

Die
Thätigkeit der Staatsanwaltschaft
im
russischen Civilverfahren
nebst
einigen einschlagenden Lehren.

Eine zur Erlangung der Würde
eines
Magisters der Rechte
verfasste und
mit Genehmigung einer Hochverordneten Juristen-Facultät
der
Kaiserlichen Universität zu Dorpat
zur öffentlichen Vertheidigung bestimmte
A b h a n d l u n g
von
Adolph Osipow.

Dorpat.
Gedruckt bei W. Gläser.
—
1868.

Gedruckt auf Verfügung der Juristen-Facultät.
Dorpat, den 28. Mai 1868.
Nr. 53.

C. v. Rummel,
d. Z. Decan der Juristen-Facultät.

L. Ziegler

Herrn

Professor Dr. Victor Ziegler

in dankbarer Erinnerung

der Verfasser.

Einige Worte zur Rechtfertigung der Wahl und Behandlungsart des vorliegenden Thema seien uns einleitungsweise vergönnt.

Die neuen Justizreformen Russlands, deren wirkungsreicher Einfluss auf das Gerichtswesen und dadurch auf die Volksbildung lenken die gespannte Aufmerksamkeit eines Jeden, der sein Vaterland liebt, auf diese neuen Einrichtungen. Wol wissen wir, dass manche Jahre erforderlich sein werden, damit sie völlig im Volke Wurzeln schlagen und alle die Früchte bringen, die sie bringen können und nach dem Willen unseres hohen Gesetzgebers auch bringen sollen. Jahre angestrengter Arbeit müssen verfließen, bis Praxis und Literatur sich in das neue, noch fremde Element eingearbeitet haben werden. Diese Arbeit ist in Russland mit Begeisterung und daher vielleicht mit mehr Erfolg, als in so kurzer Frist in irgend einem anderen Lande Europa's, begonnen worden. Ausreichenden Erfolg kann sie erst haben, wenn Jeder, der dazu Beruf hat, seinen Kräften nach treu und fleissig arbeitet, um unsere Justizreformen in Russland zu naturalisiren.

Es ist ein hohes, stolzes Gebäude, dessen Aufführung begonnen worden. Möge man den kleinen Baustein, den wir in nachstehender Schrift dem Material hinzuzufügen versucht, darum nicht verachten. Der Mängel unserer Arbeit sind wir uns wol bewusst, wir getrösten uns aber dessen, dass der geneigte Leser die Schwierigkeiten, die uns bei der Bearbeitung entgegen wirkten, zu berücksichtigen wissen wird:

eine unsichere, erst seit zwei Jahren bestehende Gerichtspraxis, eine wenig entwickelte Literatur und endlich unsere mangelhafte Kenntniss der deutschen Sprache. Wenn nun in dieser letzten Beziehung weniger Fehler ersichtlich sein werden, als zu erwarten stand, so gebührt der Dank dafür, den hiermit abzustatten uns eine angenehme Pflicht ist, unserem Freunde, dem stud. juris Paul Kugelgen.

Es bleibt uns noch zu erwähnen übrig, dass einige Lehren, z. B. das Armenrecht, ausführlicher behandelt worden sind, als ihr Zusammenhang mit dem Thema erforderte. Es geschah das in Rücksicht auf die in der Gerichtspraxis hervorgetretenen und vielfach nicht genügend motivirten Anschauungen, die uns eine eingehendere Besprechung wünschenswerth erscheinen liessen. Den Character der staatsanwaltlichen Thätigkeit im Civilverfahren haben wir nicht in allgemeinen Umrissen geschildert. Der Grund davon liegt darin, dass die einzelnen Momente derselben in den Abschnitten dennoch hätten des Weiteren deducirt werden müssen, wodurch wir in jener Schilderung zu Wiederholungen gezwungen worden wären.

Hiermit übergeben wir nun unsere Arbeit dem Leser. Das gestellte Ziel haben wir nicht erreicht, eine völlige Lösung unserer Aufgabe ist uns nicht gelungen. Dennoch werden wir zufrieden sein, wenn es uns nur geglückt ist, eine weitere Bearbeitung und wissenschaftliche Fortbildung des uns liebgewordenen Thema anzubahnen, möge dieselbe auch in scharfen Entgegnungen und Critiken Gestalt gewinnen. Eine competente Critik fürchten wir nicht, glauben wir doch durch sie lernen und Fingerzeige für künftige Arbeiten gewinnen zu können.

Dorpat, im Mai 1868.

Inhaltsverzeichniss.

	Seite
Einleitung	1
§ 1. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei Entscheidung über die Begrenzung der Oeffentlichkeit der Verhandlungen	8
§ 2. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei Kompetenzfragen und Kompetenzconflicten	17
I. Bei Kompetenzfragen	17
II. Kompetenzconflicte	28
§ 3. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in Betreff der Recusation der Richter	32
§ 4. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in den Fällen, wo eine Urkunde als falsch oder gefälscht angegriffen wird und wo Umstände im Civilverfahren an's Licht kommen, die von einem Criminalgericht zu beurtheilen sind	37
§ 5. Vom Armenrecht und der Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Ertheilung desselben	
I. Ueber das Armenrecht im Allgemeinen	54
II. Voraussetzungen der Ertheilung des Armenrechts	58
III. Das Verfahren in Folge eines Gesuchs um Ertheilung des Armenrechts	66
IV. Wirkungen des bewilligten Armenrechts	71
V. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft beim Gesuch um Ertheilung des Armenrechts	78
§ 6. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Erwägung eines Gesuchs, eine Regressklage gegen Richter, Staatsanwälte und andere Gerichtsbeamte anstellen zu dürfen	81
§ 7. Der Wirkungskreis der Staatsanwaltschaft in Kronsverwaltungssachen, in Sachen der Landschaftsinstitutionen und Stadt- und Landgemeinden	89
§ 8. Die Befugnisse der Staatsanwaltschaft in Sachen der Minderjährigen, Abwesenden, Taubstummen und Wahnsinnigen	94
§ 9. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in Ehesachen und in Verhandlungen über gesetzmässige Geburt	106
§ 10. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in Cassationsverfahren	110

Einleitung.

Die Staatsanwaltschaft ist ein Organ der Rechtspflege, die neben den Gerichten steht und der die Fürsorge für Aufrechterhaltung der Gesetze, deren gleichförmige und richtige Anwendung und für die Wahrung der Interessen des Staats anvertraut ist.

Um die ihr anvertraute Aufgabe zu erfüllen, hat die Staatsanwaltschaft in den vom Gesetz ausdrücklich festgestellten Fällen im Civilverfahren anregend ¹⁾ oder nur begutachtend ²⁾ aufzutreten. — Ihr Auftreten wird bedingt entweder durch Rücksichten für Personen, welche am Processe betheiligt sind, oder um deren Rechte es sich handelt ³⁾, oder durch das auch in Privatstreitigkeiten häufig hinübergreifende öffentliche Interesse ⁴⁾. Das Erstere findet z. B. statt, wo Wahnsinnige oder Minderjährige im Processe betheiligt sind, — das Zweite, wo es sich um Competenz oder Incompetenz des Gerichts, Recusation der Richter handelt.

Daraus, dass unser Gesetz die Fälle des Auftretens genau bestimmt, folgt, dass die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in Russland stets eine obligatorische, nicht aber eine facultative ist, dass mit anderen Worten sie von sich aus ausser jenen Fällen weder die Mittheilung der Acten, noch auch Gehör für

1) Cr. 325, 1402, 1431 Ycr. I p. Cyx.

2) Cr. 179, 343 ibid.

3) Cr. 343 II 1-3, 1290, 1423, 1450, 1457 ibid.

4) Cr. 343 II 4-8, 1343 ibid.

ihr Gutachten fordern darf, — und dass ferner das Gericht nicht berechtigt ist, gleichsam wie von Amtswegen eine Mitthätigkeit des Staatsanwalts zu verlangen, wo sie nicht auf einem Gesetzespunkt beruht. Vollständig entgegengesetzt stellt sich das Verhältniss in einigen fremden Gesetzgebungen, wo die Staatsanwaltschaft sowohl von sich aus, wo es ihr überhaupt nothwendig erscheint, eine Mitthätigkeit beanspruchen, als auch das Gericht eine solche verlangen kann ⁵⁾.

Aus der obligatorischen Natur der staatsanwaltlichen Thätigkeit ist ersichtlich, dass den Entscheidungen des Gerichts die Angabe des Gesetzespunkts, nach welchem die Staatsanwaltschaft gehört worden ist, beigelegt werden muss. Ist das nicht geschehen, so liegt nach unserer Praxis dadurch übrigens noch keine Nullität vor ⁶⁾, ebenso wenig wie wenn der Staatsanwalt angehört worden, wo das Gesetz es nicht anordnete ⁷⁾. Die Verletzungen dieser Vorschriften und Formen werden also nicht zu den wesentlichen gerechnet, derentwegen das Erkenntniss nicht als ein gerichtliches aufgefasst werden kann. — Aus der directen Verpflichtung zur vorgeschriebenen Thätigkeit ergibt es sich, dass bei uns ein solcher Usus, wie etwa in Frankreich, wo der Staatsanwalt, statt wirklich sein Gutachten abzugeben, oft nur sagt, er verlasse sich auf die eigene Weisheit des Gerichts, vollständig unmöglich ist, weil er dem Gesetz zu sehr zuwiderläuft ⁸⁾. Einen Usus wie den angegebenen halten wir für einen Abusus, der zur Bequemlichkeit der Staatsanwälte,

5) Art. 83 Code de proc. civ.; Hannov. C.P.O. § 82; Ct. 185. Ver. Ip. Суд. Италіянскаго Королевства ЧНб. 1863; cf. auch Bonnier, Elem. d'organis. judic. et de proc. civ. 1848 T. I. p. 530—531; Ortolan, Le Ministère publ. en France 1844 T. I. p. 76.

6) Сборникъ Ръш. Граж. Кассац. Департ. 1867 No. 172.

7) ibid. Nr. 249.

8) Ortolan, T. I. p. 80; Mourlon, Répétitions écrites sur le code de proc. civ. 1867 p. 92; Carré, Lois de la proc. civ. 1862 T. I. p. 506, 510.

die statt eigener Gedanken eine leichte Formel aussprechen, und zum Nachtheil der Gerechtigkeit und des Gesetzes dient. Nicht überall ist die Einrichtung getroffen worden, dass in bestimmten Fällen die Staatsanwaltschaft im Civilverfahren auftreten müsse. In Hannover ⁹⁾ z. B. tritt sie auch in den gesetzlich bezeichneten Fällen nur dann auf, wenn es ihr angemessen erscheint. Diese, die Willkür in der Amtsthätigkeit der Staatsanwälte zu sehr fördernde Bestimmung, bringt die Gefahr mit sich, dass sie ihre Befugnisse zu selten ausnutzen — und so sehen wir denn in der That, dass in Hannover vom 1. Januar 1855 bis zum 1. Januar 1859 die Staatsanwaltschaft bei den Obergerichten im Civilverfahren nur fünfzig Mal aufgetreten ist ¹⁰⁾. — Unsere Civilprocessordnung scheint uns in dieser Beziehung einem viel richtigeren Wege gefolgt zu sein.

Wenn wir vorhin andeuteten, die Staatsanwaltschaft müsse in Sachen gewisser Personen, die ihr Interesse nicht selbst vertreten können, ihre gutachtliche Aeusserung abgeben, so ist der Schluss, dass sie stets zu ihren Gunsten sprechen müsse, wie wir weiter unten nachweisen wollen, nicht nur gewagt, sondern auch grundfalsch. Der Staatsanwalt, das Organ und der Wächter des Gesetzes, darf nie für das Unrecht oder das mindere Recht sprechen, sondern muss unter allen Umständen dafür Sorge tragen, dass das Recht siege und die Wahrheit triumphire. — Er muss sich stets an die von den Parteien angegebenen Grenzen halten, so dass er z. B. in seinem Gutachten nie über die vom Kläger gestellte Forderung hinausgehen, noch auch unter das vom Beklagten Zugegebene hinuntergehen kann. Dennoch darf das Gutachten nie in eine Wiederholung des Inhalts der Parteivorträge ausarten, wodurch sein Zweck gänzlich

9) Hannov. C.P.O. § 82.

10) Leonhardt, Das Civilprocessverfahren des Königreichs Hannover 1861 p. 10.

verfehlt erscheinen müsste. Das Gutachten muss die Verhandlungen in das rechte Licht zu stellen suchen, die Schwierigkeiten in Betreff von Thatsachen oder Gesetzesstellen lösen, die zum Belege dienenden Paragraphen anführen, Irrthümer aufhellen, — kurz mit einem Worte, die gutachtliche Aeussierung soll im Sinn und wegen der Gerechtigkeit gethan werden. Zur nöthigen Vorbereitung zu derselben werden dem Staatsanwalt nach unserer, sowie auch anderen Gesetzgebungen, die Acten mindestens drei Tage vor der gerichtlichen Verhandlung mitgetheilt ¹¹⁾. Sollte aus irgend welchen Gründen dieser Termin nicht genügen, so fragt es sich: hat die Staatsanwaltschaft das Recht eine Aussetzung der Sitzung zu verlangen? Unsere C. P. O. giebt uns darüber keine Antwort. Es erscheint uns jedenfalls richtig und zweckentsprechend, der Staatsanwaltschaft nach Analogie der Genfer ¹²⁾ und Hannover'schen ¹³⁾ Gesetzgebung das Recht zu gestatten, ihr Gutachten unter Umständen, wegen Geschäftsüberladung oder wegen besonderer Schwierigkeit der zu behandelnden Sache, erst in der nächstfolgenden Sitzung abzugeben.

Die gutachtliche Aeussierung findet gewöhnlich nach den Vorträgen der Parteien statt, wenn diese wegfallen, aber schon nach der Berichterstattung durch ein Glied des Gerichts ¹⁴⁾. Das Gutachten muss mündlich abgegeben werden ¹⁵⁾; das ist bei uns, wie in allen fremden Gesetzgebungen, mit Ausnahme von Italien ¹⁶⁾, Regel. Hat der Staatsanwalt ein eigenes Concept abgelesen, so fragt es sich, ob das Nullitätsgrund ist. Wir glauben allerdings, dass ein nach einem solchen Gutachten ge-

11) Ст. 344 Уст. Гр. Суд.; Braunsch. C.P.O. § 13; Ст. 96 Уст. Гр. Суд. Женевского Кантона СПб. 1863.

12) *ibid.* ст. 97.

13) § 84 der C.P.O.

14) Ст. 345 Уст. Гр. Суд.

15) Ст. 345 *ibid.*

16) Ст. 186 Уст. Гр. Суд. Итальянского Королевства

falltes Urtheil cassirt werden könnte, weil der Wortlaut des Gesetzes verletzt worden ist. In Frankreich zieht jedoch ein schriftliches, aber vom Staatsanwalt selbst verlesenes Gutachten keine Nullität nach sich, wie wir aus einer Entscheidung des Cassationshofes erschen haben ¹⁷⁾. — Der Grund, warum das Gutachten mündlich abgegeben werden soll, ist der, dass die Schäden der Schriftlichkeit dadurch vermieden werden. Vermieden wird, dass der Staatsanwalt sich ausschliesslich nach der schriftlichen Instruction präparirt, statt sich auch an die Parteivorträge zu halten, vermieden wird dadurch jeder Missbrauch, nach welchem der Staatsanwalt sich von anderen Personen seine Vorträge anfertigen lassen kann etc. Schriftliche Notizen zu machen, das wird ihm jedoch niemals verboten werden können ¹⁸⁾.

Hat der Staatsanwalt begutachtend gesprochen, so können die Parteien nicht mehr zum Wort gelassen werden. Er darf sich nicht mit den Parteien in einen Streit einlassen, — sie dürfen ihm nicht erwidern. Es würde das seiner Stellung als Organ des Gesetzes widerstreiten. Sie dürfen wol auf die Irrthümer, die er bei Darlegung der thatsächlichen Umstände sich hat zu Schulden kommen lassen, hinweisen, nicht aber seine rechtlichen Ausführungen angreifen ¹⁹⁾. Unser Gesetz entspricht dem Genfer darin vollkommen. In Frankreich können die Parteien, wenn sie die conclusions der Staatsanwaltschaft für ungenau oder unvollständig halten, ihre Bedenken dem Präsidenten schriftlich einreichen ²⁰⁾. Ebenso in Hannover, wo die schriftlichen Notizen vom Präsidenten verlesen werden, der in ihrer

17) Arrêt de la Cour de Cassation du 3 Mars 1808.

18) Объяснительная Записка къ Проекту Уст. Гр. Суд. Часть I. p. 248—249.

19) Ст. 347 Уст. Гр. Суд.

20) cf Mouton p. 93.

Berücksichtigung sogar die Verhandlungen wieder eröffnen kann²¹⁾. Letzteres erscheint uns überflüssig, da der Staatsanwalt in Hannover ja gar keine neuen Thatsachen anführen kann. Wo, wie in Braunschweig, der Staatsanwalt allerdings neues Material vorbringen kann, ist eine Wiedereröffnung völlig am Platz²²⁾.

Wir halten die Einrichtung in unserer C. P. O. für die beste: der Staatsanwalt als Organ des Gesetzes kann und darf mit den Parteien sich nicht in einen Streit einlassen, da aber auch seine Ausführungen der allgemeinen menschlichen Schwäche, dem Irren, unterworfen sind, haben die dadurch etwa geschädigten Parteien das Recht, sofort frei und öffentlich, ohne den unnützen Apparat der schriftlichen Notizen und der Verlesung durch den Präsidenten, auf die vorgekommenen Irrthümer hinzuweisen. Die Staatsanwaltschaft giebt ihr Gutachten unmittelbar vor der Entscheidung durch das Gericht ab. Den Verhandlungen wohnt sie bei, nicht aber den Berathungen des Gerichts²³⁾.

Hinsichtlich der Recusation ist zu bemerken, dass die Staatsanwälte, wie die Richter, sich selbst ablehnen und, wo es nothwendig, ohne Antrag der Partei zurücktreten. Genügt der Staatsanwalt dieser Pflicht nicht, so macht die Partei das Gericht darauf aufmerksam, welches dann seinerseits den Vorgesetzten des Staatsanwalts vom ungesetzlichen Verfahren benachrichtigt, ohne jedoch die Verhandlung dabei zu sistiren²⁴⁾. — In Hannover ist Recusation eines Staatsanwalts unzulässig, es darf aber der Vorgesetzte um Beauftragung eines anderen

21) Hannov. C.P.O. § 84.

22) Braunschw. C.P.O. § 14.

23) Ст. 142 Упрож. Суд. Уст.; Hannov. C.P.O. § 84; Braunschw. § 18.

24) Ст. 679--680 Уст. Гр. Суд.

Staatsanwalts ersucht werden²⁵⁾. In Frankreich und mehreren anderen Staaten kann die Staatsanwaltschaft, sobald sie Nebenpartei ist, recusirt werden, nicht aber wenn sie Hauptpartei ist²⁶⁾. Mourlon bemerkt richtig, dass man in diesem Falle die Staatsanwaltschaft ebenso wenig wie eine gewöhnliche Partei ablehnen dürfe²⁷⁾. — Die Verpflichtung zur Abgabe der gutachtlichen Aeusserung bezieht sich ebenso auf die erste wie auf die Rechtsmittelinstanz, in welcher übrigens die Ansicht des Staatsanwalts der ersten durchaus nicht aufrechterhalten zu werden braucht²⁸⁾.

Eine Ausnahme der oben angegebenen Regel, dass die Staatsanwaltschaft nur in einzelnen, bestimmten Fällen auftrete, müssen wir noch anführen: bei Nichtigkeitsbeschwerden, welcher Art sie auch sein mögen, muss die Staatsanwaltschaft unter allen Umständen und stets gehört werden²⁹⁾.

Nachdem wir in aller Kürze hier diejenigen Bestimmungen angedeutet haben, welche in gleicher Weise auf alle Fälle der staatsanwaltschaftlichen Mitwirkung Einfluss haben, gehen wir nunmehr zu der Analysirung der einzelnen Fälle selbst über, ohne jedoch für's Erste den Character der in denselben stattfindenden Thätigkeit zu schildern. Wir glauben das mit besserem Erfolge bei Berücksichtigung der Einzelheiten thun zu können.

25) Hannov. C.P.O. § 85.

26) Art. 381 Code de proc. civ., Ст. 446 Уст. Гр. Суд. Итальянскаго Королевства; § 50 der Braunschw. C.P.O.

27) Répétitions écrites sur le code de proc. civ. p. 310.

28) Ст. 777 Уст. Гр. Суд.

29) Ст. 804 ibid.

§ 1. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei Entscheidung über die Begränzung der Oeffentlichkeit der Verhandlungen.

Zu den fundamentalen Grundlagen unserer Processordnung gehört die Oeffentlichkeit. Jedem, ohne Unterschied des Geschlechts oder Alters, ist der Zugang zu den Gerichtsverhandlungen gestattet, mag er nun am Prozesse theilhaftig sein oder nicht ¹⁾.

Die Oeffentlichkeit, nicht mit Unrecht als die Seele der Gerechtigkeitspflege bezeichnet, erhöht die Würde des Gerichts, erweckt das öffentliche Vertrauen und befördert eine bessere Justizverwaltung durch gründlichere Sachprüfung und eingehendere Urtheilsmotivirung seitens der Richter.

Sie dient als Schirm gegen frivole und chicanirende Processführung durch die Parteien, die in ihr und durch sie nicht nur einen Richter vor sich haben, sondern noch einen zweiten, die öffentliche Meinung nämlich; und die Missbilligung dieses zweiten Richters wirkt sicher mit dem Gewicht einer dreifachen Rüge. Nicht allein die Processirenden selbst, — auch deren Anwälte stehen unter dem wohlthätigen Einfluss der öffentlichen Meinung, welche dadurch zu einem Wall wird

1) Cr. 13, 68, 173, 324, 803 Yer. Tp. Cyx; Cr. 153 Yrp. Cyx Yer. Nach der Hannover'schen C.P.O. § 87 und Braunschweig'schen § 58 können die Gerichtssitzungen nur von erwachsenen Personen besucht werden. Nach der Französischen § 87 und Genfer C.P. sind die Gerichtsverhandlungen Jedem ohne Altersunterschied zugänglich.

gegen Ausschreitungen der Advocaten, gegen Sophistereien, Kunstgriffe, gegen Ausfälle und Beleidigungen aller Art, durch welche Richter und Gegner gekränkt werden könnten.

Doch vergebens wäre unser Bemühen, den directen und indirecten Nutzen der Oeffentlichkeit erschöpfend ausführen zu wollen. Ihre Einführung ist auch von der Wissenschaft längst verlangt und von den Gesetzgebungen fast ausnahmslos zugestanden worden. Nur wenige Anhänger des alten Systems der Heimlichkeit giebt es noch, und ihre Gründe, die jetzt wol als geringfügig bezeichnet werden dürfen, können wir nach dem Standpunkt der jetzigen Jurisprudenz mit Stillschweigen übergehen. Nur zweier von ihnen angeführten Gründe mag uns gestattet sein kurz zu erwähnen.

Die Einen führen nämlich an, dass bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nicht die ganze Nation, wie bei Strafsachen, ein unmittelbares Interesse an der Gerechtigkeitspflege habe.

Die Haltbarkeit einer solchen Anschauung zu beurtheilen, überlassen wir mit gutem Gewissen dem Leser.

Wir wollen den Streit darüber — ob mehr die Civil- oder die Criminalrechtspflege in öffentlicher und gerechter Durchführung dazu geeignet sei, dem Volke richtige Grundsätze über Recht und Unrecht beizubringen, also somit zu seiner Bildung beizutragen — nicht auführen, aber das glauben wir als evident aufstellen zu dürfen, dass die Civilrechtspflege durch ihre Oeffentlichkeit ebenfalls zu einer solchen Volkserziehung beitragen kann. Uns scheint es einleuchtend zu sein, dass die Oeffentlichkeit des Civilprocesses dem Publicum Nutzen bringen kann und wird, indem sie ihm Gelegenheit giebt, mit eigenen Augen zu sehen, mit eigenen Ohren zu hören, wie der Staat Recht setzt, wie er die unzähligen, im bürgerlichen Verkehr unendlich wichtigen Beziehungen zwischen Mein und Dein schlichtet und ordnet und wie er dadurch die Basis dieses Ver-

kehrs, an dem ja Jeder Theil hat, sichert Sollte das Alles nutzlos, fruchtlos, oder gar schädlich sein?

Die Anderen sehen den Grund für das System der Heimlichkeit darin, dass, wo die Oeffentlichkeit eingeführt worden, es doch verhältnissmässig Wenige sind, die den Verhandlungen beiwohnen.

Wir leugnen wahrlich nicht, dass diese Beobachtung richtig ist. Das geringere Interesse für die Civilstreitsachen beruht aber zum grossen Theile darauf, dass die Neugier, Schadenfreude und Scandalsucht, die leider in der Welt so verbreitet sind, in den Civilgerichten nicht so oft und so leicht Nahrung finden können, als in dem Criminal-Gerichte. Jene an sich richtige Beobachtung ist daher von keinem Gewicht. Oder sollte gar die Oeffentlichkeit von einer ganz bestimmten Anzahl von Zuhörern abhängig sein, etwa derart, dass wenn 50 zugegen, die Verhandlung öffentlich ist, wenn aber 49 — nicht mehr. Wollen sie aber Rücksicht nehmen darauf, dass die Oeffentlichkeit nicht mit einer grösseren oder kleineren Zahl von Zuhörern verknüpft ist, sondern mit der Fähigkeit und dem Recht eines Jeden, mit Theil zu nehmen an den Verhandlungen, — dann ist die Beobachtung der Gegner der Oeffentlichkeit ganz irrelevant. Sie ist aber nicht allein irrelevant, sie ist auch unmoralisch. Sie leugnen ja gar nicht, dass die Oeffentlichkeit Vortheile bringt, aber weil nur Wenige diese Vortheile ziehen werden, wollen sie lieber, dass Keiner sie hat. Abgesehen von der Logik, so liegt darin allerdings eine sonderbare Moral. Es ist die des Geizhalses, der alle Armen nicht unterstützen kann und, dieses Bewusstseins sich getröstend, keinem Einzigen etwas giebt.

Es giebt wol keine kürzere und treffendere Beurtheilung des Nutzens der Oeffentlichkeit, als die in nachstehendem Ausspruch Benthams enthaltene ²⁾:

2) Bentham, *Traité des preuves judic.* T. I. p. 133.

„Le principal avantage de la justice réelle est de produire la justice apparente: or, en supposant qu'une justice secrète soit bien administrée, il n'y aura que la réelle, dont l'utilité est bornée; il n'y aura pas l'apparente, dont l'utilité est universelle. La racine sera dans la terre et le fruit n'en sortira pas.“

Das Prinzip der Oeffentlichkeit muss jedoch in den Fällen, wo seine Anwendung mehr Schaden als Nutzen stiften würde, zurücktreten. Es giebt Rechtsstreitigkeiten, deren öffentliche Verhandlung weniger zur Rechtsbelehrung dienen könnte, als vielmehr eine Quelle des Scandals, der Schamverletzung, der Erbitterung und des Abscheus wäre.

Auch unser Gesetz hat festgesetzt, es sei den Gerichten überlassen, in den Fällen, welche eine Verletzung (предосудительно) der Religion, der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung (общественный порядок) involvirten, die Oeffentlichkeit zu beschränken ³⁾.

Es ist nur zu bedauern, dass diese an sich auf sehr richtiger Grundlage beruhende Bestimmung durch die zu grosse Allgemeinheit ihrer Ausdrücke leicht Anlass zu ungerechtfertigter Beschränkung der Oeffentlichkeit geben kann.

Das französische Recht bestimmt einige Fälle, in welchen die Verhandlungen bei verschlossenen Thüren abgehalten werden müssen ⁴⁾ und überlässt es ausserdem in den Fällen „si la discussion publique devait entraîner du scandale et des inconvenients graves“, der Entscheidung des Gerichts die plaidoiries bei verschlossenen Thüren (à huis clos) abhalten zu lassen ⁵⁾.

Nach dem Züricher Civilprocess kann die Oeffentlichkeit

3) Cr. 325 Ver. Ep. Cyl.

4) Art. 219, 241, 242, 279 Code civil; Carré, *Lois de la procédure civile et administrative.* T. I. p. 520.

5) Art. 87. Code de proc. civ.

in den Fällen, in denen das Gesetz eine geheime Verhandlung ausdrücklich gestattet, ausgeschlossen werden ⁶⁾.

Sämmtliche neueren Processordnungen bestimmen sonst nicht die einzelnen Fälle der Heimlichkeit, sondern überlassen die Entscheidung dem Gerichte ⁷⁾.

Auch nach unserem Gesetz ist das Gericht allein befugt, durch seine Verfügung die Oeffentlichkeit auszuschliessen, doch kann der Antrag zu einer solchen Verfügung nicht nur von Gliedern des Gerichts gestellt werden, sondern auch vom Staatsanwalt ⁸⁾. Er, als Wächter des Gesetzes und der öffentlichen Ordnung, ist verpflichtet, darüber zu wachen, dass durch die Verhandlung eines scandalösen Processes sich nicht schlechte Einflüsse auf die Zuhörer geltend machen können.

