gestattet, sobald durch Leuterungen auf jeder streitenden Seite zwei gleichförmige Erkenntnisse vorliegen, keine weitere Leuterung; wenn eine Parthei bei Berufung an das Oberap. G. nur zwei aber gleichförmige Erkenntnisse gegen sich hat, so kann sie verlangen, daß, statt an das Oberap. G., die Akten an eine auswärtige Fakultät versendet werden; reformirt diese das Urtheil, so gelangt erst die Sache noch an das Oberap. G. In Gotha und Altenburg ist dagegen verfassungsmäßig beibehalten, daß die Partheien solange Rechtsmittel ergreifen dürfen, bis drei gleichförmige Erkenntnisse vorhanden sind. Die Zerbstische Oberap. G. D. 78) greift zwar in die bisherige Verfassung wegen zwei oder drei gleichförmigen Urtheilen nicht ein, bestimmt aber doch wenigstens, daß darauf, ob die Urtheile ununterbrochen oder unterbrochen folgten, nichts mehr ankommen soll. Die Mecklenburgische Oberap. D. 79) gestattet kein Rechtsmittel mehr, wenn schon drei conforme Urtheile in der Sache vorhanden sind, sie mögen unmittelbar hinter einander gesprochen seyn oder nicht. Das Anhalt Dessauische Gesetz 80) bestätigt das

---

77) Provisor. Ordnung des gemeinschaftl. Oberappellationsgerichts zu Jena vom 20. Dez. 1816, §. 13, 15, 31 a. Wie schwierig selbst die Frage oft wird: in wie ferne zwei Urtheile als völlig gleichförmig zu betrachten sind, s. Kori Theorie des sächs. bürgerl. Proz. S. 304, Not.

78) Gesetzl. Vorschriften, die Competenz des gemeinschaftlichen Oberappellationsgerichts zu Zerbst vom 16. Sept. 1817, §. 24.

79) Oberappellations- u. Gerichts-Ordnung vom 1. Juli 1818, §. 41, Nro. 7.

80) Erläuterungen, Veränderungen und Zusätze zu einigen



Prinzip der drei gleichlautenden Urtheile, fordert aber nicht, daß sie unmittelbar auf einander folgen. Das königl. sächsische Mandat <sup>81)</sup> spricht aus, daß durch zwei in der Appellations-Instanz gleichförmig gesprochene Sentenzen, ohne Rücksicht, ob sie unmittelbar gefolgt, jede Sache beschlossen seyn soll. Vergleicht man gegen solche Aussprüche die Gesetze anderer deutschen Staaten, erfährt man, daß Baiern von jeher höchstens nur drei Instanzen kannte, und ohne Rücksicht, ob die Urtheile gleichförmig waren oder nicht, die Revision zuließ, daß in Oesterreich <sup>82)</sup> das Rechtsmittel der Revision nicht Statt hat, wenn die zweite Instanz das erste Urtheil bestätigte, daß das preussische Gesetz <sup>83)</sup> Revision, wenn die zwei Erkenntnisse gleichlautend sind, nur bei Objecten, welche 200 Thaler oder mehr betragen, zuläßt, daß die nassauische Prozeßordnung <sup>84)</sup> auf ähnliche Art beschränkt und daß endlich der französische Prozeß nur zwei Instanzen kennt; hört man das Zeugniß der Erfahrung darüber, daß auch in den Staaten, in welchen die Rechtsmittel auf diese Art beschränkt sind, die Rechtspflege auf eine zweckmäßige Weise ausgeübt wird, und daß gar keine Vermehrung der Rechtsmittel verlangt wird, so kann die Erörterung der Frage über die Instanzenzahl nicht überflüssig scheinen. In den neuesten legislativen Produkten scheint man dem Grundsatz, daß gegen zwei gleichförmige Urtheile keine Berufung Statt

---

Titeln der Anhaltischen Landes- und Prozeßordnung vom 10. Juli 1822, zum XV. Titel §. 4, S. 133.

81) Vom 13. März 1822, S. 23.

82) Gerichtsordnung §. 260.

83) Gerichtsordnung Titel XV. §. 2.

84) Prozeßordnung vom 23. April 1822, S. 99.

finde, weniger mehr zu huldigen, und während die Baierischen Entwürfe von 1825 und 1827<sup>85)</sup> diesen Grundsatz noch aussprachen, hat der neueste Entwurf von 1831 die Zulässigkeit der Berufung gegen alle Erkenntnisse sanktionirt<sup>86)</sup> und läßt die zweitrichterlichen Urtheile, trotz der ergriffenen Berufung vollziehen, wenn die Urtheile des ersten und zweiten Gerichts gleichlautend sind, und für Summen von 600 fl. bis 2000 fl. Sicherheit bestellt wird<sup>87)</sup>. Die neue Badische Prozeßordnung von 1831<sup>88)</sup> gestattet die Oberappellation ohne Rücksicht darauf, ob die Urtheile der zwei ersten Instanzen gleichlautend sind<sup>89)</sup>. Hochgeachtete Schriftsteller, z. B. von Gönner<sup>90)</sup>, von Reibniz<sup>91)</sup> haben entschieden sich für die Einrichtung ausgesprochen, daß wenn zwei gleichförmige Erkenntnisse der ersten und zweiten Instanz vorhanden wären, kein weiteres Rechtsmittel zulässig seyn soll, welches dagegen dann eintreten sollte, wenn das zweite Urtheil das erste reformirt. Nur Bornemann<sup>92)</sup> hat in neuerer Zeit das, wie er meint, vortreffliche Prinzip: daß erst drei gleichlautende Urtheile der Sache ein Ende

---

85) Entwurf von 1825, §. 987. Entwurf von 1827, §. 509.

86) Entwurf von 1831, §. 361.

87) Entwurf §. 383.

88) Bad. Prozeßordnung von 1831, §. 1177 und 1239.

89) Gründe im Bericht der Gesetzgebungscommission in Duttlinger's Archiv für Rechtspflege in Baden. 2. Bd. S. 86.

90) v. Gönner Motive zum Entwurfe eines Prozeßgesetzbuchs S. 834, s. jedoch S. 836.

91) v. Reibniz Versuch über das Ideal einer Gerichtsordn. 1. Thl. S. 233.

92) Beitr. zur Verbesserung des Appellationsverf. S. 46—54.

machen, vertheidigt, vorzüglich auf die nothwendige Stimmenmehrheit im Verhältniß sämmtlicher Richter, welche in der Sache urtheilen, mit Berufung auf die häufig kleine Richterzahl im Oberappellationsgerichte, und auf den Umstand, daß in einem Collegio oft eine kleine Stimmenzahl Majorität bilden kann. Die Frage: ob gegen zwei gleichförmige Urtheile eine Berufung an die dritte Instanz gestattet werden soll, ist besonders seit 1827 in Baiern bei Gelegenheit der Prüfung der Entwürfe von 1825 und 1827 zur Sprache gekommen. Mehrere Stimmen z. B. die von Dresch<sup>93)</sup>, Holzschuher<sup>94)</sup>, v. Hinßberg<sup>95)</sup> erklärten sich gegen diese Ausschließung der Rechtsmittel; dagegen billigte die Majorität des landständischen Ausschusses das System des Entwurfs<sup>96)</sup>. In neuester Zeit hat sich auch Linde<sup>97)</sup> für die Zulässigkeit der drei Instanzen, ohne Rücksicht, ob die Urtheile gleichlautend sind, erklärt. — Da wir schon überhaupt das französische System, nach welchem nur zwei Instanzen vorkommen, gebilligt haben, so müssen wir auch, wenn man überhaupt noch eine dritte Instanz aufstellt, möglichst für das System uns erklären, welches unserer Ansicht am nächsten kömmt und die Berufung beschränkt. Die Parthei, welche in erster Instanz verloren hat, war durch die Berufung an die zweite Instanz hinreichend im Stande, die noch dunkeln Punkte ihres Vortrags aufzuhellen und neue Thatfachen vorzubringen. Erkennt man, daß in

---

93) v. Dresch Betrachtungen über den revid. Entwurf S. 51.

94) Der Rechtsweg S. 192.

95) Bemerk. über den revid. Entwurf S. 140.

96) Rudhart's Bericht über den Entwurf S. 328 ff.

97) Linde Handb. der Lehre von den Rechtsmitteln S. 283-92.

dritter Instanz keine neuen Thatsachen oder Beweismittel vorgebracht werden dürfen 98), so erkennt man dadurch auch hinreichend an, daß es keiner dritten Instanz bedürfe. Will man aber auch diese dritte Instanz überhaupt zulassen, so spricht doch Alles dafür, sie dann auszuschließen, wenn schon zwei gleichförmige, von Collegialgerichten ausgegangene Urtheile vorliegen. Der Sieger, welcher nun zwei Urtheile für sich anzuführen hat, dürfte jetzt Gründe haben zu fordern, daß man nun seinen Anspruch realisire, und der Staat hat wohl hinreichende Bürgschaft für die Wahrheit des Urtheils, wenn zwei Gerichtshöfe, auch nachdem der Besiegte noch alles Mögliche zur Widerlegung des ersten Urtheils vorgebracht hat, die nämliche Ansicht aussprechen. Die Besorgniß 99), daß wenn man nicht die Berufung an die dritte Instanz gestatte, die nothwendige Gleichförmigkeit der Rechtsprüche leide, kann weiter unten, wenn vom Cassationshofe gehandelt wird, entfernt werden. Wir wollen dabei auf das mathematische Verhältniß der Stimmenzahl der Richter nicht viel Werth legen. Wenn man auch zugeben kann, daß ein Oberappellationsgericht immer mit mehr Richtern besetzt seyn soll, als die Gerichte der übrigen Instanzen, so kann man doch nicht das Verhältniß der Stimmenmehrheit nach der Zahl sämmtlicher in verschiedenen Gerichten in der Sache votirenden Richter berechnen, indem in jedem Collegio den Richtern andere Darstellungen und Vorträge der Partheien (vorzüglich wenn Nova zugelassen werden) vorliegen, überall eine andere Berathung der Abstimmung vorhergeht, daß man nicht die Stimmen der Richter

98) Dies spricht z. B. die Babilische Prozeß-D. S. 1242. an.

99) Linde Handbuch S. 286.

zweiter Instanz zu denen der Richter des ersten Gerichts hinzuzählen darf, vielmehr das Urtheil jedes Gerichtshofs als eine in der Sache ergangene Stimme ohne Rücksicht, wie das Urtheil entstand, ansehen muß<sup>100)</sup>. Bei der Frage über Instanzenzahl kann nun bloß die Rücksicht entscheiden, daß sowohl dem Staate als den Partheien die Beruhigung gegeben werden könne, daß ein gerechtes Urtheil gefällt worden sey. Hierzu aber reicht es hin, wenn nur der Ausspruch eines Gerichts nicht isolirt dasteht, wenn daher ein zweites vom ersten völlig unabhängiges Kollegium den Ausspruch des Ersten auch dann bestätigt, nachdem die Partheien Gelegenheit hatten, die Gründe des ersten Urtheils zu widerlegen und vollständig ihre Sache noch einmal vorzutragen, so daß die Ueberzeugung begründet werden darf, daß das zweite Gericht alle Gründe für und wider vollständig kannte, und seine Berathung daher umsichtig war. Daraus folgt die Zweckmäßigkeit der Einrichtung, daß in allen Fällen, in welchen das erste Urtheil von der zweiten Instanz bestätigt wird, kein weiteres Rechtsmittel, dagegen eine Berufung an die dritte Instanz dann gestattet werde, wenn das zweite Urtheil das erste reformirte. Nicht unberücksichtigt darf aber bleiben, daß die Instanzenzahl auch mit der Organisation der Untergerichte zusammenhängt. Sind diese Gerichte freilich mit administrativen und polizeilichen Geschäften überladen, stehen nur Einzelrichter ihnen vor, oder ist die sogenannte Collegialverfassung der Untergerichte nur eine Form ohne Gehalt, so würde die Versagung der dritten Instanz eine Ungerechtigkeit seyn, vorzüglich wenn man die Urtheile der Untergerichte nicht als Urtheile, sondern

100) S. auch Linde Handbuch I. S. 287.

nur als Versuche <sup>101)</sup> betrachten will, in welchem Falle die Parthei erst ein Urtheil gegen sich hätte, wenn in zweiter Instanz das untergerichtliche bestätigt würde, so daß man selbst zu einer vierten Instanz consequent gelangen müßte. Ist dagegen jedes Untergericht ebenso collegialisch und mit völliger Trennung der Administration von der Justiz organisiert, findet eine ebenso vollständige Verhandlung wie bei einem Obergerichte Statt, erhalten die Gerichte eine zweckmäßige Organisation, so wird gegen den obigen Vorschlag wenig einzuwenden seyn.

Nicht weniger als die Instanzenzahl war von jeher die Beschränkung der Rechtsmittel nach gewissen Summen ein Gegenstand des Streits <sup>102)</sup>. Wenn zwar denjenigen, welche überall keine Summen entscheiden lassen wollen <sup>103)</sup>, zugegeben werden muß, daß der Werth der Sache und die Summe nicht in den Augen des gerechten Richters entscheiden dürfe, daß bei einer geringfügigen Sache, die Gefahr eines ungerechten Urtheils ebenso groß seyn kann, wie bei einer Streitsache von Millionen, daß nicht selten ein Prozeß, der wenige Thaler betrifft, eben so viele Schwierigkeiten und juristische Controversen, als ein Rechtsstreit um große Summen, darbieten kann, wenn es wahr ist, daß für den

---

101) S. darüber den zweiten Beitrag dieser Schrift S. 117.

102) Das röm. Recht kennt keine Beschränkung der Appellation nach Summen. *Linde Handbuch* I. S. 393.

103) *S. Borst Grundlinien für eine vernünftige Gesetzgebung des Civilproz.* S. 120. *Sibeth Kritik des gemeinen und Mecklenburg. Proz.* 11. Heft, S. 48. *Bellot exposé des motifs sur la loi de procédure* p. 186. *Globig censura rei iudic. forens.* vol. II, p. 288. *Linde Handbuch* I. S. 400.

Armen wenige Thaler oft mehr werth sind, als für den Reichen Hunderte, daß endlich die Bestimmung des Daseyns der Appellationssumme nicht selten neue Streitigkeiten veranlaßt, so muß man doch nach Erwägung der menschlichen Verhältnisse für die Beibehaltung der Appellationssummen sich erklären <sup>104)</sup>. Nicht verkennen läßt sich freilich, daß ein großer Theil von Gründen, die man für Einführung von Appellationssummen angiebt, sehr schwach sind, z. B. der Grund, daß man dadurch die Prozeßsucht zügeln könne, oder daß man sorgen müsse, daß die Obergerichte nicht zu sehr mit Arbeiten belastigt werden <sup>105)</sup>. Andere Gründe aber dürften nicht gering geachtet werden. Schon ältere deutsche Prozeßordnungen des XVI. Jahrhunderts <sup>106)</sup> kennen diese Beschränkungen, die meisten späteren Partikular-Prozeßgesetzgebungen bestätigten sie <sup>107)</sup>, und neue Gesetzgebungen behalten sie bei, z. B. die preussische <sup>108)</sup>,

104) S. auch G ö n n e r Motive zum Prozeßentwurf S. 830. Reibnitz Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung. 1. S. 240.

105) S. gegen diese Gründe auch L i n d e L. c. S. 401.

106) S. hessische Hofgerichtsordn. von 1500 Tit. von Appellation. S. K o p p hess. Gerichtsverf. II. Thl. S. 216. in Not. Freiburger Statuten von 1520, fol. 23. P e n n e b e r g e r Landesordn. von 1539, II. Buch 6. Tit. §. 1.

107) S. von Baiern Cod. iud. bav. cap. XV. §. 3. Unter 50 fl. darf gar nicht an die zweite Instanz, unter 300 fl. nicht bei zwei gleichförmigen Urtheilen, sonst nicht unter 100 fl. an die dritte Instanz appellirt werden. Von Sachsen siehe K o r i Theorie S. 276, ebenfalls gewöhnliche Summe 50 fl. Von Baden s. Obergerichtsordn. von 1803. §. 124, 127, 149.

108) Gerichtsordn. Tit. XIV. Unter 30 Thlr. gar nicht Appellationssumme. Preuss. Gerichtsverf. III. 2te Aufl. 3

nassauische <sup>109)</sup>, mecklenburgische <sup>110)</sup>, württembergische <sup>111)</sup>, baierische <sup>112)</sup>, hannoversische <sup>113)</sup> und die badische <sup>114)</sup>. Wenn nun die Beschränkung der Appellation durch gewisse Summen vertheidigt werden soll, so kann dies und zwar nur unter folgenden Voraussetzungen geschehen: 1) daß keine solche Beschränkung eintrete, wenn von Urtheilen der Einzelrichter die Rede ist. Dringende Gründe rechtfertigen die Einführung dieser Gerichte, aber nie darf man zugeben, daß ein Mann in erster und letzter Instanz Prozesse entscheide <sup>115)</sup>. Soll daher eine Appellationssumme schon bei den erstrichterlichen Urtheilen entscheiden, so setzen wir voraus, daß diese Urtheile von Collegialgerichten gefällt worden sind. Aus diesem Grunde verdient auch die französische Verfassung Tadel, welche in gewissen <sup>116)</sup> Fällen in erster und letzter Instanz

---

pellation, unter 100 Thln. oder 200 bei zwei conformen Urtheilen nicht Revision.

- 109) Nach der Nassau. ProzeßO. von 1822. §. 100. 50 fl bei Appell. an die zweite, und 100 fl. an die dritte Instanz.
- 110) K a m p s Mecklenburg. Civilprozeß S. 362. Verschieden 10, oder 30, oder 200 Thlr.
- 111) Württemberg. Edikt von 1818. §. 152. Appellation bei Beschwerden über 50 fl.; es entscheidet aber die Summe gar nicht, wenn das Object, so gering es seyn mag, das ganze Vermögen einer Parthei ausmacht.
- 112) Entwurf v. 1831. §. 382. 383.
- 113) Hannov. Unter-G. D. §. 145.
- 114) Bad. Prozeßordn. v. 1831. §. 1173.
- 115) v. H o l z s c h u h e r, der Rechtsweg S. 99.
- 116) S. oben zweiter Beitrag dieser Betrachtungen S. 23. in Sachen unter 50 Franken; noch schlimmer ist's, wenn, wie in Rheinpreußen, die Summe auf 20 Thaler erhöht worden ist.



Friedensgerichte entscheiden läßt, welche selbst im Sinne der französischen Gesetzgebung nicht als wahre Gerichte betrachtet werden können<sup>117)</sup>. 2) Die Bestimmung der Summe muß so geschehen, daß, mit Erwägung der besonderen Verhältnisse des Landes, nicht durch die Höhe der Appellationssumme die Mehrzahl der Urtheile der Möglichkeit entzogen wird dagegen Berufung zu ergreifen<sup>118)</sup>. 3) Es muß gestattet seyn, in gewissen Fällen ohne alle Rücksicht auf die Appellationssumme Berufung zu ergreifen, und zwar überall, wo die Berufung darauf geht, daß ein Gesetz verletzt worden sey<sup>119)</sup>, z. B. wenn auf einen ganz unwahren Rechtsatz das Urtheil gebaut wurde<sup>120)</sup>.— Unter diesen Beschränkungen wird die Einführung von Appellationssummen nur wohlthätig wirken, und, wenn man nur die Regel berücksichtigt, das Gerechtigkeitsprinzip nicht verletzen. Im Zweifel werden Prozesse über Summen unter 30 fl. nur über so einfache Verhältnisse vorkommen, daß ein ungerechtes Urtheil nicht leicht zu besorgen ist, wenn ein ganzes Collegium das Urtheil fällt; die Größe der Kosten, welche die Berufung veranlaßt, würde auch in solchem Mißverhältnisse mit der Summe

---

117) S. noch Meyer esprit, origine et progrès des institutions iud. vol. V. p. 368.

118) Die hannoverschen Stände meinten mit Recht (Spangenberg Comm. zur hannover. Unter: G. D. II. Thl. S. 184) daß die hohen Appellationssummen nur ein Vorrecht für die Richter und eine Benachtheiligung für die Gerichtsassessoren seyen.

119) Code de proc. de Geneve art. 304.

120) In diesem Falle läßt auch die badische Prozeßordnung §. 1175 die Berufung ohne Daseyn der Appellationssumme zu.

des Streitgegenstandes stehen, daß man aus den Gründen, aus welchen man summarischen Prozeß nur bei geringfügigen Gegenständen zuläßt, auch Appellationssummen einführen darf, vorzüglich wenn man bei gewissen unschätzbaren Sachen keine solche Summe entscheiden läßt.

Auf ähnliche Weise hat man von jeher auch in der Beschaffenheit gewisser Sachen und gewisser Urtheile einen Grund der Beschränkung der Rechtsmittel gefunden <sup>121)</sup>. Einige dieser Fälle, z. B. Verhöre zum ewigen Gedächtniß, Inhäsiobescheide, Deklaratorien unterliegen keinem Zweifel, weil sie keine der Rechtskraft fähige Verfügung enthalten, andere, z. B. Polizei- und Administrationsfachen gehören nicht hierher, weil sie keine Prozeßfachen sind; aber man rechnet zu den inappellablen Fällen auch einige, bei welchen Zweifel nicht unterdrückt werden können, z. B. Injurienfachen, wenigstens in so fern, als nicht an die dritte Instanz appellirt werden darf, wenn die Sache zwischen nicht schriftfähigen Personen vorfällt <sup>122)</sup>.

In neuerer Zeit ist die Versagung der Appellation in solchen Fällen durch die Behauptung zu

---

121) S. von Sachsen Kor i Theorie des sächs. Proz. S. 159. von Mecklenburg Mecklenb. Ober-A. G. D. S. 41. Bremische Gerichtsbo. S. 490. Weimar. Ober-A. G. D. S. 20, 22. Sersbster Ober-A. G. D. S. 16, 17.

122) S. Preuß. Gerichtsordn. Tit. XXXIV. S. 14. Mecklenburg. Ober-A. G. D. S. 41. Nro. 10. Weimar. Ober-A. G. S. S. 20 Nro. 5. Sersbster S. 16 Nro. 5. Von Hannover siehe Desterlei hannöb. Proz. II. Thl. S. 316. Spangenberg Comment. zur hannöb. Untergerichtsordnung II. Thl. S. 19 und 191.

rechtfertigen versucht worden <sup>123)</sup>, daß die geringsten Rangklassen der bürgerlichen Gesellschaft für die Angriffe der Ehre minder empfindlich, der daraus erwachsende Aerger vorübergehender ist, und alles nur darauf ankömmt, daß die Hänkerei ein Ende habe. Wenn man aber auch zugeben will, daß die ganze Gesetzgebung über Injurien einer Reform bedürfe, daß die *actio aestimatoria* am besten ganz aufgehoben würde, so muß man doch nach den jetzigen Ständemischungen, wo der Bauer und Bürger wie der Schriftfäßige volle bürgerliche Ehre genießt, und jeder Auszeichnung fähig ist, wo man das Volk beleidigt, sobald man der am allgemeinsten verbreiteten Klasse kein zartes Ehrgefühl zutraut, keinen Unterschied der Injuriensachen nach den Ständeklassen machen und die Appellation, wenn man sie dem beleidigten Schriftfäßigen zugesteht, nicht dem Manne geringeren Standes entziehen. Am wichtigsten wird es die Zulässigkeit der Appellation gegen die im Laufe des Prozesses ergehenden Erkenntnisse richtig zu bestimmen. Es ist bekannt, daß das römische Recht <sup>124)</sup> nur eine Appellation gegen Definitivkenntnisse kennt; erst das canonische Recht <sup>125)</sup> und die Reichsgesetze, welche dem letztern folgten <sup>126)</sup>, dehnten die Appellation aus, beschränkten sie jedoch wieder auf solche Beurtheile, wo nicht die Beschwerde durch die Ap-

123) Reibniß Versuch I. Thl. S. 242.

124) L. 36. C. de appell. S. jedoch I. 2. D. de appell. recip. überhaupt Linde Handbuch der Lehre von den Rechtsmitteln I. S. 78—86.

125) c. 60. X. de appell. c. 1. 10. de appell. in 6to.

126) Kammergerichtsordn. von 1495, §. 20, von 1555. II. Thl. Tit. 28. v. §. 6. Tit. 29. §. 4. R. A. von 1570, §. 91. R. Dep. Ab. von 1600, §. 113. Linde Handb. I. S. 89.

pellation von der Endurtheil in der Hauptsach erstattet, d. h. gehoben werden mag. Partikularordnungen des XVI. Jahrh. <sup>127)</sup> folgten dieser Vorschrift, und es kam nur darauf an, richtig zu bestimmen, welches Zwischenurtheil von der Art wäre, daß es einem Endurtheile gleichgestellt werden könne, oder eine Beschwerde in sich hielt, welcher durch spätere Appellation von dem Endurtheil nicht mehr abgeholfen werden könne <sup>128)</sup>, oder wie andere Gesetze bestimmten <sup>129)</sup>, welche ein merkliches Präjudiz nach sich zögen, oder, wie noch andere Gesetze erklärten <sup>130)</sup>, ein *damnum irreparabile* nach sich zögen. Die Praxis erschwerte sich selbst die Anwendung, weil man eben so sehr schwankte, ob eine gerichtliche Verfügung in Form eines Dekrets oder eines Bescheids erlassen werden sollte; geschah das letzte, so ließen sich ohnehin die Advokaten die Rechtsmittel nicht rauben; aber auch bei dem erlassenen Dekrete versuchte man die Appellation, weil man leicht einen Schein zur Deduktion eines merklichen Präjudizes fand. Die Doktrin hatte nicht beigetragen die Sache auf ein einfaches Prinzip zurückzuführen und alle Klassifikationsversuche führten zur Unbestimmtheit <sup>131)</sup>.

127) S. schon die hessische Gerichtsordn. von 1497. Tit. von der Kriegesbefestigung. Reformat. von 1524. Tit. von der Appellation. Kopp hess. Ger. B. II. Th. S. 216. Baierrische Gerichtsordn. von 1520. Tit. 10. Art. 7. Solmische Landr. Tit. 38, §. 1. Lunde Handb. I. S. 112.

128) S. z. B. die Sprache der Frankfurt. Ref. I. Thl. Tit. 43, §. 3, und Orth Anmerk. II. Thl. S. 874.

129) Baier. Jud. Cod. von 1753, Cap. 15. §. 3.

130) B. B. in der großh. hessischen Prozeßordnung von 1724, Thl. II. Tit. 11. §. 1.

131) S. darüber Lunde Handbuch I. S. 94.

Auf diese Art wurden die Prozesse ins Unendliche verlängert und durch Aktenversendungen höchst kostspielig gemacht. Erst die neuere Zeit versuchte dem Unwesen zu steuern und die österreichische Gesetzgebung von 1781 <sup>132)</sup> hat allgemein die Berufung gegen Beirurtheile, wodurch der Hauptsache kein Nachtheil erwächst, aufgehoben, und gestattet <sup>133)</sup> gegen die im Laufe des Streits ergehenden, die Form des Prozesses betreffenden Bescheide, keine Appellation, wohl aber einen Rekurs, nach welchem der obere Richter von Amtswegen einzuschreiten hat; allein nachträgliche Bestimmungen <sup>134)</sup> bewirkten bald, daß der Sache nach Berufungen auch gegen Interlokute vorkamen, und die österreichischen Praktiker <sup>135)</sup> selbst geben dem Systeme der Gerichtsordnung in dieser Beziehung kein günstiges Zeugniß. Einen großen Schritt hat die preussische Gesetzgebung gethan, indem sie statt der vielen Zwischenurtheile den Gang des Verfahrens durch Dekrete und Resolute zu ordnen gebietet, kein Beweisinterlokut, das rechtskräftig werden kann, sondern nur Beweisdekret zuläßt <sup>136)</sup>, das als rechtskräftig und keine Appellation gegen das Beweisdekret gestattet <sup>137)</sup>, jedoch den Partheien erlaubt, den Rekurs zu ergreifen, der jedoch keine Suspensivkraft hat. Unfehlbar ist dadurch ein Grund einer traurigen Prozeßverzögerung beseitigt, und es

---

<sup>132)</sup> In §. 252.

<sup>133)</sup> Nach §. 267.

<sup>134)</sup> Sehr gut gesammelt in Linde Handbuch I. S. 132.

<sup>135)</sup> *Pratobevera Materialien zur Gesetzkunde in Oesterreich VII. S. 298.*

<sup>136)</sup> *Gärtners Kritik des preuß. Untersuchungsprinzips S. 164.*

<sup>137)</sup> *Gerichtsordn. Tit. 10, § 57.* Dies System hat auch das Württemberg. Edikt von 1810, §. 150, angenommen.

empfiehlt sich dieß System <sup>138)</sup>, sobald man nur zugeibt, daß kein eigentliches in Rechtskraft übergehendes Interlocut gefällt werden soll; allein der Verfasser dieser Bemerkungen kann nicht, aus den schon angegebenen Gründen <sup>139)</sup>, dafür stimmen, daß auch im deutschen schriftlichen Prozesse, die Appellation gegen Beweisinterlocute aufgehoben werden möchte. Kenner des preussischen Processes <sup>140)</sup> haben aber auch gegen das preussische Rekursystem überhaupt gewichtige Einwendungen gemacht. Der französische Prozeß glaubte durch eine Trennung der vorbereitenden und der Zwischenurtheile den Streit am besten beigelegt zu haben <sup>141)</sup>, und ließ gegen die ersten keine Berufung, wohl aber gegen die zweiten zu; allein man bemerkt bei genauerer Verfolgung der französischen Praxis bald, daß dadurch ein neuer Streit entsteht <sup>142)</sup>, nämlich über die Frage: was zu den vorbereitenden oder den interlocutorischen Urtheilen zu rechnen ist <sup>143)</sup>. So entstand Streit, ob

- 
- 138) S. **Bum-Bach** vollständig. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preuß. und franz. Prozeßordn. S. 276.
- 139) S. zweiter Beitrag dieser Schrift Nro. VII. S. nach **Welfsch** Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege, 1. Heft S. 46.
- 140) S. **Bandel** Gutachten über die schickliche Vereinigung der baier. und preuß. Prozeßordn. S. 30, und der Verf. der Schrift: über die Nothwendigkeit und Einrichtung einer collegial. und öffentlichen Rechtspflege. (Leipzig 1819) S. 131.
- 141) Code de proc. art. 451, 452. S. schon loi du 3. brumaire an II.
- 142) **Boncenne** théorie de la procedure civile. Poitiers 1831. II vol. 2te Abth. S. 360.
- 143) S. **Berriat St. Prix** cours p. 227. **Pigeau** proc. civil. t. I. p. 477. **Carré** traité et questions t. I. p. 191

ein Urtheil, welches expertise anordnete <sup>144)</sup>, oder über die Einlassung eines Dritten auf den Streit verfügt <sup>145)</sup>, oder Erscheinung der Partheien zur Vernehmung bei Gericht, oder zur Erklärung über Artikel ausspricht <sup>146)</sup> oder einen Schiedsrichter zur Aufnahme und Prüfung einer Rechnung anordnet <sup>147)</sup> ein vorbereitendes Urtheil oder ein Interlokut sey, und es findet sich, daß der Gerichtsgebrauch darüber nicht fest seyn kann, weil Alles von der besondern Beschaffenheit der Umstände, nämlich davon abhängt, si le jugement préjuge le fond ou non. Es ist auch schon oben erwähnt worden, daß die französische Jurisprudenz nicht einmal das Beweis-Interlokut als rechtskräftig in der Art annimmt, daß es unbedingt den Richter verbinde <sup>148)</sup>. Die dem französischen Prozesse nachgebildeten Prozeßordnungen haben daher weise den französischen Unterschied nicht angenommen; — das Gesetz von Gèneve <sup>149)</sup> läßt nur gegen gewisse Zwischenverfügungen eine Berufung zu, nämlich wenn sie Zeugenbeweis in Sachen über 150 Francs, oder Verifikation einer öffentlichen Urkunde fordert, ohne zugleich inscription en faux oder überhaupt eine gesetzlich verbotene Prozeßhandlung auszusprechen; der hessische Entwurf <sup>150)</sup> zog

---

Nro. II. p. 37. Sum: Nach Gegeneinanderstellung der Hauptmomente S. 277.

144) S. arrêté vom 14. Nov. 1815.

145) Arrêté vom 1. Juli 1809.

146) Carré l. c. t. II. p. 39.

147) Journal des avoués, t. 7. p. 97.

148) S. den zweiten Beitrag dieser Betrachtungen S. 128.

149) Code de Gèneve art. 307. Exposé des motifs p. 207.

150) Neue Civilprozeßgesetzgebung für das Großherzogthum Hessen. I. Heft S. 101 und II. Heft S. 139.

es vor, bei den einzelnen Interlokuten klar zu bestimmen, ob Appellation nothwendig oder zulässig sey, und gestattet gegen Beweisinterlokute eine abgesonderte Berufung, ohne es jedoch zu gebieten, so daß auch die Appellation von der Beweisentscheidung mit der von der dereinstigen Endsentenz verbunden werden darf, ohne daß dann gegen eine Parthei aus dem Versuche des aufgelegten Beweises etwas Nachtheiliges gefolgert werden könnte <sup>151)</sup>. Die neuen deutschen Prozeßgesetze, mit Ausnahme der Württembergischen und der Badischen, erkennen die Zulässigkeit der Appellation gegen Beweisinterlokute, und wählen entweder das System, nur auszusprechen: daß gegen prozeßleitende Dekrete, welche nicht als endliche Zwischenerkenntnisse angesehen werden können <sup>152)</sup>, oder gegen bloße Interlokute, die nur den Prozeßgang leiten, und auf keine Weise die Wirkung eines endlichen Erkenntnisses haben <sup>153)</sup>, keine Berufung Statt finden soll <sup>154)</sup>, oder sie fanden es zweckmäßiger bestimmt auszusprechen gegen welche Arten von Zwischenverfügungen die Appellation zulässig seyn soll; dies haben vorzüglich die b a i e r i s c h e Novelle <sup>155)</sup>

---

151) Das Prozeßgesetzbuch für den Kanton Tessin, Art. 397, läßt Appellation, jedoch ohne Suspensiveffect, zu, gegen sentenze, che non feriscano il merito della controversia.

152) So drückt sich die bremische Gerichtsverf. Art. 490 aus.

153) S. Weimar. Ober-A. G. D. S. 20 Nro. 2. Berthier D. G. D. S. 16 Nro. 2.

154) Ueber Mecklenburg s. Ober-A. G. D. S. 41, vergl. mit S. 38 und 51, und Mecklenburg. Rechtsprüche Nro. 45.

155) Baier. Ges. vom 22 Juli 1819, S. 18, 19, und von G ö n n e r Commentar hiezu S. 237—308.



und die nassauische Prozeßordnung <sup>156)</sup> gethan. Die letzte verfügt, daß Appellation künftig nur Statt finde: 1) gegen das Erkenntniß über Einrede der Incompetenz, 2) gegen Urtheile über Einreden der Legitimation zur Sache oder der fehlenden Fähigkeit zur Rechtsverhandlung, 3) gegen Urtheile, welche den Streit über Prozeßart entscheiden oder einen Concurß eröffnen, 4) welche einen Beweis auflegen, 5) oder einen Eid zu schwören auftragen und zugleich das Endurtheil angeben, 6) wenn das Endurtheil auch nur provisorische Verfügungen entscheidet; dagegen soll wegen einfacher sonstigen Dekrete und Zwischenbescheide nicht appellirt werden, auch wenn die Parthei ohne Vorbehalt sie befolgte, obwohl der Beschwerte bei der nächsten zulässigen Berufung seine Rechte geltend machen kann; dasselbe soll gelten, wenn die Parthei, welcher ein Beweis aufgelegt worden, nicht unmittelbar dagegen Appellation ergriff, so wie überhaupt Beweisinterlokute nicht präjudiziell seyn sollen. — Die bairische Novelle verfügt, daß wegen einfacher Dekrete und Zwischenbescheide keine Appellation Statt finde, und daß derjenige, welcher sich beschwert glaubt, dagegen bei der weiteren Verhandlung des Prozeßes sich bei Gericht verwahren muß, und dadurch sich das Recht vorbehält, die Beschwerde mit der Appellation gegen das Endurtheil zu verbinden. Zulässig ist die Appellation: 1) gegen Erkenntnisse, wodurch der Kläger mit der Klage ganz oder bedingt abgewiesen wird, 2) wodurch die forideklinatorische Einrede des Beklagten verworfen, oder 3) der Beklagte mit Verwerfung der von der Einlassung befreienden Einrede zur Einlassung auf die Klage verurtheilt wird; 4)

156) Nassau. Prozeßordnung vom 23. April 1822, S. 98, 99.

Erkenntnisse über Prozeßart; 5) Bescheide, wodurch einem Theile der Beweis aufgelegt wird. Die neue hannöversische Untergerichtsordnung <sup>156 a)</sup> gestattet Rechtsmittel gegen alle Erkenntnisse und die ihnen gleichzusetzenden Dekrete, welche nicht bloß zur Leitung des Verfahrens dienen, sondern eine der Parthei zum Nachtheil gereichende Verfügung enthalten <sup>157)</sup>. Die neue bairische Gesetzgebung schwankt in ihrem System. Während sie 1825 keine rechtskräftigen Beweisinterlokute zulassen wollte, gestattet der Entwurf von 1827 <sup>158)</sup> die Zulässigkeit der Beweisinterlokute, ließ dagegen Berufung zu, und bezeichnet dann gewisse Arten von Dekreten, gegen welche der einmalige Rekurs an den nächst höheren Richter zulässig seyn soll <sup>159)</sup>. Der neueste Entwurf von 1831 spricht aus <sup>160)</sup>, daß gegen alle Erkenntnisse Berufung zulässig seyn soll, ohne weitere Unterscheidungen aufzustellen. Die badische Prozeßordnung gestattet keine Beweisinterlokute und keine Berufung gegen prozeßleitende Verfügungen <sup>161)</sup>, ausgenommen wenn der Parthei ein unabwendbarer Nachtheil durch Verzögerung der Handlungen der Beweisführung, oder durch die Art der angeordneten Vornahme einer Prozeßhandlung zugehen würde, oder wenn Beweismittel für unzulässig erklärt, oder Beweismittel zugelassen würden, welche nach den Gesetzen unzulässig sind, oder wenn die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder weil sie in

---

156 a) Unterg. D. von 1827 §. 142—144.

157) S. darüber Spangenberg Comment. II. S. 171.

158) Entwurf von 1827 §. 509.

159) Entwurf §. 540.

160) Entwurf von 1831 §. 361.

161) Prozeßordnung von 1831, §. 390. 91.

den Rechten nicht gegründet seyn soll, oder wenn die Klage angebrachtermaßen oder als zur Zeit noch nicht zulässig, verworfen wurde <sup>162)</sup>.

Vergleicht man diese verschiedenen Systeme, so kann es 1) nicht bezweifelt werden, daß am zweckmäßigsten die Gesetzgebung die einzelnen Arten der Zwischenurtheile angeht, gegen welche die Appellation zulässig ist, so daß gegen alle dort nicht genannten Dekrete die Berufung als unzulässig erkannt ist. Eine allgemeine Formel z. B. dann die Appellation zuzulassen, wenn unerseßlicher Schaden droht, oder wenn unabwendbarer Nachtheil zugehen würde, dürfte deswegen unzulässig seyn, weil durch solche unbestimmte Ausdrücke zuviel Streit im einzelnen Falle begünstigt wird <sup>163)</sup>. 2) Eine Vereinfachung der Sache ist ohnehin dann zu erwarten, wenn der Prozeß nicht mehr bloß schriftlich durch eine Menge von prozeßleitenden Dekreten geführt, sondern eine öffentliche, mündliche Verhandlung am Schlusse des schriftlichen Vorverfahrens eingeführt und dem Gerichte die Möglichkeit, persönliche Aufklärung zu verlangen, gegeben, vorzüglich, wenn das Heer der summarischen Prozesse, über deren Anwendung immer Streit entsteht, beschränkt wird. 3) Was die Zahl der Fälle betrifft, in welchen die unmittelbare Berufung zulässig seyn soll, so geben zwar die bayerische, hessische und nassauische Gesetzgebung beachtungswürdige Andeutungen, allein sie scheinen weder hinreichend die Fälle zu erschöpfen, noch genug zu beschränken; das Erste nicht, weil es schiene, daß

---

162) Ueber die Badischen Bestimmungen *Linde Handbuch I. S. 169. 175.*

163) *Linde Handbuch I. S. 178.*

auch bei Erkenntnissen über Inzidentpunkte <sup>164)</sup>, z. B. über provisorische Alimentation, keine Berufung Statt fände, ungeachtet ein oft unerseßlicher Nachtheil daraus entstehen kann, oder viele Fälle vorkommen können, in welchen Berufung nothwendig wegen des einer Parthei drohenden Schadens ist, ungeachtet die Gesetze sie nicht nennen, z. B. wenn das in der Replik oder Duplik vorgebrachte Novum verworfen, oder wenn ein irrelevanter Eid, oder eine völlig unrichtige Eidesformel aufgelegt wird <sup>165)</sup>; dagegen ist man mit der Berufung zu freigebig, wenn man gegen jede Verwerfung einer von der Einlassung befreienden Einrede Appellation zuläßt <sup>166)</sup>, oder sie auch dann gestattet, wenn über die Prozeßart erkannt wird <sup>167)</sup>. 4) Eine besondere Beachtung verdient der Vorschlag einer Bestimmung, nach welcher bei dem Beweisinterlokute es der Parthei zwar gestattet wird, zu appelliren, ihr aber auch erlaubt

---

<sup>164)</sup> S. jedoch v. Gönner Commentar, S. 263.

<sup>165)</sup> Das württemberg Edikt §. 153, giebt daher eigene Regeln über die Berufungen gegen Erkenntnisse auf Eid.

<sup>166)</sup> Man weiß ja wie in der Praxis die Frage: was prozeßhindernde Einrede sey, bestritten ist; ein Heer von Berufungen wird daher wieder eingeführt werden, sobald der Richter es wagt, eine solche oft chicanös vorgeschützte Einrede zu verwerfen. Nach der baier. Novelle, § 8, befreit auch die exc. cautionis von der Einlassung, und doch wird es nicht an Bescheiden fehlen, in welchen die exc. cautionis wird verworfen werden müssen.

<sup>167)</sup> Wer es weiß, wie oft über Zulässigkeit des Executio-Mandats oder ähnlicher Prozesse gestritten wird, und wer die Sitte kennt, schon am Anfange des Prozeßes auch aus nichtigen Vorwänden die Prozeßart zu bestreiten, kann kaum das Recht der Berufung vertheidigen.

wird, die Berufung bis zu der gegen das Endurtheil aufzuschieben<sup>168)</sup>; nicht selten wird die Parthei bloß deswegen appelliren, weil sie befürchtet, daß die Unterlassung der Appellation das Urtheil rechtskräftig machen könnte; stellt man sie aber deswegen sicher, so wird manche Parthei, wenn sie auch die Beweisauflage für beschwerend hält, lieber den Versuch wagen und den Beweis antreten, als Berufung ergreifen; während dem wirklich Beschwerten der Weg nicht versperrt ist, die Beschwerde schon jetzt heilen zu lassen, und dadurch Zeit und Geld zu ersparen. Allein wie es mit den vermittelnden Systemen so oft geht, so möchte es wohl auch diesem Vorschlage ergehen, daß kein Theil damit zufrieden ist; die Gesetzgebung überläßt dann der Willkür der Partheien, ob das Interlocut als Urtheil oder als Beweisdekret wirksam werden soll; nicht selten wird die schlaue Parthei diesen Ausweg benutzen den Prozeß in die Länge zu ziehen, und wenn das Beweisergebniß verschiedene Beweissätze enthält, wird es an Streitigkeiten nicht fehlen<sup>169)</sup>. 5) Was die Bestimmung betrifft, daß derjenige, welcher gegen ein prozessleitendes Dekret nicht appelliren darf, am Schlusse des Prozesses es nachholen kann, sobald er sich nur gehörig verwahrt und sich das Recht vorbehält<sup>170)</sup>, so ist das System des hessischen und nassauischen Gesetzes, nach welchem es einer Verwahrung nicht bedarf, gewiß vorzuziehen, wenn man erwägt, daß eine Verwahrung dieser Art in den meisten Fällen in

---

168) Dies schlagen vor Engelhard Entwurf einer verbesserten Gesetg. Art. 412, und hess. Civilprozeßgesetzgeb. Art. 35. Motive I. Heft, S. 102.

169) Linde Handbuch I. Thl. S. 276.

170) v. Gönner vertheidigt dies im Comment. S. 276—80.

eine nutzlose Formalität ausarten wird. Von einer Verhinderung der Rechtskraft läßt sich nicht sprechen, weil eine Rechtskraft der Dekrete nicht existirt, und z. B. deswegen, weil der Richter einen untüchtigen Zeugen gegen die Einwendungen des Produzenten als fähig vernahm, der Zeuge kein klassischer Zeuge werden kann. Die Partheien werden wegen des bedeutendsten Nachtheils feierliche Verwahrungen einlegen, und die Zahl der Prozeßschriften wird vermehrt werden; am wenigsten aber mag das Verwahrungssystem bei einer Gesetzgebung vertheidigt werden, welche auf Entfernung der Advokaten und auf die Gewährung der Möglichkeit berechnet ist, daß die Partheien selbst ihre Rechtsstreite führen. —

Schon aus dem bisher Vorgetragenen ergibt sich wohl leicht der Beweis, daß die nicht devolutiven Rechtsmittel, z. B. Reutung, Supplikation mit einer zweckmäßigen und gerechten Verfassung nicht bestehen können. Es ist nicht zuviel gesagt, wenn man behauptet, daß ein Rechtsmittel bei demselben Gerichte so gut wie keines ist<sup>171)</sup>. Wer, der die Menschen (und Richter sind Menschen) kennt, mag erwarten, daß der Richter sein eigenes Erkenntniß aufheben wird? Ist es nicht eine eben so große Demüthigung und Beleidigung, dem Richter die Aenderung des Urtheils zuzumuthen, d. h. ihm zu sagen, daß er wohl das erstemal nicht genau genug den Fall erwogen haben wird, als es eine Täuschung der Partheien ist, welchen der Anwalt versichert, daß ein Rechtsmittel ergriffen werden soll, während nur ein in den meisten Fällen überflüssiger Versuch bei dem nämlichen Gerichte gemacht wird? So lange die Schöffenverfassung bestand, so lange nicht der

<sup>171)</sup> S. auch Furlenbusch Beiträge, II. Heft, S. 116.

Richter, sondern die Schöffen Urtheile fanden, mochte die Leuterung noch eine Bedeutung haben, weil andere Schöffen entscheiden konnten; seit der Zeit aber als rechtsgelehrte Richter entschieden, als vorzüglich bei den Aemtern nur ein Richter das Urtheil fällt, ist die Leuterung eine täuschende Formalität. Will man zwar sich darauf berufen, daß mit der Leuterung die Aktenversendung gewöhnlich eintreten wird, daß also andere, von den ersten unabhängige, Richter entscheiden, so scheint doch bald die Zeit gekommen zu seyn, in welcher die einst ehrwürdige Aktenversendung ihrem Ende nahe ist, obwohl man nicht verkennen darf, welchen Werth sie in manchen kleinen Staaten, wo die Regierung die Richter mehr einschüchtern könnte, in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz hat, weil die Mitglieder der Spruchcollegien weit selbstständiger und freier da stehen. Mit der einzuführenden Oeffentlichkeit steht aber die Aktenversendung ohnehin im Widerspruche, und die große dadurch entstehende Verzögerung der Prozesse, die Vermehrung der Kosten dürften wohl dringend jedem Gesetzgeber rathen, welcher die Kraft in sich fühlt, eine weise Justizverfassung in den inländischen Gerichten seinem Volke zu geben, eine kostspielige Form aufzuheben, wie dieß Preußen, Baiern, Baden, Hessen u. a. mit Glück gethan haben. Einen großen Schritt zur Verbesserung durch Aufhebung der Leuterung in den untern Instanzen, haben in neuester Zeit Sachsen<sup>172)</sup> und Anhalt<sup>173)</sup> gethan.

Noch bedarf die Frage einer Beantwortung, ob,

172) Königl. Sächs. Mandat, vom 13. März 1822. S. 22.

173) Erläuterungen, Zusätze und Veränderungen der Anhaltischen Landesordn. v. August 1822. zu Tit. XV. S. 2.

wenn eine dritte Instanz vorkömmt, sie auf die nämliche Art, wie die zweite, eine neue Instruktion und Verhandlungen zulassen, oder sie nur als Revisionsinstanz in der Art gelten lassen will, daß nur auf den Grund der vorigen Verhandlungen die Rechtmäßigkeit des vorigen Urtheils geprüft werden soll. Das zweite System ist das des preussischen Prozesses 174).

Geht man von der oben nachgewiesenen Nothwendigkeit aus, daß in allen Fällen, in welchen die zweite Instanz das Urtheil der Ersten reformirt, die Sache an eine dritte Instanz gelange, so ist dieselbe gar nicht von der zweiten zu unterscheiden, und die nämlichen Befugnisse der zweiten müssen auch der dritten zukommen; das Rechtsverhältniß ist sogar dadurch, daß zwei widersprechende Urtheile vorliegen, noch schwieriger geworden, und es muß den Partheien gestattet seyn, alles, was zur Aufhellung der Wahrheit beiträgt, jetzt, wo das Ende bevorsteht, vorzutragen. Man kömmt sonst von selbst zur Begünstigung der Restitutionsgesuche, wenn man hart gegen die Partheien in den letzten entscheidenden Momenten seyn will, und führt neue Streitigkeiten über die oft schwierigen Fragen herbei, in wie ferne das Vorgebrachte ein wahres Novum sey 175).

---

174) Gerichtsordn. Tit. XV. §. 10.

175) S. auch Leibniz Versuch über das Ideal, 1. Thl. S. 252.



## §. II.

## Appellationsverfahren.

Frägt man nach den Ursachen der auffallend großen Verschiedenheit des appellationsgerichtlichen Verfahrens in Deutschland, so ergiebt sich die Antwort leicht, wenn man erwägt, aus welchen Elementen das heutige Verfahren hervorgegangen ist, und wie Alles nur der Praxis überlassen werden mußte. Betrachtet man das eine Element, das römische Recht, dessen Anwendung das Verfahren der geistlichen Gerichte des Mittelalters, und vom XVI. Jahrhunderte an das der Landesgerichte bestimmte, so kann nicht unbemerkt bleiben, daß die Bestimmungen des römischen Processes, auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut, nicht zu dem heutigen schriftlichen Prozesse passen konnten; das römische Gericht erster Instanz konnte keine Akten an das Obergericht einsenden, wie es im schriftlichen Prozesse möglich ist, und in dem römischen Obergerichte mußte ein neues mündliches Verfahren beginnen, die Formen mußten auf ein nach Sitzungen und persönliche Vorladung der Partheien eingerichtetes Verfahren berechnet seyn. Wollte man nun doch, wie es die Praxis that, römische, auf ein ganz anderes Verfahren berechnete Formen auf unseren schriftlichen Prozeß anwenden, so konnte es an schwankenden und unpassenden Bestimmungen nicht fehlen. Noch störender wirkte die slavische Nachahmung des reichsgerichtlichen Processes bei der Organisation des Verfahrens vor den Landesobergerichten. Der ungeheure Verzug, welcher aus jeder Annahme der Appellation bei den Reichsgerichten entstand, so daß gewöhnlich erst die zweite Generation den Ausgang

des Processes erlebte <sup>1)</sup>, machte eine Beschränkung der Appellation nothwendig, und erzeugte die Einrichtung, daß bei dem Reichsgerichte vor der Erkennung der Appellationsprozesse, die man wieder in *processus appellationis plenos aut minus plenos* eintheilte <sup>2)</sup>, ein *processus informativus* voraus gieng, in welchem das Gericht die Beschwerdenlibell dem Unterrichter zum Bericht zufertigte, und darüber zuweilen noch den Appellanten mit seinem Gegenberichte hörte. Zeigte sich nun die Unerheblichkeit der Beschwerden, so wurden die Appellationsprozesse ohne weiteres abgeschlagen; im Gegentheile wurden die Prozesse erkannt, allein häufig nicht expedirt, sondern es wurde dem Untergerichte aufgetragen nachzuweisen, wie das Gravamen gehoben werden könne, und erst dann, wenn der Richter nicht parirte oder gar nicht berichtete, wurde die Erkennung der Appellationsprozesse publizirt; jetzt fingen erst die häufig wiederholten *compulsoriales* an, wodurch der Unterrichter den Auftrag erhielt, die Akten voriger Instanz mit Bericht einzusenden <sup>3)</sup>. Nach eingekommenen (häufig mußte der Fiskal exzitirt werden) Akten wurden erst *citationes* an den Appellaten erlassen, und nun begann ein neues Verfahren mit Schriftenwechsel, in welchem die sogenannten *Inhibitiones* eine Zwischenrolle spielten. Diesem höchst langsamen Verfahren wurde gewöhnlich das Verfahren in den deutschen Obergerichten nachgebildet, und

---

1) S. v. Sö n n e r Jahrbücher der Gesetzgebung und Rechtspflege in Baiern. II. Bd. S. 197.

2) S. Freyh. v. Kreitmayer Anm. ad Cod. Jud. bav. cap. XV. §. 7.

3) Eine Abkürzung erfolgte durch jüngsten R. U. von 1654 §. 61.

von wenigen Gerichtsordnungen, die sich von dem Vorurtheile los machten, war es vorzüglich die bayerische 4), welche ein einfacheres Verfahren organisirte, nach welchem der Appellant sich sogleich an das Obergericht mit Ausföhrung seiner Beschwerden wendete, worauf, ohne daß der Appellant die Akten auslöfen oder erst um Apostel suppliziren mußte, der Unterrichter die Akten mit Entscheidungsgründen oder Bericht einsendete, der Appellat seine Verantwortungsschrift abgab, und nun, ohne daß Replik und Duplik zugelassen wurden, von dem Obergerichte die Hauptsentenz ohne vorher erkannte Appellationsprozesse erging. Die Erfahrung hat diesem Verfahren (wenige bemerkte Gebrechen ausgenommen) ein günstiges Zeugniß ertheilt. Die preussische Gesetzgebung 5) blieb auch im Appellationsverfahren dem Grundsätze treu, daß durch die Thätigkeit des Richters es jeder Parthei möglich gemacht werden müsse, auch ohne Beistand von Advokaten ihren Rechtsstreit zu verfolgen; die Parthei, welche keinen Justizkommissär hatte, wird daher von dem Gerichte über ihre Befugnisse belehrt, und für die abwesende Parthei wird selbst ein Bevollmächtigter aufgestellt; bei dem weiteren Verfahren kommen jedoch viele Distinktionen 6) darnach vor, je nachdem von einem Untergerichte erster oder zweiter Klasse, oder von einem Landesjustizcollegium appellirt wird; überall bildet die mündliche im Geiste der Untersu-

---

4) Cod. Judic. von 1753 Cap. XV. und schon summar. Proz. von 1616 Tit. 9 Art. 4, 5, und Kreitmayer's treffliche Anmerkungen zu diesem Kapitel des iud. Cod. von 1753.

5) Gerichtsordnung Tit. XIV.

6) Gerichtsordnung Tit. XIV. §. 38 1c. und Tit. XXV §. 21 —42 und §. 67.

chungsmaxime geführte Instruktion mit der Parthei oder ihrem Beistande bei Gericht die Grundlage, ohne daß es förmliche Erkennung von Appellationsprozessen bedürfte 7). — Der französische Prozeß hängt mit der Mündlichkeit des Verfahrens, nach welchem das Untergericht keine Akten einsenden kann, zusammen; es muß daher bei dem Obergerichte ein neues Verfahren beginnen, in welchem so vollständig das Vorige vorgetragen wird, daß das obere Gericht im Stande ist, ein gerechtes Urtheil zu fällen. Da das Obergericht an einem andern Orte sich befindet und ein neuer Advokat von den Partheien aufgestellt werden muß, da diesem nicht, wie im schriftlichen deutschen Prozesse, nur die gesammelten Akten erster Instanz zur Information gegeben werden können, da vielmehr eine neue Instruktion erteilt werden muß, so mußte das Gesetz auch eine längere Frist, als in Deutschland, geben, und so erklärt sich die Frist von drei Monaten 8), welche nicht vom Tage der Publikation, sondern erst vom Tage der Einhängigung des Urtheils an die Parthei in Person oder ihrem Wohnorte laufen kann, weil der Anwalt voriger Instanz kein Recht zu appelliren hat, sondern erst die Parthei einen neuen Anwalt bestellen muß. Bei dem Obergerichte muß das Verfahren eben so, wie das Vorverfahren vor dem Gerichte erster Instanz, eingeleitet werden. Ist nur einmal die Appellation ein-

---

7) Klagen über die Verzögerungen, die durch das preussische Appellationsverfahren veranlaßt werden, s. in der Schrift: Ueber einige Haupthindernisse, welche der Verfolgung des Rechts vor den preuß. Gerichtshöfen entgegenstehen. Berlin 1831 Seite 17.

8) Code de procédure art. 443. S. darüber v. Höltscher über der Rechtsweg S. 485.

gelegt, so ist schon die Desertion abgewendet, und es hängt nun von dem Appellanten ab, wann er das Rechtsmittel ausführen will, sobald er nur dafür sorgt, daß keine Peremtion der Instanz ihm eingewendet werden könne, welche in drei Jahren erfolgt 9).

Die Einlegung der Appellation geschieht durch eine einfache gar keine Beschwerden enthaltende Vorladungssakte des Appellaten 10), ohne daß weiter das Untergericht (welches ja nach französischer Ansicht nicht weiter die Vollziehung leitet) von dem Schicksale des Urtheils etwas erfährt. Der Appellant hat darauf nichts zu thun, als seinen Anwalt für die Appellationsinstanz zu bestellen. Erst jetzt läßt der Appellant seine Beschwerden mit gedrängter Angabe seiner Gründe dem Appellaten insinuiren 11), und der Appellant könnte und sollte darauf antworten, was jedoch selten geschieht. Der Appellant betreibt nun so wie er das Interesse hat (denn jetzt ist der bestellte Anwalt Herr der Sache, und seine Erklärung, daß er noch nicht hinreichend vorbereitet sey, wird dem Appellanten genügen müssen) die Sitzung; endlich kommt die Sache auf die Rolle, und jetzt erhält das Appellationsgericht Kenntniß von der Sache, die es zu entscheiden hat 12).

Der Advokat des Appellanten plädirt zuerst 13), der des Appellaten folgt ihm, und das Verfahren ist

9) Code de proc. art. 397.

10) Code 456.

11) Code art. 462. Wiederholungen dessen, was schon in erster Instanz vorgetragen wurde, passen nicht die Laxe.

12) Ueber Anordnung der Sitzung, Folgen des Ausbleibens u. A. s. décret vom 30 März 1808 §. 18—39

13) Berriat St. Prix Cours p. 381.

wie in einer Sitzung des Gerichts erster Instanz; das Gericht kann auch nach geendigtem Plädiren ein schriftliches Verfahren anordnen <sup>14)</sup>. Schwerlich kann diesem Verfahren (von seinen Verwickelungen erst bei den einzelnen Punkten) das Lob der Schnelligkeit gegeben werden; auch der Code von Genève <sup>15)</sup> hat schon Verbesserungen angebracht, z. B. der Appellant muß sogleich mit der Appellationsvorladungsakte die Beschwerden gegen das Urtheil angeben. Soll ein Appellationsverfahren zweckmäßig organisiert werden, das auf einen Prozeß paßt, oder auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut ist, so muß ebenso wie man von dem öffentlichen und mündlichen Verfahren erster Instanz es fordert, für eine schriftliche Grundlage gesorgt werden. — Der Appellant muß eine Beschwerdeschrift, welche auch die Ausführung der Beschwerden enthält, bei dem Berufungsgerichte einreichen; dem Appellaten muß diese Schrift mitgetheilt werden. So wie wir aber in erster Instanz nicht eine Form der Verhandlung für alle Fälle fordern und dem Gerichte überlassen, welche Form das Gericht als die zweckmäßigste in dem Falle erkennt, so soll es auch vom Appellationsgerichte abhängen, welche Verhandlung dasselbe einleiten will. Eine richterliche Prozeßdirektion, die wir schon in erster Instanz für nothwendig erkennen, sollte auch in der Appellationsinstanz nicht fehlen. Daher rechtfertigt es sich, wenn die eingereichte Beschwerdeschrift von dem Gerichte geprüft und wenn sogleich ein Appellationsrath zur speziellen Leitung der Verhandlung in der Sache aufgestellt wird. Findet das Gericht, daß weder neue Thatsachen an-

---

14) Code art. 461.

