

Ein Schlußwort

in der

Controverse über den Einfluß der Bestimmungen

des Allerhöchst bestätigten Reichsrathsgutachtens

vom 3. Juni 1886

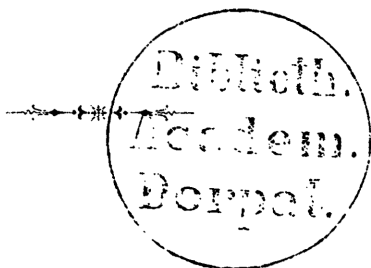
auf die summarischen Prozesse, den Nachlaßedictalproceß
und den Concursproceß der Ostseeprovinzen

VON

Mag. juris **Ferdinand Seraphim,**

Oberhofgerichtsadvocat in *Mitau*.

Ar. 57, 495.



Mitau 1886.

Verlag von Victor Felsko.

(Dr. Luca'sche Buchhandlung.)

Довожено цензурою. Рига, 22-го Декабря 1886 года.

32+

287

Гedruckt bei F. F. Steffenhagen und Sohn in Mitau.

Derselbe Zweck der Klärung der Sache, den ich verfolgte, als ich gegen die Resultate, zu denen Schieman in seiner Abhandlung über den Einfluß der Proceßnovelle vom 3. Juni 1886 auf die summarischen Proceße der Ostseeprovinzen gelangt war, in einer kleinen Gegenschrift¹⁾ Bedenken erhob, veranlaßt mich auch jetzt zu einigen Schlußbemerkungen gegen die Argumente, mit denen Schieman neuerdings²⁾ meine Bedenken widerlegen zu können glaubt.

Ich will mich hier im Interesse der Sache wesentlich nur auf diejenigen Punkte beschränken, in welchen Schieman und ich in Folge unserer verschiedenen Grundauffassung zu von einander abweichenden Resultaten gelangen und die Verschiedenheit unserer Grundauffassung betrifft eben die Frage, was unter den „nicht strittigen“ Sachen zu verstehen ist, von denen das R.-N.-G.-A. vom 28. Mai 1880 im Punkte 13 des Art. 31 spricht?

Schieman vertritt die Anschauung, daß in dem gedachten Punkte 13 von „unstrittigen“ Sachen im Sinne der Terminologie des russischen Civilprocesses die Rede sei, im Gegensatz zu den „strittigen“ des russischen Civilprocesses, auf welche allein die Bestimmungen des neuen Gesetzes über öffentlichen Vortrag und Appellation berechnet wären.

Im Gegensatz zu dieser Anschauung verrete ich die Ansicht, daß der Punkt 13 des Art. 31 l. c. von „unstritti-

1) Der Einfluß der Bestimmungen des Allerhöchst bestätigten Reichsrathsgutachtens vom 3. Juni 1886 auf die summarischen Proceße, den Nachlassdictalproceß und den Concurßproceß der Ostseeprovinzen. — Mitau 1886. Verlag von Victor Felsko (Fr. Lucasche Buchhandlung).

2) Nochmals über die Behandlung der summarischen Proceße nach der Proceßnovelle vom 3. Juni 1886 von Julius Schieman, Oberhofgerichtsadvocat in Mitau. Mitau 1886. Verlag von Victor Felsko (Fr. Lucasche Buchhandlung).

gen“ Sachen im Sinne unseres Provinzial-Rechts spreche.

Ich bin dabei von der, auch früher von Schiemann bei der gemeinsamen Berathung der Tragweite der Proceßnovelle vom 3. Juni 1886 in den dazu veranstalteten Versammlungen hiesiger Juristen anerkannten, von mir auch jetzt noch festgehaltenen, Auffassung ausgegangen, daß die in Rede stehende Proceßnovelle nur in einigen, ausdrücklich erwähnten, einzelnen Beziehungen das bisher in den Ostseeprovinzen, hier also das speciell in Kurland, geltende Proceßrecht abändernde Normen enthalte, welche daher, als correctorische Bestimmungen, stricte zu interpretiren und bei deren Interpretation mithin in erster Linie ebendeshalb auch auf das locale Recht zurückzugehen sei.

Von diesem, von mir für richtig gehaltenen, Standpunkte aus habe ich zu den von mir vertretenen Resultaten gelangen müssen.

Schiemann meint nun, ich hätte zu wenig Gewicht darauf gelegt, daß er keinesweges gewisse summarische Proceße den russischen „unstrittigen“ gleichstellen und nach denjenigen Gesetzen beurtheilt wissen wolle, welche nach Reichsrecht für diese Sachen gelten, sondern seinen Ausführungen vielmehr umgekehrt den Gedanken zu Grunde lege, daß die civilprocessualischen Bestimmungen der neuen Gesetze nur auf diejenigen Sachen Bezug haben, welche den „streitigen“ des russischen Rechts gleichgestellt werden können.

Es handele sich also keinesweges darum, die Bestimmungen des russischen Rechts über „unstreitige“ Sachen analog auf einige unserer summarischen Proceße anzuwenden, sondern darum, den Geltungsbereich der neuen civilprocessualischen Gesetze auf das ihnen nach der Absicht des Gesetzgebers zugewiesene Gebiet zu beschränken, während ich, wenn er mich recht verstehe, dieselben über das ihnen nach der Absicht des Gesetzgebers zugewiesene Gebiet erweitere!

So liegt die Sache aber nicht und ich bin allerdings von Schiemann nicht richtig verstanden worden, wenn er mir eine solche Erweiterungstendenz zuschreibt, zu deren Annahme meine Ausführungen in der That keinen Anhalt bieten, die an Deutlichkeit wenigstens nichts zu wünschen übrig lassen dürften.

Die Proceßnovelle vom 3. Juni 1886 enthält eben nicht bloß Bestimmungen über den öffentlichen Vortrag

und die Appellation, sondern auch recht eingehende Bestimmungen über die Sonderbeschwerde und erwähnt dabei im Punkte 13 des von ihr bezogenen Art. 31 des R.-R.-G.-A. vom 28. Mai 1880 auch der Sonderbeschwerde über alle und jede Anordnungen und Verfügungen der Gerichte in „nichtstrittigen“ Sachen.

