

35.

Nochmals

über die

Behandlung der summarischen Prozesse

nach der

Proceßnovelle vom 3. Juni 1886

von

Julius Schiemann.

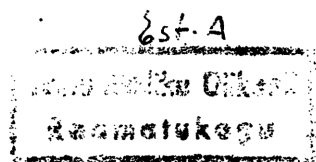
Oberhofgerichtsadvoocat in Mitau.

199123

Mitau 1886.

Verlag von Victor Felsko.
(Fr. Lucas'sche Buchhandlung.)

Дозволено цензурою. Рига, 5-го Декабря 1886 года.



18181

Est. A-387

Gedruckt bei J. F. Steffenhagen und Sohn in Mitau.

Die Bedenken, welche Oberhofgerichts-Advocat Seraphim gegen die von mir versuchte Beantwortung*) der Frage: inwiefern sich die neuen Civilproceßbestimmungen auf die summarischen Proceße beziehen, erhoben hat, veranlassen mich zu einigen Worten der Erwiderung, welche übrigens keinen weiteren Zweck, als den der Klärung der Sachen haben.

W. E. legt Seraphim zu wenig Gewicht darauf, daß ich keineswegs von der These ausgehe, daß gewisse summarische Proceße den russischen unstreitigen gleichzustellen und nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen seien, welche nach Reichsrecht für diese Sachen gelten, sondern gerade umgekehrt meiner Ausführung 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 handelt sich also keineswegs 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.

Auf den ersten Blick könnte man leicht versucht sein anzunehmen, der Gesetzgeber habe die Anwendung der neuen Vor-

*) Vergl. mein Brochüre: In wie weit beziehen sich die durch das Allerhöchst am 3. Juni 1866 bestätigte Reichsrathsgutachten auf die Ostseeprovinzen ausgedehnten civilproceßualischen Bestimmungen auch auf die summarischen Proceße? Mitau 1886, Verlag von Victor Felsko (Fr. Lucas'sche Buchhandlung).

schriften über den Civilproceß auf alle provinziellen Civilproceßsachen, ohne Unterschied, gewollt, und dies ist Seraphim's Ansicht, wenn ihn recht verstehe.

Meinerseits kann ich nicht zugeben, daß die qu. neuen Bestimmungen für das ganze Gebiet unseres Civilprocesses berechnet seien, sondern bin aus den in meiner obbezogenen Brochüre dargelegten und, wie mir scheint, nicht widerlegten Gründen der Ansicht, daß der Gesetzgeber lediglich für das Gebiet der im russischen Recht streitig genannten Sachen die neuen Vorschriften, insbesondere was den öffentlichen Vortag der Sache und was die Appellation betrifft, erlassen hat.

Solange es unwiderlegt bleibt, daß die, den Satzungen des neuen Gesetzes correspondirenden, Bestimmungen des Allerhöchst am 11. October 1865 bestätigten R. R. G. nur auf die streitigen, nicht auf die unstreitigen, Civilproceßsachen des Reichscivilproceßrechts derjenigen Gouvernements, in denen die Ustave von 1864 noch nicht eingeführt worden sind, Bezug haben und, heute noch, nur auf diese, nicht aber auf die unstreitigen Civilproceßsachen, angewendet werden, so lange glaube ich dabei bleiben zu sollen, daß es nicht thunlich ist, diese selben neuen civilproceßualischen Bestimmungen bei uns, im Princip, als für alle Civilproceßsachen berechnet und bestimmt anzusehen und zu behandeln.

Es kommt nun hinzu, daß der Art. 31 p. 13 in verbis:
„Beschwerden sind in nachstehenden Fällen zulässig
(13) über Anordnungen und Decrete des Gerichts in nicht streitigen Sachen überhaupt (Частныя жалобы допускаются въ слѣдующихъ случаяхъ
(13) вообще на распоряженія и постановленія суда по безспорнымъ дѣламъ).
m. E. entscheidend zu Gunsten meiner Ansicht in Betracht kommt.