15) Exposé de motifs de la loi de procédure p. 209—216.

geführt, noch neue Beweise angetreten sind, so ist es am zweckmäßigsten, wenn zwar die Schrift dem Appellaten mitgetheilt, aber sogleich zur mündlichen Verhandlung die Gerichtsitzung bestimmt wird. Sind dagegen neue Thatsachen in der Schrift enthalten, so wird das Gericht zuerst die Schrift zur Vernehmung dem Appellaten mittheilen <sup>15 a)</sup>, nach eingekommener Schrift des Appellaten aber, oder nach dem Verlauf des Termins hiezu die Audienz anberaumen. — In der mündlichen Verhandlung trägt jede Parthei ihre Ansprüche mündlich vor, und die Entscheidung erfolgt. Erscheint nur eine Parthei, so wird die von ihr eingereichte Schrift statt mündlicher Ausführung zum Grunde gelegt. — Diese Formen sind nun auch in der neuen *Badischen* Prozessordnung <sup>16)</sup> eingeführt. Eine andere, freilich weit kürzere aber schwerlich empfehlungswürdige Form, hat der neue *Baierische* Entwurf von 1831 vorgeschrieben. Darnach braucht die Berufungsschrift außer den Namen der streitenden Theile nur die Beschwerden gegen das vorige Urtheil und den Antrag, wie das Urtheil abgeändert werden soll, zu enthalten <sup>17)</sup>. Diese Schrift wird auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt, wenn der Appellant die Sache auf der Audienzrolle anmeldet. Die Akten erster Instanz werden ebenfalls auf der Gerichtsschreiberei hinterlegt. Die Audienz wird nun angesetzt, und in der Zwischenzeit mögen die Partheien die hinterlegten Akten einsehen. Die Partheien haben dann mündlich ihre

---

15 a) Der niederländische Entwurf lib. I. tit. VI. art. 12. fordert von dem Appellaten die Einreichung einer Appellationseinredeschrift.

16) Prozessordnung von 1831 §. 1213—1229.

17) Entwurf §. 365.

Gründe in der Audienz vorzutragen. Auf eine gründliche Vorbereitung des Advokaten des Appellaten ist dabei nicht wohl zu rechnen; obwohl freilich nach dem Baierschen Entwurfe in der Appellationsinstanz gar keine Nova vorgebracht werden dürfen.

Wenden wir uns nun, in Voraussetzung der Beibehaltung des schriftlichen Verfahrens, zu den einzelnen Theilen des Verfahrens, so stoßen wir auf die Frage: ob es zweckmäßiger sey, getrennt von der Frist zur Ausführung vorerst die Anzeige der Appellation bei dem *Judex a quo* anzuordnen, und dann erst eine besondere Frist für die Ausführung bei dem Obergerichte zu bestimmen, oder ohne Unterscheidung der Anmeldung und der Rechtfertigung, alles in einer Handlung zu verbinden, und einen freilich dann längeren gesetzlichen Termin für Ein- und Ausführung so vorzuschreiben, daß sogleich bei dem Obergerichte der vollständige Beschwerdenlibell mit Ausführung aller Beschwerden zu überreichen ist. Die erste Einrichtung ist die des gemeinen Prozesses, und die meisten neuen Gesetzgebungen haben sie beibehalten <sup>17 a)</sup>; die zweite Einrichtung besteht dagegen in Baiern <sup>17 b)</sup>, und nach manchen sehr umsichtigen Berathungen ist sie auch in der Novelle von 1819 <sup>18)</sup> beibehalten worden. Selbst der Commentator der Novelle,

---

17 a) S. Württemberg. Edikt von 1818 §. 155. Mecklenburg. Ober-A. G. D. §. 40. Bamberger Ober-A. G. D. §. 33. Bremische Gerichtsö. §. 507. Weimar. D. A. G. §. 58. Nassauische Prozeßordn. §. 102. Bremische Prozeßordn. Satz 310.

17 b) Cod. Jud. bav. cap. 15. §. 6.

18) §. 22. Der Termin zur Appellation gegen Enderkenntnisse läuft dort 60, gegen andere Urtheile 30 Tage.



v. G ö n n e r , hatte sich früher <sup>19)</sup> und ebenso andere bairische Schriftsteller <sup>20)</sup> für die Einführung des Unterschieds der Anmeldung und der Ausführung erklärt, v. G ö n n e r hat aber selbst seine Meinung zurückgenommen <sup>21)</sup>. In dem neuesten Entwurfe <sup>22)</sup> ist ebenfalls nur eine Nothfrist, binnen welcher die Berufungsschrift zu übergeben ist, vorgeschrieben, nur spricht, ohne daß man deutlicher den Sinn der Vorschrift erkennt, der Entwurf auch <sup>23)</sup> einmal von einer Anmeldung der Berufung bei dem Untergerichte. — Die hannö verische Untergerichtsordnung <sup>24)</sup> läßt binnen 10 Tagen bei dem Gerichte, welches das Urtheil abgegeben hat, die Appellation einwenden und bestimmt eine andere Frist zur Einführung des Rechtsmittels bei dem Obergerichte. Ebenso muß nach der badischen Prozeßordnung <sup>25)</sup> die Appellation binnen 14 Tagen bei dem Untergerichte angemeldet und binnen 42 Tagen bei dem Obergerichte durch Einreichung der Beschwerdeschrift eingeführt werden; unfehlbar verdient das System der bairischen Gesetzgebung den Vorzug. Wenn man zwar für das gemeinrechtlich deutsche System anführt, daß sonst der Richter erster Instanz ebenso wie der Sieger Monate lang im Zustande der Ungewißheit bleibt, ob appellirt worden sey, daß das

---

19) In dem Entwurfe des Prozeßgesetzbuchs II. Bd. S. 847.

20) Leonrod Materialien zum Indiziarcode S. 51. Bandel Gutachten über die Vereinigung S. 46. Welsch Revision der Gesetzgebung II. Heft S. 63.

21) Im Commentar zur Novelle S. 337.

22) Von 1831 S. 364.

23) In S. 368.

24) Untergerichtsordnung S. 148.

25) Prozeßordnung S. 1187. 1195.

durch die frühere Rechtskraft gehindert würde, daß durch die Anmeldung der Richter in den Stand gesetzt wird, unzulässige Appellationen geradezu zu verwerten, daß zur Erklärung, ob jemand appelliren wolle, er doch keine lange Bedenkzeit brauche, so widerlegen sich diese Gründe leicht, wenn man dagegen die menschlichen Verhältnisse erwägt. Es widerspricht vorerst der Erfahrung, anzunehmen, daß in den meisten Fällen kein Rechtsmittel ergriffen wird; es kann vielmehr insbesondere bei den bestehenden Verhältnissen der Untergerichte als Regel angenommen werden, daß die Partheien sich nicht mit dem ersten Urtheile beruhigen <sup>26)</sup>. Darauf muß nun die Zweckmäßigkeit der Absonderung der Fristen berechnet werden, und geschieht dies, so kann es nicht bezweifelt werden, daß mehr Zeit verloren geht, wenn man eine besondere Frist für die Anmeldung und eine andere für die Ausführung giebt, vorzüglich, weil die letzte nicht leicht ipso iure peremptorisch gesetzt ist, und dah. drei und vier Male verlängert werden kann; rechnet man zehn Tage für die Anmeldung, mehrere Tage bis zur Ertheilung der Apostel, und dann nur zweimalige Verlängerung der Frist zur Ausführung, also wenigstens sechs Tage, so kommen in der Regel vom Tage der Publikation des ersten Urtheils bis zur Einreichung des Beschwerdebells wenigstens drei Monate heraus, während in Baiern innerhalb der Fatalien von 60, und bei Appellation gegen Zwischenurtheile von 30 Tagen, ohne eine Verlängerung die Beschwerden bei dem Obergerichte ein- und ausgeführt seyn müssen. Daß der untere Richter zwei Monate lang in Ungewiß-

---

26) S. meinen Aufsatz über Verhältniß der Appellationen in dem Archiv für civil. Praxis XV. S. 21.

heit über die Rechtskraft bleibt, kann keinen Nachtheil haben, wenn man nur erwägt, daß Appellationen als die Regel angesehen werden können; auch darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß in der Kürze der Frist die Anmeldung eine leicht zu begründende Restitutionsursache wegen Versäumung der Frist liegt, und daher durch solche Restitutionsgesuche dies doch wieder verloren wird, was durch kurze Appellationsfristen gewonnen schiene. Will man aber den Wunsch der Gesetzgebung, Rechtsmittel zu beschränken, berücksichtigen, so kann eine binnen drei <sup>27)</sup> oder zehn Tagen zu ergreifende Anmeldung nicht geeignet seyn, Appellation abzuschneiden, weil theils der Advokat, der oft von der Parthei noch in so kurzer Zeit keine Antwort auf die Anzeige des Urtheils erhalten haben kann, zur Sicherheit die Appellation anmeldet, da er nicht länger warten kann, theils die Parthei in den ersten Tagen des Unwillens und der Unzufriedenheit über das Urtheil, um so leichter zu einer übereilten Appellationsanmeldung sich hinreißen läßt, als er bloß mit ein paar dürftigen Worten seinen Willen zu appelliren aussprechen darf, während er, wenn er mehr Zeit zur Besinnung gehabt hätte und gezwungen gewesen wäre, auch die Beschwerden sogleich anzugeben und auszuführen, sich besser besonnen, und eher die Appellation unterlassen hätte, statt daß er oft aus falschem Schamgefühl sie fortsetzt — weil er sie einmal angemeldet hat. Ohnehin wird häufig, insbesondere da wo öffentliches mündliches Verfahren eintritt, die Parthei sich erst an einen andern am Sitze des Berufungsgerichts wohnenden Advokaten sich wenden und von ihm erst

---

27) Reibnitz Versuch I. Thl. S. 236 will diese Frist für die Anmeldung.

den Rath, ob sie Rechtsmittel ergreifen soll, einholen müssen. Hiezu bedarf es längerer Zeit. Die für die Anmeldung gewöhnlich gesetzte Frist ist hiezu nicht genügend.

Wir setzen daher als die zweckmäßigste Einrichtung die voraus, daß sogleich, ohne Anmeldung, das Rechtsmittel ein- und umständlich ausgeführt werde. Frägt man weiter: ob die Schrift bei dem Obergerichte oder dem Gerichte erster Instanz eingereicht werden soll, so geschah das Erste in Baiern bis 1819, seit der Novelle aber 28) muß das Zweite beobachtet werden. Für die frühere Einrichtung ist 29) anzuführen, daß die Appellation ihrer Natur nach an den höheren Richter gehört, daß er dadurch am schnellsten in den Stand gesetzt wird, die Berufung zu prüfen, und unzulässige Appellationen sogleich abzuweisen 30) und daß die Thätigkeit des Untergerichts, sobald es das Urtheil erließ, beendigt ist, die Appellation, also der Umstand, ob appellirt wird, das Untergericht nicht berührt. Für die Einrichtung dagegen, die Appellation dem Untergerichte anzuzeigen kann man anführen, daß a) dadurch der Vortheil erreicht wird, daß das Untergericht sogleich durch Einsicht des Libells von der ergriffenen Appellation in Kenntniß gesetzt wird; b) daß dem Untergerichte

---

28) Gesetz vom 22 Julius 1819 S. 23. v. G ö n n e r Commentar hiezu S. 343.

29) Eine weise Abkürzung unnötiger Schreibereien ist auch die Vorschrift der Novelle, daß die Beilage der Urtheilsabschriften nicht mehr nothwendig ist; die Akten enthalten ja ohnehin die Urtheile und werden an das Obergericht eingesendet.

30) Auch in Frankreich wird von dem ergriffenen Rechtsmittel dem Untergerichte keine Anzeige gemacht.

die etwa nöthige Instruktion der Sache am ersten möglich gemacht ist; c) daß das Obergericht auf die bloße Ansicht des Beschwerdenlibells doch nur in seltenen Fällen entscheiden kann, und mit Prüfung der Formalien sonst unnöthig Zeit verliert; d) daß es für die oft vom Orte des Appellationshofes weit entfernte Parthei (vorzüglich wenn von dem Wohnorte weg kein regelmäßiger Postenlauf geht), sehr schwierig war, die Schrift zuverlässig noch *intra terminum* an das Obergericht zu senden, und bei kleinen nicht seltenen Verspätungen neue Nachweisungen eintreten mußten; daß e) das Untergericht dadurch von selbst zu thun im Stande ist, was dasselbe sonst erst vermöge eines besonderen Auftrags des Obergerichts thun mußte, nämlich seine Akten an das Obergericht einzusenden, und f) daß vorzüglich bei Berufungen an die dritte Instanz unnöthige Schreibereien und Geschäfte veranlaßt würden, indem das Gericht dritter Instanz erst an das Appellationsgericht, und dasselbe an das Untergericht reskribiren mußte. Ueberwiegende Gründe möchten doch wohl für die Einrichtung sprechen, die Einführung der Appellation nur bei dem Obergerichte zu fordern, weil durch die Berufung bei dem Obergerichte gleichsam ein neues Verfahren begründet wird und nach richtiger Ansicht man nie dem Untergerichte erlauben kann, die ergriffene Appellation abzuschlagen, das Untergericht auch doch nicht früher die Vollstreckung des Urtheils verfügt, bis ein neuer Antrag hiezu von dem Sieger gemacht wird, und weil die Einsendung der untergerichtlichen Akten durch die Kanzlei des Obergerichts leicht veranlaßt werden kann.

Völlig unpassend erscheint das noch hier und da übliche Verfahren nach eingelegter Appellation

Appellationsprozesse erkennen zu lassen. Wir haben schon oben die höchst ungeeignete Verschleppung des Prozesses als die Folge dieser Einrichtung dargestellt, und es ist unbegreiflich, wie sie noch beibehalten werden mag, wenn man erwägt, wie sie nur aus den Verhältnissen der Reichsgerichte entstand, wie dadurch den Obergerichten eine ganz unnötige Last einer gedoppelten Relation und einer zweifachen Berathung aufgelegt wurde, indem nach eingereichter Beschwerdenlibell über die Zulässigkeit der Appellation, und dann nach gestatteten Prozessen definitiv noch einmal referirt werden mußte, auch ist es in den wenigsten Fällen möglich, auf das bloße Beschwerdenlibell, das oft sehr schlecht gearbeitet ist, über die Statthaftigkeit des Rechtsmittels zu urtheilen, ohne die gesammten Akten geprüft zu haben; durch übereilte abschlägige Dekrete wurden daher neue Berufungen veranlaßt, erkannte aber das Appellationsgericht die Prozesse, so lag darin ein trauriges Zeichen für den Appellaten, der nicht ohne Grund besorgen mußte, daß der gegen ihn eingenommene Appellhof nicht so unpartheiisch die Gründe würdigen werde, da durch die Annahme der Appellation schon die Sache des Appellanten gebilligt scheint<sup>30a)</sup>. Wurde später das Urtheil erster Instanz doch confirmirt, so kam das Obergericht selbst mit sich in Widerspruch, indem es jetzt die Appellation verwarf, deren Zulässigkeit vor einigen Monaten gebilligt war. Dem Glauben, daß dadurch viele Appellationen schon im Keime erstickt und rasch abgeschnitten würden, widerspricht aber die Erfahrung, weil nach den Zeugnissen der Geschäftstabellen höchstens unter zehn

---

30a) S. Neue Civilprozeßgesetzgebung für Hessen II. Heft S. 156.

Fällen einmal die Appellation ohne weiteres abgewiesen wird.

Hier verdient noch die Frage eine Beantwortung: ob eine bloße Erklärung darauf, daß man sich für beschwert halte, mit Berufung auf die Akten hinreiche, oder ob die einzelnen Beschwerden bestimmt angegeben und deduzirt werden sollen? Auf jeden Fall wird kein Praktiker läugnen, daß in den ohne Angabe der Beschwerden eingelegten Berufungen ein Gebrechen liege, und daß frivole Appellationen dadurch begünstigt werden, weil der Appellant keine Schwierigkeit darin findet sich beschwert zu erklären, während er zum Nachdenken gebracht worden wäre, wenn er bestimmte Beschwerden hätte ausführen und sich gleichsam selbst Rechenschaft hätte geben müssen. Die genauere Beantwortung der Frage hängt aber mit der Grundform des Prozesses zusammen; da, wo mündlich und öffentlich in Sitzungen, auch in der Appellationsinstanz, verhandelt wird, scheint die Aufstellung der Beschwerden zwar nothwendig, aber die Ausführung unnöthig zu seyn, weil jede Deduktion erst in die Sitzung gehört; allein wir würden unbedingt auch bei eingeführten öffentlichen mündlichen Verfahren die Nothwendigkeit der Einreichung eines ausführlichen Beschwerdenlibells vorschreiben, weil nur dadurch eine bessere Vorbereitung des Appellaten zur mündlichen Verhandlung und selbst eine Vorbereitung des Berufungsgerichts möglich wird. Auch wird dadurch der Vortheil erreicht, daß der Appellant selbst zu einer ernstern Prüfung seiner Sache genöthigt und von manchen frivolon Appellationen abgehalten wird. Bei dem schriftlichen Verfahren muß die Einreichung vollständiger Beschwerdenlibelle ohnehin Vorschrift seyn, und nur die Einwendung könnte gemacht wer-

den <sup>31)</sup>, daß auch in den Schriften der ersten Instanz die Deduktion des Rechts kein wesentlicher Theil ist, und daher von der Schrift in zweiter Instanz nicht mehr verlangt werden kann; allein es ist nicht davon die Rede, jedem Appellanten eine große bezuglange Deduktion vorzuschreiben, sondern nur davon, ihn anzuhalten, daß er bei jeder Beschwerde, geschehe dies auch kurz, die Gründe seiner Beschwerde angebe, und es kann dies um so mehr da gefordert werden, wo dem ersten Instanzurtheile vollständige Entscheidungsgründe beigelegt wurden, was hoffentlich in Deutschland künftig allgemein der Fall seyn wird <sup>32)</sup>.

Bestritten ist noch die Frage: ob da, wo man bei dem Untergerichte die Anmeldung der Appellation fordert, das Untergericht auf die eingewendete Berufung ohne Einsendung der Akten die Appellation abschlagen können, oder bis auf wenige Ausnahmen nur das Verfahren instruiren und dann Akten an das Obergericht einsenden soll. Der gemeine Prozeß

---

31) v. G ö n n e r Commentar S. 359.

32) Gewiß liegt ein Grund vieler frivolen Appellationen in dem Mangel der Entscheidungsgründe der Urtheile. Es ist oft unmöglich bei einer mystisch genug gefaßten Urtheilsformel den Grund zu errathen, welcher das Gericht zu diesem Ausspruche bewogen haben mag. Werden die Gründe vollständig, deutlich und faßlich aufgestellt, so läßt in vielen Fällen die Parthei, von der Gründlichkeit des Urtheils durch die Gründe belehrt, die Appellation liegen, während sie ihr Glück versucht, wenn nur das kurze Urtheil ihr mitgetheilt wird. Selbst die Abfassung des Beschwerdentlibells erhält durch vollständige Entscheidungsgründe eine Grundlage, welche dem zwecklosen Häufen von Beschwerden vorbeugt.



gibt dem *judex a quo* dies Recht über die Appellation zu erkennen, sie anzunehmen, d. h. nach bekannter Formel ihr den Lauf zu lassen, und Apostel zu ertheilen oder sogleich zu verwerfen, und es war von jeher sehr bestritten, in welchen Fällen dies Recht eintrete; in neueren Gesetzen ist diese Befugniß des *judex a quo* zuweilen beibehalten worden<sup>33)</sup>, während andere Gesetzgebungen z. B. die Bremische<sup>34)</sup>, Mecklenburgische<sup>35)</sup>, Baiersche<sup>36)</sup>, Anhaltische<sup>37)</sup>, Hannöversische<sup>37 a)</sup> den Untergerichten die Cognition nur ausnahmsweise in wenig Fällen geben, z. B. wenn der Gegenstand gar nicht als appellabel erklärt oder keine Appellationssumme da ist. Unbedenklich entspricht nur dasjenige System, welches dem Unterrichter gar kein Recht giebt über die Zulässigkeit der Berufung zu erkennen, dem Character der Berufung als einem devolutiven Rechtsmittel; nur das Obergericht, dessen Gerichtsbarkeit aufgerufen ist, kann über seine Competenz entscheiden, eine Befugniß der Untergerichte ist ein verjährtes Vorurtheil als Folge der alten Apostel oder der Ansicht, nach welcher man oft noch in der Appellation eine Beleidigung des unteren Richters fand. Fordert man von dem Unterrichter eine Prüfung der Appellation, so verlangt man etwas Unmögliches, weil consequent der *judex a quo* nur sein

---

33) Weimar. Oberapp. G. D. §. 60. Württemberg. Edikt von 1818 §. 156, s. auch preuß. Gerichtsordn. Tit. 14. §. 4b.

34) Bremische Gerichtsordnung §. 490 und 509.

35) Mecklenburg. Ober-A. G. D. §. 41. Dagegen Bornemann's Beitr. zur Verbesserung des Appellatverf. S. 40.

36) Baier. Novelle von 1819 §. 24.

37) Anhaltische Erläuterungen zur Prozeßo. zu Tit. XVI. §. 1.

37 a) Hannöversische Untergerichtsordnung §. 148.

Urtheil für das gerechte halten kann, und daher immer die Appellation verwerfen müßte; läßt man den rejektorischen Bescheid des Untergerichts rechtskräftig werden, und gestattet höchstens einen Rekurs ohne Suspensivkraft, so macht man es dem Unterrichter möglich, dem Appellanten den größten Schaden zuzufügen, und es ist unrichtig, wenn man dann nur von einem Rechtsmittel sprechen will; gestattet man aber dem Appellanten, dessen Berufung verworfen wird, die neue Berufung an den oberen Richter wegen Verwerfung, so führt man nur ein nutzloses Spiel ein, indem nach Monaten doch das zuvor verworfene Rechtsmittel angenommen wird. Bei Berufungen in Fällen, in welchen gesetzlich keine Berufung gestattet ist, z. B. gegen einfache Dekrete, scheint man zwar dem Untergerichte das Recht, die Berufung zu verwerfen, einräumen zu können, allein da es auch hier oft schwierig seyn wird, den wahren Sinn des Gesetzes auszulegen, und es oft streitig seyn wird, ob die Verfügung ein einfaches Dekret enthält, so darf man auch hier dem Untergerichte dies Recht nicht gewähren; noch weniger läßt es sich rechtfertigen, wenn man das Untergericht auch über das Daseyn der Appellationssumme entscheiden läßt, weil gewöhnlich darüber schon bedeutende Streitigkeiten sich denken lassen, und noch weniger, weil dadurch zuviel in die Willkühr des Untergerichts gestellt würde, kann der Zusatz des meklenburgischen Rechtes<sup>38)</sup> vertheidigt werden.

---

38) Nach Mecklenb. D. A. G. S. 43. kann dann das Untergericht über Appellation erkennen, wenn durch verzögerte Ausführung des angefochtenen Urtheils dem Appellanten ein unfehlbarer und nicht zu ersetzender Nachtheil entsteht, für den Appellanten hingegen dergleichen nicht zu besorgen ist.

Bestritten war auch von jeher die Frage: in wie ferne das Obergericht ohne Einleitung von Verhandlungen in der Sache selbst sprechen, und auf den bloßen Beschwerdenlibell das vorige Urtheil aufheben oder bestätigen könne. Betrachtet man die wahre Natur der Appellation, so kann eine solche einseitige Verfügung nicht gerechtfertigt werden. Wenn man auch zugeben muß, daß durch ein solches dem Berufungsgerichte ertheiltes Recht in manchen Fällen Zeit gewonnen wird, welche durch Aktenabforderung verloren geht, sey es auch, daß manche frivole Appellation früher abgeschnitten werden kann, so ist dieser in seltenen Fällen eintretende Gewinn doch unbedeutend gegen die Nachtheile, wenn man erwägt, daß

a) dem Appellanten bloß durch Ungeschicklichkeit seines Anwalts und die schlechte Darstellung der Sache in der Appellationsfrist ein großer Schaden zugehen kann, indem das Obergericht, welches nur den Appellationslibell kennt, die Sache nur darnach beurtheilt und das Rechtsmittel verwirft, während die Einsicht der Akten es von der Gerechtigkeit der Ansprüche des Appellanten überzeugt haben würde.

b) Auch läßt sich dies Verfahren nicht wohl mit dem gegründeten Rechte des Appellaten auf Adhäsion vereinigen; nicht selten appellirt ein Theil nicht, weil er darauf rechnet, oder es weiß, daß sein Gegner appellire, und erwartet die Gelegenheit, durch Adhäsion sich zu helfen, während durch Verwerfung der Appellation ihm unvermuthet die Möglichkeit abgeschnitten wird.

c) Selbst den Gerichtshöfen wird durch das Verwerfungsrecht kein Vortheil zugehen; denn dadurch kömmt allmählig die alte Sitte der Reichsgerichte, Appellationsprozesse zu erkennen, in die Collegien, statt einer Relation in der nämlichen Sache, werden zwei nothwendig, und die Fälle, daß der Referent die

Appellation für begründet hält, während das Collegium die Unerheblichkeit der Beschwerden annimmt, verursachen manchen Zeitverlust 39). d) Vorzüglich aber wird dadurch der Willkühr der Gerichtshöfe der größte Spielraum gelassen, und alle Gründe, welche der Verfasser gegen das Recht des Richters, die Klage ohne weiteres Gehör zu verwerfen, angegeben hat 40), passen auch hieher. Betrachte man die Ausdrücke neuer Gesetzgebungen, durch welche dies Verwerfungsrecht begründet wird, so überzeugt man sich leicht von der Willkühr, die dadurch begünstigt wird, z. B. wenn bei offenbarem Ungrunde der Beschwerde, oder bei gänzlicher Unstatthaftigkeit der Beschwerde 41), oder bei offener Unerheblichkeit der Beschwerde 42) die Verwerfung gestattet ist; wer mag läugnen, daß diese Ausdrücke höchst unbestimmt, und dem Mißbrauche unterworfen sind, um so mehr, als bei der Einsicht des bloßen Beschwerdenlibells manches Rechtsmittel als frivol erscheint, welches später aus den Gesamtakten als wohlbegründet sich darstellt? Das Recht des Obergerichts zur sofortigen Verwerfung könnte höchstens nur auf die Fälle eingeschränkt werden, wenn die Appellationssumme unstreitig fehlt oder gegen ein Urtheil appellirt wird, wogegen gesetzlich kein Rechtsmittel Statt finden darf, allein auch hier dürfte der Grundsatz der Verhandlung und die Rücksicht, daß

---

39) v. Gönner in den Jahrbüchern der Gesetzgebung in Baiern II. Bd. S. 203.

40) Im Archiv für civil. Praxis V. Bd. No. 14.

41) Gerichtsordnung des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte (1831) §. 133.

42) Weimar. Oberapp. G. D. §. 64. Herzber. D. U. G. §. 33  
—40. Anhaltische Erl. zur Prozeßo. zu Titel XVI, §. 4.

eine Verwerfung der Appellation wie ein wahres Urtheil angesehen werden muß, und die Rücksicht, daß darüber, ob die Sache sich zum Rechtszuge eigne, ob die Summe vorhanden sey u. c., die Anordnung rechtfertigen, daß auch hier das Berufungsgericht nur entscheidet, wenn beide Theile in der Sitzung erschienen sind 43). Ebenso tadelnswerth scheint aber auch die Sitte mancher Obergerichte auf den bloßen Vortrag des Appellanten und ohne Gehör des Gegners oder Alteneinsicht ein *rescriptum de emendando* zu erlassen, wenn auch die Beschwerde noch so erheblich scheint 44), weil der Appellat in jeder Instanz ein Recht hat, gehört zu werden, ehe etwas gegen ihn ausgesprochen werden kann, weil ein Urtheil ohne wechselseitiges Gehör nicht gedacht werden kann, weil zu oft falsche Darstellungen von Seite des Appellanten gemacht werden und das Obergericht leicht in die Lage kömmt, später eine andere Verfügung zu erlassen 45).

Am meisten verdient die Befugniß der Partheien in der Appellationsinstanz *nova* vorzubringen eine genaue Erwägung. Es kann wohl nicht geläug-

43) Daher ist auch die Vorschrift der Badischen Prozeßordn. S. 1214 nicht wohl zu rechtfertigen.

44) Desterlei Handbuch des bürgerl. und peinl. Proz. für Hannover. II. Thl. S. 352.

45) Die Erläuterungen zur Anhaltischen Prozeßordn. v. 1822 Tit. XVI. §. 8. gestatten dem Obergerichte nicht die Aufhebung des vorigen Erkenntnisses außer 1) wenn die Appellation nur einen Inzidentpunkt betrifft und die Erheblichkeit der Beschwerden klar am Tage liegt; 2) wenn bloß Erläuterung eines dunkeln Erkenntnisses gegeben wird; 3) wenn die Competenz des Unterrichters in Zweifel gezogen ist und die Incompetenz klar am Tage liegt.

net werden, daß diese Befugniß mit der durch wichtige Rücksichten empfohlenen *Eventualmaxime* im Widerspruch zu stehen scheint; da, wenn der Parthei, die in der ersten Instanz alle Thatsachen vorzubringen schuldig war, dennoch gestattet wird, in der *Appellationsinstanz nova* nachzubringen, die Absicht der *Eventualmaxime* vereitelt wird. Es scheint auch, daß dadurch der Parthei eine Instanz geraubt wird, weil sie, wenn ihr Gegner schon in erster Instanz die Thatsache vorgebracht hätte, gegen ein auf den Grund dieser Thatsache gebautes Urtheil mehrere Instanzen gehabt haben würde. Es scheint, daß dadurch das ganze Wesen der *Appellation* geändert wird, weil der Richter nur urtheilen soll, ob das vorige Urtheil gerecht war und der Aktenlage entsprach; dies fällt aber weg, wenn durch neue Thatsachen der ganze Stand der Sache geändert wird. Man kann auch auf die *restitutio in integrum* sich berufen, welche hinreichend für den Fall neu entdeckter Beweise hilft, ohne daß man *Appellation* und *restitutio* durcheinander zu werfen nöthig hätte <sup>46)</sup>. Mit Unrecht aber würde man die gewichtigen Gründe der gegen-  
theiligen Meinung unberücksichtigt lassen. Wäre das Rechtsmittel der *Appellation* nur eingeführt, um zu prüfen, ob der vorige Richter seine Pflicht gethan und gerecht geurtheilt habe, so möchte wohl die Beschränkung des Rechts der *nova* in der *Appellation* viel für sich haben; allein es ist bekannt, daß jede Gesetzgebung zugleich auch die möglichste Ausmittlung des materiellen Rechts durch Gestattung von Rechtsmitteln bezweckt, und daß dann neue Thatsachen nicht ausgeschlossen werden dürfen, ist klar.

46) S. auch Motive zum bairischen Entwurfe einer Prozeßordnung von 1827 S. 336.

Der Grund, aus welchem die Gesetzgebung eine zweite Instanz einführt, rechtfertigt selbst die Zulässigkeit der *nova* 46<sup>a</sup>), denn gewiß ist es, daß erst dadurch, daß die Parthei den Prozeß verliert und die Entscheidungsgründe des Urtheils erfährt, sie auf manche Lücken der Darstellung in voriger Instanz aufmerksam gemacht wird, nun nähere Nachforschungen hält, um neue Materialien aufzufinden und nun manche Thatfachen, die sie in erster Instanz verschwieg, weil sie dieselben nicht für wichtig hielt, anführt, um ihren Anspruch zu begründen. Die Berufung auf die *Eventualmaxime* enthält eigentlich eine *petitio principii*; denn es kömmt eben darauf an, zu bestimmen, wie weit eine Gesetzgebung diese *Maxime* durchführen wollte. Mit allen solchen allgemeinen Sätzen wird mehr verborgen, als gewonnen. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird durch die Gestattung der *nova* in der Appellationsinstanz nicht entbehrlich gemacht; will man aber die *nova* ausschließen und nur die Restitution zulassen, so nöthigt man die Parthei auf Umwegen durch doppelte Kraft und Kostenaufwand das zu erreichen, was sie viel einfacher und natürlicher auf dem Wege der Appellation hätte erreichen können 47) — Es kann, wenn man diesen Widerstreit von Gründen berücksichtigt, nicht befremden, wenn Schriftsteller 48) und Gesetzgebungen zu sehr verschiedenen Ansichten in dieser Lehre gelangen. Schon früh

---

46 a) Holzschuher der Rechtsweg S. 493.

47) Linde Handbuch der Lehre von den Rechtsmitteln I. S. 534—43.

48) S. Globig System der Gesetzgebung S. 330. v. Gönners Entwurf eines Prozeßgesetzbuchs. Buch IV. cap. 2. §. 7. Bork S. 123. v. Drajs Geschichte der badi-schen Gerichtshöfe S. 118.

findet man in der bayerischen 49) und österreichischen 50) Gesetzgebung die Bestimmungen, daß keine nova in der Appellationsinstanz zugelassen werden sollen. Von den neuen Gesetzgebungen begünstigt consequent die preussische 51) in ihrem Streben nach höchster materieller Wahrheit dieß neue Vorbringen, jedoch läßt sie es nur mit vielen Beschränkungen und in der Revisionsinstanz eigentlich gar nicht zu; die mecklenburgische 52) setzt dem neuen Vorbringen nur die Beschränkung, daß in dem novo keine mutatio libelli liege, und das Beweismittel nicht desert sey; die bremische 53) läßt nova zu, wenn nur der, welcher sie vorbringt, eidlich erhärtet, daß er sie vor dem Urtheilschlusse, nach welchem das Erkenntniß erfolgt ist, beizubringen nicht vermocht habe; die hessische 54) begünstigt die nova, während die anhaltische Prozeßordnung 55) die Befugniß, nova vorzubringen, völlig verweigert. Die neue hannoversche Untergerichtsordnung 56) spricht sich zwar nicht deutlich über die Frage aus, erkennt aber wohl im gemeinrechtlichen Sinn dieß beneficium an 57). Die französische Gesetzgebung hat

---

49) Cod. iud. Bav. von 1753 cap. 15. §. 5: „jedoch werden nova berücksichtigt, die erst nach dem Urtheil entdeckt wurden.“

50) Oesterreich. Gerichtsordnung von 1781 §. 257.

51) Preuß. Gerichtsordnung Tit. XIV. §. 49e.

52) Mecklenb. Ober- u. G. D. §. 70 und dazu Rettelstadt Mecklenb. Civilprozeß §. 189.

53) Bremische Gerichtsordnung §. 505 h.

54) Hessische Civilprozeßordn. Motive II. Heft S. 169.

55) Erläuterungen von 1822 zu Titel XVI. §. 6.

56) Gerichtsordnung §. 151. 154.

57) Spangenberg Commentar II. Thl. S. 208.



ihren eigenthümlichen Weg gewählt 58), sie gestattet kein neues Gesuch, außer in so fern es auf Compensation ankommt, oder wenn das neue Gesuch (nouvelle demande) nur Vertheidigung (défense eigentlich im Gegensatz der exception gebraucht) gegen die Hauptklage ist. Die Einrede der Verjährung kann zu jeder Zeit 59) ebenso wie der Eid immer gebraucht werden 60). Der Gerichtsgebrauch schwankt über die Auslegung des Gesetzes; im Gegensatz der nouvelle demande, läßt er alle nouveaux moyens zu, und rechnet dahin außer den Rechtsgründen auch neue Beweise 61), so wie er dann kein neues Gesuch annimmt, wenn es an die in erster Instanz gestellten Conclusionen gar nicht angepaßt und damit verbunden werden kann 62). Ueberhaupt ist es Grundsatz, daß Begründungen der in voriger Instanz gestellten Anträge 63) unbedingt erlaubt sind, so wie auch das Streben des Gesetzgebers ersichtlich ist 64), die Vertheidigung des Beklagten zu begünstigen 65).

---

58) Code de procédure art. 464. Pigeau Cours 1 p. 560.  
Berriat St. Prix p. 385. Carré traité et questions II. pag. 61.

59) Code Napoleon art. 2224.

60) Code Nap. art. 1360.

61) Arrêt vom 25. Juli 1817. Sirey recueil 1818 p. 13.

62) Carré traité II. p. 62.

63) Holzschuher der Rechtsweg S. 492.

64) Carré l. c. II. p. 62.

65) Auch der Codice di procedura del cantone di Ticino art. 412 ist nicht deutlich, wenn es heißt: non é permessa la produzione di scritte non siano presentati in prima istanza e adduzione di ragioni od eccezioni che cangino lo stato della questione a quella proposta.

Die nassauische Prozeßordnung <sup>66)</sup> gestattet Neues vorzubringen, und zwar sowohl neue Einreden als neue Beweismittel, wenn nur der Eid geleistet wird, daß es unmöglich war, sie in voriger Instanz zu gebrauchen. Die bayerische Gesetzgebung scheint dem Grundsatz, keine nova zuzulassen, treu bleiben zu wollen; der Entwurf von 1827 <sup>67)</sup> spricht dies ebenso wie der neueste Entwurf von 1831 <sup>68)</sup> aus.

Prüft man die Frage: ob neue Thatsachen und Beweise in der Berufungsinstanz zulässig seyn sollen, so bemerkt man bald, daß auch hier die besondere Einrichtung des Verfahrens in erster Instanz einflußreich ist. Da wo in erster Instanz nur mündlich verhandelt werden soll, wo das Urtheil erster Instanz nur als ein Versuch betrachtet wird, und das Untergericht nicht collegialisch organisirt ist, fordert die Consequenz das Vorbringen der nova zu gestatten, weil der Gesetzgeber darauf rechnen kann, daß in erster Instanz doch nicht vollständig verhandelt worden ist. Es bedarf nur einer Kenntniß der untergerichtlichen Protokollarverhandlungen, um zu wissen, daß häufig erst in der zweiten Instanz eine vollständige Darstellung der Sache eintritt. Ist dagegen schon das erste Gericht collegialisch und so organisirt, wie ein französisches Tribunal <sup>69)</sup> erster Instanz, so sprechen schon

---

66) §. 110.

67) §. 513.

68) In §. 366.

69) Die Frage über Zulässigkeit der nova hängt auch mit der Mündlichkeit zusammen; da wo dem Obergerichte keine vollständigen Akten der ersten Instanz vorzulegen sind, wo nur in Sitzungen plädiert wird, kann es auch bei den mündlichen Vorträgen in der zweiten Instanz nicht so

mehr Gründe dafür, die nova in den höheren Instanzen zu beschränken. Will aber dies ein Gesetz, so stößt dasselbe auf neue Schwierigkeiten; entweder muß der Gesetzgeber milder mit der Zulassung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand seyn, oder alle nova ausschließen, oder die Arten der neuen Gründe scharf trennen<sup>70)</sup>. Wählt man den ersten Weg, so scheinen noch mehr Nachtheile zu entstehen, das Urtheil bleibt dann noch länger problematisch, weil die Parthei, welche das novum für sich hat, zuerst appelliren und dann erst die Restitution nachsuchen wird, so daß statt eines Rechtsmittels zwei entstehen, während der Gesetzgeber strenger in Ansehung der Restitution seyn kann, wenn er milder in Bezug auf nova der Appellationsinstanz war. Auch kann nicht unbemerkt bleiben, daß in die Schriften der oberen Instanzen sich doch immer nova einschleichen werden, daß aber, wenn das Gesetz wirklich strenge alle nova verbannen will, nur neuer Streit unter den Partheien entsteht, indem gewöhnlich eine Parthei eine Behauptung nur als Begründung und Erläuterung des Vorigen anführt, während die andere gegen das novum protestirt. Will aber ein Gesetz, was freilich zur Abkürzung am meisten beitrüge, alle nova, sowohl in der oberen Instanz als in Bezug auf Restitution, verbannen, so veranlaßt es theils neue Klagen, indem die mit dem novum ausgeschlossene Parthei das novum auf dem Wege einer neuen Klage einschwärzen wird; theils widerstreitet diese Härte der

---

genau mit den novis genommen werden, weil sich gar nicht so streng beweisen läßt, was novum ist; daher, und weil das röm. Recht keine Eventualmaxime kannte, waren auch nova im röm. Prozesse leichter gestattet.

70) Linde Handbuch I. S. 537.

natürlichen Ansicht des gesunden Menschenverstandes und den Wünschen des Volkes, daß von dem Civilprozeße keine solche Starrheit und Strenge erwartet, theils wird das Prinzip der materiellen Wahrheit zu oft verletzt und der Richter mit sehenden Augen sich als blind anstellen müssen, theils mag diese Härte am wenigsten in einer Zeit vertheidigt werden, welche, wie die unfrige, die Bürger von der sogenannten Advokatenherrschaft befreien, und ihnen die Verfolgung ihrer Rechte ohne Rechtsbeistand möglich machen will. In den von den Juristen für den gemeinen Prozeß aufgestellten Beschränkungen sind übrigens hinreichende Sicherheitsmittel, welche den Mißbrauch beseitigen.

Unterscheidet man die nova, so kann die Neuheit entweder darin liegen, a) daß die Parthei gar nichts vom Daseyn derselben früher gewußt hat, oder b) daß sie zwar das Daseyn, z. B. des Zeugen, kannte, ihn aber nicht früher produziren konnte, oder c) daß die Parthei die Behauptung oder das Beweismittel kannte, auch schon früher hatte, aber es nicht gebrauchte, so daß das Neue darin besteht, daß es in den Akten zum Erstenmale vorkommt. Im letzten Falle verdient das novum gar keine Berücksichtigung, da es von der Parthei abhing, den ganzen Stand ihrer Mittel der Rechtsverfolgung zu würdigen, und da durch ihre Wahl des bisher Vorgebrachten ein wahrer Verzicht auf das Nichtvorgebrachte ausgesprochen ist, um so mehr, als durch die Gestattung solcher nova der Chikane und dem Streben Prozesse zu verlängern, Thür und Thor geöffnet ist. In Ansehung der zweiten Art der nova, könnte durch eine gesetzliche Vorschrift, welche der Parthei, die ein solches novum vorbringen will, dies nur dann gestattet, wenn sie in den vorigen Schriften die Behauptung vorgebracht und zugleich erklärt hat, daß sie den Beweis dafür

noch zur Zeit nicht auffinden könne, und nach der Auffindung das erst jetzt eingetretene Vorfinden beschwört, manchem Mißbrauch vorgebeugt werden 71). Nur nova der ersten Art, wenn der Eid 72) geleistet wird, sollen unbedingt zulässig seyn.

Vorzüglich verdient noch die Frage eine Erörterung, ob, wenn man auch in der zweiten Instanz der Parthei das Recht nova vorzubringen, gestatten will, dies auch in der dritten Instanz erlaubt werden soll. Die preussische Gerichtsordnung 73) und die badische Prozeßordnung 74) gestatten keine nova; nur erlaubt die letzte, daß das oberste Gericht diejenigen Beweise zulasse, deren Zulassung früher mit Unrecht versagt oder deren Erhebung in früherer Instanz mit Verletzung gesetzlicher Vorschriften geschehen war. Gegen diese Ansicht spricht sich zwar L i n d e 75) aus, indem die Consequenz das nämliche, was in der zweiten Instanz gilt, auch in der dritten fordere: allein erwägt man, daß man schon deswegen, weil häufig in erster Instanz leichtsinniger und rascher verfahren worden ist, die nova zulassen muß, und daß vorzüglich erst, nachdem

---

71) Wie oft bringt z. B. eine Parthei die Einrede der Zahlung später in Appellation vor, und beschwört, daß sie jetzt erst die Beweise z. B. die Quittung gefunden habe; wußte sie früher schon, daß bezahlt war, so mußte sie die Einrede vorschützen und nur anzeigen, daß sie den Beweis nicht habe; thut sie dies, so wird zwar nach der Aktenlage, also ohne Rücksicht auf den nicht beigebrachten Beweis, erkannt, aber die Parthei kann das novum nachbringen.

72) Ueber die Bedeutung des iuramenti novorum L i n d e Handbuch I. S. 495.

73) Gerichtsordn. Thl. I. Tit. 15. §. 10—21.

74) Prozeßordn. §. 1242.

75) Im Handbuch I. Thl. S. 550.

die Parthei ein Urtheil gegen sich hat, sie aufgefordert wird, noch manche Thatumstände, die sie früher für gleichgültiger hielt, hervorzusuchen und anzugeben, so möchte wohl die Ansicht der badischen Prozeßordnung sich rechtfertigen lassen, da in der zweiten Instanz die Partheien hinreichend Gelegenheit hatten, alle Thatfachen anzuführen, und da überhaupt die dritte Instanz keine Ausdehnung verdient.

Noch muß von dem Mittel der Adhäsion die Rede seyn. Dies durch die Praxis ausgebildete Mittel der Adhäsion, oder wie es im französischen Prozesse heißt: *appel incident* 76), verdient in jeder neuen Gesetzgebung beibehalten zu werden; hiezu rath die Betrachtung, daß nicht selten eine Parthei deswegen nicht appellirt, weil sie hofft, daß auch ihr Gegner nicht appelliren werde, daher lieber, wie G ö n n e r 77) bemerkt, ein kleines Unrecht erträgt, wenn auch der Andere von seiner Seite das Urtheil nicht angreifen würde. Gestattet man keine Adhäsion, so muß jede Parthei, die auch sonst sich beruhigt haben würde, zur Sicherstellung ihrer Rechte appelliren, weil sie ungewiß ist, was ihr Gegner thun wird. Auch ist es richtig 78), daß in manchen Fällen erst die Appellation von einer Seite die Möglichkeit einer Beschwerde von der andern Seite eröffnet. Von neuen Gesetzgebungen hat

76) H o l z s c h u h e r der Rechtsweg S. 482.

77) Motive zum Entwurf eines Prozeßgesetzgeb. S. 845.

78) S. auch h e s s i s c h e Civilprozeßgesetzgebung 2. Heft S. 178; dort ist das Beispiel aufgestellt, daß die von einem *procedenti* Beklagten vorgebrachte Einrede der Verjährung im Urtheil verworfen, der Beklagte aber doch, weil die Klage nicht begründet sey, freigesprochen wird. Wenn hier der Kläger appellirt, so hat auch erst der Beklagte Grund, wegen seiner Beschwerde zu appelliren.

die Mecklenburgische 79) die Abhäsion verbannt, d. h. sie fordert von jeder Parthei, daß sie wegen ihrer Beschwerden selbstständig Rechtsmittel einlege, sie gestattet aber die Gemeinschaft der Appellation in so ferne, als der Appellat in der Exzeptionschrift rücksichtlich der vom Appellanten angefochtenen Punkte auf Abänderung der *sent. a qua* zum Nachtheil desselben antragen kann. 80) Sehr unbestimmt drückt sich darüber der französische Code aus 81), wenn er dem Appellaten (*intimé*) gestattet, *incidenter* in jeder Lage der Sache 82) zu appelliren, selbst wenn derselbe das Urtheil dem Gegner ohne Protestation signifizirt hat. Erst der Gerichtsgebrauch 83), gestützt auf mehrere *arrêts* 84), hat dem Gesetze die Deutung gegeben, daß das Recht des Appellaten sich nur auf jene Theile des Urtheils beziehe, welche mit den Beschwerden der Hauptappellation *connex* sind, obwohl es wegen der Allgemeinheit der Vorschrift im Art. 443 an widersprechenden Ansichten nicht fehlt. 85) Der Appellat braucht übrigens in Frankreich seine Abhäsion voraus gar nicht anzuzeigen, sondern kann erst in der Sitzung seine Conclusionen stellen 86). In den neuesten deutschen Gesetzgebungen ist gleichfalls das Abhä-

79) Oberappellat. G. D. S. 69.

80) Nette l'blad. Mecklenb. Civilproc. S. 387.

81) Code de proc. art. 443.

82) Nach der Westphäl. Prozeß D. S. 345. heißt es: solange das mündliche Verfahren nicht geschlossen ist.

83) Pigeau Cour. t. I. p. 555. Berriat St. Prix p. 377. Carré traité et questions t. II. p. 14.

84) Des. arrêt. v. 18. Mai 1806 u. Aug. 1810, f. Sirey Code de proc. annoté p. 336.

85) Arrêt de la Cour de Rennes v. 20. Aug. 1817.

86) Journal des avoués. t. VII. p. 361.

Wittermaier Prozeß III. 2te Aug.

sionsrecht anerkannt und zwar nach dem b a i e r i s c h e n Entwurfe 87) so, daß der Appellat über denselben Streitpunkt beitreten darf; in gleicher Art ist auch in der b a d i s c h e n Prozeßordnung 88) die Adhäsion als zulässig erkannt. Die Frage kann bei der Adhäsion nur noch seyn: ob eine Gesetzgebung, wie es die deutsche Praxis weise gethan hat, das Recht des Appellaten nur auf die mit den Beschwerden des Appellanten conneren Punkte beschränken soll 89), oder ob überhaupt dem Appellaten nachgelassen werden soll, nachträglich seine Rechtsmittel auch über die Punkte vorzubringen, welche mit der Beschwerde des Appellanten nicht in Verbindung stehen, wie dies H u r l e b u s c h 90) vorgeschlagen hat; mag auch für die letzte Ansicht die Natur wechselseitiger Rechtsmittel sprechen, mag es billig seyn, daß die Friedensliebe des Appellanten, sobald sein Gegner nicht ebenfalls davon beseelt ist, ihm nicht zum Nachtheil gereichen soll, so muß doch die gemeinrechtliche Ansicht empfohlen werden. Das Recht zu adhäriren ist ein dem strengen Rechte widersprechendes, da der Appellat in Bezug auf sich das Urtheil hat in Rechtskraft übergehen lassen, und nur eine mit politischen Rücksichten verknüpfte Billigkeit kann den Gesetzgeber bewegen, Adhäsion zu gestatten; es ist aber zuviel behauptet,

---

87) Von 1831. S. 372. Nach dem Entw. v. 1827. S. 514. fand Adhäsion nur Statt in Ansehung der Punkte worüber appellirt worden ist. Dies ist zu eng gefaßt. s. P o l z s c h u h e r der Rechtsweg S. 483.

88) Prozeß O. S. 1166.

89) Dies thun auch bremische Gerichtsö. S. 502. Nassauische Prozeßordn. S. 111.

90) In den Beiträgen zur Civil- und Criminalgesetzgebung. 2. Heft S. 153.



wenn man annimmt, daß der Appellat, wenn im Urtheile wirklich Hauptpunkte ungünstig für ihn entschieden sind, die Appellation liegen lassen werde. Nach der Erfahrung tritt die sogenannte Friedensliebe nur in Ansehung derjenigen Punkte ein, in welchen der Appellant und der Appellat beschwert sind, und der nachherige Appellant am meisten beschwert ist. Hier mag es billig seyn, dem Appellaten zu gestatten, von der einmal ergriffenen Appellation des Gegners Gebrauch zu machen; — besteht aber das Urtheil aus mehreren von einander ganz verschiedenen Punkten, und war jede Parthei in einem Punkte beschwert, so konnte jeder selbstständig Rechtsmittel ergreifen; unterließ es eine Parthei, so ließ sie in diesem Punkte das Urtheil in Rechtskraft übergehen, und nur in Bezug auf die Appellation des Gegners, und den durch die Beschwerde in der Rechtskraft gehinderten Punkt ist sie dann Appellat, und mag von der Appellation Vortheil ziehen; eine weitere Ausdehnung des Rechts muß Nachteile erzeugen und steht mit der Rechtskraft im Widerspruche. —

Ein zweckmäßiges Beschleunigungsmittel der Prozesse hat man in den Fällen vorgeschlagen, in welchen das Obergericht, ungeachtet das erste Urtheil definitiv entschied, noch neue Beweise anordnet, z. B. Vorlage von Urkunden oder Vernehmung von Sachverständigen gebietet. Manche Gerichte verweisen in solchen Fällen die ganze Sache mit Aufhebung des vorigen Urtheils an die erste Instanz zurück, und lassen dort erst ein neues Urtheil fällen. Dagegen haben ausgezeichnete Praktiker 91) sich erklärt, und verlangen, daß

91) v. Söner Commentar S. 290. Graf v. Arco von den Ursachen der außerordentlichen Sunahme der Berufungen zur dritten Instanz S. 76—90

das Untergericht zwar die nachträgliche Aufklärung instruire, den Gegner mit seinen Einwendungen über die neuen Behelfe vernehme, aber die Akten einsehe, so daß das Obergericht selbst in der Sache spricht. Die preussische Gerichtsordnung läßt die neuen Thatumstände bei dem Untergerichte instruiren <sup>92)</sup>, aber von dem Appellationsgerichte über das Ganze entscheiden, und die nämliche Ansicht spricht auch die badische Prozeßordnung aus <sup>93)</sup>. Unfehlbar verdient diese Vorschrift volle Billigung. Wenn die neuen Umstände zur Unterstüzung und Bestärkung der schon nach dem vorigen Urtheile begründeten Beschwerden eingeführt wurden, so ist ohnehin nie bezweifelt worden, daß das Obergericht entscheiden soll. In jedem Falle aber bilden doch die dem Appellationsrichter vorliegenden Materialien mit den neuen Thatumständen ein Ganzes, in welchem man nicht mehr unterscheiden kann, was eigentlich den Richter zu einem abändernden Urtheile bewegt. Die Sache ist einmal an das Appellationsgericht im Ganzen devolvirt und eine Zurücksendung zur ersten Instanz wäre zwecklos und verzögerlich.

Wenn die Appellation nur gegen ein Beweisinterlokut Statt fand, und das Obergericht dasselbe überflüssig, vielmehr die Sache reif zu einem Enderkenntniß findet, so kann unbedenklich das Letzte von dem Obergerichte selbst gefällt werden. <sup>94)</sup>

---

92) Preuss. Gerichtsö. Tit. XIV. §. 49. 58. XV. §. 10.

93) §. 1223.

94) Dies spricht auch der franzöf. Code art. 473. aus; der Artikel sezt aber hinzu: il en sera de même dans les cas, ou les cours ou autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vices de forme soit pour toute autre cause

## §. III.

## Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Das in unsern Gesetzgebungen vorkommende außerordentliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist aus einer Verbindung der verschiedenen in unsern gemeinrechtlichen Quellen vorkommenden Grundsätze durch den Gerichtsgebrauch entstanden. Das römische Recht hatte die Idee des formellen Rechts das durch die Rechtskraft geliefert wird, mit Strenge durchzuführen gesucht <sup>1)</sup>, allein das Bedürfnis, das materielle Recht möglichst wenig zu verletzen, führte auch das röm. Recht allmählig <sup>2)</sup> zur Gestattung von Restitution, nicht bloß wenn Minderjährigkeit <sup>3)</sup> oder Abwesenheit <sup>4)</sup> anzuführen war, sondern auch, wenn der Fiskus <sup>5)</sup> neue Beweismittel aufgefunden hatte oder wenn eine andere Parthei durch neu entdeckte Beweismittel darthun konnte, daß das vorige

---

des jugements définitifs. S. über die Auslegung dieser Stelle Berriat St. Prix p. 392. Carré traité II. tom. p. 81.

- 1) L. 35. D. de re iudic. L. 27. D. de exc. rei iudic. L. 4. Cod. de re iudic. Zimmermann röm. Civilprozeß S. 501.
- 2) Das prätorische Recht hatte gewiß auch hier Einfluß.
- 3) L. 9. pr. L. 29. D. de minor. L. 2. Cod. si saepius. Heffter Institutionen S. 492.
- 4) L. 1. 2. Cod. si saepius in integr.
- 5) L. 35. D. de re iudic. L. un. Cod. de sent. advers. fisc. retract. Heffter Institut. S. 501. Linde Civiproz. S. 424. Nicht vom Fiskus will die L. 35. verstehen. Reinshardt Handb. des Prozeßes II. S. 282.

Urtheil auf falsche Zeugen 6) oder Urkunden 7) gebaut war. Bekanntter, obwohl auch noch sehr beschränkt 7<sup>a</sup>) und nicht wegen bloßer nova gestattet, kam die Restitution im canonischen Rechte vor, und selbst darüber, ob wegen nova ex clausula generali die Restitution gegen Urtheile zulässig sey, blieb spät noch 8) unter den Praktikern der geistlichen Gerichte Streit. Das ältere deutsche Recht wußte von einem solchen Rechtsmittel gar nichts, und daß selbst nicht aus der Leuterung, wie manche Schriftsteller glauben 9), die Restitution in die Reichsgerichte kam, ergibt sich daraus, daß in den nämlichen Fällen Leuterung und Restitution neben einander vorkommen 10). Nur langsam konnte sie in den Reichsgerichten durch den Gerichtsgebrauch ihr Ansehen erhalten. Obwohl schon am Ende des XV. Jahrhunderts Beispiele nach:

6) L. 33. D. de re indic. s. aber Gesterding Ausbeute von Nachforschungen III. Th. S. 143.

7) Tit. Cod. si ex fals. instrum. s. noch überhaupt B a z Abhandl. S. 137. u. Gensler im Archiv f. civ. Praxis IV. Nr. 12.

7<sup>a</sup>) Ueber Auslegung des can. 10. X. de in int. rest. Gensler im Archive I. c. S. 125.

8) S. Maranta de ordine judiciar. p. 679. Nr. 61. vergl. mit Duranti specul. lib. II. p. III. (Franf. 1692) Tom. II. p. 525.

9) J. B. Hase de restit. in int. advers. sent. sumor imp. trib. (Gieß. 1743) p. 16, von Kampß in den Beitr. zum mecklenburg. Staats- und Privatr. VI. Thl. S. 110. Bemerkte muß übrigens werden, daß in Mecklenburg ein ordentliches aber nicht devolutives Rechtsmittel, das keine nova fordert, restitutio heißt.

10) S. v. Riedesel Vorträge an den vollen Rath des Kammergerichts S. 84.

gesuchter Restitutionen vorkommen <sup>11)</sup>, so schweigen doch die älteren Reichsgesetze darüber <sup>12)</sup>; auch die Sammler des Gerichtsgebrauchs im XVI. Jahrhundert schweigen oder berühren sie nur <sup>13)</sup>, und die Partikularprozeßordnungen des XVI. Jahrhunderts erwähnen ihrer nicht. Erst von dem Reichsdeputationsabschiede von 1600 an <sup>14)</sup> wurde das Rechtsmittel allgemeiner auch in den Landesgerichten bekannt, bald aber auch mißbraucht und in seinem Umfange ein Gegenstand des Streits. Nach einem gemeinen Bescheide des Kammergerichts v. 7 July 1669, ist aber schon allgemein die Befugniß anerkannt wegen neuer erheblicher Thatumstände Restitution nachzusuchen. Das Bedürfniß die Restitutionen, die häufig nur zur Verschleppung der Sache versucht wurden, zu beschränken, bewog besonders die b a i e r i s c h e <sup>15)</sup> und die s ä c h s i s c h e <sup>16)</sup> Gesetzgebung zu beschränkenden Vorschriften, und ebenso findet sich in der p r e u ß i s c h e n Gesetzgebung <sup>17)</sup> das Streben nach Beschränkung, da nach

11) H a r p r e c h t Kammergerichtsarchiv 1 Thl. p. 93. 140. VI. Thl S. 538. 549.

12) Ueber den Gang der Reichsgesetzgebung über Restitution am besten J. Uhlheimer *num. remed. restitut. cum rem. revision. in camer. coniungi possit.* Bamberg 1778 und Riedesel Vorträge S. 83—88.

13) B. B. Alciat (oder der unter diesem Namen aufgeklärten Sammler) *Judiciar. process. compend.* p. 264.

14) §. 138. Aus früheren Gesetzen z. B. *Deput. Absch.* v. 1533. §. 4. und *R. G. D.* v. 1555. 111. Tit. 50. kann man nur schließen, daß das Rechtsmittel bekannt, aber nicht begünstigt war.

15) *S. Baier. Jud. Cod. cap. 16. §. 1.*

16) *K. r. i. s. Prozeß.* §. 188 b.

17) *Gerichtsordnung* Tit. XVI. §. 1 2.

preussischem Rechte nur dann Restitution eintritt, wenn eine unter Vormundschaft befindliche Person durch ihren Vormund materiell benachtheiligt worden ist, oder wenn eine Parthei nach entschiedener Sache neue Zeugen (hier jedoch sehr beschränkt), oder Urkunden entdeckt. Auf ähnliche Art wie in Deutschland, hatte sich das Rechtsmittel in der französischen Praxis ausgebildet. Schon die Bestimmungen der Ordonnance von 1667 <sup>18)</sup> darüber, unter den Gesichtspunkt der römischen retractatio gestellt, waren unbefriedigend, die neuere Gesetzgebung behielt die Fälle der älteren bei, und zog noch einen zuvor zur Nullitätsquerel gerechneten Fall, wenn das Urtheil auf Nullitäten wegen Verabstümung von vorgeschriebenen Formen sich stützt, herein. Auf diese Art entstand unter dem Namen requête civile, als eine Mischung der Nullitätsquerel und der Restitution, ein in elf Fällen zulässiges Rechtsmittel <sup>19)</sup>. An Controversen fehlt es nicht <sup>20)</sup>; das Rechtsmittel ist übrigens nicht devolu-

18) Litt. 35 f. Bornier Conférence Tom. I. p. 317.