Wer also mit Schiemann den Begriff der „unstrittigen“ Sachen im Sinne des russischen Civilprocesses auffaßt, erweitert damit eben das Geltungsgebiet der Sonderbeschwerde, mithin also auch die Anwendung der bezüglichen Bestimmungen der in Rede stehenden Proceßnovelle, und beschränkt damit gleichzeitig das Gebiet der Appellation. Wer dagegen mit mir den Begriff der „unstrittigen“ Sachen aus dem provinziellen Rechte erklärt, beschränkt damit ebenso nothwendig deren Gebiet und damit auch das Geltungsgebiet der Sonderbeschwerde gegen alle und jede Verfügungen und Anordnungen des Gerichts in nicht strittigen Sachen, erweitert aber selbstverständlich damit das Geltungsgebiet der Appellation gegen Endurtheile.

Also Erweiterung und resp. Beschränkung der Geltungsgebiete der betreffenden Bestimmungen sind sowohl nach der Schiemannschen, als nach meiner Auffassung nicht zu vermeiden, sie greifen nach beiden Anschauungen, nur in entgegengesetzten Richtungen, Platz und es kann daher nur die Frage sein, was nach der Absicht des Gesetzgebers das Geltungsgebiet der einzelnen Bestimmungen sein soll, welche die Proceßnovelle vom 3. Juni 1886 in theilweiser Abänderung unseres provinziellen Civilproceßrechts aufstellt? Der Absicht des Gesetzgebers aber suchen auch meine Ausführungen gerecht zu werden.

Wenn nun aber unserem provinziellen Civilproceße der Begriff der „unstrittigen“ Sachen des russischen Civilproceßrechts völlig fremd ist, sowohl was die Voraussetzungen, als was die Competenz und das Verfahren anbelangt, wenn ferner bei uns alle Civilproceßsachen, die noch der Entscheidung durch ein richterliches Endurtheil der Justizbehörden bedürfen, den Civiljustizbehörden als „strittige“ überwiesen sind, mithin auch Besitzstreitigkeiten und s. g. liquide Schuldforderungssachen, gleichviel ob die Forderungen durch Verpfändung eines Immobils oder durch Verpfändung beweglicher Sachen sicher gestellt sind oder ob sie solcher Sicherstellung ermangeln, und wenn endlich auch nach russischem Rechte die s. g.

„unstrittigen“ Civilproceßsachen, sofern sie in Folge gewisser Einwendungen des Beklagten der richterlichen Entscheidung bedürfen, zu „strittigen“ Civilproceßsachen werden, was ja auch Schiemann zugiebt, so scheint sich mir darnach mit innerer Nothwendigkeit von selbst zu ergeben, daß bei uns alle Civilproceßsachen, welche schon unmittelbar durch das Gesetz selbst, also unabhängig von gewissen bereits vorgebrachten Behelfen des Beklagten, der richterlichen Entscheidung der Justizbehörden allein, unter Beurtheilung sämmtlicher Behelfe des Beklagten, unterliegen, sicherlich zu den „streitigen“ Civilproceßsachen gehören müssen, wie es bisher bei uns auch immer so gehalten worden ist.

Ich kann daher auch nicht annehmen, daß die für uns neuerdings erlassenen einzelnen civilproceßualischen Bestimmungen der Reichsgesetzgebung, welche eben nur den bei uns geltenden provinziellen Civilproceß in einzelnen Beziehungen abändern wollen, interimistisch den bei uns nie gültig gewesenenen technischen Begriff des russischen Civilproceßes hinsichtlich der „nichtstrittigen“ Civilproceßsachen mit seiner nicht zu verkennenden, weiterhin noch zu erörternden, Tragweite in den Ostseeprovinzen habe zur Geltung bringen wollen und dies noch dazu zu derselben Zeit, wo die russische Civilproceßgesetzgebung in den Gerichtsordnungen v. J. 1864, die ebenfalls alle Civilproceße den Justizbehörden zur Entscheidung, in derselben Weise, wie bei uns, überweisen, die Unterscheidung zwischen „strittigen“ und „unstrittigen“ Civilproceßsachen bereits hatte fallen lassen.

Indem ich mir die Sache nach der Absicht des Gesetzgebers so vorstelle und zurechtlege, sehe ich mich, nach dem Grundsatz, daß correctorische Bestimmungen stricte zu interpretiren sind, hinsichtlich des Begriffes der „unstrittigen“ Sachen denn auch in erster Linie auf unser provinzielles Recht, insbesondere auf die bezüglichen Bestimmungen des Theil I des Allerhöchst bestätigten Provinzialrechts vom Jahre 1845, verwiesen, welche mich zu dem Resultate führen, daß unter dem daselbst gebrauchten Ausdrucke „unstreitige“ Sachen, bei uns lediglich solche Sachen zu verstehen sind:

„in welchen es sich nicht um ein Verfahren zum Zwecke der gerichtlichen, urtheilsmäßigen Erledigung eines dem Gebiete des Privatrechts angehörigen Streitverhältnisses durch die Justizbehörde, also nicht um einen noch erst durch Endurtheil zu entscheidenden Civilproceß, handelt,

sondern lediglich um ihrer Natur nach administrative Sachen, welche bei den Justizbehörden verhandelt werden, mithin auch mit Einschluß der Handlungen der s. g. freiwilligen Gerichtsbarkeit, der *iurisdictiono voluntaria*, unter Hinzufügung auch noch der Handlungen und Acte zur Vollziehung eines vollstreckbaren, in einer Civilsache ergangenen, Urtheils einer Justizbehörde“.

Schiemann bestreitet nun, daß meine Auffassung der „unstrittigen“ Sachen im Theil I des Provinzialrechts begründet sei und ferner, daß sie mit den Bestimmungen des Art. 31 des R.-R.-G.-U. vom 28. Mai 1880 in Einklang zu bringen wäre.

Ich kann das nicht zugeben.