Ich vermag diese Gesetzesbestimmung nicht anders auszu-legen, als daß gegen alle Decrete des Gerichts in unstreitigen Sachen, die Enddecrete mit eingerechnet, die Beschwerde (частная жалоба) zulässig ist.

Inßbesondere halte ich es nicht für möglich dieses Gesetz dahin zu interpretiren, daß es sich nur auf die Zwischenbe-scheide in unstreitigen Sachen bezieht, und zwar aus folgen-den Gründen:

1) вообще heißt „überhaupt“, in dem Sinn von „allgemein“, „insgesammt“, daher ist der Sinn des Satzes, m. E., der, daß gegen alle распоряжения und постановления des Gerichts in unstreitigen Sachen die Beschwerde gegeben ist.

Das Wort постановление aber entspricht vollständig unserem terminus technicus „Decret“ und umfaßt namentlich auch das Enderkenntniß (рѣшение im engeren Sinne), während der terminus technicus für die Decrete, welche nicht Enderkenntnisse sind, опредѣление heißt. Постановление heißt also sowohl die рѣшение по существу, als auch die частное опредѣление. Wenn also Art. 31 p. 13 von распоряжения d. h. Verfügungen und постановления Decreten des Gerichts in unstreitigen Sachen spricht, so spricht er eben von allen denkbaren gerichtlichen Decreten, sowohl von den auf einseitigen Antrag ergangenen, als von den interlocutoriae vim definitivae habentes, und von den Endurtheilen.

An Stelle vieler Beweise für diese Behauptung, wie sie leicht beigebracht werden könnten, diene das Folgende:

Art. 705 des Civ. Proc. Ustavs vom 20. November 1864 lautet:

Постановленія суда относятся или къ существу дѣла или къ частнымъ вопросамъ изъ дѣла возникающимъ. Въ первомъ случаѣ постановленія суда называются рѣшеніями, а въ последнемъ — частными опредѣленіями.

In zahlreichen Senatspräjudicaten wird diese allgemeine Bedeutung des Ausdrucks постановление hervorgehoben, ich nenne — da ja schließlich das Gesetz genugsam deutlich spricht — nur die Entsch. des Cass. Depart. d. a. 1871 № 754, 1872 № 523, d. a. 1875 № 995, 1881 № 81, 122 u. s. w.

Scheint mir somit schon die einfache grammatische Interpretation entschieden dafür zu sprechen, daß Pft. 13 des Art. 31 auch auf die Endurtheile in unstreitigen Sachen sich bezieht, so glaube ich zur Verstärkung der Beweisführung mich ferner auf das in meiner Eingangs erwähnten Brochüre vorgebrachte, unwiderlegt gebliebene Argument berufen zu können, wonach, wenn man nicht annimmt, daß in unstreitigen Sachen auch gegen Endurtheile nur die Beschwerde und nicht die Appellation gegeben ist, und daher eine Beschwerdeführung gleichzeitig mit der Appellation nicht möglich ist, absolut keine irgend plausible Erklärung dafür bliebe, warum gerade

bei den schleuniger zu tractirenden unstreitigen Sachen gegen alle Verfügungen und Zwischenbescheide die, immerhin factisch die Sache oft aufhaltende, Sonderbeschwerde gegeben worden sein sollte, während sonst in allen Sachen, die im Appellationswege verhandelt werden, die Sonderbeschwerde, getrennt von der Appellation, nur in ganz bestimmten Fällen zulässig ist!

Ich nehme dem Vorstehenden nach für erwiesen an, daß Art. 31 p. 13 sich auch auf die Endurtheile in unstreitigen Sachen bezieht.