19) Art. 480 Code de proc. Wenn Dolus vorhanden war, wenn vor oder bei Fällung der Sentenz die bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Formen verletzt wurden, wenn über Gegenstände, um die nicht gebeten war, oder wenn mehr als gebeten zuerkannt war, wenn ein Klagepunkt übergangen war, wenn mehrere Urtheile der letzten Instanz mit einander im Widerspruch waren, wenn das nämliche Urtheil Widersprüche enthielt, wenn das Urtheil auf falsche Urkunden gebaut war, wenn neue Urkunden nach dem Urtheile entdeckt wurden, wenn die Staatsbehörde nicht gehört wurde, wenn der Staat, Gemeinden oder öffentliche Anstalten nicht vertheidigt wurden.

20) Berriat St. Prix Cours tom. II. p. 402. Carré traité II. p. 100.

tiv und eine sehr zwecklose Formalität 21) der alten Ordonnance ist beibehalten, nach welcher der um Restitution Nachsuchende eine von drei Advokaten unterzeichnete Consultation, welche die Restitution gut heißt, einreichen muß 22). Wegen neu aufgefundener Zeugen wird in Frankreich das Mittel gar nicht, und wegen neu aufgefundener Urkunden nur dann bewilligt, wenn zugleich der Beweis geliefert wird, daß der Gegner die Urkunden zurückhielt, oder daß der Gegner in dolo war 23). Das Unpassende dieser Bestimmungen entging auch der Gesetzgebung von Genève nicht; sie ließ statt der Restitution das Rechtsmittel der Revision zu; und während der Code nur neue Dokumente zuließ, wenn der Gegner im vorigen Prozesse sie zurückgehalten hatte, gestattete das Gesetz die Revision immer wegen neu aufgefundener Urkunden, und die Pflicht des Impetranten, nach französischem Prozesse 300 Franken voraus zu erlegen, wurde ebenso wie die Forderung der Consultation der drei Advokaten aufgehoben 24). Das Gesetzbuch des Kantons von Tessin 25) läßt Restitution zu, wenn auf falsche Dokumente geurtheilt ist, wenn in dem vorigen Erkenntnisse Dolus oder Fälschung mitwirkte, oder wenn neue relevante Urkunden aufgefunden wurden. Die neue niederländische Prozeßordnung 26) nimmt wieder die in dem französ. Code de proe.

---

21) Holzschuher, der Rechtsweg S. 519. betrachtet die Vorschrift als ein Mittel dem raschen Aufzuge der Streitlust der Partheien entgegenzuwirken.

22) Code art. 495.

23) Holzschuher der Rechtsweg S. 514.

24) Exposé des motifs de la loi de Genève p. 174—184.

25) Codice di procedura civile art. 425.

26) Livre I. tit. 8.

vorkommenden Fälle der requête civile auf. Die neuen deutschen Gesetzgebungen wählen verschiedene Wege der Beschränkung des Rechtsmittels. Die Oberappellat. Gerichtsordnung der vier freien Städte 27) läßt die Restitution zu, wenn das Urtheil auf falsche Urkunden, falsche Zeugenaussagen oder untergeschobene oder absichtlich wahrheitswidrige Gutachten von Sachverständigen gebaut war, oder wenn gegen einen Haupteid neue Beweismittel aufgefunden werden; die sächsische 28) und Zerbst'sche Ober A. D. 29) erwähnen nur des Rechtsmittels wegen neuer Beweismittel, die bremische Gerichtsordnung 30) gestattet sie wegen neuer erheblicher Beweismittel und Thatumstände, die Nassauische 31) erlaubt sie nur dann wegen nova, wenn einer der im röm. R. vorkommenden Restitutionsgründe gegen rechtskräftige Urtheile hinzukömmt, oder wenn die Parthei auf andere Art als durch ihren Eid erweist, daß sie briefliche Urkunden ohne Schuld nicht vor dem Urtheile kannte. Die bernische Gesetzgebung 32) gestattet Gesuch um ein neues Recht, sowohl wegen Beweismittel, deren während der Verhandlung gedacht, die aber erst seit der Fällung des Urtheils zur Hand gebracht wurden, als auch wegen neu entdeckter Beweismittel und wegen erfolgter Fälschung. Die hannöversische Untergerichtsordnung 33) gestattet die Wiedereinsetzung 1) wenn die Parthei neue in den vorherigen Ver-

---

27) S. 55.

28) Weimar. Ober A. D. S. 26.

29) Zerbst'sche O. A. D. S. 53.

30) Gerichtso. S. 523.

31) Nassau. Prozeßo. S. 127.

32) Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren Art. 321.

33) Untergerichtso. S. 153



handlungen nicht vorgekommene Thatumstände oder schriftliche Beweise <sup>34)</sup> entdeckt hat, welche wegen ihrer Erheblichkeit den Richter voriger Instanz anders zu sprechen würden bewogen haben; 2) wenn der Impulsorant auf den Grund einer falschen Urkunde, oder eines absichtlich falschen Zeugnisses, oder eines absichtlich falschen Gutachtens verurtheilt oder abgewiesen worden, und jetzt erst die Beweise entdeckt hat; 3) wenn der Gegner im Criminalprozeß überführt worden ist, einen falschen Eid geschworen zu haben; 4) wenn in Sachen der Minderjährigen von ihren Vertretern etwas versäumt worden; 5) wenn der Sachführer im Einverständnisse mit der Gegenparthei dieser zu Gunsten und seiner Parthei zum Nachtheil etwas vorgenommen hat. Die neue b a d i s c h e Prozeßordnung <sup>35)</sup> gestattet die Wiederherstellung, wenn das Urtheil auf falsche Beweisurkunden gebaut war, welche die Gegenparthei schon vorher als falsch anerkannt hatte, oder die nachher, seit der Zeit des gefällten Urtheils, als falsch anerkannt oder durch gerichtliches Urtheil als falsch erklärt worden sind, oder wenn sich das Urtheil auf Aussagen von Zeugen gründet und in der Folge im Wege des Strafprozesses erwiesen wird, daß falsches Zeugniß gegeben worden, oder wenn die Parthei, welche den Haupteid leistete, des falschen Eides überführt wird, oder wenn der urtheilende Richter bestochen war, oder wenn das Urtheil durch betrügerische Handlungen der Gegenparthei oder des eigenen Anwalts erwirkt worden, oder wenn eine Parthei entscheidende Urkunden aufgefunden hat, die

---

34) Man sieht also, daß wegen neuer Zeugen keine Restitution gestattet wurde, ungeachtet die Landstände die Ausdehnung forderten, s. *S p a n g e n b e r g* Comment. II. S. 229.

35) Tit. 49.

früher im Besiß der Gegenparthei waren. Wenn endlich der Kläger die Kenntniß oder den Besiß von entscheidenden Urkunden, oder Kenntniß von andern Beweismitteln, oder entscheidenden Thatfachen, oder von Mängeln wesentlicher Voraussetzungen der Rechtsbefähigung des Verfahrens oder des Urtheils erst 42 Tage vor Anstellung des Restitutionsgesuchs erlangt hat, so findet gleichfalls die Wiederherstellungsklage Statt <sup>36)</sup>. — Nach dem neuesten bairischen Entwurfe von 1831 <sup>37)</sup> hat die Restitutio Statt, wenn sich ein neuer Klagegrund oder eine Einrede hervor-  
 thut, welche nicht selbstständig geltend gemacht werden kann; jedoch kann der Kläger dies Rechtsmittel nur dann brauchen, wenn er aus fremder Handlung klagte oder zur Klage aufgefordert war, oder schon bei den ersten Verhandlungen der Klagegrund angegeben, der Beklagte aber solchen geläugnet hat. Gegen Urtheile, die auf geführten Beweis erlassen wurden, hat Wiedereinsetzung Statt 1) wenn der Beweis auf Geständniß beruhte, und ein gesetzlich genügender Grund des Wiederrufs nachgewiesen wird; 2) wenn der Beweis auf Augenschein gegründet war und nachgewiesen wird, daß der Augenschein an einer andern, als der fraglichen Sache genommen wurde; 3) wenn die gebrauchten Urkunden gerichtlich als verfälscht erkannt wurden; 4) wenn die Zeugen, Sachverständigen oder die Parthei, auf deren Aussage das Urtheil gebaut wurde, als meineidig verurtheilt wurden.

Untersucht man genau die verschiedenen Ansichten so kommt es vorerst auf die Frage an: ob die bloße Neuheit einer Behauptung oder eines Beweismittels

---

36) §. 1253.

37) §. 388—90.

genügen soll, oder ob außer der Neuheit die Zulässigkeit der Restitution noch von dem Daseyn anderer Bedingungen abhängen soll; z. B. von dem Dolus des Gegners oder von einer entdeckten Fälschung? Wenn zwar für die Beschränkung des Rechtsmittels im zweiten Sinne die Erwägung spricht, daß die gerichtliche Wahrheit nur das Resultat einer gewissen Aktenlage ist, und der Staat mit formeller Wahrheit sich begnügen muß, wenn er nicht ins Unendliche fort Prozesse laufen lassen will; wenn es wahr ist, daß die Rechtsicherheit und Gewißheit der Rechtsverhältnisse ein Hauptstreben jeder Gesetzgebung ist, daß aber, sobald außerordentliche Rechtsmittel gestattet sind, keine siegende Parthei darüber beruhigt seyn kann, daß nicht in wenig Wochen ihr Gegner mit der Behauptung neu aufgefundenener Thatsachen auftreten und zu einem neuen kostspieligen Verfahren sie nöthigen werde; wenn die Consequenz der Eventualmaxime und die Kraft peremptorischer Beweistermine das Ausschließen des neuen Vorbringens zu fordern scheint, und wenn dazu die Erfahrung kömmt und belehrt, daß in so vielen Fällen, in welchen Restitutionen nachgesucht werden, nur chicane Absicht sie erzeugt, und der Ausgang die Zwecklosigkeit des neuen Verfahrens lehrt; wenn endlich von jeder Parthei, welche zu Gericht kommt, erwartet werden kann, daß sie sich gehörig vorbereitet und die Mittel der Rechtsverfolgung erwogen haben werde; wenn in den meisten Fällen, in welchen jemand mit neuem Vorbringen auftritt, ihm vorgeworfen werden kann, daß er durch eigene Schuld das Beweismittel nicht sorgfältiger bewahrte, so dürfen doch auch andere Rücksichten nicht unbeachtet bleiben. Es ist ein in jeder Gesetzgebung herrschendes Streben, bei aller Strenge über die Einhaltung der Formen zu verhin-

bern, daß nicht materielles Unrecht in formelles Recht übergehe, und die Fortbildung des römischen Rechts durch den Prätor, wie der seit den Glossatoren in der Praxis geltende Satz: *novum emergens novum requirit auxilium* sind die Beweise dieses Strebens, und nur da, wo eine Parthei durch eigene Schuld im Prozesse unterliegt, so daß sie auch bei dem besten materiellen Rechte nur sich selbst den Vorwurf machen muß, wenn sie nicht siegte, hat die Gesetzgebung Gründe, das Urtheil unumstößlich bestehen zu lassen. Die Schuld einer Parthei kann aber darin liegen, daß sie entweder bei Eingehung eines Rechtsgeschäfts<sup>38)</sup> gar nicht für den nöthigen Beweis desselben sorgte, und im Uebermaße des Vertrauens nur auf ihren Mitcontrahenten baute, oder daß sie in der Bewahrung des Beweismittels leichtsinnig war; in solchen Fällen der Schuld verdient die Parthei, welche den Prozeß wegen Mangels der Beweise verlor, und später mit der Behauptung neuer Entdeckungen den Streit wieder beginnen will, keine Milde, sondern leidet, wenn das Urtheil als unumstößlich erklärt wird, nur die Folgen eigener Schuld. Wenn daher eine Parthei zu einem wichtigen Geschäft weder Zeugen zugezogen, noch eine Urkunde errichtet hat, und nun wegen Mangel eines Beweises den Prozeß verliert, so verdient sie auch nicht mit einem Restitutionsgesuch gehört zu werden, wenn sie später erfährt, daß zufällig ein Zeuge von dem Rechtsgeschäfte etwas wußte und nun bereit ist,

---

38) Es kommt hier viel darauf an, ob eine Gesetzgebung um Rechtsicherheit zu bewirken, ihre Bürger zur schriftlichen Abfassung der Rechtsgeschäfte anhalten und Zeugendeweis ausschließen will, s. v. *Holschuh* er der Rechtsweg S. 515. Not.

darüber auszusagen; denn dies spätere Auffinden des zufälligen Zeugen kann den gerechten Vorwurf der Sorglosigkeit nicht heben, weil der Zeuge nicht absichtlich zum Geschäfte beigezogen war. Auf gleiche Weise verdient derjenige keinen Schutz, welcher ein Beweismittel, dessen Bewahrung von ihm abhing, durch Sorglosigkeit aus seinen Händen kommen ließ, z. B. eine Urkunde, auch wenn er zufällig wieder das Verlorene später auffindet. Ungeachtet dieser Schuld kann das Gesetz nur dann gegen eine Parthei nachsichtiger seyn, wenn a) nicht die jetzt streitende Parthei selbst die Schuld trifft, sondern von einem Rechtsverhältnisse die Rede war, welches nicht in der Person des Streitenden entstand, oder b) wenn der Gegner durch wesentlich gefälschte Beweismittel siegte, weil hier die Rücksicht eintritt, daß Niemand aus seiner unerlaubten Handlung Nutzen ziehen darf. Alle Begünstigung verdient aber dann eine Parthei, wenn ihr schon vom Anfange an keine Schuld vorzuwerfen war, wenn sie daher für ein Beweismittel gehörig gesorgt hatte, wenn aber durch Zufall dasselbe für sie verloren ging, oder von dem Gegner absichtlich zurück gehalten wurde; in diesen Fällen begründet die spätere Entdeckung des Beweismittels die Restitution, obwohl das später Aufgefundene hier nur relativ neu genannt werden kann, indem die Parthei das Daseyn des Beweismittels früher wohl kannte, aber dasselbe beizubringen nicht im Stande war <sup>39)</sup>; nur kann in diesen Fällen das Gesetz von

---

39) v. Söbner in den Motiven zum Prozeßgesetzbuch S. 859. läßt auch ein *novum iuris* dann als Restitutionsgrund zu, wenn das *ius* als *factum* z. B. in dem Beweise eines vorher nicht bekannten Statutarrechts besteht. Allein erwägt man, daß hier das *ius* nicht aufhört *ius* zu

der Parthei verlangen, daß sie im vorigen Prozesse das ihr bekannte Beweismittel bestimmt, und soviel ihr davon bekannt ist, bezeichne, wenn sie will, daß in der Folge von dem neu Aufgefundenen ein Gebrauch gemacht werden soll. Auf diese Art wäre nie das bloße novum für sich ein Restitutionsgrund, sondern es müßten immer noch besondere Bedingungen hinzu kommen, wenn es beachtet werden sollte. Die Parthei, welche auf das novum das Rechtsmittel bauen wollte, müßte daher ihre Schuldlosigkeit wegen der verspäteten Produktion darthun können; a) bei Beweismitteln, welche die Parthei schon bei Eingehung des Rechtsgeschäfts absichtlich über daselbe bezog oder errichtete, müßte sie, wenn sie dieselben im früheren Prozesse nicht besaß, das Beweismittel wenigstens, wie oben bemerkt wurde, bestimmt bezeichnen und sich darauf berufen haben; b) bei neu aufgefundenen Beweisen anderer Art, müßte sie erweisen, daß das Beweismittel bisher durch den Gegner absichtlich zurück gehalten wurde; c) oder ihr Beweis müßte darauf gehen, daß ihr Gegner wirklich falscher Beweismittel, worauf das Urtheil gebaut wurde, sich früher bediente; d) nur bei Rechtsgeschäften, bei deren Eingehung die jetzt streitende Parthei nicht thätig war, die also in einer andern Person

---

seyn, daß nur in Ansehung der Beweisführung solche iura singularia wie facta behandelt werden, daß die Parthei, wenn sie das Statutarrecht nicht kannte, auch nicht unter der Voraussetzung desselben ihr Rechtsverhältniß eingehen konnte, daß auf jeden Fall durch die Gestattung dieser Restitution zu viele Schikanen bei unserem deutschen Rechtszustande begünstigt würden, so kann man wohl mit G d n e r nicht einverstanden seyn.

entstanden, könnte 40) das bloße novum genügen. Beschränkt man auf diese Art das Vorbringen der nova, so ist nicht leicht ein Mißbrauch zu besorgen, die Gesetzgebung giebt hier nicht einer unzeitigen und durch nichts begründeten Milde nach, auch steht nicht die Eventualmaxime im Wege, weil diese ihrem Zwecke nach nur darauf gehen kann, daß eine Parthei alles, was ihr zur Zeit des Rechtsstreits bekannt ist und zu Gebote steht, auf einmal und wenigstens eventualiter gebrauchte 41), nicht aber, daß sie mit dem ihr später erst Bekannten gar nicht mehr gehört werde. Für den Gesetzgeber und Praktiker dürfte jedoch die auch von G l o b i g 42) bemerkte Rücksicht bedeutend seyn, daß bei der Restitution überhaupt der Beklagte mehr Begünstigung, als der Kläger verdiene, weil er sich nicht wie der letztere vorbereiten konnte, sondern zur Verfolgung des Rechts gezwungen war. Was die Beweismittel betrifft, welche, als neu aufgefunden, Restitution begründen sollen, so ist über Urkunden nie gestritten worden, nur muß ihre Erheblichkeit in der Art gefordert werden, daß durch sie entweder das Fundament der Klage unmittelbar, oder eine wahre Exception bewiesen werden kann. In Ansehung der Zeugen wird die Sache schon schwieriger; während der gemeine Prozeß auch neue

40) v. G l o b i g in seinem System der Gesetzgebung für das gerichtliche Verfahren S. 339. gestattet Restitution, wenn alle Thatfachen zu beweisen sind, welche nicht die Person des Beweisführers selbst, sondern seinen Vorgänger oder eine Mittelsperson der Handlung betreffen.

41) S. gute Bemerkungen über die Eventualmaxime in Sum-Bach vollst. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preuß. und franz. Prozeßordn. S. 169—179.

42) Censura rei iud. for. tom. II. p. 223.

Mittermayer Prozeß III. 2te Aus.

Zeugen zuläßt, ist der sächsische Prozeß streng dagegen, und noch ein neues sächsisches Gesetz 43) schließt die Zeugen aus; der preussische Prozeß 44) läßt Restitution wegen neu aufgefundener Zeugen nur zu, wenn der Implorant diese Zeugen bei einer im vorigen Prozesse schon vorgekommenen Thatsache damals bestimmt angezeigt hatte, und ihre Vernehmung ohne Schuld der Parthei wegen Abwesenheit oder Krankheit, oder weil der Aufenthalt unbekannt gewesen ist, oder weil der fremde Richter sie nicht vernehmen wollte, unterblieb 45). Während Hurler 46) Zeugen zulassen will, findet Pratobevera 47) ihre Zulassung bedenklich. Allerdings hat nach dem Geiste des canonischen Rechts, nach der bestimmt geäußerten Furcht vor Bestechung der Zeugen, und aus der Rücksicht der Leichtigkeit einen gewissenlosen Menschen zum Zeugen bestimmen zu können, die Zulassung neuer Zeugen viel gegen sich, so wie auch die Consequenz einer Gesetzgebung, die, wie die französische, den Zeugenbeweis nicht bei einer größeren Summe zuläßt, keine Begünstigung des neuen Zeugenbeweises gestattet 48). Hält man sich auch an die obige Unterscheidung der nova, so ergibt sich leicht, daß die bloße Behauptung, daß man neue

43) Königl. sächs. Mandat vom 22. Nov. 1821.

44) Gerichtsordnung Tit. XVI. §. 26.

45) Grävell Kommentar zur preuß. Gerichtsordnung III. Bd. S. 173.

46) In den Beiträgen zur Civil- und Criminalgesetzg. II. Heft S. 131.

47) In einer trefflichen Abhandlung über die Restitution; in den Materialien zur Gesetzkunde in Oesterreich VI. Band. No. III. S. 177.

48) v. Holzschuber, der Rechtsweg S. 514. Note.





Zeugen aufgefunden habe, kein Restitutionsgrund seyn darf, theils weil bei der ersten Begründung des Restitutionsgesuchs es nicht so wie bei Urkunden, die vom Gerichte nur eingesehen werden dürfen, bei Berufung auf Zeugen möglich ist, zu prüfen, ob die Restitution nicht aus Chicanen impetriert ist, indem der Richter nicht wissen kann, was der Zeuge aussagen wird, theils weil in den meisten Fällen, in welchen sich die Parthei auf neue Zeugen beruft, die Parthei nur Zeugen anführen kann, die zufällig bei dem Rechtsgeschäfte waren, oder etwas darüber aussagen können, so daß der Vorwurf ihr immer noch gemacht werden kann, daß sie nicht bei der Eingehung des Rechtsgeschäfts für ein Beweismittel gesorgt hat; auch ist unverkennbar bei der Produktion eines irgendwo aufgehaschten sogenannt neuen Zeugen, die Gefahr der Bestechung zu groß 49). Aus dem nämlichen Grunde, und hier noch mehr, weil überhaupt bei Sachverständigen soviel vom Glauben abhängt, und gerne ein Kunstverständiger des Widerspruchs wegen anderer Meinung als der Colleague ist, sollte auch die Berufung auf neue Sachverständige, z. B. wenn durch sie der Irrthum der vorigen nachgewiesen werden soll, nie eine Restitution begründen, vorzüglich da jede Parthei die Vermuthung gegen sich hat, daß sie die Kunstverständigen schon früher hätte erbitten können 50). Ganz anders verhält sich die Sache, wenn von Zeugen die Rede ist, welche die Partheien zur Einziehung des Rechtsgeschäfts beigezogen hatten, welche sie aber wegen Abwesenheit oder weil der Aufenthalt des Zeu-

49) Daher ist auch in der hannö. v. Untergerichtsordnung §. 153. keine restitutio wegen neu entdeckter Zeugen zugelassen. Spangenberg Commentar II. S. 230.

50) v. Drais Geschichte der badischen Gerichtshöfe S. 114.

gen unbekannt war, nicht produziren konnten; hier fällt der Grund des Vorwurfs einer Schuld der Parthei weg. Die Besorgniß der Bestechung wird aber entfernt, wenn das Gesetz, wie das preussische thut, verlangt, daß die Parthei, die jetzt zur Restitution auf einen Zeugen sich berufen will, schon im vorigen Prozesse den Zeugen benannt, aber dabei angegeben habe, daß die Vernehmung nicht geschehen konnte. Nicht weniger muß die Produktion neuer Zeugen dann erlaubt seyn, wenn die Parthei zugleich damit den Beweis antritt, daß ihr Gegner durch falsche Beweismittel den Prozeß gewonnen habe; nur darf dieser Beweis nicht bloß auf die Unwahrheit des vom Gegner früher Bewiesenen, sondern er muß darauf gerichtet werden, daß die damals produzierten Zeugen und Sachverständigen bestochen oder die Urkunden verfälscht waren. Der Beweis, daß der Gegner in dem früheren Prozesse falsch geschworen habe, kann wegen der durch Erfahrung erwiesenen Schicanen und Mißbräuche im Civilprozesse nicht früher zugelassen werden, bis im Criminalprozesse der Gegner des Meineids überwiesen worden ist; erst auf das rechtskräftige Criminalurtheil sollte das Restitutionsgesuch eingeleitet werden, weil nur dann wenn auch nach den strengeren, materielle Wahrheit bezweckenden, Formen des Strafprocesses der Meineid hergestellt ist, das Restitutionsgesuch als ein wohl begründetes erscheint<sup>51)</sup>.

Sehr wichtig ist auch die Frage: durch welche Beweise der Implorant die Neuheit seines Beweises mittelst und der übrigen Bedingungen der Restitution

---

51) Diese Ansichten haben auch die *h a n n o v. Untergerichtsord.* §. 153. (*Spauenberg Commentar II. S. 234.*) und die *Badische Prozeßordnung* §. 603.

herstellen darf. Im gemeinen deutschen Prozesse brauchte der Impetrant nur einen Eid zu leisten, der darauf ging, daß er das *novum* entweder früher nicht gekannt, oder es nicht habe beibringen können, oder dasselbe beizubringen nicht für dienlich erachtet habe; daß durch den letzten Theil der Eidesformel die auffallendsten Mißbräuche veranlaßt und chikanöse Restitutionen begünstigt wurden, indem der Advokat sehr leicht beschwören konnte, daß er es früher nicht für dienlich erachtet habe, ist in der Praxis überall anerkannt; die neueren Gesetzgebungen gestatten daher auch nicht mehr dieß zu beschwören, und in dem neuesten Beschluß des Bundestags<sup>52)</sup> über die Restitution gegen rechtskräftige Ausstragalurtheile wurde weise die Eidesformel nur darauf gerichtet, daß der Implorant von den *novis* vor der Eröffnung des Urtheils keine Wissenschaft gehabt, und solche erst nachher erlangt habe<sup>53)</sup>. Die Nothwendigkeit der Beschränkung der Eide und insbesondere auch des Restitutionseides wird überall anerkannt<sup>54)</sup>, aber der Hauptnachtheil schien immer darin zu liegen, daß man diesen Eid als eine Art des Calumnieneides betrachtete; in so ferne hat er freilich alle bekannten Gründe dieser Eide gegen sich und verdient keine Begünstigung, und zwar um so weniger, da er nach der Erfahrung sehr leichtsinnig geleistet wird und häufig ein irrelevanter ist, auf

52) S. Mohl die öffentliche Rechtspflege des deutschen Bundes S. 207.

53) Auch die hannö. Untergerichtsordnung §. 153. gestattet nur einen Eid dieser Art.

54) v. Dräis Gesch. der badischen Gerichtshöfe S. 113. v. Glöbigs *censura rei jud.* Tom. II, p. 222 not. Hurtebusch Beiträge 2 H. S. 138.

welchen z. B. nichts ankommt, wenn sich zeigt, daß ungeachtet des novi es doch bei dem vorigen Urtheil belassen werden muß. Am einfachsten geht man von der Ansicht aus, daß das bloße novum für sich nicht hinreiche, die Restitution zu begründen, daß vielmehr gewisse oben angegebene Bedingungen hinzukommen müssen, welche zugleich zum Fundamente der Restitutionsklage gehören, und von dem Restitutionskläger wie andere Merkmale der Klage erwiesen werden müssen. Die Beweisführung hängt nun von den behaupteten Thatsachen ab, durch welche der Impetrant die Restitution begründen will. In Fällen, wo er sich auf ein novum beruft, welches ein bei Errichtung des Rechtsgeschäfts gebrauchtes und später verlorenes Beweismittel enthält, muß er nach dem obigen Vorschlage ohnehin im vorigen Prozesse das Beweismittel schon bestimmt bezeichnet haben; behauptet er nun, dasselbe jetzt erst wieder aufgefunden zu haben, so wird es ihm nicht schwer werden, auf Verlangen, die Art der Entdeckung beweisen zu können. Das Aeußerste was sich hier vertheidigen ließe, wäre daß das Gesetz gestattete, daß der Restitutionskläger durch einen Eid erhärte, daß er jetzt erst das Beweismittel wieder entdeckt habe. Berufet sich der Impetrant darauf, daß sein Gegner das Beweismittel absichtlich bisher zurück gehalten oder früher durch produzierte falsche Beweismittel gestiegt habe, so ist kein Grund da, auch in diesen Fällen mit dem Eide sich zu begnügen, der Impetrant muß vielmehr die Behauptung gegen den Gegner streng erweisen, und kann sich des Eides nur bedienen in so fern dieser als ein zugeschobener sich rechtfertigen ließe. Gestattet das Gesetz auch noch andere nova als Restitutionsgründe, besonders in Fällen, wo den streitenden Theil kein Vorwurf der Schuld trifft, z. B.

weil das Rechtsgeschäft nicht von ihm eingegangen ist (der belangte Erbe findet, erst nachdem er schon verurtheilt ist, die Quittung über die Zahlung durch den Erblasser), oder bei Minderjährigen, so würde der Impetrant sich zum Beweise erbiehen müssen, daß er früher von dem Daseyn des Beweismittels nichts gewußt, daß er es jetzt erst entdeckt, und daß er es auf die von ihm anzugebende spezielle Weise aufgefunden habe 55). Kann der Kläger dies beweisen, so hat er hiezu Befugniß, kann er es nicht, so erbiehet er sich zum Eide, der aber nicht sogleich, sondern erst dann geschworen werden soll, wenn über die Relevanz des vorgebrachten novi erkannt werden kann 56).

In Ansehung der Zeit kann die Frage doppelt gestellt werden: 1) soll das Recht wegen nova unter den obigen Bedingungen Restitution zu suchen überhaupt a. eine gewisse Zeit gebunden werden, so daß nach deren Ablauf der Impetrant gar nicht mehr gehört werden soll? 2) In welcher Zeit von der Entdeckung des novi an gerechnet, soll Restitution bei Strafe des Verlusts nachgesucht werden? Wenn auch in Bezug auf die erste Frage die Entdeckung der Wahrheit an keine Fristen gebunden werden soll, wenn derjenige, welcher ohne seine Schuld Beweismittel verlor, zu jeder Zeit gehört zu werden

---

55) Die Forderung dies lehte zu beschwören, z. B. daß der Kläger das Dokument in diesem oder jenem Hause gefunden habe, wirkt gewiß wohlthätig und hält Manchen von einer frivolcn Restitutionsklage ab, so wie dies auch dem Eide eine bestimmte Richtung giebt und die Einwendungen gegen den Calumnieneid beseitigt.

56) S. auch preuß. Gerichtsö. Tit. XVI §. 21. u. hiezu O r ä v e l l Commentar III. S. 166.

verdient, wenn er das Verlorne auffindet, so fordert dennoch die Rücksicht, daß unsere Gesetzgebung, welche die Verjährung erkennt, überhaupt die Nothwendigkeit ausspricht, das Vorbringen der Klagen an gewisse Zeiten zu binden, dies vorzüglich in Ansehung der Restitutionen, weil die Rechtskraft der Urtheile jede Restitution ohnehin nur als Ausnahme zu betrachten lehrt, weil durch die bloße Aussicht einer Parthei, daß noch Restitution möglich ist, eine Rechtsunsicherheit, und erst nach Ablauf der Zeit, innerhalb welcher Restitution zu suchen war, eine wahre Rechtsgewißheit entsteht, und weil bei verspäteten Restitutionen ohnehin in den meisten Fällen eine völlige Wiederherstellung des vorigen Standes schwer oder gar nicht möglich ist. Wenn wir darnach eine gesetzliche Vorschrift rechtfertigen, welche Restitution nur innerhalb einer bestimmten Zeit gestattet, so scheint zwar die preußische Zeit <sup>57)</sup> von 10 Jahren, nach manchen Ansichten zu lange daurend, nach Andern zu kurz bestimmt zu seyn <sup>58)</sup>, allein diese Zeitfrist hält die Mitte zwischen dem von manchen neuen Gesetzgebungen noch angenommenen dreißigjährigen Zeitraum <sup>59)</sup> und der wohl zu kurzen

57) Gerichtsordnung Tit. XVI. §. 19.

58) Das gemeine Recht kennt nach der richtigen Meinung (s. Riedesel Vorträge S. 94 und Gensler im Archive IV. Bd. S. 136) keinen solchen Zeitraum, da sich das *quadriennium* nur darauf bezieht, daß innerhalb dieser Zeit, gerechnet von der Entdeckung des *novi* die Restitution gesucht werde.

59) S. W. in der hannöb. Untergerichtsordnung §. 154. Spangenberg Commentar II. S. 242. Auch die bad. Prozeßordnung §. 1252. erkennt dies für die meisten Fälle der *restitutio*.

von andern Gesezen angenommenen vierjährigen Frist 60). Es soll das Rechtsmittel nicht zur Schutzwehr der Nachlässigkeit in der Auffuchung der Rechtsmittel dienen, und hiezu sind 10 Jahre genügend, ist der Restitutionskläger durch den dolus des Gegners verhindert worden, die Urkunden früher zu entdecken, so hat er auch in Preußen einen längeren Zeitraum 61). Was aber die Zeit betrifft, innerhalb welcher von der Entdeckung des novi an gerechnet Restitution nachzusuchen ist, so ist offenbar das gemeinrechtliche quadriennium zu lange, die französische Frist 62) von drei Monaten aber und die bremische 63) so wie die badische Frist von 42 Tagen und die bayerische Frist von 60 Tagen zu kurz 64), wenn man erwägt, daß der Impetrant, wenn er auch das novum auffindet, nicht sogleich die Restitution nachsuchen kann, vielmehr und vorzüglich wenn er gewissenhaft ist, Erkundigungen einziehen, Beratungen pflegen und sich gehörig vorbereiten muß, was insbesondere dann zu berücksichtigen ist, wenn der Erbe, welcher ein novum findet, gegen einen von seinem Erblasser verlorren Prozeß Restitution nachsuchen will. Zweckmäßig scheint daher die Frist

---

60) Nach der bad. Prozeßordnung §. 1253. findet wegen neu entdeckter Beweise nach 4 Jahren keine restitutio statt.

61) Grävell Commentar III. S. 165.

62) Code de proc. art. 483.

63) Gerichtsordnung Art. 535.

64) Die preußische Gerichtsordnung l. c. §. 21 fordert auch binnen acht Wochen von der Entdeckung des novi an die Anmeldung der Restitution, allein wenn auch später rest. angebracht wird und sich die Relevanz des novi ergibt, so wird doch in der Hauptsache erkannt, der Impetrant wird aber mit Geldstrafe belegt.

von einem Jahre <sup>65)</sup> für die Nachsuchung des Rechtsmittels gesetzt zu werden. In dem Bundestagesbeschlusse über Restitution gegen Austrägerkenntnisse ist gleichfalls ein Jahr zur Restitution bestimmt <sup>66)</sup>.

Verweilt man endlich noch bei einigen dies Rechtsmittel betreffenden wichtigen Fragen, so dürfte es 1) nothwendig seyn, daß die Restitution nicht an das höhere Gericht, sondern an das erste Instanzgericht gebracht werde <sup>67)</sup>, weil dies schon wegen des Instanzenzuges und dann nothwendig ist, wenn das Hauptverfahren mit dem Vorverfahren verbunden werden soll, weil dadurch das erste Gericht in den Stand gesetzt wird, sogleich auf das *novum* das Haupturtheil auszusprechen, weil die Restitutionsklage als eine neue Klage zu betrachten ist, und weil die Entscheidung mit voller Unparteilichkeit dem ersten Gerichte anvertraut werden kann, indem das vorige Urtheil ja auf eine ganz andere Aktenlage erging <sup>68)</sup>. Nur in dem Falle wo die Restitution wegen Bestechung des vorigen Richters gesucht wird, muß das Gesuch an das Obergericht gebracht werden <sup>69)</sup>. 2) Ein Suspensiveffekt sollte dem Restitutionsgesuche in der Regel nicht beigelegt werden, wie auch das Kammergericht dies so anerkannt hat <sup>70)</sup>;

---

65) S. z. B. auch *Öhner Entwurf* Buch IV, cap. III, §. 6.

66) *Wohl die öffentliche Rechtspflege des deutschen Bundes* S. 207.

67) Dies fordert auch der *Code de proc. art. 490*.

68) S. auch *hannöv. Untergerichtsordnung* §. 155. *Spangenberg Commentar*. II, S. 243.

69) Dies bestimmt auch die *badische Prozeßordnung* §. 1252.

70) *Riedesel Vorträge* S. 102. s. auch *badische Prozeßordnung* §. 1261.



Ausnahmen mögen eintreten, wenn der Impetrant nachweisen kann, daß ein unerseßlicher Nachtheil aus dem Mangel der Suspensivkraft erfolgen würde 71). Darauf, daß die Restitution nur vor der wirklichen Vollstreckung gesucht wird 72) kann es nicht ankommen, und auf jeden Fall müßte der Impetrant Caution leisten, wie darauf auch in solchen Fällen das Kammergericht erkannte 73). 3) Zweckmäßig scheint auch die Einführung der Vorschrift, daß gegen ein Urtheil letzter Instanz nur einmal eine Restitutionsklage angebracht werden darf 74). 4) In Ansehung des Verfahrens hat sich in die Praxis mancher Gerichtshöfe 75) die Sitte eingeschlichen, daß der Restitutionsfucher zuerst die Aufhebung des vorigen Urtheils zu bewirken sucht, ohne daß bereits auf den Grund der nova das neue Urtheil impetrirt und die Relevanz der nova in der Hauptsache deduzirt wird; es ergeht nach dieser Sitte, wie die Praxis sagt, vorerst das *judicium rescindens*, wodurch über die Zulässigkeit der Restitution überhaupt erkannt wird. Dann erst fängt der Prozeß

71) Preussische Gerichtsordnung §. 534. Der bayer. Jud. Cod. cap. 16. §. 1. No. 7 gestattet Suspensiveffekt wenn das novum soweit bescheinigt und deduzirt ist, daß der Richter solches nicht ohne Grund zu seyn leicht erachten kann. Eine Verordnung vom 24. September 1766 benimmt dem Rechtsmittel überhaupt den Suspensiveffekt. *H a n d v.* Untergerichtsordnung §. 155.

72) Darauf steht die badische Gerichtsord. §. 167 f. dagegen mit Recht v. *D r a i s* Geschichte der badischen Gerichtsordnung S. 115.

73) *S e n k e n b e r g* de restitut. in int. c. IV. §. 34.

74) v. *D r a i s* Geschichte S. 116.

75) Dies findet sich auch nach dem franz. Code. de proc. art. 501.

in der Hauptsache an, und es kömmt zu dem *judicio rescissorio*; dies Verfahren aber ist nicht zu rechtfertigen, weil es unnöthiger Weise statt eines Prozesses zwei herbeiführt, unnöthige Kosten veranlaßt, und weil selbst das *judicium rescindens* ohne Prüfung der Hauptsache nicht gut möglich ist; daher gebieten Landesgesetzbücher 76) und rathen Praktiker 77) die Verbindung beider *judicia*.

---

#### IV.

#### Nichtigkeitsbeschwerde.

Das Bedürfniß auch für die Fälle, wo durch offenbare Gesetzesverletzung von Seite der urtheilenden Richter eine Parthei Nachtheil gelitten hat, oder wo ein wesentlicher Bestandtheil des Prozesses mangelt, ein Rechtsmittel zu geben, hat den Ursprung des sogenannten 1) außerordentlichen Rechtsmittels der Nichtigkeitsklage in Deutschland erzeugt, das von jeher als ein höchst bestrittenes vorkam. Im römischen Prozesse entwickelten sich unter dem Gesicht-

---

76) Cod. Jud. bav. cap. 16 § 1 No. 9. von Hannover: Spangenberg Commentar II. S. 246.

77) Prato bevera in den Materialien VI. Bd. S. 190.

1) Man bezweifelt, ob man nach richtigen Grundsätzen von einem Rechtsmittel dabei sprechen könne, s. C. v. Röder Beiträge zur Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozeße. Bernburg 1831 S. 13.

punkte, daß es einer Appellation nicht bedürfe <sup>2)</sup>, aus dem Verhältniß des *judex* und *Prätors* und aus der Einrichtung, nach welcher der Sieger mit dem Ausspruche des *judex* sich doch erst wegen der Vollstreckung an den *Prätor* wenden mußte, einige Fälle, in welchen die Ansicht sich ausbildete, daß das Urtheil nichtig sey, und daher weder *actio* noch *exceptio judicati* darauf gegründet werden könne <sup>3)</sup>. Der Beklagte, gegen welchen aus einem nichtigen Urtheile geklagt wurde, konnte durch die *exceptio* der Nullität sich schützen <sup>4)</sup>, und der Kläger, der ein nichtiges Urtheil gegen sich hatte, stellte die Klage noch einmal an, und suchte die *exceptio rei judicatae* durch die Replik der Nichtigkeit zu beseitigen <sup>5)</sup>. Von einer an gewisse Behörden zu richtenden und bestimmte Zeit dauernden Nichtigkeitsklage kommt aber auch unter den Kaisern nichts vor; es gab freilich nichtige Urtheile, die ihrer Natur nach nie eine Wirkung haben konnten <sup>6)</sup>, aber es führt kein Gesetz darauf, daß auch wegen behaupteter Nichtigkeiten nach gescheneher Vollstreckung ein besonderes Rechtsmittel Statt fand, obwohl zu glauben ist, daß man in manchen Fällen wegen Nichtigkeiten doch der Appellation sich bediente <sup>7)</sup>, oder daß man,

2) Daher der Titel der Pandekten (XLIX. 8.) *quae sententiae sine appellatione* und im *Codex* (VII. 64.) *quando provocare non est necesse*.

3) S. die Fälle in *Ulmendingen* *Metaphysik* S. 279. *Hörner* Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde S. 12. *Röder* l. c. S. 26—32.

4) *Simmer* römischer *Civilprozeß* S. 176. S. 496.

5) v. *Röder* l. c. S. 24.

6) *S. B.* Fall in I. 2. 3. D. h. t.

7) Die Gesetze sagen nur daß es der Appellation nicht bedürfe. *Heffter* *Institutionen* S. 508.

um den Nachtheil abzuwenden, durch retractatio sententiae zu helfen suchte 8). Im canonischen Rechte, wo überhaupt die Rechtsmittel begünstigt wurden, bildete sich die Ansicht aus, daß die Parthei welche Nullität des Urtheils behauptete, diese durch eine eigene Querel verfolgte, die Praktiker beziefen sich auf die römischen Stellen und riethen, wenn auch nicht appellirt wurde, das Urtheil anzugreifen 9), man behielt sich selbst, wenn man appellirte, das Recht der Nullitäten nachträglich zu verfolgen bevor, und Glossatoren 10) und Praktiker sammelten die Nichtigkeitsfälle 11), während die Praxis, um der Sache eine Form zu geben, das remedium nullitatis auf bestimmte Regeln zurückführte 12), und unter den nullitatibus insanabilibus (bei den a jure naturali eingeführten Formen und Sätzen) und den nullitatibus sanabilibus (bei den formis juris positivi) unterschied 13). Diese Ansichten gingen nun in die Praxis der Reichsgerichte über, auch die canonischen Unterscheidungen finden sich darin, die ältern Reichsgesetze 14) nennen nur die Nichtigkeit ohne etwas bestimmtes vorzuschreiben. Die Vorschrift der

---

8) Simmern röm. Civilprozeß S. 177.

9) Duranti speculum lib. II. 3. cap. de sententia und die Ansichten der ältern Canonisten überhaupt in Vantius tract. de nullitatibus processuum. Colon. 1575.

10) Ihre Ansichten kommen vorzüglich in den Glossen ad leg. 4. Cod. de sentent. vor.

11) Siehe besonders auch Maranta de ordine judiciorum p. 1111. dist. 16. Stellen über Nichtigkeit gesammelt bei Röder l. c. S. 35 2c.

12) S. Goldschmidt Abh. aus d. bürgerl. Proj. S. 113.

13) Siehe auch Clem. saepe de Verb. sign.

14) Z. B. Kammergerichtsso. von 1521.

Kammergerichtsordnung von 1555 <sup>15)</sup> war schon mehr geeignet den Nachtheilen vorzubeugen, welche dadurch entstanden, daß man durch beständige Berufung auf Nichtigkeit die Urtheile an das Kammergericht zu bringen suchte, wozu die Praxis schon nach der Lehre der Canonisten die dreißigjährige Verjährungszeit gestattete <sup>16)</sup>. Sehr merkwürdig sind zur Erläuterung der damaligen Praxis die Aussprüche der alten Landesgerichtsordnungen aus dem XVI. Jahrhundert, insbesondere der bayerischen von 1520 <sup>17)</sup> und der badischen von 1588 <sup>18)</sup>. Die erste handelt von der Nichtigkeit bei der Appellation, und erklärt, daß man wegen ungerechter Urtheile appelliren müsse, wegen nichtiger Urtheile aber dies nicht nöthig habe, sondern daß die Parthei bei dem unteren oder dem oberen Richter nur die Nichtigkeit anzuzeigen brauche; das zweite handelt davon bei der Vollstreckung der Urtheile, und spricht von der *exceptio nullitatis*, durch welche, wenn sie in *continenti* erwiesen würde, die Vollstreckung aufgehalten werden soll; in Ansehung der Nichtigkeitsgründe zählt die bayerische acht und die badische zehn Fälle der Nichtigkeit auf; die meisten sind aus römischen Gesetzen genommen; insbesondere rechnen beide den Fall hieher, wenn ein Endurtheil einen ausgedrückten öffentlichen Irrthum wider ausgedruckte kaiserlich Recht oder wider göttlich oder natürlich Recht enthält; die badis-

15) Theil III. Tit. 34. §. 2.

16) P. de Ferrariis de praxis aur. XXI. No. 5.

17) Bayerische Gerichtsordnung v. 1520 Tit. IX. Art. 8. 9.

18) Landrecht der Markgrafschaft Baden Baden von 1588 Tit. XL. (abgedruckt in der Sammlung der Landr. Landesordnung und Statuten der Markgrafschaft Baden Carlruhe 1805) I. Thl. S. 106.

sche Ordnung zählt noch den Fall hieher, wenn das Urtheil auf falsche Zeugen oder Urkunden gebaut oder von einem bestochenen Richter gefällt war. — Alle Versuche der Reichsgesetze, festere Bestimmungen in dieser Lehre zu geben, waren aber ungenügend, und die Praxis war so von Vorurtheilen erfüllt, daß selbst die nach langen Berathungen 19) zu Stande gekommene Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds 20) nicht gehörig gewürdigt und in ihrem wahren beschränkenden Sinne aufgefaßt wurde. Durch den Gebrauch der Worte: *insanabilem defectum* hatten die Redaktoren des Reichsgesetzes der Praxis die Veranlassung zur Annahme gegeben, daß die Reichsgesetzgebung den alten Unterschied zwischen *nullitas sanabilis* und *insanabilis* habe bestätigen wollen, und es war begreiflich, daß alles Streben der Praktiker nun darauf ging, auszumitteln, was eine unheilbare Nichtigkeit sey, statt zu erwägen, ob denn die Reichsgesetzgebung nicht vielmehr den Unterschied ganz habe verbannen wollen. So erklärt es sich auch, daß in den Landesgesetzbüchern die größte Verschiedenheit vorkömmt. Im sächsischen Prozeß 21) nennen die Gesetze nur beispieisweise die Nichtigkeiten, und rechnen dahin auch die Fälle falscher Zeugnisse und Dokumente ein Verfahren wider die Prozeßordnung, oder Entscheidung wider klare Landesgesetze oder unzweifelhafte Vorschriften rezipirter Rechte.

19) Siehe in Göbner Handbuch B. III. Abh. 64 S. 4—7.  
Röder l. c. S. 49—57.

20) J. R. U. v. 1654. S. 121.

21) Sächs. erl. Prozeßordnung Tit. XXXVIII. S. 1. Uitenburg. Prozeßordnung P. I. cap. 34 S. 1 Zusatz VI. No. 4.  
Kori Theor. des sächs. Proz. S. 318.

In dem hannöverschen Prozesse <sup>22)</sup> werden auch Erkenntnisse contra manifestissima jure oder ante legitimam causae cognitionem für unheilbar nichtig angesehen. Von den älteren Prozessordnungen hatte am kürzesten die baierische <sup>23)</sup> sich ausgesprochen; sie erkennt die unheilbare Sentenz nur ex defectu citationis oder jurisdictionis an; daraus folgt, daß auf keine sogenannte nullitas contra jus in thesi in Baiern Rücksicht genommen werden könne, und die baierische Praxis hat sehr umsichtig die gesetzlichen Worte ausgelegt. Die preussische Gerichtsordnung nimmt als Nullitätsgründe an: 1) wenn ex falsa causa, 2) oder gegen ein klares im Landrechte oder in den bestätigten Provinzialgesetzbüchern enthaltenes Gesetz erkannt worden. 3) Wenn ein mit Jurisdiktion nicht versehenes Richter urtheilte. 4) Wenn eine ohne Vormund oder Curator vor Gericht zu handeln nicht befugte Parthei auftrat. 5) Wenn keine oder nichtige Vollmacht da war. 6) Wenn gegen jemanden, dem die erlassenen Citationen nicht insinuirt wurden, in der Hauptsache in contumaciam erkannt worden <sup>24)</sup>. In einem ausgedehntern Umfange läßt die hessische Praxis <sup>25)</sup> Nichtigkeitsklagen zu, und ein eigenes badisches Gesetz <sup>26)</sup> begünstigt diese Klagen so

22) Desterlei hannöb. Proz. II Thl. S. 395. Sagemann die Ordnung des k. Oberappellationsgerichtes S. 88. 89.

23) Cod. Jud. cap. 16. §. 2.

24) Gerichtsordn. Tit. XVI.

25) Kopp Handbuch der hessen-cassel. R. VI. Thl. S. 266. Wagner Grundzüge der Gerichtsverfassung S. 187.

26) Nullitätsedikt v. 8. März 1804 Regierungsbl. v. 1804 No. 16 und darüber v. Drais Gesch. der badischen Gerichtshöfe S. 128.

sehr, daß Nichtigkeit auch dann eintritt, wenn in der Form des Verfahrens oder im Inhalte des Urtheils etwas geschehen oder unterblieben ist, das durch ausdrückliche Gesetzesvorschrift oder durch Diktate der gesunden Vernunft zur gerechten Entscheidung nothwendig erscheint. Die österreichische Gerichtsordnung 27) gestattet der Parthei, welche behauptet, daß das Urtheil eine offenbare Nullität enthalte, eine Nichtigkeitsbeschwerde anzubringen; allein das Gesetz giebt nicht an, welche Fälle die offenbare Nichtigkeit begründen, daher in der österreichischen Praxis selbst großer Streit herrscht 28), es scheint jedoch, daß die neuere Ansicht am meisten Eingang gefunden hat 29), nach welcher Nichtigkeit anzunehmen ist, wenn es dem Subject an der persönlichen Fähigkeit zur Führung oder Entscheidung des Rechtsstreits, oder dem Objecte an der Tauglichkeit, Gegenstand des Civilprocesses zu seyn, oder dem Prozesse, oder dem Urtheile an einer wesentlichen Form mangelt, oder der Inhalt des Urtheils die Grenzen der richterlichen Gewalt überschreitet 30). Auch die neuen Gesetzgebungen (von der französischen ist abge sondert bei dem Cassationshose zu handeln), zeichnen sich bei dieser Lehre nicht immer durch Bestimmtheit und Zweckmäßigkeit aus. Die weima:

---

27) Gerichtsordnung v. 1781 §. 262.

28) S. J. B. F ü g e r das gerichtliche Verfahren in Streitfachen. Wien 1812 II. Thl. S. 153. Prato be vera Materia lien VI. Bd. III. Abth. §. 16.

29) Am ausführlichsten begründet in F i s c h e r die Lehre von der Nichtigkeit der Civilurtheile. Prag 1829.

30) Nach dem österreichischen Hofdekret vom 9. April 1800 soll Nullität da seyn, wenn gegen die klare Vorschrift der Gesetze entschieden worden, s. aber F i s c h e r l. c. S. 186.



rische D. U. G. D. <sup>31)</sup> nimmt Nichtigkeitsbeschwerde an, wenn 1) durch das Urtheil absolut wesentliche Bestandtheile des Prozesses verletzt worden, oder 2) gegen den klaren Buchstaben specieller Landesgesetze, oder 3) gegen frühere öffentlich bekannt gemachte, nicht etwa seit dem durch landesherrliche Verordnungen unanwendbar gewordene praejudicia des Oberappellationsgerichts selbst gesprochen worden; die Behauptung aber, daß gegen das jus commune gesprochen worden sey, soll keine Nullitätsbeschwerde begründen; die zerbster D. U. G. D. <sup>32)</sup> nimmt Nichtigkeit an, wenn gegen den Inhalt eines Landesgesetzes gesprochen, wenn auf falsche Urkunden oder Zeugenaussagen geurtheilt worden, wenn in dem Verfahren absolut wesentliche Bestandtheile des Prozesses verletzt wurden. Die D. U. G. D. für die vier freien Städte <sup>33)</sup> erkennt die Beschwerde nur als zulässig, wenn sie auf wesentlichen Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen oder Personen der Partheien oder des gerichtlichen Verfahrens sich gründet. Die bremische Gerichtsordnung beschränkt die Nichtigkeitsbeschwerde <sup>34)</sup> auf die Fälle, wenn ein wesentlicher Mangel in Hinsicht der Gerichtspersonen, der Partheien oder des gerichtlichen Verfahrens sich findet. Die nassauische Prozeßordnung <sup>35)</sup> scheint die Nichtigkeitsbeschwerde wegen der Verletzung des juris in thesi aufzuheben, da sie ausspricht: daß es keinen Unterschied mache, ob das Urtheil nach

---

31) §. 24.

32) §. 21.

33) §. 16. und in der neuen Oberappellationsgerichtsordnung vom 13. August 1831. §. 41. 42.

34) §. 537.

35) §. 100.

einer fälschlich als Rechtsfact angenommenen Voraussetzung gefällt, oder ob dabei ein Rechtsfact falsch angewendet wurde, da wegen beider Rechtsverletzungen lediglich die Appellation Statt finde. Die anhaltische Prozeßerläuterung <sup>36)</sup> gebietet, daß, wenn zwei übereinstimmende Erkenntnisse vorhanden wären, kein Rechtsmittel dagegen gestattet werden soll, mit alleinigem Ausschlusse der Nullitätsquerel, wenn aus falschen Gezeugnissen gesprochen wäre. Das Gesezbuch für den Canton Tessin <sup>37)</sup> nimmt die Nullitätsquerel an, 1) wenn über Gegenstände, um die nicht gebeten wurde, erkannt war, 2) oder mehr, als die Partheien verlangten, oder 3) wenn das nämliche Urtheil widersprechende Entscheidungen enthält. Das bernische Gesezbuch <sup>38)</sup> nennt ein Urtheil nichtig, wenn der unterliegenden Parthei der Termin zur Fällung desselben nicht bekannt gemacht worden, und sie sich dabei nicht eingefunden, oder wenn das Gericht die Streitfrage nicht nach den Schlüssen der Partheien beurtheilt hat. Die neue hannoversche Prozeßordnung <sup>39)</sup> gestattet die Nichtigkeitsklage nur wenn das Urtheil einen Mangel an wesentlichen Theilen des gerichtlichen Verfahrens leidet, wenn daher das Gericht nicht die Gerichtsbarkeit hatte oder wenn die unterliegende Parthei nicht fähig war, vor Gericht zu handeln, oder wenn es an Legitimation zur Sache fehlte, oder wenn dem unterliegenden Theile das rechtliche Gehör nicht gewährt worden ist; daher ist es anerkannt, daß wegen einer nullitas contra jus in

---

36) Vom August 1822 zum Titel XV. §. 1.

37) Codice di procedura civile libr. IV. tit. II. art. 414—17.

38) Gesezbuch über das gerichtl. Verfahren Art. 327.

39) Untergerichtsordnung von 1827 §. 158.

thesi keine Nichtigkeitsklage zulässig ist 40). Die neueste badische Prozeßordnung hat keine Nichtigkeitsklage mehr aufgenommen, dagegen war es nothwendig, für die Fälle, in welchen eine Nichtigkeit wegen Gesetzesverletzung vorhanden scheint, die ordentlichen Rechtsmittel zu erweitern, und so erklärt es sich, warum die Appellation ohne Rücksicht auf die Appellationssumme als zulässig gestattet ist 41), wenn der Grund der Beschwerde in verletzten Vorschriften des Verfahrens besteht, oder wenn das Urtheil auf einen unwahren in den Entscheidungsgründen ausdrücklich angeführten Rechtsatz gebaut ist, und selbst die Oberappellation ist gestattet 42), wenn es zwar an der Oberappellationssumme mangelt, aber der Grund der Beschwerde, in den vom Appellationsgerichte selbst verletzten Vorschriften des Verfahrens liegt. Der b a i e r i s c h e Entwurf der Prozeßordnung von 1827 gestattet noch die Nichtigkeitsbeschwerde 43), nicht bloß wenn es dem Richter an der Gerichtsbarkeit fehlte, wenn das Gericht nicht gehörig besetzt war, wenn unfähige Richter urtheilten, wenn es an der Legitimation zur Sache fehlte, wenn ein nicht bevollmächtigter Anwalt auftrat, sondern auch wegen Vernachlässigung einer bei Strafe der Nichtigkeit gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeit. Dagegen wurde keine Nichtigkeitsbeschwerde wegen nullitas contra jus in thesi gestattet, und selbst die nullitas, wenn contra rem judicatam geurtheilt war, wurde

---

40) Spangenberg Commentar zur hannöb. Prozeßordn. II Thl. S. 262.

41) Prozeßordnung von 1831 S. 1175.

42) Prozeßordnung S. 1177.

43) Entwurf S. 332.

nicht aufgenommen 44). Die Verjährung der Nichtigkeitssklage in 30 Jahren wurde anerkannt 45), und obwohl bei den Berathungen der landständischen Commission die Nachtheile solcher lang dauernden Nichtigkeitssklage geltend gemacht und gefordert wurde, diese Klage an die Appellationsnothfrist zu binden, und 4 Monate für den Fall zu geben, wenn die Parthei erst später die Nichtigkeit entdeckt, so fand doch diese Ansicht keine Billigung 46). — Der neueste bayerische Entwurf kennt kein Rechtsmittel der unheilbaren Nichtigkeit im gemeinrechtlichen Sinne, allein 1) um die Parthei, die durch ein nichtiges Urtheil Schaden litt, nicht rechtlos zu machen, gestattet der Entwurf die Anfechtung des Urtheils 47) bis und selbst noch gegen die Urtheilsvollstreckung als eine Einrede der Nichtigkeit, und zwar a) für den unterliegenden Beklagten, wenn er gar nicht geladen oder von einem falschen Bevollmächtigten vertreten wurde, oder wenn der als Kläger aufgetretene falscher Bevollmächtigter oder zur Klage nicht berechtigt, oder vor Gericht aufzutreten nicht befähigt war; b) für den unterliegenden Kläger, wenn ein falscher Bevollmächtigter auftrat oder wenn der Beklagte nicht zur Sache oder zur Verhandlung berechtigt war. 2) Sobald dagegen ein nichtiges Urtheil vollzogen ist, gestattet der Entwurf 48) kein anderes Rechtsmittel als dasjenige, welches die bürgerlichen Gesetze wegen Beschädigung durch Irrthum oder Betrug oder wegen Minderjährigkeit gestatten. 3) Der Entwurf berücksich-

44) Motive zum Entwurf. S. 345.

45) Entwurf §. 535.

46) Rudhart Bericht über den Entwurf. S. 353.

47) Entwurf von 1831 §. 357.

48) Entwurf §. 358.

tigt aber auch das öffentliche Interesse, welches da entsteht wo eine Gesetzesverletzung vorliegt; hier soll zwar, wenn die Partheien des Rechts Berufung zu ergreifen sich nicht bedienten, das Rechtsverhältniß der Partheien nach dem Urtheile gegründet bleiben 49), allein der Staatsanwalt soll dann im Interesse des Gesetzes Revision ergreifen 50), sobald durch das Urtheil ein Gesetz (es sey hinsichtlich der Förmlichkeit des Verfahrens oder in den Materien des Streits) verletzt ist. Es wird dann in öffentlicher Sitzung des Obergerichts (mit Hinweglassung der Benennung der Partheien) verhandelt und darüber entschieden, ob das Urtheil den Gesetzen gemäß war. Dies Urtheil des Obergerichts wird dann öffentlich bekannt gemacht.

Vergleicht man diese verschiedenen Bestimmungen, so überzeugt man sich leicht, daß die Landesgesetzgebungen sich von einer nicht zu rechtfertigenden Ansicht der Schriftsteller haben irreführen lassen, nach welcher man glaubte, daß ungeachtet der Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds alle Stellen des römischen Rechts, in welchen von Nichtigkeit der Urtheile gesprochen würde, noch anwendbar seyen, daß insbesondere auch dann, wenn das Urtheil eine *nullitas contra jus in thesi* enthalte, eine dreißig Jahre lange dauernde Nichtigkeitsbeschwerde gegönnt sey 51); man ging davon aus, daß schon seit der Praxis der geistlichen Gerichte der Unterschied in *nullitates sanabiles et insanabiles* bekannt gewesen, von da in die Reichsgerichte übergegangen, daß der *J. R. A.* durch die Berufung auf die Disposition der gemeinen

49) Entwurf §. 381.

50) Entwurf §. 877.

51) Mit Anwendung der l. 32 D. de re judic. l. 19. D. de appell. l. 1. §. 2. D. l. 2. Cod. quae sent. sine appell.