Was zunächst die Art. 1333 Pft. 3 und 1425 Pft. 2 und 3 anbetrifft, so stehen dieselben meiner Auffassung durchaus nicht entgegen. Einmal nämlich stehen sie unter der Rubrik der „unstrittigen“ Sachen, also der eines richterlichen Erkenntnisses nicht mehr resp. überall nicht bedürftigen Sachen, und werden daher auch im russischen Texte als *порядительныя* bezeichnet, und zu denselben auch die Beitreibungen, also Executionen, in den unstrittigen „*безпорныя*“ Forderungsfachen gerechnet, sodann aber erzieht man auch aus dem russischen Texte des Art. 1425 Pft. 3, daß es sich daselbst, ganz ebenso, wie im correspondirenden Art. 1333 Pft. 4, lediglich um die Beitreibung, „*взысканіе*“, bereits unstrittiger, also urtheilsmäßig oder, was dem de jure gleichstehen würde, durch *confessio in jure* anerkannter, Forderungen handelt, der Art. 1425 Pft. 3 also genau dasselbe besagen will, wie der Art. 1333 Pft. 4, nur mit dem Unterschiede, daß die Magistrate in Kurland zur Execution in Schuldforderungsfachen, welche 30 Rbl. S. M. nicht übersteigen, bekanntlich eines Executionsmandats der Regierung nicht bedürfen, sondern auf Antrag des obliegenden Theils die Execution selbst verfügen und durchführen. Der Art. 1333 Pft. 3 stimmt ebenso wieder mit dem Art. 1425 Pft. 2 überein. Gerade der Umstand, daß in dem letzteren Artikel auch von der Verhandlung zur „Wiederherstellung verletzter Rechte“ die Rede ist, weist erst recht deutlich darauf hin, daß es sich hier um „unstrittige“ Sachen nach meiner Auffassung handelt, d. h. also um Wiederherstellung verletzten Besitzes, sowie um Wiederherstellung verletzter Rechte, in Gemäßheit des ergangenen bezüglichen Urtheils, also

zu dessen Vollziehung, denn sonst müßte Schiemann, was er doch sicherlich nicht annimmt und annehmen kann, auch das der Execution vorhergehende Verfahren in allen Sachen, in denen es sich um Wiederherstellung verletzter Rechte handelt, d. h. also mit einem Worte alle Civilproceßsachen, die noch durch Endurtheil der Justizbehörde zu erledigen sind, zu den „unstrittigen“ rechnen, wobei dann freilich kein Raum mehr bliebe für den Begriff der „strittigen“ Civilproceßsachen.

Wenn Schiemann noch Gewicht darauf legt, daß im Artikel 1333 Pft. 3 und 1425 Pft. 2 der Passus enthalten ist: „auf Ansuchen von Privatpersonen oder auf Befehl der Gouvernements-Regierung“ so dürfte auch dies in keiner Weise entscheidend gegen meine Auffassung ins Gewicht fallen, da ja schon das Executionsmandat der Gouvernements-Regierung ein vorgängiges Ansuchen des obsiegenden Theils bei der erkennenden Behörde und deren entsprechende Unterlegung an die Gouvernements-Regierung nothwendig voraussetzt, sodann aber die Parteien die Vollstreckung ja auch als eine nicht zwangsweise gerade durch die erkennende Behörde bei dieser beantragen und hierzu in vielen Fällen ein auf der Hand liegendes Interesse haben können, z. B. im Besitzproceße, wenn der in possessorio unterliegende Theil zum Zwecke der petitorischen Klage das Streitobject unter Mitwirkung des erkennenden Richters bei der urtheilsmäßigen Wiederherstellung des Besizes genau feststellen zu lassen wünscht.

Die Schwierigkeiten, welche der Art. 31 l. c. der Interpretation bereitet, erklären sich m. E. aus der Genesis der jetzigen Fassung dieses, dem Art. 110 des Allerhöchst bestätigten R.-R.-G.-A. vom 11. October 1865 entnommenen und in dem für die Ostseeprovinzen erlassenen Allerhöchst bestätigten R.-R.-G.-A. vom 28. Mai 1880 für die Ostseeprovinzen durch Einschaltung der Punkte 10, 11, 12 und 13 modificirten, Artikels, welche Schwierigkeiten garnicht vorhanden wären, wenn der Punkt 13 hinter dem Punkte 14 eingeschaltet wäre.

Durch den Punkt 15 des Art. 31 l. c. kann aber der Punkt 13 unter keinen Umständen bei meiner Auffassung als völlig bedeutungslos und unnütz hingeseht erachtet werden, wie Schiemann darzulegen versucht, denn der Punkt 13 handelt von denjenigen Sachen, welche nur wegen mangelnder

summa appellabilis nicht zur Appellation geeignet sind, also von echten und rechten Civilproceßsachen, in welchen eben, weil bei ihnen mit Rücksicht auf den Betrag des Streitobject's der Appellationsweg ausgeschlossen ist, als Ersatz für das Rechtsmittel der Appellation, die Sonderbeschwerde gegen sämtliche in der Sache ergangenen Verfügungen und Decrete gestattet wird.

Nach dieser naheliegenden, durch die Wortfassung des Pkt. 15 gegebenen, Auslegung des qu. Punkt 15 erscheint also der Punkt 13, welcher von Anordnungen und Verfügungen in „nichtstrittigen“ Sachen spricht, mitthin von ganz andern Sachen, als den im Punkt 15 behandelten, keineswegs bedeutungslos, sondern hat für sich seine volle Bedeutung.

Dies wird auch dadurch nicht beseitigt, daß nach der Terminologie des russischen Rechts unter dem Ausdrucke „уочта-новленіе“ in den „strittigen“ Civilproceßsachen desselben auch die Endurtheile mitbegriffen sein können. Bei den unstrittigen Sachen des provinziellen Rechts nach meiner Begriffsbestimmung derselben, sind aber Endurtheile überhaupt nicht oder aber nicht mehr möglich, insofern sie die Fällung eines solchen, durch welches sie eben „unstrittige“ werden, voraussetzen. Nach meiner Auffassung resumirt also der Punkt 13, — nur vor, anstatt hinter, dem Punkt 14 eingeschaltet, — als allgemeinen Grundsatz für „nichtstrittige“ Sachen in dem von mir ihnen beigelegten Sinne, was in Betreff einzelner dieser Sachen speciell in den diversen anderen Punkten des Art. 31 gesagt worden.