Den Parteien selbst, jedoch nur wenn sie übereinstimmend darum ansuchen und erhebliche Gründe anführen, ist der Antrag auf Ausschluss der Oeffentlichkeit ebenfalls gestattet ⁹⁾. Diese Bestimmung soll ergänzend in all' den Fällen eintreten, wo ein Process an sich nichts Scandalöses enthält, also weder der Staatsanwalt, noch ein Glied des Gerichts veranlasst sind, den Antrag zu stellen, dennoch aber die öffentliche Verhandlung für die Parteien unverhältnissmässig peinlich sein würde. Das kann aus persönlichen Rücksichten Platz greifen, z. B. bei Streitigkeiten zwischen nahen Anverwandten, Ehegatten u. s. w., es können aber auch andere, etwa vermögensrechtliche Gründe in's Spiel kommen, z. B. wo Geheimnisse eines Gewerbes oder Fabrikbetriebes von der Processverhandlung nicht zu trennen sind.

Bezüglich der Oeffentlichkeit der Verhandlungen vor dem

6) § 65. Das Gesetz der Zür. bürgerl. Rechtspflege.

7) Braunschweig'sche C.P.O. § 59; Hannover'sche C.P.O. § 87 etc.

8) Cr. 325 Ycr. Ip. Cy.1.

9) Cr. 326 ibid.

Friedensrichter könnte aus Art. 68 der C.P.O. gefolgert werden, dass sie nur auf Antrag der Parteien, wenn deren vorgebrachte Gründe genügend erscheinen, ausgeschlossen werden kann.

Diese Folgerung erscheint uns aber als falsch, denn im § 80 ibidem liegt der Schutz gegen eine derartige, dem Friedensrichter octroiirte Unselbstständigkeit. Dort ist festgesetzt: der Friedensrichter habe sich, sobald er über eine Regel des friedensrichterlichen Verfahrens im Zweifel ist, an die Bestimmungen für die allgemeinen Gerichte nach Analogie zu halten. Folglich kann der Friedensrichter gemäss Art. 325 der C.P.O. von sich aus, so oft es ihm nothwendig erscheint, die Oeffentlichkeit beschränken.

Die Nothwendigkeit dieser letzteren Auffassung lehrt schon der gewiss sehr oft eintretende Fall, dass nach der Bildungsstufe und Geschmacksrichtung der Parteien die Verhandlung irgend eines anstössigen Falles ihnen durchaus nicht für die Oeffentlichkeit ungeeignet erscheint, sie den bezüglichen Antrag daher nicht stellen und somit der Friedensrichter wechlos zusehen müsste, wie der Process öffentliches Aergerniss und schlechten Einfluss auf die Zuhörer nach sich zieht.

Unser Gesetz verlangt, dass das Gericht, auf den mehr erwähnten Antrag hin, einen Bescheid mit beigefügten Gründen erlassen, ihn veröffentlichen und in's Sitzungsprotocoll eintragen lassen müsse ¹⁰⁾.

Eine solche Verfügung kann nicht anders gefällt werden, als nach Anhörung der Staatsanwaltschaft.

Diese Regel steht allerdings nicht direct im Gesetz, scheint uns jedoch nothwendiger Weise herausinterpretirt werden zu müssen. Denn da der Staatsanwalt überhaupt schon zur Stellung eines solchen Antrags ermächtigt ist, so scheint es uns im Sinne des

10) Cr. 325 Ycr. Ip. Cy.1.

Gesetzes zu liegen, dass er in den Fällen, wo er ihn nicht für nothwendig hält, sondern ihn den Parteien oder Gliedern des Gerichts überlässt, wenigstens seine gutachtliche Aeusserung (замечание) abgeben müsse. Da die Ausschliessung der Oeffentlichkeit eine ausserordentliche Massregel, eine Ausnahme von den allgemeinen Grundregeln bildet, so scheint es uns besonders nothwendig, den Staatsanwalt, als den Wächter des Gesetzes und der öffentlichen Ordnung, mit seiner Meinung vor der Beschlussfassung des Gerichts anzuhören. Stellte er selbst schon im Interesse der öffentlichen Ordnung den Antrag, so muss er ihn selbsverständlich auch motiviren. Stellte er ihn nicht, sondern liess irgend einen Anderen ihn stellen, so liegt darin ein stillschweigender Willensact und zwar der, dass er es im Interesse des Gesetzes für richtig hält, im vorliegenden Falle keine Ausnahme von den allgemeinen Principien zu statuiren. Nun — hier erscheint es uns nur recht und billig, es erscheint uns nothwendig, aus der Stellung der Staatsanwaltschaft zu resultiren, dass die Motivirung dieses Willens von den Richtern auch angehört werde.

Zur besseren Beleuchtung seien hier die Bestimmungen fremder Gesetzgebungen kurz angeführt.

Hannover bestimmt, die Staatsanwaltschaft sei nur dann mit ihren Anträgen zu hören, wenn die streitenden Theile übereinstimmend Ausschluss der Oeffentlichkeit begehren, nicht aber, wenn das Gericht von sich aus den Beschluss fasst ¹¹⁾.

Frankreich bestimmt nur, dass das Gericht den Generalstaatsanwalt von der getroffenen Verfügung benachrichtige. War die Sache an der cour impériale anhängig, so geht die Rechenschaftsablegung über Berathschlagung und Beschlussfassung direct an den Justizminister ¹²⁾.

11) § 27 der C.P.O.

12) Art. 87 Code de proc. civ.

Braunschweig und Genf enthalten keine Bestimmungen über die in Rede stehende Mitwirkung der Staatsanwaltschaft.

Nach der getroffenen und veröffentlichten Verfügung des Gerichts müssen nach unserer P.O. sämtliche Zuhörer den Gerichtssaal verlassen, ausgenommen natürlich die Parteien und deren Bevollmächtigte. — Hier fragt es sich: ob nicht auf Ansuchen der Parteien Verwandte und Freunde in beschränkter Anzahl zugelassen werden können.

Unser Gesetz giebt uns keine Aufklärung darüber, doch glauben wir die aufgeworfene Frage mit Ja beantworten zu dürfen, gestützt auf die Analogie des Criminalprocesses. Derselbe setzt nämlich in der Regel über Ausschluss der Oeffentlichkeit fest, dass sowohl der Angeklagte als der Beschädigte drei Freunde oder Verwandte, trotz der geschlossenen Thüren, bei sich behalten könne ¹³⁾. Wie vielmehr muss sich eine solche Einrichtung auch auf den Civilprocess erstrecken, wo anzunehmen, dass das öffentliche Aergerniss nie so gross ist. Das Gericht kann und wird dabei allerdings auf das Alter und Geschlecht der nach Wunsch der Parteien Zuzulassenden Rücksicht nehmen.

Hannover, C.P.O. § 89, Braunschweig § 59, Genf § 86, gestatten den Verwandten oder Freunden auf Verlangen der Parteien und nach besonderer Erlaubniss des Gerichts Zutritt zu den Gerichtsschranken auch bei geschlossenen Thüren, wobei Genf die Zahl derselben auf drei beschränkt.

Zürich schliesst die Bekannten und Freunde aus, nicht aber die Verwandten ¹⁴⁾.

Bei der ganzen Frage über die mögliche Theilnahme der Verwandten und Freunde an sonst geheimen Verhandlungen haben wir nur die Fälle in's Auge gefasst, wo der Ausschluss

13) Ct. 622. Уст. Уд. Цд.

14) Ulmer, Züricher Civilprocess 1861 p. 140.

der Oeffentlichkeit sofort durch das Gericht selbst oder nach Antrag des Staatsanwalt — jedenfalls aber in öffentlichem Interesse — stattfand. Stellten die Parteien aber im Privatinteresse den Antrag, so liegt gar kein Grund vor, warum nicht Alle, denen sie es übereinstimmend gestatten, den Verhandlungen beiwohnen sollen. Alles bisher Angeführte bezog sich auf die Verhandlung des Processes selbst, nicht aber auf die Publication des Urtheils, welche niemals bei verschlossenen Thüren statthaben darf, wenn auch die ganze Verhandlung geheim gewesen sein sollte¹⁵⁾. Der Grund dieser gewiss sehr wichtigen Einrichtung ist der, dass das Anstössige im Process nicht der Gegenstand ist, auch nicht das ruhige, unparteiische und in massvollen Ausdrücken abgefasste Urtheil des Richters sein kann, sondern die durch die Parteien erhobene Beweisführung, die nicht anders kann, als sich in die unsittlichen, schmutzigen Details vertiefen, um den Beweis herzustellen. Sobald die Beweiserhebung geschlossen, das Urtheil des Richters gefällt, muss das Princip der Oeffentlichkeit wieder in seine anerkannten Rechte eintreten.

Die Oeffentlichkeit kann in Civilsachen ferner ausgeschlossen werden, sobald zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Ruhe eine Entfernung sämtlicher Zuhörer und Schliessung der Thüren erforderlich ist, worüber allein der Präsident vermöge seiner discretionären und disciplinaren Gewalt zu entscheiden hat, ohne dass ein Antrag der Staatsanwaltschaft oder eine Beschliessung des Gerichts erforderlich ist¹⁶⁾.

Num fragt es sich, ob in solchen Fällen, wenn z. B. die Unordnungen, welche das Einschreiten des Präsidenten nothwendig machten, erst bei der Verlesung des Urtheils stattfinden, oder wenn mit Grund zu befürchten steht, dass sie sich grade

dabei wiederholen werden, ob dann die Publication auch bei verschlossenen Thüren stattfinden kann? Wir müssen diese Frage strict verneinen zu Folge der Bestimmung des Gesetzgebers, dass ausnahmslos die Publication bei offenen Thüren stattfinden soll¹⁷⁾. Dass der Präsident bei Lärm, Unruhe etc. das Urtheil verlesen soll, ist natürlich nicht zu verlangen, doch wird jede Schwierigkeit ja dadurch gehoben, dass er die Verlesung verschieben, und falls Wiederholung der Unordnungen zu erwarten ist, Militär- oder Polizeihülfe requiriren kann¹⁸⁾. — Gegen einen die Oeffentlichkeit der Verhandlung betreffenden Bescheid des Gerichts ist keine Beschwerde zulässig.

Kurz zusammengefasst ist also die Staatsanwaltschaft, in Hinsicht auf die Oeffentlichkeit, verpflichtet:

1) falls nach ihrer Ueberzeugung die öffentliche Verhandlung schädlichen Einfluss ausüben könnte, aufzutreten und in öffentlichem Interesse geheime Verhandlung zu verlangen,

2) falls das Gericht von sich aus, oder auf Antrag der Parteien, Aufhebung der Oeffentlichkeit verlangt, seine gutachtliche Aeussuerung (законение) als Wächter des Gesetzes, zu verlautbaren.

§ 2. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei Competenzfragen und Competenzconflicten.

I. Bei Competenzfragen.

Es giebt im Civilverfahren zwei Arten der Competenz, die absolute und relative, eine Unterscheidung, der auch unsere Processordnung nicht fremd ist, obgleich für beide Arten der-

15) Cr. 139, 700. Укр. Гр. Ця.

16) Cr. 156. Упр. Ця. Укр.

17) Cr. 700. Укр. Гр. Ця.

18) Cr. 159. Упр. Ця. Укр.

selbe terminus technicus „подсудность“ gebraucht worden. — Vollkommen analog unterscheidet man hinsichtlich der Incompetenz

1) die objective, absolute (l'incompétence à raison de la matiere, *ratione materiae*)¹⁾ und

2) die subjective, relative (l'incompétence à raison de la personne, *ratione personae*)²⁾.

Die erstere umfasst alle die Fälle, wo die Natur der zur Entscheidung vorliegenden Sache und die Gerichtsorganisation des Landes dazu zwingen, sie einem anderen und zwar verschiedenartigen Gericht oder überhaupt einer anderen Behörde zu übergeben, wie wenn z. B. eine Commercialsache dem Civilgericht angetragen oder statt des Bezirksgerichts der Friedensrichter angerufen wird.

Relativ ist die Incompetenz in allen Fällen, wo ein zwar dem zuständigen gleichartiges Gericht in Anspruch genommen wird, aber nicht das richtige, wie wenn z. B. eine Sache im Petersburger Bezirksgericht anhängig gemacht wird, statt im Moscauschen, wo der Beklagte seinen Wohnort hat.

Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Arten der Competenz und entsprechend auch allerdings der Incompetenz ist offenbar der, dass die erste Staatseinrichtungen, nämlich die gleichmässige Vertheilung der Geschäftslast unter die verschiedenen Organe der Regierungsgewalt betrifft, somit in die öffentliche Ordnung eingreift und Staatsinteressen berührt, während die andere nur von Privatinteressen abhängt und zum Vortheil des Beklagten vorhanden ist. Daher kann der Betreffende auch ausdrücklich³⁾ oder stillschweigend, also durch concludente Handlungen, z. B. Einlassung auf den Process, auf die Einrede der relativen Incompetenz verzichten.

1) Cr. 79. 584 p. 1. Ver. Ep. Cya.

2) Cr. 69 p. 1. 571 p. 1. *ibid.*

3) Cr. 228. Ver. Ep. Cya.

Der Beklagte kann die Einrede, sowohl der absoluten als auch der relativen Incompetenz, gleicher Weise einbringen, ohne sich überhaupt auf den Process einzulassen. Der Unterschied ist hierbei nur der, dass in Hinsicht auf die relative die Einrede jedenfalls in *limine litis*, d. h. vor allen übrigen Einreden, vor der Einlassung angebracht werden muss widrigenfalls das Recht zu ihr verloren geht, während die Einrede der absoluten Incompetenz in jedem Stadium des Processes und vom Kläger selbst angestellt werden darf.

Da die absolute Incompetenz nicht auf Privatinteressen beruht, die Einrede derselben folglich auch nicht dem Verzicht des Einzelnen überlassen bleiben kann, so hat der Gesetzgeber für den Fall, dass sie nicht von den Parteien erhoben wird, dem Gericht aufgetragen, von Amtswegen die unzuständige Sache abzuweisen⁴⁾. Vor der Abweisung muss der Staatsanwalt seine gutachtliche Aeusserung abgeben, das Gericht debattiren und den nöthigen Bescheid erlassen. Hat das Gericht eine solche Abweisung unterlassen, haben die Parteien die Einrede nicht erhoben, so steht dem Staatsanwalt, als dem Vertreter der öffentlichen Interessen, das Recht und die Pflicht zu, von sich aus den Antrag auf Abweisung zu stellen. Diese Befugniss steht nicht ausdrücklich im Gesetz, doch die ganze Stellung der Staatsanwaltschaft im Civilverfahren und ihre sonstigen Befugnisse zwingen uns, sie dennoch als bestehend anzunehmen. Eine andere Auffassung ist nicht gut möglich, da nach jeder anderen ihm diese Befugniss nicht zustände, er folglich, obgleich ihm die Wahrung der öffentlichen Interessen anvertraut ist, eine Verletzung derselben dulden müsste, ohne derselben entgegen zu wirken.

Zum Belege für unsere Ansicht führen wir ausserdem

4) Cr. 584 *ibid.*

Einiges aus den französischen, hierher bezüglichen Bestimmungen an, welche mit den unseren genau übereinstimmen.

So entspricht Art. 83, p. 3 des code de proc. civ., nach welchem der Staatsanwalt in Sachen, wo es sich um die Zuständigkeit handelt, seine conclusion zu stellen hat (les déclinatoires für incompétence), dem Art. 343, p. 4 unserer C.P.O., der da festsetzt, der Staatsanwalt habe in Competenzsachen seine gutachtliche Aeusserung (заключение) abzugeben.

Art. 170 Cod. d. proc. civ. bestimmt, dass das Gericht von Amtswegen, falls die Einrede nicht erhoben worden, die Abweisung beschliessen soll; dieselbe Bestimmung findet sich vollständig in unserer P.O. Art. 584, p. 1 u. 2. Beide Gesetzgebungen haben in diesem Punkte dieselben Bestimmungen, beiden fehlt die genauere Auseinandersetzung über die Thätigkeit des Staatsanwalts, beide machen keinen ausdrücklichen Unterschied zwischen relativer und absoluter Incompetenz.

Die französische Praxis ist um viele, viele Jahre älter als die unsere und ihre Erfahrungen erstrecken sich auf Decennien, während die unsere kaum Jahre zählt. Bei ganz gleichen gesetzlichen Bestimmungen wird es sicher nicht ohne Einfluss auf unsere Anschauung sein, in welcher Art und Weise die französische Praxis eine in beiden Gesetzgebungen offene Frage gelöst hat. — Rücksichtlich der von uns oben gestellten Behauptung: der Staatsanwalt hat in den Fällen, wo die Parteien die Einrede der absoluten Incompetenz nicht gemacht haben und das Gericht von sich aus nicht beschlossen hat, die Pflicht, den nöthigen Antrag zu stellen, stützen wir uns auf die französische Rechtsübung, indem wir constatiren⁵⁾, dass weder Theorie noch

5) Murlon, Répétitions écrites sur le code de procedure civile 1867 p. 173; Bonnier, Elements d'organisation judiciaire et de procedure civile 1848. T. II. p. 59; Boitard, Leçons de procedure civile T. I. p. 168; 330; Carré, T. I. p. 499; Bioche, Dictionnaire de procedure civile et commerciale T. III. p. 665 Nr. 81—82. V. p. 97 Nr. 138.

Praxis eine andere Auffassung jemals aufgestellt haben, dass die Frage nicht einmal zur Controverse erhoben worden, so fest ist man von der Unmöglichkeit einer abweichenden Meinung überzeugt.

Mit gutem Recht stellen wir daher jene Befugniss als bestehend dar und wollen nur noch kurz erörtern, welchen Character diese Thätigkeit des Staatsanwalts hat. Anlass zu dieser Erörterung giebt uns eine Aeusserung des Herrn Lochwitzki, der wir, so sehr wir sonst seine wissenschaftlichen Leistungen achten, durchaus entgegentreten müssen. Er sagt nämlich: „Die Franzosen unterscheiden eine zwiefache Rolle des Staatsanwalts im Civilprocess, als partie jointe und als partie principale. Die Existenz dieser beiden Rollen ist bei uns schon durch den ersten Blick auf Art. 343 klar. Wenn der Staatsanwalt z. B. von der Competenz spricht, oder von Ehesachen, oder von rechtmässiger Geburt, so ist es einleuchtend, dass er hier eine Haupt- und selbstständige Partei sei⁶⁾.“

Die staatsanwaltliche Thätigkeit im Civilverfahren überhaupt hat, nach französischem Muster, eine zwiefache Form, das wird Niemand leugnen, und zwar entweder ist der Staatsanwalt Nebenpartei, was die Regel ist, oder er ist Hauptpartei.

Die Frage, ob der Staatsanwalt aber in Competenzsachen als partie principale aufrete oder nicht, ist in Frankreich mehrere Mal bejahend beantwortet worden⁷⁾. Doch wurde diese Ansicht stets mit Erfolg bekämpft und jetzt wird allgemein dem Staatsanwalt nur der Character als partie jointe zugeschrieben. Daraus, dass der Staatsanwalt aus eigenem Antriebe bei Competenzfragen auftritt, kann nicht gefolgert werden, wie das Herr Lochwitzki zu thun scheint, dass er als Hauptpartei handle — und zwar aus folgenden drei Gründen nicht:

6) Судебный Вѣстникъ 1867 No. 58.

7) Bioche, V. p. 97 Nr. 138.

1) weil unsere Processordnung diese, dem französischen Recht eigenthümliche Stellung der Staatsanwaltschaft garnicht kennt. Uebrigens kann die Staatsanwaltschaft in jedem Lande, in welchem jene französische zwiefache Rolle massgebend geworden, auch nur in den vom Gesetz ausdrücklich vorgeschriebenen Fällen als Hauptpartei auftreten. Also auch angenommen, unser Recht wäre in Bezug auf diese Doppelrolle dem französischen Recht analog, so wäre es, da die ausdrückliche Bestimmung nicht nachweisbar ist, doch noch lange nicht so einleuchtend, wie Herr Lochwitzki meint, dass der Staatsanwalt in Competenzfragen Hauptpartei sei. Im Gegentheil, die Ansicht des Herrn Lochwitzki scheint nicht recht möglich zu sein, denn, so fragen wir, muss nicht vor allen Dingen

2) die Hauptpartei einen Gegner haben und wer soll in diesem Fall Gegner des Staatsanwalts sein? Etwa das Gericht, das die Sache nicht abgewiesen hat? Die Ansicht des Herrn Lochwitzki wird immer unmöglicher.

3) Es ist unleugbar, dass einer Hauptpartei stets der Gebrauch des Klagerechts und der Rechtsmittel zusteht. Diesen Gebrauch hat der Staatsanwalt hierin durchaus nicht vollständig. Nur in Ehesachen und zwar nur dann, wenn der Beklagte nicht zugegen ist, hat er nach 1344 und 1345 die Befugniss alle Rechtsmittel einzuwenden, in Kronssachen nach 1294 nur das Cassationsgesuch, und in Competenzfragen hat er weder Klagerecht, noch Rechtsmittel. Die Ansicht des Herrn Lochwitzki ist ganz unmöglich geworden.

Schliesslich sei hier bemerkt, dass unsere Processordnung das Gericht verpflichtet eine Streitsache nicht zur Beprüfung anzunehmen, falls sie nicht vor demselben das forum rei sitae hat⁸⁾. Diese Bestimmung rechtfertigt sich durch die gewaltigen Dimensionen unseres Vaterlandes.

8) Ст. 584 p. 2. Учр. Гр. Суд.

Fände diese Beschränkung auf das forum rei sitae nicht statt, so wäre die Beweisaufnahme (повѣрка доказательствъ) durch den richterlichen Augenschein (осмотръ на мѣстѣ) seitens eines oder mehrerer Glieder des Gerichts zu sehr erschwert und andere Geschäfte zu sehr behindert. Ebenso behindert wäre bei Wegfall dieser Beschränkung die sogenannte Umfrage, (Befragung der Nachbarn, дознание чрезъ околныхъ людей), da unter Umständen Glieder des Gerichts Tausende von Wersten zu reisen hätten, um sie vorzunehmen. Eine Einberufung der Sachkundigen von grösserer Entfernung her wäre ebenfalls im höchsten Grade misslich.

Weil der Gesetzgeber das Gericht verpflichtet, von sich aus die Incompetenzfrage anzuregen, so scheint es nicht unmöglich, die Incompetenz des forum rei sitae zu der absoluten hinzuzurechnen und den Staatsanwalt für verpflichtet zu halten, falls die Einrede von den Befugten nicht erhoben worden, von sich aus ex officio den nöthigen Antrag zu stellen.

Da es sich unter den angegebenen Verhältnissen bei der Competenz des forum rei sitae um öffentliche, nicht um Privatinteressen handelt, schliessen wir uns der letztangeführten Ansicht an.

Die relative Competenz des Gerichts kann nur von dem Beklagten mittelst der Einrede angefochten werden, da sie, um demselben grössere Möglichkeit zu seiner Vertheidigung zu geben, nur in seinem Interesse vorkommt. Daher muss er sie in limine litis, d. h. vor allen anderen Einreden vorbringen⁹⁾, da er mit jeder anderen früher eingebrachten Einrede die Zuständigkeit des Gerichts anerkennen würde. Unterlässt der Beklagte die Einrede der relativen Incompetenz, so darf wo-

9) Ст. 574. Учр. Гр. Суд.

der der Staatsanwalt, noch das Gericht die Competenzfrage anregen.

Erhebt der Beklagte in seinem eigenen Interesse die ihm gestattete Einrede, verlangt er dadurch dem ihm eigentlich zustehenden Richter überlassen zu werden, thut er durch die Einrede kund, dass der vom Gesetzgeber bedachte Fall eingetreten und er in seiner Vertheidigung eingeschränkt, in seinen Geschäften überflüssig gestört würde etc., dann erwacht das öffentliche Interesse, welches verlangt, dass einem Staatsbürger nicht eine Unbill zugefügt werde, die nach dem Willen des Gesetzgebers vermieden werden kann und soll, und mit diesem Erwachen des öffentlichen Interesses tritt auch wieder das Recht des Staatsanwalts ein, seine gutachtliche Aeusserung abzugeben.

Dieses geht unzweifelhaft aus der Natur der Sache hervor und ist ausserdem in jenem, oben bereits angezogenen Artikel angedeutet, in welchem für relative und absolute Incompetenz zusammenfassend ein Ausdruck gebraucht und bestimmt wird, der Staatsanwalt habe seine gutachtliche Aeusserung abzugeben ¹⁰⁾.

Der französische code de procedure spricht sich ebenso aus ¹¹⁾. Allerdings war im Project zu letzterem die Bestimmung aufgenommen worden, dass dem Staatsanwalt die Acten nur in dem Falle zur Einsicht vorgelegt werden sollen, wenn es sich um absolute Incompetenz handelt ¹²⁾. Der Staatsrath strich jedoch die Worte „à raison de la matière“ aus, kehrte damit zu derselben Unterscheidungslosigkeit zurück, die das russische Recht auch besitzt, und bestimmte ferner das Recht und die

10) Ct. 179, 343 p. 4. Ver. Ep. Cyä.

11) Art. 83, 3.

12) Art. 75 des Projects „Seront communiqués au procureur du roi — les déclinatoires sur incompétence à raison de la matière.“

Pflicht der Staatsanwaltschaft, in beiden Fällen conclusions abzugeben ¹³⁾.

Dennoch fehlt es nicht an Processualisten in Frankreich, welche entgegengesetzter Meinung sind und dem Staatsanwalt nur in Fällen der incompetence ratione materiae die conclusion zugestehen wollen, weil nur bei dieser l'ordre public in Frage komme. Ihr Hauptvertreter ist Pigeau ¹⁴⁾.

Eine Frage bleibt uns noch bei der Betrachtung der relativen Incompetenz zu erörtern. Ist ein schon mit Rechtsstreitigkeiten überbürdetes Gericht befugt, eine ihm relativ nicht zuständige Sache von sich aus abzuweisen, wenn die Einrede vom Beklagten nicht vorgebracht wurde? In den betreffenden Artikeln, welche über die Einreden handeln, ist nur gesagt, dass das Gericht in Fällen absoluter Incompetenz die Sache nicht annehmen dürfe ¹⁵⁾; in Fällen der relativen ist die Annahme nicht verboten, wenigstens bestimmt das Gesetz darüber nichts. — Man könnte also scheinbar mit Berechtigung die oben gestellte Frage bejahen, dennoch vereinen wir sie, gestützt auf den Art. 228 der C.P.O., welcher lautet:

„In allen Sachen, Immobiliensachen ausgenommen, können die Parteien, nach gegenseitiger Uebereinstimmung, auch ein anderes Bezirksgericht zur Entscheidung des Streits wählen, als dasjenige, welchem die Sache nach der allgemeinen Competenzordnung zuständig gewesen wäre ¹⁶⁾.“

Aus diesem Artikel ersieht man, dass die relative Incompetenz (zu welcher nach unserem Recht der Gerichtsstand der

13) Boitard I. p. 168; Boncenne II. p. 286; Carré I. p. 499—500; Mourlon p. 89; Bonnier, Eléments d'organisation judiciaire et de procedure civ. I. p. 526.

14) T. I. p. 224.

15) Ct. 584 n. 1, 2.

16) Siehe noch Art. 37 der C.P.O.

res sita nicht gehört) durch Uebereinstimmung der Parteien aufgehoben werden kann. Diese Uebereinstimmung braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, sie ist auch aus concludenten Handlungen ersichtlich und geht also schon daraus hervor, wenn der Beklagte auf die vom Kläger vorgebrachte Klage die Einrede der Incompetenz nicht erhebt. Dann ist das Bezirksgericht nicht befugt, die Sache von sich aus abzuweisen, weil der Gesetzgeber den Parteien ausdrücklich die Wahl zugestanden hat, und sie durch ihr stillschweigendes Uebereinkommen von einem gesetzlich ihnen zustehenden Rechte Gebrauch machen.

Alles, was wir bisher über das Bezirksgericht gesagt, bezieht sich gleicher Weise auf das Friedensgericht.

In der französischen Processordnung finden wir ein wesentlich anderes Verhältniss. In Frankreich nämlich ist das Gericht befugt, aber nicht wie bei der absoluten Incompetenz verpflichtet, die ihm relativ nicht zuständige Sache abzuweisen, kann sie aber auch ebenso annehmen. Die Uebereinstimmung der Parteien verpflichtet nicht das Gericht, mit Ausnahme des Friedensrichters ¹⁷⁾, die Sache zu verhandeln. Sämmtliche französische Processualisten halten diese freiere Stellung des Gerichts für richtig, und zwar soll das Interesse, welches das Gericht für die ihm eigentlich zustehenden Angelegenheiten der dem Gerichtsbezirk zugehörigen Personen haben muss, den Grund dafür abgeben. Das Gericht soll sich selbst gegen eine nutzlose Geschäftsüberbürdung schützen können ¹⁸⁾.

Zum russischen Recht zurückkehrend, bemerken wir noch, dass die Staatsanwaltschaft, bei einer Einrede wegen Connexität oder Litispendenz ¹⁹⁾, nicht verpflichtet ist, ihre gutachtliche

Aeusserung abzugeben, da die Processordnung eine solche nur im Falle einer absoluten oder relativen Incompetenz des Gerichts verlangt.