Rechte die römischen Stellen in ihrer Anwendung bestätigt, und an einen praktischen Unterschied nur neue praktische Folgen geknüpft habe <sup>52)</sup>, oder daß, wie andere <sup>53)</sup> meinten, der jüngste R. A. nichts verordnet habe, was nicht schon längst im römischen Rechtssysteme gegründet gewesen. Man vergaß bei diesen Deduktionen, daß Alles nur auf die Beantwortung der Frage ankomme: ob nach den Worten und nach dem Geiste der Reichsgesetze auch eine angeblich wegen Verletzung des *juris in thesi*, also im Inhalte des Erkenntnisses vorhandene Nullität eine unheilbare in dem Sinne sey, daß Nullitätsklage Statt finden dürfe. Ohne noch die praktischen Folgen einer solchen Ansicht zu erwägen, sey es erlaubt, der Entstehung der Vorschrift des J. R. A. zu folgen. Wenn auch im Mittelalter bereits der Unterschied von *nullitas sanabilis* und *insanabilis* behauptet wurde, so ergiebt sich doch aus Vergleichung der Praktiker unter sich, daß sie weder über die Auslegung noch über die Folgen der Unterscheidung unter sich einig waren; eben so wenig findet man bei den Praktikern des XVI. Jahrhunderts eine Uebereinstimmung, und daß der Unterschied in die Reichsgesetze nicht übergegangen ist, beweiset die schon oben erwähnte Kammergerichts D. v. 1555 <sup>54)</sup>. Daß nach der älteren Sprache: öffentlich so viel als offenbar, und möchte so viel als könnte, bedeute, be-

---

52) So urtheilt Goldschmidt Abhandl. S. 119.

53) S. J. B. Klüpfel über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts. S. 184.

54) Thl. III. Tit. 34 §. 2 *verbis*: es wäre denn eine Sache, wo sich aus den *actis* der ersten Instanz eine öffentliche Nullität befände, welche in anderer Instanz nicht ratifizirt werden möchte.

darf wohl keines Beweises; daß aber nach der Kammer. G. D. die entscheidende Rücksicht immer die seyn sollte, ob die angebliche Nullität in höherer Instanz ratifizirt und geheilt werden kann, wurde weniger beachtet; die Redaktoren der Kammerg. D. gingen weise davon aus<sup>55)</sup>: es giebt Nullitäten, welche auch durch Ergreifung von Rechtsmitteln und daher durch die Einwirkung der höheren Instanz nicht gehoben werden können, weil die Richtigkeit in solchen Punkten liegt, welche die wesentlichen Bedingungen eines rechtsbeständigen Verfahrens sind, z. B. daß die rechten Partheien stritten, daß die Anwälte bevollmächtigt waren; fehlt es an einer solchen Bedingung, so ist freilich das Urtheil nichtig, weil es auf eine nichtige Grundlage sich stützt, auch kann Appellation und ein neues Urtheil höherer Instanz nichts helfen, d. h. durch einen bloßen Akt der richterlichen Reflexion in oberer Instanz läßt sich die Richtigkeit nicht heilen, weil in erster Instanz, d. h. im Verfahren selbst und in den Bedingungen desselben ein Mangel ist, und der obere Richter zuerst das erste Urtheil als ein nichtiges aufheben und ein neues Verfahren anordnen muß. In diesem Sinne hätte eine Nichtigkeit wegen der Verletzung des *juris in thesi*, also im Inhalte des Urtheils nicht die Nullitätsquerel begründen können, weil die Nullität nicht in Actis der ersten Instanz, d. h. im Verfahren lag, weil durch die Appellation und die hierauf eintretende richterliche Reflexion die Rechtsverletzung leicht gehoben werden konnte, ohne daß es ein neues Verfahren bedurfte. — Diese Ansicht schwebte auch den Redaktoren des jüngsten Reichsabschieds vor, bei welchem

---

55) S. noch v. Röder Beiträge S. 126.

die Berathungen vorzüglich deswegen verwickelt waren, weil man durch Aufstellung von Unterscheidungen helfen zu können glaubte und sich herumstritt, was substantiale sey. Bemerkt man aber, daß kategorisch der J. R. U. in §. 121 vorerst die Unterscheidungen von *sententia in justa et nulla* aufhebt, daß *fatale* von zehn Tagen vorschreibt, d. h. erklärt, daß auch die sogenannten *nullitates* innerhalb dieser Zeit angebracht werden müßten, daß daher die in Bezug auf die Materie des Urtheils vorhandenen Nichtigkeiten nur durch die gewöhnlichen Rechtsmittel geheilt werden sollen, macht er in §. 122 nur die Ausnahme, daß es bei den Nullitäten, die *insanabilem defectum ex persona partium*, oder *judicis*, oder *ex substantialibus processus* nach sich ziehen, bei der Disposition der gemeinen Rechte bleibe, d. h. daß innerhalb dreißig Jahren die Nullitätsquerel zulässig sey, so überzeugt man sich leicht, daß nicht im Ganzen das gemeine Recht mit allen Stellen, die von Nichtigkeit handeln, bestätigt ist, sondern nur in Ansehung derjenigen Nullitäten, die in eine der drei Klassen gehörten; eben so wenig stellt der J. R. U. den Unterschied von *nullitas sanabilis et insanabilis* im bisherigen Sinne auf; die Berathungen zeigen vielmehr, daß man sich endlich überzeugte, daß mit den Unterscheidungen nichts bewirkt werden könne, daher auch der Unterschied von *sent. nulla et injusta* aufgehoben wurde; die Worte: *insanabilem defectum* sind aber ganz im Sinne der Kammergerichtsordnung von 1555 zu nehmen, in so ferne manche Nullitäten wirklich einen unheilbaren Mangel, d. h. auf die Möglichkeit durch Appellation und neues Urtheil abzuhelfen bezogen — enthalten, sobald der Mangel im Verfahren und seinen Grundbestandtheilen liegt. Es ist eine nicht zu



rechtfertigende Verdrehung, wenn man in den Worten: *ex substantialibus processus*, etwas anderes als wesentliche Bestandtheile des Verfahrens verstehen, und sogar *nullitas contra jus in thesi* im J. R. U. bestätigt sehen will, während weder die Worte darauf passen, noch die Ansicht der früheren Kammerg. D. noch der Geist und die Absicht des Gesetzgebers einer solchen Auslegung zur Seite steht. Diese Ansicht, daß nach dem Willen des jüngsten Reichsabschieds die *nullitas contra jus in thesi* keine Nichtigkeitsbeschwerde begründen soll, ist auch in neuerer Zeit fast allgemein anerkannt worden <sup>56)</sup>.

Fragt man nun, ob durch eine solche beschränkende Erklärung der Reichsgesetze nicht offenbare Rechtsverletzungen begünstigt und den schwer gekränkten Partheien nothwendige Rechtsmittel abgeschnitten werden, so hängt die Frage mit der zusammen: ob überhaupt eine neue Gesetzgebung wegen der *nullitas contra jus in thesi*, daher wegen Nichtigkeiten im Inhalte des Erkenntnisses eine Nichtigkeitsbeschwerde gestatten, oder lieber aussprechen soll, daß auch die Beschwerden wegen solcher Verletzungen auf dem Wege der Appellation angebracht werden müssen. Indem wir das letzte vertheidigen, bedarf es nur der Vorbemerkung, daß ohnehin in einigen Fällen, welche man hieher rechnet, die Nullitätsquerel nicht praktisch seyn kann, z. B. wenn das Urtheil keine bestimmte Absolution oder Condemnation enthält, oder überhaupt dunkel und unverständlich ist <sup>57)</sup>, oder wenn das Urtheil mit einem schon rechtskräftigen klaren Bescheide im Widerspruche

56) Linde Lehrbuch des Proz. S. 421. Bayer Vorträge S. 519. v. Räder Beiträge S. 130. u. f. r.

57) L. 3. Cod. de sent. quae sine certa quant. L. 2. 3. D. quae sent. sine appell.

steht 58) oder wenn das Urtheil auf später als falsch nachzuweisende Beweise gebaut ist 59). Im letzten Falle tritt ohnehin die Restitution ein, im zweiten vernichtet die Einrede der Rechtskraft des ersten Urtheils die Vollstreckung des zweiten, und im ersten Falle kann es nie zu einer Vollstreckung kommen. Insbesondere kann in dem Falle wo das Urtheil einer rechtskräftigen Entscheidung widerspricht, eine Nichtigkeit nicht angenommen werden, weil da, wo die Parthei in den Verhandlungen die Einrede des rechtskräftigen Urtheils vorgebracht hatte, und darüber das letzte Urtheil entschied, die beschwerte Parthei durch Appellation hätte helfen können und da, wo sie die *exceptio rei judicatae* nicht vorbrachte, die Parthei als präkludirt mit der Einrede erscheint und daran selbst die Schuld trägt, und da wo sie erst später die früheren *res judicatae* erfährt, durch *restitutio in integrum* ihre Rechte verfolgen kann 60).

Daß bei einem Urtheile, welches zu einer unmöglichen oder unerlaubten Handlung verurtheilt, eine Nichtigkeitsklage unpraktisch ist, ergiebt sich schon daraus, daß ein solches Urtheil nie Gegenstand der Vollstreckung werden kann. Um ein, den klaren Inhalt der Akten widerstrebendes Urtheil aufzuheben, bedarf es keiner Nullitätsquerel, sondern weit einfacher reicht hiezu die Appellation zu 61). Ebenso wenig bedarf es aber der Einführung einer Nichtigkeitsklage für den Fall, wo das Urtheil den Ge-

---

58) L. 3. Cod. quando provoc. non est necess. L. 6. D. de exc. rei judic.

59) L. 11. D. de exc. et praescr. l. 33. D. de re jud.

60) Fischer die Lehre von der Nichtigkeit S. 214. v. R ö-  
der Beiträge S. 133.

61) Fischer l. c. S. 207.

setzen widerstreitet, denn 1) sobald diese zugelassen wird, steht keine Rechtskraft eines Urtheils dreißig Jahre lang sicher und unangefochten; betrachtet man den Zustand des gemeinen Rechts, erwägt man, daß dies Recht in einer dem Volke und den streitenden Theilen nicht zugänglichen Sprache geschrieben, in einem Haufen bunt durcheinander liegender Fragmente besteht, über deren Zusammenhang und Auslegung beständiger Streit ist, betrachtet man die Berge von Landesgesetzen, berücksichtigt man die ungeheuern Fortschritte, welche seit zwanzig Jahren das Studium des Civilrechts durch die Anwendung einer richtigen Methode, durch historische Entwicklung der Rechtsquellen, durch Auffindung neuer Quellen gemacht hat, wirft man einen Blick auf die drei Elemente, aus welchen dies gemeine Recht besteht, und auf die Streitigkeiten über das Verhältniß der Quellen unter sich, so möchte es nicht schwer seyn, die Hälfte aller Urtheile, die vor zwanzig Jahren gefällt worden sind, vorzüglich in Gegenständen, die erst durch neue Bearbeitungen Licht gewonnen haben, umzustößen, und ihre materielle Richtigkeit nach dem Zustande unserer jetzigen Rechtsbildung zu zeigen. Glaube man auch nicht, daß ein solcher Zustand nur in Ländern eintreten könne, welche noch gemeines Recht kennen. Es hat die Erfahrung erwiesen, daß zwar in andern Ländern, welche von einer neuen selbstständigen Gesetzgebung beherrscht werden, der chaotische Zustand weniger fühlbar ist, aber nirgends fehlt es an zahllosen Controversen, vergebens sucht man für alle möglichen Fälle in einem Gesetzbuche die erschöpfende Bestimmung; auch in Ländern, wo baierisches, preussisches und französisches Recht gilt, finden die widersprechendsten Ansichten der Gerichtshöfe über die Auslegung einzel-

ner Artikel Statt, und das nothwendige Gesetz der Fortbildung des Rechts übt seine Herrschaft auch da aus, wo neue Gesetzgebungen gelten, so daß manche Ansichten, z. B. in deutschen Territorien, die nach dem Code Napoléon leben, jetzt als völlig richtig und ausgemacht gelten, deren Gegentheil noch vor zehn Jahren allgemein gelehrt und von den Gerichtshöfen ausgesprochen wurde. Was soll bei dieser nothwendigen Fortbildung aus der Rechtskraft der Urtheile werden, wenn dreißig Jahre lang die Parthei gestützt auf die neue jetzt als richtig anerkannte Auslegung eines Gesetzes mit der Behauptung auftreten kann, daß das nach der damals herrschenden Theorie gefällte Urtheil unheilbar nichtig sey <sup>62)</sup>. 2) Auch die Versuche neuer Gesetzgebungen, diesen Nullitätsgrund zu beschränken, z. B. daß nur dann Nullitätsquerel Statt finde, wenn gegen den klaren Buchstaben klarer Landesgesetze geurtheilt worden, führen nicht besser zum Ziele, sobald man erwägt, daß in vielen deutschen Staaten die Landesgesetze gar nicht gesammelt sind, und nicht vollständig erkannt werden können <sup>63)</sup>, daß in diesen Gesetzgebungen die Mandate und Reskripte vom XVI. Jahrhundert noch neben den Verordnungen seit drei Jahrhunderten fortbestehen und zu Bergen sich aufgethürmt haben, wenn man erwägt, daß es Länder

62) G ö n n e r Motive zum Entwurfe S. 866. Sibeth Kritik des gemeinen und Mecklenburg. Prozesses 2 Abthl. S. 61.

63) In Bezug auf die sächsischen Herzogthümer hat Kori in einer kleinen Schrift: Ueber die Nothwendigkeit sich in den einheimischen Rechten auszubilden, Jena 1822, nachgewiesen, welche höchst verschiedenartige Rechtsquellen gelten, wie noch bei vielen Streit über ihre Gültigkeit ist, und wie schwierig sie nur zu erhalten sind.

giebt, in welchen Landrechte gelten, welche gar nicht publizirt worden sind <sup>64)</sup>, daß überall die älteren deutschen Landesgesetze gar nicht auf Vollständigkeit Anspruch machen, vielmehr aus dem gemeinen Rechte oder aus dem deutschen Privatrechte zu interpretiren sind, so daß alle Controversen dieser Rechts-theile auch in die Landesgesetzgebungen gewöhnlich übergegangen sind. Der Beisatz aber: gegen den klaren Buchstaben ist um nichts aufklärender, da die wahre logische Auslegung von der grammatischen nicht getrennt werden kann, und der Ausdruck selbst so schwankend ist, daß es den Anwälten nicht schwer werden kann ihn am günstigsten für sich auszulegen. Die Gestattung der Nullitätsquerel aber so nach der weimarschen Ober A. D., wenn das Urtheil gegen frühere öffentlich bekannt gemachte Präjudicien des Ober A. G. anstößt, ist deswegen unpassend, weil die Bildung solcher Präjudizien oft von zufälligen Umständen abhängen <sup>65)</sup>, die nicht auf ein Gesetz einwirken sollen, weil dadurch den Obergerichten eine wahre gesetzgebende Gewalt beigelegt würde, und alle Fortbildung des Rechts,

---

64) B. B. in Hessen in der Provinz Starkenburg gilt ein Landrecht (das der oberen Grafschaft Katzenellenbogen aus dem XVI. Jahrhundert) welches nie als Gesetz publizirt worden ist, auch nicht gedruckt war, bis 1795 ein Buchdrucker aus Privatpekulation dasselbe abdrucken ließ. Und doch werden darnach die Prozesse entschieden.

65) Dem Verf. ist der Fall bekannt, daß bei einem Oberappellationsgerichte, an dem nämlichen Tage in einem Senate in einem Prozesse die Frage: ob extra casum evictionis die litis denuntiation nothwendig sey, bejahend und im zweiten Senate in einem anderen Prozesse verneinend entschieden wurde.

alle Entwicklung eines besseren Geistes der Rechtspflege gewaltsam gehemmt würde <sup>66)</sup>. 3) Man überzeugt sich auch leicht, daß alle Verletzungen der Gesetze im Urtheilen hinreichend durch Appellation geheilt werden können <sup>67)</sup>, theils weil die beschwerte Parthei sogleich nach der Bekanntmachung des Urtheils den Fehler erkennen und ihn nachweisen kann, daher als verzichtend gilt, wenn sie dies unterläßt, theils weil der obere Richter durch seine bloße Reflexion und durch ein neues Urtheil nachhelfen kann, theils weil bei genauer Betrachtung der Fälle bei jeder Appellation eine Beschwerde vorliegt, daß der vorige Richter das Gesetz verletzt habe, und selbst, z. B. in dem Falle, wenn die Parthei behauptet, daß das Gericht ihren Beweis nicht genug gewürdigt habe, die Beschwerde darin liegt, daß das Gericht gegen die gesetzlichen Beweisregeln verstoßen habe; darin aber, ob das Urtheil nur mittelbar oder unmittelbar eine Gesetzeswidrigkeit enthalte, ob die Verletzung offenbar sey oder nicht, kann kein Unterschied liegen. 4) Gestattet man diese Nullitätsklage, so ist auch, wie Leibniz <sup>68)</sup> richtig bemerkt, nur von einer Unterlassung die Rede, an welcher die Parthei, welche das Gesetz nicht für sich anführte, ebensoviel Schuld hat als der Richter, der in dem Augenblicke nicht an das Gesetz gedacht hat, und die Schuld der Parthei ist um so größer, als sie durch die gestatteten ordentlichen Rechtsmittel immer noch Gelegenheit gehabt hätte, auf die Rechtsgründe sich

---

66) S. auch Bornemann Beiträge zur Verbesserung des Appellat. Verfahrens S. 71.

67) S. auch Spangenberg Commentar zur han. n. v. Untertbergerichtsordnung II Thl. S. 263.

68) Versuch eines Ideals der Gerichte. I. Thl. S. 262.

zu berufen, die sie ebensowohl früher hätte kennen lernen können, als sie jetzt sich darauf beruft. 5) Erwägt man noch, daß bei jedem Urtheile es nur auf Reflexion des Richters ankommt und daß Meinungen sehr schwer bekämpft werden können, berücksichtigt man die Folgen, welche eintreten, wenn man Nichtigkeitsklagen zuläßt, so kommt die Gesetzgebung zu manchen neuen Schwierigkeiten; wie soll es z. B. gehalten werden, wenn, wie dies in Frankreich oft geschieht, das Gericht, des neuen Gesetzes ungeachtet, worauf die Parthei sich beruft, oder selbst der Cassation des vorigen Urtheils ungeachtet bei der vorigen Meinung bleibt? an welches Gericht soll die Nullitätsklage gelangen? nach menschlichen Verhältnissen ist nicht zu glauben, daß das vorige Gericht so leicht durch die Parthei sich belehren lassen und aussprechen wird, daß es früher geirrt habe. 6) Will man die Ausnahmen machen<sup>69)</sup>, daß Urtheile dann nichtig werden müßten, wenn gegen das öffentliche Interesse geurtheilt worden ist, wenn z. B. die Partheien sich über einen politischen Gegenstand in Streit einließen, z. B. Staatsbeamte, wegen Amtshandlungen, oder in Ehesachen quoad vinculum, so kann es richtiger doch auf diese Ausnahmen nicht ankommen, da in dem Falle z. B. des Staatsbeamten die Nichtigkeit nicht im Inhalte des Urtheils, sondern darin liegt, daß der Beamte nicht zur Sache legitimirt seyn konnte, und in anderen Fällen, wo z. B. politische Gesichtspunkte vorkommen, das Urtheil in Bezug auf die Parthei, die das Urtheil rechtskräftig werden ließ, gültig seyn kann, während der Staatsgewalt ihre Rechte dadurch nicht verletzt werden können, oder in anderen Fällen selbst

---

69) S. Pratobevera in den Materialien VI. Thl. S. 200.  
 Rittermaier Proceß III. 2te Aufl. 9

aus dem Gesichtspunkte der Incompetenz des Gerichts Nullität anzunehmen seyn würde.

Nach dem Ausgeführten soll die Nichtigkeitsbeschwerde nur Statt finden wegen Nullitäten im Verfahren und wegen Mangels jener gesetzlichen Vorbedingungen, ohne welche über die Materie des Streits gültig gar nicht entschieden werden kann. Die Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds giebt ein gutes Vorbild. In die Classe der Nichtigkeiten, die *ex persona partium* entstehen, gehören die Fälle, in welchen eine Parthei, welche gar nicht zu streiten befugt ist, auftritt, oder wenn ein Mangel in der Legitimation zur Sache war, oder wenn der Anwalt keine Vollmacht hatte. Nichtigkeiten *ex persona judicis* werden vorhanden seyn, so oft eine überhaupt nicht zum Richteramt berufene Person entscheidet, oder eine auch durch Prorogation nicht heilbare Incompetenz da ist, oder es an der nöthigen gesetzlichen Richterzahl fehlt, oder ungeachtet der gegründeten Verhorrescenz ein verdächtiger Richter, z. B. ein eximirtes Spruchkollegium entschied. Nur in Ansehung der Nichtigkeiten, die *ex substantialibus processibus* entstehen, ist der reichsgesetzliche Ausdruck nicht bestimmt genug. Hier ist es wohl am zweckmäßigsten wenn das Gesetz, um jeden Streit zu beseitigen, bestimmt die Fälle bezeichnet, in welchen eine Nullitätsquerel begründende Nichtigkeit eintritt. Eine bloße Berufung auf die Doktrin, die darüber entscheiden soll, was ein wesentlicher Bestandtheil des Prozesses seyn soll, würde nicht genügen, da die doktrinellen Ansichten darüber sehr schwanken. So dürfen doch wohl auch die Ansichten der neuesten Schriftsteller eine Berichtigung fordern; wenn z. B. manche Prozeßschriftsteller erklären, daß auch da eine unheilbare Nichtigkeit eintritt, wenn es an einer Klage



fehlt 70), so ist dadurch unfehlbar zuviel behauptet; denn wenn auch der Richter, vielleicht durch ein auf ein anderes Gesuch gerichtetes Schreiben verleitet, dies für eine Klage gehalten und mitgetheilt, und wenn darauf der Beklagte vollständige Antwort gegeben und Einreden vorgebracht hat, und endlich der Kläger, dem die Schrift mitgetheilt wurde, ohne zu protestiren, die Klage nun näher begründet und ausgeführt hat, und auf diese Verhandlungen ein Urtheil erfolgte, so würde man doch, deswegen weil es an einer förmlichen Klagschrift fehlte, nicht 30 Jahre lang eine Nichtigkeitsklage zulassen wollen. Nur da wo einer Parthei das rechtlich ihr gebührende Gehör versagt worden ist, wird eine wahre Nichtigkeit eintreten 71). In Bezug auf Verletzung gesetzlicher Vorschriften über Formen, möchte es wohl am zweckmäßigsten seyn, wenn die Gesetzgebung speziell diejenigen Formen, die unter Strafe der Nichtigkeit geboten sind, bezeichnen würde.

Der dreißigjährige Zeitraum für die Anbringung der Beschwerde scheint auf jeden Fall zu lange zu seyn, da in der Regel die Partheien Nichtigkeiten, wie sie das Rechtsmittel allein begründen dürfen, wohl schon früher erfahren, und Fälle, in welchen die Partheien später erst den Fehler erfahren, zu selten sind, als daß die Gesetzgebung darauf bauen dürfte.

Wenn wir bisher geprüft haben, wie die deutsche Nichtigkeitsbeschwerde auf ihre gehörige Grenzen zurückgeführt werden könne, so wird es nun nöthig, unserer Forschung eine höhere Richtung, nämlich darauf zu geben, ob nicht dies ganze Rechtsmittel zweck-

70) v. Röder Beitr. S. 123.

71) Nähere Untersuchung über die Fälle s. in Fischer l. c. S. 229.

mäßiger ganz aufgehoben werden könne, und ob nicht für den Fall der in einem Urtheile vorkommenden Gesetzesverletzungen, durch ein besonderes Mittel geholfen werden sollte. Die zweite Frage soll im nächsten S. V. geprüft, die erste Frage hier näher untersucht werden. — Die Ansicht, daß es keiner besonderen Nullitätsquerel bedürfe, ist vorzüglich neuerlich von *Dresch* 72) vertheidigt worden. Nach ihm kann der Gegner, wenn aus einem nichtigen Urtheile gegen ihn geklagt wird, im Wege der Einrede die Nullität geltend machen; ist die Vollstreckung des Urtheils schon erfolgt, so kann der Kläger die Klage erneuern, und wenn der Gegner die *exceptio rei judicatae* entgegenstellt, diese durch die Replik der Nullität entkräften; da auf diese Art die verletzte Parthei durch andere Mittel hinreichend geschützt ist, und da auf jeden Fall da wo die Nullität erst später entdeckt wird, die *restitutio in integrum* das Mittel der Abhülfe der Verletzung gewährt, so sollte man nicht erst durch Gestattung des überflüssigen Rechtsmittels der Nichtigkeitsklage, der Chilane Thür und Thor öffnen und ein neues Mittel der Prozeßverzögerung gewähren. — So wünschenswerth nun eine Vereinfachung des Systems der Rechtsmittel ist, so können doch gegen den neuen Vorschlag, die Nichtigkeitsklage ganz zu verbannen, Zweifel nicht unterdrückt werden. — Sollte die bisherige Nichtigkeitsklage völlig aufgehoben werden, so müßte man im Civilgesetzbuche selbst manche neue Bestimmungen geben, um Lücken auszufüllen oder Zweifel zu beseitigen, man müßte zugleich die *restitutio in integrum* weiter ausdehnen als es bisher geschah, und

72) v. *Dresch* Abhdl. über Gegenstände des öffentlichen Rechts (München 1830) S. 90.

für die Fälle, in welchen die *exceptio* oder die *replica nullitatis* vorgeschützt wird, ein besonderes Verfahren anordnen, das zuletzt eben so weitläufig seyn und so häufig vorkommen wird, als wenn die Gesetzgebung die alte *querela nullitatis* beibehält. Denkt man sich den Fall, daß der Beklagte durch ein auf eine nichtige Prozedur gebautes Urtheil als schuldig erklärt worden ist und das Urtheil noch nicht vollstreckt ist, so hat er freilich die Möglichkeit, gegen das Vollstreckungsgesuch die *exceptio nullitatis* vorzuschützen, und thut er dies, und gestattet das Gesetz, daß die Vollstreckung durch diese Einrede gehemmt werde, so ist der Kläger schlimmer daran, als bei der deutschen Nullitätsquerel, welche wenigstens keine Suspensivkraft hat; der Beklagte wird dann in den meisten Fällen durch eine *exceptio nullitatis* die Vollstreckung wenigstens zu verzögern suchen, und wird dies mit Glück thun können, da die Verhandlung der Nullität nicht sehr schleunig geschehen wird. — Will man aber durch die vorgeschützte *exceptio nullitatis* die Vollstreckung nicht aufhalten lassen, so wird zwar der Sieger sich besser befinden, aber eine lange Verhandlung über die Nullität kann doch nicht vermieden werden. Ist aber das nichtige Urtheil bereits vollstreckt, so ist nun der Beklagte an die civilrechtlichen Klagen gewiesen; allein man möchte sich sehr irren, wenn man sich die Lage desjenigen der auf den Grund eines nichtigen Urtheils zahlen oder eine Sache herausgeben mußte, und nun das nichtig Geleistete wieder erhalten will, so leicht vorstellte. Eine *condictio indebiti* oder *sine causa* führt ihn nicht zum Ziel, denn der Sieger ist durch das Urtheil geschützt; der Kläger muß nun die *replica nullitatis* vorschützen, allein wo steht denn, daß man diese gegen die *res iudicata* brauchen dürfe? Spricht man aber im Ge-

setze aus, daß sie zulässig sey, so kömmt man von selbst wieder durch Umwege zu der alten querela nullitatis. — Ist durch ein nichtiges Urtheil der Kläger abgewiesen worden, und will er später die alte Klage erneuern, so wird ihm die Einrede der Rechtskraft entgegengesetzt, und will er dann die replica nullitatis entgegnen, so wird kein Richter darauf leicht eingehen, da kein Gesetz sagt, daß es eine solche Replik gebe, um die res judicata umzustößen; spricht aber ein Gesetz aus daß dies erlaubt sey, so hätte man leichter und einfacher die alte Nullitätsklage zugelassen und besser dadurch geholfen, wenn man sie nur auf einige wenige Fälle <sup>73)</sup> eingeschränkt und an eine kürzere Frist gebunden hätte.

## S. V.

### Französischer Cassationshof.

Eine eigenthümliche Ansicht von der Heilung der Nichtigkeiten hat sich im französischen Prozesse durch die Einrichtung des Cassationshofes ausgebildet, der nicht als eine neue Revolutionserschöpfung betrachtet werden kann, sondern bereits mit Ansichten und Einrichtungen der früheren Jurisprudenz zusammenhängt.

73) Analysirt man die gewöhnlich zu den unheilbaren Nichtigkeiten gezählten Fälle genauer, so bemerkt man leicht daß in sehr vielen Fällen die Nichtigkeitsklage leicht entbehrlich ist. S. manche Bemerkungen darüber in den Notizen zum Entwurf einer Prozeßordnung für Baiern 1831. S. 70—80.

Nach dem Zeugnisse der französischen Geschichte bildeten sich in Frankreich die Gegensätze der königlichen und der richterlichen Gewalt immer viel schärfer und schreiender aus, als dies je in Deutschland wegen der Reichsverfassung und der Reichsgerichte der Fall seyn konnte. Von dem Momente an, als gegen die gutsherrlichen Gerichte die Parlamente als ständige Gerichtshöfe sich entwickelt hatten <sup>1)</sup>, suchte dieser aus dem angesehensten Adel und den ausgezeichnetsten Rechtsgelehrten bestehende Gerichtshof seine Macht zu erweitern, und stand nicht selten als eine ehrwürdige Schutzwehr der Freiheit gegen die Uebergewalt der Regenten da, während die Könige der steigenden Macht der Parlamente entgegenzuwirken, und ihre Gewalt durch ein ihnen ergebenes aus dem alten Oberhofe hervorgegangenes Conseil zu behaupten suchten. Obgleich es Grundsatz war, daß gegen die Aussprüche der Parlamente kein weiterer Rechtszug Statt finden sollte, so erhielt sich doch immer die Ansicht,

1) Das Parlament (parliamentum) kommt zwar schon 1238 in Frankreich und fast zur nämlichen Zeit in England und Holland vor. Nach Velly trefflichem Werke: *histoire de France* tom. III. p. 119 findet man parlament schon 1146, allein nicht als Gerichtshof. — Schon v. 1254 gab es regelmäßige Protokolle des Parlaments. Hallam gesch. Darst. des Zustandes von Europa I. Thl. S. 238. Seit Philipp dem Schönen war das Parlament ein ordentlicher, seit 1302 mit bestimmter Verfassung versehenen ständiger Gerichtshof s. überh. Boullainvilliers *histoire de l'ancien gouvernement* tom. II. p. 29. *Mémoire de l'académie des inscriptions* tom. XXX. p. 600. Mignet *de la féodalité et des institutions de St. Louis* liv. II. chap. V. Bernardi *de l'origine et des progrès de la législation françoise* p. 234. 330. Meyer *esprit origine* vol. III. p. 148.

daß man wegen Irrthümer in den Aussprüchen an den König selbst sich wenden könne 2), um so mehr als die Jurisprudenz auf römische Stellen sich stützte, und die auf retractatio und duplicatio im römischen Rechte vorkommenden und auf die römischen Kaiser sich beziehenden Vorschriften auf den König in Frankreich anwendete 3). Man bemerkt leicht, daß das Recht an den König sich zu wenden, und das königliche Recht in gewissen Fällen Aussprüche zu erlassen, oft mißbraucht wurde 4), und erst nach langen Streitigkeiten, vorzüglich über das Verhältniß der requête civile wurde durch die ordonnance de Blois 5) das Rechtsmittel der Cassation anerkannt; welches an das Conseil du roi gieng d. h. an ein als eine Art von Staatsrath organisirtes Collegium, das in den wichtigsten Angelegenheiten mit dem Könige berieth, und wovon eine Section, als Conseil privé oder Conseil des parties auch in Rechtsangelegenheiten eine doppelte Gewalt ausübte 6), theils nemlich über Competenzconflicte der Parlamente zu entscheiden, theils Urtheile der Parlamente zu kassiren, ohne jedoch in der Sache selbst zu sprechen 7). Die ordonnance von 1667 8) wiederholte im Wesentlichen die Vorschriften der ordonnance de Blois. Ein Reglement von 1738 9) schrieb umständlich das Verfah-

2) Vorzüglich Ordonnance von 1344 art. 9.

3) S. noch Merlin repertoire sub voce: nullité §. VII.

4) Boncenne théorie de la procédure civile vol. I. p. 461.

5) Von 1579 art. 92. 208.

6) Boncenne l. c. p. 477.

7) Meyer esprit vol. III. p. 218.

8) Ordonn. v. 1667. tit. 35. art. 42.

9) Regl v. 28. Juni 1738 in Bornier conférence des ordonnances de Louis XIV. tom. II. p. 825. etc.

ren bei Cassationsgesuchen für das Conseil des parties vor. — Auf diese Art fand die Revolutionsgesetzgebung das zur Vernichtung der Urtheile bestimmte Institut vor; es mußte nach der Umwälzung der Dinge die Idee, welche dem Staatsrath anflehte, aufhören, und so wurde 1790 <sup>10)</sup> von der Nationalversammlung bei dem gesetzgebenden Körper ein Cassationshof errichtet, um über Cassationsgesuche zu sprechen, Kompetenzkonflikte zu reguliren, und über Syndikatsklagen zu erkennen; und zwar sollte der Cassationshof jedes Urtheil, in welchem sich eine ausdrückliche Verletzung einer klaren gesetzlichen Vorschrift vorfände, so wie jedes Verfahren vernichten, in welchem vorgeschriebene Formen verletzt waren; unter keinem Vorwande sollte jedoch das Cassationsgericht in der Sache und über die Streitigkeit selbst entscheiden können <sup>11)</sup>. Spätere Gesetze bildeten das Verfahren noch mehr aus <sup>12)</sup> und organisirten den Cassationshof als ein eigenes von dem gesetzgebenden Körper getrenntes Gericht, während auf der anderen Seite die Cassationsgesuche dadurch beschränkt wurden, daß

10) Gesetz v. 1. Dez. 1790.

11) *S.* über den Cassationshof überh. von Werken aus der früheren Zeit die von Lavaux und Guichard, am besten aber Sirey de la cour de cassation in seinem Code de procédure civ. annoté p. LIX. — XCVIII. und eine gute Zusammenstellung in *E. v. B.* (Brenning) über die Cassationsinstanz und das Rechtsmittel der Cassation in der Geseg. der Rheinlande. Coblenz 1820. Bonceune l. c. vol. I. p. 458 — 522. Henrion de Pansey de l'autorité judiciaire vol. II. p. 160 — 266. Eyraud de l'administration de la justice vol. II. chap. 25.

12) *S.* Ges. v. 4. Germinal an II. v. 2. Brumaire an IV. v. 7. Nivose an V. v. 27. Ventose an VIII. v. 16. September 1807 und Dekret v. 20. April 1810 Art. 7.

das Gesetz vom 20. April 1810. art. 7. die Urtheilsprüche nur dann als nichtig erklärte, wenn sie eine ausdrückliche Zuwiderhandlung gegen das Gesetz enthielten, und der Code art. 480. bei Verletzung der unter Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Formen des Verfahrens requête civile eintreten ließ. Dieser Cassationshof besteht nun aus drei Sectionen, wovon die eine in Civil-, die andere in Criminalsachen cassirt und die dritte (Section des requêtes) über die Admission der Cassation überhaupt entscheidet. Jeder Cassationskläger, der eine Summe von 150 Franken voraus erlegen muß, kann binnen drei Monaten eine mit allen moyens de cassation versehene Bittschrift einreichen, welche zuerst von der Section de requêtes geprüft wird<sup>12 a)</sup> zur Entscheidung der Frage: ob überhaupt (wie einst bei den Reichsgerichten über die Appellationsprozesse erkannt wurde), der Kläger zur Ausführung der Cassation zugelassen werden dürfe; wird die Cassation hier verworfen, so ist das Urtheil unumstößlich, wird sie zulässig erkannt, so erfolgt erst die Vorladung des Gegners, jeder Theil reicht seine schriftlichen Deduktionen ein, und an dem bestimmten Tage der öffentlichen Sitzung erstattet ein Richter öffentlich Vortrag über die Sache, worauf die Partheien plädiren können und die Staatsbehörde concludirt. Wird das Urtheil cassirt, so spricht der Hof nie in der Hauptsache selbst, sondern verweist die Sache zur neuen Entscheidung zurück. Auch kennt das Gesetz eine Cassation im Interesse des Gesetzes, nach welcher die Staatsbehörde, auch im Falle, daß die Partheien nicht Cassation ergriffen, das Urtheil, von welchem er glaubt, daß es gegen das

12 a) Tadel dieser Einrichtung in den Annales de legislation 1829. No. 3. pag. 20.



klare Gesetz verstoße, dem Cassationshofe anzeigt, wo dann verhandelt und das Urtheil im Interesse des Gesetzes cassirt wird, ohne daß jedoch die Partheien sich auf die Cassation beziehen könnten, weil das vorige Urtheil unter ihnen als ein Vergleich gilt <sup>13)</sup>. Diese Cassation im Interesse des Gesetzes, steht nicht jedem Staatsprokurator eines Tribunals oder Generaladvokaten eines Appellationshofes, sondern nur dem Generalprokurator des Cassationshofes selbst zu, an welchen die übrigen Beamten der Staatsbehörde ihre Anzeigen zu machen haben <sup>14)</sup>. Eine bedeutende Veränderung in der Organisation des Cassationshofes ging in den Ländern vor, welche früher unter Frankreich stehend, nach dem letzten Kriege an deutsche Herrscher gefallen sind. Die Unmöglichkeit, bei der geringen Ausdehnung mancher Territorien einen eigenen Cassationshof, wie ihn das französische Recht forderte, zu errichten, der Umstand, daß in manchen Ländern nur ein Appellationshof vorhanden war, so daß, wenn auch das vorige Urtheil cassirt wurde, man kein anderes Gericht hatte, an welches zur neuen Entscheidung die Sache zu verweisen war, nöthigte zu einer anderen Organisation, welche am Nieder- und Mittelrhein 1814 <sup>15)</sup> erfolgte. In einigen Gegenden, z. B. in Rheinpreußen wurde später ein Appellationshof und in Berlin ein Cassations- und Revisionshof errichtet, mit der Befugniß das Urtheil zu cassiren und

---

13) G. Art. 25 des Ges. v. 1. Dec. 1790.

14) Gesetz v. 27. Ventose. an VIII. art. 88. Merlin repertoire vol. II. p. 52. et Ortolan et Cedeau le ministère public en France vol. II. p. 318.

15) Verordn. v. 28. April 1814 und 20. Juli 1814 s. Brenning oben angef. Schrift: über die Cassationsinstanz S. 112.

zugleich in der Hauptsache selbst zu sprechen; in andern Gegenden, z. B. in Rheinbaiern wurde der Cassationshof mit dem Appellationshofe in der Art verbunden, daß an eine andere (nicht aus den Richtern, welche bei dem ersten Urtheile mitstimmten, bestehende) Abtheilung des Appellhofes, wozu auch die Präsidenten der Tribunale der ersten Instanz requirirt wurden, das Cassationsgesuch gelangt, worauf, ohne daß es erst eines Vorbescheides bedarf, das Urtheil cassirt und in der Hauptsache gesprochen werden kann, so daß kein eigentlicher Cassations-, sondern nur ein Revisionshof vorkommt <sup>16)</sup>.

Mit Unrecht würde man den französischen Cassationshof als eine dritte Instanz betrachten <sup>17)</sup>, die er schon deswegen nicht seyn kann, weil er nie in der Hauptsache selbst spricht, sondern nur die Urtheile cassirt, obwohl in seinen Entscheidungsgründen das neue zu fallende Urtheil *implicite* liegt, und dem neuen Gerichte der wahre Gesichtspunkt schon angegeben wird. Nur auf den Cassationshof wie er nach dem französischen Rechte vorkommt, muß Rücksicht genommen werden, wenn die Frage aufgeworfen wird: ob der Cassationshof auch in die deutsche Jurisprudenz übertragen werden soll.

Es ist nicht zu verkennen, daß der Cassationshof, wie er in Paris besteht, zu den achtungswürdigsten Gerichtshöfen gehört, und kein Jurist wird ohne Achtung die Sammlung der *Arrêts* studiren; die geistreichen,

---

<sup>16)</sup> Die Folge ist, daß in Rheinbaiern nur selten Cassation ergriffen wird. Im Jahre 1831 wurde nur eine Sache entschieden. s. Hildegard Annalen der Rechtspflege in Rheinbaiern II. Bd. 5. Heft S. 374.

<sup>17)</sup> Feuerbach über Oeffentlichkeit II. Thl. S. 94. Polzschuher der Rechtsweg S. 125.

in einer höchst präzisen und doch deutlichen Sprache vorgetragenen Rechtsansichten, die Feinheit der Entscheidungen, das tiefe Eindringen in den Geist der Gesetzgebung, begründen eine herrliche Schule der Jurisprudenz für Richter und Anwälte, und eine lebendige Fortbildung des Rechts, und man würde ungerathet seyn, wenn man läugnen wollte, daß die Aus- bildung mancher Lehren des französischen Rechts nicht dem Code, sondern dem Cassationshofe zu verdanken ist. Nur durch diesen Gerichtshof ist die Gleichför- migkeit der Gesetzgebung und die Vermeidung der ver- schiedenartigen Auslegungen des nämlichen Gesetzes möglich, und es ist eine große für die Praxis frucht- bare Idee, daß in Bordeaux wie in Metz und Stras- burg die nämliche feste Rechtsansicht begründet ist, wodurch allein die aus dem Schwanken des Rechts entstehenden Nachtheile vermieden werden können. Auch ist unverkennbar nur durch den Cassationshof es möglich geworden, dem Einflusse zu begegnen, wel- chen auch bei jeder neuen allgemeinen Gesetzgebung die Lokalgewohnheiten und früheren Provinzialansich- ten auf die Anwendung des neuen Gesetzes ausüben, so daß bald in jeder Provinz zwar dem Namen nach das nämliche, aber durch die Auslegung und Praxis der Gerichtshöfe überall eigenthümliches Gesetz gilt. Auch wird unbezweifelt der Cassationshof wohlthätig auf die Gesetzgebung zurückwirken, die letztere in den Stand setzen, mit den Gebrechen der Gesetze bekannt zu werden, und Mittel zur Verbesserung aufzufin- den 18). Mit Unrecht endlich glaubt man durch die

---

18) Der neueste Lobredner des Cassationshofes ist Meyer esprit origine etc. vol. V. p. 416—26. f. noch Müller das Institut der Staatsanwaltschaft (Leipzig 1825) Seite 149. u. v. Hölzschauer der Rechtsweg S. 123—132.

Verwandlung des Cassationshofes in einen Revisionshof eine Verbesserung zu bewirken; denn durch diese Veränderung werden zwei von einander völlig verschiedene Geschäfte in Verbindung gebracht <sup>19)</sup>, indem bei dem Cassationshofe es nur auf das Interesse des Gesetzes und die Aufrechthaltung desselben ankommt, welches vom Cassationshofe mehr negativ als positiv in so fern gewahrt wird, als der Hof nur ausspricht, daß das Urtheil nicht den Gesetzen gemäß sey. Wird aber in der Sache selbst gesprochen, so tritt nur mehr das Interesse der verletzten Parthei hervor, und der Cassationshof wird eine gewöhnliche höhere Instanz, welche nicht einmal alle Vortheile einer solchen hat, indem sie die Verhandlungen der Partheien beschränkt, und nur durch einen Sprung gleichsam im Anhang zum Urtheile über die Hauptsache kömmt, da nach der ganzen Einrichtung der Punkt: ob das Gesetz verletzt ist, und die Deduktion der moyens der Cassation der Hauptpunkt der Verhandlung bleibt, und daher die Cassationsrichter über die Hauptsache oft nicht einmal hinreichend instruirt sind.

Es sey aber auch erlaubt, die Einwendungen, welche gegen die Errichtung eines Cassationshofes sprechen, und die Voraussetzungen unter welchen er wichtig werden kann, zu prüfen.

1) Unfehlbar kann das Cassationsmittel nur in einem Lande am Plage seyn, welches von einer allgemeinen gleichförmigen Gesetzgebung beherrscht ist, wo daher ein Vereinigungspunkt der Gesetzgebung möglich ist, und vortheilhaft wirkt; wo den Cassationsrichtern immer das nämliche Gesetz vorliegt, in dessen Geist ihnen einzudringen nicht schwer wird, und wo der Gesetzgebung daran liegt, der Verschiedenheit der Gesetze ent-

---

<sup>19)</sup> Breuning a. a. D. S. 43.

gegen zu arbeiten, welche wegen des Einflusses der ältern Rechtsansichten, und des Statutarrechts unvermerkt in jeder Provinz entsteht, weil die Provinzialgerichtshöfe sich nicht von der Herrschaft des älteren Rechts ganz losmachen können. Wenn dagegen in einem Staate, wie in den meisten Gegenden Deutschlands noch der Fall ist, in jeder Provinz ein eigenes Statutarrecht, oder doch theilweise neben dem neuen Gesetzbuche fortgilt, ist ein Cassationshof ohne Bedeutung <sup>20)</sup>; denn die Nothwendigkeit eines solchen Vereinigungspunktes des Rechts fällt weg, weil kein gleichförmiges Recht da ist, und die Cassationsrichter selbst sind nicht im Stande ihr Amt völlig zu erfüllen, weil ihnen die häufig nur aus Kenntniß der Lokalität verständlichen Eigenthümlichkeiten des Statutarrechts nicht bekannt sind, und sie daher Gefahr laufen, etwas von ihrem mehr räsonnirenden Standpunkte aus als Gesetzesverletzung zu betrachten, was nach der richtigen historischen Kenntniß dem mit der Entwicklung des Lokalrechts vertrauten Richter völlig im Geiste des Statutarrechts entschieden erscheint <sup>21)</sup>.

2) Auch mit der Natur der Civilgesetzgebung überhaupt hängt der Cassationshof zusammen. Die Idee einer eigenen Behörde, welche über die richtige Auslegung der Gesetze wachen soll, kann nur da realisiert werden, wo das Gesetz als ein Produkt der gesetzgebenden Gewalt von oben herab nach gewissen legis-

---

20) Auch v. Holzschuher l. c. S. 125. in der Note erkennt dies an.

21) Man bemerkt auch bei dem Studium der französischen arrêts, daß vorzüglich diejenigen sich auszeichnen, welche auf Artikel des geltenden Code sich beziehen, weniger dagegen diejenigen, in welchen es auf Anwendung älterer Statutarrechte ankam.

lativen Rücksichten als allgemein für alle Theile des Reichs verpflichtend und ohne lokale Modifikationen entstanden ist, wo daher in der gesetzgebenden Gewalt auch die alleinige Interpretationsquelle der Gesetze liegt, wo die oberste Gewalt auch das Interesse hat, daß das Gesetz in seiner Reinheit nach den Absichten und den Zwecken des Gesetzgebers ausgelegt und fortgebildet werde, wo zugleich die z. B. im französischen Recht so laut ausgesprochene Ansicht des Gesetzgebers vorherrscht, daß ein durch philosophische Raisonnements entstandenes, ohne Rücksicht auf Lokalitäten ausgebildetes gleichförmiges Recht, das alle Völker beglückende sey. Schon in der Entstehung nach den oft durch Politik gemodelten Absichten des Gesetzgebers gegeben, muß das neue Gesetz auch fortdauernd dem Herrscher dienen und es begreift sich wohl, wie eine eigene Behörde prüft, in wie ferne die Auslegung der Gesetze bei Entscheidungen der Gerichtshöfe im Geiste des Gesetzgebers gegeben sey. Wo dagegen das Recht als ein Produkt der Verhältnisse und aus dem Volke und seinen Bedürfnissen sich ausbildend immer nur als ein lokal passendes da steht, wie dies bei den älteren deutschen Statutarrechten der Fall war, hat die gesetzgebende Gewalt des Regenten nicht dies Interesse, sondern überläßt vielmehr die Fortbildung des Rechts nach der allmählichen Entwicklung der Verhältnisse den Gerichtshöfen und den Partheien, welche in ihren Rechten sich beschwert glauben; es kommt hier nur auf positive Heilung der einzelnen Rechtsverletzungen durch Berufungen an eine höhere in der Sache selbst entscheidende Instanz, und weniger auf ein nur negativ bei dem Cassationshofe sich ausprechendes Interesse des Gesetzgebers an.

3) Unfehlbar hängt auch der französische Cassationshof mit der Einrichtung zusammen, daß in so

vielen Fällen die Gerichte in erster und letzter Instanz sprechen, so daß durch Berufung nicht nachgeholfen werden kann, und die Cassation der einzige Zügel für die Richter Gewalt wird.

4) Auch die Größe und Ausdehnung eines Landes kommt dabei in Erwägung, in so fern der Cassationshof nothwendig mehrere Obergerichte verlangt, so daß der Cassationshof, wenn er das Urtheil eines Appellhofes cassirt, sogleich die Sache an einen andern Hof verweisen kann, was ohnehin in einem kleinen Lande gar keine Anwendung finden kann.

5) Die dem Cassationshofe zum Grunde liegende Idee führt auch leicht zur Vervielfältigung der Nichtigkeitsgesuche, durch deren Begünstigung zuletzt die Rechtsicherheit leidet. Zwar muß man sich unter dem innerhalb drei Monate anzubringenden Cassationsgesuche keine deutsche dreißig Jahre lange dauernde Nullitätsquerel denken, allein die Möglichkeit ein Urtheil wegen Verletzung des Gesetzes anzugreifen, verwandelt zuletzt die Cassation in ein regelmäßiges Rechtsmittel, welches eben so leicht ergriffen werden kann, als man wegen Nullitäten *contra jus in thesi* eine Beschwerde auffindet. Consequent die Idee der Cassation durchgeführt, hätte ein Cassationsgesuch gestattet werden müssen wegen jeder Verletzung einer gesetzlichen Prozedurform, wie dies auch in Frankreich 1790 ein Cassationsgrund war, und selbst jede Verletzung eines Vertrags, der ja auch unter den Partheien als ein Gesetz gilt, muß Cassation begründen. Nach der in den vereinigten Sektionen des Cassationshofes v. 2. Febr. 1808 <sup>21)</sup> gefaßten Entscheidung, ist nämlich die Cassation wegen eines einem Ver-

21) Ueber das frühere Recht Merlin répertoire art. société. Sect. III. §. III. art. 2. Breuning a. D. S. 27.

Mittermayer Proceß. III. 2te Aufl.

trage widerstreitenden Urtheils überall begründet <sup>23)</sup>, und nur da, wo bloß behauptet wird, daß die richtige Auslegung den rechten Sinn, den die Partheien der Verabredung geben wollten, nicht getroffen habe, scheint keine Cassation Statt zu finden <sup>24)</sup>. Wie sehr aber noch immer die Ansichten in Frankreich über Cassation wegen Verletzung einer Vertragsnorm schwanken <sup>25)</sup>, und wie sehr man streitet, ob nur Cassation eintrete, wenn gegen das Gesetz gesprochen ist, oder ob auch da, wo das Gesetz nur falsch angewendet ist <sup>26)</sup>, ist bekannt. — Aus den offiziellen Tabellen <sup>27)</sup> über die Zahl der ergriffenen Cassationen ergibt sich, daß im Laufe von 10 Jahren in 5260 Fällen Cassation eingelegt wurde. In 3250 Fällen sprach die section des requêtes die Verwerfung der Cassation aus, und von 2010 Fällen, in denen die Cassation zugelassen wurde, erkannte der Cassationshof in 906 Fällen die Cassation als gegründet an.

6) Ganz vorzüglich müssen die Folgen erwogen werden, welche entstehen, wenn der Cassationshof das Urtheil vernichtet und die Sache zum Spruche an einen neuen Hof verweist. Es gilt als Grundsatz in Frankreich, daß der neue Appellhof nicht gebunden ist, der vom Cassationshose ausgesprochenen Meinung zu

---

23) Das arrêt vom 2. Febr. 1808 abgedruckt in Sirey recueil tom. VIII. p. 183.

24) Holzschuh er der Rechtsweg S. 501. in der Note.

25) Gut Carré les lois de l'organisation et de la compétence II. vol. p. 784.

26) Carré l. c. p. 772.

27) Compte general de l'administration de la justice civile Tab. I.



folgen, weil ja sonst implicite der Cassationshof in der Sache selbst gesprochen hätte <sup>28)</sup>. Wenn nun, wie dies oft geschieht, der zweite Appellhof gerade die nämliche Meinung ausspricht, welche zuvor der Cassationshof im vorigen Urtheile verworfen hat, was soll als Recht gelten? Hier kann die Parthei wieder Cassation ergreifen, und der nämliche Prozeß mit den nämlichen moyens kömmt wieder an den Cassationshof. Hier stehen auf einer Seite die Meinungen von zwei geachteten Appellhöfen und auf der anderen die Ansicht des Cassationshofes sich gegenüber; die Sache kömmt jetzt an die vereinigten Kammern des ganzen Cassationshofes <sup>29)</sup>, und wenn nun der Cassationshof wieder das Urtheil vernichtet, so soll nach einem Gesetze <sup>30)</sup> der Fall so angesehen werden, als wenn ein Gesetz darüber gegeben werden müßte, und es muß authentische Auslegung erfolgen. Wie unpassend diese Bestimmung ist, erkannten auch die Deputirten im J. 1814, und trugen auf Erlassung eines neuen Gesetzes an, welches aber nicht angenommen wurde, so daß noch mit allen Inconvenienzen das Gesetz von 1807 bis 1828 fortbauerte <sup>31)</sup>, bis endlich das Gesetz vom 30. July 1828 erging, nach welchem, wenn gegen das erste Urtheil aus den nämlichen Gründen, aus welchen das erste cassirt wurde, Cassation nachgesucht wird, über die zweite Cassation die vereinigten Kammern des Cassationshofes zu entscheiden ha-

---

<sup>28)</sup> Feuerbach über Deffentlichkeit II. S. 116. s. noch über das Verhältniß des Cassationshofes in den Niederlanden. Birnbaum in der krit. Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung III Bd. S. 12. 1c.

<sup>29)</sup> Loi v. 27. ventôse an VIII. art. 78.

<sup>30)</sup> B. 16. Sept. 1807.

<sup>31)</sup> S. auch Toullier droit civil. français tom. I, No. 139.

ben. Wird dann wieder cassirt, so wird die Sache an einen Appellationshof verwiesen, welcher dann über die Frage in vereinigten Kammern definitiv entscheidet, ohne daß weiter eine Cassation Statt findet. Es muß aber dann Bericht an den König erstattet, und in der nächsten Sitzung der Kammern der Entwurf eines Gesetzes zum Behufe der Interpretation des streitigen Punktes vorgelegt werden. Dadurch ist zwar dem Uebel zum Theile abgeholfen, allein an eine gründliche Heilung ist nicht zu denken, denn die Hoffnung, daß dadurch die Ungewißheit des Rechts und des wahren Sinnes eines Gesetzes beseitigt werde, beruht doch auf einer Täuschung. Bekanntlich hat über die Frage: ob das Duell strafbar sey? wegen der Verschiedenheit der Ansichten der Appellhöfe die Regierung den Kammern einen Gesetzesentwurf vorgelegt; bis zu diesem Augenblick aber ist die Frage noch nicht entschieden, da ein Gesetz nicht zu Stande kam. — Auch nach dem neuen Gesetze von 1828 ist die Frage, welche die dreifache Cassation veranlaßte, nicht auf eine für alle Gerichte verbindliche Weise als entschieden zu betrachten; die Gerichtshöfe können im nächsten Falle doch wieder anders sprechen, als der Cassationshof es that, und dies läßt sich auch wie Feuerbach<sup>32)</sup> mit Recht sagt, nicht ändern, wenn man nicht dem Cassationshof eine Gewalt beilegen will, welche dem Könige nicht eingeräumt werden kann, nämlich eine wahre gesetzgebende Gewalt.

Am wenigsten aber soll von einem Cassationshofe in einem Lande gesprochen werden, in welchem man nur den Namen beibehalten und die oben erwähnte Einrichtung getroffen hat, daß eine andere Abtheilung

---

32) a. a. D. S. 116.

des Appellationshofes über die Cassation entscheide. Wer, welcher die Menschen kennt, mag glauben, daß die Mitglieder des nämlichen Gerichtshofes nur im Stande sind, unpartheiisch über die Gesetzesübertretungen ihrer Kollegen zu urtheilen; wer wird nicht glauben, daß jeder theils von einem edlen und erlaubten esprit de corps beseelt, die Ehre des Collegiums, dessen Mitglied er ist, hoch anschlagen und das Geständniß aussprechen mag, daß der Appellhof geirrt habe? Sind nicht diejenigen Appellationsgerichtsräthe, welche heute unter dem Namen: Cassationsrichter votiren, morgen selbst wieder in der Lage, als Appellationsräthe zu stimmen, und die gleiche Rücksicht von denjenigen Kollegen in Anspruch zu nehmen, über deren Urtheil sie heute richten sollen? Ist eine solche Einrichtung nicht selbst eine Täuschung der Partheien, welche gläubig an einen Cassationshof sich wenden und doch nicht Hoffnung haben ein anderes Urtheil zu erhalten?

Wenn wir bisher die Nothwendigkeit der Errichtung eines Cassationshofes bestritten haben <sup>33)</sup>, so ist es doch eben so nothwendig die Wichtigkeit der Idee festzuhalten, welche den Cassationshof veranlaßte. Sie liegt unfehlbar in der Ueberzeugung, daß die Frage: ob in einem Rechtsstreite ein Gesetz verletzt worden sey, nicht bloß die Partheien welche in dem Prozesse stritten, sondern die Gesamtheit betrifft und ein öffentliches Interesse berührt <sup>34)</sup>. Es liegt dem Staate daran, daß die Gesetze heilig beobachtet und aufrecht erhalten werden; eine Verletzung derselben durch

33) S. noch über Verbesserung der franzöf. Einrichtung Meyer de la codification pag. 273.

34) Meyer esprit origine vol. IV. p. 415. Poltschuber der Rechtsweg S. 123.

die Gerichte ist ein Hohn, der dem Gesetze gesprochen wird. An solche Urtheile die auf Gesetzesverletzungen gebaut werden, knüpft sich nothwendig eine Irreleitung der Bürger, die nun gewisse Aussprüche für Wahrheit erkennen sollen, und darnach ihre Handlungen einrichten, so daß die materielle Gerechtigkeit verletzt wird, während diejenigen Bürger, welche selbst das Gesetz studiren und den Irrthum der Gerichte erkennen, ihr Vertrauen zu den Gerichten verlieren. Nur da, wo Entscheidungen erfolgen, die den Gesetzen gemäß sind, an welche sich daher die Anerkennung der Gerechtigkeit der Urtheile und die Achtung der Gesetze knüpft, nur da, wo in allen Theilen des Landes die nämliche Auslegung des Gesetzes erfolgt, wo jedes Gericht auf gleiche Art das Gesetz anwendet, wurzelt die Rechtsicherheit und das nöthige Vertrauen. Es kann aber nicht dem Willen der Partheien, welche vielleicht zu schüchtern sind um in einem Falle zu appelliren, nicht der Ungeschicklichkeit ihrer Rathgeber, nicht dem Zufalle, ob der Appellationsstermin versäumt wird, überlassen werden, ob ein gewisses Urtheil, in welchem entschieden ein Gesetz verletzt ist, als unumstößlich erscheinen und als ein Zeugniß gelten soll, wie das Gesetz verstanden werden müsse. Das öffentliche Interesse fordert hier Mittel, um die Gesetzesverletzung zu heilen. Daß man hiezu nicht nöthig habe eine unheilbare Nichtigkeitsklage, wie die deutschen Juristen sie geben wollten, einzuführen, ist schon oben gezeigt worden, da in allen diesen Fällen die Parthei Gelegenheit genug hat, durch Appellation und Revision den Irrthum heilen und das Urtheil reformiren zu lassen, und kein Grund vorliegt, eine längere Dauer für die Anstellung von Nichtigkeitsklagen zu gewähren; allein es giebt zwei andere Mittel, welche auch ohne einen Cassationshof

Anwendung verdienen, um die Nachteile abzuwenden, die daraus hervorgehen, wenn die Urtheile auf Gesetzesverletzungen gebaut sind. Hierzu gehören: 1) das Mittel, den Partheien überall, wo eine unter Strafe der Richtigkeit gebotene Form in dem Verfahren verabsäumt wurde, z. B. keine Oeffentlichkeit zugelassen, während sie das Gesetz vorschrieb, oder wo das Urtheil eine ausdrückliche Verletzung des Gesetzes enthält, das Recht zu geben, die Appellation an den obersten Gerichtshof zu ergreifen, wenn auch die sonst nöthige Appellationssumme in dem Falle nicht vorhanden ist. 2) Das Mittel, dem Staatsanwalte das Recht zu geben oder ihn selbst zu verpflichten im Interesse des Gesetzes Cassation zu ergreifen. Das erste Mittel ist in dem Gesetzbuch von Genf <sup>35)</sup>, und in der badischen Prozeßordnung <sup>36)</sup> angewendet und gewiß mit Recht <sup>37)</sup>. Die Summe des Streitgegenstandes kann hier, wo die Verletzung des Gesetzes, wo das Unrecht, welches die Parthei leidet, so klar vorliegt, nicht entscheiden; der Staat muß selbst die Appellation in diesem Falle begünstigen, weil dabei zugleich das Interesse des Staats in Frage steht und verhindert wird, daß nicht ein rechtswidriges Urtheil als ein gerechter Ausspruch erscheine. Aber auch das zweite Mittel, welches der Entwurf der Prozeßordnung für Baiern von 1831 <sup>38)</sup> in Antrag bringt, verdient Billigung. Der Staat überläßt es den Partheien, ob sie mit dem gesetzwidrigen Ausspruche zufrieden seyn und ihn erfüllen wollen; sie haben dann nur über ihre eigene Nachlässigkeit zu klagen, daß sie die gesetzlich gestat-

---

35) Code de procédure art. 304.