Daß aber der Art. 35 l. c. speciell noch der hier zu Lande bei den Justizbehörden verhandelten Vormundschaftsachen Erwähnung thut, erklärt sich ebenfalls aus der Umgestaltung, welche dieser, dem Art. 121 des Allerhöchst bestätigten R.-R.-G.-A. vom 11. October 1865 correspondirende und demselben entnommene, Artikel für die Anwendung auf die Ostsee-provinzen erhalten hat, indem an Stelle der im qu. Art. 121 gedachten adligen Vormundschaftsbehörden und Waisengerichte, welche eben nicht Civiljustizbehörden sind, im Art. 35 l. c. die bei uns zu Lande mit der Verwaltung der Vormundschaftsachen betrauten Justizbehörden gesetzt wurden, wobei denn allerdings eine Classe von „nichtstrittigen“ Sachen, die nach meiner Auffassung schon unter den Punkt 13 des des Art. 31 fällt, in solcher Veranlassung sehr erklärlicher Weise noch speciell hervorgehoben wurde.

Ich halte demnach die Gegen Gründe Schiemanns nicht für überzeugend und erheblich genug, um ihnen gegenüber meine Auffassung der „unstrittigen“ Sachen unseres Provinzialrechts aufzugeben und, mit Rücksicht auf die aus der Einschaltung der Punkte 11—13 incl. des Art. 31 l. c. sehr erklärlichen Unklarheiten, mich veranlaßt zu sehen, einen unserem Proceßrechte völlig fremden Begriff des russischen Civilproceßrechtes in unser Proceßrecht für hineingetragen zu erachten, mit allen sich dann daraus ergebenden Consequenzen für die Rechtsmittellehre und den Vortrag der Sache.

Im Resultate spitzt sich also die eigentliche Controverse zwischen Schiemann und mir darauf zu, daß er in den von ihm als „unstrittige“ qualificirten Sachen: dem Executivproceß, dem unbedingten Mandatproceße, dem bedingten Mandatproceße, dem Subhastationsverfahren, — in welchem, weil es sich hier um keine Civilproceßsache handelt, sondern um eine „unstrittige“ Sache, nach meiner Definition, allerdings weder öffentlicher Vortrag, noch Appellation denkbar ist, — dem Wechselproceße und den possessorischnen Proceßen den öffentlichen Vortrag und das Rechtsmittel der Appellation cessiren läßt, dafür aber diesem letzteren Rechtsmittel die Sonderbeschwerde gegen jede nur denkbare Verfügung und jedes nur denkbare Decret des Gerichts, in einer, doch von ihm perhorrescirten, analogen Anwendung der bezüglichen Bestimmungen über „unstrittige“ Sachen des russischen Civilproceßrechtes, substituirt, während ich, so weit es sich um die Entscheidung über die Hauptsache handelt, den öffentlichen Vortrag in allen diesen Sachen für nicht zu umgehen erachte, bei vorhandener summa appellabilis die Appellation, jedoch ohne Suspensiveffect, für zulässig erachte, wo sie nach unserem bisherigen provinziellen Civilproceßrechte noch bisher statthaft war, und in all' diesen Sachen das Rechtsmittel der Sonderbeschwerde nur in den im Art. 31 l. c. für den Civilproceß angeführten besonderen Fällen gegen Zwischenverfügungen und Zwischenbescheide unabhängig von der Appellation für zulässig halte.

Es dürfte auf der Hand liegen, daß meine Auffassung der Sache in allen von Schiemann als „unstrittige“ bezeichneten Sachen unser bisheriges Recht in Bezug auf die Appellation ganz unverändert läßt, während die Schiemannsche Ansicht zu einer tiefeingreifenden Umgestaltung unseres bisherigen Civilproceßrechtes in dieser Beziehung führen müßte, und daß

der in diesen Sachen nach meiner Auffassung überall da, wo es sich um die Entscheidung der Hauptsache handelt, nicht zu vermeidende öffentliche Vortrag der Sache gegen den gedachten Nachtheil, den die Schiemannsche Auffassung nach sich ziehen müßte, sicherlich nicht in Betracht kommt.

Ein jeder gewissenhafte Richter muß doch die zu entscheidende Sache schon zum Zwecke des förmlichen schriftlichen Erkenntnisses sorgfältig durcharbeiten.

Er wird es daher auch nicht vermeiden können, auch in den Fällen, wo die Sache zum öffentlichen Vortrag kommt, das Urtheil schon im Voraus für diesen vollständig zu entwerfen, mit der Relation des wesentlichen Sachverhalts und den Entscheidungsgründen, und es wird dies daher bei uns, da, in Gemäßheit des Artikel 94 des Allerhöchst bestätigten N.-N.-G.-N. vom 11. October 1865, nach dem Vortrage der Sache die Parteien sich weder auf neue Thatfachen, noch auf neue Beweismittel berufen, noch endlich neue Ansprüche erheben oder die erhobenen Ansprüche steigern oder wesentlich verändern dürfen, um so weniger eine vergebliche Arbeit gewesen sein, sondern eine regelmäßig für das förmliche Urtheil wesentlich fast unverändert zu verwerthende.