Ist das der Fall, so scheint mir die fernere Annahme Seraphim's, wonach unter den unstreitigen Sachen lediglich diejenigen zu verstehen seien, welche sich garnicht als Proceßsachen characterisiren, also namentlich Acte der sog. freiwilligen Gerichtsbarkeit und der sog. Administrativjustiz, ebenfalls nicht haltbar, und zwar schon deshalb, weil die in diesen Sachen getroffenen Verfügungen nach russischer Terminologie nur распоряженія und опредѣленія, nicht aber постановленія hätten genannt werden können.

Allein, auch abgesehen hiervon, sprechen, m. G., gewichtige Gründe gegen die Seraphim'sche Interpretation.

Zunächst ist es schon an sich unwahrscheinlich, daß das R. R. G. vom 28. Mai 1880 den Ausdruck „unstreitige Sachen“ in einem anderen Sinne gebraucht haben sollte, als seine Quelle, das R. R. G. vom 11. October 1865, welches unzweifelhaft die Unterscheidung zwischen streitigen und unstreitigen Sachen im Sinne der *Законы о судопроизводствѣ и взысканіяхъ гражданскихъ* (Сводъ Т. X. Ч. II) gemacht hat und daher auch wahre Civilproceßsachen unter die unstreitigen Sachen zählt, so namentlich die Beitreibung von Schuldforderungen in Grund gerichtlich oder notariell vollzogener Urkunden, ja, selbst gewisser Privatscripturen und die Wiederherstellung gestörten Besitzes, wie ich dieses Alles in meiner ersten Brochüre gezeigt habe.

Daß trotzdem das R. R. G. vom 28. Mai 1880 im Pft. 13 des Art. 31 unter unstreitigen Sachen nur solche verstanden haben sollte, bei denen gar kein Proceß stattfindet, ist überdies schon deshalb nicht anzunehmen, weil der Prov. Cod. Bd. I*) die Verhandlung aller Sachen wegen eigenmächtiger Besitzergreifung und wegen Herstellung verletzter Rechte

*) cf. Prov. Cod. Bd. I Art. 133 p. 3 und 1425 p. 2 und 3.

auf Ansuchen von Privatpersonen und im Auftrage der Gouvernements-Regierung, desgleichen, (wenn wir sogar vorläufig von der weiter unten zu erörternden Ausführung aller Aufträge der Gouvernements-Regierung in unstreitigen Schuld-, Forderungs- und Contractsfachen und von der Subhastation absehen), jedenfalls die Verhandlung aller unstreitigen Schuldforderungen, deren Gegenstand 30 Rbl. S. M. nicht übersteigt — also offenbar nicht nur solche Sachen, in denen gar kein Proceß stattfindet, zu den unstreitigen rechnet.

Glaube ich schon aus diesen Gründen nicht annehmen zu können, daß die unstreitigen Sachen des Art. 31 Pft. 13 in dem Sinne, wie Seraphim will, zu verstehen seien, so wird mir das vollends unzweifelhaft durch folgende Erwägungen:

1) Wenn wirklich unter den unstreitigen Sachen nur die garnicht im Proceßwege verhandelten zu verstehen wären, so wäre Art. 31 Pft. 13 völlig bedeutungslos und unnütz hingesezt, denn, da diese Sachen, wie nach jedem Recht, so auch nach unserem provinziellen Recht, niemals im Appellationswege verhandelt werden könnten, so würden alle von Seraphim zu den unstreitigen gezählten Sachen ohnehin unter den Punkt 15 des Art. 31 cit. fallen und somit absolut nicht zu verstehen sein, warum denn eigentlich in Ergänzung der im R. R. G. vom 11. October 1865 aufgeführten Beschwerdefälle, unter denen auch die Fälle des Punkt 15 l. c. bereits figurirten, für die Ostseegouvernements ganz speciell im Punkt 13 noch bestimmt worden ist, daß wider alle Decrete des Gerichts in unstreitigen Sachen die Beschwerde gegeben sein soll!