36) Prozeßordnung art. 1175, Nro. 3. u. 4.

37) Bellot exposé des motifs de la loi p. 189.

38) Art. 377.

teten Mittel nicht anwendeten; aber der Staat soll bei diesem Schweigen der Partheien nicht leiden, es soll ein Unrecht nicht als Recht erscheinen; und ihm, der als Wächter des Gesetzes aufgestellt ist, dem Staatsanwälte, ist es aufgetragen, den Fall dem obersten Gerichte vorzulegen, und auf eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit des Urtheils anzutragen. Dies soll aber nie früher geschehen, als bis die Berufungsfrist vorüber ist und es sich zeigt, daß die Partheien sich der Berufung nicht bedienen. Nicht billigen kann man, daß der bayerische Entwurf jedem Staatsanwälte des Obergerichts das Recht giebt, diese Berufung im Interesse des Gesetzes einzulegen; offenbar sollte diese Berufung sogleich an den obersten Gerichtshof gebracht werden, weil dadurch die nothwendige Gleichförmigkeit der Urtheile bewirkt wird, und viel zweckmäßiger ist es daher, wenn nach dem französischen Rechte nur der Generalprokurator des Cassationshofes, dem die übrigen Staatsanwälte Bericht zu erstatten haben, die Cassation im Interesse des Gesetzes einlegen darf; nur möchte es sich nicht rechtfertigen lassen, daß nach dem französischen Gesetze vom 27. ventöse an VIII. diese Cassation nur nach Autorisation des Gouvernements ergriffen werden darf. Ob das Gesetz verletzt ist, soll der Generalprokurator selbst, und nicht der Justizminister erkennen <sup>39)</sup>, je abhängiger die Staatsbehörde von dem Justizminister gestellt ist, desto weniger entspricht sie ihrem erhabenen Berufe.

---

39) S. auch gegründeten Tadel in Eyrard de l'administration de la justice vol. II. p. 341.

## §. VI.

## Vollstreckung der Urtheile.

Wenn schon im Anfange des XVI. Jahrhunderts Ulrich Tengler <sup>1)</sup> und die Erklärung bei dem Kapitel von der Vollstreckung giebt: «wan so etwa ainer vermainet der Krieg sey geendiget, so entsteenn erst ander widerwärtigkeiten» — so deutet dieser Ausspruch darauf hin, daß die Klagen über unseren langsamen Executionsgang nicht allein die Praxis, sondern die Gesetze selbst und das ganze Verhältniß der Gesetze in dieser Lehre betreffen. Unfehlbar ist eben für diese Lehre am wenigsten in den Quellen, aus welchen der gemeine Prozeß besteht, geleistet worden. Ueber den römischen Executionsgang liegt großes Dunkel, und wir wissen nur, daß das Gesuch um die Vollstreckung des Erkenntnisses an den Prätor gehörte, und durch den Executor selbst die Vollziehung ausgeführt wurde; eine förmliche Anrufung durch *actio iudicati* schien immer nothwendig zu seyn <sup>2)</sup>, und noch in der Kaiserzeit war es entschieden, daß der *magistratus*, welcher den Richter bestellte, auch die Vollstreckung des richterlichen Urtheils leitete <sup>3)</sup> und daß im Weigerungsfalle des Besiegten, hoheitlicher Zwang eintrat <sup>4)</sup>. Die Hauptsache war für den Sieger, daß er ein Pfandrecht an dem Vermögen des Schuldners erhielt, so daß die weitere Execution nur

1) In seinem Laienspiegel, Fol. 99.

2) S. auch Gajus III. 77. IV. 21—25. 102. 171. f. Literatur in Haubold Institut. jur. rom. privat. p. 110. f. noch Heffter Institutionen S. 545.

3) L. 15. D. de re iudic.

4) L. 68. D. de rei vind.

eine Realisirung des Pfandrechts war 5). Auspfändungen in unserem heutigen Sinne schien ein gewöhnliches Mittel zu seyn 6); die Subhastation der Immobilien war das letzte Mittel 7), und erst, wenn durch Subhastation kein Käufer zu erhalten war, konnte der Sieger wieder um Immission nachsuchen 8). Für diese Subhastation, als das wichtigste Vollstreckungsmittel, finden wir zwar im röm. Rechte manche materielle Sätze, aber keine das Verfahren selbst bestimmende Vorschriften 9). In der Praxis der geistlichen Gerichte fehlte es an Normen für die Execution, und nur der Grundsatz galt gleichförmig, daß bei demjenigen Richter, welcher das Urtheil gefällt hatte, auch die Vollstreckung nachgesucht werden mußte, und daß er das ganze Verfahren leite 10). Als Ordnung der Execution war schon in den Glossatoren die angenommen 11), daß zuerst die Mobilien, dann die Immobilien, hierauf die ausstehenden Forderungen des Schuldners, und erst in subsidium die Person desselben angegriffen werden dürfte. Im deutschen Prozesse erhielt gewöhnlich die Vollziehung eine sehr einfache Richtung durch die den Verträgen beigefügten bestärkenden Klauseln, z. B. mit und ohne Recht, oder durch den

5) L. 15. D. de re iudic. und bes. Küstner de pignore in caus. iudicati capto Lips. 1744.

6) Nov. 52. und Nov. 134. c. 4.

7) L. 2. Cod. de exec. rei iud.

8) L. 3. Cod. de exec. rei iud.

9) Tit. Cod. de fide et iure hastae. s. auch Heinemann die Subhastation nach rationalen und polit. Grundsätzen. Weimar 1832. S. 2

10) Maranta de ordine iudicior. p. 665. Ferrariis praxis aur. p. 507.

11) S. viel in Maranta l. c. p. 670.



## S. VI.

## Vollstreckung der Urtheile.

Wenn schon im Anfange des XVI. Jahrhunderts Ulrich Tengler <sup>1)</sup> und die Erklärung bei dem Kapitel von der Vollstreckung giebt: «wan so etwa ainer vermainet der Krieg sey geendiget, so entsteenn erst ander widerwärtigkeiten» — so deutet dieser Ausspruch darauf hin, daß die Klagen über unseren langsamen Executionsgang nicht allein die Praxis, sondern die Gesetze selbst und das ganze Verhältniß der Gesetze in dieser Lehre betreffen. Unfehlbar ist eben für diese Lehre am wenigsten in den Quellen, aus welchen der gemeine Prozeß besteht, geleistet worden. Ueber den römischen Executionsgang liegt großes Dunkel, und wir wissen nur, daß das Gesuch um die Vollstreckung des Erkenntnisses an den Prätor gehörte, und durch den Executor selbst die Vollziehung ausgeführt wurde; eine förmliche Anrufung durch *actio iudicati* schien immer nothwendig zu seyn <sup>2)</sup>, und noch in der Kaiserzeit war es entschieden, daß der *magistratus*, welcher den Richter bestellte, auch die Vollstreckung des richterlichen Urtheils leitete <sup>3)</sup> und daß im Weigerungsfalle des Besiegten, hoheitlicher Zwang eintrat <sup>4)</sup>. Die Hauptsache war für den Sieger, daß er ein Pfandrecht an dem Vermögen des Schuldners erhielt, so daß die weitere Execution nur

---

1) In seinem Laienspiegel, Fol. 99.

2) S. auch Gajus III. 77. IV. 21—25. 102. 171. s. Literatur in Haubold Institut. jur. rom. privat. p. 110. s. noch Heffter Institutionen S. 545.

3) L. 15. D. de re iudic.

4) L. 68. D. de rei vind.

eine Realisirung des Pfandrechts war 5). Auspfändungen in unserem heutigen Sinne schien ein gewöhnliches Mittel zu seyn 6); die Subhastation der Immobilien war das letzte Mittel 7), und erst, wenn durch Subhastation kein Käufer zu erhalten war, konnte der Sieger wieder um Immission nachsuchen 8). Für diese Subhastation, als das wichtigste Vollstreckungsmittel, finden wir zwar im röm. Rechte manche materielle Sätze, aber keine das Verfahren selbst bestimmende Vorschriften 9). In der Praxis der geistlichen Gerichte fehlte es an Normen für die Execution, und nur der Grundsatz galt gleichförmig, daß bei demjenigen Richter, welcher das Urtheil gefällt hatte, auch die Vollstreckung nachgesucht werden mußte, und daß er das ganze Verfahren leite 10). Als Ordnung der Execution war schon in den Glossatoren die angenommen 11), daß zuerst die Mobilien, dann die Immobilien, hierauf die ausstehenden Forderungen des Schuldners, und erst in subsidium die Person desselben angegriffen werden dürfte. Im deutschen Prozesse erhielt gewöhnlich die Vollziehung eine sehr einfache Richtung durch die den Verträgen beigefügten bestärkenden Klauseln, z. B. mit und ohne Recht, oder durch den

5) L. 15. D. de re iudic. und bes. K ü s t n e r de pignore in caus. iudicati capto Lips. 1744.

6) Nov. 52. und Nov. 134. c. 4.

7) L. 2. Cod. de exec. rei iud.

8) L. 3. Cod. de exec. rei iud.

9) Tit. Cod. de fide et iure hastae. s. auch H e i n e m a n n die Subhastation nach rationalen und polit. Grundsätzen. Weimar 1832. S. 2

10) Maranta de ordine iudicior. p. 665. Ferrariis praxis aur. p. 507.

11) S. viel in Maranta l. c. p. 670.

Einlagervertrag, wodurch jede Urtheilsvollstreckung die Richtung gegen die Person des Schuldners erhielt <sup>12)</sup>. Die Ansicht von der Vollstreckung hing übrigens mit der Schöffenverfassung zusammen; nicht die Urtheilsfinder kümmerten sich um die Vollziehung, sondern diese war Sache desjenigen, der dem Schöffengerichte vorstand, so sagt ein altes Gerichtsbuch, daß, wenn die Urtheile im öffentlichen Gerichte gesprochen waren, der Junker (er präsidirte dem Gerichte), noch drei Tage lange bewaffnet mit beständig gesattelten Pferden blieb, um sogleich die Vollstreckung der Urtheile zu schützen <sup>13)</sup>.

Die unmittelbare Vornahme der Vollstreckungshandlungen kam unter richterlicher Autorität dem Frohnboten zu <sup>14)</sup>; das Urtheil gab gewöhnlich einen Termin zur Erfüllung, nach dessen fruchtlosen Verlauf die Auspfändung durch den Frohnboten eintrat, die anfangs an die beweglichen Sachen und in deren Ermangelung an das unbewegliche Gut sich hielt <sup>15)</sup>.

Der Verkauf des Gepfändeten geschah durch den Frohnboten. Bei unbeweglichen Gütern war die regelmäßige Vollstreckung die der Einweisung des Siegers in den Besitz durch den Richter, so daß erst nach einem gewissen Zeitraume, wenn der Schuldner das Gut nicht löste, es dem Sieger heimgeschlagen wur-

12) Grim m deutsche Rechtsalterthümer S. 614.

13) Ibb. von Urz Geschichte des Buchsgau S. 105.

14) Sachsenspiegel I. 53. 70. Hauschild Gerichtsverf. der Deutschen S. 156.

15) S. Schwabenspiegel cap. 94. 97. 133. Emerich Frankenberg Gewohnheiten in Schminke mon. p. 738. Kopp Nachr. v. den hessen = cassel. Gerichten I. Thl. S. 492.

de 16). Hatte der Sieger ein richterliches Pfand erhalten, oder schon zuvor durch den Schuldner das Pfandrecht bestellt bekommen, so gehörte zur Veräußerung nur der Ablauf einer nach dem Werth des Pfandes verschiedenen Zeit, die nochmalige Aufforderung an den Schuldner zur Auslösung und dann öffentlicher Verkauf auf dem Markt, häufig unter Leitung besonderer hiezu geschwornen Personen (Pfändner) 17). Der Versuch, ob es nicht möglich sei, den Gläubiger bloß aus dem beweglichen Gut des Schuldners zu befriedigen, wurde oft durch gewisse vom Magistrat und den Partheien gewählte Personen gemacht 18). Reichthum das Vermögen des Schuldners nicht zu so kam es regelmäßig zur Arretirung des Schuldners, der anfangs auf gewisse Zeit dem Büttel, und wenn noch nicht bezahlt werden konnte, zu Hand und Halfter dem Gläubiger übergeben wurde 19), welche Sitte 20) noch am Ende des XV. Jahrhunderts vorkommt 21). In den Partikulargerichtsordnungen aus dem Anfange des XVI. Jahrhunderts ist schon eine gewisse Ordnung vorgeschrieben, z. B. in der bayerischen 22), in der hessischen 23) und dem freiburger Stadt-

16) Emerich Frankenb. Gewohnh. S. 740. Ropp l. c. S. 499.

17) S. bes. bayer. Rechtsbuch Ludwigs (v. 1340—46) Tit. XVII. Miltner der bayerische Gantprozeß S. 35—46.

18) Wiener Stadtr. v. 1340 in Rauch script. rer. austr. T. III. p. 52.

19) Merkw. Bestimmungen im alten Miltenberger Rechtsbuch in Bodmann rheingau. Alterth. S. 644.

20) S. schon Sachsenpiegel III. 39.

21) S. Eichhorns Staats- und Rechtsgeschichte III. Thl. S. 410.

22) Gerichtsordn. v. 1520 Tit. XIII.

23) Gerichtsordn. v. 1497 Tit. von der Büßstreckung.

recht 24). Es sollte zuerst das bewegliche Gut, hiernach auf das unbewegliche, und hierauf erst sollten die ausstehenden Forderungen angegriffen werden. Bei der Auspfändung waren schon gewisse für den Schuldner unentbehrliche Gegenstände, z. B. Ackergeräthe, Handwerkszeug, nothwendige Betten ausgenommen<sup>25</sup>). Der Verkauf des Gepfändeten geschah durch den Gerichtsknecht. Der Verkauf der liegenden Güter wurde drei Sonntage nach einander verkündet und am letzten Sonntage bis zum Läuten der Abendglocke das höchste Gebot angenommen<sup>26</sup>). Die weitere Ausbildung des Verfahrens blieb der Praxis überlassen, welche nur durch den Grundsatz geleitet wurde, daß der Sieger wegen jedes Executionsantrags sich an das Gericht, welches das Urtheil fällte, wenden, und einen Executionsbefehl an den Schuldner extrahiren mußte, über dessen Zulässigkeit verhandelt wurde. Vorzüglich gewöhnte man sich daran die Executionsverhandlung noch als einen Theil des Hauptprozesses zu betrachten, und die Form des letzteren auch auf den Theil der Vollstreckung anzuwenden. Man ließ daher schriftliche Verhandlungen und Anwälte zu, theilte die Schriften zur Erklärung mit, fällte Urtheile und gestattete Rechtsmittel dagegen, so daß häufig das Executionsverfahren länger als der Hauptprozeß dauerte. Am schlimmsten aber ging es in dem gemeinen Prozesse, weil die Gesetze, auf welche dieser Prozeß sich stützte, gerade über die Vollstreckung am wenigsten enthielten, und es selbst schwierig war, die Formen des deutschen Gerichtsgebrauchs mit

24) B. 1520 Tit. XIII. fol. XXV.

25) Hessische Gerichts D. v. 1497 in Kopp Hess. Gerichts D. II. Thl. S. 72. Bayerische Gerichts D. Tit. XIII. Art. 5.

26) Freiburger Statut. v. 1520 fol. XXVII.

den wenigen römischen Vorschriften zu verbinden. In den einzelnen Territorien fehlte es nicht an manchen guten Vorschriften über die Execution, und nur aus diesen ist der Geist des deutschen Executionsverfahrens zu erkennen. Insbesondere bildete sich die Regel aus, daß das von dem Sieger angerufene Gericht dem Besiegten immer erst einen Termin zur freiwilligen Erfüllung seiner Pflicht gewähre, die an manchen Orten eine sächsische Frist, an anderen eine sechs-wöchentliche, oder vierzehntägige ist, und leider vom Gerichte (die Gesetze gestatten zwar nur eine Verlängerung aus erheblichen Ursachen) aus unzeitiger Milde verlängert wird. Solche Fristen kennen namentlich die sächsischen<sup>27)</sup>, die mecklenburgischen<sup>28)</sup>, die hannoverschen Gesetze<sup>29)</sup>. Der Sieger hat in dem Executionsgesuche die Art der Execution und die Gegenstände, worauf er Vollstreckung sucht, anzugeben, und es ist ein Fehler, wenn man bloß mit dem Anrufen des Siegers um Execution sich begnügt, ohne Angabe des Gegenstandes. Dem richterlichen Dekrete muß die Drohung der bestimmten eintretenden Executionsart beigefügt werden<sup>30)</sup>; an einigen Orten wird vom Gerichte im Dekrete sogleich ein Termin angesetzt, in welchem der Schuldner seine Einwendungen anzuge-

---

27) In Sachsen ist die Frist nicht gleich; nach der Aug. Prozeßordn. Tit. XXXIX. beträgt die Frist 14 Tage oder bei Geldzahlungen eine sächsische Frist. S. überh. Kori Theorie des sächs. Proz. S. 332.

28) Der Schuldner bekommt eine Verwarnungsfrist, die in der Regel 3 Wochen beträgt. S. v. Nettelbladt Mecklenburg. Civilproz. S. 193.

29) In einigen Gegenden hat die Frist 4 oder 8 Wochen. Deßertei hannöv. Prozeß. II. Thl. S. 413.

30) S. Kori sächs. Proz. S. 333.

ben hat, an anderen wartet man nach dem Verlaufe des Termins das neue Gesuch des Siegers und die Anzeige des fruchtlos verlaufenen Termins ab und erst auf neues Anrufen folgt ein neues gerichtliches Dekret <sup>31)</sup>; in anderen Länder hat der Executor, wenn der Schuldner nach dem Ablaufe der Verwarnungsfrist Partition nicht dociren kann, ohne weiteren Anruf des Schuldners und Befehl des Gerichts, mit der Execution einzurücken <sup>32)</sup>.

Ueber die Ordnung der Execution ist keine Gleichförmigkeit; gewöhnlich kommen bei dem Mangel von Mobilien die Immobilien und dann erst die ausstehenden Forderungen an die Reihe <sup>33)</sup>, wogegen nach anderen Gesetzen <sup>34)</sup> die Forderungen vor den Immobilien angegriffen werden. Ueber den Fortgang der Execution findet sich wieder keine Gleichförmigkeit, indem nach einigen Gesetzen die Verhandlungsmaxime so streng genommen wird, daß das Gericht immer nur auf neues Anrufen des Siegers etwas verfügt und der Gerichtsbote für jeden neuen Gerichtsakt auch einen neuen Befehl braucht, während nach anderen Gesetzen das Gericht nur über die Zulässigkeit des Executionsantrags erkennt und dann der aufgestellte Executor nach den allgemeinen Instruktionen und nach den Gesetzen verfährt, ohne für jeden Akt eine Anfrage bei Gericht zu bedürfen. Ueber die Form des Executionsprocesses fehlt es gewöhnlich an Bestimmungen;

31) z. B. in Hannover, in Baiern, in Hessen.

32) z. B. in Mecklenburg, s. Nettelbladt Civilproz. S. 194. Sehr weise bestimmt dies auch die preuß. Gerichtsordn. Tit. XXIV. §. 31. 32.

33) S. Cod. jud. bav. cap. 18. §. 3. sächf. Prozeßordn. in Kori S. 339.

34) z. B. in Hannover Desterlei S. 417.

daher wird an manchen Orten schriftlich, an anderen dagegen mündlich nur ad protocollum verhandelt. Am meisten ist die Execution in die Immobilien durch Förmlichkeiten aufgehalten, und die Gründe der Zögerung liegen vorzüglich in den langen Terminen von der Immission bis zur wirklichen Versteigerung, in der Gestattung eigener Termine zum Selbstverkauf, und in dem ungeeigneten Taxationsverfahren. Nicht unberücksichtigt darf dabei noch bleiben die Möglichkeit für den Schuldner durch eine Masse von Einreden und durch Rechtsmittel die Execution aufzuhalten, so daß der Ausspruch eines großen Rechtsgelehrten <sup>35)</sup> nicht übertrieben ist, wenn derselbe erklärt: daß es nach dem Buchstaben des Gesetzes nicht schwer sey, die Execution, wenn es auf den Verkauf von Grundstücken ankomme, bei mäßigem Gebrauche der Advokatenkünste, vier Jahre lang heruzuziehen. Ein besonderes Interesse bieten für das Studium des deutschen Prozesses die in verschiedenen Staaten bestehenden Subhastations- und Distraktionsordnungen dar, wohin die Neusgreizische <sup>36)</sup>, die Schwarzburg-Sonderhäusische <sup>37)</sup>, die Lippe-Deumoldische <sup>38)</sup>, die Nassauische <sup>39)</sup>, die Fränkische <sup>40)</sup>,

---

35) v. G ö n n e r Comment. zur baier. Novelle von 1819 S. 404.

36) Subhastationsordnung v. 7. Octob. 1768.

37) B. 10. Jul. 1787 in H e l l b a c h Grundr. des schwarzburg. Privatr. S. 147.

38) B. 1771 in der Samml. der Lipp. Landesordn. II. Thl. S. 412.

39) Subhastationsordnung v. 20. Febr. 1751 erneuert in der Sammlung der nassau. Verordn. I. Thl. S. 95.

40) Executionsordnung v. 26. August 1805.



die Weimarische 41) und eine neue Hessencasselische 42) gehören. — Von den neuen größeren Gesetzgebungen war die preussische, wie in andern Lehren so auch in Ansehung der Vollstreckung der Urtheile, vielfach ausgezeichnet 43), zwar hatte das Gesetz, wie der deutsche Prozeß überhaupt, das Executionsverfahren zur Leitung dem Gericht zugewiesen und ließ gerichtliche Verhandlung zu 44), auch ist überall eine solche Reichhaltigkeit von Vorschriften über die einzelnen vorkommenden Fälle vorhanden, daß nicht leicht die Willkühr eines Executors gefährlich werden zu können scheint; das Gesetz dringt insbesondere auf vollständige Executionsgesuche 45) und auf Anweisung an den Executor 46) für den Fall des fruchtlosen Verlaufs der gesetzten Frist, die Vollstreckung kann nur durch wenige bescheinigte Einreden 47) gehindert werden 48). Von dem Vorwurfe aber, daß in der

41) B. 14. May 1798 (in §. 64.) abgedr. in Heinemann die Subhastation I. c. S. 241. 2c.

42) Berord. vom 5. Okt. 1821 in der Gesefsammlung 1821 No. XVI.

43) Gerichtsordnung Tit. XXIV. s. eine Vergleichung der preuß. mit der franzöf. Executions D. in Klein Annalen XXV. Bd. S. 232. XXVI. Bd. S. 98.

44) v. Dypen Vergleichung der franzöf. u. preuß. Gesetze III. Heft S. 252.

45) Gerichts D. Tit. 24. §. 22.

46) Nach dem Edikt v. 30. July 1812 sollte die Execution ein Attribut der Landes-Gensdarmarie seyn; allein es trat diese Bestimmung nicht ganz ins Leben. Dypen I. c. S. 353.

47) Tit. 24. §. 35—38.

48) Orävell Comment. zur preuß. Gerichts D. III. Tpl. S. 412—420.

Anwendung doch zuviel Unbestimmtheit und Schwanken entsteht, und der Schuldner durch zu große Milde begünstigt wird, kann auch die preussische Gerichtsordnung nicht freigesprochen werden 49). Die Verhandlung, wenn Einwendungen gemacht werden, ist nur mündlich 50). Der aufgestellte Executor 51) ist gehörig eingeschränkt, er kann über die Anweisung nicht hinaus, und befindet sich in beständiger Controle des Gerichts 52), allein er ist nicht so wie ein deutscher Gerichtsbote zu betrachten, der nur eine mechanische Handlung zu vollziehen und dann wieder so lange zu ruhen hat, bis er einen neuen Auftrag vom Gerichte erhält; der Executor erhält vielmehr schon anfangs eine zweckmäßige und vollständige Instruction, so daß eine ganze Reihe von Handlungen ohne neuen Auftrag in seiner Befugniß liegt; die einzelnen Vorschriften des preussischen Processes sind besser unten Gegenstand der Prüfung. Von den neuen Gesetzgebungen verdienen vorzüglich folgende einer Beachtung und zwar die bayerische Novelle 53),

49) Dppen I. c S. 266.

50) Gerichtsordn. §. 34—41.

51) Ein neuerer gebilligter Gerichtsgebrauch giebt nicht, wie die Gerichtsordn. §. 32. vorschreibt, das Executionsmandat dem Executionsucher, der erst nach abgelaufenem Termine das Mandat dem Executor aushändigt, sondern giebt das Mandat unmittelbar dem Executor, s. v. Kampß Jahrbücher Heft XXXII. S. 234—240. Gewiß ist der Gerichtsgebrauch höchst weise, da sonst der oft weiter entfernte Executionsucher unnöthige Kosten anwenden muß, um das Mandat dem Executor einzuhändigen.

52) S. auch Sum=Bach vollst. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente des preuß. u. franzöf. Verf. S. 308 2c.

53) W. 22. July 1819. §. 29—34. u. Gbuners Commentar hiezu S. 401—37.

die durch genauere Bestimmung der Termine, durch Abschneidung der Einreden und Rechtsmittel zu vereinfachen gesucht hat. Die württembergische Gesetzgebung<sup>54)</sup> hat dadurch das Verfahren erleichtert, daß sie die Vollziehung von dem Oberamtsrichter der Ortsobrigkeit des unterliegenden Theils übertragen läßt. Vollständige neue Executionsordnungen sind die für den Canton St. Gallen<sup>55)</sup> und das anhaltische Gesetz<sup>56)</sup>.

Ausführliche Bestimmungen enthält die hannöversische Prozeßordnung<sup>57)</sup>; zwar liegt im Wesentlichen nur das System des in der deutschen Praxis ausgebildeten Vollstreckungsverfahrens zum Grunde, aber durch Abschneidung der Einreden ferner dadurch, daß den in der Executionsinstanz gebrauchten Rechtsmitteln der Suspensivewirkung geraubt ist, und die einzelnen dem Bedürfnisse entsprechenden Vollstreckungsarten näher bezeichnet und die Formen genau vorgeschrieben sind, ist viel für die Vermehrung des Credits gewonnen<sup>58)</sup>. In einem ähnlichen Geiste ist auch der für die sächsischen Fürstenthümer bearbeitete Entwurf einer Vollstreckungsordnung durchgeführt<sup>59)</sup>. — Schon mehr Abweichungen von der deutschen Praxis, enthält der Entwurf der Prozeßordnung für Baiern von 1827<sup>60)</sup>. Die Leitung der

---

54) Organisationsedikt v. 31. Dec. 1818 §. 35. 187.

55) W. 23. Juni 1820.

56) W. 10. July 1822 im Anhang der Erläuterungen zu einigen Titeln der Landesordn. cap. XII, XIII.

57) Vom §. 161 an.

58) Spangenberg Comment. II. Thl. S. 274–346.

59) Abgedruckt im Archiv für civil. Praxis Bd. XIII. No. 20. u. Bd. XIV. No. V. der Verfasser ist Lotz.

60) Cap. 34.

Vollstreckung ist noch dem Gerichte übertragen; eine Ordnung der einzelnen Executionsmittel ist vorgeschrieben, und zwar soll wegen Geldschulden der Gläubiger zuerst an die Mobilien und Renten des Schuldners, dann erst, wenn es daran fehlt, an die Activforderungen und an die liegenden Güter sich halten dürfen, und zwar wenn er an die letzten sich halten will, so soll er zum Verkauf der Immobilien nicht schreiten dürfen<sup>61)</sup>, wenn die Schuld aus den Früchten in einem Jahre oder höchstens in zwei Jahren getilgt werden kann<sup>62)</sup>. Der neue Entwurf von 1831, in welchem der Grundsatz der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit strenger als in dem Entwurf von 1827 durchgeführt ist, sucht das Verfahren zu vereinfachen und dehnt die Rechte des Siegers mehr aus, indem der Entwurf<sup>63)</sup> dem Sieger das Recht giebt, dasjenige Mittel zu wählen, woraus er am schnellsten befriedigt werden kann. Der Richter hat jedoch die Interessen der Partheien zu vereinigen, und das Interesse des Schuldners zu beachten. Renten und Früchte sollen immer vor dem Eigenthum, und bewegliches Eigenthum vor dem unbeweglichen gewählt werden. Die Verfügung des Richters, wie die Hülfe vollstreckt werden soll, und die Ausfertigung der nöthigen Befehle hat der Gesuchsteller, dem sie mitgetheilt werden, dem Besiegten und dem Gerichtsdienner zuzustellen<sup>64)</sup>. Die badische Prozeßordnung sucht durch genaue Vorschriften<sup>65)</sup> der Formen der An-

---

61) Entwurf §. 576. 585.

62) Dagegen s. Kiliant Betrachtungen über das Kapitel von der Execution S. 75. 83.

63) Art. 414.

64) Art. 415.

65) W. 1831 Tit. 42.

wendung der einzelnen Executionsmittel der Willkür entgegenzuwirken; sie ist vielfach der unten zu erwähnenden Genfer Executionsordnung nachgebildet. — Wenn vielleicht dem Gesetzbuche vorgeworfen werden kann, daß zu viele Fristen, bis es endlich zur Realisirung der Execution kömmt, gegeben werden, so hat auf der andern Seite der Gläubiger einen großen Vortheil, daß er nach diesem Gesetzbuche mehrere Executionsmittel zugleich begehren, und unter den Mitteln das ihm zweckmäßigste wählen kann <sup>66)</sup>, und daß mehrere Vollstreckungsarten, auf die sonst in unseren deutschen Gesetzbüchern keine Rücksicht genommen ist <sup>67)</sup>, in der Prozeßordnung gestattet werden. — Eine neue Executionsordnung, die mehr auf den deutschen Gerichtsgebrauch gebaut ist, aber das Verdienst hat, daß sie die Vollstreckung mit dem System öffentlicher Hypotheken in Einklang bringt, ist die Würtembergische <sup>68)</sup>.

Durchaus eigenthümlich und wichtig für Deutschland, weil dies Verfahren auf manche fruchtbare neue Ideen aufmerksam gemacht, und in den an deutsche Herrscher gefallenem französischen Provinzen neue Gesetze veranlaßt hat, ist das französische Executionsverfahren, welches sich von dem deutschen schon durch die Grundidee unterscheidet, nach welcher mit dem gefällten Urtheile die Thätigkeit des Gerichts endigt, indem die Justiz nur vorgelegte streitige Thatsachen unter das Gesetz zu subsumiren hat.

Durch das gefällte Urtheil hat der Sieger von dem Gerichte das Zeugniß erhalten, daß sein Anspruch

66) Prozeßordnung art. 966. 1c.

67) Z. W. Pfändung der Früchte auf dem Felde. Tit. 42. Abschnitt 3. art. 1008.

68) W. 15. April. 1825.

gegen die andere Parthei rechtlich gegründet ist und daher hoheitlich vollzogen werden kann; die Vollstreckung selbst ist nun, als ein Inbegriff von Zwangshandlungen und Acten der administrativen Gewalt, kein Gegenstand der richterlichen Thätigkeit, sondern gehört der vollziehenden Gewalt im Staate an, und ihre Ausübung ist gewissen Beamten (Gerichtsvollziehern, huissiers) anvertraut, welche im Namen des Gesetzes und nach sehr bestimmten Instruktionen handeln. Während in Deutschland der Gerichtsbote immer nur einen einzelnen Akt nach dem gerichtlichen Dekrete vornimmt, bedarf der französische Huissier keines Auftrags und keiner Vorschrift des Gerichts, weil das Gesetz, indem es die ganze Reihe der Executionshandlungen angiebt, je nachdem ein oder das andere Executionsmittel gewählt wird, den Huissier schon im Allgemeinen instruiert hat, und selbst die vielen Termine und Formalitäten erklären sich aus der Absicht des Gesetzes, den Huissier zweckmäßig zu controliren, und seiner Willkühr vorzubeugen. Der Huissier ist darnach der eigentliche Vollziehungsbeamte, und der Sieger muß sich mit dem Urtheile nur an ihn wenden und zur Vollstreckung ihn auffordern; zugleich ist die Uebergabe des Urtheils für den Huissier hinreichende Vollmacht für alle Executionsakte, mit Ausnahme der Beschlagnahme unbeweglicher Güter und der Verhaftung des Schuldners 69). Jeder Execution muß eine Zahlungsaufforderung an den Schuldner, wenigstens einen Tag vor der Vollstreckung, voraus gehen 70), und jeder einzelne Akt muß durch die vom Huissier errichteten Protokolle constatirt werden. Außer dem Huissier kommen aber noch andere Beamte vor, welche

69) Code de proc. art. 556.

70) Code art. 583, 626.

bei der Vollstreckung thätig sind. Dahin gehören theils die Gerichtsschreiber, theils die Notarien; die ersten dienen dazu, damit vor ihnen, wie sonst in Deutschland, in einem Protokolle, gewisse Erklärungen abgegeben werden, welche später an das Gericht gelangen, oder um in gewissen wichtigen Fällen durch ihre Akte den Huissier zu controliren, oder gewisse Akte zu beglaubigen und förmlich zu machen 71). Die zweiten werden gebraucht, wenn es, z. B. bei dem Daseyn von Minderjährigen, auf Verkäufe ankommt, wenn Inventare und Theilungen zu machen sind 72). Die französische Execution ist aber nicht bloß eine Sache der Huissiers und der andern genannten Beamten, sondern wird auch häufig ein Gegenstand von gerichtlichen Entscheidungen, so daß jede Execution, nur so lange als kein Rechtsstreit in derselben sich erhebt, ohne Dazwischenkunft des Gerichts verhandelt wird. Solcher Streitigkeiten können wieder verschiedene seyn, so wie die Gerichte verschieden sind, die dafür competent werden.

1) Alle Streitigkeiten, welche schleunige Abhülfe bedürfen, und durch provisorisch zu hebende Schwierigkeiten die Execution veranlaßt werden, gehören als *referés* in die vom Präsidenten des Gerichts, oder dem committirten Richter gehaltene Sitzung 73), in welcher jedoch nur provisorisch entschieden wird, während die Entscheidung der Hauptsache an das Tribunal gehört, dem die Vollstreckung obliegt 74).

2) Alle Streitigkeiten, die in der Executionsbin-

71) Code art. 571. 671. 680. 726. 734. 738. T. 803. 915.

72) Code 935. 955. 970. 976. 993.

73) Code de proc. art. 806. Nach Carré II. p. 171. soll auch der Friedensrichter des Orts competent seyn.

74) Code art. 554.

stanz entstehen, gehören, wenn das erste Urtheil vom Appellhofe bestätigt ist, vor das Tribunal, welches das erste Urtheil fällte; wurde das Urtheil reformirt, so gehört die Vollziehung an den Appellhof oder an das von ihm speciell zu ernennende Gericht 75).

3) An das Tribunal zur Entscheidung kann die Execution gelangen, a) wenn zwischen dem Executionsucher und einem Dritten, z. B. demjenigen, dessen Forderungen mit Arrest belegt werden, Streit entsteht 76); b) wenn der Schuldner über die Fortdauer und Zulässigkeit eines Executionsmittels Einwendungen macht 77); c) wenn ein dritter Interessirter Einsprüche gegen die Vollziehung macht, z. B. sein Eigenthum behauptet 78); d) wenn Nullitätsklagen erhoben werden 79).

Das Gesetz hat der Besorgniß, daß durch viele solche Zwischenstreitigkeiten der Prozeß zu sehr verzögert werden könnte, durch manche Vorschriften vorgebeugt, und zwar a) durch die Gestattung, daß summarisch und provisorisch über die augenblicklichen Streitigkeiten entschieden werde 80); b) durch die Vorschrift, daß über Inzidentpunkte der Execution nur summarisch geurtheilt wird 81); c) daß nicht jede Opposition die Vollstreckung suspendiren kann, sondern die Einsprüche Dritter beschränkt sind 82); d) daß die Kul-

---

75) Code art. 472.

76) Fälle in Code art. 570. 608. 718.

77) Code art. 567.

78) z. B. Code art. 607.

79) Pigeau Cours. II. p. 102.

80) Code art. 806.

81) Code art. 718.

82) Code art. 608.



litätsklagen an eine gewisse kurze Zeit gebunden werden 83).

In Ansehung der einzelnen Executionsmittel und zwar A) der Auspfändung (saisie exécution) fordert das Gesetz 84), daß der Huissier, wenn die Zahlungsaufforderung vorausgegangen ist, mit Zeugen bei dem Schuldner erscheine (ohne daß der Impetrant gegenwärtig seyn darf), und in einem Protokolle die auszupfändenden Güter bezeichne 85); tritt Widersezung ein, so muß durch den Friedensrichter Zwang angewendet werden 86). Viele Gegenstände können gar nicht gepfändet werden 87). Ueber das Gepfändete wird ein Aufseher bestellt 88) und im Protokolle wird schon der Tag des Verkaufs bestimmt 89); versteigert wird nur so viel als zur Tilgung der Schuld und der Kosten nothwendig ist 90); findet der Huissier schon die Execution eines andern Huissier für einen andern Gläubiger angefangen, so darf er nicht die Execution anfangen; er kann sich aber von dem Gardien nach dem Protokolle die Mobilien vorzeigen lassen, und kann dann die in der ersten Execution

---

83) Code art. 733—35.

84) Code art. 583—625. Berriat St. Prix. p. 466. Carre traité II. p. 211.

85) Code art. 588.

86) Art. 587.

87) Art. 592. Das Gesetz nimmt viele Gegenstände aus, z. B. Bücher, die zum Berufe des Schuldners gehören bis zur Summe v. 500 Frs., Maschinen und Instrumente zum Unterrichte sind ausgenommen.

88) Art. 596. Der Schuldner kann selbst einen solchen Aufseher vorschlagen.

89) Code art. 595.

90) Code 622.

nicht gepfändeten Mobilien pfänden, und denjenigen, der die erste Auspfändung bewirkte, auffordern, das Ganze in acht Tagen versteigern zu lassen 91). Zwischen der Beschlagnahme und der Versteigerung müssen acht Tage verfließen seyn 92). Die Bekanntmachung des Verkaufs geschieht durch fünf Anschläge; die Leitung des Verkaufs hat der Huissier 93), und zugeschlagen wird die Sache immer dem Meistbietenden; der Huissier ist für den Preis verantwortlich 94).

B) Die Beschlagnahme der ausstehenden Forderungen (*saisie arrêt*) 95) besteht in dem Akte, durch welchen ein Gläubiger das bewegliche ausstehende Vermögen seines Schuldners, das in den Händen eines Dritten sich befindet, dadurch in Beschlag nimmt, daß er sich der Verabfolgung des Vermögens oder der Auszahlung der Gelder an den Schuldner so lange widersetzt, bis das Gericht sie ihm zuerkannt oder den Verkauf zu seinem Besten verfügt haben wird. Begründet wird dies durch ein Gesuch an das Gericht um Arrestanlegung 96). Der Huissier zeigt durch ein Protokoll dem Dritten den Arrest an, und binnen acht Tagen muß dem Schuldner der angelegte Arrest angezeigt, und zugleich die Klage auf Bestätigung des Arrests dem Dritten (*tiers-saisi*) insinairt werden 97), weil sonst der Dritte gültig an den Schuldner zahlen kann. Der Impetrant bringt ebenso seine Klage auf Bestätigung, wie der Besiegte die Klage auf Aufhe-

---

91) Art. 611.

92) Art. 613.

93) Art. 624.

94) Art. 625. Carré II p. 227.

95) Code 557—582.

96) Berriat St. Prix. p. 457.

97) Code 563. 4.

bung vor das Tribunal des Wohnorts des Impetraten. Der Dritte muß vor dem Gerichtschreiber oder Friedensrichter eidlich seine Erklärung über den Entstehungsgrund der Schuld, ihre Größe und Abschlagszahlungen machen <sup>98)</sup>. Wird die Erklärung nicht bestritten, so hat kein weiteres Verfahren statt, sonst entscheidet das Tribunal, und erst dann, wenn der Arrest justifizirt ist, wird zum Verkauf geschritten. <sup>99)</sup> Der Arrestkläger erhält ein ausschließendes Recht auf die mit Arrest belegte Summe, sobald der Arrest dem Dritten insinuirt ist <sup>100)</sup>.

C) Die Execution auf Früchte auf dem Halm (*saisie brandon*) besteht darin, daß einem Dritten die Aufsicht über die noch nicht eingearndteteten Früchte eines Schuldners eingeräumt wird, um die Früchte zum Besten des Schuldners verkaufen zu lassen <sup>101)</sup>, sie kann nur sechs Wochen vor der gewöhnlichen Zeit der Reife der Früchte gesucht werden; der Huissier macht, wie bei der Auspfändung, ein Protokoll und bestellt einen Aufseher (gewöhnlich den Feldhüter) und versteigert nach den Regeln wie bei der Auspfändung.

D) Die Beschlagnahme der Renten geschieht in so fern als die flüssigen Renten zuerst Gegenstand der Execution sind, indem nach dem Zahlungsbefehle die Aufforderung durch den Huissier an den Besiegten und an den Dritten, d. h. den Schuldner der Rente geht, bei welchem der Arrest angelegt wird <sup>102)</sup>. Reichen die flüssigen Renten nicht zu, so wird zum

98) Art. 570. 71.

99) Art. 579.

100) Hildegard die Rechtspflege in Rheinbathern. II. Bd. 3. Heft. S. 161.

101) Code art. 626—635. Berriat St. Prix. p. 481. Carré traité II. p. 229.

102) Code art. 636. Carré traité. II. p. 235.

Verkauf der Rente selbst geschritten, wobei, weil die Rente als Immobile gilt, die Analogie der Formen der Subhastation der Immobilien eintritt.

E) Die Immission des Siegers in die Guts-erträgnisse ist keine allgemeine Executionsweise, sondern kann nur von dem Schuldner nachgesucht werden, der durch einen notariellen Pachtbrief nachweisen kann, daß der reine Ertrag der Grundstücke während eines Jahres, zur Zahlung der jenseitigen Forderung mit Zinsen hinreichen würde <sup>103)</sup>.

F) Der persönliche Arrest des Besiegten ist kein gewöhnliches Executionsmittel, sondern nur an gewisse Bedingungen gebunden <sup>104)</sup>. a) Außer Handelsfällen tritt er ein in gewissen strafbaren Fällen wegen nothwendigen Depositums, zur Execution possessorischer Urtheile <sup>105)</sup> und in einigen Fällen, wo der Arrest speciell im Akte stipulirt war <sup>106)</sup>. b) In Handelsfällen hat auch gegen den Nichtkaufmann der Arrest zur Execution der handelsrechtlichen Geschäfte unter gewissen Bedingungen Statt <sup>107)</sup>. c) Gegen Handelsleute (in dem ausgedehnten französischen Sinne) hat er Statt wegen der Fälle, in welchen auch der Nichtkaufmann verhaftet werden darf, und wegen Handelsgeschäfte in dem Umfange, als das noch gültige Gesetz v. 15. Germinal Jahr VI. dies erlaubt <sup>108)</sup>.

103) Code civil art. 2212.

104) Gesetz vom 15. Germinal l'an VI. Berriat. St. Prix Cours p. 550. Carré traité II. p. 386.

105) Cod. Nap. 2059—62.

106) Cod. Nap. art. 2063.

107) Code de Com. art. 636. Pardessus Cours du droit commercial t. IV. p. 237.

108) Pardessus Cours tom. IV. p. 243. Vincens exposition méthodique t. I. p. 149.

d) Auch wird der Arrest wichtig in soferne als <sup>109)</sup> gegen den Fremden wegen Contracte, die er mit einem Franzosen im Auslande geschlossen hat, auch in Frankreich geklagt werden kann und gesetzlich <sup>110)</sup> jedes zu Gunsten eines Franzosen ergangene Urtheil gegen den Fremden durch persönlichen Arrest vollzogen werden kann; e) das Gericht kann endlich nach seinem Ermessen unter Bedingungen den Arrest im Urtheile aussprechen <sup>111)</sup>. Die Gesetze bestimmen noch in Bezug auf Vollziehung gewisse Ausnahmen, fordern vorausgehende Signification, und lassen summarisch auf Antrag des Schuldners in einem referé über Arrest erkennen <sup>112)</sup>. Die Bestimmungen des Gesetzes genügen den Forderungen nicht, welche man mit Recht im Interesse der Freiheit an den Gesetzgeber machen konnte <sup>113)</sup>. Erst durch das Gesetz vom 17. April 1832, kamen endlich die Verbesserungen zu Stande <sup>114)</sup>. Wegen kleiner Summen wurde nun keine persönliche Haft mehr zugelassen, nicht wegen einer Handelschuld die unter 200 Francs betrug, und dem verhafteten Schuldner wurde die Aussicht eröffnet, schneller wieder aus dem Arrest entlassen zu werden <sup>115)</sup>.

---

109) Code Nap. art. 14.

110) Gesetz v. 10. Sept. 1807.

111) Code de proc. art. 126. Carré traité I, p. 206.

112) Cod. civ. art. 2065. Cod. de proc. 781—86.

113) Darstellung der legislativen Verhandlungen in Frankreich von Fölix, in Rittermaiers und Zachariás krit. Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung III. Bd. Nro. 18.

114) Comment. sur la loi du 17 Avril 1832 relative a la contrainte par corps, par Foelix. Paris 1832.

115) Jeder wegen Handelschuld die unter 500 Fracs. beträgt erkannte Arrest hört ipso jure auf, wenn er ein Jahr dauerte.

G) Die Beschlagnahme unbeweglicher Güter (*saisie immobilière*) hat im französischen Rechte die Eigenthümlichkeit, daß nicht, wie in Deutschland, eine gewisse Stufenfolge Statt findet, so daß erst bei dem Mangel anderer Executionsmittel die Subhastation eintrete, sondern der Sieger, wenn er eine Realforderung hat, kann sogleich die Subhastation wählen. Das Gesetz <sup>116)</sup> betrachtet die Execution als diejenige, bei welcher durch viele Formen und durch längere Termine der Schuldner geschont und ihm eben wegen der längeren Dauer die Möglichkeit gelassen werden soll, durch andere Arten der Zahlung der harten Maaßregel zu entgehen, zugleich durch die möglichste Publizität und viele Formen etwaigen Schikanen, leichtsinnigen Veräußerungen, wodurch oft eine augenblicklich bedrängte Familie gänzlich zu Grunde gerichtet wird, vorzubeugen und den möglichst höchsten Preis der Güter zu bewirken. Vor der Revolution gab es außer zahlreichen Reglements nur zwei Hauptordonnances darüber; (ordon. des criées von 1536 und 1551) in der Revolution bestand das freilich zu einfache Ges. v. 11. Brumaire J. VII. Der Code unterscheidet nicht den Werth der zu versteigerten Grundstücke, sondern schreibt für alle das gleiche förmliche Verfahren vor. In dem Verfahren können fünf Hauptepochen unterschieden werden. 1) Die Einleitung zur Vollstreckung und Begründung derselben durch Zahlungsbefehl des Huissier mit der Drohung der Versteigerung <sup>117)</sup>,

---

116) Code de proc. 673 — 717. Berriat St. Prix Cours p. 499. Carré II. 257. S. gute Bemerkungen im niederrhein. Archive v. Sandt und Sum-Bach I. Bd. S. 58. II. Bd. S. 18. III. Bd. S. 257. IV. Bd. S. 126.

117) Code art. 673.

welchem erst dreißig Tage darauf der Akt der Beschlagnahme durch ein Protokoll des Huissier folgen kann <sup>118)</sup>, in welchem der Huissier die zur Execution zu bestimmenden Güter als der Vergantung unterworfen erklärt, und vollständig mit einem Auszuge aus dem Mutterprotokolle der Grundsteuerrolle beschreibt; worauf zur Controle des Huissiers eine Abschrift des Protokolls dem Greffier des Friedensgerichts und dem Maire, und bei der Greffe des Tribunals eingehändigt <sup>119)</sup>, die Execution ins Register des Hypothekenbureaus eingetragen wird <sup>120)</sup>.

2) Das Verfahren, zu dem Zwecke, die Beschlagnahme und den vorbereitenden Verkauf den Interessenten und dem Publikum bekannt zu machen. Hierzu erfolgt a) binnen vierzehn Tagen von der Einregistrierung an, die Anzeige der wirklichen Beschlagnahme an den Schuldner <sup>121)</sup>, der erst von diesem Momente an in seiner Disposition beschränkt wird <sup>122)</sup>; b) die Mittheilung der öffentlichen Bekanntmachung an die inscribirten Gläubiger <sup>123)</sup>; c) die öffentliche Bekanntmachung der Beschlagnahme mit vielen Förmlichkeiten durch den Greffier <sup>124)</sup>.

3) Das Verfahren zur Vorbereitung des Verkaufs selbst, der Bedingungen desselben und der öffentlichen Bekanntmachung. Hierzu gehören die Einrückung in öffentliche Blätter <sup>125)</sup>, die

---

118) Code 675.

119) Art. 676.

120) Art. 677.

121) Art. 681.

122) Art. 688. 93.

123) Code art. 695.

124) Code art. 682.

125) Art. 683.

Anheftung der Bekanntmachung an verschiedenen Orten <sup>126)</sup>, verbunden mit Beglaubigungsakten über diese Anschläge <sup>127)</sup> und eine von dem Executionsfucher vorzulegende sehr förmliche Uebersicht der Verkaufsbedingnisse (cahier des charges) und der zu ver steigern den Güter <sup>128)</sup>. Hieher gehören auch die zur Errichtung größerer Publizität vorgeschriebene durch den Gerichtsgebrauch in nutzlose Förmlichkeit <sup>129)</sup> ausgeartete dreimalige Ablesung des cahier des charges in der Audienz <sup>130)</sup>, und wiederholte Anheftungen und Bekanntmachungen <sup>131)</sup>.

4) Verfahren zur Vollziehung der Versteigerung selbst. Hier nimmt das Gesetz nur eine vorläufige Versteigerung an, deren Resultate nicht verpflichten. Die Versteigerung selbst geschieht in der Audienz des Gerichts erster Instanz; nur Anwälte können für die Partheien bieten; es werden drei Wachslichter angezündet, von welchen jedes eine Minute brennen muß; erst dann, wenn die drei Lichter, die nach einander angezündet werden, verlöscht sind, kann der Zuschlag erfolgen <sup>132)</sup>.

5) Verfahren bei der endlichen Versteigerung und Adjudikation der Sache. Erst

---

126) Art. 684. Das Gesetz schreibt hiezu den Wohnort des Schuldners, die Thore der mit Beschlag belegten Güter, den Hauptplatz der Gemeinde des Wohnorts des Schuldners, das Thor am Sitzungssaale des Friedensgerichts und des Tribunals des Wohnorts vor.

127) Art. 685. 687.

128) Art. 697.

129) S. niederrhein. Archiv. I. Bd. S. 183.

130) Code art. 702.

131) Art. 703—5.

132) Code art. 706—709.



sechs Wochen nach dem einstweiligen Zuschlag kann wieder die definitive vorgenommen werden, bei welcher das nämliche Verfahren Statt hat, und nach deren Resultate in der Sitzung der Adjudikationsbescheid erfolgt <sup>133)</sup>. Daß die langwierige und kostspielige Proceedur, die durch so viele Nichtigkeitsklagen vereitelt werden kann, weder dem Gläubiger, der zu seinem Gelde nicht gelangt, noch dem Schuldner, der durch Kosten erdrückt wird, vortheilhaft ist, wurde allgemein, auch in Frankreich eingesehen <sup>134)</sup>, und 1829 wurde auch von der Regierung der Entwurf eines Gesetzes über Zwangsveräußerungen ausgearbeitet und zum Gutachten den Gerichten mitgetheilt <sup>135)</sup>. Da aber diese Gutachten zu verschiedenartig ausfielen, so blieb der Entwurf liegen. Auch in den Staaten, in welchen die französische Prozeßordnung gilt, oder dem neuen Gesetzbuche zum Grunde lag, veranlaßte das Bedürfniß eine Verbesserung. Im Code von Genéve <sup>136)</sup> erstreckte sich die legislative Thätigkeit auf alle Arten von Executionen; die Formen wurden vereinfacht, das Verfahren wurde deutlicher dargestellt; aber noch immer blieben zu viele Fristen und Förmlichkeiten stehen. Im Königreich Sicilien, wo der 1819 publicirte Prozeßcodex im Wesentlichen auf den französischen Code gebaut war, wurde durch ein Gesetz vom 29. December 1828 <sup>137)</sup> das Kapitel von

133) Code art. 706—715.

134) Föllix in der kritischen Zeitschrift II. Bd. S. 64.

135) Der Entwurf enthält 183 Artikel, er vermindert zum Theil die Formen, greift aber das Uebel doch nicht an der Wurzel an.

136) Code de la procédure tit. XXVI.

137) Abgedruckt im Anhang zur Ausgabe des Codice di procedura von 1829.

Anheftung der Bekanntmachung an verschiedenen Orten <sup>126)</sup>, verbunden mit Beglaubigungsakten über diese Anschläge <sup>127)</sup> und eine von dem Executionsfucher vorzulegende sehr förmliche Uebersicht der Verkaufsbedingungen (cahier des charges) und der zu ver steigern den Güter <sup>128)</sup>. Hieher gehören auch die zur Errichtung größerer Publizität vorgeschriebene durch den Gerichtsgebrauch in nutzlose Förmlichkeit <sup>129)</sup> ausgeartete dreimalige Ablesung des cahier des charges in der Audienz <sup>130)</sup>, und wiederholte Anheftungen und Bekanntmachungen <sup>131)</sup>.

4) Verfahren zur Vollziehung der Ver steigerung selbst. Hier nimmt das Gesetz nur eine vorläufige Versteigerung an, deren Resultate noch nicht verpflichten. Die Versteigerung selbst geschieht in der Audienz des Gerichts erster Instanz; nur Anwälte können für die Partheien bieten; es werden drei Wachslichter angezündet, von welchen jedes eine Minute brennen muß; erst dann, wenn die drei Lichter, die nach einander angezündet werden, verlöscht sind, kann der Zuschlag erfolgen <sup>132)</sup>.

5) Verfahren bei der endlichen Ver steigerung und Abjudikation der Sache. Erst

---

126) Art. 684. Das Gesetz schreibt hierzu den Wohnort des Schuldners, die Thore der mit Beschlag belegten Güter, den Hauptplatz der Gemeinde des Wohnorts des Schuldners, das Thor am Sitzungssaale des Friedensgerichts und des Tribunals des Wohnorts vor.

127) Art. 685. 687.

128) Art. 697.

129) S. niederrhein. Archiv. I. Bd. S. 188.

130) Code art. 702.

131) Art. 703—5.

132) Code art. 706—709.

sechs Wochen nach dem einstweiligen Zuschlag kann wieder die definitive vorgenommen werden, bei welcher das nämliche Verfahren Statt hat, und nach deren Resultate in der Sitzung der Adjudikationsbescheid erfolgt <sup>133</sup>). Daß die langwierige und kostspielige Procedur, die durch so viele Nichtigkeitsklagen vereitelt werden kann, weder dem Gläubiger, der zu seinem Gelde nicht gelangt, noch dem Schuldner, der durch Kosten erdrückt wird, vortheilhaft ist, wurde allgemein, auch in Frankreich eingesehen <sup>134</sup>), und 1829 wurde auch von der Regierung der Entwurf eines Gesetzes über Zwangsveräußerungen ausgearbeitet und zum Gutachten den Gerichten mitgetheilt <sup>135</sup>). Da aber diese Gutachten zu verschiedenartig ausfielen, so blieb der Entwurf liegen. Auch in den Staaten, in welchen die französische Prozeßordnung gilt, oder dem neuen Gesetzbuche zum Grunde lag, veranlaßte das Bedürfniß eine Verbesserung. Im Code von Genève <sup>136</sup>) erstreckte sich die legislative Thätigkeit auf alle Arten von Executionen; die Formen wurden vereinfacht, das Verfahren wurde deutlicher dargestellt; aber noch immer blieben zu viele Fristen und Förmlichkeiten stehen. Im Königreich Sicilien, wo der 1819 publicirte Prozeßcodex im Wesentlichen auf den französischen Code gebaut war, wurde durch ein Gesetz vom 29. December 1828 <sup>137</sup>) das Kapitel von

133) Code art. 706—715.

134) Föllix in der kritischen Zeitschrift II. Bd. S. 64.

135) Der Entwurf enthält 183 Artikel, er vermindert zum Theil die Formen, greift aber das Uebel doch nicht an der Wurzel an.

136) Code de la procédure tit. XXVI.

137) Abgedruckt im Anhang zur Ausgabe des Codice di procedura von 1829.

der Zwangsversteigerung neu angeordnet; aber den französischen Grundideen blieb man auch in dem Gesetze treu. — Ein Gesetz im Königreich der Niederlande <sup>138)</sup> vereinfachte wenigstens das Verfahren bei Veräußerung der den Minderjährigen zugehörigen Immobilien; aber erst den Herrschern jener französischen Provinzen, die an deutsche Staaten durch den letzten Frieden fielen, war es vorbehalten, auf eine zweckmäßige und kräftige Weise das Verfahren bei Zwangsveräußerungen zu reguliren, und das Verfahren zu vereinfachen, ohne die wohlthätige Schonung des Schuldners zu vernachlässigen. Für Rheinpreußen geschah dies durch eine Verordnung v. 1. Aug. 1822, für Rheinbaiern durch ein Gesetz v. 1. Juni 1822, für Rheinhessen durch ein Gesetz vom 24. July 1830 <sup>139)</sup>, bei dem bayerischen sind vorzüglich die Verathungen der Stände merkwürdig <sup>140)</sup>. 1) Alle diese Gesetze fühlten, daß ein Hauptgrund der Gebrechen der französischen Execution darin liege, daß nur der Huissier die Vollstreckung leitet; beide haben dadurch zu helfen gesucht, daß sie anderen Beamten das Geschäft übertrugen, und zwar das preussische und hessische Gesetz dem Friedensrichter des Orts, wo die Immobilien liegen, das bayerische dem Notar <sup>141)</sup>. 2) Der Fehler des französischen Verfahrens, nach welchem die Versteigerung

138) B. 12. Juni 1816 siehe auch abgedruckt im niederrhein. Archiv. I. Bd. S. 148

139) Im hess. Regierungsblatt. No. 50.

140) Es gehören hieher die landständischen Verhandlungen der zweiten Kammer III. Beilagenband S. 241. und Verhandlungen IV. Bd. S. 94. VI. Bd. S. 182—248. VII. Bd. S. 185. 287.

141) Preuß. Verordn. §. 1. Bayer. Verordn. Art. 3.

nicht am Orte, wo die Güter liegen, geschehen mußte, wurde vermieden, indem der Verkauf immer nur am Orte der Güter geschehen muß <sup>142)</sup>, wodurch unfehlbar ein höherer Preis erzielt wird, als durch die Versteigerung an einem Orte, an welchem nur Wenige die Güter kennen. 3) Von den Formalitäten der Einleitung hoben beide Gesetze <sup>143)</sup> den Akt der Beschlagnahme auf, wie dies in der bayerischen Ständekammer zweckmäßig in Antrag gebracht war <sup>144)</sup>. 4) Durch die Vorschrift, daß die Versteigerung am Orte, wo die Güter liegen, geschehen sollte, wurden viele nur auf die französische entgegengesetzte Bestimmung berechnete Förmlichkeiten überflüssig, insbesondere die Eintragung und Beschlagnahme in die Gerichtsschreiberei, der Fertigung der Auszüge davon und verschiedener Anheftungen. 5) Die Begründung der Vollziehung geschieht durch Anmeldung des Gläubigers bei dem Friedensgerichte und in Baiern bei dem Gerichte <sup>145)</sup>. In Preußen legt der Gläubiger sogleich, außer der Urkunde, eine Beschreibung aller zu veräußernden Gegenstände, Auszüge aus den Steuerrollen, Hypothekenbüchern, die Kaufbedingungen und die Erklärung eines von ihm zu machenden Gebots vor, in Baiern wird von dem Gerichte auf summarische Verhandlung, auf ein einfaches Gesuch

---

142) Preuß. Verordn. §. 1. 18. bair. §. 14. s. jedoch hess. Ges. §. 11.

143) Preuß. §. 3. Vergl. §. 6.

144) Verhandlungen III. Beilagenband S. 246. Es existirt der in den alten Edikten diese Förmlichkeit veranlassende Grund nicht mehr, und der Zweck der Bekanntmachung an den Schuldner ist einfacher zu erreichen, nämlich durch Anheftung der Anschlagzettel s. bair. Ges. Art. 8. 10.