Die französische Processordnung schreibt dem Staatsanwalt die Abgabe seiner conclusion in diesen Fällen auch durchaus nicht vor, dennoch ist sie in der Praxis üblich geworden. Auch ein grosser Theil der Theoretiker gesteht dem Staatsanwalt Recht und Pflicht dazu zu, indem sie sich darauf stützen, dass durch eine solche Einrede die Incompetenz des Gerichts, vor dem die Sache anhängig gemacht worden, schon in Frage gestellt und somit die ordre public interessirt sei; also müsse auch die Staatsanwaltschaft verpflichtet sein zu concludiren ²⁰⁾.

Ein anderer Theil der Processualisten verneint die in Rede stehende Pflicht des Staatsanwalts, und zwar aus dem Grunde, weil jene Einreden lediglich Privatinteressen der Betheiligten berühren ²¹⁾. Ortolan vertritt eine die Mitte innehaltende Ansicht, indem er es für richtig hält, dass nur in den Fällen, wo Zweifel obwalten, ob auch wirklich Connexität oder Litispendenz vorliegen, dem Staatsanwalt die Acten übersandt werden müssen ²²⁾.

Wir schliessen uns der ersten dieser drei Ansichten an, weil der Art. 83 § 1 des code de proc. civ. die Staatsanwaltschaft verpflichtet, in allen Fällen, welche die öffentliche Ordnung berühren, zu concludiren. Es ist nun ein Gegenstand des öffentlichen Interesses, dass Jeder dem Urtheil seines gesetzlichen, ordnungsmässigen Richters unterliege.

Das bewegt uns jedoch nicht, unsere Anschauung des französischen Rechts hierin auch auf das russische zu übertragen.

17) Art. 7. Code de proc. civ.

18) Bonnier T. II. p. 57; Bioche T. III. p. 664 Nr. 72; Pigeau Comment. Art. 170; Carré T. II. p. 721; Mourlou p. 173.

19) Cr. 69 n. 2 u 571 n. 2 Ver. Ip. Cya.

20) Carré, Lois de la proc. civ. T. I. p. 499 notes 1; Carré, Traité d'organisation. T. I. p. 256 § 3.

21) Pigeau T. I. p. 235.

22) Ortolan, Le ministère public en France. T. I. p. 286.

In unserer Processordnung findet sich durchaus nicht die allgemeine Bestimmung, dass der Staatsanwalt in allen Dingen des öffentlichen Interesses seine gutachtliche Aeusserung abzugeben hat, und das gewiss mit Recht, denn eine so vage Bestimmung, wie die des französischen Code, ist, weil sie Alles sagend ist, zugleich nichtssagend und durchaus nicht der Nachahmung werth. Sie wird stets Meinungsdivergenzen, Controversen aller Art erregen und, statt Rechtsverhältnisse zu regeln, ihre Ordnung hemmen und aufhalten.

Unsere P.O. bestimmt kurz und deutlich nur, dass der Staatsanwalt seine gutachtliche Aeusserung im Falle der Incompetenz abgeben soll, und unter Incompetenz auch Litispendenz und Connexität verstehen zu wollen, dazu gehört sich eine gewaltsame Interpretation, die die festgestellten Begriffe willkürlich und ungebührlich ausweitet.

II. Competenzconflicte.

Bei der Ausübung der Amtsgewalt können zwei Arten von Conflicten vorkommen. Entweder gerathen nämlich zwei Gerichte (gleicher oder verschiedener Rangstufe), oder ein Gericht und eine Verwaltungsbehörde in Conflict, indem sie sich beide für competent oder beide für incompetent erklären. Der erste Fall ist ein Conflict der Gerichtsbarkeit (*conflict de jurisdiction*), der zweite ein Conflict der Befugnisse (*conflict d'attribution*). Beide Arten des Competenzconflictes können sowohl positiv als negativ sein. Die Schlichtung der Competenz bezweckt die Bezeichnung des in der vorliegenden Sache zuständigen Gerichts, resp. der Behörde.

Ueber den Weg, auf welchem man zu einer solchen Schlichtung gelangt, müssen wir uns hier etwas genauer auslassen, da mit ihm Befugnisse und Pflichten des Staatsanwalts verknüpft sind.

Je nachdem ein Conflict der Gerichtsbarkeit oder der Befugnisse entstanden, ist eine höhere Gerichtsbehörde oder ein aus Gericht und Verwaltung gemischtes Collegium zu seiner Schlichtung berufen, und je nachdem ist auch die Staatsanwaltschaft zu grösserer oder geringerer Thätigkeit berufen.

Im ersten Falle hat sie sich auf Abgabe einer gutachtlichen Aeusserung auf Grundlage der Artikel 234 und 343, p. 4 zu beschränken. Dieselben beziehen sich zwar nicht direct auf den Fall, wo zwei Friedensgerichte in Competenzconflicte gerathen, denn selbst der Art. 179 der C.P.O., welcher die Fälle der Mitwirkung des Staatsanwalts beim friedensrichterlichen Plenum angiebt, an welches der Competenzconflict der Friedensgerichte sofort kommen muss, nennt den Competenzconflict nicht, wol aber bei Competenzfragen, dennoch behaupten wir, dass seine Aeusserung auch in Competenzconflicten angehört werden muss. Wir motiviren unsere Ansicht durch folgende Bemerkungen. Der Competenzconflict ist nicht minder wichtig, als die Competenzfrage, denn auch hier handelt es sich um Competenz oder Incompetenz, ja er ist sogar weit wichtiger, denn seine Schlichtung endet mit der Bezeichnung des zuständigen Richters, wodurch offenbar auch öffentliche Interessen tangirt werden. Ausserdem verlangt das Gesetz, dass der Staatsanwalt in den allgemeinen Gerichten, also vor gelehrten Richtern, seine gutachtliche Aeusserung ausspreche, das friedensrichterliche Plenum besteht aus Ungelehrten. Sollte hier nicht der Nutzen und die Förderung durch den Vortrag des Staatsanwalts, des Organes des Gesetzes, ein noch bedeutenderer sein und also die major ratio dafür sprechen, dass er hier zu reden habe?

Bei dem Conflict der Befugnisse hat der Staatsanwalt nicht nur eine gutachtliche Meinung abzugeben, sondern er nimmt ausserdem noch eine gleichsam vermittelnde Stellung zwischen den verschiedenen Organen ein. Wenn nämlich ein Gericht sich in

einer Sache für competent erklärt, eine Verwaltungsbehörde jedoch dieselbe Sache für zu ihrem Ressort gehörend ansieht, so muss letztere dem Staatsanwalt ihre Meinung mit den sie stützenden Gründen übermitteln²³⁾. Er muss diese schriftliche Erklärung der Verwaltungsbehörde dem Gericht vermittelt einer schriftlichen Eingabe (орномение) vorstellen, wenn auch seine eigene Ansicht eine ganz entgegengesetzte ist; diese Eingabe ist eben nur eine Uebermittlung und bedarf keiner selbstständigen Antragstellung. Das Gericht hat nun, nach Anhörung der gutachtlichen Aeusserung des Staatsanwalts, über die Erklärung der Verwaltungsbehörde zu deliberiren und darauf einen Bescheid zu erlassen, welcher in einer Copie dem Staatsanwalt mitgetheilt und von ihm der Verwaltungsbehörde übermacht wird.

Ist nun der Fall eingetreten, dass das Gericht sich, trotz der Mittheilung und Erklärung der Verwaltungsbehörde, fernerhin für competent hält, so hat sich die Verwaltungsbehörde an den Staatsanwalt des höheren Gerichts zu wenden, welcher dann diesem die ganze Verhandlung vorlegt. Ist der Kompetenzconflict im Bezirksgericht entstanden, so werden zur Schlichtung desselben einige höhere Verwaltungsbeamte zur Palate hinzugezogen²⁴⁾. Ist der Kompetenzconflict jedoch von vorn herein in der Palate entstanden, was auch in dem Falle angenommen wird, wenn eine Privatperson sich durch Beschwerde gegen ein sich für incompetent erklärendes Bezirksgericht direct an die Palate wendet und diese die Competenz als vorhanden erklärt hat, so gelangt er zur Entscheidung an die vereinigte Sitzung des Cassations- und des ersten Departements des Senats, bekanntlich eines Verwaltungsdepartements²⁵⁾.

23) Ст. 240. Учр. Гр. Суд.

24) Ст. 242. Учр. Гр. Суд.

25) Ст. 243 und 244 ibid.

(Jenen Fall der Beschwerdeführung durch eine Privatperson rechnen wir zu den in der Palate selbst entstandenen Conflicten, allerdings nicht auf Grundlage eines ausdrücklichen Gesetzesparagraphen, wol aber auf Grundlage einer vortrefflichen und klaren Ausführung einer Entscheidung des Cassationshofes)²⁶⁾.

Auch in der nach erwähneter Zusammensetzung vereinigten Sitzung des dirigirenden Senats muss der Staatsanwalt, vor der Entscheidung des Kompetenzconflicts seine gutachtliche Aeusserung abgeben. Dieses thut er jedoch nicht zu Folge der allgemeinen Regel, dass der Oberstaatsanwalt im Cassationshof in allen Sachen die Anträge stellt²⁷⁾. Diese Regel kann sich nur auf diejenigen Fälle beziehen, wo die Cassationsdepartements als Cassationshof entscheiden. Hier bilden sie jedoch ausnahmsweise, mit einem Verwaltungsdepartement vereinigt, eine Appellationsinstanz in Incidentsachen.

Die Befugniss zur Antragstellung seitens des Oberstaatsanwalts kann also nicht auf Art. 804 beruhen, sondern muss sich auf Art. 343 p. 4 stützen.

Nach unserem Recht ist, wie aus dem Bisherigen ersichtlich, die Schlichtung eines Kompetenzconflicts in Incident- und Administrativsachen einem gemischten Collegium aus Gerichtsgliedern und Verwaltungsbeamten, unter der Leitung des Gerichtspräsidenten, anvertraut, nicht, wie in England, Belgien und Holland, einseitig den Gerichten, oder wie in Frankreich entgegengesetzt, dem Staatsrath²⁸⁾.

Das ganze in kurzen Zügen geschilderte Verfahren kann nicht nur von einer Verwaltungsbehörde oder einem Gericht, es kann ebenso gut von einer Privatperson provocirt werden,

26) Рашение Гражданскаго Кассационнаго Департамента II. С. 1867 No. 147.

27) Ст. 804 ibid.

28) Bioche T. II. p. 612—615.

indem sie, wenn sie der Ueberzeugung ist, eine Verwaltungsbehörde etwa, nicht das Gericht, sei competent oder umgekehrt, sich mit einer Beschwerde an die Palate, resp. den Senat wendet ²⁹⁾. Auch in diesem Fall hat der Staatsanwalt seine gutachtliche Aeussderung abzugeben.

Die Pflichten der Staatsanwaltschaft lassen sich nach dem Vorhergehenden kurz folgender Massen zusammenfassen:

1) Der Staatsanwalt muss eine gutachtliche Aeussderung abgeben, wenn von den Parteien die Einrede der absoluten Incompetenz erhoben oder wenn sie vom Gericht ex officio angeregt worden und wenn der Beklagte die Einrede der relativen Incompetenz des Gerichts eingelegt hat. Ebenso im Fall der Incompetenz nach dem Forum rei sitae. Falls absolute Incompetenz vorhanden und weder ein Glied des Gerichts, noch die Parteien den Antrag auf Abweisung der Sache gestellt haben, so ist Letzteres von Amtswegen Pflicht des Staatsanwalts.

2) Bei Competenzconflicten sowohl der Gerichtsbarkeit, als der Befugnisse hat der Staatsanwalt eine gutachtliche Aeussderung abzugeben und ausserdem eine unbetheilgte Stellung zwischen den im Conflict begriffenen Behörden einzunehmen, indem ihm die bezüglichen Schriften übergeben werden, welche er weiter zu übermitteln hat.

§ 3. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in Betreff der Recusation der Richter.

Unter Recusation versteht man den Act einer Partei, durch welchen sie einen oder mehrere Richter des competenten Gerichts wegen gesetzlich festgesetzter Gründe sich verbittet.

29) Ct. 241. Ycr. Ip. Cya.

Das Gesuch um Recusation kann erst gestellt werden, wenn der Richter, gegen welchen es gerichtet ist, nicht von sich aus sich der Verhandlungen in der betreffenden Sache enthält. Der Richter ist durch das Gesetz ausdrücklich verpflichtet und berechtigt in gewissen festgesetzten Fällen zurückzutreten ¹⁾. Tritt er nicht von sich aus zurück, so wird angenommen, dass ihm die gesetzlichen Gründe entweder nicht bekannt sind, oder dass er die vorliegenden, hinderlichen Verhältnisse nicht unter sie rubricirt. Stellt die Partei den Antrag auf Recusation, so wird er dem dadurch betroffenen Richter mitgetheilt ²⁾. Letzterer kann die vorgebrachten Gründe ausdrücklich für richtig anerkennen und zurücktreten oder er kann es schtillschweigend thun, indem er bis zur nächsten Sitzung keine Antwort giebt ³⁾. Seine etwaigen Einwendungen gegen das Recusationsgesuch werden von dem Gericht in seiner Abwesenheit ⁴⁾ in geheimer Sitzung geprüft ⁵⁾. Geheim soll die Sitzung wol offenbar deswegen sein, damit in einer öffentlichen Sitzung nicht das richterliche Ansehen, die Würde des Gerichts durch eine Deliberation darüber, ob die Einwendungen eines Richters ungerecht, aus persönlichen Interessen hervorgegangen seien oder nicht, afficirt werden solle. — Vor der Entscheidung über das Recusationsgesuch muss die Staatsanwaltschaft mit ihrer gutachtlichen Aeussderung gehört werden ⁶⁾, denn sie hat die Pflicht, darüber zu wachen, dass die Recusationsfrage mit dem nöthigen Ernst und mit Gründlichkeit erwogen und die durch das Gesetz den Parteien ertheilte Rechtswohlthat nicht durch ein entgegenge-

1) Ct. 195. 667. 668. Ycr. Ip. Cya.

2) Ct. 671 ibid.

3) Ct. 671 ibid.

4) Ct. 199. 672 ibid.

5) Ct. 672 ibid.

6) Ct. 199. 672 ibid.

setztes Verfahren fraglich werde. Mit ebenso viel Genauigkeit hat die Staatsanwaltschaft andererseits auch darauf zu achten, dass die durch das Gesetz für die Recusation festgesetzten Gründe auch factisch vorhanden sind. Das Recusationsgesuch beruht auf der Annahme der Partei, ein Richter werde wegen vorliegender Verhältnisse nicht im Stande sein, eine Sache gerecht zu entscheiden. Dagegen, dass diese dem Richter zu nahe tretende Präsomption nicht frivoler Weise verlautbart, dass der Richter aus nicht haltbaren Gründen seiner ihm gesetzlich anvertrauten Functionen enthoben werde, hat die Staatsanwaltschaft zu wirken, wenn auch nur dadurch, dass sie ihre Meinung und deren Gründe auseinandersetzt. Darum ist in der Civilprocessordnung hervorgehoben, dass sowohl in den allgemeinen Gerichten, als auch in den friedensrichterlichen Plenarsitzungen die Entscheidung über Recusation nicht ohne Anhörung des Staatsanwalts getroffen werden dürfe. Eine Lücke unserer Gesetzgebung glauben wir darin entdecken zu dürfen, dass der Fall nicht vorgesehen ist, wenn vor dem Friedensrichter das Gesuch um Recusation erhoben worden und er es für gut befunden, es nicht zu berücksichtigen. In diesem Fall soll der Staatsanwalt nicht zur Thätigkeit kommen. Wir müssen, wenn von dem Friedensrichter das Recusationsgesuch seitens einer Partei nicht berücksichtigt wurde, zwei verschiedene Möglichkeiten der Betrachtung unterziehen. Entweder haben die friedensrichterlichen Plenarsitzungen zur Zeit begonnen oder werden in den nächsten acht Tagen beginnen, oder aber es steht ihr Beginn für spätere Zeit in Aussicht. — Im ersten Fall sistirt der Friedensrichter die Sache, unterbreitet sie dem Plenum und dieses entscheidet, ob er mit seiner Verwerfung der Recusation Recht gehabt oder nicht, d. h. ob er die Entscheidung zu treffen habe. Im zweiten Fall übergibt er die streitige Rechtssache, in der er recusirt wurde, einem anderen Friedensrichter, den Streit

über die Recusation aber übergibt er der Entscheidung der nächsten Plenarsitzung⁷⁾. Hier ist der Zweck derselben nicht wie oben, wer in der Hauptsache Richter sein soll (da sie ja schon rechtskräftig durch den Anderen entschieden worden), sondern es soll durch das Plenum festgesetzt werden, ob die Gründe des Gesuchs oder die der Verweigerung durch den Friedensrichter die rechtmässigen sind und als die gesetzlichen angesehen werden sollen. Diese Entscheidung hat für den vorliegenden oder, besser gesagt, vorgelegenen Fall gar keinen praktischen Werth, da ein anderer Friedensrichter ihn schon entschieden hat. Der Werth derselben bezieht sich auf die Zukunft; dem Friedensrichter soll auf diese Weise eine Richtschnur für künftige, ähnliche Fälle zur Hand gegeben werden. Der Partei soll (falls ihre Gründe für falsch erachtet wurden) eine Warnung ertheilt werden, in Zukunft ihr Recusationsgesuch nicht grundlos zu stellen und dadurch den gerichtlichen Weg zu compliciren. Die Entscheidung aber geschieht durch ein Collegium, welches nicht aus Juristen besteht oder jedenfalls nicht zu bestehen braucht. Um so mehr müssen wir darauf beharren, dass hier eine Meinungsäusserung des Staatsanwalts stattfinden müsse, welcher, als Organ des Gesetzes und Vertreter des genaueren Sinnes der bestehenden Bestimmungen (представитель точного разума действующих узаконений), wol im Stande sein dürfte, passende Erläuterungen und Anweisungen vor der Entscheidung dem Plenum zu geben. Das Gesetz verlangt es nicht, wir hoffen aber durch unsere Auseinandersetzung gezeigt zu haben, dass in dieser Beziehung in der That eine Lücke in unserem, sonst gewiss sehr zweckentsprechenden Civilprocesse zu finden ist.

Bevor wir weiter gehen, sei es uns gestattet, einen vielleicht auffallenden, von uns oben gebrauchten Ausdruck zu

7) Ст. 198. Учр. Гр. Суд.

rechtfertigen. Wir sagten oben, die Entscheidung des Plenums sei dem Friedensrichter Richtschnur, der Partei eine Warnung. Dass nur eine Warnung darin liegen solle, scheint im Vergleich mit dem französischen Recht, wo nach dem Art. 390 des Code de proc. civ. eine bestimmte Geldstrafe, nicht weniger als 100 Fr., für den Fall ungerechtfertigter Recusationsgesuche, und ferner im Vergleich mit dem Project zu unserer Processordnung, wo analog Strafgeelder (судебный штраф) von 10—100 Rbl. in Vorschlag gebracht worden⁸⁾, scheint, meinen wir, allerdings eine auffällige Milde gegen den, unnützer und gesetzwidriger Weise Recusirenden zu sein. In der Schlussredaction unserer Processordnung liess man jedoch die ursprünglich proponirten Strafen aus Gründen, welche nicht hierher gehören, fallen und begnügte sich mit der, durch den abschlägigen Bescheid ertheilten Warnung, welche ohne den Hintergrund irgend eines positiven Nachtheils wol nicht genügenden Schutz vor unnützen Recusationsgesuchen bieten kann. Schliesslich noch eine kurze Bemerkung. Für die allgemeinen Gerichte ist festgesetzt, die Entscheidung über Recusation habe in geheimer Sitzung stattzufinden⁹⁾; für die Friedensgerichte fehlt diese Bestimmung¹⁰⁾. Da wir keinen Grund zu einer solchen Unterscheidung finden können, glauben wir in diesem Fehlen nur einen Fehler der Redaction erblicken zu müssen, nicht aber eine besondere Intention des Gesetzgebers.

Resumiren wir kurz, so finden wir, dass die Thätigkeit des Staatsanwalts bei der Recusation sich auf die Abgabe seiner gutachtlichen Aeusserung beschränkt.

8) Судебные Уставы изд. госуд. канц. 1867. Часть I. p. 314.

9) Ст. 672. Уст. Гр. Суд.

10) Ст. 199 ibid.

§ 4. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in den Fällen, wo eine Urkunde als falsch oder gefälscht angegriffen wird und wo Umstände im Civilverfahren an's Licht kommen, die von einem Criminalgericht zu beurtheilen sind.

Falls im Civilverfahren sich eine Handlung als gesetzwidrig erzieht, so ist die Achtsamkeit des Staatsanwalts besonders nothwendig, denn leicht kann sich die Gesetzwidrigkeit als eine solche erweisen, welche das öffentliche Interesse tangirt und daher sein Einschreiten gegen den etwaigen Verbrecher nothwendig macht.

Hier sind die Befugnisse des Staatsanwalts doppelter Art: erstens bestehen sie in der Abgabe einer gutachtlichen Aeusserung in der Streitsache, wo solche gesetzwidrige Handlungen zur Sprache kommen, sodann aber auch in der Initiative zur Strafverfolgung gegen den Schuldigen. — Zwei Gruppen von verbrecherischen Handlungen haben wir hauptsächlich in's Auge zu fassen: die erste umfasst die speciell im Gesetz hervorgehobenen Fälle, welche allerdings durch das häufige Vorkommen eine solche Hervorhebung erforderten, nämlich wo eine Urkunde im Civilverfahren als falsch oder gefälscht angegriffen wird.

Die zweite Gruppe begreift alle die Fälle, wo irgend welche andere auf ein Verbrechen deutende Umstände im Civilverfahren offenbar werden. Hier hat der Staatsanwalt sofort die Uebergabe des Schuldigen an die competente Criminalbehörde zu veranstalten. Bei der ersten Gruppe hingegen wird die Sache dem Staatsanwalt nur dann sofort übergeben, wenn eine Person direct eine andere der Fälschung beschuldigt, sonst unterliegt das Object, die Urkunde nämlich, zunächst einer Beprüfung durch das Civilgericht, wie wir das genauer weiter unten zu erörtern gedenken.

Im Civilverfahren kann eine gesetzwidrige Handlung vom Gericht selbst oder von einer Partei zur Sprache gebracht werden. In beiden Fällen ist das Gericht verpflichtet, die Staatsanwaltschaft zur Abgabe ihrer gutachtlichen Aeusserung aufzufordern ¹⁾. Hat das Gericht dieser Pflicht nicht genügt, so liegt darin ein Cassationsgrund. Das ist in der Civilprocessordnung freilich nicht direct bestimmt, scheint uns aber dennoch kaum einem Zweifel unterliegen zu können. Wir haben schon in einem früheren Abschnitt darauf hingewiesen, dass aus den Regeln über das Cassationsverfahren hervorgehe: ein Nichtigkeitsgrund liege schon darin, wenn eine Verletzung der wesentlichen Vorschriften und Förmlichkeiten des Verfahrens nachweisbar und wenn strict gegen den Sinn des Gesetzes gehandelt worden.

Im vorliegenden Fall scheint uns die Abgabe der Meinung seitens des Staatsanwalts auf einer wesentlichen Vorschrift des Gesetzes zu beruhen, wie es auch offenbar eine Verletzung des stricten Sinnes des Gesetzes ist, wenn er nicht aufgefordert worden, sie abzugeben. Somit würde ein Cassationsgrund vorliegen.

Ausserdem stützen wir uns auf ein Urtheil des Cassationshofes vom 26. October ²⁾, welches ganz in unserem Sinne ein Urtheil eines friedensrichterlichen Plenums aus dem Grunde cassirte, weil der Staatsanwaltssubstitut nicht vom Gericht um Abgabe seiner Meinung ersucht worden war, obwol eine Partei die Criminalverantwortlichkeit der anderen behauptet hatte.

Durch dieselbe Entscheidung wurde auch ein Fehler in der Civilprocessordnung beseitigt, da die Cassationshofentscheidungen Gesetzeskraft haben. Der Fehler bestand darin, dass in

dem Paragraphen, welcher alle die Fälle aufzählt, in denen der Staatsanwaltssubstitut seine Anträge vor dem friedensrichterlichen Plenum zu stellen verpflichtet ist, der Fall unerwähnt geblieben, wenn sich eine gesetzwidrige, crimineller Beahndung unterliegende Handlung seitens einer der vor Gericht stehenden Personen daselbst ergibt ³⁾.

Wir glauben den Grund angeben zu können, wodurch sich dieser Fehler in unsere Processordnung eingeschlichen hat.

Der Art. 343 nämlich zählt sämtliche Fälle auf, in denen der Staatsanwalt seine *заключение* zu stellen hat, und sub pct. 5 wird der Fall, wo eine Handlung sich als criminell ergibt, mit demjenigen, wo eine Urkunde als falsch oder gefälscht angegriffen wird, in unmittelbarer Verbindung zusammen angeführt.

Wo nun eine Urkunde in gedachter Weise angegriffen wird, beschränken sich die Befugnisse des Friedensrichters oder des Präsidenten des Plenums lediglich darauf, die angegriffene Partei zur Zurücknahme der zweifelhaften oder verdächtigten Urkunde aufzufordern, die angreifende aber zu warnen und zwar durch die Mittheilung, dass Strafe sie treffen würde, wenn sich bei weiterer Verfolgung der Sache die Urkunde als richtig erwiese. Erweist sich diese Warnung als fruchtlos und beharrt die eine Partei auf ihrer verdächtigenden Behauptung, so muss dem Staatsanwalt des Bezirksgerichts die Mittheilung davon gemacht werden. Dem Präsidenten des Plenums liegt die Prüfung der Urkunde an sich nicht ob, daher hat, und das ist hier das Wichtige, die Staatsanwaltschaft keine Meinungsabgabe zu veranstalten, wie sie im Bezirksgericht allerdings nothwendig ist, wo die Urkunde selbst einer Prüfung unterzogen wird.

Es ist also bei einem Theil des Punctes 5 die Meinungsabgabe der Staatsanwaltschaft nicht erforderlich. Daraus scheint

1) Ст. 343 p. 5. Уст. Гр. Суд.

2) Рѣш. Гражд. Кассацион. Департ. 1867. No. 374.

3) Ст. 179. Уст. Гр. Суд

man den irrigen Schluss gezogen zu haben, dass sie beim andern Theil auch nicht nothwendig sei.

Der Cassationshof hat, gestützt auf Art. 343 pct. 5, jene oben angeführte Entscheidung getroffen und dadurch alle friedensrichterlichen Plena für die Zukunft verpflichtet, in Fällen, wo criminelle Umstände ersichtlich werden, die Meinung des Staatsanwaltssubstituts vor dem Urtheil anzuhören.

Ergiebt sich im Civilverfahren die Gesetzwidrigkeit einer Handlung, so wird das Verfahren sistirt und das zwar, wenn die Entscheidung des vorliegenden Streites von der Beprüfung der criminellen Umstände abhängt; ist letzteres nicht der Fall, so wird es fortgesetzt ⁴⁾. Das Gericht hat aber in beiden Fällen dem Staatsanwalt die Mittheilung zu machen, denn von sich aus hat es nicht das Recht, den Schuldigen direct der competenten Behörde, also je nach der Schwere des vorliegenden Verbrechens oder Vergehens, dem Friedens- oder Untersuchungsrichter zu übergeben. Dazu ist die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft erforderlich, welche durch die erwähnte Mittheilung hervorgerufen wird ⁵⁾. Wollte das Gericht den Staatsanwalt übergehen, so würde dieser Fehler Nichtigkeit nach sich ziehen ⁶⁾.

Fand eine Actenmittheilung an den Staatsanwalt aus andern, im Gesetz bestimmten Gründen, z. B. in Kronssachen, in Sachen der Minderjährigen, statt, oder war ein Glied der Staatsanwaltschaft bei einem Civilverfahren zugegen, ohne dass seine Anwesenheit vom Gesetz gerade erfordert wurde, so kann er, wenn er glaubt, dass eine gesetzwidrige Handlung vorliege, den Antrag stellen, das Verfahren solle sistirt werden. Diese Möglichkeit hat er, wie das in der Natur der Sache liegt, nur in den Fällen, wenn weder eine Partei, noch auch das Gericht ex

4) Ст. 8. Уст. Гр. Суд.

5) ibid.

6) Рѣш. Гражд. Кассат. Департ. 1867. No. 374.

officio den Antrag gestellt hat. Erscheint ihm die Sistirung des Civilprocesses nicht nothwendig, oder wird sein Antrag vom Gericht nicht acceptirt, so hat er immer noch, wo er es für nöthig hält, die Sache nicht auf sich beruhen zu lassen, die Initiative der Criminalverfolgung.

Zu den wichtigsten Beweismitteln im Civilverfahren gehört die Urkunde, der todte und doch so beredte Zeuge menschlicher Willensäußerung. Dass sie gerade wegen ihrer Wichtigkeit, mit Recht oder missbräuchlich, oft angegriffen wird, liegt auf der Hand. Der Angriff kann mit der persönlichen Beschuldigung eines Falschums verknüpft sein oder nicht.

Das letztere wird vorzugsweise der Fall sein, wenn der angreifenden Partei der Thäter unbekannt ist, oder wenn es ihr nur auf schnelle Beendigung des Civilverfahrens ankommt, weil die Bezeichnung der verdächtigen Person eine Sistirung des Civilverfahrens zur Folge hat.