Wenn nun der Art. 91 l. c. den öffentlichen Vortrag für die Schlußverhandlung, also wenn in Betreff der Hauptsache entschieden werden soll, verordnet, so wird man als Entscheidung in der Hauptsache eben das Endurtheil über den klägerisch erhobenen Anspruch, im Gegensatz zu Zwischenverfügungen und insbesondere zu bloß provisorischen, sicherstellenden, Verfügungen, zu verstehen haben, wie dies auch die Schriftsteller über das gemeine Recht lehren,³⁾ gleichviel ob nach der gewählten Proceßart illiquide peremptorische Einreden gegen die Klage ausgeschlossen sind oder nicht, denn es wird immer über den durch die Klage geltend gemachten Anspruch selbst, also in der Hauptsache, entschieden. Dies würde also auch gemeinrechtlich selbst im unbedingten Mandatsproceß gelten, sofern es sich nicht bloß um provisorische Verfügungen zur Sicherung eines gefährdeten Rechts handelt, ohne daß das Mandat über das zu sichernde klägerische Recht selbst abspricht und also auch für den Executivproceß, sowie für den Immissionsproceß gelten müssen. Ueberall da, wo das Urtheil über das klägeri-

³⁾ Bayer Theorie der summarischen Proceße, 7. Aufl. § 12 pag. 40.

sche Recht selbst erkennt, kann von einer provisorischen Verfügung also garnicht die Rede sein, wenn auch der Erfolg des Urtheils in der Hauptsache, falls in der gewählten Proceßart illiquide peremptorische Einreden ausgeschlossen sind, durch Nachklage des unterliegenden Beklagten ganz oder theilweise beseitigt werden kann.

Was nun das, nach der Proceßnovelle vom 3. Juni 1886 nur noch gegen Enderkenntnisse, also gegen Erkenntnisse in der Hauptsache, zulässige, Rechtsmittel der Appellation mit 4monatlicher, beziehungsweise 6monatlicher Appellationsfrist, anlangt, welches Schiemann in den von ihm als „unstrittige“ bezeichneten obgedachten Proceßsachen ausgeschlossen wissen will, so hat er wenigstens das bisherige provinzielle Proceßrecht nicht für sich, sondern gegen sich, denn:

1) im Executivproceße, soweit er bei den Stadtmagistraten verhandelt wird, ist lediglich die mit Suspensiv-effect versehene Appellation des unterliegenden Beklagten, nicht aber die Appellation des unterliegenden Klägers, ausgeschlossen, und daß bei der Appellation des unterliegenden Beklagten eben nur der Suspensiv-effect der Appellation als wegfallend gemeint ist, thut das Instructorium P. II C. IV § 25 dar, wie sich dies schon aus der Hervorhebung dessen, daß die Appellation in Executivsachen keine aufhaltende Kraft habe, so wie aus der ausdrücklichen Berufung auf das gemeine Recht, ergibt, welches letztere ja bekanntlich selbst im unbedingten Mandatproceße die Appellation ohne Suspensiv-effect für zulässig erklärt und umsoweniger im bedingten Mandatproceße ausschließt,

2) im Immissionsproceße wird, wie das Instructorium P. II C. III § 12 sogar ausdrücklich hervorhebt, die Appellation des Impetranten gegen die Sentenz, — die damals auf Grund eines mandati jurisdictionis der Oberhauptmann fällte, jetzt, ohne daß es eines solchen mandati jurisdictionis erst bedürfte, die betreffende Justizbehörde erster Instanz fällt, — ohne Weiteres für statthast erklärt, während dem Impetranten die Appellation nur *salva satisfactione sententiae* zugestanden wird,

3) im Wechselproceße ist die Appellation bisher in der Kurländischen Praxis *salva satisfactione sententiae* immer für statthast erachtet gewesen, wie ja Schiemann aus eigener Praxis wird bestätigen können und sich dies jedenfalls aus dem Archive des Kurländischen Oberhofgerichts darthun läßt,

4) in den Spoliensachen, also den possessoriſchen Proceſſen, iſt nach Ausweis des Instructorii P. II C. IX § 32 die Appellation ebenfalls für zuläſſig erklärt und iſt auch in der Praxis ſtets, jedoch ohne den Suspendiveffect, zugelassen worden, wie denn Schiemann S. 7 seiner hier besprochenen Abhandlung selbst zugiebt, daß in Kurland die von ihm als „unstrittige“ bezeichneten Sachen meist wohl im Appellationswege verhandelt wurden.

Es blieben sonach nur noch die Substitutionsſachen übrig, die Schiemann zu den „unstrittigen“ Civilproceſſſachen rechnet, ich aber zu den „unstrittigen“ Sachen nach meiner Definition rechne und bei denen auch nach meiner Auffassung, weil überhaupt kein Civilproceß zwischen dem Substitutionsimpetranten und dem Substitutionsimpetraten, der die Substitution ja schon im Voraus dem Erſteren bewilligt hat, ſtattfindet, ſo lange dieſes Verhältniß dauert, von einer Appellation nicht wohl die Rede ſein kann.

Ein bloßes Substitutionsverfahren iſt von einem Proceßverfahren doch ſehr weſentlich verſchieden. Eben weil die Art. 1333 und 1425 Theil I des Provinzialrechts eben ſowohl von der freiwilligen Substitution, als von einem der richterlichen Entſcheidung nachfolgenden Vollſtreckungsverfahren ſprechen, während dagegen der Art. 1299 Punkt 2 l. c. —, da das Oberhofgericht überhaupt nicht Urtheile erquirt, — nur von freiwilligen, d. h. nicht via executionis bewerkſtelligten, Substitutionen verſtanden werden kann, die Substitution eines zur Concursmaſſe gehörigen Objectſ aber endlich niemals ein Act der Execution, ſondern immer nur ein Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit, iſt, bei welchem nicht einmal zwischen den hypothecariſchen Gläubigern Streitigkeiten über ein jus potius ac pinguius denkbar ſind, die vielmehr im Concursproceſſe im Verfahren de liquiditate et prioritare auszutragen wären, ſo bleibt, nach meiner Definition der „unstrittigen“ Sachen, das Substitutionsverfahren von den Civilproceßſachen überhaupt ausgeſchloſſen.

Wenn aber gelegentlich einer freiwilligen Substitution oder auch einer Zwangſubstitution zwischen den hypothecariſchen Gläubigern, also abgesehen von dem Falle der Substitution eines zu einer Concursmaſſe gehörigen Immobilis, ein Streit über ein jus potius ac pinguius entſteht, ſo iſt wohl dieſer Streit ein Proceß, aber ein Proceß der untereinander

streitenden Hypothecarier und deshalb eben, begreiflich genug, noch lange nicht ein Proceß zwischen dem Subhastationsimpetranten und dem Subhastationsimpetraten.