145) Preuß. Verordn. §. 4. bair. §. 3.

der Notar zur Leitung der Versteigerung als Gerichtscommissär ernannt. 6) Das Subhastationspatent wird in Preußen von dem Friedensrichter, in Baiern von dem Notar entworfen, nachdem nach baierischem Gesetz der Gläubiger zuvor dem Notar die nöthigen Belege übergeben, und der Notar ein vollständiges Commissionsprotokoll entworfen hat <sup>146)</sup>. 7) Statt der vielen kostspieligen und unnöthigen französischen Anhebungen des Patents, beschränken die erwähnten Gesetze <sup>147)</sup> sie nur auf die nothwendigsten Orte, z. B. die Gemeinde, wo die Güter liegen, und wo der Schuldner wohnt. Die unnöthigen Visa, z. B. durch den Bürgermeister, fallen weg. Das preuß. Gesetz unterscheidet wegen der Ausdehnung der Bekanntmachung und der zu setzenden Fristen für die Steigerung sehr weise nach dem Werthe der Grundstücke, nach der Steuer <sup>148)</sup>. 8) Statt der dreimaligen Anheftung der Zettel verlangt das baierische Gesetz nur einmalige, und statt der drei Bekanntmachungen in den Blättern nur zwei <sup>149)</sup>. 9) In der ersten Bekanntmachung fordert nach baier. R. <sup>150)</sup> der Notar den Schuldner, die Hypothekgläubiger und alle Betheiligten auf, in einem bestimmten Termine vor ihm zu erscheinen und ihre Einwendungen abzugeben; an dem bestimmten Tage hält, wenn Einwendungen gemacht werden, der Notar ein Schwierigkeitsprotokoll ab, versucht unter den Partheien die Güte und nimmt,

<sup>146)</sup> Preuß. §. 12. baier. §. 5. 6.

<sup>147)</sup> Preuß. §. 13. baier. Art. 7. 10.

<sup>148)</sup> Preuß. §. 13. wenn die Grundsteuer nur 4 Thlr. jährlich beträgt, so ist der Termin 2 Monate, wenn die Steuer über 4 Thlr. beträgt, so ist der Termin 3 Monate, und 4 Monate, wenn die Steuer 160 Thlr. oder mehr beträgt.

<sup>149)</sup> Baier. Art. 14.

<sup>150)</sup> Baier. Ges. Art. 6. und Art. 31.

wenn der Versuch fehl schlägt, alle Einwendungen und Gegenerklärungen zu Protokoll, so daß das Gericht darüber entscheiden kann. 10) Ein Unterschied der provisorischen und der endlichen Versteigerung kommt nach beiden Gesetzen <sup>151)</sup> nicht mehr vor, schon die erste ist definitiv. Die Form der Steigerung mit drei brennenden Kerzen ist beibehalten. 11) Statt daß in Frankreich nur Anwälte für die Steigerungslustigen bieten dürfen, kann nach allen neuern Gesetzen <sup>152)</sup>, jeder Bürger selbst oder durch andere bieten; nach b a i e r. Gesetz muß jeder sogleich den Mandanten nennen, nach p r e u ß. braucht man es nur binnen drei Tagen zu thun. 12) Ein Nachgebot ist nie zulässig <sup>153)</sup>. 13) Statt der vielen Nullitäten des f r a n z ö s. Prozesses ist die Zahl sehr beschränkt, ihre Vorbringung ist an kurze Fristen gebunden, eben so wie die Appellation gegen die Urtheile wegen Nullitäten, und neue Nichtigkeitsklagen werden in der Appellationsinstanz nicht gehört <sup>154)</sup>. 14) Auch die f r a n z ö s. Distractionsklage (wenn Jemand Ansprüche auf die zu versteigernden Immobilien behauptet) ist in ihrer Vorbringung so wie in der Appellation beschränkt <sup>155)</sup>. 15) Die Inzidentstreitigkeiten sind theils durch das Verfahren vor dem Beamten, theils durch das vor dem Notar aufzunehmende Schwierigkeitsprotokoll, theils durch Beschränkung auf gewisse Fristen der Anbringung, theils

---

151) Preuß. §. 23. 24. baier. Art. 6. 17. Nach hess. Ges. Art. 20 kann eine weitere Versteigerung eintreten, wenn es die Partheien verlangen, und die gebotene Summe dem 30fachen Betrag der Grundsteuer gleich kommt.

152) Preuß. §. 22. baier. §. 15.

153) Preuß. §. 24. baier. §. 6. s. jedoch hess. Ges. Art. 26.

154) Preuß. Ges. §. 32. baier. §. 37. 38.

155) Preuß. §. 20. 30. baier. §. 32—36. hess. Ges. Art. 46.

durch Vereinfachungen der Appellation beschränkt oder beseitigt <sup>156)</sup>. 16) Wenn der Ersteigerer die übernommenen Bedingungen nicht erfüllen kann, also neue Steigerung eintreten muß, so haben die Gesetze <sup>157)</sup> weise berücksichtigt, daß es bei dieser Steigerung nicht mehr auf einen unglücklichen Schuldner, sondern auf ein Verfahren gegen einen leichtsinnigen oder unredlichen Erwerber ankommt, der keine Begünstigung verdient und nur durch eigene Schuld büßt.

Die bisherige Darstellung führt auf die Untersuchung der Vorfrage: wem soll die Leitung der Vollstreckung überlassen werden? Soll das Executionsverfahren als eine Fortsetzung des Processes bei dem bisherigen Richter verhandelt werden, wie im deutschen Prozesse, oder soll, wie in Frankreich, einem andern Beamten die Vollstreckung anvertraut werden? — Der deutsche Prozeß geht von der Vorstellung aus, daß das Richteramt nicht bloß zum Rechtsprechen, sondern nur zur Realisirung streitiger Rechtsansprüche angerufen werde, daß daher das richterliche Verfahren nicht mit dem Urtheile beendet sey, indem dem Sieger nicht mit dem papierenen Urtheile gedient ist, sondern er wirklich in den Genuß des zugesprochenen Rechts kommen will, wozu aber in den meisten Fällen Zwang nothwendig ist, über dessen Anwendung Streit entsteht, der eine richterliche Entscheidung nothwendig macht <sup>158)</sup>. Es läßt sich nicht läugnen, daß in dieser

156) Preuß. Ges. §. 19. 27. 31. baier. §. 29—32.

157) Preuß. §. 37. baier. §. 41. hess. Ges. Art. 46.

158) Es ist nicht schwierig zu erweisen, daß weder bei den Römern, noch bei den alten Germanen die Vollziehung der Urtheile als Ausfluß der richterlichen Gewalt angesehen war, gerade dadurch, daß das vom *judex pedaneus* oder bei den Germanen von den Schöppen gefällte Urtheil zur



Einrichtung viele Gründe bedeutender Gebrechen der Vollstreckung liegen. Insbesondere wird dies dann fühlbar, wenn, wie in Deutschland, bei den Untergerichten noch Verwaltung und Justiz verbunden und das Amt mit einer Masse von Geschäften überladen ist, welche es kaum möglich machen, mit dem nothwendigen Interesse und mit Umsicht die zweckmäßigsten Executionshandlungen vorzunehmen, so daß nur zu oft mechanisch auf die Gesuche verfügt wird <sup>159)</sup>. Durch die Verweisung der Vollstreckung an das Gericht erhält leider oft die Executionsinstanz den Charakter eines gewöhnlichen Processes, in welchem keine andere, als von den Anwälten unterzeichnete Gesuche angenommen werden und wo auf jede Schrift mit allen Förmlichkeiten schriftlich verfügt wird <sup>160)</sup>. Dadurch, daß nur das Gericht über die Anwendung jedes Executionsmittels entscheidet und der Executor Aufträge des Gerichts abwarten muß, bekommt, da es hier nicht auf strenge Subsumtion der Thatfachen unter Gesetze ankommt, die Individualität des Richters den traurigsten Einfluß, um so mehr, als bei der Execution der Richter immer durch zwei Rücksichten — auf den unglücklichen Schuldner, und den berechtigten Gläubiger — schwankt, und bei dem besten Willen oft

---

Vollziehung auf den praetor oder an den deutschen comes oder den Vorsteher des Gerichts kam, ergiebt sich das Gegentheil; allein seit der Zeit als die Schöppenverfassung verfiel und der landesherrliche Richter auch das Geschäft der Schöppen übernahm, entstand die Verbindung des Vollziehungsamtes mit der Richtergewalt.

159) Weber über das bairische Credit- und Schuldenwesen S. 192.

160) v. Reibnitz Versuch über das Ideal der Gerichts D. 1. Thl. S. 326.

der Richter sich nicht von den Einwirkungen seiner Gemüthsart losmachen kann, so daß der gutmüthige und sehr zartfühlende Richter leichter den Schuldner begünstigen und Fristen bewilligen wird, während der strenge oder hartherzige Richter schonungslos nur das Recht des Gläubigers vor Augen haben wird <sup>161)</sup>. Nicht ungegründet ist es auch, daß die Vollziehung, wenn sie bloß den Gerichten überlassen wird, das Ansehen des Richteramtes auf manche Art gefährdet, indem bei jeder Vollstreckung Willkühr darüber entscheidet, ob Strenge oder Nachsicht eintreten soll <sup>162)</sup>, und das Gehässige, was jede Vollstreckung mit sich führt, auf den Richter zurück fällt. Selbst für die Partheien, welche über die Executionsweise sich zu beschweren haben, entsteht mancher Nachtheil, wenn es der Richter ist, gegen dessen Verfügungen Beschwerde erhoben werden soll; während viel einfacher die Klage gegen andere Beamte realisirt werden kann. Wenn man aber auch diese bisherigen Bedenklichkeiten nicht als ungegründet erklären kann, so möchte man schwerlich zur unbedingten Lobpreisung der französischen Einrichtung kommen. Welche Gebrechen insbesondere das französische Subhastationsverfahren an sich trägt, wird schon aus den Verbesserungen ersichtlich, zu welchen die drei obenerwähnten Gesetze sich genöthigt

---

161) Es ist eine sehr richtige Bemerkung Webers l. c. S. 193, daß selbst die Erfahrung bald zeigt, welchen Einfluß die Gemüthsart der Richter auf den allgemeinen Credit eines Kreises hat, so daß die Unterthanen der Landgerichte, welchen das Unglück träger oder gleichgültiger Richter wurde, am wenigsten, oder nur unter den härtesten Bedingungen Darlehne erhalten.

162) S. darüber sehr gute Bemerkungen in den bayer Landtagsverhandlungen von 1822 VI. Bd. S. 234.

sahen. Betrachten wir aber das französische Executionsverfahren überhaupt, so steht 1) die große Verzögerung des Verfahrens und die Kostspieligkeit desselben im nächsten Zusammenhange mit der Idee des französischen Gesetzgebers, die Einwirkung der Gerichte auf das Verfahren in so ferne nicht streitige Zwischenfragen vorkommen, abzuschneiden, als consequente Folge der französischen Ansicht von der Nothwendigkeit der Trennung der Justiz und der Verwaltung. Was insbesondere die Kosten betrifft, so ist es interessant von den mit der Ausübung des französischen Verfahrens vertrauten Geschäftsmännern zu erfahren, daß auch die kleinste Mobiliarpfändung, selbst wenn nur 5 fl. eingeklagt sind, vorausgesetzt, daß keine Reizegebühren des Huissier vorkommen, schon 32 fl. 34 kr. kostet <sup>163)</sup>, daß die Kosten der Versteigerung auch bei dem unbedeutendsten Grundstücke wenigstens 300 Franken betragen <sup>164)</sup>, daß nicht selten, z. B. wegen einer Forderung von 160 fl. die Kosten der Prozedur der Versteigerung 242 Gulden betragen können <sup>165)</sup>, daß in einem Falle die Emolumente der Beamten bei der Subhastation eines größeren Guts 6000 Fr. erreichten <sup>166)</sup>, und daß wegen der höchst unzumuthigen Vorschrift, nach welcher bei der Steigerung nur Anwälte bieten dürfen, die Gebühr des Anwalts bloß für das ausgesprochene Wort 169 Fr. bei einem

<sup>163)</sup> S. bayer. Landtagsverhandlungen IV. Bd. S. 95. VII. Bd. S. 287.

<sup>164)</sup> Niederrheinisches Archiv von Sandt und Sum-Bach II. Bd. S. 24.

<sup>165)</sup> Adolap Andeutungen des Justizwesens im Rheinkreise betreffend (Frankenthal 1820) S. 32.

<sup>166)</sup> Sum-Bach vollst. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preuß. u. französ. Prozeß D. S. 323.

Gutswerth von 20,000 Fr. beträgt <sup>167)</sup>. Diese beträchtlichen Kosten sind durch die zahllosen Formalitäten veranlaßt, welche das Gesetz vorzuschreiben für nöthig fand, und deren Beobachtung durch gedrohte Strafe der Nichtigkeiten eingeschärft werden mußte; die Kosten steigen aber noch auf eine empörende Weise, wenn unglücklicher Weise eine von den vielen Formalitäten vernachlässigt wird <sup>168)</sup>. Vergaß der Huissier nur eine Bekanntmachung an einer der vielen im Art. 684 genannten Thüren anzuhängen, wurde das Visa des Bürgermeisters vergessen, wurde von dem Beschlagnahmeprotokolle nur der Auszug mitgetheilt, so wird das Verfahren nichtig, und der Gläubiger muß von vorne anfangen <sup>169)</sup>. Alles dies ist die consequente Folge der Ansicht des Gesetzgebers, daß der Huissier auf jede Art controlirt und daß jeder Schritt ihm genau vorgeschrieben werden muß, um seiner Willkür vorzubeugen. Während in Deutschland der Gerichtsbote von dem Gerichte in jedem Falle seine Instruktion für den einzelnen Akt bekommt, muß in Frankreich das Gesetz eine allgemeine für die ganze Folge der Executionshandlungen nothwendige Instruktion dem Huissier geben und recht genau Schritt vor Schritt ihm vorschreiben; es muß, statt daß in Deutschland der Richter in jedem Falle die Termine setzt, hier das Gesetz im allgemeinen die Termine fixiren, und es kann selbst auf den größeren oder geringeren Betrag der Forderung dabei keine Rücksicht genommen werden, weil auch für die wichtigste Versteigerung wie für die geringste die Vorschrift passen muß. Selbst die große Zahl der Formalitäten und die Drohung der Nichtigkeit ist eine consequente Folge der Ueberzeugung des

<sup>167)</sup> Niederrhein. Archiv III. Bd. S. 363. Note.

<sup>168)</sup> Zum Bach vollst. Gegeneinanderstellung S. 323.

<sup>169)</sup> Art. 717.

Gesetzgebers, daß nur dadurch die Willkühr dieser subalternen Personen gezügelt und der Huissier zur Aufmerksamkeit gespornt werden kann. 2) Diese Nothwendigkeit, auf der einen Seite den Huissier zu bewachen und zu controliren, und dadurch auf der andern Seite die ihm zu ausgedehnt gegebene Gewalt unschädlich zu machen, fordert im französischen Verfahren die Vorschrift, bei der Subhastation mehrere Beamte thätig seyn zu lassen, von welchen einer den andern bewacht, daraus erklären sich die vorgeschriebenen Einwirkungen der Greffiers, daraus die Visa der Maires. 3) Dadurch, daß eine Person, welche kein höheres Ansehen genießt, weder durch ihr Studium, noch durch ihr Amt in den Augen der Partheien besonderes Vertrauen erweckt, bekommt das ganze französische Executionsverfahren einen gewissen mechanischen Charakter, um so mehr als das Gesetz selbst nicht der Diskretion und der Umsicht der Huissiers es überlassen darf, die Formen nach dem Bedürfnisse des einzelnen Falles zu modeln, daher der geringste wie der bedeutendste Executionsfall nach dem Schlendrian der einmal vorgeschriebenen Protokolle und der hergebrachten Formularien verhandelt wird. 4) Auch die Stellung des Huissier, sein ganzes Verhältniß zu den Partheien, mit welchen er als eine von den Bürgern gedungene Person in vielfachen bürgerlichen Verkehr mit den Unterthanen tritt, erzeugt manche Nachtheile. — Die Partheien gewöhnen sich daran den Huissier als eine von ihnen abhängige Person zu betrachten, und sein Interesse nöthigt ihn sich gut mit den Bürgern zu halten. So steht er als eine leicht zu gewinnende Person in der Mitte zwischen Sieger und Schuldner, und es hängt von ihm ab, ob er mehr mit Strenge und nachsichtsloser Härte dem Ersten durch rasche Execution helfen, oder, weil ein größe-

reß Interesse ihn zu dem reicheren Schuldner zieht, den Letzteren begünstigen will. An Mitteln hiezu kann es dem gewandten Huissier nicht fehlen; nicht selten fleht demüthig der gutmüthige oder minder reiche Gläubiger drei- und viermale bei dem Huissier um ihn endlich zur Vornahme der Vollstreckungshandlungen zu bewegen <sup>170)</sup>, und wenn kein anderes Mittel da ist, so weiß die Praxis sich gut dadurch zu helfen, daß der Huissier aus Gefälligkeit für den Schuldner eine Nullität begehrt, die dem Letzteren Gelegenheit giebt, durch einen Zwischenprozeß den lästigen Sieger sich für einige Zeit vom Halse zu schaffen. 5) Vorzüglich wird es bedenklich dem Huissier so viel zu überlassen, wenn man erwägt, daß im Laufe der Execution häufig Streitigkeiten vorkommen, welche einer Entscheidung bedürfen; da dem Huissier die Entscheidung derselben nicht überlassen werden kann, da er gar nicht in der Lage ist, daß von ihm die vorläufige Aufzeichnung der Einwendungen und Gegenerklärungen zu Protokoll erwartet werden darf, so daß das Gericht nur auf den Grund des abgehaltenen Protokolls entscheiden dürfte, so entstehen in dem französischen Verfahren sehr häufig durch Oppositionen Störungen in der Execution, und zwar nicht selten im günstigsten Momente für den Sieger. Der Schuldner versucht wenigstens die Opposition, und es ist bekannt, daß sich leicht ein Freund des Schuldners auffinden läßt, um mit einem (freilich nur fingirten) Ansprüche

---

170) Es ist nicht zu läugnen, daß auch in Deutschland die Willkühr der Unterriechter gefährlich ist, und daß oft 3—4 Gesuche des Siegers erst den Richter in Bewegung setzen können; allein das ist eben nicht die glänzendste Seite des deutschen Prozeßes und verdient ebenso wohl gründliche Verbesserung.

aufzutreten, dadurch die Execution zu hemmen, und dem Schuldner Zeit zu verschaffen. 6) Selbst darin, daß dem Huiffier, der für die meisten Executionsarten durch die bloße Uebergabe des Urtheils als bevollmächtigt gilt, so viel anvertraut werden muß, daß der vom Sieger gewählte Huiffier auch nur zunächst diesem Rechenschaft abzulegen hat, und in der geringen Aufsicht über diese Huiffiers, so wie in den nicht seltenen Klagen, daß der Huiffier das empfangene Geld vergeudet hat und nicht mehr zu ersetzen im Stande ist, liegt ein neuer Grund von Bedenklichkeiten 171).

Soll nun eine genügende Erörterung der Frage geliefert werden: welche Executionsweise die zweckmäßigste sey? so müssen zwei Fragen getrennt werden; 1) soll nur dem Sieger überlassen werden, die Vollziehung des rechtskräftigen Urtheils einem Vollziehungsbeamten zu übertragen, oder soll der Sieger sich an das Gericht wenden, und die Einleitung des Executionsverfahrens dort nachsuchen müssen? 2) Soll die Fortsetzung und die Leitung der Executionshandlungen und die eigentliche Vollziehung dem Gerichte oder einem anderen von dem Gerichte hiezu angeordneten Beamten übertragen werden?

Unbedenklich muß bei der ersten Frage dafür gestimmt werden, daß der Sieger sich an das Gericht zu wenden und den Befehl zu erwirken habe, a) weil in so vielen Fällen sogleich am Anfang der Execution Streitigkeiten entstehen, z. B. über das wirkliche Daseyn und den Umfang der Rechtskraft, über die Liquidität und ähnliche Punkte, welche dann am besten vorerst beseitigt werden können, ohne daß unnütze Executionshandlungen vorauszu gehen brauchen; b) weil dem

---

171) S. auch *Zum Bach* vollst. Gegeneinanderstellung S. 312.

Gericht am besten zugetraut werden kann, unparteiisch und mit Würdigung der einzelnen Fälle die Frist für die Execution im einzelnen Falle zu bestimmen; c) weil durch den vom Gerichte ausgehenden Auftrag die ganze nachfolgende Execution eine richtige und mit dem nöthigen Ansehen bekleidete Grundlage erhält; d) weil es dadurch möglich wird, einem zweckmäßig auszuwählenden Beamten, der für die ganze Folge im Namen des Gerichts und als Kommissär desselben handelt, die Vollziehungsakte aufzutragen. Zweckmäßig mag es nur seyn im Gesetze eine Frist <sup>172)</sup> zu bestimmen, innerhalb welcher längstens der gerichtliche Beschluß auf das Executionsgesuch gefaßt seyn muß. In Ansehung der zweiten Frage ist es dagegen zweckmäßiger, die Leitung der Execution entweder einem als Gerichtskommissär handelnden Beamten zu übertragen, an welchen die Parthei sich zu wenden hat; ihm würde eine umständliche Instruktion für jede Executionshandlung durch das Gesetz gegeben, nach welchem er handelt, bis der Fall streitig wird; auch dann müßte ihm theils das Vermittlungsamt zustehen, theils das Recht in einem Protokolle alle Einwendungen und Gegenerklärungen so vollständig aufzufassen, daß das Gericht, an welches das Protokoll von ihm eingesendet wird, vollständig über die Streitfrage zu entscheiden im Stande ist, oder wenn auch die Vollstreckungsverfügung von dem Gerichte ausgehen sollte, so müßten doch gewisse Beamte bestellt seyn, welche, nachdem einmal die Vollstreckungsart vom Richter als zulässig erklärt ist, nach einer gewissen Instruktion die einzelnen Vollstreckungshandlungen vorzunehmen hätten. Wählte man den ersten

---

172) Das bayerische Gesetz über die Zwangsveräußerungen §. 3. giebt hiezu dem Gerichte 8 Tage.



Weg, so könnte entweder wie nach dem rheinpreussischen Gesetze, das Geschäft dem Friedensrichter, oder, wie nach dem rheinbaierischen Gesetze, dem Notar, oder, wie nach dem württembergischen Gesetze 173), der Ortsobrigkeit, oder, wie nach dem Vorschlage des Hrn. v. Reibnitz 174), einer Jury übertragen werden. Für den ersten Vorschlag spricht, daß der Friedensrichter 175) ohnehin eine Gerichtsperson ist, und die nöthigen Eigenschaften besitzt, vorzüglich am geeignetsten wegen der Vermittlung ist; für die Uebertragung des Geschäfts an den Notar aber spricht, daß der Notar ohnehin nach französischem Rechte 176) ein ähnliches Geschäft in einigen Fällen hat, daß dadurch der Grundsatz der Reinheit der Justiz besser durchzuführen ist, und daß der Notar wegen seines Geschäftskreises am leichtesten die Executionshandlungen vornehmen und die Förmlichkeiten beobachten kann, insbesondere zu Versteigerungen besser als der Friedensrichter paßt, weil der Steigerungsbakt doch kein richterlicher genannt werden kann. Vorzüglich aber scheint der Notar geeigneter zu seyn, wenn man an die Frage kömmt, ob der Gläubiger die nöthigen Auszüge aus den Steuerrollen, aus dem Hypothekenbuche, die Kaufsbedingungen, Güterbeschreibungen beibringen und nur dem Beamten übergeben soll, oder ob der Beamte selbst für die Beibringung dieser Punkte sorgen soll; das Erste ist in Rheinpreußen und zwar ganz cons

---

173) Organisationsedikt v. 31. Dez. 1818 S. 187.

174) Versuch über das Ideal einer Gerichtsordnung I. Theil S. 327—30.

175) Wo keine Friedensrichter bestehen, aber neben den Collegialgerichten Einzelrichter angeordnet sind, müßte den Letzten immer die Leitung der Execution übertragen werden.

176) Code civil art. 837.

sequent vorgeschrieben, weil dem Friedensrichter, als einem Richter, nicht zugemuthet werden kann, die zur Beibringung gewöhnlich nothwendigen Schritte und Gänge zu machen; das Zweite liegt dagegen in Baiern dem Notar ob, und hier sey es erlaubt zu bemerken, daß die bayerische Einrichtung den Vorzug verdient, weil nur dem Notar, als dem mit solchen Geschäften vertrauten Manne es leicht möglich wird, die nöthigen Auszüge beizubringen, weil er sogleich das Beigebrachte prüfen und sich *brevi manu* überzeugen kann, ob nichts fehle, während theils der unerfahrene und oft nicht gebildete Gläubiger, wenn er für Alles selbst sorgen soll, einer kostspieligen Mittelsperson und eines Rathgebers sich bedienen, weit mehr Mühe anwenden muß, bis er die Belege zusammenbringt, und sehr häufig der Friedensrichter das Beigebrachte nicht als genügend erkennen wird, so daß nur Zeit verloren wird. — Was die Ansicht betrifft, die Execution dem Ortsrichter oder der Gemeindeobrigkeit zu überlassen <sup>177)</sup>, so ist zwar viel dafür zu sagen, allein nicht ohne Grund muß man besorgen <sup>178)</sup>, daß theils diese aus dem Stande der Partheien gewählte Obrigkeit, die in bürgerlichen Verhältnissen zu sehr mit den Partheien leben muß und nicht unabhängig genug ist, oft nicht die nöthige Energie anwenden wird, um dem Sieger zu helfen, daß theils die gewöhnlich nicht rechtsgebildete Gemeindeobrigkeit nicht im Stande ist, im Falle von Streitigkeiten auf eine völlig genügende Weise die Verhandlung so zu instruiren, daß das Gericht darüber entscheiden kann.

---

177) Die neue badische Prozeß D. Art. 970. bestimmt die Bürgermeister als Vollstreckungsbeamte.

178) S. auch manche Bedenlichkeiten von Beck in Duttlingers Archiv für Rechtspflege in Baden Bd. II. No. 21.

Nur dann, wenn die Gemeindeverfassung so gut organisiert ist, daß diese Bedenklichkeiten gehoben werden können, würde für die Uebertragung der Execution an die Gemeinden gesprochen werden können 179). Der Vorschlag des v. Reibnitz kommt in manchen Beziehungen den eben erwähnten nahe; v. Reibnitz führt dafür noch an, daß nur dadurch, daß die von ihnen Mitbürgern gewählten Geschwornen am besten Kenntniß von den Vermögensverhältnissen der Partheien haben, daher die geeignetesten sind, um die zweckmäßigsten, schnellwirkenden und zugleich dem Schuldner am wenigsten lästigsten Executionsmittel zu wählen, daß selbst, wenn die Jury execute, nicht ein gefühlloser Scherz, wie v. Reibnitz sagt, in das Innere der Familien eindringe, sondern hier ein Mitbürger als ein Freund handle, in dessen Hände beide Theile gerne ihr Interesse legen würden. So anziehend von dem würdigen Standpunkte aus, der die Menschen auffaßt wie sie seyn sollten, dieser Vorschlag erscheint, so große Bedenklichkeiten dringen sich dann auf, wenn man die Menschen betrachtet wie sie sind. Leider ist, wenn es auf die Execution ankömmt, in der Regel nicht mehr der Freund am Platze, in dessen Hände beide Partheien ihr Schicksal legen: es stehen sich vielmehr häufig zwei erbitterte und nicht selten von dienstfertigen oder eigennütigen Rathgebern verleitete Partheien gegenüber, welche möglichst einander zu schikaniren su-

---

179) Es ist etwas anderes ob man überhaupt die ganze Leistung der Vollstreckung der Gemeindeobrigkeit überläßt, oder ihr nur unter der Leitung des Gerichts die Vollziehung gewisser gerichtlicher Aufträge übertragen will. Nur das zweite ist in der badiſchen Prozeßordnung geschehen; und gegen diese Einrichtung können weit weniger Einwendungen gemacht werden.

chen, und denen nur Ernst und eine vom gehörigen Ansehen umgebene Strenge entgegenwirken kann. Wir wagen sehr zu zweifeln, ob nach den Verhältnissen des Volkes von einer Jury die nöthige Kraft erwartet werden kann; wir zweifeln selbst, eingedenk wie sehr die Bürger gewöhnlich von allen gehässigen Geschäften sich loszumachen suchen, an der Möglichkeit, eine Jury auf eine solche würdige Weise zu besetzen, daß sie unzugänglich einem falschen Mitleiden die Interessen des Gläubigers und Schuldners in Harmonie zu bringen weiß. Wir besorgen selbst, daß der unvermerkt sich einschleichende Kollegialgeschäftsgang die nothwendige Schnelligkeit des Verfahrens hindern wird, und glauben, daß diese so gebildete Jury nicht im Stande ist, zweckmäßige Verhandlungen zu leiten, daß selbst die als Vortheil gerühmte Kenntniß von der Individualität der Partheien eine gefährliche Willkühr begünstigt.

Wenden wir uns nun zu den einzelnen bei der Execution vorkommenden Fragen, so stoßen wir 1) auf die Frage: ob das Recht des Siegers aus einem rechtskräftigen Urtheile sogleich Execution zu verlangen, an eine gewisse Zeit gebunden werden soll, z. B. wie nach preussischem Rechte <sup>180)</sup>, oder ob, wie nach französischem und gemeinem deutschen Rechte die Execution zu jeder Zeit nachgesucht werden kann <sup>181)</sup>. Das erste

---

180) Nach Gerichts D. Tit. XXIV. §. 3. muß der Sieger binnen einem Jahr vom Urtheil an auf Execution dringen, sonst muß er auf das Neue (obwohl executivisch, wenn er innerhalb 5 Jahren klagt) Klage stellen. Auch die badische Prozeßordn. Art. 956 schreibt solche Termine vor.

181) Nach Art. 156 Code de proc. muß nur die Execution eines Contumacialurtheils binnen 6 Monaten begonnen werden.

ist in neuerer Zeit von Zum-Bach<sup>182)</sup>, das zweite dagegen von Reibnitz<sup>183)</sup> vertheidigt worden. Wenn der Erste die Besorgniß hat, daß der Sieger sonst leicht bis zu dem Momente die Vollziehung des Urtheils aufschieben werde, in welchem für den Schuldner der Vollzug gerade am ungünstigsten seyn würde, so möchten theils solche Fälle sehr selten seyn, in welchen der Sieger nach so langer Zeit des Wartens noch den Vollzug aufschieben möchte; dagegen aber entscheidet die Rücksicht, daß dem Sieger, welcher sich das Recht auf Execution so mühsam erworben hat, diese Befugniß nicht verkümmert werden darf, und daß in der Regel nur der Schuldner gewinnt, wenn die Vollstreckung des Urtheils aufgeschoben wird; daß daher dem Sieger ohne Grund die Last einer neuen Prozeßführung aufgebürdet wird, wenn er nicht zu jeder Zeit Execution nachsuchen darf. Auch ist es bekannt, wie häufig schlaue Schuldner gutmüthige Gläubiger durch Versprechungen zu täuschen und von der Nachsichtung um Vollstreckung abzuhalten suchen, so daß mancher Gläubiger durch solche Täuschungen veranlaßt werden könnte, die gesetzliche Zeit zu versäumen. — 2) Bei der Frage: ob der Richter auf das Executionsgesuch erst dem Schuldner eine Frist zur freiwilligen Erfüllung mit Androhung der Execution setzen soll, darf zwar nicht unbeachtet bleiben, daß der Schuldner, sobald das Urtheil gefällt war, voraus sehen konnte, daß die Vollstreckung eintreten würde, und daß eine längere Zögerung und Androhung überflüssig scheint; allein unter der Voraussetzung, daß die Frist nicht zu lange dauert, muß doch die Festsetzung einer solchen

182) Zum-Bach vollst. Gegenständlerstellung S. 310.

183) v. Reibnitz Ideal einer Gerichts D. I. Thl. S. 315.

empfohlen werden <sup>184)</sup>, wenn nur der Executionensucher sogleich in der ersten Schrift an das Gericht das bestimmte Executionsmittel in Vorschlag bringt und das Gericht, indem es die Frist setzt, zugleich, wie es z. B. in Preußen und in Mecklenburg geschieht, die bestimmte Execution schon so androht, daß nach dem Verlaufe der Frist ohne ein neues Gesuch des Siegers an das Gericht die Vollstreckung eintritt. Auch muß mit der Drohung der Auftrag gegeben seyn, daß der Schuldner alle seine etwaige Einreden auf einmal (hier wirkt die Eventualmaxime trefflich) in bestimmter Frist bebringe. Auch kann zweckmäßig das Gericht schon den Beamten benennen, welcher die Vollstreckung nach dem Ablaufe der Frist zu leiten hat. — 3) In Ansehung der Frage: ob dem Sieger die Wahl gelassen werden solle, die Mobilien oder Immobilien anzugreifen <sup>185)</sup>, oder ob, wie in allen deutschen Gesetzbüchern geschieht, eine Stufenfolge so eintreten solle, daß erst die Mobilien und dann erst die Immobilien angegriffen werden sollen, so scheint zwar die deutsche Einrichtung, die auch in Preußen anerkannt ist, den Vorzug zu verdienen, weil jedes überflüssige Mittel auch ungerecht ist, weil der Staat auch das Interesse hat, die Existenz einer Familie, welche oft allein an ihren Grundbesitz geknüpft ist, zu erhalten, und so lange abzuwenden, als noch andere Mittel vorhanden sind, den Sieger zu befriedigen, weil endlich nicht selten Neid und Habsucht Gelegenheit finden würden, ein willkommenes und lange beehrtes Grundeigenthum des Nachbarn wohlfeil an sich zu bringen. Allein daß bei einer solchen gesetzlich

184) S. auch v. Ö d n n e r Comm. zum b a i e r. Gesetze v. 1819 S. 414.

185) S. auch Code Napoléon Art. 2204—9.

vorgeschriebenen Ordnung der Kredit nicht gewinne, daß dadurch sehr viel Zeit verloren wird, ist leicht begreiflich <sup>186)</sup>. Der Gläubiger muß dann immer wieder von vorne bezinnen und neue Vollstreckungsbefehle nachsuchen. Wer dadurch den Schuldner zu begünstigen glaubt, irrt, denn die Gesamtheit der geldbedürftigen Bürger wird dadurch benachtheiligt, weil kein Gläubiger Lust haben wird, Geld hinzugeben, daß er nur auf so vielen Umwegen zurück zu erhalten hoffen kann. Wo Hypothek für die Schuld bestellt ist, ist es ohnehin ungerecht, den Gläubiger zu nöthigen daß er seine Hypothek nicht geltend machen soll. Die Hoffnung, auf welche der Gläubiger vertröstet wird, aus den Mobilien sein Geld zu erhalten, ist eine sehr unsichere. Jeder Schuldner welcher Geld aufnimmt oder sonst eine Summe Geldes zu bezahlen hat, muß darauf gefaßt seyn, sie auf die schnellste Art aus seinem Vermögen zu bezahlen; er besitzt ja selbst sein Vermögen nur mit der darauf haftenden Last, und kann sich nicht beschweren, wenn der Gläubiger gegen jeden Vermögenstheil die Forderung geltend macht. Wenn der bair. Entwurf von 1827 <sup>187)</sup> dann die Immobilien nicht angreifen läßt, wenn die Schuld aus den Früchten in einem Jahre, oder bei einem hohen Betrage der Forderung in zwei Jahren getilgt werden kann, so ist dadurch eine Zahlungsnachsicht von einem oder zwei

<sup>186)</sup> Der Verf. der Schrift über einige Haupthindernisse, welche der Verfolgung des Rechts nach der preuß. Gerichts D. entgegenstehen, S. 23. klagt sehr über die Langsamkeit des Executionsganges in Preußen, und rechnet zu den Hauptgebrechen auch das, daß Grade der Execution vorgeschrieben sind.

<sup>187)</sup> Art. 585.

Jahren gegeben; der Gläubiger wird zur Nachsicht gezwungen <sup>188)</sup>, um in zwei Jahren noch weniger befriedigt zu werden. Schon dadurch wird viel Zeit verloren, daß gewöhnlich Streit zwischen Schuldner und Gläubiger entsteht, ob die Früchte zur Tilgung der Schuld hinreichen; ob aber dies eigentlich der Fall ist, kann selbst gar nicht mit Sicherheit bestimmt werden, da so viele äußere zufällige Umstände darauf einwirken. Ein Hagelschlag ändert plötzlich die ganze Berechnung, und der Gläubiger hat vergeblich auf sein sauer erworbenes redlich hingeliehenes Geld gewartet. Auch die in manchen Gesetzen vorgeschriebene Ordnung, daß zuerst die Immobilien und dann erst die Activforderungen des Schuldners angegriffen werden können, verdient keine Billigung. Wenn zwar v. G ö n n e r <sup>189)</sup> diese Ordnung dadurch rechtfertigen will, daß sie zum Vortheile des Gläubigers an den letzten Platz gestellt sey, weil niemand schuldig sey sich an einen anderen Schuldner verweisen zu lassen, und solche Forderungen mit den anderen Schuldnern erst ausgestritten werden müßten, so entscheidet dagegen die Rücksicht, daß dem Gläubiger doch oft schneller durch Angriff der Forderungen geholfen werden kann, als durch die mit so vielen Förmlichkeiten umgebene Subhastation; auch kann es vorzüglich, wenn die Activforderung des Schuldners hypothekarisch inskribirt ist, nicht mit Beschwerlichkeiten verbunden seyn, durch den jenseitigen Schuldner sich Befriedigung zu verschaffen. Auf jeden Fall klingt es sonderbar,

---

188) S. auch K i k i a n i über das Kapitel von der Execution S. 76.

189) In den Motiven zum Prozeßentwurf S. 886. f. dagegen Spangenberg Comment. zur hannö. u. G. D. II. Thl. S. 299.



wenn der Gesetzgeber seine Beschränkung dadurch rechtfertigen will, daß der Gläubiger nicht genug Vortheile hätte, wenn er zuerst die Aktivforderung angreift. Man scheint zu vergessen, daß der Gläubiger selbst wohl am besten die Verhältnisse des einzelnen Falles abwägen kann und wird. Am besten wird daher die Gesetzgebung dem Gläubiger die Wahl lassen, ob er an die Immobilien oder an die Aktivforderungen sich halten will. 4) Was die einzelnen Executionsmittel betrifft, so haben sich als Ueberbleibsel älterer Ansichten einige eingeschlichen, welche keine Beibehaltung verdienen; insbesondere die Einlegung eines Executors, und der persönliche Arrest; die erste ist eben so unzweckmäßig als ungerecht, sie macht dem armen Schuldner, der aus Geldmangel nicht zahlt, neue Kosten, und bewirkt, daß er noch weniger zahlen kann, und nützt nichts gegen den trotzigen Schuldner, weil er lieber die Executionsgebühr zahlt, während die Auspfändung ihn mehr beschämen und eher zur Zahlung bewegen würde<sup>190)</sup>. Die persönliche Haft ist ein mit der erwachten Einsicht in die Nothwendigkeit des Schutzes bürgerlicher Freiheit und mit der Natur der Rechte, welche im Civilprozeß in Frage stehen, nicht zu vereinigendes Executionsmittel<sup>191)</sup>. Soll es als Strafe des Schuldenmachens und der Weigerung zu zahlen betrachtet werden, so kann eine weise Gesetzgebung die Strafanwendung nicht von dem Willen des Gläubigers abhängig machen, um so weniger, als jede Strafe eine ihrer Größe nach bestimmte seyn muß, dieser

190) S. auch v. Gönner in den Motiven S. 883.

191) S. auch v. Reibnitz Versuch über das Ideal I. S. 321. Mein Aufsatz in dem Archiv für civil. Praxis XIV. Bd. S. 179.

Arrest aber Jahrelang <sup>192)</sup> dauern kann, wenn er bis zur Erfüllung fort dauern soll. Auch ist es zu schwierig, eine wahre Verschuldung und einen strafbaren bösen Willen des nicht zahlenden Schuldners auszumitteln, so daß nicht selten nur Unglück und Zufall bestraft würden. Wird aber die Haft als ein Executionsmittel betrachtet, so ist sie höchst unzweckmäßig, indem sie dem Verhafteten noch das letzte Mittel raubt in seiner Freiheit sich etwas zu verdienen oder Zahlungsmittel sich zu verschaffen, daher höchstens darauf berechnet seyn kann, die Verwandten und Freunde des Gefangenen zu nöthigen, ihn zu befreien. Schwerlich läßt sich aber ein solcher Zwang gegen die reichen Verwandten den armen Schuldner auszulösen, rechtfertigen <sup>193)</sup>. Der Personalarrest ist eigentlich eine Folter die dahin wirken soll, den Schuldner der vielleicht noch verborgene Hülfsmittel hat, zur Angabe derselben zu bewegen <sup>194)</sup>. Noch unzweckmäßiger wird das Mittel dadurch, daß der Gläubiger genöthigt ist, den Unterhalt für den Verhafteten vorzuschießen, und bei Fortdauernder Zahlungsunfähigkeit entweder consequent der Gefangene lebenslänglich eingesperrt gehalten werden oder zuletzt der Gläubiger, nachdem er unnöthige Kosten gehabt hat, in die Befreiung einwilligen muß. In den meisten Fällen wird nur Leidenschaft und Rache den Gläubiger bewegen, von

---

<sup>192)</sup> Daher kömmt selbst jede Gesetzgebung dazu Beschränkungen hinzuzufügen, und nach einer gewissen Reihe von Jahren die Haft erlösen zu lassen, wenn auch die Schuld noch nicht getilgt ist.

<sup>193)</sup> Mein Aufsatz im Archiv. XIV. Bd. S. 132.

<sup>194)</sup> Crivelli de la contrainte par corps considerée sous les rapports de la morale. Paris 1830.

einem solchen unsichern Mittel Gebrauch zu machen <sup>195)</sup>. Eine abweichende Ansicht erzeugt nur das Wechselinstitut, welches für den Credit des Kaufmanns das seyn muß, was das Hypothekeninstitut für den Realcredit der übrigen Bürger ist. Hier bedarf es für die kaufmännische Ehre eines Stachels, und Personalarrrest wird das einzige Mittel seyn, welches der Kaufmann scheut, nicht wegen des Verlustes der Freiheit, sondern wegen der Folgen, welche nach kaufmännischen Ansichten der erkannte Arrest auf den Credit des Kaufmanns hat. Hier aber nur, wenn das Mittel auf den trassirten Wechsel und die Wechselfähigkeit auf wahre Kaufleute beschränkt wird, mögen staatswirthschaftliche und politische Gründe die Beibehaltung des Arrests rechtfertigen <sup>196)</sup>. Dagegen sollte ein leider oft vernachlässigtes Executionsmittel öfter gebraucht werden, das der Immission des Gläubigers. Wenn zwar das preussische Gesetz <sup>197)</sup> gegen die Immissionen der Gläubiger für eigene Rechnung sich erklärt, wo denselben das Grundstück zur eigenen Administration und Nutznießung ohne Pflicht der Rechnungsablage eingeräumt wird, — wenn das Gesetz als Gründe dagegen die Unzuverlässigkeit der Nutzungsanschläge, die vielen Veränderungen im Ertrage der Landgüter und die unvermeidlichen Verkürzungen des Gläubigers oder des Schuldners anführt, wenn dagegen das Gesetz die Sequestration zuläßt, und dem Gläubiger, jedoch wie

<sup>195)</sup> Eine Vertheidigung des Instituts s. von Böllig in der kritischen Zeitschrift für ausl. Rechtsw. III. Bd. S. 374. und vom Verf. der Schrift über einige Haupthindernisse der Verfolgung des Rechts in Preußen. S. 35.

<sup>196)</sup> S. weitere Ausführung in meinem Aufsatze im Archiv XIV. S. 254.

<sup>197)</sup> Gerichtsordn. Tit. XXIV. §. 118.

einem anderen Sequester, die Führung der Wirthschaft gestattet, so kann dieß nur die Immission treffen, wo der Gläubiger frei schalten und walten kann ohne Rechnungspflicht, nicht aber die, wo der Gläubiger, wie ein anderer Administrator behandelt wird <sup>198)</sup>, über die Substanz nicht verfügen kann und gewissenhaft Rechnung ablegen muß; insbesondere scheint es zweckmäßig, die Immissionen als provisorische Maaßregel zu gestatten, wenn dem Schuldner ein Termin zum Selbstverkauf gegeben wird <sup>199)</sup>, oder wenn wegen der Rechte dritter Personen auf das Gut die Veräußerung nicht eintreten kann, oder wenn die Subhastation erfolglos geblieben ist <sup>200)</sup>.

5) Eine vorzügliche Begünstigung verdient die Execution wegen rückständiger liquider Zinsen, insbesondere von inscribirten Hypothekcapitalien. Es ist ein großer Fehler der Praxis, diese Vollstreckung mit der wegen anderer Geldschulden gleichförmig zu behandeln; — da der Schuldner ein Jahr voraus den Zahlungstermin kannte, und sich Zahlungsmittel verschaffen konnte, so ist eine längere neue Frist völlig zwecklos, und es ist weise, höchstens, wie die bayerische Hypothekenordnung es thut <sup>201)</sup>, auf die gestellte Klage sogleich Termin von acht Tagen setzen zu lassen, nach deren Verlauf, ohne daß eine andere Einrede, als die durch Urkunden auf der Stelle zu beweisende, die Vollstreckung aufhalten kann, die

---

198) Sehr begünstigt ist die Immission in dem Anhalt. Gesetze im Anhang v. 1822. cap. XII. §. 29.

199) Dies schreibt vor die bayer. Novelle v. 22. July 1819 §. 32.

200) Badische Prozeß D. Art. 1027. f. noch württemberg. Execut. Gesetz Art. 44.

201) Hypoth. D. §. 52.

Execution eintritt <sup>202)</sup>. Diese schnelle Execution muß jedoch nur auf die Zinsrückstände höchstens der letzten zwei Jahre beschränkt werden. Auf ähnliche Weise verdienen auch die Vorschriften neuer Gesetzgebungen wegen des Verfahrens in unbestrittenen Schuldsachen, Beachtung. Nach dem großh. hessischen Gesetze <sup>203)</sup>, kann der Gläubiger bloß das Gericht bitten, einen Mahnzettel dem Schuldner insinuiren zu lassen, worin der Schuldner aufgefordert wird, binnen einer bestimmten Zeit den Fordernden zu befriedigen, oder rechtlichen Einwand vorzubringen, widrigenfalls im Wege der Hülfsvollstreckung verfahren würde. Erklärt der Schuldner daß er Einwendungen vorbringen wolle, so muß der Kläger mit der Klage bei dem Richter auftreten. Sind keine Einwendungen vorgebracht, so wird die Vollstreckung eingeleitet.

6) In Ansehung der Execution in die Mobilien, ist die scheinbar schnelle und strenge französische Executionsweise, und die deutsche langsame und milde Art zu prüfen. Die letzte läßt die gepfändeten Mobilien bei Gericht bewahren, und zwar einige Zeit <sup>204)</sup>, innerhalb welcher der Schuldner sie noch einlösen kann; in der Zwischenzeit tritt Taxation durch Sachverständige ein; gewöhnlich wird dann die Fahrniß öffentlich versteigert. Mit Unrecht würde man aber glauben, daß die französische Auspfändung kürzer

---

202) Bei den Berathungen (s. Landtagsverhandlungen III. Bd. S. 385. u. IV. Bd. S. 45) wurden zwar Einwendungen gemacht, indem der Landmann leicht zur ungünstigsten Zeit seine Früchte hinschlagen müßte, wenn nur ein so kurzer Termin ihm gegeben wäre.

203) B. 31. Dec. 1829.

204) S. B. in Sachsen 4 Wochen oder 14 Tage. Kori sächf. Proj. S. 342.

dauerte und weniger kostspielig als die deutsche wäre; der Fehler ist, daß die meisten Fälle gleichförmig behandelt und an die nämlichen Termine und Formalitäten gebunden sind; betrachte man einen Fall, in welchem wegen 20 fl. Mobilien zu versteigern sind, so kommen offenbar zu viele unnöthige Formalitäten vor; was soll der Gardien, der in der Zwischenzeit aufzustellen ist und bezahlt werden muß? warum soll für den unbedeutendsten Gegenstand eine Versteigerung eintreten? wozu der Anschlag an vier oder fünf verschiedenen Orten, so daß der Huissier für jeden absondert bezahlt wird? wozu soll in unbedeutenden Fällen die kostspielige Bekanntmachung in den Zeitungen dienen? Dagegen ist auf der andern Seite dem Huissier wieder zu große Gewalt eingeräumt und eine große Härte begünstigt, indem es nur von ihm abhängt, diese Gegenstände, wie es ihm gefällt, zu pfänden, zumal da bei der Versteigerung die Gegenstände auch um den unbedeutendsten Werth dem Meistbietenden zugeschlagen werden müssen. Es scheint, daß die deutschen wie die französischen Vorschriften darin fehlen, daß sie zu sehr die verschiedenen Fälle gleich behandeln, und gewiß verdient die Rücksicht des preussischen Gesetzgebers<sup>205)</sup> Nachahmung, in so ferne die Beschaffenheit und der Werth des Gepfändeten entscheidet<sup>206)</sup>. In allen Fällen, wo das Gepfändete einen gemeinen Marktpreis hat, sollte es keiner Bekanntmachung bedürfen, sondern die Sache sollte auf dem öffentlichen Markte wie andere Gegenstände der Art verkauft werden: die Frist für den Verkauf muß verschieden seyn, nach

205) Gerichtsordn. Tit. 24. §. 78—92.

206) S. auch bayer. Entwurf v. 1831. Art. 423. zum Theil auch b a d. Prozeß D. Art. 998.

dem Werthe der Sache, auch hängt davon die Zahl und die Art der Bekanntmachungen ab; statt der öffentlichen Anschläge, die Niemand lieft, würde besser öffentliches Ausrufen eintreten, insbesondere bei Gegenständen, die zu den Bedürfnissen des gewöhnlichen Lebens gehören; eine Taxation ist unnöthig, wenn man nicht am Schlusse bei der Versteigerung gestatten will, den Zuschlag zu hindern, wenn er unter einem gewissen Preise ist. Sind seltene oder sehr werthvolle Gegenstände gepfändet, z. B. Juwelen oder Dinge, die nicht zu den gewöhnlichen Lebensbedürfnissen gehören, so könnte zweckmäßig das Verfahren wie bei Versteigerung der Immobilien eintreten <sup>207)</sup>.

7) Die größte Sorgfalt des Gesetzgebers verdient unfehlbar die Subhastation unbeweglicher Güter. Wir haben schon oben den Vorschlag gemacht die Leitung und Fortsetzung des Verfahrens einem vom Gerichte zu bestellenden Notar zu überlassen; allein es kommen noch mehrere nicht unbedeutende Punkte zur Berücksichtigung vor. a) Es ist fast allgemein gewöhnlich, den sogenannten Mittelpreis, welchen die Taxatoren angaben, bei der Steigerung zum Grunde zu legen, und denselben, wie es heißt *pro primo licito* auszurufen; um diesen Preis wird dann, wenn sich Niemand weiter meldet, das Gut dem Gläubiger zugeschlagen. Dies Verfahren verdient keine Empfehlung, weil nach der Erfahrung, wenn die Güter zu hoch aufgeworfen werden, im Steigerungstermine Niemand kommt oder Niemand bietet, so daß neue Steigerungstermine angesetzt werden müssen, und weil dadurch dem Gläubiger, der das Gut um den taxirten Preis häufig nicht annehmen kann oder mag, ein gro-

---

<sup>207)</sup> S. auch preuß. Gerichtsordn. Tit. 24. §. 82.

ßer Nachtheil zugeht 208). Sehr zweckmäßig hat ein nassauisches Gesetz 209) dies Verfahren aufgehoben und dagegen, mit weiser Berücksichtigung der Erfahrung, nach welcher, wenn mit einem geringen Preise angefangen ist, der Preis durch das Bieten gewöhnlich hoch gesteigert wird, vorgeschrieben, daß von dem taxirten Mittelpreise 210) der vierte Theil abgezogen und um die übrigen  $\frac{3}{4}$  das Gut aufgeworfen werden soll. h) Die Praxis 211) giebt häufig den Schuldnern, ehe zur Steigerung geschritten wird, einen drei bis sechs monatlichen Termin zum Selbstverkauf, und giebt als Grund dafür an, daß der Schuldner unter der Hand leichter einen besseren Käufer findet, als bei der Zwangsversteigerung, und durch theilweise Veräußerung oft Gelegenheit zur Befriedigung des Gläubigers erhält; erwägt man aber, wie die Schuldner nach bekannter Erfahrung dies Mittel mißbrauchen, wie nachtheilig es für den Gläubiger ist, noch sechs Monate warten zu müssen, wie der Schuldner nicht selten mit Freunden Verabredungen trifft, nach welchen am Ende des Termins ein angeblicher Käufer auftritt, und nach langen Unterhandlungen doch zur

208) Ueber Schätzung überhaupt Puchta über Concuraprozeß S. 136. Peinemann die Subhastation S. 120.

209) B. 20. Febr. 1751 in der Sammlung der landesh. Edikte und Verord. I. Thl. S. 96.

210) Das Gesetz gebietet auch den Taxatoren zu eröffnen, daß sie ihre Rücksicht auf alle Umstände des in Anschlag zu bringenden Guts, auf die Lage der Gebäude, ob sie zur Betreibung bürgerlicher Nahrung bequem gelegen u. d. r. richten sollen.

211) Das bayer. Gesetz vom 22. Julio 1819. §. 32. bestätigt diese Praxis. Ebenso Württemberg. Execut. Ordnung §. 51. f. noch badische Prozeßordn. Art. 1038.



Subhastation geschritten werden muß, so verdient diese Schonung kaum eine Nachahmung <sup>212)</sup>, und könnte höchstens bei großen Gutskomplexen und dann, wenn der Schuldner durch Urkunden die bereits begonnenen Kaufsverhandlungen beweisen könnte, gestattet werden; jedoch immer unbeschadet des Rechts des Creditors Immission zu verlangen. c) Nicht ohne Interesse ist die Frage: ob der exquirten Parthei gestattet werden soll, die Taxation des Gutes anzufechten. Von neueren Gesetzen gestattet dies die kurhessische <sup>213)</sup>, die anhaltische <sup>214)</sup> und die badische <sup>215)</sup> Gesetzgebung. Wenn zwar der Fall leicht eintreten kann, daß die Rechte des Schuldners durch eine zu geringe Taxation sehr beeinträchtigt werden, um so mehr als die Taxe auf den Zuschlag Einfluß hat, so ist doch vorauszusehen, daß dies Mittel von den Schuldnern sehr mißbraucht werden wird, und um so leichter mißbraucht werden kann, als die Ansichten über Güterwerth sehr schwanken und es dem Schuldner nicht schwer fallen wird, ein Paar ihm günstige Sachverständige aufzustellen. Erwägt man, daß die nachfolgende Versteigerung am besten lehrt, welchen realen Werth das Gut hat, giebt man der Parthei das Recht, schon zur ersten Wahl der Sachverständigen zu concurriren, wird sie selbst dabei begünstigt, so bedarf es keiner Vorschrift, welcher der Parthei das Anfechtungsrecht der Taxation gewährete, außer für den Fall, wenn der Schuldner sogleich erweisen könnte, daß die Schätzer bestochen waren. d) Was die Art der Bekanntmachung und die Formen be-

212) *Muchta Concursprozeß* S. 177.

213) *Hessen = Cassel. Verordn. v. 5. Oct. 1831* §. 2.

214) *Anhalt. Erläuterungen zur Prozeßordn. cap. XII. §. 32.*

215) *Bad. Prozeßordn. §. 1041.*

trifft <sup>216)</sup>, so ist es ein großer Fehler, daß für alle Immobilien eine gleiche Form vorgeschrieben und angewendet wird. Es ist völlig nutzlos und nur Zeit- und Kostenraubend, auch die Versteigerung eines Ackers von zwei Morgen in zwei oder drei Zeitungen einrücken zu lassen, weil man voraus sehen kann, daß Niemand aus der Ferne zum Kaufe eines solchen Güterstücks erscheinen wird, und für die einzigen Käufer, nämlich für die Einwohner der nämlichen Gemarkung, es der Zeitung zur Bekanntmachung nicht bedarf. Die bayerische Gesetzgebung <sup>217)</sup> liefert hier eine wohl zu beachtende Unterscheidung von geringschätigen und hochgültigen Gütern, wovon die ersten diejenigen sind, welche auf dem offenen Markte, auf welchem sie versteigert werden sollen, wegen ihrer Brauchbarkeit und des geringen Kauffschillings Käufer finden wird, während zu den zweiten diejenigen gehören, deren hoher Werth die Geldsumme der gewöhnlichen Marktkäufe übersteigt, und deren Brauchbarkeit nicht allgemein, sondern nur für die mit gewissen Eigenschaften versehenen Personen ist. Zu den letzten gehören z. B. adeliche Güter, Fabriken, große Brauhäuser und große Oekonomiecomplexe. Bei diesen kann nur durch eine ausgedehnte Bekanntmachung in vielen Zeitungen ein hoher Preis erzielt werden, und hier mögen dreimalige Bekanntmachungen in angemessenen Terminen vorgeschrieben werden; bei den Gütern der ersten Art aber muß die Bekanntmachung auf die Klasse von Personen berechnet seyn, welche Antheil am Kaufe nehmen werden, und öffent-

<sup>216)</sup> Heine mann über Subhastation S. 134.

<sup>217)</sup> S. eine gute Entwicklung in Miltner der bayerische Gantprozess (Landhut 1814) S. 153. u. 166. s. den neuen bayer. Entwurf v. 1831. Art. 429.

liches Ausrufen in den benachbarten Gemeinden, zwei oder dreimaliges Anschlagen des Patents an Wirthshaus- und Rathhausthüren von einem Markttag oder Sonntage zum anderen, ist viel zweckmäßiger, als die theuern und (weil solche Einrückungen oft nicht so gleich erfolgen) verzögerlichen Bekanntmachungen durch Zeitungen. e) Die in manchen Gesetzbüchern <sup>218)</sup> vorkommende Bestimmung eines Termins zwischen dem Tage der Bekanntmachung und der Subhastation (z. B. von zwei Monaten) ist aus dem bisher Angeführten nicht zweckmäßig, weil bei unbedeutenden Gütertheilen eine drei Wochen voraus bestimmte Bekanntmachung völlig genügt, während für große Gutskomplexe kaum eine Frist von vier Monaten hinreicht. f) Eine Hauptfrage bleibt immer: ob bei jedem auch noch so geringen Werthe dem Meistbietenden das Gut zugeschlagen werden, oder bei welchem Werthe dies geschehen soll? Die Erfahrung lehrt, daß sehr häufig durch Wiederholung der Subhastation kein höherer Preis erzielt wird, so daß nur unnöthige Kosten und Zeitverlust entsteht; dagegen ist aber auch bekannt, daß nicht selten ein Steigerungslustiger durch verschiedene Mittel die übrigen von der Steigerung abzuhalten oder in Verbindung mit ihnen einen geringen Preis hervorzubringen weiß; sollte nun um jeden Preis dem Meistbietenden das Gut zugeschlagen werden, so würde der Schuldner oft sehr empfindlich verletzt werden können. Als Mittel zur Vermeidung der Härte hat man oft folgend: vorgeschlagen, entweder nach dem (durch Erfahrung als unzweckmäßig dargestellten) französischen Vorbilde eine provisorische Versteigerung von der definitiven zu trennen, oder den Zuschlag von der Bedingung abhängig zu machen, wenn innerhalb einer

<sup>218)</sup> S. B. auch hess. Verordn. S. 10. anhaltische S. 33.

Zeit (z. B. sechs Wochen) vom Schuldner oder einem Gläubiger kein besserer Käufer gestellt wird <sup>219)</sup>, oder den Zuschlag nur dann erkennen zu lassen, wenn das Meistgebot einen gewissen Theil der Taxe, z. B.  $\frac{2}{3}$  der Taxe <sup>220)</sup> oder  $\frac{2}{3}$  <sup>221)</sup> erreicht.

Nach dem erwähnten hessischen Gesetze tritt der Zuschlag im ersten Steigerungstermine nicht ein, wenn nicht das Meistgebot den abgeschätzten Werth erreicht oder Gläubiger und Schuldner den Zuschlag verlangen; im zweiten Steigerungstermin wird zugeschlagen, wenn  $\frac{2}{3}$  der Schätzung geboten sind, sonst kommt es zum dritten Termine, in welchem der Zuschlag immer erfolgt, nur mit dem Zusatz, daß wenn unter  $\frac{1}{2}$  der Schätzung geboten ist, der Schuldner zur Einlösung Frist von zwei bis drei Monaten erhält. Nach den bayerischen Gesetzen <sup>222)</sup> erfolgt der Zuschlag, wenn das höchste Angebot den vorher gerichtlich herzustellenden Schätzungspreis erreicht; außerdem kann jeder Betheiligte noch die zweite unter eben dieser Voraussetzung die dritte Steigerung verlangen. — Nach der hannoverschen Untergerichtsordnung <sup>223)</sup> soll, wenn im ersten Steigerungstermine kein Gebot auf das Grundstück geschehen ist, oder das höchste Gebot nach glaubhafter Angabe des Gläubigers oder Schuldners zu tief unter dem wahren Werthe steht, oder der Schuldner einen zahlungsfähigen höher bie-

219) Dies geschieht z. B. in der französischen Executionsordn. v. 26. August 1805 §. 14.