Urkunden können in jedem Stadium des Processes und sowohl in allgemeinen, als Friedensgerichten angegriffen werden, nur hat das Gesetz den letzteren die Befugniss entzogen, von sich aus über den Grund oder Ungrund der angreifenden Behauptung zu entscheiden, und hat sie dem Bezirksgericht übertragen.

Findet der Angriff gegen die Urkunde im Bezirksgericht selbst statt, so ist sie Incidentsache und wird als solche entschieden. Selbstständige Hauptsache ist der Angriff gegen Urkunden jedoch dann, wenn die Frage wegen Fälschung vom Friedensgericht durch den Staatsanwalt an's Bezirksgericht gelangt. Beweis für die Richtigkeit dieser Meinung ist der Umstand, dass Beschwerden gegen Bescheide des Bezirksgerichts wegen Incidentsachen nur mit Appellation vorgebracht werden können, getrennte Beschwerden aber nur ausnahmsweise gestattet werden und dass unter den festgesetzten Ausnahmen der

genannte Fall nicht verzeichnet steht ⁷⁾. Es wäre also, wenn der aus dem Friedensgericht stammende Urkundenstreit wirklich, was wir für falsch erklären, Incident und nicht Hauptsache ist, den Parteien das Recht factisch benommen, Beschwerde gegen die Verfügung des Bezirksgerichts einzulegen. Hierin müssten wir aber ein Nonsens sehen.

Schliesst man sich unserer Auffassung an, so ist in der Appellation das nöthige Rechtsmittel hinlänglich gesichert. Aus dem Angeführten geht hervor, dass die Verfügungen des Bezirksgerichts über den, vom Friedensgericht an dasselbe gelangten Urkundenstreit in der Form eines Erkenntnisses, nicht aber als Bescheid zu erlassen seien.

In diesem Sinne hat auch die Moscau'sche Gerichtspalate einen Bescheid des dortigen Bezirksgerichts annullirt und ihm anbefohlen, seine Entscheidung nicht als Bescheid (определение), sondern als Erkenntniss (постановление) zu treffen ⁸⁾.

Wie wir Gelegenheit hatten zu bemerken, geschieht der Angriff gegen eine Urkunde ohne oder mit Angabe eines Falsators. Findet letzteres statt, so hat der Staatsanwalt die Anregung der Criminalverfolgung ⁹⁾. Hier ändert sich mit einem Schlage seine Stellung. Aus der Nebenpartei im Civilverfahren wird er zur Hauptpartei im Criminalverfahren und greift in eine Sphäre über, mit der wir uns hier nicht zu beschäftigen haben. Das Gericht hat hierbei mit der Recognition der Urkunde, ob sie falsch oder gefälscht, nichts zu thun, dagegen hat es im ersten Falle, wo keine verdächtige Person bezeichnet worden, die Beweisaufnahme über die Urkunde, die Anhörung der Parteien und die Erlassung eines Bescheides vorzunehmen, welcher entweder die Urkunde aus den Beweismitteln beseitigt oder sie

7) Ст. 783. Уст. Гр. Суд.

8) Судебный Вестникъ 1868. No. 23.

9) Ст. 563. Уст. Гр. Суд.

für richtig anerkennt ¹⁰⁾. Vor diesem Bescheide muss die gutachtliche Aeusserung des Staatsanwalts gehört werden, was schon dadurch nothwendig wird, dass die Thätigkeit des Staatsanwalts, wenn durch den zu erlassenden Bescheid die Urkunde als falsch oder gefälscht gekennzeichnet wird, unmittelbar einzugreifen hat ¹¹⁾, denn es handelt sich um Existenz oder Nichtexistenz eines Verbrechens, und schliesslich kommt noch hinzu, dass falls der Angriff auf die Urkunde als unbegründet erfunden wurde, der Angreifer einer Geldbusse unterliegt, worüber doch jedenfalls der Staatsanwalt gehört werden muss ¹²⁾. Das Civilgericht entscheidet über die Urkunde, nicht über die Person des etwaigen Fälschers. Es competiren also vor dasselbe:

- 1) die Fälle des Urkundenstreits, wo keine verdächtige Person bezeichnet wurde,
- 2) wo die Bezeichnung allerdings Statt gehabt, aber die verbrecherische Handlung bereits verjährt ist,
- 3) wenn der Verdächtige gestorben ist,
- 4) wenn allerdings eine bestimmte Verdächtigung stattgefunden hatte, der Betreffende aber bereits freigesprochen worden, ohne dass die Urkunde dabei vom Criminalgericht geprüft worden war. Hier kann die Urkunde auf Verlangen einer Partei einer nachträglichen Beprüfung durch das Civilgericht unterzogen werden.

In all' diesen Fällen hat der Staatsanwalt seine gutachtliche Aeusserung abzugeben.

Dem Criminalgericht wird der Urkundenstreit wegen Fälschung vom Civilverfahren her übergeben:

- 1) wenn die verdächtige Person direct bezeichnet worden und

10) Ст. 561. Уст. Гр. Суд.

11) Ст. 563 ibid.

12) Ст. 562 ibid.

2) wenn das Civilgericht die Urkunde als falsch oder gefälscht anerkannt hat.

In diesen Fällen kommt zu der gutachtlichen Aeusserung des Staatsanwalts noch einerseits die Strafverfolgung, andererseits die Anregung zur Ermittlung des Schuldigen hinzu.

Schliesslich möge es uns gestattet sein, einen hieher gehörigen Artikel einer näheren Erörterung zu unterziehen, welcher vielfach sowohl in practischen Erörterungen, als auch in der Literatur Anlass zu Divergenzen gegeben hat. Wir meinen den Art. 110 der Friedensgerichtsinstitutionen, welcher folgender Massen lautet:

„Wenn schriftliche, auf die Entscheidung der Sache wesentlich einwirkende Urkunden für gefälscht erklärt werden, so fordert der Friedensrichter die Partei, welche diese Urkunden vorgebracht hat, zuvor auf, sie zurückzuziehen; geht sie darauf nicht ein, so belehrt er den Angeber über die wichtigen Folgen, welchen er sich unterzieht, wenn er die Fälschung nicht beweist; besteht die Partei aber auf dem Beweise der Verfälschung, so lässt der Friedensrichter die weitere Verhandlung ruhen und sendet die für falsch erklärten Urkunden dem Staatsanwalte des örtlichen Bezirksgerichts, damit die Frage über Fälschung der Beurtheilung des Gerichts nach vorgeschriebener Ordnung vorgelegt werde.“

Wir werden diesen Artikel einer Analyse durch Beantwortung aus ihm gezogener Fragen unterziehen und dabei Entscheidungen des Cassationshofes und anderer Gerichte, und in der Literatur zu Tage getretene Meinungen berücksichtigen. Zunächst müssen wir von vornherein die Behauptung aufstellen, dass trotzdem das Gesetz scheinbar gar keinen Unterschied zwischen Anfechtung der Urkunde mit directer Angabe der verdächtigen Person und einer Anfechtung ohne die Bezeichnung einer bestimmten Person macht, diese Unterscheidung dennoch gezogen und festgehalten werden muss.

Der Beweis für diese Behauptung wird, so hoffen wir, aus Nachstehendem sich ergeben.

Gehen wir zur genaueren Betrachtung der Frage über, so ergiebt sich aus dem ersten Theil folgende, im Artikel selbst nicht gelöste Frage:

1) Ist der Friedensrichter befugt, wenn vor ihm im Civilverfahren eine zur Entscheidung nicht wesentliche Urkunde, mit directer Denunciation der verdächtigen Person, als gefälscht angefochten wird, die Verfolgung der Fälschungssache ruhen zu lassen?

Der Artikel selbst spricht nur von wesentlichen Urkunden. Wir müssen die Frage mit einem rückhaltslosen „Nein“ beantworten und leiten die Begründung aus dem Zweck der Uebergabe der angegriffenen Urkunde an den Staatsanwalt ab, welcher ein ganz verschiedener ist, je nachdem die Denunciation einer bestimmten Person vorliegt oder nicht. Im ersten Fall soll das Einwirken des Staatsanwalts ein Strafverfahren gegen den Angeschuldigten hervorrufen. Es liegt die Angabe eines schweren Verbrechens vor, die, ob berechtigt oder nicht, jedenfalls das öffentliche Interesse engagirt. Ist die denuncierte Person schuldig, so fordert dasselbe, dass sie der rechtmässigen Strafe unterzogen werde; ist sie unschuldig, so muss sie befreit werden von dem Makel, der durch die Anschuldigung eines entehrenden Verbrechens auf ihrer Ehre ruht.

Ganz anders stellt sich die Sache im zweiten Fall, wo die Urkunde als falsch oder gefälscht angegeben wird ohne Angabe eines bestimmten Thäters. Hier geschieht die Mittheilung an den Staatsanwalt und seinerseits die Uebermittlung der Sache an das Gericht zur Beprüfung nach den festgesetzten Regeln nicht mit dem Zweck einer criminellen Untersuchung (was schon daraus deutlich wird, dass die gefälschte oder für falsch angegebene Urkunde der Civilabtheilung des Bezirksgerichts

übergeben wird), — sondern sie geschieht zum Zweck der Sicherstellung oder Wegschaffung eines Beweismittels im Civilverfahren selbst. Wird sie vom Bezirksgericht als falsch anerkannt, so hat das nur die Bedeutung, dass sie fernerhin nicht Beweiskraft hat. Ist nun die als gefälscht oder falsch angegriffene Urkunde, deren Fälscher unbezeichnet geblieben, zur Entscheidung des Civilstreits unwesentlich, so braucht es ja gar keiner Beweisaufnahme durch das Civilbezirksgericht, weil diese in diesem Fall ein ganz sinnloser Müheaufwand wäre. Man kann ja nicht annehmen, dass die Civilabtheilung des Bezirksgerichts sich nur zu ihrem Amüsement mit der Entscheidung der Frage abmühen wird, ob irgend ein vergilbter, gänzlich unwesentlicher Schuldschein falsch oder richtig ist.

Es scheint uns klar zu sein, dass der Staatsanwalt durch eine Mittheilung hier überflüssig bemüht würde, eine Partei habe irgend ein unwesentliches Papier vor dem Friedensrichter als falsch angegeben, ohne die verdächtige Person zu bezeichnen. Hierüber schweigt leider die Literatur und die einzige Entscheidung des Cassationshofes, die uns zugänglich geworden, bezieht sich nicht direct auf den hier vorliegenden Gegenstand. Das Cassationsgesuch focht nämlich ein Urtheil eines friedensrichterlichen Plenums an, weil dasselbe, trotz der Angabe einer Partei, die Frage nach Fälschung nicht angeregt hatte. Die Entscheidung verwarf das Gesuch, weil die betreffenden Documente zur Entscheidung des Civilstreits unwesentlich waren. Ob die Person des Thäters von der Partei direct angegeben worden oder nicht, darüber fehlt leider die Mittheilung. Aus der angeführten Entscheidung des Cassationshofes können wir insofern wenig lernen, weil sie nur eine Bestätigung des Wortlauts des Art. 110 enthält, unsere Frage aber eine noch offene Stelle des Gesetzes auszufüllen sucht. Das scheint uns aber jedenfalls klar zu sein, dass jene Entscheidung

nicht gegen unsere verneinende Antwort wird angeführt werden können ¹³⁾.

Bei weiterer Betrachtung des Art. 110 kommen wir zur ferneren Frage:

2) Ist der Friedensrichter oder das friedensrichterliche Plenum befugt, falls eine Urkunde (ob sie wesentlich oder unwesentlich zur Entscheidung des Streits ist, bleibt für diese Frage gleichgültig) von einer Partei als falsch oder gefälscht angefochten wird, die andere Partei aufzufordern, die verdächtige Urkunde zurückzuziehen?

Gesetzt den Fall, er hat diese Befugniss, darf er, wenn die betreffende Partei die als falsch oder gefälscht angegebene Urkunde auf seine Aufforderung hin zurückgezogen, die Fälschungssache auf sich beruhen lassen, ohne irgend welche Mittheilung an den Staatsanwalt zu machen?

Beides müssen wir wiederum verneinen. Der Art. 110 kann nur auf den Fall bezogen werden, wenn eine Urkunde ohne Angabe eines Schuldigen angefochten ist, wo der Zweck der Anfechtung evident der ist, eine Urkunde aus den Beweismitteln zu eliminiren. Zieht die Partei, welche die Anfechtung erhoben hat, dieselbe zurück, so zeigt sie damit, dass sie die Absicht aufgegeben hat, gegen ein Beweismittel zu streiten, dass sie es für richtig anerkennen muss. Da liegt wol gar kein Grund dafür vor, dass der Friedensrichter die Frage über Fälschung anregt. Das entspricht auch vollkommen dem Art. 558 der C.P.O. Ganz anders verhält es sich auch hier, sobald eine bestimmte Person bezüchtigt wird. Da hat der Friedensrichter weder Recht noch Pflicht die betreffende Partei dazu aufzufordern, die verdächtige Urkunde zurückzuziehen, noch könnte auch eine freiwillige Zurückziehung einer solchen den Friedensrichter

13) Рѣш. Гражд. Кассан. Департ. 1867. No. 32.

veranlassen, von der Mittheilung an den Staatsanwalt abzustehen. Diese letztere ist hier sicher erforderlich, das ist zwar nicht ausdrücklich durch das Gesetz bestimmt, doch haben wir ja schon früher hervorgehoben, dass der Friedensrichter in zweifelhaften Fällen sich an die Bestimmungen für die allgemeinen Gerichte zu halten habe ¹⁴⁾. So muss denn hier der Art. 563 der C.P.O. aushülflich eintreten. Dieser setzt fest, dass wenn eine bestimmte Person der Fälschung bezüchtigt wird, das Gericht die Fälschungssache dem Staatsanwalt zu übergeben habe.

Der Friedensrichter ist also bei directer Beschuldigung einer bestimmten Person nicht befugt, die andere Partei zur Zurückziehung der verdächtigen Urkunde aufzufordern, und hat auch bei freiwilliger Zurücknahme dem Staatsanwalt Mittheilung zu machen. Unsere Ansicht wird noch bestärkt durch ein Cassationsvotum ¹⁵⁾, sie ist also sogar mit Gesetzeskraft ausgerüstet.

Wir kommen nun zur dritten Frage:

3) Ist derjenige, welcher eine Urkunde als falsch oder gefälscht im Civilverfahren bezeichnet und eine bestimmte Person der Fälschung bezüchtigt, berechtigt, diese Anzeige zurückzunehmen, und hat der Friedensrichter nach einer solchen Zurücknahme das Recht, die Sache nicht dem Staatsanwalt zu übergeben?

Nach unserer Ansicht ist eine derartige Zurücknahme gänzlich wirkungslos. Es handelt sich ja hier nicht um ein Antragsverbrechen im eigentlichen Sinn, wo der Kläger zu jeder Zeit zurücktreten kann, es handelt sich um ein schweres, hart zu bestrafendes Verbrechen, welches zu verfolgen die Officialmaxime unserer Strafrechtspflege erfordert, gänzlich unabhängig von

14) Ст. 80. Уст. Гр. Суд.

15) Раш. Угол. Кассат. Департ. 1867. No. 405.

der Willkür irgend welcher Privatpersonen. Hat eine Anzeige der Fälschung mit Benennung der Person stattgefunden, so muss eine Strafverfolgung beginnen, welche nur durch das Gericht selbst sistirt werden kann, sobald sich nämlich die Unschuld des Beschuldigten herausstellt.

Die Bestimmung, dass der Friedensrichter der anfechtenden Partei die wichtigen Folgen einer solchen Anzeige, falls sie nicht bewiesen wird, zu erklären und mitzutheilen habe, findet sich (in analoger Umwandlung natürlich) in den Regeln für die allgemeinen Gerichte nicht. Dass sie für die Friedensgerichte besonders erlassen worden, beruht wol darauf, dass hier meist Bagatellsachen zur Verhandlung kommen, die ohne Rechtsbeistand geführt zu werden pflegen. Da ist es denn nur zu natürlich, dass die Parteien sich über den Begriff und die Bedeutung der Fälschung garnicht klar sind, dass sie leichtsinnig oder irrtümlich behaupten und schliesslich zu einer Geldstrafe verurtheilt werden können, die den Gegenstand des ursprünglichen Streits weit übersteigt. Eine Rechtsbelehrung durch den Friedensrichter ist daher von grossem Nutzen. Nachdem sie ertheilt worden, ist anzunehmen, dass, wenn Jemand auf der Anzeige beharrt, er auch im Stande sein werde, sie zu begründen. Dadurch werden auch die Bezirksgerichte vor einer weitschweifigen Beurtheilung nicht hinreichend begründeter Fälschungsangelegenheiten sicher gestellt.

Alle diese Gründe für den Nutzen der Warnung durch den Friedensrichter fallen selbstverständlich weg, sobald die Angabe eines Schuldigen nicht gemacht, sondern eine Urkunde nur allgemein als falsch oder gefälscht bezeichnet wurde, ein Fall, der in der Praxis wol am häufigsten vorkommt.

Noch eine Frage bleibt uns zu entscheiden:

4) Worin bestehen die Befugnisse des Staatsanwalts, nachdem er durch den Friedensrichter die Anzeige erhalten

hat, dass eine Urkunde als falsch oder gefälscht angefochten worden?

Auch hier müssen wir unterscheiden, ob eine bestimmte Person beschuldigt worden oder nicht.

Wurde keine bestimmte Person beschuldigt, so hat der Staatsanwalt, nachdem er die Anzeige und die bezüglichen Urkunden von dem Friedensrichter erhalten hat, letztere dem Bezirksgericht zu übermitteln, welches sie in seiner Civilabtheilung nach den festgesetzten Regeln über das Verfahren im Streit wegen Urkundenfälschung zu behandeln hat, nur mit dem Unterschiede, dass hier die anfechtende Partei sofort Beweise für die Richtigkeit ihrer Behauptung beizubringen hat. Nach der Beprüfung übergibt das Bezirkscivilgericht entweder, nachdem es die Urkunden für falsch oder gefälscht erkannt, die Sache dem Staatsanwalt zu Ermittlung des Schuldigen, oder es erkennt die Urkunde für richtig an, worauf der Anfechter zu Strafe verurtheilt und die ursprüngliche Streitsache dem Friedensrichter zur Entscheidung überlassen wird, wodurch also die früher stattgehabte Sistirung aufgehoben wird¹⁶⁾.

Im anderen Falle, wo eine bestimmte Person als schuldig bezeichnet worden, hat der Staatsanwalt nach durch den Friedensrichter erhaltener Mittheilung nicht weiter dem Bezirkscivilgericht die Urkunden zur Beprüfung vorzulegen, denn hier wird nicht die Urkunde als Beweismittel in erster Linie angegriffen, sondern eine bestimmte Person als Verbrecher gekennzeichnet, wie vorhin erwähnt wurde; er hat hier direct die Strafverfolgung gegen den Beschuldigten zu beantragen.

Diese unserer Ansicht nach allein aus dem wirklichen Sinn des Gesetzes resultirende Meinung wurde schon längst in den Leitartikeln der Gerichtszeitung treffend und ausführlich präci-

16) cf. Судебный Вестникъ No. 100 und 284.

sirt¹⁷⁾. In Bezug auf die Praxis ist zu erwähnen, dass unsere Ansicht durch eine Verfügung der allgemeinen Versammlung des Tulaschen Bezirksgerichts unterstützt wird¹⁸⁾. Länger bei dieser Frage, die nach Theorie und Praxis hinreichend beantwortet erscheint, zu verweilen, liegt nicht in den Gränzen unserer Schrift, doch dürfte es nicht ohne Interesse sein in aller Kürze zwei entgegengesetzte Meinungen anzuführen:

1) Das Moscau'sche Bezirksgericht hält es für richtig, alle ihr vom Staatsanwalt übergebenen und vor dem Friedensgericht als falsch oder gefälscht, ohne directe Angabe des Schuldigen, angegriffenen Urkunden sofort der Criminalabtheilung zu übergeben. Die Criminalabtheilung, an die durch den Präsidenten die Urkunden gelangt sind, kann ihrerseits natürlich nichts thun, als sie unterschiedslos dem Staatsanwalt zur Strafverfolgung zu überantworten.

Sowol die Staatsanwaltschaft des Bezirksgerichts und der Palate, als auch die Moscau'sche Palate selbst sind entgegengesetzter Meinung. Das ersehen wir aus zwei Entscheidungen der letzteren, welche, auf Grundlage eines staatsanwaltlichen Protestes gefällt, dem Bezirksgericht anbefahlen, den rechtmässigen Weg einzuschlagen, d. h. die Urkunden erst der Civilabtheilung vorzulegen und sie darauf nach der Sachlage entweder als falsch oder gefälscht, oder als richtig und ächt anzuerkennen¹⁹⁾. Im ersten Falle wären sie dem Staatsanwalt zur Strafverfolgung zu übergeben, im zweiten dem Friedensrichter, damit er sie bei der Aburtheilung des sistirten Streits benutze.

Die von der Gerichtspalate angeführten Gründe brauchen wir nicht näher zu erörtern; sie culminiren in der Ausführung, dass die Worte am Ende des Art. 100: „damit die Frage über

17) C. B. 1866 No. 80. 1867 No. 34. 134; 1868 No. 38.

18) C. B. 1867 No. 125.

19) Судебный Вестникъ 1867 No. 19. Юридическая Газета 1867 No. 15.

Fälschung dem Gerichte nach vorgeschriebener Ordnung vorgelegt werde," dahin zu verstehen seien, das Verfahren in diesem Sinne sei vollkommen gleich demjenigen, welches eingeschlagen werden müsse, wenn die Frage über Urkundenfälschung ursprünglich im Bezirksgericht selbst zur Sprache gekommen wäre, denn wie ein Artikel der Gerichtszeitung sehr richtig ausführt, ist der Umstand, dass die Beprüfung der Urkunde dem Friedensgericht entzogen ist, noch lange kein Grund dafür, im Bezirksgericht ein ganz neues, im Gesetz nirgends vorgesehenes Verfahren einzuschlagen oder irgend welche unmotivirte Abänderungen einzuführen²⁰⁾. Es giebt nun eben im ganzen C. P. kein anderes Verfahren über Prüfung angegriffener Urkunden, als das von uns vorher bezeichnete. Selbst wenn von vornherein im Criminalverfahren die Fälschungsfrage vorkommt, hat dasselbe Platz zu greifen, ein Umstand, der sicher auch für unsere Ansicht spricht.

Die beiden uns bekannt gewordenen Entscheidungen des Moscau'schen Bezirksgerichts beziehen sich nur auf den Fall, wo eine stricte Angabe des Falsators nicht stattgefunden hatte. Wir wissen daher nicht, welchen Weg es dann eingeschlagen hätte, wenn diese Angabe vorgelegen. Die Frage ist erhoben worden, ob der Staatsanwalt dann sofort die Strafverfolgung einzuleiten, oder ob er die Urkunden zuerst dem Bezirksgericht einzuhandigen habe. Wir entscheiden uns selbstverständlich für die erste Behauptung. Die zweite involvirt nämlich offenbar die unwürdige Zumuthung eines Fangballspiels mit den angegriffenen Papieren zwischen Gericht und Staatsanwalt, welches ausserdem zeitraubend und überflüssig wäre. Der Staatsanwalt müsste nämlich die Papiere dem Präsidenten des Bezirksgerichts übermitteln, dieser sie an die Civilabtheilung des-

selben schicken, die Civilabtheilung des Bezirksgerichts jedoch kann sie laut Art. 563 nicht behalten, sondern muss sie dem Staatsanwalt, von dem sie ausgegangen waren, wieder zur Anregung der Strafverfolgung zurückstellen. Wie weitläufig, zeitraubend und zweckwidrig wäre solch ein Geschäftsgang!

Der Art. 563 darf deswegen nicht zu Missverständnissen Anlass geben, weil er den Fall der stricten Beschuldigung mit dem Fall, wo das Civilgericht ohne eine solche Angabe durch Prüfung die Urkunden bereits als falsch erkannt, in Bezug auf die Folgen gleichgestellt hat. In der Zusammenstellung liegt zugleich, besonders wenn man die Worte „а равно“ in Betracht zieht, eine Gegenüberstellung, aus welcher gefolgert werden muss, dass bei der stricten Angabe die Uebergabe der Papiere an den Staatsanwalt ohne vorgängige Prüfung zu erfolgen habe.

2) Die zweite uns entgegenstehende Meinung ist die des Herrn Solonizki²¹⁾. Er meint, dass trotz der directen Angabe des Falsators nur in dem Fall eine Strafverfolgung eintreten soll, wenn eine gerichtliche Prüfung die bezüglichen Papiere auch wirklich als falsch oder gefälscht ergeben hat. Seine Bemerkung ist, wir müssen es zugestehn, nicht nur practisch, weil sie sich auf die Gerichtspraxis bezieht, sondern auch weil sie eine zeitersparende Veränderung vorschlägt und unnützes Beginnen von Strafverfolgungen vereiteln will. Das steht nicht im Widerspruch mit dem, was wir erst vom Hin- und Hersenden der Papiere anführten, denn Herr Solonizki hat oben jenen Artikel 563 übersehen oder interpretirt ihn willkürlich, und ohne die Abänderung desselben wäre sein Vorschlag allerdings gänzlich werthlos.

Jedenfalls würde, abgesehen von dem Widerspruch, in dem der Vorschlag des Herrn Solonizki mit dem Art. 555—565 steht,

20) Судебный Вестникъ 1867 No. 43.

21) Судебный Вестникъ 1867 No. 142.

durch ihn dem Staatsanwalt eine neue, unserem Gesetze fremde Stellung octroiirt. Er wäre eine Correspondenz vermittelnde Behörde zwischen den Gerichten.

Nach Allem, was angeführt worden, überlassen wir das Urtheil über den Werth oder Unwerth unserer Ansicht ruhig dem competenten Leser.

Werfen wir einen Blick zurück auf das Besprochene, so ergiebt sich in kurzen Worten als Thätigkeit der Staatsanwaltschaft, wenn im Civilverfahren eine Criminalverantwortung vorliegt, oder sich ein Streit über Urkunden-Fälschung (wir gebrauchen hier das Wort, wie schon mehrfach früher, im weiteren Sinne des russischen подлогъ) erhebt:

- 1) Die Abgabe einer gutachtlichen Aeusserung,
- 2) die Anregung der Strafverfolgung nach Uebergabe der bezüglichen Documente seitens des Gerichts,
- 3) die Vorlegung der von dem Friedensrichter als verdächtig angesehenen Urkunden dem Bezirksgericht, im Falle der Urkundenanstreitung ohne directe Anschuldigung einer Person.

§ 5. Vom Armenrechte und der Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Erthellung desselben.

I. Ueber das Armenrecht im Allgemeinen.

Die Wahrung der Rechte des Einzelnen ist seitens der Gesetzgebung dem Richer anvertraut und Jeder, der in der Ausübung seines Rechts verletzt oder bedroht zu sein glaubt, kann dessen Hülfe in Anspruch nehmen.

Diese Anrufung ist jedoch mit gewissen Kosten verknüpft, die nicht von Jedem in jedem einzelnen Falle geleistet werden können. In einem derartigen Falle übernimmt der Staat die Kosten, indem er zeitweilig, d. h. bis die mittellose Person sich

in besseren Vermögensumständen befindet, sie einerseits von den in die Staatscasse fließenden Sporteln befreit, andererseits aber auch gewisse baare Auslagen für sie aus der Staatscasse macht. Er bezweckt damit, dass Niemand durch die mit einem Processe verknüpften Kosten davon abgehalten werde, den Weg des Rechts zu betreten. Der Tempel der Gerechtigkeit soll dem Reichen wie dem Armen, dem Hohen wie dem Niederen in gleicher Weise offen stehen. Das Wohl des Staats erfordert es, dass das Recht jedes Unterthanen in gleicher Weise heilig und unverletzlich dastehe.

Den Anspruch auf Hülfe des Staats kann nur eine wirklich arme Person machen. Dieser Ausdruck muss nun zunächst enger gefasst werden, da Armuth ein relativer Begriff ist. Unter armen Personen darf man selbstverständlich nicht nur Bettler verstehen, sondern auch alle diejenigen, welche nach Abzug der Processkosten nicht genügenden Unterhalt für sich, respective ihre Familie, besitzen würden. Die blosser Angabe der Armuth, mag sie nun factisch vorhanden sein oder nicht, seitens einer Partei oder deren Vertreter genügt nicht, um sie von den Kosten zu befreien. Das Gericht muss auf das Zeugnis der Regierungs- oder Standesbehörde hin, die mit der betreffenden Partei im Connex steht und Einsicht in deren Vermögens- und Familienverhältnisse besitzt, die Bewilligung oder Verweigerung des Armenrechts beschliessen.