Da nun auch der vermöge der Schmid'schen Clausel, also mit Einwilligung des Schuldners, die Subhastation herbeiführende Creditor, nach der richtigen, von Schiemann selbst, im 8. Bande der Dorpater Juristischen Zeitschrift pag. 209 ff. vertretenen, Ansicht, den Zuschlag überhaupt nicht für ein Pluslicitum beantragen darf, das die vorstehenden Hypothecarier nicht vollständig deckt, so wird es auch zwischen dem auf Grund der gedachten Obligationsclausel subhastirenden Creditor und den andern Hypothecariern nicht wohl zu einem Prozesse kommen können, der, wenn er gleichwohl entsteht, durch die Subhastation nur veranlaßt wird, wie ein solcher ja auch durch andere Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit veranlaßt werden kann, ohne daß deswegen das Subhastationsverfahren selbst ein Civilproceß wäre oder würde.

Die Streitigkeiten der Intervenienten in einer Zwangsubhastation aber würden, entsprechend den Bestimmungen des Instructorii P. II C. I § 26, der Entscheidung der erequirenden Behörde unterliegen und gegen deren Entscheidungen jetzt nur die Querel in Anleitung des Punkt 6 des mehrbezogenen Art. 31 statt haben.

Und was hätte denn Schiemann für das praktische Resultat mit dem Ausschlusse der bisher, gezeigter Maßen, unzweifelhaft geltend gewesenen, n. A. auch noch geltenden, Appellation *salva satisfactione sententiae* gegen Enderkenntnisse in den von ihm als „unstreitige“ qualificirten Civilproceßsachen gewonnen?

Doch nichts anderes, als eine unabsehbare Heze von Sonderbeschwerden gegen jede nur denkbare Verfügung und jedes nur denkbare Decret, mit Einschluß des Enderkenntnisses, in diesen Sachen!

Ist das practisch vortheilhafter, als die Gestattung der bisher üblichen Appellation ohne Suspensiveffect gegen das Enderkenntniß in diesen Sachen und die Beschränkung der Sonderbeschwerde, unabhängig von der Appellation, gegen Zwischenverfügungen und Zwischendecrete nur auf die im Gesetze (Art. 31 l. c.) speciell angegebenen Fälle?

Das Gegentheil dürfte doch auf der Hand liegen und wird ja auch von Schiemann pag. 6 seiner hier besprochenen Schrift selbst zugegeben, wo er ausdrücklich hervorhebt, daß die Sonderbeschwerde bei den schleunig zu tractirenden Sachen gegen alle Verfügungen und Zwischenbescheide die Sache factisch sehr aufhalten würde. —

Nun kommt aber noch der sehr erhebliche Umstand in Betracht, daß die Sonderbeschwerde, welche eine Rechtfertigung Seitens des Gegners ausschließt, vom Querulanten lediglich auf das vorhandene Actenmaterial fundirt werden kann und darf, während die Appellation, bei welcher auch der Appellat nicht nur als Contraappellant und resp. Appellationsadhärent, sondern auch mit seiner Appellationsrefutation, zu hören ist, auch durch nova und noviter reperta appellantis begründet werden kann!

Ist nun Schiemann wirklich der Ansicht, daß es dem gesunden Rechtsgeföhle entspreche und wirklich practisch sei, gerade in so schleunig zu behandelnden Sachen, wie die hier in Rede stehenden, zumal wenn, wie im Executivproceße, alle illiquiden peremptorischen Einreden des Beklagten, so wie alle illiquiden Replikten des Klägers, schon ohnehin nicht zur Geltung kommen, die Appellation überhaupt, und, selbst unter der Voraussetzung des Novenices, die Geltendmachung der, des Suspensiveffectes hier doch entbehrenden, Appellation ex capite novorum liquidorum einfach abzuschneiden, während sie dem Unterliegenden bisher auch in den hier in Rede stehenden Sachen, wenn auch nur salva satisfactione sententiae, unzweifelhaft zustand?!

Und das Alles in honorem eines fremden Tropfens in unserem Blute, des Begriffes der „unstrittigen“ Civilproceßsachen im früheren russischen Civilproceße, eines Begriffes, den die Gerichtsordnungen v. J. 1864 bereits vollständig fallen gelassen haben!?

Ich sollte doch glauben — nein! und abermals nein!

Damit ist weder dem gesunden Rechtsgeföhle, noch dem practischen Rechtsbedürfnisse genügt.

Jeder practische Jurist weiß es aus eigener Erfahrung, welche enorme, aus psychologischen Gründen so naheliegende, Bedeutung es hat, gegenüber einer mit Gewandtheit geschriebenen Appellationschrift als Appellat nochmals zu Worte zu kommen und die Gesichtspuncte und Ausführungen des Appel-

lanten zu widerlegen. — Das hat schon mehr als eine gute Sache gerettet. —

Zieht man nun noch in Betracht, daß ja überdies die Appellation in den summarischen Sachen ebenfalls summarisch verhandelt wird, daß ferner überall da, wo in prima instantia nur liquide peremptorische Behelfe zulässig sind, natürlich auch die Appellation nur durch liquide nova resp. noviter reperta justificirt werden darf und daß die cautio de restituendo ebensowohl im Falle der Sonderbeschwerde, wie im Falle der Appellation salva satisfactione sententiae, Platz greift, so ist vollends die Schiemannsche Auffassung nicht einmal vom rein praktischen Standpunkte annehmbar, wenn man selbst von den anderen dagegen geltend gemachten Gründen wirklich absehen zu können, vermeinen sollte.