220) S. B. nach den anhaltischen Gesetzen, siehe Anhang cap. 12. §. 35.

221) Hessische Verordn. §. 8.

222) Hypothekenordnung §. 64.

223) Art. 176. 177. Spaugenberg Commentar II. Thl. S. 323—337.

tenden selbst anzuschaffen Hoffnung hat, der Richter einen zweiten und unter gleicher Voraussetzung, einen dritten Termin festsetzen. In diesem dritten Termine soll dem der das höchste Gebot gethan hat, der Zuschlag ertheilt werden. — Nach dem württembergischen Vollstreckungsgesetz <sup>224)</sup> wird eine weitere Versteigerungstagfarth angesetzt, wenn die Gläubiger sich erboten, das Gut um einen höheren Preis anzunehmen, und der Schuldner kann nur dann einen dritten Versteigerungstermin verlangen, wenn bei der zweiten Versteigerung aus dem Gute ein mit dem Werthe desselben in gar keinem Verhältnisse stehender Erlös erzielt worden ist. — Nach der badischen Prozeßordnung <sup>225)</sup>, wird bei der ersten Versteigerung nur dann den Zuschlag ertheilt, wenn der Schätzungspreis oder darüber geboten wird. Wird dieser Preis nicht erreicht, so wird der zweite Termin bestimmt und darin um jedes höchste Gebot, wenn es auch unter dem Schätzungspreis steht, Zuschlag ertheilt <sup>226)</sup>. — Nach dem neuen bayerischen Entwurfe von 1831 <sup>227)</sup>, wird ein zweiter Steigerungstermin bestimmt, wenn nur ein Kauflustiger bietet, und nicht wenigstens der Schätzungspreis erreicht wird. — Unzweifelbar wirkt die Wiederholung von Steigerungsterminen nachtheilig auf den Credit, da sich weniger Steigerungslustige bei dem ersten Termine einfinden werden, wenn sie voraus sehen können, daß doch ein neuer Termin bestimmt werden wird. Auch ist es bekannt, daß wenn aus den Bekanntmachungen sich ergibt, daß in dem ersten Termine kein gehöriges Ge-

---

<sup>224)</sup> Art. 57—62.

<sup>225)</sup> Art. 1044.

<sup>226)</sup> Art. 1051.

<sup>227)</sup> Art. 431.

bot erzielt werden konnte, dies nachtheilig auf die Meinung über den Werth des Guts wirkt. Auf keinen Fall soll dies Ansetzen neuer Termine um höhere Gebote zu erzielen, ein Werk der Spekulation seyn, und da wo ohnehin hoher Preis z. B. Schätzungspreis erreicht ist, sollte man nie einen zweiten Termin ansetzen. Nur da wo das höchste Gebot unter der Hälfte des Schätzungspreises bleibt, rechtfertigt es sich, daß ein neuer Versuch gemacht wird, einen höheren Preis zu erzielen, in diesem zweiten Termine muß aber der Zuschlag unbedingt erfolgen <sup>228)</sup>. Ein besonders wichtiger nicht genug beachteter Punkt scheint der zu seyn, daß bei Steigerungen so häufig nur auf baar Geld versteigert wird. Dadurch werden viele Steigerungslustige, welche baar Geld nicht besitzen, abgehalten, mitzubieten, während sie geboten hätten wenn sie in Fristen hätten bezahlen dürfen. Daher verdient eine in Frankreich schon lange übliche Einrichtung Nachahmung, nach welcher auf drei oder vier Fristen versteigert wird, um aber dem Gläubiger der baar Geld will, dazu zu verhelfen, verkauft der Schuldner das Steigerungsprotokoll d. h. er tritt seine Rechte auf den Kauffchilling gegen bestimmten Nachlaß an einen Dritten ab, der ihm baar Geld bezahlt. Dadurch wird der Vortheil erreicht, daß viel mehr Steigerungslustige bieten und daß ein höherer Erlös erzielt wird, weil der Steigerungslustige nicht sogleich bezahlen muß; der Schuldner und der Gläubiger bekommen aber doch das baare Geld, und der dritte Cessionar ist gesichert, da ihm die Eigenthumsrechte des Schuldners abgetreten sind. — Auf diese Sitte der Versteigerung auf Fristen (Zieler), jedoch mit manchen ungeeigneten Beschränkungen, deuten

<sup>228)</sup> Noch Gründe für und wider die Wiederholung der Versteigerung Puchta S. 180. Heine mann S. 148.

die Vorschriften des württembergischen <sup>229)</sup> und badischen <sup>230)</sup> Gesetzes <sup>231)</sup>. Noch verdient endlich die Frage eine Erörterung was da eintreten soll, wenn sich bei dem letzten Steigerungstermin kein Steigerungslustiger meldet, der Versuch also erfolglos ist. Die häufig noch vorkommende Bestimmung, daß dann der Gläubiger die Sache um die Taxe übernehmen müsse, ist durchaus unzweckmäßig, da hierin ein Zwang für den Gläubiger liegt, welcher ihm oft sehr nachtheilig werden kann, wenn z. B. ein von seinem Wohnorte weit entferntes Gut ihm heimgeschlagen wird <sup>232)</sup>. Weit einfacher ist es, in einem solchen Falle die weitem Anträge des Gläubigers abzuwarten. Will der Gläubiger das Gut haben, so mag er in dem Termine bieten, und da im zweiten Termine um jeden Preis zugeschlagen werden muß, so ist er sicher daß ihm das Gut nicht gegen seinen Willen zu theuer heimgeschlagen werde <sup>233)</sup>. Will er das Gut nicht, so mag er Anträge stellen auf Immission <sup>234)</sup> oder auf Verpachtung, oder die Sache <sup>235)</sup> ruhen lassen bis bessere Zeiten kommen und die Versteigerung mit mehr Glück wieder versucht werden kann.

---

<sup>229)</sup> Würtemb. 9. Art. 56.

<sup>230)</sup> Art. 1068—70.

<sup>231)</sup> Eine irrige Ansicht hat über diese Fristen *Kilian* S. 131. s. noch *baier. Entwurf* von 1831. Art. 437.

<sup>232)</sup> *Puchta* Concursprozeß S. 195.

<sup>233)</sup> Nach *Hannov. Untergerichts D. Art. 178* ist der Gläubiger gezwungen um den gemeinen Werth die Sache anzunehmen, jedoch kann er diesem entgehen, wenn er die einstweilige Verpachtung vorzieht. *Spangenberg* Com. II. S. 339.

<sup>234)</sup> *Bad. Proj. D. Art. 1027.*

<sup>235)</sup> *Baier. Entwurf. v. 1827. §. 605. Kiliani* S. 123.

## §. VII.

## C o n c u r s p r o z e ß.

Ohne in die ältesten Ansichten des römischen Rechts über Schuldverfahren eingehen zu müssen, ist es für die Beurtheilung des jetzt noch geltenden deutschen Concursprozesses wichtig, an jenes römische Verfahren zu erinnern, nach welchem der Concurs darin bestand, daß eine Versteigerung des vorhandenen Vermögens des Schuldners nicht wie bei uns um baares Geld, sondern um Prozente der Schuldforderungen gehalten wurde, so daß derjenige, welcher die höchsten Prozente bot, das Vermögen addicirt erhielt <sup>1)</sup>, und nun als wahrer successor per universitatem des Gemeinschuldners galt <sup>2)</sup>. Die übrigen Creditoren erhielten daher nichts von dem Eigenthum des Schuldners sondern jeder hatte nur seine vorige auf Prozente herabgesetzte Forderung gegen den Käufer des Vermögens. Der emtor honorum, als der Meistbietende, der zugleich die Kosten der sacra privata in Anschlag bringen konnte bei seinem Gebote, war in so ausgedehntem Sinne successor universalis <sup>3)</sup>, daß er die sacra privata auch übernehmen mußte <sup>4)</sup>.

1) Stieber de honor. emtione apud veteres Rom. Lips. 1827. Zimmern Geschichte des röm. Privatr. §. 75. Heffter Instit. des röm. Proz. 560.

2) v. Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. II. Bd. S. 374.

3) Haffe im Archiv für Civil-Praxis V. Bd. S. 50. 63.

4) Cicero de legibus II. 19 — 21. und v. Savigny in der Zeitschrift S. 377. Heimbach de sacror. privat. mort. continuand. Lips. 1827.



Die *missio in bona* <sup>5)</sup> wurde vorerst, wenn das Schuldverfahren eingeleitet werden sollte, nachgesucht; und nun wurde ein *magister honorum* <sup>6)</sup> aufgestellt, welcher die Veräußerung im Ganzen auf dem Wege der *proscriptio* <sup>7)</sup> besorgte, und wo nun der *emtor honorum* eintrat, der als *successor universalis* galt, während dieß Concursverfahren eine *capitis deminutio* <sup>8)</sup> des Schuldners bewirkte. — Später änderte sich dieß, da allmählig ein *curator honorum* eintrat <sup>9)</sup>, der nun einzelne Theile des Vermögens verkaufen konnte. Dadurch und durch die Ausbildung der *cessio honorum* <sup>10)</sup>, bei welcher die *capitis deminutio* wegfiel, änderte sich auch allmählig die *proscriptio*; und es kam nun zu der mehr unserer heutigen Veräußerungsformen ähnliche *distractio honorum* <sup>11)</sup>. Darüber ob die Hypothekargläubiger sich in den römischen Concurs einlassen mußten oder an ihre Pfänder sich hielten <sup>12)</sup>, ist noch immer Zweifel <sup>13)</sup>. Eine Art von allgemeinem Concurs, und eine Idee von Gemeinschaft der Creditoren entstand jedoch schon dadurch, daß auch das

5) Cicero pro Quinctio 6. 8. 15. Senger über das *vadimonium* S. 73.

6) Gajus Theophilus ad Inst. tit. de success. sublat. III. 79. Stieber l. c. p. 61.

7) Gajus III. 78.

8) L. ult. §. 7. D. quae in fraud. cred. Senger l. c. S. 74.

9) Stieber p. 62.

10) Zimmern l. c. S. 247.

11) Zimmern §. 81.

12) L. 10. Cod. de bon. auctor. jud. poss.

13) S. Schweppe Concursproj. §. 2. Reinhard die Lehre vom Gant u. Gantverfahren S. 60. Zimmern S. 255. Heffter S. 565.

Gesuch eines einzigen Creditors um Immissio den übrigen, die sich nun bloß an den Ersten anzuschließen brauchten, nützte <sup>14)</sup>; eine Ediktalzitazion der Gläubiger kam freilich noch nicht vor. Es wurde ein gehöriges Inventar über das Vermögen errichtet <sup>15)</sup>, und ein Curator, oder bei zerstreutem Vermögen, wurden mehrere bestellt <sup>16)</sup>. Mehrere Personen hatten durch besondere Vorschriften Separationsrechte erworben, bei dem Concourse eines insolvent verstorbenen Schuldners konnte der Erbe einen gesetzlich begünstigten <sup>17)</sup> Nachlaßvertrag schließen, und Einmischung der Kaiser in Privatverhältnisse suspendirte nicht selten durch Moratorien <sup>18)</sup> den Concurß. Am schwierigsten wird es aber, hier den Uebergang von dem römischen Concurßprozesse zu dem heutigen nachzuweisen. Vergebens suchen wir im gemeinen Rechte Gesetze, auf welche sich das heutige Verfahren stützte, weder in dem alten deutschen, noch in dem vermittelnden canonischen Rechte, finden wir die Grundlagen unseres heutigen Verfahrens; selbst die Praktiker der geistlichen Gerichte, deren Aussprüche in anderen Lehren so viele Sätze der heutigen Praxis erklären, erklären sich nur selten über ein Verhältniß, welches in der Regel nicht bei den geistlichen Gerichten vorkam, und nur bei einigen Gerichten in Rom sich fand. Gewiß ist aber, daß schon die Glossen zur

14) L. 12. p. D. de reb. auct. jud. poss. l. 6. §. 7. D. quae in fraud. credit. l. 10. Cod. de bonis auct. jud.

15) L. 15. D. de reb. auct. jud.

16) L. 14. de reb. auct. jud. poss. tit. D. de curat. bon. dand.

17) L. 7. §. 17. D. de pact.

18) L. 6. Cod. Theod. de div. rescript. l. 4. D. de precib. imper. offer.

L. 10 Cod. de bon. auct. jud. und noch mehr zu L. 6 Cod. de remiss. pignor. den spätern Schriftstellern und Praktikern Veranlassung gab, eine Gemeinschaft der Gläubiger unter sich anzunehmen, so daß schon der erste Schriftsteller über Concursprozeß, Salgado de Samoza, die Vorladung aller Creditoren durch Ediktalien als wesentlich vorschreibt<sup>19)</sup>, überall davon spricht, daß der ganze Prozeß bei Gericht verhandelt werde, und jede Handlung vom Richter ausgehe<sup>20)</sup>, und daß das ganze Vermögen den Gläubigern gemeinschaftlich gehöre, und unter sie ausgetheilt werden müßte. Uebrigens wurde der Concursprozeß überall als eine Modifikation des Vollstreckungsverfahrens bezeichnet, und die alten Schriftsteller wählten dabei den Ausdruck Conturbationsprozeß<sup>21)</sup> und deconfitura<sup>22)</sup>. Da öffentliche Versteigerungen durch Ausrufer<sup>23)</sup> (incantatores<sup>24)</sup> stattfanden, so bildete sich das deutsche Wort Gant<sup>25)</sup> aus. Im deutschen Rechte äußerte sich die Ansicht, daß die Schuld auf der Person des Schuldners hafte, und daher der insolvente Schuldner zu Hand und Halfter übergeben wurde<sup>26)</sup>, während in süd-

19) In labyrintho credit. cap. I. No. 27. und cap. VIII.

20) l. c. cap. XIII.

21) Abgeleitet aus L. 5. §. 9. D. de instit. act. L. 16. D. de in rem. verso. Lauriere glossaire du droit françois p. 339.

22) Le Grand. coutumier de France II. p. 129. Gouget traité de criées p. 246.

23) Daher auch processus eridae vom franz. Wort: crier.

24) Du Cange glossar. voce. incantare daher heißt im franzöf. mettre à l'encan, jemand verganten.

25) Mein Aufsatz in der Hallischen Encyclopädie XX. Thl. S. 110.

26) Sachsenspiegel III. 39.

deutschen Statuten sich die Sitte bildete, den insolventen Mann, wenn kein Mittel fruchtete, die Gläubiger zu frieden zu stellen, aus der Stadt oder aus dem Lande zu verweisen 27). Alles Schuldverfahren der alten Zeit bestand nur in Versuchen für den Schuldner, der häufig nach Statuten in kläglichster Gestalt (um Mitleiden für ihn zu gewinnen) öffentlich am Markttage vorgestellt wurde, Bürgen zu gewinnen, oder die Creditoren zu bewegen, daß sie sich an die Güter hielten und die Person frei ließen, in welchem Falle eine Art von *cessio honorum* eintrat 28); andere Schuldverfahrensarten hatten den Zweck solchen Personen, welche in den nächsten Verhältnissen mit dem Schuldner standen z. B. der Ehefrau, Wohlthaten zu gönnen, um sie von den Nachtheilen des strengen Schuldverfahrens zu retten. Eine Erleichterung in dieser Strenge war es schon, daß einige Statuten 29) statt des Lebens des Schuldners zu Halfter und Hand, Einsperren eintreten ließen 30). Streitigkeiten bei Gericht über Vorzugsrechte verschiedener Pfandgläubiger kommen schon sehr früh vor 31); von einem Antheil der chirographarischen Gläubiger konnte, nach den Grundsätzen der Publizität und Specialität bei

27) S. merkwl. Nachrichten darüber in Jld. v. Urz Geschichte des Buchsgau S. 110. Kurz Geschichte des österreich. Handels S. 184.

28) Haffe in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. IV. Bd. S. 108.

29) Z. B. Nürnberger Reform. v. 1564. fol. 68

30) In Wiener Statuten v. 1340 in Rauch script. III. p. 52. wird der insolvente Mann, der es durch Verschwendung geworden, im Schuldhurm bewahrt.

31) Z. B. im baier. Rechtbuch von 1340 Tit. XVII Nitzner der baier. Gantprozeß. S. 38.

dem alten Pfandsysteme, keine Rede sein<sup>32)</sup>. Für den Fall, wenn mehrere Hypotheken einerlei Datum hatten, sollte nach Statuten<sup>33)</sup> das Gut verkauft, und das erlöste Geld, so weit es reicht, verhältnißmäßig unter die Creditoren vertheilt werden. Die *cessio honorum* kommt schon im XVI. Jahrhundert vor<sup>34)</sup>, auch zeigen sich in Statuten schon Spuren des Zusammentreffens aller Creditoren, der hypothekarischen und gemeinen, so daß nach gewisser Ordnung die Creditoren befriedigt wurden, und die gemeinen Gläubiger in den Ueberschuß sich theilten<sup>35)</sup>.

Auf ähnliche Art wollen auch andere Statuten<sup>36)</sup> die Austheilung des Erlöses von dem Gute des insolventen Schuldners, nach Vermöglichkeit des Erbs (wie es heißt) und Größe jeder Schuld und Vorgang der älteren Gerechtigkeit *pro rata*. Am meisten wurden Prioritätsordnungen von der Zeit an nothwendig, als die römischen stillschweigenden und privilegierten

---

32) S. über die Wormser Reformat. V. Buch Zhl. 3. Tit. 13. Eichhorn's deutsche Staats- und Rechtsgesch. III. Zhl. S. 411.

33) Freiburger Stat. von 1520 fol. XLII.

34) Freiburger Stat. l. c. fol. XXXI B. Landrecht der Markgrafschaft Baden-Baden Tit. XLIV.

35) Merkwürdig ist hier die Bestimmung der Freiburger Stat. von 1520 fol. XXXI. b. wenn es heißt: „um alsdann us dem übrigen Gut dem Bröner (so heißt jeder Concursgläubiger) nach Marchzahl seiner Schuld geben und bezahlen, und nit nach dem einer zum Vordristen an der Brönung Rat, wie biszar beschehen, dann dadurch würd einer allein bezahlt un müssen die andern mangetn, das uns mit Bedacht der Billigkeit gemäß se.“

36) Heneberger Landesordn. von 1539. Buch III. Tit. 5. cap. 20 §. 2.

Pfandrechte bekannt wurden, und den gemeinen Pfandgläubigern so viele andere vorgingen <sup>37)</sup>. Der Gerichtsgebrauch hatte in der Zwischenzeit auch den Executionäprozeß weiter ausgebildet und den Fall, wenn das ganze Vermögen eines Schuldners angegriffen werden mußte, als eine Art der Vollstreckung betrachtet <sup>38)</sup>. Mit Beziehung auf die L. 6 Cod. de remiss. pignor. und die ohnehin in der Praxis ausgebildete Ansicht von der Ediktalzitiation, selbst nach der Pflicht des Gerichts, den inscribirten Gläubigern Anzeige von der Pfandsveräußerung zu machen, entstand die Ansicht von der Nothwendigkeit der Ediktalzitiation und durch die Idee der Gemeinschaft der erschienenen Gläubiger glaubte man am meisten nach Billigkeit die verschiedenen Interessen vereinigen zu können, während man aus dem römischen Rechte die Bestimmungen über Inventar, Curator u. A. entlehnte und durch Gerichtsgebrauch und Landesgesetze <sup>39)</sup> das jetzt noch übliche Concursverfahren ausbildete, als dessen Hauptgrundsatz der galt: daß von dem Momente der Veranlassung des Concursprocesses an bis zur Vertheilung der Masse unter die Creditoren ein von dem Gerichte geleitetes Verfahren entstehe, in welchem in

- 
- 37) Eine solche Prioritätsordnung kommt in einem alten Augsburger Statutenbuche v. 1540 vor, s. von Huber Abhandl. über die Abweichungen der Augsburgischen Statuten S. 85.
- 38) Daher kommen die Vorschriften über Concurs in den älteren Prozeßordnungen immer in dem Kapitel von der Execution vor, und das noch jetzt im Süden Deutschlands übliche Wort: *Santprozeß* deutet darauf.
- 39) Vollständig ausgebildet ist das System des Concursprocesses schon am Anfang des 17. Jahrhunderts in der bayerischen Gerichtsordnung von 1616.



einem Hauptverfahren statt der vielen Partikularprozesse die Ansprüche aller erschienenen Creditoren verhandelt und die Vermögensmasse berichtigt, verwaltet und versilbert würde, in der Art, daß nach eingetretener Gemeinschaft aller Creditoren Alle ihr Interesse wechselseitig gegen einander geltend machen, und am Ende die Vertheilung der Masse unter sich nach einer gewissen gesetzlichen Rangordnung fordern könnten. Unverkennbar ist keine Art von Prozessen so tief in das öffentliche Wohl eingreifend als der Concurssprozeß; eine leichtsinnige oder voreilige Einleitung eines solchen Verfahrens zerstört, wie ein Strafprozeß, den Ruf und die bürgerliche Existenz des Schuldners, der vielleicht noch hätte gerettet werden können; eine aus falschem Mitleiden oder aus Unthätigkeit der Richter hinausgeschobene Eröffnung des Processes aber, in Fällen in welchen der Gemeinschuldner sich doch nicht mehr erholen konnte, vermindert die vorhandene Vermögensmasse, entzieht den Gläubigern ihre erworbenen Rechte und ist zwecklos, weil gewöhnlich später doch der Concurss erkannt werden muß. Eine lange Dauer dieser Prozesse aber bereichert nur Richter und Advokaten, entzieht durch die Kosten den Gläubigern große Summen, auf welche sie Anspruch gehabt hätten, bewirkt Unsicherheit des Eigenthums, gewöhnlich Verwahrlosung der Güter und zerstört den Credit, weil Niemand Lust haben wird, Geld auszuliehen, dessen Rückgabe nur mit bedeutenden Abzügen, und nachdem das Geld lange genug todt lag, erwartet werden kann, wenn schon in der Vollstreckung die Einrichtung, nach welcher nur das Gericht alle Handlungen vornimmt, nachtheilig ist, so wird sie es noch mehr hier, wo die Ausdehnung des Vermögens und die in der Zwischenzeit bis zur Vertheilung nothwendige Verwaltung desselben so viele Geschäfte veranlaßt.

Wird die Ansicht aufgestellt, daß alles, was im Concurſsprozesse vorgeht, nur bei Gericht verhandelt werden müſſe, ſo wächst, wie die Erfahrung lehrt, bei dem unbedeutendſten Concurſe, ein Berg von Akten an; über jede Veränderung in der Haushaltung, über jeden Verkauf eines kleinen Theils der Concurſmaſſe muß eine Anfrage bei Gericht gemacht, darüber Verhandlung gepflogen und förmlich dekretirt werden. Vorzüglich tritt eine höchſt nachtheilige Verzögerung durch eine irrige Ausdehnung der Anſicht von der Geſamtheit der Creditoren ein. Da jeder einzelne Vorfall im Concurſe alle Creditoren berührt, ſo müſſen auch Alle von jeder Anfrage, die nur entfernt auf die Vermögensmaſſe ſich bezieht, in Kenntniß geſetzt werden, und es iſt daher etwas in Concurſakten ſehr gewöhnliches, daß z. B. über die Anfrage des Curators, ob er das Grundſtück verpachten, ob er den eingenommenen Zehend theilweiſe oder ganz verſteigern, ob er die auf dem Landgute erzeugten Kälber verkaufen oder großziehen ſoll, alle Creditoren durch Circulare zuſammengerufen werden, worauf nach protokollarischer Verhandlung vom Gerichte dekretirt wird. Erwägt man die dadurch veranlaſſten Koſten und den Zeitaufwand, ſo kann man ſchwerlich den gemeinrechtlichen Concurſprozeß als Muſter empfehlen, um ſo weniger, wenn man betrachtet, wie manche Schriftſteller dieſen Prozeß wiſſenſchaftlich behandelten, indem ſie immer wieder mit Berufung auf gelehrte Autoritäten, Behauptungen, die von den Vorgängern aufgeſtellt wurden, wiederholten, ohne ſelbſt im Leben von der Wirkung der von ihnen verordneten juristiſchen Recepte ſich überzeugt zu haben, oder aus allgemeinen Grundſätzen von Univerſalität, Geſamtheit der Creditoren und dgl. ihre Lehren ableiteten. Viel zweckmäßiger wäre es geſeſen, wie ſchon



Martin 40) angedeutet hatte, durch ein genaues Studium des Gerichtsgebrauchs und der einzelnen Landesgesetze sich vorzubereiten, und wirklich fehlt es nicht an manchen trefflichen Concurssordnungen oder doch an einzelnen Einrichtungen in den deutschen Staaten. So enthalten die sächsischen Gesetze viele weise Bestimmungen über Concurss 41). So hat Lippe 42) eine eigene Concurssordnung. An manchen Orten, z. B. in Hannover 43), Würtemberg 44) Kurhessen 45) und in Mecklenburg 46) bestehen zwar keine

40) Lehrbuch des gemeinen Prozeßes S. 310. Note a.

41) Prozeßordn. v. 1622 Tit. 41 Gerichtsordn. und Executionsordnung des Herzogs Johann Wilhelm v. 1702 Tit. XXVIII. fürstl. sächs. Altenburg. neue ert. Prozeßordn. cap. XXXIII. sächs. Bankeruttirmandate v. 1724 u. 1766, f. Biener systema proc. jud. p. II. cap. XII. p. 138 etc.

42) Lippische Concurssordn. v. 1779 in der Samml. der Landesvero. II. Thl. S. 688.

43) Nur Dsnabrück hat eine vollständige Concurssordnung v. 20. Nov. 1777, f. über die übrigen Theile Desterlei Handbuch des hannö. Proz. II. Thl. S. 469. 2c. von der neuen Untergerichtsordnung weiter unten.

44) Reinhardt die Lehre vom Gant- und Gantverfahren S. 179. von der neuen Gantordnung unten.

45) Von Kurhessen f. Ebifte v. 16. Mai 1747 Vero. v. 6. Jul. 1770. Kopp Handb. der hessen-casselschen Vero. II. Thl. S. 404. Gerlach das Concurssverf. vorz. bei den Untergerichten Marburg 1818. Wagner Grundzüge der Gerichtsverf. und des Prozeßverf. bei den Untergerichten in Kurhessen, Marburg 1822 S. 159.

46) v. Rettelbladt Bem. über einige Gegenstände des Mecklenburg. Concurssprozeßes, Rostock 1810. v. Rettelbladt Handb. des Mecklenburg. Civilprozeß. (1822) S. 274-374.

allgemeinen Concursordnungen, aber durch einzelne Gesetze und durch Gerichtsgebrauch hat sich dort ein wohl zu beachtendes, freilich vielen Einwendungen noch untermorfenes System ausgebildet. Vorzüglich aber verdient das System des bayerischen Concursprocesses 47) die Berücksichtigung eines jeden gebildeten Juristen, obwohl in neuerer Zeit Einwendungen dagegen erhoben worden sind 48), und der neueste Entwurf selbst davon abgegangen ist. Während andere Gesetzgebungen abgesonderte Verhandlungen über die Priorität zulassen, fordert der bayerische Concursproceß strenge die Verbindung der Liquidations- und der Prioritätsverhandlungen. Sobald der Concursproceß als zulässig erkannt wird, tritt mit den Ediktalien zugleich die Ansetzung der Haupttermine zur Verhandlung ein, wovon ein Termin ad liquidandum et producendum, der zweite ad excipiendum, der dritte ad concludendum und in wichtigen Fällen ein vierter ad duplicandum anberaumt wird. Die Tage für diese Verhandlungen, ohne daß Verlängerung eintritt, sind voraus in dem nämlichen Circulare bestimmt. Im ersten Termin haben alle Gläubiger zu erscheinen, ihre Ansprüche anzugeben, zugleich sich zu legitimiren, die Beweise ihrer Ansprüche vorzulegen oder anzutreten, und ihre Prioritätsgesuche anzubringen. Im zweiten Termine werden theils von dem Schuldner, theils von den Creditoren alle Exzeptionen vorgebracht, welche gegen Liquidität oder

---

47) Cod. judic. bav. v. 1753 cap. XIX, XX. s. Wittner der bayerische Gantproceß in histor. u. theoret. prakt. Rücksicht, Landshut 1814. J. B. Welsch Handbuch des bayer. Universalconcursprocesses, Erlangen 1819.

48) Weber über das bayer. Credit- und Schuldenwesen S. 198.

Priorität der Ansprüche, gegen den Legitimationspunkt oder die Beweismittel vorzubringen sind. Im dritten Termine repliziert gegen die vorgebrachten Einreden der Creditor und die Uebrigen erklären sich duplicando. Die Beweise werden zwischen den einzelnen Terminen benützt, und ihre Resultate im nächsten Termine vorgelegt. Nach geschlossener Verhandlung wird ein vollständiges Erkenntniß gefällt, in welchem alle Creditoren in die gebührenden Klassen eingereiht werden, so daß über die Priorität keine abgeordneten Verhandlungen zugelassen werden, und die mit ihrer Locirung unzufriedenen Gläubiger nur auf dem Wege der Appellation Abänderung suchen können. Von Partikulargesetzgebungen über Falliment verdient besonders noch die hamburgische neue Fallitenordnung v. 31. August 1731 49) eine Berücksichtigung.

Eine vorzügliche Beachtung verdient auch der preussische Concurßprozeß. Die Gesetzgebung hatte hier den großen Vortheil, das System auf eine vollständige und weise Hypothekenverfassung gründen zu können. Dadurch wird schon in so vielen Fällen, in welchen in Ländern, die das römische Pfandsystem anerkennen, wegen der leicht entstehenden Täuschung der Creditoren ein Concurß ausbricht, es gar nicht zum Concurse kommen, weil jeder Creditor das leichte Mittel hat, von dem Stande des Vermögens seines Schuldners sich zu überzeugen, weil daher selten so

---

49) S. darüber vorzüglich Hasche Hamburg. Fallitenordnung erläutert 1797—1802. Hamburg. Und Bemerkungen über die Fallitenordnung in Büsch theor. prakt. Darstellung der Handlung, I. Thl. S. 434. u. II. Thl. S. 527. und N i c h e l m a i e r Vorzüge des franzöf. Gesetzes über Falliment und Bankerutt, S. 178 192.

viele leichtgläubige und getäuschte Gläubiger zusammentreffen werden. Auch wenn es zum Concurse kommt, bildet sich eine einfache Abtheilung unter den Gläubigern. Nur die inscribirten Hypothekarcreditors können Anspruch auf die Masse des Vermögens machen, welche im Hypothekenbuche als haftend beschrieben war. Der Concurse kann daher durch das Zusammentreffen von so vielen chirographarischen und gemeinen Gläubigern nicht so verwickelt werden als in andern Ländern; daher bilden sich auch zwei Massen, 1) die Immobiliarmasse, wohin das vorhandene Immobile mit den currenten Revenüen der Grundstücke gehört <sup>50)</sup>, und worauf nur die inscribirten Gläubiger Anspruch machen können; 2) die gemeine Masse, zu welcher der nach Befriedigung der Hypothekreditoren verbleibende Ueberrest der Immobiliarmasse und das ganze übrige Vermögen des Schuldners, was nicht unter der Immobiliarmasse begriffen war, gehört <sup>51)</sup>, worauf nur die übrigen Creditoren Anspruch machen können <sup>52)</sup>. Der eigentliche Concurseprozeß, welcher eintritt, wenn das gesammte Vermögen nicht zur Befriedigung der andringenden Creditoren hinreicht <sup>53)</sup>, muß getrennt werden von dem Liquidationsprozeße <sup>54)</sup>, welcher eintritt,

50) Preuß. Gerichts D. Tit. 50 §. 489.

51) Gerichts D. Tit. 50 §. 524.

52) Ueber die Sonderung dieser Massen interessante Bemerkungen in den Motiven zu dem bayer. Hypothekentwurf S. 81, v. Aretins Vortrag darüber S. 61, v. Gönner Vorträge über Gesetzgebungsgegenstände S. 142, Weber über das bayer. Credit und Schuldenwesen S. 100.

53) S. darüber Tit. 50 der Gerichts D.

54) Davon Tit. 51 der Gerichts D.

wenn mehrere Creditoren nur an ein bestimmtes Object Ansprüche machen, oder wo die Unzulänglichkeit der Vermögensmasse noch nicht klar ist. Das Gesetz bringt schon hier überall auf den Versuch der Sühne, und giebt dazu vollständige Anweisungen 55). Eröffnet wird der Concurß übrigens wie in dem deutschen Prozesse und ein Dekret erlassen, wogegen appellirt werden kann 56). Es wird von dem Gerichte ein Interimscurator und Contradictor ernannt, bis die Gläubiger über die definitiv zu ernennenden sich vereinigen 57); auch hat das Gesetz dafür gesorgt 58), daß nur bei Handlungen von erheblicher Präjudiz der Curator die Creditoren zu befragen, und daß nicht alle Gläubiger immer zusammenberufen werden müssen. Selbst bei der Auswahl der richterlichen Personen, z. B. des Decernenten 59), wird dafür gesorgt, daß Personen gewählt werden, welche die zur umsichtigen Behandlung des einzelnen Concurßes nothwendigen Kenntnisse besitzen, z. B. kaufmännische. Alle Gläubiger werden edictaliter vorgeladen 60). Eine durchgreifende Rücksicht des Gesetzes ist auch, daß nicht für alle Fälle des Concurßes gleiche Formalitäten angewendet werden, z. B. über Termine, Zahl der Bekanntmachungen, sondern daß immer nach der Größe der Masse, nach der wahrscheinlichen Zahl der Creditoren die Formalitäten berechnet werden, damit die entstehenden Kosten im Verhältnisse mit der Größe des Gegenstandes

---

55) Gerichts D. Tit. 50 §. 588 u.

56) Tit. 50 §. 18. 19.

57) l. c. §. 64—67.

58) l. c. §. 77—80.

59) l. c. §. 94.

60) l. c. §. 98.

des stehen 61). Alle erscheinenden Gläubiger werden in einem sogenannten Connotationsprotokoll mit ihren Forderungen aufgezeichnet 62), worauf ein Termin zur Verifikation bestimmt wird, an welchem die Gläubiger und der Contradiktor zu erscheinen haben 63). In diesem Termine begründet jeder Creditor seine Forderung, legt die dazu gehörigen Beweismittel vor, und bestimmt die Stelle im Prioritätsurtheil, auf welche er Anspruch zu machen gedenkt 64). Ueber jede Forderung wird ein besonderes mit der im Connotationsprotokoll bemerkten Nummer versehenes Protokoll abgehalten. Der Contradiktor und jeder Gläubiger können gegen jeden anderen Gläubiger Einwendungen machen, welche in dem Protokolle bemerkt werden, es wird aber immer darauf gesehen, ob der erzipirende Gläubiger ein Interesse in der Art hat, daß der Liquidant vor ihm ein vorzügliches oder doch ein mit ihm gleiches Recht verlangt. Weise ist dafür gesorgt, daß nicht durch Streitigkeiten von Gläubigern, welche doch aus der Masse nach dem Stande derselben wahrscheinlich nichts erhalten werden, der Prozeß unnöthig aufgehalten werde 65). Werden vom Contradiktor oder einem interessirten Gläubiger Einwendungen gegen einen Creditor gemacht, so wird die Sache zur besondern Instruktion verwiesen, worauf wie

61) S. §. 107—113. hier wird vorgeschrieben was eintreten muß, wenn die Aktivmasse über 200 Thlr. oder über 1000 Thlr. beträgt. In einfachen Fällen, soll nach der Gerichts D. Lit. 50 §. 5—7 selbst der förmliche Conkurs unterblieben. Grävell Commentar V. Thl. S. 140.

62) G. D. §. 118.

63) §. 119.

64) §. 121.

65) §. 129—130.

sonst verhandelt, status causae regulirt und der Beweis geführt wird 66). In der Regel erfolgt die Vorlesung der Akten zur Abfassung des Liquidations- und Prioritätsurtheils nicht eher, als bis sämtliche Posten durch Geständniß oder Instruktion zum Spruche reif sind; jedoch kann ausnahmsweise, z. B. wenn die meisten Forderungen genugsam instruiert sind und die Instruktion der noch übrigen weit aussehend wird; das Urtheil gefällt werden 67). Das Gericht fällt ein vollständiges Classifikationsurtheil 68), wogegen der Contradictor und jeder Gläubiger appelliren kann 69). In Ansehung der Ausmittelung und der Constituirung der Masse, zeichnen sich die ertheilten gesetzlichen Vorschriften nicht bloß durch Vollständigkeit und Zweckmäßigkeit, sondern durch eine weise Unterscheidung der verschiedenen Fälle aus 70), z. B. ob der Gemeinschuldner ein Kaufmann, Fabrikant, Dekonom und U. ist, weil nur dadurch es möglich wird, die Vermögensbehandlung auf eine dem Bedürfnisse des einzelnen Falles wirklich entsprechende Weise zu leiten, während sonst der Schlendrian der Geschäftsbehandlung, der alles über einen Leisten schlägt, mit nutzlosen Formalitäten Zeit und Geld verschwendet. Auch muß noch als weise Bestimmung die anerkannt werden, daß die Distribution der Revenuen nicht, wie es an so vielen Orten geschieht, unterbleibt, und alles auf eine Masse zusammen geworfen wird, sondern daß sie in Preußen jährlich nach

---

66) §. 131. 132.

67) §. 138.

68) §. 143.

69) §. 169.

70) §. 194—266.

dem Schlusse des Wirthschaftsjahrs zur Tilgung der Zinsen der eingetragenen Creditoren geschieht 71).

Die lauten Klagen über die lange Dauer und die Kostspieligkeit der Concurssproceffe in Ländern, in welchen das System des gemeinen Proceffes galt, haben aber auch in den letzten Jahrzehnten manche der Berücksichtigung wohl würdige neue Partikulargesetzgebungen in Concurssachen veranlaßt. Dabin gehört die *Rassauische* 72) Verordnung vom 5. Juni 1816, die besonders dadurch merkwürdig ist, daß alle Concurse vom Hofgerichte erkannt werden sollen, daß für die gewöhnlichen Concurse kein Contradictor gefordert wird, daß kein *certamen de prioritare* in einfachen Concursen zugelassen wird, indem der Richter *ex officio* die Priorität bestimmen werde, und daß auf keinen Fall schriftlich über Priorität verhandelt werden darf. — Nach einer *Kurhessischen* Verordnung 73) werden dadurch Abkürzungen zu erzielen gesucht, daß die Versteigerungen beschleunigt, die Liquidationsprotokolle strenge abgefordert werden sollen; der Richter soll nach der Liquidation einen Entwurf machen, worin er alle Creditoren classificirt; der Entwurf soll angeheftet und mit Vorladung der Creditoren ein Termin angesetzt werden, in welchem die Creditoren ihre Beweisstücke für ihre behaupteten Vorzüge beibringen, worauf erst Verhandlung erfolgt. — Die *Württembergische* Gesetzgebung 74) verlangt die Erkennung der Concurse

71) *Gerichts D. L.* c. §. 493 — 504. *Grävell Commentar* V. Thl. S. 471.

72) In der Sammlung der Verordnung. II. Thl. S. 67.

73) Für Fulda vom 28. Dec. 1816, in der *Gesetzsamml.* von 1816. Nro. 19.

74) *Edikt* vom 31. Dec. 1818 S. 160—183.



durch das Obergerichtsgericht, überläßt dem Gemeinderathe und der Ortsobrigkeit einen Einfluß auf die Leitung, in so ferne als der Verkauf der Gegenstände der letzteren obliegt; überall wird im Verfahren unterschieden, ob die Activmasse 500 fl. beträgt oder nicht; der Gerichtsnotar mit Zuziehung des Ortsvorstehers und zweier Gemeindeglieder behandeln die Concurse bis über 500 fl.; in der Liquidationshandlung wird vollständig über Legitimation, Liquidität und Priorität verhandelt; die Sühne muß überall versucht werden; der Obergerichtspräsident entswirft das Prioritätskenntniß, trägt es dem Gerichte vor; — wo es möglich ist, wird sogleich die Gantverweisung als die eigentliche Vertheilung der Masse unter die Creditoren sogleich mit dem Prioritätsurtheil eröffnet, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können. Eine neue Württembergische Verordnungsart<sup>75)</sup> gestattet auch bei einfachen Concursprozessen die Uebergabe schriftlicher Rezepte zu den Akten; zur Fällung des Urtheils werden mehr Beisitzer als bisher verlangt, in schwierigen Fällen kann auch ein Contradiktor ernannt werden; eben so ein Ausschuß von Creditoren, der die Gesamtheit der Gläubiger zu vertreten hat. — Die Baiersche Novelle<sup>76)</sup> gestattet Einreichung schriftlicher Rezepte in den Terminen, schließt Advokaten von der Masssecuratel aus, und gebietet einen Creditorenausschuß zu wählen, mildert aber die Strenge des ältern Gesetzes in Ansehung des Legitimationspunkts, und vereinfacht die Formalitäten der Versteigerung. Reich an wichtigen Bestimmungen für den Concurs, ist auch die neue

75) Rom 15. Sept. 1822 S. 29—33.

76) Rom 22. Julius 1829 S. 34—37 v. Önners Commentar hierzu S. 437. 1c.

baierische Hypothekenordnung 77) theils wegen der nach der Hypothekenverfassung nothwendigen Trennung der Massen, theils wegen der Vereinfachung des Verfahrens zur Realisirung der Hypotheken 78), theils wegen der Möglichkeit durch Benützung des Hypothekenbuchs 79) dem eröffneten Concurse eine sichere Grundlage zu geben, theils wegen der höchst umsichtig entworfenen Prioritätsordnung und der Classification der Creditoren 80). Dieser wohlthätige Einfluß einer Hypothekenverfassung auf Concurse ist auch in der Mecklenburgischen Gesetzgebung wegen der neuen Hypothekenordnung v. 12. Nov. 1819 ersichtlich 81), und so verdient auch die württembergische Prioritätsordnung 82) eine besondere Beachtung. Neue Concurssordnungen sind noch die Oldenburgische 83), die von St. Gallen 84), eine Anhaltische 85), und die für den Canton Tessin 86). Die letzte nähert sich mehr dem französischen Prozesse, nur mit dem Unterschiede, daß sie mehr dem Grund-

---

77) Vom 1. Junius 1822.

78) S. 59—70.

79) S. 118.

80) Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822.

81) S. daher v. Nettelbladt in seiner Ausgabe des Mecklenburg. Civilprocesses S. 276—347, verglichen mit v. Kämpf Mecklenburg. Civilprozeß S. 260—305.

82) Vom 15. April 1825.

83) Vom 11. Oktober 1814.

84) Vom 23. Juni 1820 in der Sammlung der Dekrete und Beschlüsse des Rathes in St. Gallen S. 377.

85) Vom 10. Juli 1822. in dem Anhang cap. VII. zu der Prozeßordn. in Gesesammlung von 1822. Mro. XXII.

86) Codice di procedura civile von 1821 libro VI, Tit. II. Art. 623.

sage der Universalität folgt. Die übrigen sind auf das System des gemeinrechtlichen Concurfes mit Verhandlung des ganzen Verfahrens bei Gericht gebaut.

Die neuesten Concurfsordnungen sind die Hannöversische und die Badische 87). Die erste bleibt dem Systeme des gemeinen deutschen Processes treu, und sucht besonders durch die Abschneidung so vieler in dem gemeinen Prozesse entstandenen Controversen, durch die Vermeidung, daß alle Concurfsprozesse nach einer gleichen Form behandelt werden 88), und durch die Vorschrift, daß statt der Masse aller Gläubiger ein Ausschuß der Creditoren ernannt werde 89), zweckmäßige Verbesserungen hervorzubringen. Das System der Universalität ist beibehalten; die verschiedenen Forderungen müssen in einem Termine (Professionstermin) liquidirt werden, worauf das Prioritätsurtheil erfolgt und nun die einzelnen Gläubiger ihre besseren Ansprüche, wenn sie dieselben für begründet halten, gegen die vorlocirten Gläubiger ausführen mögen. Für die geringfügigen Concurse schreibt das Gesetz 90) einfachere Formen vor. Die neue badische Prozeßordnung 91) bleibt gleichfalls dem Systeme des deutschen Concurfsprocesses treu. Alle Forderungen müssen in einem Gesamtverfahren bei Gericht verhandelt werden, daher Edictalcitation aller Gläubiger eintritt. Da aber in Baden das französische Civil- und Handelsgesetzbuch gilt, so entlehnte man manche darin vorkommende, nur

---

87) Hannö v. Prozeßordnung Thl. VI. Spangenberg  
Commentar II. S. 374.

88) Art. 192.

89) Art. 194.

90) Art. 205.

91) Titel XLI von Art. 810 an.

auf die Concurse der Handelsleute bezügliche Vorschriften und generalisirte sie 92). Das Gesetz sorgt, daß die zur Zahlung bestimmten Summen nicht todt liegen bleiben, sondern schon während der Gant an die einzelnen Gläubiger, von deren Forderungen es gewiß oder wahrscheinlich ist, daß sie gemäß der gesetzlichen Rangordnung aus der Masse Zahlung erhalten werden, ausbezahlt werden 93). Alle in dem Gantverfahren vorkommende Prozeßverhandlungen, sind in den Formen des abgekürzten Verfahrens zu pflegen 94). Die Liquidation der Forderungen wird zuerst verhandelt; allein das Gesetz gestattet nicht eine gemeinschaftliche Verhandlung 95), sondern läßt, wenn ein Anspruch widersprochen oder durch Einreden angegriffen ist, die Forderung in einer besondern Verhandlung ausführen. Wird ein angesprochenes Vorkugsrecht bestritten, so ist der Streit mit der Hauptsache in den besonderen Akten zu verhandeln; wenn dann sämmtliche angemeldete Forderungen zum Erkenntniß reif sind, so wird das Prioritätsurtheil gefällt, und dem Gläubiger, der mit der angewiesenen Stelle nicht zufrieden ist, seine besseren Rechte auszuführen vorbehalten. — Besonders merkwürdig ist der neueste Entwurf von 1831 für das Königreich Baiern 96). Da der neue Entwurf auf Oeffentlichkeit und Mündlichkeit gebaut worden, und überall

---

92) B. B. Art. 83: wegen Nichtigkeiten der in den letzten 10 Tagen vom Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtsgeschäfte.

93) Art. 84.

94) Art. 85.

95) Art. 88.

96) Capitel XXI.

in erster Instanz Collegialgerichte entscheiden sollten, so fühlte der Gesetzgeber die Schwierigkeit, diese Form auch im Gantprozeße einzuführen und zugleich zu fordern, daß nach der bisherigen Art alle Forderungen in bestimmten Ediktstagen gemeinschaftlich verhandelt werden sollten. Man fühlte, daß wegen der großen Zahl vorhandener Forderungen die Urtheilsfällung auf den Grund bloß mündlicher Verhandlungen nicht möglich seyn würde 97). Man glaubte die Schwerfälligkeit der bisherigen Form dadurch vermeiden zu können, wenn man das Liqueide genau von dem noch Streitigen absonderte, und nur für das letzte besondere Verhandlungen zuließe. Zu diesem Behufe fordert zwar der Entwurf 98), daß alle Gläubiger bei der Gerichtsschreiberei durch Angabe ihrer Forderung sich melden. Mit dem Beschlusse der für die Anmeldung gesetzten Frist soll einer der Richter als Berichterstatter ernannt werden, der alle angemeldeten Forderungen nach dem von den einzelnen Gläubigern in Anspruch genommenen Vorzugsrechte zu ordnen, und in ein Verzeichniß zu bringen hat. Vor der öffentlichen Audienz legt er dem Gemeinschuldner und den Gläubigern dies Verzeichniß vor und versucht den Vergleich; mißlingt dieser, so wird zur öffentlichen Verhandlung geschritten. Hier wird eine Forderung nach der anderen abgelesen 99). Wird dagegen weder hinsichtlich der Richtigkeit und Größe, noch des Vorzugsrechts eine Einrede gemacht, so wird sie sogleich von dem Gerichte dem Vermögensverwalter zur Zahlung angewiesen; außerdem aber, wenn nicht

---

97) Motive zum neuen Entwurfe S. 91.

98) Art. 454.

99) Art. 457.

in der Audienz schon entschieden werden kann, zum besondern Verfahren gewiesen und der Vermögensverwalter wird beauftragt den Betrag der Forderung zurückzuhalten. Wenn die Richtigkeit der Forderung bloß von Anerkennung einer Urkunde, oder von einem von einem Gläubiger abzulegenden Eide abhängig ist, so kann der Gläubiger verlangen, daß solche noch in der Audienz erfolge 100). Schwerlich verdient dies Verfahren eine Billigung; denn die angebliche Schnelligkeit ist doch nur auf dem Papier vorhanden und kann auf jeden Fall nur auf Kosten der Gründlichkeit und des materiellen Rechts erreicht werden. Wenn der Entwurf verlangt, daß sogleich, nachdem in der Sitzung eine Forderung vorgelesen wurde, die Einwendungen dagegen abgegeben werden sollen, so nöthigt er dadurch die Gläubiger, die zum erstenmale von einer Forderung etwas hören, oder doch erst vor der Audienz etwas davon erfuhren, ihre Einwendungen abzugeben. An eine genauere Prüfung der Forderung, an eine besondere Erkundigung wegen der besonderen Verhältnisse, kann der überraschte Gläubiger nicht denken. Der Entwurf fordert selbst, daß jeder Gläubiger sich über jede vorgelegte Urkunde sogleich in der Audienz erkläre, oder sich ausspreche, ob er den Eid annehme. Daß im Entwurf vorgeschriebene Verfahren setzt auch voraus, daß alle Gläubiger in dieser Audienz erscheinen. Für arme Gläubiger, die nur wenig zu fordern haben, liegt darin ein harter Zwang. Fordert der Entwurf, daß jede Forderung, gegen welche nichts eingewendet wird, sogleich bezahlt werde, so ist dies doch gefährlich, da sich diese Bestimmung dann auch auf die Forderungen der späteren Klassen zu beziehen scheint, und man

---

100) Art. 458.

vorher nicht bestimmen kann, welche Forderung noch zum Zuge kommt, ob daher Geld genug zur Vertheilung übrig seyn wird. Ohnehin kann man ja noch nicht bestimmen, welche von den bestrittenen Forderungen später noch anerkannt oder als begründet erklärt werden wird, und setzt sich so der Gefahr aus, zu viel Geld zu vertheilen. Will man aber auch für jede (auch für die bestrittene) Forderung die zu ihrer Deckung nothwendige Summe zurückhalten, so wird in vielen Fällen auch die anerkannte Forderung nicht ausbezahlt werden können, läßt endlich der Entwurf jede bestrittene Forderung im besonderen Verfahren, aber in der Form des sonstigen ordentlichen Processes verhandeln, so wird es oft viele Jahre dauern, bis einzelne Prozesse beendigt sind, und solange dies nicht der Fall ist, erscheint dann auch der Concursprozeß nicht beendigt.

Ganz eigenthümlich und vielfach zu wichtigen Fragen aufregend ist das französische System über Concursprozeß. Der französische Prozeß kennt kein Concursverfahren im deutschen Sinne in der Art, daß über das Vermögen eines jeden insolventen Schuldners auf Andringen der Creditoren mit Ediktalcitation der Gläubiger bei Gericht ein Verfahren eröffnet und fortgesetzt würde. Ein dem deutschen am meisten sich näherndes Verfahren tritt nur gegen den insolventen Kaufmann ein. Schon nach der *ordonnance de commerce* von 1673 <sup>101)</sup> wurde ein Verfahren wegen *faillite ou banqueroute* eingeleitet, wobei die Jurisprudenz beide Ausdrücke scharf unterschied <sup>102)</sup>, und den ersten auf den Kaufmann beschränkte, der seine

101) Tit. XIII.

102) Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de 1673 par M\*\*\* (Paris 1761) vol. II. p. 181.

Zahlungen wegen Unglücksfälle, jedoch ohne erweisliche Verschuldungen, einstellte, während der Ausdruck *banqueroute* die Zahlungsunfähigkeit desjenigen bezeichnete, welcher durch eigene Schuld in diesen Zustand gerathen war. Die Strenge des Gesetzes <sup>103)</sup> wurde häufig durch die leicht vom Könige zu erhaltenden *lettres de répit*, oder die vom Tribunale ausgewirkten *défenses générales* gemildert. In der Revolution fehlte es nicht an häufigen und tiefeingreifenden Fallimenten, wohl aber an zweckmäßigen Gesetzen, und 1806 glaubte man durch strenge Gesetze vorbeugen zu müssen; die zu Gutachten aufgeforderten Handelskammern erklärten sich jedoch dagegen, vorzüglich gegen den Gesetzesvorschlag, daß jedes Falliment als ein betrüglisches präsumirt und auf criminellem Wege verfolgt werden sollte. Unter den Gutachten schien insbesondere das von *Genou* <sup>104)</sup> einen Einfluß auf die nachfolgende Gesetzgebung erhalten zu haben, und ein am 12. Sept. 1807 dekretirtes Gesetz <sup>105)</sup> war die Folge der gemilderten Ansichten der Gesetzgeber. Im Sinne des Code kann nur der Kaufmann (das Wort *commerçant* in der ganzen durch Jurisprudenz begründeten Ausdehnung <sup>106)</sup> genommen) *en faillite* fallen, der Nichtkaufmann fällt nur als *insolvent*, *en deconfiture*, so daß die Grundsätze vom Verfahren bei dem Falliment auf

---

<sup>103)</sup> Darstellung desselben in *Jousse Comment. sur l'ordonnance de com. p. 183. etc. Vincens exposition raisonnée de la législation commerciale (Paris 1821) I. vol. p. 389—394.*

<sup>104)</sup> *S.* in *Vincens exposition t. I. p. 397—404.*

<sup>105)</sup> Es bildet im Code de Commerce das III. Buch. Art. 437—614.

<sup>106)</sup> Code de Comm. Art. 1.



ihn nicht anwendbar sind <sup>107)</sup>; daher gegen den zahlungsunfähigen Kaufmann nur auf dem Wege der gewöhnlichen Execution verfahren wird, so daß die Vereinigung der Creditoren des Nichtkaufmanns nur freiwillig ist, und die Majorität in Ansehung des Concordats für die Uebrigen keine verbindliche Kraft hat; daher sind nicht, wie bei dem Kaufmann, die in den letzten zehn Tagen vor dem Anfange der deconfiture errichteten Hypotheken null. Ein wahres Falliment <sup>108)</sup> nimmt der Code nur an bei dem Kaufmann, der seine Zahlungen einstellt <sup>109)</sup>. Jeder solcher Schuldner muß binnen drei Tagen dies dem Gerichte anzeigen, widrigenfalls er als einfacher Bankeruttirer <sup>110)</sup> behandelt werden kann. Bei unterlassener Selbstanzeige kann das Tribunal auf das Ansuchen eines Creditors oder ex officio auf Notorität einschreiten <sup>111)</sup>. Der Bankeruttirer wird in dem Schuldthurm verwahrt oder unter Aufsicht einer Wache gesetzt <sup>112)</sup>. Das Handelsgericht veranlaßt die Anlegung der Siegel an das Vermögen

107) *S.* vortz. arrêt. v. Cassationshof vom 11. Februar 1812, in *Sirey recueil* t. XIII. p. I. p. 124. und *Vincens exposition* vol. I. p. 533.

108) *S.* darüber *Pardessus Cours de Commerce* t. III. p. 201. *Vincens exposition* t. I. p. 382.

109) *Code Art.* 437. *Pardessus* t. III. p. 204—13 *Vincens* p. 410. über den franzöf. Fallimentprozeß s. *Boulay-Paty des faillites*, II. vol. Paris 1825. *Roullion essai sur la loi des faillites*. Paris 1828. *Félix* in der *krit. Zeitschrift für Rechtsv. und Gesetzgebung des Auslands*. IV. Bd. Nro. 1. und Nro. 9.

110) *Art.* 587 als solcher leidet er correctionelle Strafe.

111) *Art.* 449. *Félix* in der *Zeitschrift* IV. *S.* 15.

112) *Art.* 455. s. darüber *Félix* in der *Zeitschrift* III. *S.* 354. IV. *S.* 19.

des Schuldners und eröffnet den Conkurs durch Urtheil <sup>113</sup>). Von da an kommt der Schuldner ipso jure aus der Verwaltung seines Vermögens, alle Akte in fraudem creditorum sind nichtig, und alle seine Verfügungen, die er in den letzten zehn Tagen vor der Eröffnung des Falliments machte, sind null <sup>114</sup>). Das Eröffnungsurtheil wird öffentlich angeschlagen und durch Zeitungen bekannt gemacht <sup>115</sup>). Das Tribunal ernennt aus seiner Mitte einen Commissar für die Leitung des Verfahrens und bestimmt einen oder mehrere Agenten, welche unter Aufsicht des Commissars den Stand des Vermögens recherchiren, Bücher untersuchen, Gelder Beitreiben und Zahlungen empfangen <sup>116</sup>). Nun wird von dem Schuldner, dem Commissar und den Agenten die Vermögensbilanz hergestellt <sup>117</sup>), nach deren Fertigung der Commissar alle ihm bekannte Gläubiger öffentlich zusammen ruft <sup>118</sup>), obwohl er auch nach Umständen schon vor der Bilanz die Creditoren vorladen kann. Die an einem bestimmten Tage erscheinenden Gläubiger haben vorerst eine Liste von provisorisch zu ernennenden Syndics (ihrem Geschäfte nach sind diese Syndics Curatores massae) zu übergeben, worauf das Gericht den Syndik wirklich bestimmt. Die Geschäfte der Agenten hören nun auf <sup>119</sup>), und die Syndics treten ihr

---

<sup>113</sup>) Art. 441.

<sup>114</sup>) Art. 443—7 s. interessante Controversen im Archiv für Civil- und Criminalrecht in Rheinpreußen v. Sandt und Hauff. III. Thl. S. 37, 45. § 5 l. i. c. IV. S. 23.

<sup>115</sup>) Code Art. 457.

<sup>116</sup>) Code Art. 454 und 462—69.

<sup>117</sup>) Code 470—75.

<sup>118</sup>) 476, 77. § 5 l. i. c. S. 39.

<sup>119</sup>) Art. 481.

Amt an, schreiten zum Inventar über Vermögen <sup>120)</sup> und stellen auf ähnliche Art, wie deutsche Curatoren, die Masse her. Mit der Ernennung der Syndikats kann die zweite Periode des französischen Concursprozesses als beginnend angenommen werden, und es kommt nun zur Verifikation der einzelnen Forderungen; der Syndikats ladet alle Creditoren öffentlich und durch Privatschreiben vor, binnen vierzig Tagen in Person oder durch Bevollmächtigte vor ihm zu erscheinen <sup>121)</sup>, den Grund der Forderung, die Summe, Titel und Beweisstücke vorzulegen. Der aufgestellte Commissar ist dabei gegenwärtig und hält das Protokoll ab. Vierzehn Tage darauf erfolgt die wirkliche Verifikation, bei welcher zwischen den Syndikats und den Gläubigern verhandelt wird, so daß jeder Creditor gegen den andern Einreden vorbringen kann <sup>122)</sup>. Ist die Forderung nicht bestritten <sup>123)</sup>, so wird es sogleich auf der Urkunde des Creditors bemerkt; werden Einwendungen gemacht, so verordnet der Commissar die Hinterlegung der Beweisstücke in der Kanzlei des Handelstribunals, vor welches die Forderung zur Entscheidung gebracht wird, so daß nun die Contestation einer jeden Forderung einen besondern Prozeß und dadurch bedeutende Kosten veranlaßt <sup>124)</sup>. Jeder Creditor muß noch eidlich die Richtigkeit seiner Forderung betheuern <sup>125)</sup>. Die Creditoren, deren

120) 486 Vincens t. I. r. p. 426. Fölix l. c. S. 44.

121) Code Art. 502. Vincens t. I. r. p. 428.

122) Art. 504.

123) Ueber viele Punkte z. B. über Wirkung des Geständnisses des Schuldners enthält der Code nichts. Fölix l. c. S. 49.

124) Fölix l. c. S. 51.

125) Art. 507. Gegen die Zweckmäßigkeit dieser Verfügung s. Fölix S. 50.