Wenn der Gesetzgeber auch gewollt hat, dass Jedem die Hülfe des Gerichts zu Gebote stehe, so wollte er doch nur dem wirklich Bedürftigen die oben erwähnte Wohlthat angedeihen lassen. Hier ist noch zu bemerken, dass nicht nur physische, sondern ebenso juristische Personen unter gewissen Voraussetzungen sich des Armenrechts erfreuen können. Allerdings hat die Processordnung dieses nicht ausdrücklich festgestellt, doch spricht der Sinn des ganzen Gesetzes dafür. Eine Ver-

sagung dieses Vorzugs gegenüber juristischen Personen wäre eine grosse Ungerechtigkeit, denn die Rechte derselben müssen dem Staate nicht weniger heilig sein, als die Rechte physischer Personen. Schon das römische Recht erkannte juristischen Personen völlige Sportelfreiheit ¹⁾ zu und dieser Grundsatz ging auf das canonische Recht über ²⁾. In gleicher Weise regelte auch der gemeine deutsche Civilprocess das Armenrecht, nur dass die Praxis zu Ungunsten der hereditas jacens eine Ausnahme machte ³⁾. Das französische Recht hingegen erstreckt die sogenannte assistance judiciaire nicht auf die Gemeinden und Wohlthätigkeitsanstalten ⁴⁾. Die neuen deutschen Civilprocessordnungen geben uns in dieser Beziehung gar keine Auskunft ⁵⁾. — So viel über analoge Bestimmungen fremder Rechte.

Anlangend die russische Gerichtspraxis in Bezug auf die oben angedeuteten Bestimmungen über die Ertheilung des Armenrechts an Personen überhaupt, ist uns ein Fall bekannt, in welchem das Gericht einer Dorfgemeinde auf deren Bitte das Armenrecht ertheilte ⁶⁾. Der Staatsanwaltssubstitut begründete seinen ablehnenden Antrag dadurch, dass er anführte, die Befreiung von den Processkosten stehe nach dem Gesetz nur einzelnen Personen (отдѣльнымъ лицамъ) zu. Diese Begründung ist aber durchaus falsch, denn in den bezüglichen Paragraphen der C.P.O. 880—889 findet sich der Ausdruck отдѣльный gar nicht. Fände er sich daselbst, so müssten auch wir den juristischen Personen die Fähigkeit zum Armenrecht absprechen. Jetzt jedoch müssen wir uns vollständig dem Bezirksgericht

anschiessen wenigstens in Bezug auf seinen Beschluss, wenn auch nicht auf die Motivirung desselben. Das Bezirksgericht motivirte seinen, dem Antrag des Staatsanwalts strict entgegengesetzten Beschluss erstens dadurch, dass in den Artikeln der C.P.O., welche die Ausnahmen von der Leistung der Processkosten behandle, nicht ausdrücklich festgesetzt sei, nur physischen Personen stände das Armenrecht zu, ferner dadurch, dass in der Motivirung zum Art. 879 der C.P.O. (Ausgabe der Reichsrathscanzellei) erklärt worden (объяснено), von diesem Recht können цѣлыя общества, also auch juristische Personen, Gebrauch machen.

Uebrigens müssen wir hier bemerken, dass wir sowol in der Ausgabe der Gerichtsordnungen der Reichscanzellei, als auch in dem Journal der vereinigten Departements des Reichsraths über die Gerichtsorganisation in Russland und in der Motivirung des Projects der C.P.O. vergebens nach dem Ausdruck „цѣлыя общества“ gesucht haben. Allerdings haben wir in der vom Bezirksgericht angezogenen Stelle die Angabe gefunden, dass nach dem Уст. о помилн. gewisse Stände und Stämme (сословія и племена) überhaupt und für immer von Processkosten befreit sind. Das Bezirksgericht konnte sich aber auf diese Stelle unmöglich berufen, da hier von einem auf immer ertheilten Privilegium die Rede ist, das Armenrecht aber nur eine einmalige Stundung der Processkosten in einem Process involvirt. Ja, wir haben überhaupt nirgends eine Hindeutung darauf gefunden, dass bei den Berathungen über die Processordnung, die in der Rede stehende Frage überhaupt angeregt und verhandelt worden.

Aus dem bisher Angeführten können wir folgende Begriffsbestimmung des Armenrechts aufstellen: das Armenrecht ist das, auf Grundlage eines von der competenten Behörde ausgestellten Armenzeugnisses, vom Gericht einer physischen oder juristischen

1) cf. l. 6 Cod. de re judicata VII. 51.

2) Bayer p. 23; Martin p. 80.

3) Seuffert's Archiv Bd. VII. No. 112.

4) Bioche Bd. I. p. 608 No. 22.

5) Hannover'sche B.P.O. § 61—66; Braunschweig'sche § 141—148.

6) C. B. 1866 No. 114.

Persou erteilte Recht, nach welchem sie von der Zahlung der sonst zu leistenden Processkosten einstweilen befreit wird und nach welchem der Staat gewisse Unkosten für sie baar auslegt.

II. Voraussetzungen der Ertheilung des Armenrechts.

Die Ertheilung des Armenrechts setzt voraus:

1) Das Ansuchen der armen Partei. Wenn dem Gericht auch die Armuth derselben hinlänglich bekannt ist, so darf es von sich aus das Armenrecht nicht anbieten.

2) Den Beweis dafür, dass der Implorant wirklich arm ist.

In Bezug auf diesen zweiten Punkt müssen wir einige Erörterungen hinzufügen.

Auf welche Grundlage hin das römische Recht den Armen volle Sportelfreiheit erteilte, ist aus den Quellen nicht zu ermitteln, nur das ist sicher, dass diese Grundlage die Leistung eines Eides nicht sein konnte, denn der Eid wurde erst durch das canonische Recht eingeführt, woselbst er vollständig zur Ertheilung des Armenrechts genügte⁷⁾. Diese Bestimmung ging in die deutschen Gesetze über, wurde später wiederholt und dadurch modificirt, dass neben der Leistung des Armeneides noch die Beibringung eines Zeugnisses seitens der Obrigkeit oder anderer glaubwürdigen Personen nothwendig wurde⁸⁾. Zugleich wurde auch der zu leistende Eid in eine festgesetzte Formel gekleidet⁹⁾. Die angedeutete Modification der C.G.O. hat in neuester Zeit Anlass zu einem wissenschaftlichen Streit zwischen hervorragenden Processualisten gegeben. Der Gegenstand desselben war die Frage: ob das Gericht im Falle eines genügenden Beweises der Armuth, auf ein Zeugniß hin befugt sei, die

7) C. G. O. von 1521. Tit. 25. § 1.

8) C. G. O. von 1555. Tit. 41.

9) *ibid.* Tit. 78.

Leistung des vollen Eides zu erlassen¹⁰⁾ (welcher bekanntlich aus einem assertorischen, einem Calumnien- und einem promissorischen Eide zusammengesetzt ist) und sich nur auf den promissorischen Schluss der erwähnten Formel zu beschränken, welcher als juratorische Caution für zukünftige Nachzahlung im Falle eintretenden Vermögenserwerbs zu betrachten ist, — oder ob das Gericht in jedem Fall den vollen Eid seitens der armen Partei müsse leisten lassen¹¹⁾.

Es würde dem Zweck dieser Schrift nicht entsprechen, wenn wir die Ansichten pro und contra einer Erörterung unterziehen wollten. Nur so viel können wir in aller Kürze bemerken, dass, was auch zur Begründung der ersten Ansicht angeführt worden sein mag, sie uns doch schon dadurch widerlegt scheint, dass der Gesetzgeber alle 3 Eide unmittelbar, ja in eine Periode verknüpft hat, eine Trennung derselben also willkürlich erscheinen muss. Ferner ist seine Intention bei der Forderung von Zeugnissen, unserer Meinung nach, nicht die gewesen, die zu gleicher Zeit festgesetzte Eidesformel zu modificiren, er kann dadurch nur den Leichtsinn in der Eidesleistung haben beschränken wollen. — Die zweite Ansicht ist von Einigen dergestalt motivirt worden, dass der volle, unverkürzte Eid deswegen geleistet werden solle, weil ein vollständiger Beweis der Armuth auf andere Weise nicht erzielt werden könne. Diese Motivirung ist unhaltbar und nicht zu rechtfertigen, die Ansicht jedoch ist, unserer Meinung nach, durchaus die richtige.

Wir übergehe: die Bestimmungen der einzelnen deutschen Particulargesetze, da sie fast gänzlich auf gemeinrechtlichem Boden beruhen. Flüchtig erwähnen wollen wir nur derjenigen,

10) Martin, Vorlesungen Bd. I. § 10; Albrecht in der Zeitschrift für Civilrecht und Process Bd. XI. p. 100; Schmidt, Handbuch des Civilprocesses I. p. 209 u. m. a.

11) Bayer p. 24; Linde, Lehrbuch, 7 Aufl. § 120 n. 12.

deren Bestimmungen sich denen unserer P.O. einigermaßen nähern, also die Braunschweig'sche und die Hannover'sche P.O. In Braunschweig lässt sich der Beweis der Armuth auch durch ein von der betreffenden Ortsbehörde ausgestelltes Zeugniß führen, verlangt indessen der Gegner der armen Partei die Leistung des Eides, so muss er geleistet werden, widrigenfalls Versagung oder Entziehung des Armenrechts eintritt¹²⁾. Hannover weicht von der gemeinrechtlichen Theorie gänzlich ab und lässt den Beweis der Armuth durch ein auf genaue Nachforschung gegründetes Zeugniß der vorgesetzten Verwaltungsbehörde führen, ohne dass der Implorant sich zur eidlichen Erhärtung seiner Angaben erboten kann¹³⁾.

Die Ertheilung des Armenrechts ist, wie bereits angedeutet worden, nach unserer Processordnung von einem durch die competente, vorgesetzte Dienst-Behörde (служебное начальство) oder durch eine Gemeinde- oder Standesbehörde (общественное начальство) oder endlich durch den örtlichen Friedensrichter ertheilten Armenzeugnisse abhängig¹⁴⁾. Wir ersehen daraus, dass der Gesetzgeber die Zahl der zur Ausstellung von Armenzeugnissen befugten Behörden beschränkte und zwar in Rücksicht auf die nothwendige, genaue Bekanntschaft mit den Verhältnissen des Imploranten, ohne welche ein wahrheitsgetreues Armenzeugniß unmöglich ist. Es steht demnach nicht in der Willkür des Imploranten unter den genannten Behörden sich eine für seinen Zweck zu wählen. Ein Mitglied einer Stadt- oder Landgemeinde muss sich an den Vorstand derselben wenden, gehört er aber einem der Stände (состоянія и сословія) an, die eine eigene gesonderte Vertretung besitzen, so hat er letztere mit dem erforderlichen Gesuch anzugehen. Der Bürger im

12) § 142 der C.P.O.

13) § 62 der Hannov. C.P.O.

14) Ст. 881 Уст. Гр. Суд.

engeren Sinn (мѣщанинъ) hat sich also an die мѣщанская управа, nicht etwa an den Verwaltungsrath (Распорядительная oder Шестигласная дума) zu wenden.

Der örtliche Friedensrichter soll nur in den Fällen um Armenzeugnisse ersucht werden, wenn die anderen Behörden vom Imploranten nicht beansprucht werden können. Schon seine, bekanntlich so vielfachen, Amtsgeschäfte müssen ihn von einer ferneren Ueberbürdung durch Ertheilung von Armenzeugnissen in Fällen, wo auch andere Behörden sie ausstellen könnten, befreien. Dass der Zuwachs an Arbeitslast entgegengesetzten Falls nicht gering wäre, geht aus der Vorschrift des Gesetzes hervor, nach welcher der Aussteller eines Armenzeugnisses sich persönlich von der Armuth des Bittstellers überzeugen muss.

Wir gelangen zur Frage: Wer hat die Armuthszeugnisse juristischer Personen auszufertigen? Wir beantworten sie dahin: in allen Fällen, wo juristische Personen Gemeinde- oder Standesbehörden (общественныя начальства) haben, diese letzteren, wo das nicht statt hat, der Friedensrichter. Ein Beispiel wird das klar machen.

Eine Landgemeinde, die aus einer Dorf- und Волость-gemeinde zusammengeschmolzen ist, will ein Armuthszeugniß erlangen. Hier wäre es doch eine Widersinnigkeit, eine Anomalie, wenn die Gemeindeversammlung (волостной сходъ), welche ein Armuthszeugniß zu erhalten wünscht, über den dazu nöthigen Zustand selbst attestiren wollte.

Wir haben hier noch darzulegen, wie unser Gesetz sich zur Beschwerdeführung wegen Nichtertheilung eines Armenzeugnisses verhält. Das Gesetz erwähnt einer solchen Beschwerde absolut nirgends, woraus geschlossen werden muss, dass sie nach unserer P. O. gar nicht stattfinden soll, und wollte man sie auch gestatten, so kann sie dennoch nicht stattfinden,

weil die Frage unerledigt geblieben, an wen sie gebracht werden solle, an welche Oberbehörde sich der Beschwerdeführer zu wenden habe. Anders ist es in der erwähnten P. O. von Hannover ¹⁵⁾ und Braunschweig ¹⁶⁾, in welchen die Beschwerde direct gestattet ist und ebenfalls die Behörden angegeben sind, vor welche sie zu bringen ist, nämlich zunächst vor die vorgesetzte Verwaltungsbehörde und nöthigen falls vor das Staatsministerium.

Das Gesetz verlangt ferner eine eigene Vergewisserung (собственное удостоверение) der Behörde. Eine blosse Beglaubigung eines von einer anderen Behörde ausgestellten Armuthszeugnisses ist nicht hinreichend. — Stelle z. B. die Polizeibehörde ein solches Zeugnis aus und der Friedensrichter beglaubigte es, so darf auf diese Beglaubigung hin das Gericht kein Armenrecht erteilen, weil die eigene Vergewisserung seitens des Friedensrichters fehlt. Wir erwähnen dieses Falles nur, weil er in der Praxis häufig vorkommt und die Gerichte mit derartigen, mangelhaften Gesuchen überlaufen werden, wodurch sich ihre Geschäfte zu sehr häufen ¹⁷⁾.

Das Armuthszeugnis darf nicht blos in einer einfachen Bescheinigung der Armuth bestehen. Das Gesetz verlangt eine möglichst genaue Darlegung der Vermögens- und Familienverhältnisse ¹⁸⁾. Es muss also im Zeugnis genau angegeben werden, ob der Bittsteller Immobilien besitzt und wenn das der Fall, wie hoch sie mit Schulden belastet sind, ob er Capitalien und sonstiges Vermögen hat. Immobilienbesitz an sich macht ein Armuthszeugnis nicht unmöglich, denn wie leicht kann sich ja der Fall ereignen, dass die darauf lastenden Schulden den

15) § 63 der Hannov. C.P.O.

16) § 142 der Br. C.P.O.

17) Судебный Вестникъ 1866 No. 4.

18) Ст. 882. Уст. Гр. Суд.

Werth eines Immobils weit übersteigen. — Auf Grundlage einer Dienstliste, wenn ein Beamter um ein Armuthszeugnis einkommt, darf kein solches ausgestellt werden, weil auf der Dienstliste nur die Immobilien verzeichnet stehen. Die Einnahmen anlangend, so muss genau angegeben werden, wie hoch sie sich belaufen und wie sie erworben werden. Die Familienverhältnisse müssen gleicherweise detaillirt dargestellt werden. Es müssen die Fragen beantwortet sein, wie gross die Familie überhaupt ist, wie viel Kinder vorhanden, ob diese minderjährig oder nicht, ob sie ihren eigenen Unterhalt schon beschaffen können, ob sie auf Krons- oder Privatkosten erzogen werden.

Bei den Armuthszeugnissen für juristische Personen soll angegeben werden, wie hoch sich die Einnahmen derselben belaufen. Selbstverständlich kann nur das Vermögen der juristischen Person, nicht aber das einzelner, vielleicht sehr reicher Mitglieder in Betracht kommen.

In der Praxis wird ferner häufig noch eine specielle Versicherung (застѣпеніе) der bescheinigenden Behörde gegenüber dem Gericht verlangt, deren Inhalt ist, dass die Behörde in der That die Ueberzeugung hege, die Mittel des Imploranten seien zur Führung des Processes unzulänglich ¹⁹⁾. Man will die Erforderlichkeit dieser Versicherung aus dem Wortlaut der Art. 881 und 882 der C. P. O. folgern. Unserer Ansicht nach liegt aber in den angeführten Artikeln dieser Sinn durchaus nicht und der Gebrauch erscheint uns als eine durchaus überflüssige, ja verletzende Formalität. Das Armenrecht soll erteilt werden auf Grundlage gewisser, dazu erforderlicher, thatsächlicher Verhältnisse. Diese thatsächlichen Verhältnisse erfährt das Gericht auf glaubwürdige Weise durch die Bescheinigung der competenten Behörde. Hat es sich eine feste Ansicht über sie bilden

19) C. B. 1866 No. 11, 15.

können, so erscheint jene Versicherung mindestens als sehr überflüssig, denn es wäre eine eigenthümliche Logik, seine Ansicht über etwas Factisches nicht auf dieses, sondern auf die Ueberzeugung eines Dritten stützen zu wollen, wenn, wie hier, das Factische selbst vorliegt. Liegt aber in dem Erforderniss derselben ein Misstrauen gegen die bescheinigende Behörde, als sollte sie dadurch erst dazu angespornt werden, die volle Wahrheit über die factische Armuth mitzuthellen, die sie sonst nicht rückhaltslos sagen würde, so wird, wir sind davon überzeugt, Niemand gegen das von uns gebrauchte Prädicat „verletzend“ etwas einzuwenden haben.

Wir gelangen jetzt zu der noch offenen Frage, wie es in den Fällen mit dem Armuthszeugniss zu halten sei, in denen die gesetzliche Vertretung für den Bevormundeten um das Armenrecht nachsucht²⁰⁾ Ist hier zur Ertheilung des Armenrechts das Zeugniss sowohl für den eigentlich Betheiligten, als auch für dessen Vertreter erforderlich?

Unserer Ansicht nach ist diese Frage entschieden zu bejahen, sobald die Vertretung in den Eltern besteht. Es können ja leicht Fälle vorkommen, wo reiche Eltern, als Vertreter ihres mit einem zwar selbstständigen, aber geringen Vermögen begabten, minderjährigen oder geisteskranken Kindes, aus Geiz die nothwendigen Processkosten nicht decken wollen und wo es Thorheit wäre, dem Kinde das Armenrecht unter Begünstigung des Geizes der Eltern zu ertheilen. Sind die Eltern aber in der That arm, so kann es ihnen ja nicht schwer fallen, das durch ein Zeugniss darzuthun.

Anders verhält es sich aber, wenn die Vertretung der erwähnten Personen von Vormündern ausgeht. Gesetzlich sogar, der Vormund sei ein naher Verwandter seines Mündels, immer

20) Ct. 19. Ver. Ip. Суд.

bliebe es eine Ungerechtigkeit, ihm ausser der Mühe der Vertretung noch Zahlungen aus eigenem Vermögen für den Mündel zuzumuthen.

Zu den oben (pag. 58) angeführten Requisiten kommt nach dem gemeinen deutschen Civil P. noch ein drittes hinzu, nämlich, dass die im fraglichen Process verfochtene Sache des Imploranten nicht ungerecht und grundlos sei²¹⁾. Demgemäss bestimmen die Reichsgesetze, dass dem Gericht zuvor die Klage, oder, falls der Bittsteller Beklagter ist, seine Vertheidigung eingereicht werde, bevor über das Armenrecht entschieden wird²²⁾. Der Grund dieser Einrichtung liegt in der Hoffnung, durch Versagung des Armenrechts offenbar ungerechten und muthwilligen Processen vorzubeugen. Das dritte Requisit fällt jedoch weg, wenn während eines im Gange befindlichen Processes um das Armenrecht angesucht wird.

Unsere C.P.O. hat dieses letztgenannte Requisit nicht aufgenommen und zwar mit Recht, denn es könnte nur einen schädlichen Einfluss ausüben. Wenn die Richter nämlich das Armenrecht ertheilt hätten, so würden sie im Voraus ein günstiges Präjudiz über den Process selbst gefällt haben, denn nur in einer gerechten Sache soll ja das Armenrecht ertheilt werden. Sie hätten sich also gleichsam die Hände gebunden. Versagen sie das Armenrecht, so sind zwei Möglichkeiten vorhanden, entweder beschafft der Implorant auf irgend eine Weise die nöthigen Mittel und führt seinen Process dennoch, oder er beschafft sie nicht. Im ersten Falle liegt die Wahrscheinlichkeit nah, dass die Richter gegen den früheren Bittsteller eingenommen sind. Es bliebe dem Beeinträchtigten dann höchstens noch die Appellation, wenn seine Mittel so weit reichen.

21) C. G. O. von 1551, Theil I. Tit. 41 § 2.

22) D. A. von 1600 § 8 und 9.

Im anderen Falle dagegen, wo der Implorant nach der Verweigerung des Armenrechts die Mittel nicht erlangen kann, ist schweres Unrecht leicht möglich, da ihm der Rechtsweg auf immer verschlossen ist. Wenn das Gericht auch ungünstig in erster Instanz über ihn geurtheilt hätte, so stände ihm Appellation noch offen, um sein Recht zu wahren, doch so kann seine Sache garnicht zur Verhandlung kommen. Wir sehen daraus, zu welchen Misslichkeiten die Beibehaltung des dritten Requisites führen kann. Gleiche oder ähnliche Motive haben wol auch die neuen Processordnungen von Hannover²³⁾, Oldenburg und Braunschweig²⁴⁾ geleitet, wenn sie die Entscheidung über das Armenrecht den Gerichten gänzlich genommen haben, um sie der Staatsanwaltschaft zu übertragen. Sobald dieses geschehen, liegt durchaus keine Gefahr darin, wenn der Implorant ausser seiner Armuth auch die Berechtigung seines Processes zu beweisen hat, da der Staatsanwalt ja nie in die Verlegenheit kommen kann, zwei Mal Richter in derselben Sache sein zu müssen.

III. Das Verfahren in Folge eines Gesuchs um Ertheilung des Armenrechts.

Da das ganze Verfahren wegen Ertheilung des Armenrechts vom Gebrauch des Stempelpapiers ausgenommen ist²⁵⁾, so kann das betreffende Gesuch auf einfachem Papier geschrieben werden, um mit dem, den unter II angeführten Erfordernissen entsprechenden Zeugnisse dem Bezirksgericht übergeben zu werden. Das Gesetz hat gar keine Bestimmung darüber getroffen, ob jedes Bezirksgericht zur Ertheilung des Armenrechts competent sei, oder nur dasjenige, vor welchem der Process, auf welchen sich die Stundung der Kosten beziehen soll, verhandelt wird

23) C.P.O. § 62.

24) § 143 der Br. C.P.O.

25) Ct. 885. Ycr. Ip. Cya.

oder bereits in Verhandlung ist. Uns erscheint nur das Erste richtig. Die Competenz des Bezirksgerichts richtet sich hauptsächlich nach dem Wohnort des Beklagten. Wenn nun Kläger und Beklagter sehr weit von einander entfernt ihren Wohnsitz haben, so ist es doch eine Unbilligkeit, zu verlangen, der arme Kläger solle, um sein Armenzeugniss vorzustellen, sich in Kosten stürzen, indem er entweder die Reise selbst macht oder sich einen Bevollmächtigten bestellt, und das noch dazu, ohne irgend welche Garantie dafür zu besitzen, dass er das Armenrecht auch wirklich erhält.

Das Gesuch um Ertheilung des Armenrechts ist in jedem Processe, sei er mit der Krone, oder mit Privaten, und zwar in jedem Stadium zulässig, da ja, abgesehen von den übrigen Gerichtskosten, die Stempel- und Gerichtsgebühren mit der Klage wie mit der Wiederklage, mit der Beschwerde gegen Contumacialurtheile, mit der Appellationsbeschwerde und mit dem Cassationsgesuche verbunden sind²⁶⁾.

Die Behauptung, in jedem Processe könne um das Armenrecht nachgesucht werden, muss dahin eingeschränkt werden, dass die Processe vor dem Friedensrichter und dem friedensrichterlichen Plenum nicht hierher gehören, weil sie von Stempel- und Gerichtsgebühren befreit sind²⁷⁾. Gegen das Erkenntniss eines friedensrichterlichen Plenums kann ein Cassationsgesuch eingelegt werden. Dieses Cassationsgesuch ist vom Gesetz nicht vom Stempelpapier befreit, wer daher ein solches Cassationsgesuch auf gewöhnlichem Papier vorbringen will, muss zuvor das Bezirksgericht um Ertheilung des Armenrechts ersuchen, da sonst sein Gesuch im Cassationshof auf Grund der Art. 269 pct. 2 und 756 pct. 1 nicht berücksichtigt wird. —

26) Ct. 844 u. 848. Ycr. Ip. Cya.

27) Ct. 200 ibid.

Keineswegs darf das ständige Glied (непременный член) des friedensrichterlichen Plenums ein Cassationsgesuch, das auf einfachem Papier geschrieben und von einem vollgültigen Armenzeugniss begleitet ist, von sich aus weiter befördern, denn dadurch würde es, seiner Competenz zuwider, stillschweigend das Armenrecht ertheilen.

Es muss im Gegentheil auf Grundlage des Art. 756 pct. 1, das Cassationsgesuch bis zur Beibringung des Stempelpapiers oder aber eines Zeugnisses über das vom Bezirksgericht erlangte Armenrecht ruhen lassen.

Wir sind hierin vielleicht ausführlicher gewesen, als nothwendig erscheinen könnte. Der Grund ist der, dass im Anfang vorigen Jahres, vor dem Allerhöchst bestätigten Reichsrathgutachten vom 10. April 1867, wo also die Cassationsgesuche nicht an das ständige Glied des Plenums abgegeben wurden, sondern direct an den Cassationshof gelangen konnten, ein Fall auf eine Weise entschieden worden ist, welche unserer Meinung nach zu unklaren Anschauungen und zu Irrthümern Anlass geben kann²⁸⁾.

Die Sache war nämlich in Kurzem folgende:

Das friedensrichterliche Plenum von Serpuchow stellte am 14. December 1866 ein auf gewöhnlichem Papier geschriebenes Cassationsgesuch des Bürgers Wassili Sidorow dem Cassationshof vor, welcher dasselbe auf Grund der Art. 269 und 270 der C.P.O. ruhen liess und dieses am 29. Dec. dem Sidorow mittheilte. In Folge dessen sandte Sidorow eine vom Friedensrichter des Meschowski'schen Bezirks ausgestellte Vergewisserung darüber ein, dass er nicht im Stande sei, den Process auf seine Kosten zu führen. Diese Vergewisserung stützte sich auf ein bezügliches Schreiben der Polizeiverwaltung, wel-

ches feststellte, dass Sidorow weder bewegliches, noch unbewegliches Vermögen besitze, eine grosse Familie zu ernähren habe und in äusserster Noth lebe.

Der dirigirende Senat nahm nun, nach Anhörung des Antrags des Oberstaatsanwalts, die Frage in Erwägung, ob das Armenzeugniss die gesetzlichen Erfordernisse habe oder nicht; nach einer gründlichen Prüfung wurden Mängel nachgewiesen. „In Erwägung der (hier nicht weiter zu erörternden) Gründe erachtet der dirigirende Senat das von Sidorow vorgestellte Armenzeugniss nicht für übereinstimmend mit den gesetzlichen Bedingungen und beschliesst, indem er sich nach dem Art. 270 der C.P.O. richtet, jenem das auf einfachem Papier geschriebene Cassationsgesuch zurückzusenden etc.“

Die Motivirung der Senatsentscheidung liegt also in der Unzulänglichkeit des Armenzeugnisses und die Begründung derselben im angeführten Art. der C.P.O. Zwischen der Motivirung und dem Art. 270 können wir aber mit dem besten Willen keine Beziehung entdecken, denn Art. 270 bezieht sich auf die formellen Fehler von Papieren, derentwegen eine Frist gestattet wird. Die Unzulänglichkeit des Armuthszeugnisses hätte nur auf Art. 881 und 882 gestützt werden können. Wir sind daher wol berechtigt zu glauben, dass durch diese Entscheidung keine Klarheit über die einschlagenden Gesetzespunkte verbreitet werden kann. Unserer Meinung nach hätte der Cassationshof in Folge Art. 584 pct. 1 die Mangelhaftigkeit des Armuthszeugnisses garnicht zu erwägen gebraucht, da er dazu nicht competent ist, sondern die ganze Sache dem Sidorow zurücksenden müssen, weil ihm nicht von dem dazu competenten Gerichte, dem Bezirksgerichte, das Armenrecht ertheilt worden war.