Ich bleibe also bei meiner Ansicht, deren Würdigung ich sonder Scheu jedem theoretischen und praktischen Juristen anheimstelle und die ich durch die Schiemannschen Argumente in keiner Weise widerlegt erachte. —

Damit hätte ich im Wesentlichen dasjenige gesagt, was ich gegen die Ausführungen der hier besprochenen Schiemannschen Schrift, insoweit wir in der Grundauffassung und in den Resultaten nicht übereinstimmen, nachträglich und schließlich zu sagen, für nicht unnöthig hielt.

Auf die sonstigen gelegentlich zur Sprache gekommenen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob bei uns der Mandatsproceß des gemeinen Rechts in Uebung sei oder durch andere Proceßgebilde ersetzt werde? ob dieser oder jener summarische Proceß zu den irregulair-summarischen oder den s. g. regulair-summarischen Proceßten gehöre? hier des Näheren einzugehen, würde zu weit führen und leicht die Hauptcontroverse zwischen Schiemann und mir nur verdunkeln.

Von jener Autoritätenkrämerei, welche es rügen wollte, daß Jemand nicht der Ansicht dieses oder jenes Rechtslehrers beistimme, weiß ich mich völlig frei, wengleich auch ich zuverlässige und bewährte Rechtslehrer gebührend zu schätzen weiß und mich, wie Jeder, der über eine Materie schreibt, auch auf sie berufe, ohne selbstverständlich deshalb meinerseits in verba magistri zu schwören oder dieses Anderen zuzumuthen. — In Sachen der Wissenschaft haben nur überzeugende Gründe Autorität zu beanspruchen.

Ohne auf die Einzelheiten der in Nebendingen bestehenden, die Hauptcontroverse garnicht berührenden, sonstigen

Differenzpunkte einzugehen, will ich nur noch darauf hinweisen, daß

1) Besitzprocesse bei uns sicherlich nicht zu den Mandatsprocessen gehören, da das Mandat, welches der Herzog früher dem Oberhauptmann ertheilte, lediglich ein *mandatum jurisdictionis* an diesen war, welches ihn anwies, *probata possessione et dejectione* über den Besitzstreit zu entscheiden, nicht aber ein *mandatum* im proceßrechtlichen Sinne, an den *Impetraten*, enthielt, welches bei Nichtbefolgung desselben durch den *Impetraten* etwa aus einem *decretum simplex* sich in ein *Contumacialerkenntniß* verwandelte, welche Bewandniß Schiemann ja auch wohl in seiner ersten Schrift anerkannt haben dürfte, da er daselbst S. 9 und 19 die Besitzprocesse ausdrücklich zu den *s. g. regulair=summary* rechnet, während er erst in seiner zweiten Schrift S. 13 die Besitzprocesse in Kurland zu den Mandatsprocessen zählen will;

2) diese selbe Bewandniß auch im *Immissionsproceß* stattfindet, in welchem früher der Herzog dem Oberhauptmann ein *mandatum jurisdictionis* ertheilte, während es auch eines solchen Mandats jetzt nicht mehr bedarf;

3) unbedingte Mandate im Sinne des gemeinen Proceßrechts, als *citatio ad docendum de partitione aut videndum se declarari in poenam mandato insertam*, in Kurland niemals vorgekommen sind, während gerade die Androhung einer besonderen Strafe für den Fall der Nichtbefolgung des Mandats zu den wesentlichen Voraussetzungen⁴⁾ des Mandatsprocesses gehört, wogegen in Kurland sogar in dem hochpriviligirten *Executivproceß* auf Grund öffentlicher Schuldburkunden der *Impetrat* nur aufgefordert wurde, entweder binnen einer präjudiciellen Frist von sechs Wochen den *Impetranten* für Kapital, Zinsen und Kosten zufrieden zu stellen oder aber seine liquiden Einreden beizubringen;

4) im ordinären Proceß sogar die Ladung an den Beklagten in einer viel strengeren Form erging und noch ergeht, als im *Executivproceß* die Form des *Monitorialbefehls* war und noch ist, denn im ordinären Proceß lautet die Ladung bekanntlich sonderbarer Weise dahin: „*Citat*

⁴⁾ Bayer I. c. § 9 S. 33 und Schmid Handbuch des gemeinen Deutschen Civilprocesses Thl. 3 § 200 S. 149.

möge in termino et loco supra dicto unfehlbar erscheinen und auf die wider ihn erhobene Klage Rede und Antwort stehen, sodann aber sehen und hören, wie er, Einwendens ungeachtet, ad petita libelli würde condemnirt werden“, woraus doch für unser Proceßrecht zu entnehmen sein dürfte, daß die bloße Form des Communicativdecrets für die Gestaltung des Proceßverfahrens nicht gerade maßgebend ist;

5) zur Ausbildung des bedingten Mandatprocesses aber, bei unserem eigenthümlichen Contumacialverfahren, dem zu Folge der auch im zweiten Termine ausbleibende Beklagte in amissionem causae verurtheilt wird, zumal wenn nur sonst ein summarisches Verfahren Platz griff, keine besondere Veranlassung geboten war, denn der Vortheil des bedingten Mandatprocesses, daß im Falle des Ungehorsams des Beklagten der Kläger nicht, wie im gemeinrechtlichen ordentlichen Prozesse, erst den Grund seiner Klage beweisen muß, dieser Vortheil wird nach unserem Contumacialverfahren selbst im ordentlichen Prozesse dem Kläger schon durch die Condemnation des auch im zweiten Termine ungehorsamen Beklagten in amissionem causae geboten; 5)

6) sodann das Instructorium des Kurländischen Processes P. I, Tit. I, § 13 mit keiner Silbe etwas davon besagt, daß das Contumacialdecret in continenti gefällt werden müsse, was für den die accusatio contumaciae verlautbarenden Kläger ja garnicht einmal günstig wäre. Denn müßte das Contumacialdecret in continenti gefällt werden, so würden die dem Kläger günstigen Folgen der Contumaz nicht schon mit der accusatio contumaciae, sondern erst mit der declaratio contumaciae, gewonnen sein, während es für den Kläger doch offenbar vortheilhafter ist, wenn die ihm günstigen Wirkungen der Contumaz des Gegners schon durch die accusatio contumaciae gesichert sind, zumal der Richter häufig genug im

5) Die hier in Betreff des unbedingten und bedingten Mandatsprocesses vertretene Ansicht habe ich nachträglich auch in der bekannten handschriftlichen „Libauschen Proceßordnung“, deren Verfasser der weil. Obersecretair des Libauschen Stadt-Magistrats, Kleinenberg, ein s. Z. anerkannt tüchtiger Kenner des provinziellen Proceßrechts ist, vollständig bestätigt gefunden, und zwar im Theil 2, Abschnitt 2. „Bestimmter summarischer außerordentlicher Proceß“. Erstes Capitel: Mandatsproceß.