Forderungen verifizirt worden sind, bilden nun eine engere Vereinigung und versammeln sich wieder; zwischen ihnen wird nun ein Vergleich (concordat) versucht <sup>126)</sup>, und wenn das Concordat zu Stande kommt, so ist der Satisfirer wieder so frei, als wenn er nie fallirt hätte <sup>127)</sup>. Das Handelstribunal muß aber den Vergleich bestätigen <sup>128)</sup>. Kam kein Concordat zu Stande, so beginnt eine neue Periode im Verfahren; die Creditoren werden wieder zusammen gerufen und schließen nun einen Vereinigungsvertrag unter sich <sup>129)</sup>, ernennen Disfinitivcuratoren und einen Kassier; diese neuen Curatoren repräsentiren die Masse der Gläubiger, und schreiten zur Veräußerung des Vermögens <sup>130)</sup>. Die Zahlung an die Creditoren geschieht nicht auf einmal. Die Curatoren übergeben monatlich dem Commissar einen Etat über die Lage des Prozesses und über die vorhandenen Gelder, worauf der Commissar die Vertheilung und die Summe bestimmt <sup>131)</sup>. Die Vertheilung selbst geschieht nach den gesetzlichen Privilegien der Creditoren. Entsteht Streit darüber, z. B. über die Collocation, so wird Opposition eingelegt, und die Sache kommt zur Entscheidung an das Tribunal <sup>132)</sup>. Die Austheilung geschieht besonders noch

126) Art. 519 entscheidet, daß dieser Vergleich nicht versucht werden dürfe, bis alle bisher genannten Formalitäten erfüllt sind. S. Vincens t. I. p. 434. Einwendungen gegen diese Einrichtung s. bei Föllix l. c. S. 54.

127) Vincens I. p. 439.

128) T. I 523.

129) Code Art. 527. Vincens I. p. 442. Föllix S. 185.

130) T. I. 528. Vincens p. 444. Pardessus Cours III. p. 391.

131) Art. 558. Föllix l. c. S. 191.

132) Pardessus III. p. 403.

mit Rücksicht auf Immobilien- und Mobiliarmasse und auf die hypothekarischen Creditoren <sup>133)</sup>. Die Rechte der Vindicanten <sup>134)</sup> und der Ehefrauen <sup>135)</sup> sind genau durch das Gesetz bestimmt. Im Zusammenhange mit dem Concourse steht auch die gesetzlich bewilligte Wohlthat der Güterabtretung <sup>136)</sup>, sie wird wichtig, um den Schuldner von der persönlichen Haft zu befreien, entledigt ihn aber seiner Verpflichtungen nur so weit, als der Werth der abgetretenen Güter reicht, daher der Schuldner, wenn er wieder zu Vermögen kömmt, für das Uebrige haften muß. Auch ist merkwürdig, daß das Gesetz <sup>137)</sup> dem Kaufmanne während des Concourses eine dem insolventen Nichtkaufmanne nicht gestattete Wohlthat giebt, nämlich die, daß der Gantirer, wenn keine Anzeigen von Bankerutt da sind, aus der Masse eine Unterstützung fordern kann.

Bei jedem Nichtkaufmann dagegen behandelt der französische Prozeß den Zustand der Insolvenz (deconfiture genannt) <sup>138)</sup> wie eine andere Execution des Urtheils, und gestattet nur, wenn ein Gläubiger seine Rechte verfolgt, den Uebrigen sich an ihn anzuschließen. Die Ansicht von diesem Concourse hängt mit zwei Grundeinrichtungen der französischen Gesetzgebung zusammen: 1) mit dem Hypothekensysteme, 2) mit der Gerichtsverfassung und dem Grundsatz

133) Art. 539 Pardessus III. p. 408 etc.

134) Art. 576 Pardessus III. p. 426. Fölix S. 200.

135) Art. 544. Fölix S. 196.

136) Code civil art. 1265. Vincens cap. I. P. 556. Toullier droit civil tom. VII. p. 250. Fölix in der Zeitschrift III. S. 355. und IV. S. 206.

137) Code de commerce art. 530.

138) Boulay-Paty des faillites II. p. 414.

derselben, nach welchem das Gericht nur die Pflicht der Subsumtion streitiger Thatsachen unter das Gesetz hat, und weder mit Geschäften der Urtheilsvollstreckung, so lange nicht ein streitiger Inzidentpunkt entsteht, noch mit der freiwilligen Gerichtsbarkeit beschäftigt ist, während im gemeinen deutschen Prozesse wegen des Mangels von Hypothekenbüchern alle Creditoren zusammen kommen müssen, um über ihre Rangordnung zu streiten, während aus dem Gesamtvermögen des Schuldners nur eine Gantmasse entsteht, wird da, wo Hypothekenbücher bestehen, die Scheidung der Immobiliarmasse und der gemeinen Masse auf ähnliche Art, wie in Preußen, entstehen müssen. Der französische Prozeß trennt darnach bei der Execution zwei Hauptfälle: 1) die Vertheilung des Erlöses aus Immobilien unter die inskribirten Hypothekargläubiger nach dem Range und dem Datum der Inskription, so daß die später Inskribirten nichts erhalten, wenn der Erlös nicht hinreicht. Das Gesetz nennt dies Verfahren *ordre* <sup>139)</sup>. 2) Die Vertheilung des Erlöses der versteigerten Mobilien unter die Gläubiger nach Verhältniß der Forderung eines jeden, in der Art, daß bei Unzulänglichkeit der Summe der Befriedigung Aller, jeder Creditor zu dem Verluste verhältnißmäßig nach dem Betrage seiner Forderung beiträgt <sup>140)</sup>, während einige gesetzlich Privilegirte diesen Verlust nicht zu leiden brauchen <sup>141)</sup>. Dies Verfahren

---

139) Code de procédure art. 749.

140) Wenn z. B. der Betrag des Erlöses der Mobilien nur die Hälfte der Totalsumme aller Forderungen enthält, so würde jeder Gläubiger auch nur die Hälfte seiner Forderung ausbezahlt erhalten.

141) Code civil art. 2101. 2.

heißt im Gesetze *distribution par contribution* <sup>142)</sup>. Für die erste Art (*ordre*) gab es vor der Revolution gar kein allgemeines Gesetz, und nur das im Chatelet zu Paris übliche Verfahren wurde von den Redaktoren des jetzigen Gesetzbuchs zum Muster genommen und dem bestehenden Hypothekensysteme angepaßt. Auch für das zweite Verfahren existirte kein Gesetz, sondern nur Gerichtsgebrauch, welchem die Redaktoren folgten <sup>143)</sup>. Bei der *ordre* erfolgt keine Ediktalkitation an die Creditoren <sup>144)</sup>; die sich freiwillig Meldenden können ihre Ansprüche geltend machen; binnen Monatsfrist von der Adjudikation des Guts an, müssen sich nun die Creditoren über die Vertheilung des Preises vereinigen. Können sie es nicht, so wird von der thätigsten Parthei, d. h. dem Gläubiger, der am meisten Interesse hat die Sache zu betreiben, um Ernennung eines Gerichtscommissars nachgesucht, vor welchem über die Lokation verhandelt werden soll <sup>145)</sup>. Der ernannte Commissar fordert die Gläubiger auf, ihre Schuldburkunden und ihr Gesuch um Lokation vorzulegen, worauf, nach geschener Produktion, der Commissar einen Plan der Lokation der Creditoren zu Protokoll entwirft, der betreibende Gläubiger fordert die Uebrigen auf Einsicht von dem Plane zu nehmen und ihre etwaigen Einwendungen dagegen abzugeben <sup>146)</sup>. Die nach

---

<sup>142)</sup> Code de proc. art. 656.

<sup>143)</sup> Exposé des motifs du Code de procédure civile (Paris 1807) p. 81.

<sup>144)</sup> Nur im Art. 695 Code de proc. liegt ein freitlich ungenügendes Surrogat.

<sup>145)</sup> Code art. 750. Berriat St. Prix Cours de proc. civile p. 535. Carré traité et questions t. II, p. 36; etc.

<sup>146)</sup> Art. 755.

geschehener Aufforderung Ausbleibenden werden präkludirt. Entsteht Streit, so verweist der Commissar die Streitenden an das Tribunal, und bestimmt nur die Forderungen derjenigen Gläubiger, welche älter als die bestrittenen sind; entsteht kein Streit, so wird die Lokation abgeschlossen, Kosten werden berechnet, die Ausbleibenden werden präkludirt, die Erschienenen aber erhalten ihre Certifikate über die Lokation <sup>147)</sup>. Die Creditoren, welche den bestrittenen Forderungen nach der Ordnung nachstehen, müssen nun über die Wahl eines gemeinschaftlichen Sachwalters, der sie vertritt, sich vereinigen; die Sache kommt jetzt an das Tribunal, welches zwischen dem bestrittenen Gläubiger und dem Nachfolgenden entscheidet, wogegen binnen zehn Tagen Appellation Statt findet <sup>148)</sup>. Nach rechtskräftigem Urtheile schließt der Commissar seine Lokation der bestrittenen und der postlocirten Gläubiger unbedingt ab. Die locirten Creditoren erhalten ihre Certifikate, auf deren Grund die Gelder bezahlt und die Hypotheken gelöscht werden <sup>149)</sup>.

Bei der Vertheilung des Erlöses der Mobilien <sup>150)</sup> haben vorerst die Creditoren sich zu vereinigen; geschieht dies nicht, so wird vom Gerichte ein Commissar ernannt, welcher die Creditoren auffordert, binnen gewisser Frist ihre Beweisurkunden zu produziren, wogegen der Schuldner Einwendungen machen kann. Der Commissar entwirft hierauf den Distributionsbescheid, zu dessen Einsicht die Gläubiger von dem thätigsten Creditor vorgeladen werden. Tritt kein Streit

<sup>147)</sup> Code art. 759.

<sup>148)</sup> Art. 760—64.

<sup>149)</sup> Art. 767—73.

<sup>150)</sup> Code art. 656. Berriat St. Prix p. 490. Carré traité II. p. 245.



unter ihnen über den Bescheid ein, so wird zur Vertheilung der Gelder geschritten <sup>151)</sup>. Entsteht Streit, so werden die Streitenden an das Tribunal gewiesen; der Gerichtscommissar erstattet in der Gerichtssitzung seinen Vortrag, und das Gericht entscheidet nach angehörten Conclusionen der Staatsbehörde <sup>152)</sup>. Die Appellation dagegen muß binnen zehn Tagen erfolgen. Nach rechtskräftigem Urtheile wird die Lokation definitiv gemacht, worauf die Zahlungsbefehle erfolgen <sup>153)</sup>.

Wenden wir uns nun zur Untersuchung der einzelnen, in Bezug auf Concurß vorkommenden Fragen, so verdient vorerst die Frage eine Beantwortung: ob das universelle Concurßverfahren nur, wie es im französischen Prozesse geschehen ist, auf Kaufleute eingeschränkt, oder nach dem deutschen Prozesse bei jeder insolventen Person erkannt werden solle? In neuerer Zeit hat die französische Ansicht an Gosler <sup>154)</sup> einen Vertheidiger gefunden und auch v. Holzschuher <sup>155)</sup> scheint dem französischen Systeme den Vorzug geben zu wollen, während Engelhard <sup>156)</sup> das gemeinrechtliche Concurßverfahren ohne Beschränkung auf Kaufleute für nothwendig hält, und das dem französischen Prozesse nachgebildete Gesetzbuch für den Canton Tessin <sup>157)</sup> nimmt einen allgemeinen Concurß bei allen insolventen Personen an. Es be-

151) Code art. 665.

152) Art. 669.

153) Art. 670. 71.

154) In den jurid. Miscellen (Berlin 1810) I. Heft S. 26. 27.

155) Der Rechtsweg. Ein Versuch vergleichender Gesetzeskritik S. 530.

156) In dem Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für kaiserl. Rechtsstreitigl. S. 205.

157) Codice di procedura art. 625.

darf kaum einer Erwähnung, daß auch die Redactoren des Code die beschränkende Ansicht vom Falliment nur deswegen aufstellten, weil sie dieselbe in der älteren Ordonnance von 1673 so begründet fanden, und bei Nichtkaufleuten keine älteren Gesetze hatten, welche ein Concursverfahren kannten. Auch muß erwähnt werden, daß das französische Recht den Ausdruck: *commerçant* in einem viel weiteren Sinne nimmt, als das deutsche Wort: Kaufmann enthält, durch diese Ausdehnung also von selbst dazu kömmt, den Concursprozeß in mehr Fällen zuzulassen, als es im ersten Augenblick erscheint. Erwägt man jedoch 1) wie streitig gerade in der Anwendung der Ausdruck: *commerçant* ist <sup>158)</sup>, wie man in der Jurisprudenz durch die gezwungensten Wendungen die Fehler des Code in Hinsicht der Genauigkeit des Ausdrucks zu heilen versucht hat <sup>159)</sup>, so mag schwerlich ein Heil erwartet werden, wenn man den französischen Ausdruck beibehalten wollte. Wer z. B. mageres Vieh einkauft, um es fett zu machen, und später wieder verkauft, ist nicht *commerçant*, weil, wie das Arrêt sagt, seine Arbeit zu den landwirthschaftlichen Beschäftigungen gehört. Der Pferdeverleiher dagegen ist *commerçant*, und selbst der Unternehmer einer Er-

---

158) Der Art. 1. Code de commerce nennt *commerçans ceux, qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle*. Die Art. 631. 632. sollen bestimmen was als acte de commerce gelten.

159) S. Lo cré esprit du Code de commerce tom. VIII. p. 235. Pardessus cours t. I. p. 4 — 16. Vincens exposition t. I. p. 118. etc. Mongalvy et Germain analyse du Code de commerce I. p. 5. Carré lois de l'organisation et de la competence II. p. 529.

ziehungspension wurde in einem Urtheile 160) als commercant betrachtet, weil er Lebensmittel aufkauft und seinen Eleven wieder verkauft. Was soll heraus kommen, wenn man nach solchen streitigen Unterscheidungen die Zulässigkeit eines Concurssprozesses bestimmen wollte? 2) Geht man aber auch auf den Grund zurück, aus welchem nur bei commercants das Gesetz ein Falliment annimmt, so liegt er in der Ansicht, daß solche Personen wegen ihrer ausgedehnten Geschäfte gewöhnlich einen größeren Credit genießen, als ihrem Vermögen angemessen war, daß sie mit vielen Gläubigern sich eingelassen haben, und daß der Natur des Geschäfts nach auch nicht hypothekarische Creditoren vorkommen; allein diese Rücksichten treten nicht bloß bei den Kaufleuten, sondern auch bei anderen Personen ein, welche nicht als commercants gelten. Wer mag läugnen, daß ein großer Gutsbesitzer, ein reicher Partikulier, welcher mit Staatspapieren Handel treibt, ohne jedoch als commercant zu gelten, oder welcher Steigerungsprotokolle aufkauft, einen größeren Credit und ausgedehntere Geschäfte habe als ein Krämer oder ein Pferdeverleiher? Und doch sollten die Gläubiger der Letzteren mehr als die Ersten begünstigt seyn? 3) Die Nothwendigkeit einer Ediktalladung aller Gläubiger leuchtet noch mehr ein, wenn man berücksichtigt, welche Nachtheile alle entfernten Gläubiger leiden können, so bald ein einziger dem Schuldner nahe wohnender die Execution betreibt. Die Anzeige der Subhastation an die Hypothekgläubiger kann nicht genügen, weil noch so viele andere Creditoren vorkommen, welche der Natur ihrer Geschäfte nach keine

---

160) Von Paris 26. Nov. 1807. Die späteren arrêts nehmen ihn jedoch nicht als commercant an. Sirey recueil. vol. XVI. p. II. p. 85.

Hypotheken bestellt erhalten, und doch Begünstigung verdienen. 4) Durch die Art, wie das französische Recht den Concurßprozeß nur bei commerçants zuläßt, aber den Begriff von commerçant sehr ausdehnt, wird dies System sehr ungerecht gegen einzelne Schuldner; denn die Mehrzahl der commerçants sind die sogenannten industriels, Gewerbsleute, welche einzelne actes de commerce treiben, und die nun mit der Strenge vom Gesetze behandelt werden, welche nur bei dem eigentlichen Kaufmanne passen mag <sup>161)</sup>. 5) Mit Unrecht wirft man auch dem System des deutschen Concurßprozeßes vor, daß es nur aus der Idee der richterlichen Obervormundschaftspflicht hervor gehe, während nur die Rücksicht auf den bürgerlichen Verkehr und das Streben Ungerechtigkeit zu vermeiden, die da entsteht, wenn man im Fall der Insolvenz die oft weit entfernten Gläubiger gar nicht warnt, die richterliche Thätigkeit der Edictalcitation veranlaßt. Entweder muß man auch bei Kaufleuten den französischen Fallimentsprozeß, der dem deutschen Concurßprozeße sich nähert, tadeln, oder man muß zugucken, daß die nämlichen Gründe die bei dem Kaufmann für die Universalität sprechen, auch für die Behandlung der Concurßprozeße bei anderen Personen entscheiden. — Es ist auch nur eine Stimme in Frankreich, welche die Einseitigkeit des Systems bedauert, und wünscht, daß auch für die Fälle der sogenannten deconfiture ein ähnliches Verfahren wie gegen insolvente Kaufleute vorgeschrieben werde <sup>162)</sup>. Die neue niederländische Prozeßordnung hat dies gefühlt, ist aber nur zu einer

<sup>161)</sup> Böllr in der Zeitschrift III. S. 385. IV. S. 12.

<sup>162)</sup> Böllr in der Zeitschrift IV. S. 10.

halben Maaßregel genommen, indem sie <sup>163)</sup> für den Fall der deconfiture vorschrieb, daß auf Antrag eines oder mehrerer Gläubiger oder auch des Schuldners das Bezirksgericht einen Curator ernennen soll, der das Interesse der Masse besorge. Der Curator (es können auch mehrere ernannt werden) soll dann in den Besitz der Masse gesetzt werden, und binnen drei Tagen eine öffentliche Aufforderung an alle Gläubiger in die Zeitungen einrücken lassen. Die Curatoren veranlassen die Versiegelung und Inventarisirung des Vermögens, und handeln unter der Aufsicht eines vom Gericht ernannten Commissärs. Die im Handelsgesetzbuche (Buch III. Tit. 1 Art. 29—38.) vorgeschriebenen Bestimmungen über Veräußerung der Masse durch den Curator, sollen auch hier angewendet werden. Der Erlös aus den verkauften Gütern wird unter alle Gläubiger pro rata ihrer Forderungen vertheilt; nur werden vorerst die hypothekarischen und privilegirten Gläubiger ganz bezahlt.

Wenn wir bisher die Zweckmäßigkeit der Ausdehnung eines universellen Concurseß auf alle insolventen Schuldner ohne Rücksicht, ob sie Kaufleute sind oder nicht, vertheidigten, so kann in einer andern Hinsicht der Unterschied, ob der Schuldner Kaufmann ist oder nicht, wichtig werden. Die preussische Gerichtsordnung <sup>164)</sup> hat auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen. Sobald der Gemeinschuldner ein Kaufmann ist oder ein Gewerbe getrieben hat, welches ihn mit auswärtigen Gläubigern außerhalb seines gewöhnlichen Wohnorts wahrscheinlicher Weise in Verbindung gesetzt haben kann, so soll der Richter ohne Antrag eines

---

<sup>163)</sup> Im Buch III. Tit. VII.

<sup>164)</sup> Tit. 50. §. 4. 5.

Creditors und von Amts wegen zur Concurseröffnung schreiten, a) wenn der Schuldner sein Unvermögen selbst anzeigt und zur Güterabtretung sich erbietet; b) wenn der hinterlassene Erbe des Gemeinschuldners der Erbschaft entsagt; c) wenn die Erben unbekannt sind, und aus dem aufgenommenen Inventario die Insolvenz hervorgeht; d) wenn der Schuldner sich entfernt hat, ohne Jemanden mit der nöthigen Vollmacht zurück zu lassen, und wenn bei einem Beschlage auf das Vermögen sich die Insolvenz zeigt. Bei anderen als den oben bezeichneten Personen darf der Richter in diesen vier Fällen den Conkurs eröffnen, wenn auch nur ein Gläubiger darauf anträgt. Auch v. Reibnitz<sup>165)</sup> erklärt sich für diese Ansicht, und glaubt, daß bei dem Kaufmann eine augenblickliche Unfähigkeit, gutwillig zu zahlen, eben so angesehen werden müsse, als bei anderen Staatsbürgern ein fortdauerndes Unvermögen, und er verlangt nur, daß auch bei dem Kaufmann der Antrag eines Gläubigers immer abgewartet werden müsse. Am zweckmäßigsten scheint es, wenn zwar der Conkurs noch nicht eröffnet, aber doch der Richter verpflichtet wird, den bekannten Creditoren das Verhältniß anzuzeigen und durch öffentliche Vorladung bekannt zu machen, während bei Nichtkaufleuten erst der freiwillige Antrag von Creditoren abzuwarten wäre.

Noch wichtiger wird die Frage: ob der Conkurs bloß als ein zusammenhängender Prozeß bei Gericht verhandelt werden soll, oder in wie ferne einzelne Akte völlig dem Gerichte entzogen werden sollen? v. Reibnitz<sup>166)</sup> findet einen Hauptgrund der Verzögerung der Concurse in dieser ununterbrochenen Thätigkeit

<sup>165)</sup> Versuch eines Ideals der Gerichts D. I. Thl. S. 439 u.

<sup>166)</sup> Versuch I. c. S. 433. S. 464 und S. 458.

des Gerichts und hofft durch Anwendung einer Jury wichtige Vortheile zu erhalten, insbesondere will er der Lokaljury die Bestellung des interimistischen Curators und den Sühneversuch überlassen. Im deutschen Prozesse kann nur unter Aufsicht des Gerichts und mit Genehmigung desselben gehandelt werden, und selbst Gegenstände der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören vor das Gericht. Der französische Prozeß trennt das Tribunal von dem Commissar, verweist an das erste nur die streitigen Rechtsfragen, und überläßt die laufenden Geschäfte den Agenten, Syndiken und Curatoren.

Erwägt man, daß im Concourse zwei Hauptgeschäfte vorkommen, 1) das der Verhandlung mit den Gläubigern über die Liquidität und die Priorität ihrer Forderungen und Entscheidung darüber, 2) das der Sicherstellung, Verwaltung, Veräußerung und Vertheilung des Vermögens, so kann nur bei dem ersten der Charakter richterlicher Qualität gefunden werden, während bei dem zweiten der Richter eine ihm völlig fremde Thätigkeit übernehmen soll. Für die Behandlung dieser Geschäfte giebt die oben §. VI. aufgestellte Ansicht über Vollstreckung, und die Rücksicht, daß nur die Gläubiger ein Interesse dabei haben, den Gesichtspunkt, daß ein von den Creditoren erwählter Curator und ein Ausschuß, welcher die Creditoren vertritt, alle von Zeit des eröffneten Concurse nothwendigen Geschäfte der Sicherstellung, Verwaltung und Veräußerung der Masse übernehmen, ohne daß eine Genehmigung des Gerichts dazu nothwendig ist. Im Falle eines Streits über die Zweckmäßigkeit einer Maaßregel hätte nur die Mehrheit in dem Creditoren-ausschusse zu entscheiden, da nicht einzusehen ist, wie der Richter, als solcher, darüber entscheiden soll, ob verpachtet oder verkauft, ob en bloc oder in

Parzellen verkauft werden soll. Entscheidet hier doch das Gericht, so geht es über seine Richtersphäre hinaus. Nur dann, wenn der Streit zwischen Curator und Creditoren um eine Rechtsfrage sich dreht, oder wenn dem Curator Uebertretung seiner Instruktion vorgeworfen wird, wenn dritte Personen mit Rechtsansprüchen interveniren, kann der Streit an das Gericht gelangen. Nur in dem Verfahren, das bis zur Eröffnung des Concurſes durch Urtheil eintritt, muß von dem Saße: daß das Gericht nur Rechtsfragen entscheiden soll, eine Ausnahme gemacht werden, weil es hier auf Prüfung mancher Fragen ankommt, welche oft mit Rechtspunkten zusammenhängen, weil noch nicht alle Creditoren erschienen sind, und doch Gefahr auf dem Verzuge schwebt; hier bekommt das Benehmen des Gerichts den Gesichtspunkt einer provisorischen Thätigkeit, wie z. B. bei Arresten, und das Gericht erscheint im Interesse aller noch unbekannter Creditoren handelnd. In der ersten Beziehung muß das Gericht den Antrag auf Concurſ prüfen und auf die nothwendigsten Maaßregeln, z. B. Versiegelung, Beschlagnahme u. A. Sorge tragen; in der zweiten muß es einen interimistischen Curator aufstellen. Unnöthig scheint es, eine Jury hereinzuziehen; alle schon oben bei der Execution angegebenen Bedenklichkeiten dagegen treten auch hier ein und zwar noch stärker, wenn man erwägt, daß je mehr Personen bei einem Geschäfte thätig seyn sollen, desto verwickelter das Geschäft werde, und daß insbesondere der Sühnversuch in Concurſsachen nach bekannter Erfahrung nur mit Erfolg von demjenigen gemacht werden kann, welcher selbst Jurist ist, um die beiläufige Classification der Gläubiger zu kennen, um sogleich jedem ungestümen Creditor die Schwierigkeiten der Realisirung seines Rechts darstel-



len zu können, und welcher große Geschäftsgewandtheit und Einsicht in die Verwickelungen des Concurſsverfahrens hat <sup>167)</sup>.

Am besten wird ſogleich nach der Veranlaſſung des Concurſes von dem Gerichte ein Commiſſar ernannt, welcher die nöthigen Maaßregeln zur Sicherſtellung des Vermögens vornimmt, die bekannten Gläubiger, inſondere die inſkribirten Hypothekarcreditoren, vorladet <sup>168)</sup>, dem Hypothekenamte wegen der Ciftrirung weiterer Eintragungen Nachricht giebt <sup>169)</sup> und einſtweilige Verwalter der Maſſe beſtellt, dabei auf die Erinnerungen der bekannten Gläubiger Rückſicht nimmt. Nach geſchloſſener Verhandlung, während welcher die Sühne verſucht werden kann, erſtattet der Commiſſar Vortrag an das Gericht, von welchem durch Urtheil über die Eröffnung des Concurſes erkannt wird <sup>170)</sup>. Die Ediktalcitation aller Gläubiger geht dann von dem Commiſſar aus, und enthält am beſten die Angabe aller Termine, in welchen die Liquidation, die weitere Verhandlung durch Erzeptionen und andere Rezeſſe Statt findet.

Eine Vorfrage für alle nachfolgenden Erörterungen iſt nun die: auf welche Weiſe die Verhandlung der Gläubiger über die Priorität geſchehen ſoll? Die Geſetzgebungen ſind gerade in dieſem Punkte höchſt

<sup>167)</sup> Treffliche Anweiſungen zum Sühneverſuch giebt *Miltner* in der Schrift: der bayeriſche Gantprozeß S. 211.

<sup>168)</sup> Sehr richtig iſt dies in der *anhaltiſchen* Erläuterung, Anhang VII, cap. §. 3. vorgeſchrieben.

<sup>169)</sup> *Bayer. Hypotheken* D. S. 118.

<sup>170)</sup> Die Wichtigkeit der Folgen des Concurſes für den Gantirer rath das Urtheil auf Concurſeröffnung ebenſo wie im Strafprozeſſe das Urtheil auf Zuläſſigkeit der Spezialinquiſition zu betrachten, und daſſelbe nur dem Gerichtscollegio zu überlaſſen.

abweichend von einander. Im gemeinen Prozesse ist alles der Praxis überlassen; am häufigsten wird nach beendigtem Liquidationsverfahren, in welchem nur nebenbei die Priorität zur Sprache kam, im Prioritätsurtheil die Classification nur vorläufig entworfen und dem Gläubiger vorbehalten, eine bessere als die ihm angewiesene Priorität auszuführen, worauf die nachgesetzten Gläubiger gegen diejenigen, welchen sie vorgezogen werden wollen, als Kläger ihre Rechte ausführen und nicht selten bis zur Duplik verhandeln <sup>171)</sup>. In einigen Ländern, z. B. in Hannover, läßt man zwar den Richter darauf bei der Liquidation achten, daß die Gläubiger den Grund ihres etwaigen Vorbehalts genau angeben; allein in der Regel wird doch den Gläubigern im Urtheil die Ausführung der besseren Priorität vorbehalten <sup>172)</sup>. In Hessen <sup>173)</sup> soll nach der Liquidation der Richter einen Entwurf machen, worin er alle Creditoren classificirt: dieser Entwurf wird dann angeheftet, und die Creditoren werden vorgeladen, um die Beweistücke ihrer Vorzüge anzubringen. Auch die St. Gallensche Concursordnung <sup>174)</sup> läßt nur gutachtlich die Classe bestimmen, in welcher die Ansprache eines jeden einzelnen Gläubigers gehört. In Mecklenburg erscheinen alle Creditoren in einem Termine, in welchem sie einer, nach dem anderen, liquidiren, worauf der Contradictor sich entweder sogleich oder in einem abgeforderten Termine erklärt. Nach beendigter Liquidation wird, wenn nicht schon die Production damit

---

<sup>171)</sup> Schweppe des System des Concurfes der Gläubiger S. 131.

<sup>172)</sup> Desterlei hannov. II. Thl. S. 498. f. über das jetzige Recht Spangenberg Commentar II. S. 414.

<sup>173)</sup> S. Verordnung vom 28. Dec. 1816. S. 48.

<sup>174)</sup> Vom 23. Juni 1822 S. 24.

verbunden war, ein Produktionstermin angesetzt; demnächst wird zur Ausführung der Priorität geschritten, und den Creditoren aufgegeben, die Priorität zu deduziren <sup>175)</sup>. Die Oldenburgische Concursordnung <sup>176)</sup> läßt vorerst die Partheien und ihre Anwälte zu einem Angebstermin vorladen, in welchem die Creditoren ihre in Händen habenden Beweisstücke ihren Angaberecessen beizulegen haben; hierauf wird der Contradiktor bestellt, welcher aus den mitgetheilten Akten einen Contradiktionsprozeß verfaßt, in welchem er nach genommener Rücksprache mit dem Gemeinschuldner wegen jeder Forderung und Angabe das Nöthige zu bemerken hat. Acht Tage vor dem Liquidationstermine wird dieser Rezeß den Anwälten der Gläubiger, um sich vorbereiten zu können, mitgetheilt <sup>177)</sup>. Im Liquidationstermine wird zwischen jedem einzelnen Gläubiger und dem Contradiktor die Sache verhandelt. Ein Beweisverfahren durch Zeugen ist in der Regel nicht zu gestatten, und nur in den Fällen, in welchen bei der Angabe Zeugen benannt oder bei dem Amte aufgenommene Zeugenverhöre produziert wurden, worüber sich der Contradiktor in seinem Rezeße erklären konnte, kann Ausnahme gemacht werden. In weitläufigen Prozessen können auch mehrere Liquidationstermine bestimmt werden. In dem Präferenzurtheile <sup>178)</sup> werden die Creditoren klassifizirt, wogegen Rechtsmittel ergriffen werden können.

Der preussische Prozeß unterscheidet dagegen einen Erscheinungstermin, in welchem alle Creditoren

175) v. Nettelbladt mecklenb. Civilprozeß S. 30.

176) Bom 11. Okt. 1814 S. 42.

177) S. 45.

178) S. 49.

ihre Forderungen anzugeben haben, worauf erst der Verifikationstermin eintritt, in welchem die Creditoren die Beweise ihrer Forderungen mit ihrem Gesuche wegen der Priorität angeben. Werden nun Einwendungen gegen einen Creditor gemacht, so wird dieser Streit zur besondern Instruktion verwiesen, und am Schlusse erfolgt ein vollständiges Classifikationsurtheil <sup>179)</sup>.

Der französische Prozeß kennt nach der obigen Darstellung bei Kaufleuten nur eine vom Syndik ausgehende Ediktalladung der Creditoren vor ihm; erst vierzehn Tage nach der Erscheinung erfolgt die Verifikation in einem eigenen Termine; von hier aus trennen sich die Creditoren; alle bestrittenen werden zur besondern Verhandlung an das Tribunal gewiesen, und es beginnen dort mehrere Spezialprozesse und nach der Erfahrung sind die auf diese Art verwiesenen Creditoren gewöhnlich ohne große Hoffnung, etwas zu erhalten; denn nur die Creditoren, deren Forderungen unbestritten sind, machen nun den engeren Verein aus, sie wählen einen Definitivcurator, nur sie werden bei den nachfolgenden Verhandlungen mit ihren Erinnerungen gehört, und der über die Vermögensmasse erwählte Definitivcurator entwirft unter ihnen die Classification <sup>180)</sup>, auf welche der Commissar die Auszahlung verfügt. Entsteht wieder Streit über die Priorität, so kommt der Prozeß an das Tribunal zur Entscheidung.

Ganz originell und mit einer nachahmungswürdigen Einfachheit <sup>181)</sup> kennt der bayerische Prozeß nur drei

179) Gerichtsordnung Tit. 50. §. 119. 121. 131. 138.

180) Code de com. art. 533.

181) Wenn zwar auch in Baiern Concurse lange dauern, so liegt die Schuld in andern Gründen und zwar in der schlechten vor dem Gesetze von 1819 bestehenden Einrich-

oder vier voraus bestimmte Termine; im ersten werden alle Forderungen angegeben, alle Beweise beigebracht und das Prioritätsgesuch gestellt. Im zweiten folgen alle Einreden gegen Liquidität, Legitimation und Priorität, so wie gegen die Beweismittel; und in den folgenden wird darüber zum Schlusse verhandelt. Keiner dieser Termine kann verlängert werden, eine Trennung des Haupt- und Beweisverfahrens existirt nicht, alle Creditoren, bestrittene wie unbestrittene, bleiben in der gemeinschaftlichen Rechtsverfolgung, und am Schlusse erfolgt über Liquidation und Priorität zugleich ein Urtheil, wogegen Rechtsmittel zulässig sind. Auch die neue württembergische Gesetzgebung<sup>182)</sup> dringt darauf, daß im nämlichen Urtheile die Gantsverweisung mit dem Prioritätsurtheile erfolge.

Vergleicht man diese verschiedenen Gesetzgebungen, so verdienen unfehlbar diejenigen den Vorzug, welche eine in bestimmten Terminen geleitete Verhandlung aller Creditoren ohne Separatprozesse über Liquidation und Priorität gebieten, und die Einfachheit des Verfahrens empfiehlt ganz vorzüglich das baierische System in dieser Hinsicht<sup>183)</sup>. Wenn zwar dagegen ausgezeichnete baierische Geschäftsmänner<sup>184)</sup> die Bemerkung machen, daß sie den baierischen Concurß für

---

tung wegen der Curatoren, in den vielen Anträgen bei Gericht, in dem Mangel einer Hypothekeneintragung und einer inconsequenter und verwickelter Prioritätsordnung.

182) Edikt v. 31. Dec. 1818 §. 172. und Motive S. 76.

183) S. auch v. Gönner Entwurf eines Gesetzbuchs, 2. Abtheilung S. 752. Welsch Handb. des baier. Universalsconc. S. IV. 1c.

184) v. Weber über das baierische Credit- und Schuldenwesen S. 198. und Puchta über den Concurßprozeß S. 290.

die Mutter der schreiendsten Ungerechtigkeit halten, so überzeugt man sich bald, daß diese harte Erklärung nicht gegen das System im Ganzen, sondern nur gegen zwei Punkte gerichtet ist, nämlich a) gegen die Vorschrift, daß sogleich im Liquidationstermine die Legitimation beigebracht werden müsse, widrigenfalls der Gläubiger nicht mehr gehört werden sollte; und b) daß in dem nämlichen Termine, bei Strafe des Ausschlusses, alle Beweise auf einmal vorgelegt werden müssen. Von der Richtigkeit der ersten Bemerkung hatte sich auch die bairische Praxis immer überzeugt, und das neue Gesetz <sup>185)</sup> hat diese Vorschrift dahin abgeändert, daß, wenn es am Legitimationspunkte fehle, die Präclusion nicht eintreten, sondern die Forderung im Prioritätsurtheile an der gebührenden Stelle mit Auflage des weiteren Beibringens der Legitimation locirt werden soll. Was den zweiten Punkt wegen Beibringung der Beweise betrifft, so liegt allerdings eine große Härte im Gesetze <sup>186)</sup>, und manche mit diesem Gesetze unbekannt Parthei ist das Opfer dieser harten Vorschrift schon geworden, welche ohnehin nicht zu der vorzüglich im Concurse wichtigen Rücksicht passen will, daß auch jeder Parthei ohne Anwalt zu haben, es möglich gemacht werden muß, ihre Ansprüche vorzubringen. In der bairischen Praxis wußte man auch immer Mittel die Härte des Gesetzes zu umgehen, und der menschliche Richter fragte gerne noch vor Aufnahme des Protokolls um die Beweise, erklärte den Gläubigern die Strenge des Gesetzes und ließ ihnen Zeit das Fehlende beizubringen. Es hindert auch nichts die Gesetzgebung zu verordnen, daß jeder Parthei, welche im ersten Termine ohne Beweise

<sup>185)</sup> Vom 22. Juli 1819. S. 36.

<sup>186)</sup> v. **Schneer** Commentar S. 456.

erscheint, aufgelegt werde, bis zum nächsten Termine die Beweise beizubringen. Werden aber diese Härten vermieden, so verdient das System im Ganzen den Vorzug vor allen Uebrigen.

1) Eine große Vereinfachung scheint selbst in dem preussischen Prozesse möglich zu seyn, wenn nicht, wie es nach dem Gesetze geschehen muß, der Erscheinungstermin bloß auf die summarische Angabe der Forderungen der Gläubiger beschränkt, sondern vielmehr schon hier ein vollständiger Klagsprozeß mit Angabe aller Beweismittel und mit den geeigneten Gesuchen, auch wegen der Priorität, vorgelegt werden müßte. Da dies nach preussischem Gesetze erst im Verifikationstermine geschehen muß, da in dem nämlichen Termine auch der Contradiktor und die Creditoren erzipiren sollen, da aber eine vollständige Widerlegung in dem nämlichen Termine kaum möglich ist, weil der Creditor jetzt erst die Anträge der Mitcreditoren hört, und sich nicht vorbereiten kann, so verdient es unfehlbar einen Vorzug, wenn im ersten Termine vollständig die Klage begründet und erst im nachfolgenden die Exzeption verlangt wird, weil jeder Creditor und der Contradiktor in der Zwischenzeit sich vorbereiten können. Aus ähnlichen Gründen ist auch die französische Vorschrift, daß die Creditoren zuerst vor dem Curator (syndic) erscheinen und dann erst vor dem Commissar die Forderungen erörtern sollen, unzweckmäßig, daher auch in der Praxis der erste Erscheinungstermin (auch die Präclusion ist keine Folge des Außenbleibens) in eine nutzlose Formalität ausartet.

2) Noch weniger läßt es sich billigen, wenn das preussische und französische Gesetz die Creditoren, deren Forderungen bestritten werden, zu abgezonderter Verhandlung verweist und Spezialprozesse zu-

läßt. Diese Einrichtung vermehrt die Arbeiten des Gerichts und hat den Nachtheil für die Gläubiger, welche bei dem Widerspruche interessirt sind, oft bei zwanzig und mehr Spezialprozessen erscheinen zu müssen, um ihre Rechte zu verfolgen, während einfach nach dem bayerischen Systeme in einem Termine alle Exzeptionen gegen irgend einen Creditor zu Protokoll genommen, im nächsten Termine widerlegt und sogleich schließlich beantwortet werden können. Noch nachtheiliger wird es, wenn, wie nach französischem Rechte, nunmehr die unbestrittenen Creditoren <sup>187)</sup> eine engere Vereinigung bilden, den Definitivcurator wählen, über die Vermögensverwaltung berathen, und über den Vergleich allein gehört werden. Mögen die anderen Gläubiger, welche das Unglück haben, daß wegen einiger Einwendungen gegen sie ihre Forderung separirt verhandelt werden muß, ein noch so großes Interesse haben, daß auch sie über den Curator, über die Art der Verwaltung u. A. gehört werden, mag in der Folge, wenn nach langen Umwegen ihre Forderung gerichtlich anerkannt wird, noch so sicher sich ergeben, daß sie höchst interessirt bei allen Concurshandlungen waren, so ist dies doch zu spät, denn nur die unbestrittenen Gläubiger haben in der Zwischenzeit gehandelt. Erfährt man erst, wie in der Praxis dieser *contrat d'union* getrieben wird, wie die Gläubiger oft Monatlang eine förmliche Handelsgesellschaft bilden, um aus dem Vermögen des Gemeinschuldners die größten Vortheile zu ziehen <sup>188)</sup>, so sieht man die Interessen der separirt zu streiten gezwungenen Creditoren höchst gefährdet.

---

187) Cod. de Com. art. 515.

188) *Vincens exposition* p. 546.



Ueberhaupt unterliegt die Art, wie nach französischem Prozesse die Sühne oder das Concordat 189) versucht wird, den wichtigsten Einwendungen. Nach dem Gesetze darf erst, wenn schon alle Formalitäten bis zur Eidleistung der Creditoren beobachtet sind, der Vergleich versucht werden, also zu einer Zeit, wo schon ungeheure Kosten verwendet und viele Monate verflossen sind; ergiebt sich irgend ein Verdacht eines Bankerutts, so darf gar nicht einmal ein Vergleich eingegangen werden, und nicht alle Creditoren, sondern nur die unbestrittenen, also diejenigen, welche am wenigsten Ursache haben, den Vergleich einzugehen, werden gehört 190). Vergeblich sucht man auch im französischen Rechte eine Bestimmung, wie es gehalten werden soll, bis über sämmtliche bestrittene Forderungen entschieden ist. Die Consequenz hätte gefordert, die Abfassung des Prioritätsurtheils 191) so lange verschieben zu lassen, bis alle Forderungen zum Spruch reif wären 192). Die hiebei entstehende Verzögerung wird nur glücklich vermieden, wenn man, wie nach dem bayerischen Prozesse, in bestimmten Terminen alle Forderungen gemeinschaftlich verhandeln läßt.

3) Am wenigsten aber verdient das System jener Gesetzgebungen eine Empfehlung, welche den Prioritätspunkt abgefondert verhandeln lassen; es genügt auch nicht, wenn einige Gesetze nur verlangen, daß der Richter bei den Verhandlungen auf die Priorität achte, und in dem Urtheile nur gutachtlich die Priorität bestimme, weil theils ein richterliches Gutach-

189) Code art. 519.

190) S. auch Vincens exposition I. p. 462.

191) Dieß thut auch die preuß. Gerichts O. Tit. 50. §. 137.

192) Eine weise Limitation enthält die preuß. C. O. §. 138.

ten gar keine Rücksicht verdient und selbst dem Charakter des Richteramtes widerspricht, theils weil der Richter gar nicht im Stande ist, über die Priorität zu entscheiden, wenn nicht vollständige Verhandlungen vorausgingen, theils weil die Collocation insbesondere nach gemeinem Rechte mit so vielen Controversen begleitet und von so vielen factischen Fragen, z. B. über den Beweis der versio u. A. verbunden ist, daß das sogenannte gutachtliche Prioritätsurtheil häufig ein ohne alle Grundlage entworfenes und völlig überflüssiges ist. Die Folge ist daher, daß eine Menge kostspieliger Spezialprozesse über die Priorität entstehen, welche leicht hätten vermieden werden können, wenn, wie dies nach der Erfahrung in B a i e r n sich trefflich ausführen läßt, die Priorität vollständig neben der Liquidation in den verschiedenen Terminen verhandelt worden wäre, so daß der Richter in dem nämlichen Urtheile definitiv über die Priorität hätte entscheiden können. Die Appellation gegen die Punkte der Liquidation könnte dann eben so leicht mit der Appellation wegen unrichtiger Classification verbunden werden.

Eine besondere Rücksicht verdienen die Personen, welche zur Vertretung der Interessen der Gläubiger oder des Gemeinschuldners im Concurse nothwendig sind. Man findet gewöhnlich im gemeinen Prozesse einen Comunanwalt, einen Contradiktor und einen curator honorum. Der erste, welcher der gemeinschaftliche Anwalt aller Gläubiger zum Betriebe der Rechte und der Geschäfte der Gesamtheit derselben ist, muß als völlig überflüssig von einer guten Gesetzgebung nicht zugelassen werden, weil a) in den Fällen, in welchen die Creditoren wirklich interessirt sind, z. B. über Vermögensverwaltung, die laufenden Geschäfte viel besser von dem Curator

und von dem Creditorenausschuß besorgt werden können, b) weil die Creditoren bei der Liquidation doch ihre eigenen Anwälte nöthig haben, und der Comunanwalt, wenn man ihn zuläßt, gewöhnlich bei den Terminen nur oberflächliche generelle Widersprüche entgegensetzen kann, c) weil nichts hindert, daß der Curator ausstehende Forderungen des Gemeinschuldners betreibt, und für wichtige Prozesse wohl ein besonderer Anwalt aufgestellt werden kann, der aber nur den ihm übertragenen Prozeß zu führen hat, ohne im Concurß-Prozesse als eine Person zu erscheinen, die über jeden Punkt gefragt werden muß. Die Vereinigung des Comunanwalts in der nämlichen Person mit dem Contradiktor <sup>193)</sup> scheint nicht passend, weil eine solche Person zwei häufig entgegengesetzte Interessen, die des Schuldners und der Gläubiger vertreten müßte.

Der Contradiktor, welcher die Rechte des Gemeinschuldners bei den Liquidationen zu vertreten hat, kommt in manchen Gesetzgebungen, z. B. in der *Vaierischen*, gar nicht vor, und andere <sup>194)</sup> gebieten, daß bei einfachen Concurßen der Curator zugleich Contradiktor sey. Betrachtet man aber den Ersten als im Interesse der Gläubiger handelnd, erwägt man, daß mehrere neue Gesetzgebungen ausdrücklich gebieten, daß der Curator kein Advokat sey, so ist nicht einzusehen, wie der Curator, der ein sehr guter Kaufmann oder Landwirth seyn kann, auch bei den Terminen ohne Rechtskenntniß den Schuldner vertreten soll. Wenn zwar in einfachen Fällen ein solcher

<sup>193)</sup> Dies geschieht in Mecklenburg s. v. Nettelbladt X. 1. c. S. 295.

<sup>194)</sup> Z. B. die *Nassauische*, die *Lippische*. s. auch *Panzer* v. Proj. D. S. 205.

Contradiktor oft unnöthig seyn kann, so kann er doch überhaupt und in den meisten Fällen nicht entbehrt werden, weil sonst bei dem Concurse eines abwesenden Gantirers der Schuldner gar nicht vertheidigt würde, weil der Conkurs aus einem Inbegriff von Prozessen besteht, und dem Schuldner nicht verwehrt werden kann, hier seine Rechte ebenso durch den rechts Erfahrenen Vertreter geltend zu machen, als er es thun dürfte, wenn jeder Gläubiger einzeln gegen ihn auftreten würde, weil endlich sonst Niemand vorhanden wäre, welcher allein gegen manche einzelne Forderung erzupiren könnte, indem die Gläubiger die nähere Beschaffenheit der Forderung nicht kennen können, während der Contradiktor mit dem Schuldner sich benehmen, seine Papiere durchgehen und sich vollständig vorbereiten kann 195). Eine fehlerhafte Stellung scheint aber jene Gesetzgebung 196), die den Contradiktor als im Interesse der Gläubiger handelnd ansehen will 197), diesem Gantanwalt einzuräumen; während nach richtiger Ansicht 198) der Contradiktor nur als Vertreter des Creditors betrachtet werden darf 199).

Eine Hauptperson ist in dem deutschen Concurssprozeße noch der *Massecurator*, welchem die Verwaltung, Sicherstellung und Veräußerung der Masse nach Vernehmung der Creditoren, und unter Leitung und mit Genehmigung des Gerichts übertragen wird.

---

195) v. *Öhner* Motive zum Entwurf eines Prozeßgesetzb. S. 776.

196) Nicht tadelnfrei ist daher auch die badische Prozeß D. Art. 828.

197) Dies will auch *Puchta* im Concurssprozeß S. 180.

198) Richtig ist daher die hannö. P. D. S. 196.

199) *Spangenberg* Commentar II. S. 399.

Es ist durch laute Klagen bestätigt, daß nur diese Curatoren gewöhnlich den langsamen Gang der Concurse verursachen und nach Kräften zur Erhaltung desselben beitragen, weil sie am meisten dabei gewinnen. Der große Einfluß solcher Verwalter macht, wenn das Gesetz sie nicht sehr beschränkt, sie gefährlich, so daß nicht selten nach Jahren die Creditoren einen neuen Prozeß gegen den Curator anfangen müssen; will man sie aber sehr beschränken, so tritt ein ewiges höchst kostspieliges Correspondiren mit den Gläubigern und Anfragen bei dem Gerichte ein. Selbst der Umstand, daß es schwierig ist, bei großen Concursen einen eben so gewandten Geschäftsmann als tüchtigen Verwalter, Defonomen, Bauverständigen u. dgl. zu finden, daß man daher in der Praxis nur zu oft auf die Geschäftsgewandtheit Rücksicht bei der Bestellung nimmt, so daß die Verwaltung nur schlecht und mechanisch betrieben wird, macht die Aufstellung eines Curators bedenklich, vorzüglich wenn man, wie es so oft geschieht, die Curatel an Advokaten überträgt, welche dies mit der Rechtsverfolgung ohnehin nicht verträgliche Geschäft auf die einträglichste Weise und auf die scheinbar förmlichste Weise zu führen verstehen. Wenn aus solchen Gründen ausgezeichnete Rechtsgelehrte <sup>200)</sup> bewogen worden sind, die Aufstellung besonderer Masscuratoren als unnöthig zu erklären, wenn sie dagegen dem Gerichte die Herstellung des Inventars, die Versteigerung, Einnahmen und Ausgaben aller Gelder übertragen wollen, und wenn nur im ersten Ediktstage die erschienenen Creditoren über die Benützung und den Betrieb des Vermögens des Schuldners vernommen werden sollen, so kann man schwer-

200) S. auch v. Gönner Motive S. 800.

lich dem neuen Vorschlage beistimmen, wenn man erwägt, a) daß schon in der Execution aus den oben angegebenen Gründen die Leitung des weiteren Verfahrens zur Veräußerung der Güter am besten einer Person, die nicht Gerichtsmitglied ist, übertragen wird, daß aber im Concurse die Ausdehnung und die Entwicklung der Geschäfte noch mehr eine eigene in Verwaltungsgeschäften sehr erfahrene Person fordere; b) daß nach diesem Vorschlage dem Gerichte Geschäfte aufgebürdet würden, welche mit der collegialen Einrichtung der Tribunale und der nothwendigen Reinheit der Justiz und ihrer Trennung von allen fremdartigen Arbeiten, so wie mit dem Charakter des Richteramtes nicht verträglich sind, und deren Kenntniß von dem Juristen nicht erwartet werden kann, deren Betreibung aber gewöhnlich mechanisch und gleichgültig geschieht und die zur Ausübung der nothwendigen juristischen Geschäfte Zeit raubt. c) Nach diesem Vorschlage würde erst nach der Eröffnung des Concurse, und erst, wenn die Creditoren zur Liquidation erschienen, ihre Erklärung über die Betreibung der Geschäfte eingeholt werden müssen, was aber offenbar zu spät ist, weil gerade am Anfange des Processes die Arbeiten der Verwaltung und die Aufsicht über das Vermögen, die Betreibung des ausstehenden Vermögens am wichtigsten und schwierigsten sind, und nur zu leicht vernachlässigt werden, wenn das Gericht bis zur Zusammenberufung der Gläubiger wartet. Viel zweckmäßiger möchte es daher seyn, wenn das Concursericht sogleich nach der Veranlassung des Concurse einen provisorischen Curator aufgestellt, und hiezu entweder ein Mitglied des Gemeinderathes oder den Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bestimmt. Wenn als Masssecurator nach dem bairischen

Gesetze <sup>201)</sup> kein Advokat angestellt werden soll, weil der Advokat zu leicht solche Verwaltungsgeschäfte in dem etwas schwerfälligen und langsamen juristischen Gange betreibt, so ist diese Besorgniß zu weit getrieben und der Advokatenstand wird dadurch gekränkt. Man beschränkt dadurch das Ermessen der Gläubiger und vergift, daß eben der rechtserfahrene Geschäftsmann oft der beste Curator ist <sup>202)</sup>. Die Art der Aufstellung von Agenten, später von Syndiken und von Definitivcuratoren, wie der französische Prozeß es vorschreibt, ist ganz verwerflich, weil sehr gut sogleich vom Anfange an ein provisorischer Curator aufgestellt werden kann, ohne daß es vorhergehender kostspieliger Agenten bedarf, und weil die Aufstellung des Definitivcurators theils zu spät kommt, wenn schon die Verifikation der Forderungen geendigt ist, theils einseitig geschieht, indem nur die Creditoren, deren Forderungen unbestritten sind, wählen.

Der beste Zeitpunkt, in welchem sich die ohnehin bei Gericht gegenwärtigen Creditoren über die weitere Verwaltung zu erklären haben, ist der des ersten Termins zur Liquidation. Hier wäre ihnen der ganze Vermögensstand und die Uebersicht der bisherigen Verwaltungsgeschäfte vorzulegen und ihre Erklärung über den ferneren Betrieb abzufordern. Die Vorschriften der preussischen Gerichtsordnung <sup>203)</sup> liefern auch hier die trefflichsten, von jedem Gesetzgeber zu beobachtenden Winke. Es ist höchst tadelnswerth,

201) B. B. bayer. Novelle v. 22. Juli 1819 §. 35. s. auch in Mecklenburg. Nettelbladt S. 296.

202) Puchta Concursprozeß S. 369. Spangenberg Com. II. S. 384.

203) Lit. 50. §. III. und IV. Abschnitt.

wenn alle Concurse nach einer gleichen Form behandelt werden <sup>204)</sup>. Der Concurse eines Fabrikanten oder Kaufmanns muß anders als der eines großen Gutsbesizers betrieben werden; bei dem Ersten zu einem schleunigen Verkaufe zu schreiten, oder, wie es häufig in der Praxis geschieht, das Gewölbe zu sperren, ist höchst tadelnswerth, weil durch das Erste die Waaren um geringe Preise losgeschlagen, bei dem Zweiten sowohl dem Schuldner als den Gläubigern die Quellen der Vermehrung des Vermögens geradezu verstopft werden; es kann daher sehr weise seyn, das Geschäft auf Rechnung der Masse fortführen zu lassen, einen Buchhalter und Aufseher obrigkeitlich zu verpflichten und den Creditoren eine Einsicht in die Geschäftsbetreibung zu gestatten. Bei Landgütern dagegen muß ein eigener Administrator verpflichtet und an die Creditoren gewiesen werden. Am wichtigsten ist es nur das Einwirkungsrecht der Creditoren richtig zu bestimmen. Die gewöhnliche Art, daß wegen jedes Verwaltungsgeschäfts, z. B. wegen einer Reparatur, der Curator bei sämtlichen Creditoren anfragen muß, so daß sie entweder per circolare vernommen oder zu Gericht vorgeladen werden, worauf erst das Gericht ein Dekret erläßt, ist völlig unpassend, weil er die Kosten ohne Noth vermehrt, das Geschäft verzögert und den Creditoren Lasten aufbürdet. Alle vernünftigen Forderungen werden befriedigt, wenn die Gläubiger angehalten werden, schon im ersten Ediktstage aus ihrer Mitte einen Ausschuss von 2 oder 3 Mitgliedern zu wählen, welcher die Gesamtheit der Creditoren in allen Verwaltungsgegenständen vertritt, und dessen Glieder als Bevoll-

204) S. daher auch hannöb. Prozeß D. §. 192. Span-  
genberg Commentar II. S. 385.



mächtigte der Creditoren handeln <sup>205</sup>). An sie allein wendet sich der aufgestellte Curator, und die Beschlüsse des Ausschusses, in welchem Stimmenmehrheit gilt, verpflichtet ohne weiteres gerichtliches Dekret. Sind ausgedehnte Vermögenstheile da, besitzt z. B. der Kaufmann auch ein Landgut oder eine Brauerei, so können mehrere Deputationen und Ausschüsse gewählt werden, so daß immer die mit der besonderen Art der Geschäfte am meisten vertrauten Creditoren zu dem besonderen Vermögenstheile deputirt werden <sup>206</sup>). Neue Gesetze <sup>207</sup>) haben diese Einrichtung weise vorgeschrieben.

Noch sey es erlaubt auf den Fall aufmerksam zu machen, wenn das bei der Versteigerung gelegte höchste Gebot von den Gläubigern nicht annehmbar befunden wird. Nach manchen Gesetzen wird ohne weitere Einrede der Gläubiger das im letzten Termine erzielte Meistgebot angenommen und die Sache dem Käufer zugeschlagen <sup>208</sup>). An andern Orten <sup>209</sup>) wird das höchste Gebot nur annehmlich erklärt, wenn es Ztel der den Creditoren bis zu dem Zuschlage geheim zu haltenden Taxe beträgt. Die Gläubiger haben nun noch das Gleichgebotsrecht, wozu ein neuer Termin gesetzt wird, in welchem eine Pluslicitation nur mehr zwischen dem Pluslicitanten und den idem offerirenden Gläubigern unter einander gestattet

---

<sup>205</sup>) Hannö. Prozeß D. Art. 194. Spangenberg Com. II. S. 391. Badische Prozeß D. Art. 885.

<sup>206</sup>) S. v. Gönner Commentar zur baier. Novelle S. 453.

<sup>207</sup>) Baier. Novelle v. 22. Juli 1819 S. 35. Württemberg. Novelle v. 15. Sept. 1822 S. 33. S. auch von Mecklenburg Nettelblatt l. c. S. 297.

<sup>208</sup>) S. auch Oldenburg. Conc. Ordn. S. 63.

<sup>209</sup>) Z. B. in Mecklenburg Nettelblatt S. 311.

wird. Andere Gesetze <sup>210)</sup> gebieten, wenn einem Creditor das Gut pro quanto taxato zugeschlagen werden soll, die Zuschätzung nebst der Taxe 14 Tage vorher öffentlich bekannt zu machen, innerhalb welcher die nachfolgenden Creditoren ein höheres Gebot thun oder einen besseren Käufer suchen können. Besonders merkwürdig ist aber das bayerische <sup>211)</sup> jus delendi, nach welchem der letzte Creditor das Gut gegen gänzliche Befriedigung aller älteren oder gleichen Mitgläubiger an Zahlungsstatt übernehmen oder gegen Verzicht der Forderung das Gut unter gleichen Bedingungen dem nächst vorhergehenden Gläubiger überlassen muß. Hierzu werden alle Creditoren zusammengerufen und vom letzten Creditor bis weiter hinauf jeder um die Ausübung dieses Rechts befragt. Die Folge dieses höchst verzögerlichen Verfahrens war, daß gewöhnlich die letzten Gläubiger, weil sie nicht so viel Geld hatten, um die vorgehenden Creditoren bezahlen zu können, das Recht nicht ausüben konnten, so daß einer der früheren reichen Gläubiger das Gut oft um einen sehr geringen Preis erhielt und alle übrigen späteren Creditoren leer ausgingen. Die neue Gesetzgebung hat zwar manche Mißbräuche dieses Rechts abgeschafft <sup>212)</sup>, und die neue Hypothekenordnung <sup>213)</sup> gestattet, wenn bei der dritten Versteigerung der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungspreis erfolgt, jedem Hypothekengläubiger, der dadurch

210) B. B. in Nassau. Samml. der Verordn. I. Thl. S. 96.

211) Cod. Jud. cap. 19. §. 17. Welsch Handb. des bayer. Conc. Proj. S. 210. Weber über das bayerische Credit- und Schuldenwesen S. 236.

212) Bayer. Novelle v. 1819 §. 37. v. Gönner Commentar hiezu S. 464—83.

213) §. 64.

ganz oder zum Theil seine Forderung verlieren würde, zu verlangen, daß ihm das Gut um das Meistgebot zugeschlagen werde, worüber er sich binnen 8 Tagen erklären muß; jeder neuere Hypothetgläubiger hat hiebei vor dem älteren, jedoch nur gegen dessen vollständige Befriedigung, den Vorzug <sup>214</sup>).

Eine wohlthätige Verbesserung der gemeinrechtlichen Praxis, nach welcher aus der Masse, so lange das Prioritätsbekenntniß nicht rechtskräftig vorliegt, keine Zahlung an einzelne Gläubiger gemacht werden darf, ist es, wenn die Gesetzgebung solche Zahlungen während des Concurſes zuläßt <sup>215</sup>), sobald nur die gehörige Vorsicht angewendet und vorgeschrieben wird, daß nur an jene Gläubiger, von welchen es gewiß ist, daß sie aus der Masse befriedigt werden <sup>216</sup>), und wenn von andern, bei welchen nur Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, Sicherheitsleistung wegen Wiedererstattung gefordert wird <sup>217</sup>).

---

214) Puchta vom Concurſprozeß S. 196.

215) S. preuß. Gerichts D. Zit. 50. §. 504. S. auch von Mecklenburg v. Nettelbladt S. 344. Oldenburg. Concurſordnung §. 57. Baier. Hypothekenordnung §. 70.

216) Hannö. Prozeß D. Art. 207.

217) Badische Prozeß. D. Art. 841.

# I n h a l t.

---

	Seite.
§. I. Von den Rechtsmitteln überhaupt und den Beschränkungen derselben . . . . .	1
§. II. Appellationsverfahren . . . . .	51
§. III. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand . . . . .	85
§. IV. Nichtigkeitsbeschwerde . . . . .	108
§. V. Französischer Cassationshof . . . . .	134
§. VI. Vollstreckung der Urtheile . . . . .	153
§. VII. Concursprozeß . . . . .	214

---