Wie mehrfach erwähnt, hat sich der um das Armenrecht Ansuchende an das Bezirksgericht zu wenden, was er sowol in eigener Person, als auch durch einen Bevollmächtigten thun

28) Сборникъ Раш. Граж. Кассач. Департ. П.С. 1867. No. 36.

kann. Der Präsident setzt darauf einen Tag zur Verhandlung fest. Nachdem ein Mitglied des Gerichts Bericht erstattet hat, wird dem Imploranten oder seinem Bevollmächtigten eine mündliche Erklärung gestattet. Zur Verfügung kann das Gericht erst nach Anhörung des Antrages des Staatsanwalts schreiten ²⁹⁾ (worüber das Genauere unter V.). — Die Verfügung des Bezirksgerichts über Ertheilung oder Verweigerung des Armenrechts ist allendlich und kann nicht durch Beschwerde vor der Gerichtspalate angefochten werden. — Die Gesuche um das Armenrecht gehören zu den Incidentsachen und zwar zu den präparatorischen der Streitsache, zu deren Führung um dasselbe nachgesucht wird; es werden also die betreffenden Verfügungen (постановления) nicht durch Erkenntnisse (решения), sondern durch Bescheide (частные определения) zu treffen sein. Die Bescheide überhaupt können nur durch Beschwerden (частные жалобы) angefochten werden, welche entweder mit der Appellation vereinigt, oder gesondert (отдельно) — und das nur in den ausdrücklich im Art. 783 genannten Fällen — eingereicht werden können. Da aber weder im letztgenannten Artikel, noch in den Ausnahmen von den allgemeinen Regeln über Processkosten, noch auch sonst irgendwo in der C.P.O. irgend eine Bestimmung sich findet oder auch nur irgend ein Hinweis darauf, dass über einen Bescheid des Bezirksgerichts hinsichtlich des Armenrechts eine Beschwerde eingereicht werden kann, so müssen wir uns trotz der mannigfach abweichenden Praxis, ja trotz einer der Praxis durchaus nicht entgegenstehenden Cassationshofentscheidung, ganz strict gegen die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde aussprechen ³⁰⁾. Worauf hin eigentlich in der Praxis die von unserer Ansicht abweichenden Bestimmungen getroffen

29) Ст. 343 п. 8 и. 884. Уст. Гр. Суд.

30) Ръш. Гражд. Кассацион. Департ. 1867. No. 91.

worden, ist uns unbekannt, da die Artikel nicht angeführt worden, und auch unbegreiflich, da wir trotz aufmerksamer Lectüre der C.P.O. nichts gefunden haben, was irgendwie zur Begründung der Praxis hätte dienen können.

Wir übergehen mit Stillschweigen die zweite Art der Beschwerde, d. h. der mit der Appellation verknüpften ³¹⁾. Diese könnte zwar das Armenrecht nach sich ziehen, das auf diese Weise erlangte Vorrecht kann jedoch nur eine Ersparniss von vierzig Cop. Silb. nach sich ziehen, ein für den Armen nicht sehr erheblicher Vortheil. Die in dem Processe einmal eingezahlten Poschlin und Gebühren werden ja nicht mehr zurückgezahlt, denn das Armenrecht bezieht sich ja nur auf die Zahlungen, die nach der Ertheilung zu leisten sind, und folglich würde er allenfalls beim Cassationsgesuch vierzig Cop. ersparen können.

IV. Wirkungen des bewilligten Armenrechts.

Das einmal ertheilte Armenrecht behält seine Wirkung mit dem ihm adhäreirenden Vorzuge nicht nur in einer bestimmten Instanz, sondern im ganzen Process. Die Wirkungen beziehen sich selbstverständlich nur auf die Person desjenigen, dem es zuerkannt worden, nicht aber auch auf die Streitgenossen oder auf den etwaigen Nachfolger.

Bei Veränderung der Vermögensumstände der armen Partei oder beim Nachweis falschlicher Angaben der Armuth kann das Armenrecht in jedem Stadium des Processes zurückgezogen werden. Schon bei der Beschwerde, welche mit dem Appellationsgesuch verknüpft werden kann, wurde erwähnt, dass das ertheilte Armenrecht keine rückwirkende Kraft hat, sich also nur vom Augenblick der Ertheilung bis zum Ende des Processes erstrecken kann.

31) Ст. 783. Уст. Гр. Суд.

Aus dem Wortlaut des Gesetzes geht ferner hervor, dass das Armenrecht nur in demjenigen Prozesse, in welchem oder für welchen es verlangt ist, gültig bleibt ³²⁾; wenn also dieselbe arme Partei mit demselben Gegner vor demselben Gericht wegen einer anderen Sache zu processiren hat, muss nochmals um das Armenrecht auch in der anderen Sache angesucht werden, sogar in den Fällen, wo der erste Process noch nicht beendet war, als bereits der zweite begonnen hatte. Das ist im Grunde eine leere Formalität, da aber das Gesetz für jeden einzelnen Process die Erlangung des Armenrechts verlangt, so haben die Gerichte sich darnach zu richten.

Das Armenrecht zieht eine Stundung der Processkosten nach sich, — keine völlige Befreiung ³³⁾.

Wäre es nicht so, so würde der vermögende Gegner, der in die Kosten verurtheilt wird, vermöge des Armenrechts seines Gegners bei Weitem geringere Kosten zu tragen haben, somit würde ihm ein rechtlicher Vortheil zugewendet werden, den er nicht verdient hat, sondern der von einem Zustand eines Andern abhängig wäre. Auch liesse sich gar nicht einsehen, warum der Arme, sobald er vermögend geworden ist, die Kosten des früher von ihm geführten Processes nicht ebenso gut, wie jeder andere Staatsbürger, tragen kann. Die Wohlthat hat ihm der Staat ja angedeihen lassen, dass ihm die Kosten, die jeder Andere gleich hätte zahlen müssen, aus Rücksicht gestundet wurden. Hört nun diese Rücksicht auf, so muss doch auch folgerichtig ihre Wirkung aufhören und der Staat muss das ihm Gebührende erhalten.

Das ertheilte Armenrecht hat, im Gegensatz zu den Bestimmungen des röm. Rechts ³⁴⁾, keine Wirkungen auf den

32) Cr. 886. Ver. Ip. Cya.

33) *ibid.*

34) Con. 6, Cod. de re judic. VII, 51; Con. 12, § 4, Cod. XII, 19.

Gegner, welcher alle Kosten, soweit sie ihn angehen, zu tragen hat. Dafür hat auch der Arme, sobald er in die Kosten verurtheilt wird, seinem Gegner die gemachten Ausgaben zurückerstatten ³⁵⁾, was freilich dem Armenrecht zuwider zu laufen scheint, aber doch nicht zu vermeiden ist, ohne den Gegner rechtswidrig zu benachtheiligen. Der einzige Ausweg wäre hier, wenn der Staat auch die Kosten für die arme Partei übernehme. Das wäre denn doch zuviel verlangt, wenn der Staat gegenüber dem Armen nicht nur auf die Gebühren und ihm zukommenden Sporteln renonciren, sondern hinterher noch baare Auslagen dafür machen sollte, dass einer seiner Unterthanen processirt, wo nicht einmal das bessere Recht auf seiner Seite war.

Unter den neuen deutschen Processordnungen lassen die Braunschweig'sche ³⁶⁾ und Hannover'sche ³⁷⁾ die Gerichtssporteln und Stempelgebühren vom vermögenden Gegner nicht baar auszahlen, sondern sie werden angeschrieben. Falls er den Process verliert, oder einen Vergleich abschliesst, oder das Gericht Kostencompensation zuerkennt, müssen sie nachträglich ausgezahlt werden. Der Grund dieser Einrichtung liegt in dem Schutz, den sie dem vermögenden Gegner gegen Verlust giebt. Verliert nämlich die arme Partei den Process und wird sie zur Zahlung der Kosten verurtheilt, so könnte ja der Gegner möglicher Weise die ausgezahlten Kosten verlieren, wovor er jetzt bewahrt ist. Abgesehen von den Gerichtssporteln und Stempelgebühren muss der Gegner alle übrigen Processkosten, welche seinerseits zu leisten sind, sofort baar bezahlen. Die angeführten Bestimmungen scheinen uns die Liberalität des römischen Rechts zu haben, nach welchem bekanntlich der vermögende Gegner gleichfalls Sportelfreiheit genoss.

35) Cr. 889. Ver. Ip. Cya.

36) § 145 der C.P.O.

37) § 61 der C.P.O.

Nach einer allgemeinen Betrachtung der Wirkungen des Armenrechts, wollen wir zu einer specielleren Beleuchtung der einzelnen Punkte übergehen.

Das bewilligte Armenrecht zieht folgende Vorthelle nach sich:

1) Die arme Partei kann alle ihre Eingaben auf gewöhnlichen: Papier einreichen.

2) Sie braucht die Gerichtspeschlin nicht zu leisten.

3) Sie ist von den Kanzelleigebühren befreit, kann also die Ausfertigung aller ihr nothwendigen Papiere unentgeltlich verlangen.

Aus den Motiven der P. O. zu Art. 887 ist ersichtlich, dass man die letztgenannten Gebühren ursprünglich aus der Staatskasse bestreiten wollte³⁸⁾. Diese Absicht ist aber nur in Betreff derjenigen Ausgaben, welche in den Art. 857—865 angegeben sind, realisirt worden, und das gewiss mit Recht, denn der in den Motiven angegebene Grund der projectirten Einrichtung ist ein unzugänglicher. Er besteht in der Befürchtung, die Kanzelleibeamten würden, wenn der Staat nicht die Kanzelleigebühren für die arme Partei zahlte, die nöthigen Papiere garnicht oder nicht zur rechten Zeit ausfertigen. Nun sind aber doch die Kanzelleibeamten vom Staat besoldete Staatsdiener, und der Staat kann und wird prompte Pflichterfüllung von ihnen verlangen. Die betreffenden Gebühren fließen ausserdem garnicht dem Ausfertiger des Papieres zu, sondern der Gerichtskasse.

4) Die arme Partei ist befreit von den Vergütungen, die dem Gerichtsaufseher (судебный приставъ) zu leisten sind.

5) Der Staat übernimmt die Baarzahlung der Kosten, welche die Partei ohne das Armenrecht zu tragen hätte, also Entschädigung der Sachverständigen für ihre Mühwaltung, der Zeugen etc., wie das genauer aus Art. 857—865 zu ersehen ist.

38) Судебн. Уст. изд. Госуд. канц. Ч. I. p. 428.

6) Alle Copieen von Urkunden irgend welcher Art, mögen sie sich nun in den Gerichts- oder Verwaltungsbehörden befinden, müssen, wenn sie nur in dem Process der armen Partei nothwendig sind, auf gewöhnlichem Papier und ohne Kanzelleigebühren ausgefertigt werden. Diese Folge des ertheilten Armenrechts ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz angegeben, lässt sich aber leicht aus dem Sinn aller bezüglichlichen Stellen, besonders aus dem allerdings sehr allgemein gefassten Art. 880, herausinterpretiren. Hätte der Gesetzgeber die Befreiung von Stempelpapier und Kanzelleigebühren blos auf die im Process selbst vorkommenden Papiere, nicht aber auch auf die sonst nothwendigen Copieen und Actenauszüge bezogen, so hätte er selbst jeglichen Sinn und jede vernünftige Bedeutung des Armenrechts vernichtet.

Wie oft beruhen Angriff oder Vertheidigung auf solchen Urkunden, welche als Beweise dienen sollen. Sollte nun der Arme verpflichtet sein, zu den Copieen die sonst erforderlichen Stempelbogen vorzustellen und die Kanzelleigebühren zu entrichten?

Nach seinem Armuthszeugniss ist er ja dazu garnicht im Stande, und die Weiterführung des Processes müsste unterbleiben ganz zuwider dem Sinne des Armenrechts. Man müsste auf diese Weise das Armenrecht, eine Wohlthat, die der Staat im Sinne und wegen der Gerechtigkeit, deren Ausübung ihm am Herzen liegt, einem seiner Unterthanen nicht nur durch Aufopferung der ihm zukommenden Gebühren, sondern sogar durch baare Auslagen angedeihen lässt, als eine halbe und gänzlich nutzlose Massregel betrachten.

Vergleichen wir den Art. 880, welcher festsetzt, „dass von den Processkosten diejenigen, welche vom Gericht das Armenrecht erlangt haben, befreit werden,“ mit dem Art. 839, so sehen wir, dass unter den Gerichtskosten in erster Reihe die Stem-

pelposchlin angeführt werden, woraus wol zu folgern ist, dass die unter pet. 6 von uns angeführte Wirkung des Armenrechts als eine gerechtfertigte anzusehen ist.

Welche Grundsätze die Praxis in dieser Beziehung befolgt, ist uns unbekannt. Uns ist leider nur ein einziger, vor dem Moscau'schen Bezirksgericht verhandelter Fall zugänglich geworden, dessen Entscheidung gänzlich mit den von uns entwickelten Ansichten übereinstimmt³⁹⁾. Die Veranlassung der in Rede stehenden Verfügung war die, dass eine Verwaltungsbehörde Copieen auf einfachem Papier von in ihrem Besitz befindlichen Urkunden verweigerte, obwol sie im Process der armen Partei nothwendig waren und diese ein Zeugniß über das ihr ertheilte Armenrecht beilegte. Die Verwaltungsbehörde stützte ihre Ablehnung auf Art. 106 des Учр. о Помм. Wenn dieser Art. nun auch vorschreibt, dass Personen, welche das Armenrecht erlangt haben, sich keines dauernden Privilegiums in Bezug auf Stempelpapier zu erfreuen haben, so stösst das ja durchaus nicht die unter Pet. 6 von uns entwickelten Ansichten um; es kann unmöglich aus ihm gefolgert werden, dass die durch das Armenrecht für einen bestimmten Process erlangten Rechte sich auf eine besondere Classe von erforderlichen Papieren nicht erstreckten, wenigstens wäre eine solche Folgerung nur durch den grössten Missverstand der ratio legis erklärlich. Wie angedeutet, ging die Verfügung des Moscau'schen Bezirksgerichts dahin, dass die Verwaltungsbehörde gezwungen wurde, die nöthigen Copieen auf einfachem Papier unentgeltlich ausfertigen zu lassen.

7) Das ertheilte Armenrecht bewirkt nicht nur die mehrfach erwähnte Stundung der Processkosten, sondern hat noch die weitere Folge, dass der armen Partei auf ihr Verlangen ein Rechtsbeistand beigegeben wird.

39) Судебный Вестникъ 1866. No. 97.

Schon das römische Recht schrieb dieses vor, ja ging sogar noch weiter, indem es bestimmte, der Proconsul müsse in den Fällen, wo kein Antrag auf den Beistand eines Anwalts gemacht wurde, von Amtswegen der armen Partei einen Advocaten zuordnen⁴⁰⁾.

Das canonische Recht folgte dem römischen. Zwar bezieht sich die von uns unten angeführte Stelle nur auf die juristischen Personen, hieraus kann jedoch mit Sicherheit geschlossen werden, dass das Vorrecht sich auf die physischen um so eher bezog⁴¹⁾.

Auch die deutschen Reichsgesetze verpflichten den Richter der armen Partei einen Rechtsbeistand zu geben, damit, wie die Reichskammergerichtsordnung bestimmt, Niemand „Armuths halber rechtlos gelassen werde.“ Dieses Reichsgesetz setzt zugleich fest, dass unter den Advocaten ein bestimmter Turnus aufgestellt werde, um die Ueberbürdung des Einzelnen durch Armensachen zu vermeiden. Dem Advocaten ist verboten, sich der Uebernahme eines Armenprocesses zu weigern, oder sich irgend eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen zu lassen, oder einem Anderen die Sache zu übertragen; verletzt er diese Vorschriften, so folgt Amtsentsetzung⁴²⁾.

Sämmtliche neuen deutschen Processordnungen gestehen der armen Partei einen Anwalt von Amtswegen zu, nur mit dem Unterschiede, dass einige, z. B. die Braunschweig'sche⁴³⁾, dem Richter die Ernennung desselben unter Beobachtung eines Turnus überlassen, andere jedoch, z. B. die Hannover'sche festsetzen, die Anwaltskammer bestimmt den Anwalt. Hier muss sich der Bittsteller zunächst mit einem Gesuch an den Staatsanwalt des Obergerichts wenden, welcher das Gesuch dem Prä-

40) C. 9, § 5, D. de off. proconsulis I, 16; Con. 13, § 9, Cod. de jud. III, 1.

41) Cap. 1, X de officio judicis I, 32.

42) C.G.O. von 1555, I, 19, § 5.

43) § 145 der C.P.O.

sidenten der Anwaltskammer übergibt, worauf die letztere den Anwalt für den vorliegenden Fall ernennt. Von der getroffenen Wahl wird der Staatsanwalt des Obergerichts benachrichtigt und dieser theilt nun dem bestimmten Anwalt und der nachsuchenden Partei das Nöthige mit ⁴⁴⁾.

Unsere Processordnung schliesst sich dem Sinn der Hannover'schen Processordnung an, ohne die unpractische Weitläufigkeit derselben anzunehmen. Sie setzt nämlich weit einfacher fest, der Implorant habe sich mit dem Zeugniß über das ihm ertheilte Armenrecht an die Anwaltskammer, resp. deren Abtheilung, zu wenden, welche nach einem ein für alle Mal festgesetzten Turnus aller Advocaten den Anwalt für ihn ernennt ⁴⁵⁾. Wo die Anwaltskammer und deren Abtheilungen nicht existiren, hat das Bezirksgericht die gleichen Befugnisse ⁴⁶⁾, dieses kann aber auch von sich aus oder auf Verlangen eines Auscultanten die Vertretung der armen Partei einem der Auscultanten (кандидату на судебную должность) überlassen ⁴⁷⁾. In diesem Fall hat jedoch der Auscultant keinen Anspruch auf Ersatz des Honorars, wenn der Arme zu Vermögen kommt oder der Gegner in die Kosten verurtheilt wird.

V. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft beim Gesuch um Ertheilung des Armenrechts.

Je bedeutender die Folgen sind, welche die Gewährung eines Rechts nach sich zieht, mit desto grösserer Umsicht muss bei derselben verfahren, desto genauer müssen die Normen festgesetzt werden, nach denen ein solches Recht ertheilt werden kann. Das Armenrecht ist nun ein solches weitgreifendes Recht.

⁴⁴⁾ Gesetz vom 8. Nov. 1850, die Anwaltskammern betreffend § 36—38.

⁴⁵⁾ Ст. 367 п. 4. Учр. Суд. Учр.

⁴⁶⁾ Ст. 151 п. 5 ibid.

⁴⁷⁾ Ст. 416 ibid.

Der Staat ist vorzugsweise dabei interessirt, denn er bestreitet für die arme Partei baare Auslagen. Doch auch die Interessen eines Anwalts, der unentgeltlich die Vertretung übernimmt, concurriren und in entsprechender Weise ebenfalls die des *судебный приставъ* etc. So sehen wir denn auch, dass die Cautelen gegen ungerechtfertigte, nicht nothwendige Ertheilung des Armenrechts nicht gering sind. Zunächst wurde sie abhängig gemacht von der Beibringung eines genügenden Armenzeugnisses, sodann von der Ertheilung durch das Gericht und endlich noch vom dritten Factor, der Mitwirkung der Staatsanwaltschaft. Dieser dritte Factor wirkt allerdings nur durch die Abgabe der gutachtlichen Aeusserung vor der Ertheilung durch das Gericht ⁴⁸⁾ mit, dennoch darf ihm kein geringes Gewicht beigemessen werden, wie gezeigt werden wird.

Der Zweck des Gesetzgebers bei der Aufstellung dieses dritten Factors scheint uns ein doppelter gewesen zu sein nach den Bestimmungen, die die Staatsanwaltschaft zu beobachten hat. Erstens hat der Staatsanwalt den Armen selbst zu berücksichtigen, indem er darauf hinzuwirken hat, dass ihm, wenn die Armuth genügend nachgewiesen worden, durch Verweigerung des Armenrechts nicht die Möglichkeit genommen werde, auf dem gerichtlichen Wege seine Rechte zu vertheidigen oder zu verfolgen. Dass diese Aufgabe aus der Stellung des Staatsanwalts, als Organ des Gesetzes und des öffentlichen Interesses, resultirt, bedarf unseres Erachtens keines Nachweises.

Zweitens hat der Staatsanwalt bei dieser Frage das Interesse des Staats in Bezug auf den Fiscus wahrzunehmen. Schon in den Kronsverwaltungssachen, wo ein Vertreter der Krone in Wirksamkeit ist, verlangt das Gesetz die Mitthätigkeit des Staatsanwalts ⁴⁹⁾, wieviel mehr ist seine Thätigkeit hier er-

⁴⁸⁾ Ст. 343 п. 8, 884. Учр. Суд. Учр.

⁴⁹⁾ Ст. 1290. Учр. Гр. Суд.

forderlich, wo er allein als Vertreter des Fiscus fungirt. Wie er sich dabei im Einzelnen zu verhalten habe, darüber schweigt das Gesetz. Es giebt nur die so oft wiederkehrende, höchst allgemeine Bestimmung, er solle seine gutachtliche Aeusserung abgeben. Uns scheint es nothwendig, dass er, nach Uebergabe der Acten an ihn ⁵⁰⁾, von sich aus das Armenzeugniss zu prüfen hat. Gewinnt er aus dieser Prüfung irgend welches Bedenken gegen die Thatsächlichkeit der bezeugten Armuth oder gegen die Aechtheit oder Glaubwürdigkeit des Zeugnisses selbst, so darf er vom Gericht eine Vertagung der Sache verlangen, falls er sich nicht bis zu dem zur Verhandlung festgesetzten Termin über das ihm Zweifelhafte vergewissern kann.

Diese letztere Befugniss, die Vertagung zu beantragen, geht daraus hervor, dass sonst sein etwaiger Antrag auf Verweigerung des Armenrechts, den er doch unzweifelhaft stellen kann, nicht genügend motivirt erscheint. Es ist natürlich und nothwendig, dass er, wenn ihm gewichtige Bedenken aufstossen, vom Gericht die nöthige Zeit erhält, diese Bedenken weiter zu verfolgen und ihre Richtigkeit mit Belegen und Beweisen darzuthun. Wie sollte das aber ohne Vertagung möglich sein, wenn z. B. die Beschaffung der Beweise aus weiter Entfernung und durch Vermittelung anderer Behörden geschehen muss. Ohne diese von uns behauptete Befugniss wäre der Staatsanwalt ja garnicht im Stande, die Interessen der Krone wirksam zu wahren, und dass er das zu thun hat, ersehen wir besonders deutlich aus den Motiven zum Art. 884 ⁵¹⁾.

50) Ст. 344 ibid.

51) „Въ дѣлахъ о права бѣдности прокуроръ судебного мѣста даетъ предварительное заключеніе, следовательно охраненіе въ этихъ случаяхъ казеннаго интереса лежитъ на непосредственной его обязанности и ответственности...“ Судебные Уставы съ излож. раз. на коихъ они основаны. Часть I, p. 428.

Ist durch das Armenzeugniss die Armuth hinlänglich bewiesen, hat sich der Staatsanwalt für die Ertheilung des Armenrechts ausgesprochen und ist die Bewilligung durch das Gericht eingetreten, so könnten scheinbar damit die Befugnisse des Staatsanwalts in Hinsicht des Armenrechts beendet sein, das ist jedoch nicht der Fall, denn er hat noch fernerhin darauf zu achten, dass die Processkosten, da das Armenrecht ja nur eine Stundung mit sich bringt, nachträglich einzassirt werden. Ist daher der Gegner der armen Partei in die Kosten verurtheilt worden, so hat der Staatsanwalt die Sorge dafür, dass sie von ihm pünktlich durch das Gericht eingezogen werden. Wurden die Kosten unter beide streitende Parteien vertheilt, das Processobject aber der armen zugesprochen, so muss der Staatsanwalt die Kosten von der armen Partei, so weit als möglich, aus dem zugesprochenen Vermögen decken lassen. Das Gleiche hat er auch zu thun, wenn die arme Partei unterlag, aber später wiederum zu Vermögen kommt. Hier muss, falls es nöthig, der Staatsanwalt dem Gericht einen Antrag auf Eintreibung der Kosten stellen. — Hat der Staatsanwalt sich davon überzeugen können, dass die das Gesuch stellende Partei sich fälschlich für arm ausgegeben, oder die Behörde wissentlich eine nicht vorhandene Armuth testirt hat, so ist es seine Pflicht und sein Recht in Hinsicht dieser gesetzwidrigen Handlungen den vorgeschriebenen Weg einzuschlagen ⁵²⁾.

§ 6. Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei der Erwägung eines Gesuchs, eine Regressklage gegen Richter, Staatsanwälte und andere Gerichtsbeamte anstellen zu dürfen.

Unter Regressklage ist diejenige Klage zu verstehen, durch welche Jemand Ersatz für einen Nachtheil, den er durch eine

52) Ст. 883. Уст. Гр. Суд.

ungerechte oder parteiische Handlung eines Gerichtsbeamten während dessen Function erlitten, zu erhalten sucht.

Sie setzt demnach voraus, dass ein Gerichtsbeamte sich eine Parteilichkeit (пристрастие) oder Unregelmässigkeit im Verfahren (неправильность) habe zu Schulden kommen lassen ¹⁾.

Das Gesetz nennt die Gerichtsbeamten ausdrücklich mit der Angabe, dass gegen sie eine Regressklage angestellt werden könne, und fügt der Aufzählung den scheinbar unklaren und zu weit gefassten Ausdruck hinzu: „und andere Gerichtsbeamte“ (и других чиновъ судебного вѣдомства). Zieht man jedoch die Worte des Art. 1331 „bei dem Verfahren selbst und der Feststellung der Entscheidung“ (по производству дѣла или постановленію рѣшенія) in Erwägung, so ergibt sich unzweifelhaft, dass unter diesen „anderen Gerichtsbeamten“ nur die Gerichtsaufseher des Bezirksgerichts (судебные приставы), denen die Vollziehung der Urtheile, die Notaire, denen die freiwillige Gerichtsbarkeit anvertraut ist, und schliesslich die Secretaire des Bezirksgerichts verstanden werden können. In Betreff der Secretaire der Palate und des Cassationshofes könnte ein Zweifel, ob auch sie mit der Regressklage angegriffen werden können, entstehen. Der betreffende Artikel nennt bei diesen Gerichten wiederum ausdrücklich die Personen, welche einer Regressklage unterliegen dürfen, nämlich „Präsidenten, Glieder und Staatsanwälte“, ohne hier die Bemerkung „und andere Gerichtsbeamte“ hinzuzufügen.

Wenn aber nun gegen Secretaire des Bezirksgerichts, deren Thätigkeit entsprechend ganz dieselbe ist, mit der Regressklage vorgegangen werden kann, und dass dem so ist, geht aus der oben angeführten Gesetzstelle hervor, so ist kein Grund

vorhanden, warum die Secretaire der höheren Gerichte hierin ausgenommen sein sollen.

Das Gesetz bestimmt, wie angeführt worden, die Fälle, in denen eine Regressklage statthaft ist, nämlich bei Parteilichkeit und Ungerechtigkeit. Das Urtheil darüber, ob ein solcher Fall wirklich eingetreten sei, konnte nicht ohne Weiteres Privatpersonen überlassen werden, weil die Parteien sonst zu leicht, wenn eine richterliche Handlung nicht ihren Wünschen entspricht, sie mit der Regressklage angreifen würden. Es wird durch eine Regressklage nicht nur die amtliche Stellung eines Richters, Staatsanwalts oder anderer Gerichtsbeamten gefährdet, auch das öffentliche Interesse kommt mit in Frage, daher ist die Anstellung dieser Klage von gerichtlicher Ermächtigung abhängig gemacht worden. Eine solche Ermächtigung müsste stets eigentlich Admissionsbescheid genannt werden, da sie Präjudicialnebensache ist, doch findet sich in Deutschland auch vielfach der Ausdruck Admissionsurtheil. Nach der Terminologie unserer C.P.O., welche Urtheile (рѣшенія) nur in Hauptsachen fällen lässt, müssen wir uns jedenfalls für den ersten Ausdruck entscheiden. Der Zweck eines Admissionsbescheides ist der, dass die Parteien nicht, ohne Sicherheit für das Gewicht ihrer Angaben zu bieten, eine Klage anstellen dürfen, deren Berechtigung von der unwürdigen Handlungsweise eines richterlichen Beamten abhängig ist. Das richterliche Amt würde ohne solche Vorichtsmassregeln zu sehr blossgestellt werden. Wird eine solche Klage angestellt, die auf Ersatz für eine schlechte Handlungsweise eines Richters etc. geht, so wird das Publicum mit seinem Urtheil nicht warten, bis das Gericht entschieden hat. Voreilig und scandalsüchtig, wie gewöhnlich, würde es durch ein solches Vor-Urtheil im eigentlichsten Sinn oft genug den guten Namen eines Gerichtsbeamten und die Würde des Gerichts antasten, was später nicht mehr zu redressiren ist, wenn auch

1) Ст. 1331. Уст. Гр. Суд.

die Regressklage selbst zu Gunsten des Beamten entschieden worden; gegen Schaden, der durch Gerede über Regressklagen entstanden ist, lässt sich ja nicht wiederum durch Regressklage auf Ersatz klagen. Einem solchen Schaden muss daher möglichst vorgebeugt werden, was unsere C.P.O. nach dem Vorgange des französischen Code auch gethan hat, nur dass unseres Erachtens unser Gesetz einen einfacheren Weg und ein zweckmässigeres Verfahren bei der Erwägung eines Gesuchs um die Erlaubniss, eine Regressklage anstellen zu dürfen, festgesetzt hat. Durch eine Parallele kann diese Behauptung begründet werden.