Drange der Geschäfte behindert sein kann, in *continenti* das *Contumacialdecret* zu fällen, welches übrigens in allen Fällen, es mag nun in *continenti* oder erst später ausgefertigt sein, in Anleitung des *Instructorii* B. I, Tit. 1, § 12, dem Beklagten zu *insinuiren* ist, weil für ihn erst *a dato insinuationis* des in *amissionem causae* ergangenen Urtheils die Frist zur *citatio ad reponendum* (scilicet *decretum contumaciale*) läuft;

7) endlich es aber doch wohl sicherlich nicht zu rechtfertigen ist, wenn *Schiemann* den *Concursproceß* um deswillen zu den *irregulär-summarischen Proceß*en zählt, weil er hauptsächlich von dem Gange des Verfahrens im ordentlichen *Proceß*e dadurch abweiche, daß er mit einem *Executionsverfahren* beginne, nämlich mit der Sicherstellung und *Distrahirung* des gesammten Vermögens des *Cridars*. Diese Behauptung ist aber garnicht begründet und beruht auf eine Verwechslung der rechtlichen Folgen des *decreti de aperiundo concursu*, durch welches das den *Concurs* vorbereitende, zum Zwecke der Feststellung der *Insolvenz* eines *Debitors* eingeleitete, *contradictorische Verfahren* seinen Abschluß findet, mit dem darauf folgenden *Concursproceß*e selbst.

Dieses präparatorische, lediglich die *Präjudicialfrage* der *Insolvenz* feststellende, durch das *Concursdecret* seinen Abschluß findende, Verfahren ist aber eben so sehr von dem *Concursproceß*e selbst zu unterscheiden, wie der *Provocationsproceß* von dem durch Anstellung der *provocirten Klage* herbeigeführten *Proceß*e unterschieden werden muß.

Bei dem mit dem *Concursdecrete* abschließenden präparatorischen Verfahren findet keine Abweichung von der regelmäßigen Aufeinanderfolge der *Proceßhandlungen* statt und wenn dieses selbst der Fall wäre, so würde das den *Concursproceß* selbst in keiner Weise tangiren. Die Wirkung des *Concursdecret*s aber ist die, daß das *Concursgericht* nunmehr amtlich verpflichtet ist, unverzüglich für die Sicherstellung der *Activmasse* zu sorgen und die geeignete Einleitung zur Herstellung des *Passivstandes* zu treffen, also auch die *Edictalladung* der *Gläubiger* ergehen zu lassen. In der Sicherstellung der *Activmasse* auf Grund des rechtskräftigen *decreti de aperiundo concursu* liegt also keine *Execution*, sondern lediglich eine sicherstellende Maßregel, welche bei genügend bescheinigter Gefahr auch noch vor

eröffnetem Concurse nach allgemeinen Grundsätzen beantragt werden kann, während sie nach verhängtem Concurse dem Concurtsgericht ex officio obliegt, unabhängig von den Wünschen und Anträgen der Creditoren, ja selbst gegen deren ausgesprochenen Willen. Darin liegt aber ebenfalls keine processualische Irregularität, denn das Concurtsgericht handelt, für die Sicherstellung der Activmasse sorgend und die geeignete Einleitung zur genauen Herstellung des Passivstandes treffend, garnicht als Richter im contradictorischen Verfahren, sondern in Ausübung der ihm in Bezug auf die Verwaltung der Concurtsmasse obliegenden, administrativen amtlichen Verpflichtungen und daraus originirenden Befugnisse, was denn auch in gleicher Weise von der Distraction des zur Concurtsmasse gehörigen Vermögens des Creditors gilt. Der Concurtsproceß selbst, der erst mit den im Professionstermine erfolgenden Anmeldungen der Gläubiger beginnt, hat allerdings manches Eigenthümliche, welches sich aus seinem besondern Zwecke ergibt, und erheischt eben deshalb auch eine besondere umfassendere Darstellung, schon aus Gründen practischer Nützlichkeit, aber eine Abweichung von der regelmäßigen Reihenfolge der processualischen Handlungen findet beim Concurtsproceße selbst in keiner Weise statt, was ebenso auch für das Nachlassedictalverfahren gilt.

Was die angebliche summarische Natur dieser eben gedachten beiden, häufig höchst verwickelten, Proceßarten betrifft, so glaube ich in meiner ersten Abhandlung darüber bereits das Nöthige gesagt zu haben. Bloß kürzere Fristen ändern nichts an der Beschaffenheit des processualischen Verfahrens, woher denn zwischen dem ordinären Proceße und dem s. g. regulair-summarischen Proceße ein wahrer Unterschied gar nicht besteht⁶⁾. Ebenso wenig aber, wie durch die größere Länge oder Kürze der Fristen, wird durch den etwaigen Ausschluß der Appellation oder wenigstens des Suspensiveffectes derselben, ja selbst durch das Ausfallen der Executionsinstanz aus besonderen factischen oder rechtlichen Gründen, an der regelmäßigen Aufeinanderfolge der processualischen Handlungen irgend etwas abgeändert.

⁶⁾ Ich erlaube mir also, wie Schiemann hieraus ersehen wird, ebenfalls, wo ich es für richtiger halte, von dem Bayerischen Systeme abzugehen und glaube darauf auch schon ziemlich deutlich durch Berufung auf Renaud, dessen Ansicht ich für die correctere erachte, in der Note 11 meiner ersten kleinen Schrift hingewiesen zu haben.