Beide Gesetze verlangen, dass die Partei entweder das Gesuch selbst vorbringe, oder dass sich der Vertreter durch eine Specialvollmacht als dazu berechtigt ausweise²⁾. Diese Bestimmung dient zunächst zum Schutze der Parteien selbst; sie sollen davor bewahrt werden, dass ihr Vertreter gegen ihren wirklichen Willen aus irgend welchen Motiven eine Klage anstelle, deren Nichtberechtigung und Abweisung für sie von bedeutendem Nachtheil sein muss. Besonders fasslich und greifbar ist ein solcher Nachtheil in Frankreich, wo der Ansteller einer unbegründeten und ungerechtfertigten Regressklage einer Geldpön nicht unter 300 Fr. unterliegt³⁾. Unser Gesetz hat andere Cautelen gegen unbegründete Regressklagen festgestellt. Eine Geldpön (судебный штраф) setzt es ja bekanntlich nur in einem Falle — der ungerechtfertigten Angabe einer Urkunde als falsch oder gefälscht — fest⁴⁾. Auf welche Weise unsere C.P.O. die französische Geldpön umgeht, wird aus dem weiteren Vergleich deutlich werden. Nach russischem Recht muss das Gesuch um Admission der Regressklage bei einem höher stehenden Gericht angebracht werden, als das ist, bei dem der

2) Ст. 1332. Уст. Гр. Суд.; Art. 511 Code de proc. civ.

3) Art. 513 Code de proc. civ.

4) Ст. 562. Уст. Гр. Суд.

betreffende Beamte fungirte⁵⁾. In Frankreich kann das Gesuch bei demselben Gericht angebracht werden⁶⁾. Wird dem Gesuch gewillfahrt, so kann auch die Klage selbst bei demselben Gericht verhandelt werden, wie das z. B. der Fall ist, wenn eine requête en permission gegen ein oder mehrere Glieder der cour impériale oder cour d'assises à la cour impériale angestellt worden⁷⁾. Der Vorzug unserer Einrichtung, nach welcher das Gesuch der Beprüfung eines höheren Gerichts unterliegt, liegt auf der Hand. Erstens wird die stets gefährliche Anomalie, dass ein Gericht zwei Mal über dieselbe Sache urtheilt, — ein Mal, ob die Regressklage überhaupt stattfinden dürfe, das andere Mal, ob sie zum Nachtheil des Beamten entschieden werden müsse —, dadurch vermieden, ferner muss aber auch das Vertrauen des Klägers und des Publicums, dass gerecht entschieden worden, dadurch zunehmen. Ein weiterer Vorzug liegt endlich in der grösseren Einfachheit unseres Verfahrens, welche in sehr vielen Fällen eine sofortige Erledigung so misslicher Angelegenheiten bewirkt. Ist nämlich ein Gesuch um Admission eingelaufen, so hat das Gericht zuerst eine vorläufige Prüfung vorzunehmen, ob ihm Folge geleistet werden kann oder nicht⁸⁾. Kann auf das Gesuch überhaupt eingegangen werden, liegt nicht der Mangel jeglicher Begründung offen zu Tage, so wird die Copie des Gesuchs dem zukünftigen Beklagten eingehändigt und erst, nachdem seine schriftliche Erklärung eingegangen oder die Frist zu derselben unbenutzt verstrichen ist, wird endgültig über das Gesuch entschieden⁹⁾. In Frankreich wird über die requête en permission endgültig ohne vorläufiges persönliches

5) Ст. 1331. Уст. Гр. Суд.

6) Art. 510 Code proc. civ.

7) Art. 509 ibid.

8) Ст. 1333. Уст. Гр. Суд.

9) Ст. 1334 ibid.

oder schriftliches Gehör des Betroffenen entschieden ¹⁰⁾. Wir glauben einen grossen Vorzug unserer C.P.O. gegenüber der französischen in dieser Beziehung erblicken zu dürfen. Wie leicht kann nicht der Beamte die angeführten Momente sofort durch seine Erklärung als nichtig erweisen, wie leicht kann er sich dadurch davor bewahren, nutzlos compromittirt zu werden, was doch durch die Anstellung der Klage, die ja auf eine unwürdige Handlung seinerseits gestützt ist, immer der Fall sein wird! Was nützt denn eigentlich diese permission préalable, die das französische Recht ja auch kennt? Oder sollte der Beklagte, in seiner Ehre unberechtigt Angegriffene, durch die seinem Kläger nachher auferlegte amende von wenigstens 300 Fr. die er ja nicht einmal erhält, genügende Satisfaction finden? Wir glauben nicht und halten die vorgängige Erklärung für weit zweckmässiger und gerechter. Wäre die französische Geldpön auch bei uns adoptirt, so hätten wir auch noch den Uebelstand miterhalten, dass die wirklich geschädigte Partei angesichts einer so hohen Geldstrafe sich vor der Erhebung der Regressklage scheuen würde, zum Nachtheil der Gerechtigkeit.

Ist dem Gesuch gewillfahrt worden, so bezeichnet das höhere Gericht das Bezirksgericht, vor welchem die Regressklage den gewöhnlichen Gang des Civilverfahrens zu nehmen hat ¹¹⁾.

Die einzige Ausnahme, die dabei gemacht worden, ist, dass keine Rücksicht darauf genommen wird, ob der zu ersetzende Verlust weniger als 500 R. S. beträgt oder mehr, und dass beide Fälle dem Bezirksgericht unterliegen, während nach den sonstigen Competenzregeln das Friedensgericht über den ersten zu urtheilen hätte.

10) Art. 510—514 Code de proc. civ.; Boitard, Leçons de procédure civile. 1861. T. 2, p. 125.

11) Cr. 1335. Ver. Tp. Cya.

Wir hoffen, die wenn auch sehr wenig eingehende Parallele russischer und französischer Bestimmungen über die vorliegende Frage und unsere Andeutungen werden genügt haben, um zu zeigen, dass auch hier wiederum unsere C.P.O. den Vergleich nicht zu scheuen braucht. — In Hannover, welches eine sonst so gerühmte C.P.O. besitzt, finden sich keine einschränkenden Bestimmungen über die Admission. In manchen Punkten müssen wir allerdings mit dem jetzigen Justizminister von Preussen, dem Dr. A. Leonhardt, übereinstimmen, in einem aber nicht, wenn er sagt: „der Entwurf (der C.P.O.) ist der Gesetzgebung Frankreichs und anderer Staaten nicht gefolgt, wenn diese durch ein vorgängiges Admissionsurtheil, Ausschluss der Rechtsmittel, strenge Strafbestimmungen gegen den Unterliegenden, die Syndicatsklage (analog der Regressklage) — prise à partie — mit Anomalien umgeben.“ Wir freuen uns allerdings, dass unsere C.P.O. die von Leonhardt als Anomalien bezeichneten Einrichtungen nicht recipirt hat, halten jedoch den Admissionsbescheid wahrlich nicht für dieser Kategorie zugehörig ¹²⁾. Warum wir das nicht können und dürfen, glauben wir, schon gezeigt zu haben.

Nach der vorläufigen, oben erwähnten Prüfung wird über das Gesuch schliesslich in einer Sitzung bei geschlossenen Thüren verhandelt ¹³⁾. Auch in Frankreich ist das so üblich, nicht durch gesetzliche Bestimmung, sondern durch den usus fori ¹⁴⁾. Nach der Berichterstattung seitens eines Mitgliedes des Gerichts soll nun der Staatsanwalt mit seiner gutachtlichen Meinung gehört werden ¹⁵⁾. Wir deuteten schon oben an, wie

12) Leonhardt, Die Justiz-Gesetzgebung des Königreichs Hannover. II. Bd. p. 23.

13) Cr. 1334. Ver. Tp. Cya.

14) Mourlou, Répétitions écrites sur le Code de proc. civ. 1867, p. 426.

15) Cr. 1334. Ver. Tp. Cya.

ernst und bedeutungsreich die Regressklage ist, weil durch sie nicht nur die Person des Beamten, sondern leicht auch das richterliche Amt lädirt werden kann. Andererseits würde wiederum die Sicherheit der Parteien gefährdet erscheinen, wäre die Regressklage nicht möglich. Zu der Wahrung der Interessen nach beiden Seiten hin, dass also einerseits der angegriffene Beamte nicht grundlos in einen höchst unangenehmen Process verwickelt werde, dass aber andererseits auch der Kläger, falls er in der That durch eine ungesetzliche Handlung in der amtlichen Function Schaden erlitten, denselben auch ersetzt erhalte und nicht ungerechtfertigter Weise mit seiner Klage abgewiesen werde, — zu der Wahrung dieser Interessen ist der Staatsanwalt berufen. Die Rolle des Staatsanwalts scheint hier auf den ersten Blick gering zu sein, dennoch hat er die Stellung eines Vertheidigers im öffentlichen Interesse und zwar hat er sich nach dem Gesetz und seiner Ueberzeugung dahin zu entscheiden, ob er für den Beamten oder die klagende Partei einzutreten habe.

Ist der Admissionsbescheid einmal erlassen, wird die Klage vor Gericht gebracht, so hat der Staatsanwalt weiter keine Mitwirkung. Sobald dieser Bescheid erlassen worden, hört das öffentliche Interesse auf zu concurriren, denn beim Verfahren selbst ist es ja gleichgültig, ob ein Staatsanwalt, ein Richter oder irgend eine Privatperson eine bestimmte Summe zu zahlen schuldig sei oder nicht. Wichtig und vom Gesetz besonders hervorgehoben ist nur die Frage, ob eine Regressklage überhaupt zulässig sein solle oder nicht. Im französischen Recht ist es allerdings anders, da hat die Staatsanwaltschaft nicht nur bei der requête en permission, sondern auch bei der Hauptsache ihre conclusion abzugeben, wie uns das wenigstens aus Art. 83 Nr. 5 zu resultiren scheint. Sowol Hannover, als auch Braunschweig haben die Admissionsurtheile oder -bescheide nicht eingeführt, verpflichten aber dennoch den Staatsanwalt bei

Regress- und Syndicatsklagen seine gutachtliche Aeussierung abzugeben ¹⁶⁾.

Schliesslich sei uns noch gestattet einen analogen Fall anzuführen. Ist ein Verwaltungsbeamter wegen Verlust oder Schaden, der durch seine Verfügung eingetreten, auf Schadenersatz verklagt, so hat auch hier der Staatsanwalt in seiner Eigenschaft als Organ des Gesetzes ¹⁷⁾ begutachtend aufzutreten. Die Entscheidung über eine solche Klage gebührt nicht dem Gericht allein, sondern einem gemischten Collegium von Richtern und Verwaltungsbeamten unter dem Präsidium des Vorsitzenden des Gerichts ¹⁸⁾.

§ 7. Der Wirkungskreis der Staatsanwaltschaft in Kronsverwaltungssachen, in Sachen der Landschaftsinstitutionen und Stadt- und Landgemeinden.

Im Civilverfahren, in der gerichtlichen Ordnung der Vermögensverhältnisse hat der Staat ein gleiches Interesse, dass die Gesetze richtig auf den gegebenen Fall angewandt werden. Zu diesem Zwecke besetzt er die Gerichte auf angemessene Weise mit sachkundigen Männern, ohne sonst irgend wie sich weiter um die Rechtsstreitigkeiten im Einzelnen zu kümmern. Kommen aber direct oder indirect Staats- oder Kronsinteressen in Frage, so ist es selbstverständlich, dass diese scheinbare Theilnahmlosigkeit cessirt und der Vertreter derselben intervenire. Ein solches indirectes Interesse hat der Staat z. B., ausgehend vom Zwecke der Gerechtigkeitsrealisirung, daran, dass Personen, welche aus irgend welchen gesetzlichen oder natürlichen Gründen ihre Rechte nicht selbst vor Gericht vertreten können, da-

16) Hannov. C.P.O. § 82, p. 2; Braunschw. C.P.O. § 13, p. 3.

17) Cr. 1325. Уч. Гр. Суд.

18) Cr. 1320—1322 ibid.

durch nicht verkürzt werden; darum sind sie unter besondere Obhut des Gesetzes gestellt. Die Richter können bei uns vermöge der geltenden Verhandlungsmaxime, nach welcher sie von sich aus kein Material herbeischaffen, sondern nur auf das von den Parteien beigebrachte urtheilen sollen, einen besonderen Schutz nicht ausüben. Er ist daher dem Vertreter der Staatsinteressen, dem Staatsanwalt, anvertraut worden. Derselbe hat Sorge dafür zu tragen, dass die am Ausgange des Processes interessirten Personen, die aus von ihnen unabhängigen Gründen ihre Rechte nicht selbst schützen können, durch Nachlässigkeit oder bösen Willen ihrer Vertreter nicht in Schaden gebracht werden, sondern dass ihre Sache für sie möglichst vortheilhaft, soweit es gesetzlich ist, entschieden werde. Er ist ihr Vertheidiger, aber er vertheidigt im Namen des Gesetzes, nicht im Namen der betreffenden Person, kann daher nicht als Hauptpartei aufgefasst werden. So kann er in einer Sache in verschiedenen Punkten auf der Seite zweier streitenden Parteien stehen, denn er vertritt kein Privatinteresse, sondern hat nur auf die richtige Gesetzesanwendung zu sehen, und diese hängt nun allerdings auf's Engste mit durch das Gericht zu- oder abzusprechenden Rechten der Parteien zusammen.

Im diesem Paragraphen soll der Gegenstand der Prüfung die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft bei Rechtsstreitigkeiten juristischer Personen sein; die beiden nächstfolgenden werden sich auf die physischen beziehen.

Nicht alle juristischen Personen brauchen unter dem besonderen Schutz des Gesetzes zu stehen, was darum auch nicht statt hat, und selbst auf die, welche unter einem solchen Schutze stehen, erstreckt er sich nicht in gleichem Masse. Die Richtigkeit dieser Behauptung soll durch Gesetzesstellen erwiesen werden. Dass nicht alle juristischen Personen einen besonderen Schutz brauchen, widerspricht nicht dem Satz, dass der Staat

an der Wahrung der Rechte solcher Personen, die nicht selbst vor Gericht auftreten können, ein besonderes Interesse habe. Es liegt ja klar auf der Hand, dass die Vertretung juristischer Personen durch physische aus ihrer Mitte, deren persönliche Interessen unmittelbar mit dem Ausgange des Processes verknüpft sind, ungleich grössere Garantien für die Sorgfältigkeit der Processführung bietet, als wo die Vertretung durch Krons- oder Wahlbeamte oder auch besoldete Advocaten geführt wird, also kein unmittelbares persönliches Interesse stattfindet. Es ist demnach eine Theilnahme des Staats durch seine Vertreter eine viel weniger erforderliche.

Wir gehen über zur Thätigkeit des Staatsanwalts in Angelegenheiten, wo der Staat ein unmittelbares Interesse hat, in den Kronsverwaltungssachen, welchen Ausdruck wir jedoch zuvörderst erklären wollen. Es könnte nämlich die Meinung entstehen, unter diesen Sachen seien nur solche zu verstehen, welche dem Staate selbst als Vermögenssubject gehören. Dem ist indessen nicht so, wie wir aus dem aushülflich hinzugezogenen Art. 1282 der C. P. O. ersehen, sondern es gehören zu den *для казеннаго управления* ferner noch die Sachen der Apanagenverwaltungen, der einzelnen Verwaltungsressorts, Sachen der Kirchen, Klöster, erzbischöflichen Häuser und überhaupt der geistlichen Ressorts (christlichen und muhamedanischen). Wir glaubten das deswegen anführen zu müssen, da unsere C. P. O. sich zu allgemein ausdrückt ¹⁾. In anderen Processordnungen findet geeigneten Orts eine ausdrückliche Aufzählung der betreffenden Sachen statt ²⁾. Alle diese Angelegenheiten, abgesehen von den Ausnahmen, die sich auf das Verfahren selbst beziehen und nicht in das Gebiet unserer Schrift gehören, hat der Ge-

1) Ст. 179, 343, p. 1 Учр. Гр. Суд.

2) Hannov. C.P.O. § 82, p. 1; Art. 83, No. 1, Code de proc. civ.; Braunschw. C.P.O. § 13, p. 1.

setzgeber dem besonderen Schutz des Staatsanwalts anvertraut. In ihnen muss vor der Entscheidung seine gutachtliche Meinung angehört werden. Es soll also nicht nur auf Grundlage dessen, was die Parteien ausgeführt haben, sondern auch auf seine Darstellung hin entschieden werden. Auf Beweiserhebung, auf das Thatsächliche der Verhandlung überhaupt, wenn dieser Ausdruck gestattet ist, hat er allerdings keine Einwirkung, sondern er hat sich auf richtige Gesetzesanwendung zu beschränken, dennoch kann er practisch von grosser Bedeutung sein. Nehmen wir an, irgend ein Verwaltungsressort sei auf Ersatz verklagt. Der Bevollmächtigte desselben kann den Gegenbeweis nicht leisten, nun beweist jedoch der Staatsanwalt in seinem Gutachten, dass die Klage bereits verjährt sei, was der Bevollmächtigte aus Unkenntniss oder Nachlässigkeit hervorzuheben verabsäumt hatte.

Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bietet offenbar grössere Sicherheit für gerechte und gesetzmässige Entscheidung, indem die Richter, in ihrer oft unangenehmen und misslichen Lage Kronsinteressen gegenüber, an ihr einen unparteiischen, moralischen Halt haben. — Der Wirkungskreis der Staatsanwaltschaft beschränkt sich in den gesetzlich günstig gestellten Kronsverwaltungsangelegenheiten nicht auf das Gutachten, sondern ist bedeutend erweitert durch die Befugniss, in den gesetzlich festgesetzten Fällen den Cassationshof mit Vorstellungen um Abänderung der Urtheile anzugehen³⁾. Dadurch scheint sie aus dem Character einer Nebenpartei (der *partie jointe*) in den einer Hauptpartei hineingedrängt zu werden. Das ist jedoch nicht der Fall, was wir schon daraus ersehen, dass dem Staatsanwalt die Appellation nicht zusteht, dass er auch nicht wie eine gewöhnliche Partei ein Gesuch einreicht, sondern eine Vorstellung erhebt und diese Vorstellung direct an den Cassations-

3) Ст. 1294. Уст. Гр. Суд.

hof gelangt und nicht wie sonst zuerst an das ständige Glied des friedensrichterlichen Plenums oder an die Palate. Auch steht ihm das genannte Recht nicht allein und ausschliesslich zu, sondern ebenso den Vertretern der Kronsverwaltungssachen und den Oberverwaltern der einzelnen Ressorts⁴⁾. Dieses Recht hebt seinen Character als Nebenpartei, wie wir aus all' den genannten Umständen ersehen, keineswegs auf. Wol aber musste es ihm gewährt werden, sollte er, der Vertreter des Gesetzes und der öffentlichen Ordnung, nicht unthätig zusehen müssen, wie Staats- und gesellschaftliche Interessen ladirt werden, wol sollte ihm die Möglichkeit gegeben werden, die von ihm für richtig erkannte Gesetzesauslegung und- Anwendung auch, so weit möglich, durchzusetzen.

Wir gehen jetzt über zu den juristischen Personen, deren Angelegenheiten nicht unmittelbar mit dem Staatsinteresse verknüpft sind, sondern nur indirect. Das Gesetz zählt deren drei auf, nämlich die Landschaftsinstitutionen, die Stadt- und schliesslich die Landgemeinden⁵⁾.

Aus den Motiven zum Art. 1282 geht hervor, dass ursprünglich auch die adeligen Corporationen hinzugezogen werden sollten⁶⁾, da jedoch sowol der Art. 179, als auch 343 pct. 2 nur die drei bezeichneten nennt, muss man entweder einen Redactionsfehler annehmen (wozu uns kein Grund vorhanden scheint), oder in dieser Uebergang eine Absicht des Gesetzgebers suchen. Wir glauben, sie habe darum stattgefunden, weil die Interessen der Adelscorporationen nicht mit denen des Staats, wegen ihrer sehr privaten Natur, in Zusammenhang zu bringen sind.

Um das Gutachten des Staatsanwalts für die drei genannten Classen juristischer Personen zu provociren, gehört es sich, dass

4) Ст. 1295. Уст. Гр. Суд.

5) Ст. 179, 343 п. 2 *ibid.*

6) Суд. Уставы съ излож. разсуж. на коиъ они основаны. Ч. I, p. 606—607.

nicht nur ein Theil derselben in Frage komme, also die Sache etwa nur eine bestimmte Anzahl von Gliedern angehe, sondern sie muss die ganze juristische Person betreffen, diese in ihrer Totalität an ihr betheiligt sein ¹⁾).

§ 8. Die Befugnisse der Staatsanwaltschaft in Sachen der Minderjährigen, Abwesenden, Taubstummen und Wahnsinnigen.

Nicht allein im materiellen Recht ist der Minderjährige gegen etwaige Nachtheile, die ihn treffen könnten, geschützt durch gewisse Rechtsmittel, die ihm zu diesem Zweck gewährt sind, auch im formellen Recht, im Process, muss er unter besonderer Obhut des Gesetzes stehen. Damit ist durchaus nicht gesagt, dass er irgend welche Vorrechte vor seinem Gegner geniessen solle, sondern nur, dass seine persönlichen, wie auch Vermögensrechte in ihrem vollen Umfange gewahrt werden sollen. Der Minderjährige darf aus natürlichen Gründen und wegen gesetzlicher Vorschriften nicht in eigener Person seine Rechte vor Gericht vertheidigen ¹⁾. Er wird durch seine Eltern oder durch seine Vormünder vertreten ²⁾. Sind die Eltern seine Vertreter, so scheint die Gefahr fern zu liegen, dass sie zu seinem Nachtheile handeln, weil eine solche Hendlungsweise dem natürlichen Verhältnisse der Eltern zu den Kindern widerspricht. Doch ist das nicht allein denkbar, sondern bei Unkenntniss, Fahrlässigkeit etc. auch leicht möglich, und darum hat die Gesetzgebung auch die durch ihre Eltern vertretenen Minderjährigen mit Recht ebenfalls ihrem besonderen Schutz untergestellt. — Weit gefahrdrohender für die Rechte des Pu-

7) Vgl. Раш. Кассац. Гражд. Департ. 1867. No. 398.

1) Ст. 217—224, Т. X. Ч. 1. Св. Зак. Граж.

2) Ст. 19. Уст. Гр. Суд.

pillen erscheint die Vertretung durch Vormünder und ist diese daher auch vom Gesetzgeber besonders in's Auge gefasst worden, wie wir aus den Motiven zu dem Art. 343 ersehen ³⁾.

Denn wenn die Vormundschaft bei uns auch ein öffentliches Institut ist (die Vormünder werden von der Obrigkeit bestätigt oder ernannt), wenn auch die Bedingungen zur Uebernahme einer Vormundschaft genau festgesetzt und streng sind und der Staat die Vormünder rücksichtlich ihrer pflichtmässigen Thätigkeit durch die дворянская опека und den сиротский судъ einer Controlle unterwirft, um Gefahren für die Mündel vorzubeugen, so lässt sich dennoch die Möglichkeit nicht ablegen, dass ein Vormund aus Nachlässigkeit, Unkenntniss oder selbst aus bösem Willen in einem bestimmten Rechtsfalle zu Ungunsten seines Mündels handeln könne. Die Controlle der Vormundschaft durch die Waisengerichte ist immer mehr oder weniger nachträglich und es kann leicht vorkommen, dass Vortheile des Mündels verscherzt, Nachtheile erlitten werden, welche unersetzbar sind oder wenigstens im vorliegenden Falle nicht ersetzt werden können. Um das nun zu verhindern, ist bestimmt worden, dass in Sachen der Minderjährigen der Staatsanwalt zuvor gehört werde ⁴⁾; er hat dem Minderjährigen seinen Schutz angedeihen zu lassen, so weit es dem Gesetze nach möglich ist. Es behaupten zwar Einige, dass bei den Garantien, die der Staat in Bezug auf Vormundschaft verlange und darbiete, eine Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in dieser Richtung überflüssig und ungerecht sei, denn die Rechte der Minderjährigen seien dem Staate vom Standpunct der Gerechtigkeit ebenso heilig, aber nicht heiliger als die Volljähriger. „Indem aber der Staat,“ wie Gerau ⁵⁾ sagt, „in den Rechtssachen dieser Perso-

3) Судебные Уставы съ излож. разсуж., на коихъ они основаны. Ч. I, p. 179.

4) Ст. 179. 343 п. 3. Уст. Гр. Суд.

5) Ueber die Wirksamkeit des Staatsprocurators als Organ der höchsten

nen (der Minderjährigen) für zuverlässige Rechtsfindung noch eine besondere Fürsorge durch Anordnung eines, in jedem Fall nothwendig zu vernehmenden Gesetzesorakels eintreten, diese Personen in ihrer Rechtsausführung durch den Staatsprocurator in jedem Fall unterstützen lässt, sind diese in der Gewissheit der Erlangung des Rechts auf dem sichersten und kürzesten Wege bevorrechtet.“

Ein Irrthum des Autors ist vor Allem der, dass die Erlangung eines ihm zustehenden Rechts Jemanden vor Gericht als bevorzugt oder bevorrechtet erscheinen lassen kann. Den treffendsten Einwand erhebt er übrigens auffallender Weise selbst einige Zeilen weiter, indem er sagt: „der Staatsprocurator vertritt zwar nicht das Interesse dieser Personen, vielmehr nur das Interesse richtiger Gesetzesanwendung, und es haben also die Gegner dieser Personen gleichen Vortheil von dessen Thätigkeit.“ Gegenüber einer solchen, selbst erhobenen Widerlegung ist der Nachsatz: „Immer aber besteht in dieser vermehrten Garantie für Erlangung des wahren Rechts eine Bevorrechtung“ vollständig gewichtlos und wir müssen es für eine Zeitverschwendung ansehen, unsererseits noch andere Gegengründe aufzustellen.

Wie angedeutet, bestimmt unser Gesetz nach dem Vorgange der französischen und anderer Processordnungen, dass die Staatsanwaltschaft in allen Sachen der Minderjährigen gehört werde, es macht also keinen Unterschied, ob der Minderjährige wirklich einen Vormund hat oder nicht, ob er unter Vormundschaft oder unter Curatel steht, denn gesetzlich wird die Minderjährigkeit bis zur erlangten Volljährigkeit, d. h. bis zum ein und zwanzigsten Jahr gerechnet. Im Gesetz ist ferner die Frage offen gelassen, ob ein directes Interesse des Minder-

jährigen, als direct Betheiligter oder als Intervenient, erforderlich sei, oder ob schon bei indirectem der Staatsanwalt gehört werden müsse. Uns scheint nur das Erste richtig zu sein. Im anderen Fall müssen die Interessen einen Volljährigen in erster Linie angehen und es ist anzunehmen, dass er sie wahren und dadurch auch die indirect engagirten Interessen des Minderjährigen schützen werde. Eine Cassationshofentscheidung hat die Frage einigermaßen verneinend, also in unserem Sinn entschieden⁶⁾. Wir sagten einigermaßen, weil wir uns nicht der Meinung des Autors der „Civilcassationspractik“ vollständig anschliessen können, welcher in der erwähnten Entscheidung eine negirende Antwort der Frage erblickt, ob bei indirectem Interesse Minderjähriger der Staatsanwalt gehört werden müsse⁷⁾. Die Entscheidung bezog sich nämlich auf einen Fall, in welchem das friedensrichterliche Plenum entschieden hatte ohne das Gutachten des Staatsanwaltssubstituten zu verlangen und deshalb von einem Betheiligten, Pokrowsky, ein Cassationsgesuch eingereicht worden war. Das Gesuch wurde unberücksichtigt gelassen aus fünf Gründen, von denen uns nur der letzte interessirt. Er lautet: „weil der Streit zwischen Pokrowsky und Fürst Meschtschersky über die Verantwortlichkeit für die Begräbnisskosten der Frau Pokrowsky die Kinder des Pokrowsky nicht berührte (не касаясь детей) und sich daher kein gesetzlicher Grund darbietet, das Gutachten des Staatsanwaltssubstituten einzulangen, ausserdem Pokrowsky zur Erhärtung seiner Angabe über die Minderjährigkeit seiner Kinder keine Beweise beigebracht hat“, so findet der Senat keinen Grund zur Abänderung.

Aus der letzten Aeusserung ersehen wir, dass die Sache sich anders gestellt hätte, wenn Pokrowsky die Beweise beige-

6) Ръш. Гражд. Кассац. Депар. 1867, No. 38.

7) Гражд. Практика Кассационнаго Сената по вопросам Судопроизводства. СПб. 1867, p. 138—139.

bracht hätte, denn welchen Grund könnte sonst die beigefügte Erwähnung, dass er es nicht gethan, haben, und dieser Umstand bewog uns dazu, in dieser Entscheidung keine rückhaltlose Verneinung jener Frage zu erblicken.

Auch die französische Cassationspraxis hat dahin entschieden, dass der Staatsanwalt nur gehört werden müsse, wenn der Minderjährige direct betheiligt sei ⁸⁾.

Der Rechtsstreit muss ausserdem während der Minderjährigkeit verhandelt werden. Es genügt nicht, wenn er während derselben entstanden ist. Dieses erscheint gerechtfertigt, weil durch die erlangte Volljährigkeit alle Gründe schwinden, welche das Gutachten des Staatsanwalts nothwendig machen, und der nunmehr Volljährige selbst seine Rechte muss vertreten können. In diesem Sinn hat auch der Cassationshof entschieden ⁹⁾. Oben wurde gesagt, dass die Staatsanwaltschaft in allen Sachen der Minderjährigen gehört werden müsse. Darin liegt, dass ihr Wirkungskreis sich nicht allein auf die *jurisdictio contentiosa*, sondern ebenso sehr auf die *voluntaria* bezieht, wie bei der Erbtheilung und der Einlösung des Erbgutrechts ¹⁰⁾. Es können ja auch bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit Rechte Minderjähriger verletzt werden.

Wir gelangen nun zur Frage, welchen Character hat die Staatsanwaltschaft, wenn sie in Sachen Minderjähriger auftritt? Wir würden diese Frage zu beantworten, für überflüssig halten, wären nicht in letzter Zeit Ansichten geäußert worden, gegen die wir strict opponiren müssen ¹¹⁾. Es ist abermals der Staatsanwaltschaft in dieser Beziehung ein anderer Character als der einer Nebenpartei vindicirt worden und das mit Unrecht, denn

8) Bioche, Bd. V. p. 108 No. 196.

9) Раш. Гражд. Кассацион. Департ. 1867. No. 393.

10) Ст. 1423, 1450. Уст. Гр. Суд.

11) Судебный Вестникъ 1868 No. 83.

wie schon mehrmals erklärt worden, kennt die russische C.P.O. beim Staatsanwalt nur den Character einer Nebenpartei. Eine Ausnahme könnte höchstens da stattfinden, wo er in Ehesachen in Abwesenheit des Beklagten auftritt, doch selbst diese Ausnahme können wir nicht annehmen, wie im § 9 das Nähere zu lesen steht.

Die uns in Bezug auf die Frage über den Character des Staatsanwalts entgegengesetzte Meinung behauptet nun zwar nicht, dass er der einer Hauptpartei sei, schreibt ihr aber einen solchen zu, wie er weder in der französischen, noch irgend einer anderen Processordnung, noch in unserem Gesetz und dessen Motiven vorkommt. Da ein, mit Al. Br. unterzeichneter Artikel der Gerichtszeitung sich leider von den weit früher geschriebenen, die richtige Ansicht klar darliegenden Leitartikeln der Gerichtszeitung nicht hat leiten lassen, halten wir es für unsere Pflicht, dem Verfasser, wenn auch nur flüchtig, entgegenzutreten ¹²⁾. Wir können das nicht ohne zugleich Lochwitzki zu berücksichtigen ¹³⁾. Lochwitzki meint: „der Staatsanwalt ist der Alliirte (союзникъ) des Advocaten eines Minderjährigen, er ist der zweite Advocat ex officio.“ Der Staatsanwalt ist nach seiner Ansicht also nicht Hauptpartei, weil er als solcher nicht als Alliirter, sondern als erster Advocat auftreten und als gewöhnliche Partei handeln müsste; Nebenpartei kann er nicht sein, da er überhaupt als Advocat und somit Partei nehmend aufgetreten ist. Da der Staatsanwalt nun weder Haupt-, noch Nebenpartei sein soll, kann es nicht befremden, wenn ihm von Lochwitzki ganz eigenthümliche Pflichten zugesprochen werden. Er soll unter Anderem, wenn er überzeugt ist, der Minderjährige sei im Unrecht, nur sagen, er habe den Worten von dessen Vertheidiger nichts hinzuzufügen. Ein Antrag gegen den Minderjährigen

12) Судебный Вестникъ 1867 No. 59.

13) С. В. 1867 No. 58.

dürfe von ihm trotz besseren Wissens nicht gestellt werden, „denn“, sagt genannter Autor, „er wird von dem Gesetz als Vertheidiger und als nichts mehr (ничего болѣе) aufgefasst.“

Diese unserer Ansicht nach schon längst entschiedene Controverse ist jüngst wiederum vom obengenannten Al. Br. durch eine Wiederholung der Lochwitzki'schen Bemerkung aufgeführt worden ¹⁴⁾. Auch Al. Br. basirt seine Behauptung auf die Motive zum Art. 343, aus denen er folgenden Satz hervorhebt: „die Sachen Minderjähriger unterliegen vorzugsweise der Sorge des Staatsanwalts; der Staatsanwalt kann die Rechte Minderjähriger nicht nur vertheidigen u. s. w.“ Dazu fügt er seine eigene Bemerkung hinzu: „der Wille des Gesetzgebers ist offenbar: der Staatsanwalt kann sich nicht als Antagonisten derjenigen Personen hinstellen, zum Vortheil welcher das Gesetz seine Mitwirkung am Process verordnete.“ Auch in dem Punct repetirt Al. Br. die Meinung Lochwitzki's, dass er behauptet betreffenden Falles müsse der Staatsanwalt bemerken, er habe den Worten des Vertheidigers nichts hinzuzufügen.

Die angeführte Ansicht stützt sich auf willkürlich herausgerissene Stellen aus den Motiven zur C.P.O., wobei widersprechende Passus gänzlich unberücksichtigt bleiben. Wir wollen indessen diese unberücksichtigten Stellen derselben Motive unsererseits zur Geltung zu bringen suchen ¹⁵⁾. Einige Beispiele werden genügen:

„Bei Feststellung der Angelegenheiten, in welchen der Staatsanwalt vor Gericht seine gutachtliche Aeusserung abzugeben hat, muss man sich streng an die oben angegebene Grundlage halten, im Gesetz muss hingewiesen werden nicht auf die Personen, deren Rechte der Staatsanwalt schützen müsse,

14) C. B. 1868 No. 83.

15) Судебн. Уст. съ излож. раз. etc. Ч. I. p. 179.

sondern auf die Angelegenheiten selbst, in denen nach der natürlichen Ordnung der Dinge die Theilnehmer nicht die Bedeutung haben können, wie die Parteien selbst, und nur in diesen Angelegenheiten muss es dem Staatsanwalt zur Pflicht gemacht sein, in gleicher Weise zu schützen weniger die Rechte der Personen oder Ressorts, sondern besonders die Kraft des Gesetzes selbst (и только въ этихъ дѣлахъ слѣдуетъ вмѣнить прокурору въ обязанность одинакаго защищать не права лицъ или вѣдомствъ, а самую силу закона).“ Weiter unten ist im selben Abschnitt gesagt: „Anders wäre es, wenn man die Mitwirkung des Staatsanwalts nur in Kronsverwaltungssachen behalten hätte und sie in allen anderen beseitigt hätte, dann würde der Staatsanwalt nach dem Gesetz selbst sich nicht als Hüter der Kraft und des genauen Sinnes des Gesetzes ansehen, sondern als einen Vertheidiger der Kronsrechte, als einen Advocaten, für welche die Entscheidung zu Gunsten seines Clienten immer wichtiger ist, als den Sinn des Gesetzes in rechtes Licht zu stellen und für seine richtige Anwendung zu sorgen.“

Diese Worte der Motive werden wol genügen.

Wir fügen noch die Bemerkung hinzu, dass die französische Praxis und Literatur unsere Ansicht vom Character der Thätigkeit des Staatsanwalts in Sachen Minderjähriger ¹⁶⁾, und unsere Meinung, er habe seiner Ueberzeugung folgend unter Umständen auch gegen den Minderjährigen zu concludiren, vollständig bestätigen. — Wenn Lochwitzki und sein Nachbeter ihre sogenannten „practischen Bemerkungen“ damit motiviren, tadelnd zu äussern, es sei in der russischen Praxis vorgekommen, dass Staatsanwälte gegen Minderjährige Anträge gestellt, so erfüllt uns das mit Befriedigung, als Beweis für den ge-

16) Moulou, p. 92; Bioche, V. p. 113, No. 226; Ortolan, I. p. 78.

sunden und für wahres Recht einstehenden Sinn unserer Staatsanwälte.

Wie Herr Lochwitzki sich übrigens in den Consequenzen seiner Ansicht, der Staatsanwalt dürfe nicht gegen Minderjährige concludiren, zurechtfinden wird, können wir uns nicht recht erklären.

Nehmen wir, um uns die Consequenzen recht zu vergegenwärtigen, einen Fall an, der gewiss leicht eintreten kann. Es ist ein Rechtsstreit zwischen zwei Minderjährigen, von denen der eine natürlich im Recht ist, der andere nicht. Der Staatsanwalt, der gern der Ansicht des Herrn Lochwitzki folgen möchte, sieht sich in peinlichster Verlegenheit. Einen Antrag soll er gegen den einen Minderjährigen nicht stellen dürfen. Will er sich damit begnügen, den Vortretern zu sagen: „Meine Herren, ich habe ihren Worten nichts hinzuzufügen“, — so geräth er in Conflict mit dem Gesetz, welches den im Rechte stehenden Minderjährigen seinem Schutze anvertraut. Entschliesst er sich dazu, im Gutachten die Vertheidigung des Berechtigten hervorzuheben, so kann er das nicht thun, ohne den Anderen anzugreifen, was Herr Lochwitzki ihm ja streng untersagt. — Wir können dem Staatsanwalt nur dadurch aus dem Dilemma helfen, dass wir ihm rathen, sich lieber nicht an die „practische Bemerkung“ des Herrn Lochwitzki und dessen Echo zu halten. Wir werden das jedenfalls erst dann thun, wenn es möglich geworden sein wird, in einem Civilstreit die eine Partei zu vertheidigen, ohne die andere anzugreifen, oder wenn eine Person zu gleicher Zeit angreifen und vertheidigen kann. Bis zu diesem Zeitpunkt gedenken wir bei unserer Ansicht zu verharren. Aber, kann man uns vielleicht einwenden, bei Minderjährigen gegen Minderjährige wird der Herr Lochwitzki und sein verkappter Regeant, Al. Br., es wol nicht so genau nehmen, da diese ja sonst gesetzlich gleichgestellt

sind, dürfe der Staatsanwalt gegen einen von ihnen concludiren. Wir bedauern Jeden, der einen solchen Einwand erhebt, wollen ihn indessen als berechtigt zugeben, dann aber fragen wir, wie steht es in den Fällen, wo ein Minderjähriger gegen ein Kronsressort, einen Wahnsinnigen, Taubstummen oder Blödsinnigen processirt? Soll das Kronsressort, der Blödsinnige oder Wahnsinnige vor dem Minderjährigen bevorzugt werden oder umgekehrt? Und weshalb? — Wir gehen weiter in der Besprechung des Lochwitzki'schen Artikels, denn noch haben wir ja nicht gelernt, welche Stellung der Staatsanwalt eigentlich in Sachen der Minderjährigen einnehmen solle, wenn seiner Ueberzeugung nach das Recht beim Gegner ist, da er weder Haupt-, noch Nebenpartei sein kann. Er hat, so erfahren wir, genau dieselbe Stellung, wie der Officialvertheidiger im Criminalverfahren bei der Ueberzeugung von der Schuld seines Schützlings. Wir können diesen Vergleich, denn mehr können wir darin doch beim besten Willen nicht sehen, wol mit dem Sprüchwort entschuldigen: omne simile claudicat, aber übereinstimmen können wir nicht. — Denn der Criminalvertheidiger hat auch in den Fällen, wo er von der vollen Schuld überzeugt ist, Milderungs- und Minderungsgründe vorzuführen, er muss Alles für seinen Schützling, was ein rechtlicher Mann vernünftiger Weise irgend zur Entschuldigung anführen könnte, sagen; auch wo er nicht überzeugt ist, dass sein Schützling milder zu beurtheilen ist, als die Anklage es thut, muss er die andere, wenigstens mögliche Anschauung vor Richtern und Geschworenen zur Geltung bringen, und das kann er ja Alles ausgezeichnet mit den Grundsätzen des Rechts und der Ehre, die ihm allerdings vor Allem heilig sein müssen, vereinen. Und der Staatsanwalt? — Das Gesetz und die Motive heben immer wieder hervor, dass er den „pünktlichen Sinn der geltenden Bestimmungen zu wahren“ habe, ohne Rücksicht auf irgend eine Person. Wie stimmt

da die Parallele? Die Linien, die überall in gleicher Entfernung von einander laufen sollten, divergiren so stark, dass sie sich in entgegengesetzter Richtung verlieren.

Ueber die Taubstummen und Wahnsinnigen ist nur zu bemerken, dass der Wirkungskreis des Staatsanwalts derselbe ist, wie bei den Minderjährigen ¹⁷⁾. Auch bei den Wahnsinnigen ist, wie aus einem Cassationsurtheil ersichtlich, das Gutachten nur dann nothwendig, wenn ein directes Interesse derselben vorhanden ist, wenn sie also Theilnehmer (участники) sind.

Was die Theilnahme der Staatsanwaltschaft bei der Wahnsinnerklärung, bei der Erklärung für taubstumm oder stumm betrifft, so hat das Project, welches einzusehen wir allerdings Gelegenheit gehabt, noch nicht Gesetzeskraft erlangt und wird daher von uns übergangen ¹⁸⁾.

Hinsichtlich der Abwesenden oder, besser gesagt, Verschollenen ist die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft ebenfalls eine verschiedenartige. Wir bemerken hier kurz, um Missverständnisse zu vermeiden, dass wir unter dem Ausdruck „verschollen“ nicht die im Sinne des Pandectenrechts, sondern die im Sinne des russischen Rechts Verschollenen (безвѣстно отсутствующіе) meinen.

1) Die Staatsanwaltschaft kann, wenn sie genügende Gründe hat, Jemanden für präsumtiv verschollen zu halten, vor Gericht einen Antrag auf Sicherung seines Vermögens und auf öffentliche Vorladung stellen ¹⁹⁾. Ob ihr das Recht eines solchen Antrags auch dann zusteht, wenn Personen vorhanden sind, die

17) Ст. 179, 343 п. 3, 1423, 1450 Уст. Гр. Суд.

18) Проектъ редакціи статей (составленъ на основаніи замѣчаній Министра Юстиціи): I. Объ свидѣтельствovanіи умалишенныхъ, слабоумныхъ, глухонемыхъ и нѣмыхъ.

19) Ст. 1451. Уст. Гр. Суд.

Ansprüche auf das Vermögen des vermuthlich Verschollenen haben, oder nur dann, wenn solche Personen nicht vorhanden sind, darüber lässt uns das Gesetz im Zweifel. Uns erscheint das Erste richtig. Die Personen, welche ein Interesse am Vermögen des vermuthlich Verschollenen haben, können aus irgend welchem Grunde den Antrag auf öffentliche Vorladung und Schutz des Vermögens unterlassen und der vermuthlich Verschollene dadurch in Nachtheil gerathen. Dem soll der Antrag des Staatsanwalts vorbeugen. Er muss zu gleicher Zeit Belege dafür beibringen, warum er den Abwesenden für verschollen hält ²⁰⁾. — Die Bestimmung, dass der Antragsteller eine Geldsumme zur Bestreitung der Publicationskosten beilege, bezieht sich nicht auf die Person des Staatsanwalts, da die Staatskasse die Auslage zu machen und nachher aus dem etwaigen Vermögen des Verschollenen beizutreiben hat.

Die Staatsanwaltschaft muss Sorge dafür tragen, dass die Vorladung rechtzeitig angesetzt werde. Sie hat nach Ablauf von 5 Jahren seit der Publication das Bezirksgericht zu ersuchen, zur Beprüfung der Sache zu schreiten, bei welcher sie wiederum Anträge zu stellen berechtigt ist ²¹⁾.

2) Die Staatsanwaltschaft giebt ihre gutachtliche Aeusserung sowol vor dem ersten Antrag auf öffentliche Vorladung und Sicherung des Vermögens, als auch vor der Verschollenheitserklärung selbst ab ²²⁾.

3) Das Recht und die Pflicht der Begutachtung erstreckt sich auch auf alle Fälle, in denen vermuthlich Verschollene und zwar direct betheiligte sind ²³⁾.

Es fragt sich nun, ob das Recht der Begutachtung sich

20) Ст. 1452. Уст. Гр. Суд.

21) Ст. 1455 ibid.

22) Ст. 1453, 1457 ibid.

23) Ст. 343 п. 3, 1423, 1450 ibid.

bis zum Zeitpunkt der gerichtlichen Verschollenheitserklärung (also innerhalb der Verjährungsfrist, in welchem der Verschollene sein Vermögen zurückerhalten kann) oder ob es sich auch auf die Zeit nach jener Erklärung erstreckt. Wir entscheiden uns für die letztere Auffassung, denn ohne die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft sehen wir keine Garantie dafür, dass der Nachfolger des Vermögens dasselbe nicht in der Frist, innerhalb welcher der etwa Verschollene es zurückverlangen kann, vergeudet oder verliert.

Für die Angelegenheiten der Verschollenen beim Friedensgerichte verlangt die C.P.O. nicht ausdrücklich die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft. Da wir durchaus keinen annehmbaren Grund dafür finden können, warum die Verschollenen in Sachen vor dem Friedensrichter weniger des gesetzlichen Schutzes bedürftig sein sollen als vor den allgemeinen Gerichten, müssen wir das für eine Ungenauigkeit der Redaction ansehen, die nur durch den mehrfach citirten Art. 80 der C.P.O. ausgeglichen werden kann.

§ 9. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft in Ehesachen und in Verhandlungen über gesetzmässige Geburt.

Die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft in Ehesachen beschränkt sich nach unserer Processordnung auf Streitigkeiten über persönliche und Vermögensrechte, welche aus gesetzmässiger Ehe entspringen. In fremden Gesetzen hat die Staatsanwaltschaft das Recht, eine Klage auf Nichtigkeitserklärung der Ehe anzustellen, und hat auch die Mitwirkung bei Trennung oder Scheidung der Ehegatten; bei uns competirt dieses Alles nicht vor die Civil-, sondern vor die geistlichen Gerichte, folglich ist auch die Staatsanwaltschaft der Mitwirkung enthoben.

Die Ehe zieht sowol für die Gatten, als auch für die durch sie in gesetzmässiger Ehe gezeugten Kinder bedeutende Folgen nach sich, welche in Vermögens- oder persönlichen Rechten bestehen. Da vermöge des Characters der Ehe, als eines dem Staat zweifellos wichtigen Instituts, Streitigkeiten über angegebener Massen entstandene Rechte nicht sowol persönliche, als besonders staatliche Interessen berühren, ist in ihnen die Thätigkeit des Staatsanwalts erforderlich und auch durch das Gesetz geboten¹⁾. Welchen Charakter diese Thätigkeit haben soll, ist aus dem Gesetz, welches hier Gelegenheit zu einer Controverse bietet, selbst nicht unmittelbar zu erkennen. Ueber den Character der Thätigkeit des Staatsanwalts in Ehesachen etc., wo nur eine gutachtliche Aeusserung verlangt wird, kann zwar kein Zweifel entstehen, er ist offenbar der einer Nebenpartei, was aus der Gesetzgebung und Praxis gleicher Weise ersichtlich ist²⁾. Desto schwieriger ist aber die Entscheidung, wenn ihm ausser dem Gutachten grössere und weit greifendere Befugnisse zustehen³⁾, und das ist der Fall, wo der Beklagte nicht vor Gericht zugegen ist, oder wo die Person, gegen die der Angriff sich richtet, gestorben oder unerreichbar ist. Die Controverse über die Auffassung dieses Falls wollen wir einer Beurtheilung unterziehen.

Man kann hier nämlich in der staatsanwaltlichen Stellung sowol den Character einer Haupt-, als andererseits einer Nebenpartei erkennen wollen.

Für die erste Ansicht sprechen folgende Gründe:

1) dass der Staatsanwaltschaft die Verpflichtung, Beweise herbeizuschaffen, obliegt, um unberechtigte Ansprüche widerlegen zu können;

1) Ст. 343 п 7, 1343 Уст. Гр. Суд.

2) Судебный Вѣстникъ 1867 No. 24 56.

3) Ст. 1344—1345. Уст. Гр. Суд.

2) dass dem Staatsanwalt der Gebrauch der Rechtsmittel freisteht;

3) dass bei dem Gebrauch der Rechtsmittel die gewöhnlichen Regeln für von Privatpersonen angestellte Appellations- und Nichtigkeitsbeschwerden Geltung haben.

Aus diesen drei Momenten kann die Folgerung gezogen werden, dass der Staatsanwalt in dem obenbezeichneten Fall den Character einer Hauptpartei und zwar des Beklagten habe.

Die zweite Ansicht könnte auf Nachstehendem beruhen.

1) In allen Ehesachen schreibt das Gesetz dem Staatsanwalt die Abgabe einer gutachtlichen Aeusserung zu; es vindicirt ihm also eine unparteiische Stellung, d. h. eine über den wirklichen oder, wie hier blos, fingirten Parteien. Wie soll sich mit dieser Unparteilichkeit die Rolle eines Beklagten oder auch des Vertreters desselben, wenn nämlich der Beklagte nicht am Leben oder nicht gegenwärtig ist, vereinigen lassen? Hier liegt ein unlösbarer Widerspruch vor. Entweder giebt man es auf, den Staatsanwalt als Hauptpartei zu betrachten, oder man muss, wenn man dabei beharrt, das Verlangen nach einem unparteiischen Gutachten aufgeben, womit man den gesetzlichen Anforderungen entschieden entgegentritt.

2) Das Herbeischaffen der Beweise hat den Zweck, dem Staatsanwalt die Abgabe eines Gutachtens überhaupt zu ermöglichen, nicht aber soll er dadurch zur Hauptpartei gestempelt werden. Wo beide Parteien factisch vor Gericht vertreten sind, geht von beiden Seiten die Beweisvorlage aus, die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bei derselben ist nicht erforderlich, sie kann sich darauf beschränken, das von verschiedenen Seiten herbeigeschaffte Material von Standpunkt der Gerechtigkeit und des Gesetzes aus zu beleuchten. Hier aber stellt sich die Sache ganz anders. Das vorliegende Material ist einseitig herbeigeschafft, die Beweise sind nur von einer Partei

vorgeführt, da die andere ja nur fingirt wird; soll also ein wirklich unparteiisches Gutachten angegeben werden, so muss die Staatsanwaltschaft nothwendig auch die etwaigen Gegenbeweise in Berücksichtigung ziehen. Das kann nicht geschehen, ohne sie herbeizuschaffen. So ist das Herbeischaffen nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zu einem anderen Zweck aufzufassen, wodurch der scheinbar entscheidend für die erste Ansicht sprechende Grund entkräftet wird.

3) Es findet zwischen dem Kläger und dem Staatsanwalt keine vorläufige schriftliche Instruction statt, wie sonst stets im Civilprocesse, sondern es werden nur, wie gewöhnlich, die Acten dem Staatsanwalt zur Vorbereitung seiner gutachtlichen Aeusserung überliefert; ein fernerer Grund dafür, dass hier eine Nebenpartei zu finden ist, keine Hauptpartei.

4) Das Gesetz schreibt nicht vor, dass der Kläger mit dem Staatsanwalt in eine Verhandlung treten darf; der Art. 347 gestattet den Parteien, nach der Rede des Staatsanwalts nur auf die Irrthümer hinzuweisen, die er etwa bei Darlegung der thatsächlichen Umstände begangen hat. Eine andere Bestimmung findet sich im Gesetz über diesen Punkt nicht. Wie kann man sich nun zwei Parteien im Civilstreit denken, ohne dass eine eigentliche Verhandlung zwischen ihnen gesetzlich gestattet ist?

5) Alle Gesetzgebungen, welche dem Staatsanwalt im Civilverfahren die Stellung einer Hauptpartei einräumen, setzen fest, dass, wo das geschieht, ein Recusationsrecht gegen den Staatsanwalt geltend gemacht werden dürfe. Unsere Gesetzgebung gestattet es nie, den Staatsanwalt abzulehnen. In gesetzlich feststehenden Fällen muss er selbst zurücktreten. Hätte das Gesetz den Staatsanwalt in den oben erwähnten Ehesachen zur Hauptpartei bestimmt, so hätte auch gesagt werden müssen, dass er sich selbst nicht zu recusiren brauche, was nicht geschehen ist.

6) Wäre der Staatsanwalt Hauptpartei, wirklich Beklagter, so müsste er auch in die Kosten verurtheilt werden können, oder der Staat müsste sie für ihn tragen, wie in anderen Staaten. Bei uns findet sich kein Wort darüber.

Wägen wir nun die Gründe für beide Ansichten ab, so neigt sich das Uebergewicht zur zweiten, wir schliessen uns ihr dem zu Folge an, zumal, wie oben im § 8. schon gezeigt, das Gesetz überall im Civilverfahren keine andere Stellung der Staatsanwaltschaft als die einer Nebenpartei kennt und jede andere ihrer Aufgabe als Organ des Gesetzes widerspricht.

Welchen Weg die Praxis bei Beantwortung der Controverse eingeschlagen, ist uns leider unbekannt geblieben, da auch die Gerichtszeitung, die sonst unschätzbare und ergiebige Quelle zur Bearbeitung unserer Processordnungen, darüber schweigt. Durch Privaterkundigungen ist es uns ebenfalls leider nicht gelungen, genügenden Aufschluss zu erhalten.

Wir wollen uns durchaus nicht anmassen, dies sei zum Schluss bemerkt, die von uns aufgestellte Ansicht als die allein richtige auszugeben, da wir uns nicht verhehlen können, dass die von uns gefundene Begründung ihre Mängel hat. Gern wollen wir uns einer gründlichen und sachgemässen Belehrung fügen. Es kam uns hauptsächlich darauf an, die Frage zur Anregung zu bringen, ein anderes Verdienst beanspruchen wir nicht.

§ 10. Die Thätigkeit der Staatsanwaltschaft im Cassationsverfahren.

Die Stellung des Cassationshofes zu den anderen Gerichten, wie auch seine Aufgabe bestimmen den Character der staatsanwaltlichen Thätigkeit vor demselben. Die Aufgabe besteht nicht in der Regelung der Rechte zwischen den Parteien, sondern in der Aufsicht darüber, dass die Kraft des Gesetzes sorg-

fältig gewahrt bleibe und dass das Gesetz einheitlich in der Rechtssprechung durch das ganze Reich hin vollzogen werde. Der Staatsanwalt verfolgt in seinem Amtskreise ganz ähnliche Tendenzen. Auch er ist ja Organ des Gesetzes und Vertreter des genaueren Sinnes der bestehenden Bestimmungen.

Wenn wir nun die Zweckmässigkeit und Nothwendigkeit der Anhörung des Staatsanwalts in verschiedenen wichtigen Angelegenheiten vor den Bezirks- und Appellationsgerichten nachzuweisen versuchten, so beziehen sich die angeführten Gründe mit ebenso viel mehr Gewicht auf den Cassationshof, wie dessen Aufgabe die der genannten Gerichte überwiegt. Grade dieser erhabenen Stellung des Cassationshofes gemäss, als der höchsten Instanz des ganzen Reiches, scheint uns die Anordnung des Gesetzgebers zu sein, welche den Staatsanwalt hier vor allen Entscheidungen anzuhören anbefiehlt, ohne irgend eine Unterscheidung in den einzelnen Categorien der Fälle zu ziehn ¹⁾.

Wenn nun das friedensrichterliche Plenum, selbstverständlich in sehr beschränktem Massstabe, eine dem Cassationshofe vollständig analoge Stellung in Hinsicht der Urtheile der Friedensrichter, derentwegen Cassation eingelegt worden, einnimmt, so folgt unseres Erachtens daraus, dass auch der Staatsanwalts-substitut im Plenum eine analoge Wirksamkeit ausüben muss. Also auch hier hat der Staatsanwalts-substitut unserer Meinung nach, obgleich das Gesetz darüber nichts feststellt, in allen Fällen seine gutachtliche Aeusserung abzugeben. Der Sinn der Institute spricht dafür. Im Cassationshofe, wo durch langjährigen Dienst erprobte Juristen sitzen, hat der Staatsanwalt jedes Mal zu sprechen, wieviel mehr muss das Gleiche im friedensrichterlichen Plenum stattfinden, welches nicht aus Juristen besteht, sondern oft genug aus in der Gerichtspraxis gänzlich

1) Ct. 804. Уст. Гр. Суда.

unerfahrenen Männern, die ausserdem innerhalb dreier Jahre völlig durch neu Eintretende ergänzt werden können, dennoch aber in kleinem Kreise ganz gleiche Ziele verfolgen soll, wie der Cassationshof, nämlich richtige und gleichmässige Anwendung des Gesetzes. Diese Aufgabe muss dem Plenum wesentlich erleichtert, ja überhaupt erst möglich gemacht werden durch die Mitwirkung des Organs des Gesetzes. Wir bekräftigen diese unsere Ansicht durch die vor und bei der Justizreorganisation laut gewordenen Meinungsäusserungen in der Literatur²⁾, so wie durch eine uns bekannt gewordene Verfügung einer allgemeinen Versammlung des friedensrichterlichen Plenums im Borow'schen Friedensbezirk³⁾. Ob die Praxis auch sonst der richtigen Ansicht huldigt, ist uns unbekannt geblieben, jedenfalls hoffen wir, dass etwaige Abweichungen bald nach ihr verändert werden.

2) Буцковский, Очеркъ кассационнаго Порядка отмены рѣшеній по судебнымъ уставамъ 1864 года. Спб. П. 1866; Судебный Вѣстникъ 1866, No 2.

3) Судебный Вѣстникъ 1867, No. 171.

T h e s e n .

1. Servituten können durch blossen Vertrag begründet werden.
 2. Die Quasipupillarsubstitution ist auf die gesammte Erbschaft eines wahnsinnigen Kindes zu beziehen.
 3. Die Ansicht, dass es im russischen Recht keine res nullius giebt, ist durchaus zu verwerfen.
 4. Der Unterschied zwischen den res corporales und res incorporales ist durchaus nicht der zwischen имущества наличныя и долговыя.
 5. Der Rückfall ist als der einzige allgemeine Strafschärfungsgrund zu betrachten.
 6. Die Recusation der Geschworenen sollte stets eine peremtorische sein.
 7. Bei der Voruntersuchung ist die Zulassung der Vertheidigung nicht rathsam.
-