Dahingegen war es bei meiner Auslegung der Bedeutung der unstreitigen Sachen des Art. 31 Pft. 13 cit., keineswegs bedeutungslos, sondern absolut nothwendig, dieser Sachen zu erwähnen, wenn anders der Gesetzgeber in denselben nicht mehr die Appellation, sondern die Beschwerde gegen alle Decrete, auch die Enddecrete, geben wollte, denn unter den Pft. 15 des Art. 31 wären ja diese Sachen, die bisher, in Kurland wenigstens, meist wohl im Appellationswege verhandelt wurden, nicht gefallen.

2) Wenn wirklich unter den unstreitigen Sachen des Art. 31 Punkt 13, die nicht im Proceßwege verhandelten, in specie also auch die Acte der freiwilligen Gerichtsbarkeit und die Vormundschaftsfachen zu verstehen wären, so wäre es völlig unerklärlich, warum die Beschwerde in den Fällen der Punkte

12 und 14 des Art. 31 cit. noch besonders gegeben ist und warum im Art. 35 l. c. der Beschwerde in Vormundschafsachen noch besonders gedacht wird; da doch diese Beschwerden sämtlich unter die Fälle des Art. 31 Punkt 13, nach Seraphim's Interpretation, zu subsumiren wären.

Auch die Annahme, daß Punkt 13 l. c. von den übrigen unstreitigen Sachen rede, im Hinblick darauf, daß im Vorhergehenden bereits einige specielle Fälle dieser selben unstreitigen Sachen besonders aufgeführt wurden, erscheint mir weder im Wortlaut des Gesetzes begründet noch geeignet, die Anomalien, auf die ich soeben hinwies, wegzuerklären.

Der Satz: Вообще на распоряженія и постановленія по безспорнымъ дѣламъ kann, wie ich schon oben zeigte, schon der Wortfassung nach, nur bedeuten: gegen alle Verfügungen und Decrete in unstreitigen Sachen. Auch ist in beiden Fällen des Art. 31, wo der Satz mit вообще eingeleitet wird, nämlich Punkt 13 und Punkt 15 die Gegenüberstellung eben gerade die, daß in diesen Fällen gegen alle Verfügungen und Decrete die Beschwerde gegeben ist, während es sich in allen anderen Punkten um Beschwerden gegen ganz bestimmte einzelne Verfügungen und Decrete handelt.

Endlich würde auch durch die Beziehung des „вообще“, welche bei dieser Interpretation unterstellt wird, jedenfalls nicht erklärt, warum nach dem von unstreitigen Sachen überhaupt (also auch nach dieser Interpretation von allen übrigen unstreitigen Sachen, welche, außer den schon in den vorhergehenden Punkten erwähnten, dazu gehörenden Einzelfällen, noch übrig bleiben) redenden Punkt 13, gleich darauf, im Punkt 14, wiederum eine Unterart dieser selben Sachen besonders aufgeführt wird!

Alle diese Schwierigkeiten fallen weg, wenn man zugiebt, daß im Punkt 13 von unstreitigen Civilsachen im Sinne der Terminologie des russischen Civilprozeßrechts die Rede ist, im Gegensatz zu den streitigen, auf welche allein die Bestimmungen des neuen Gesetzes über öffentlichen Vortrag und Appellation berechnet sind.

Von meinem Resultat ausgehend, konnte ich und kann ich keinen anderen Weg einschlagen, als daß ich bei Betrachtung eines jeden der summarischen Prozesse frage: kann man denselben zu den strittigen des russischen Rechts zählen? Wenn ich diese Frage verneine, so muß ich schließen, daß die Bestimmungen des neuen Gesetzes, insbesondere über den

mündlichen Vortrag und über die Appellation, auf diese Sachen nicht anwendbar sind, dagegen anwendbar die Bestimmung des Punkt 13 des Art. 31 über die Beschwerde in unstreitigen Sachen.

Parallel laufend mit der Untersuchung, ob ein summarischer Proceß zu den streitigen russischer Terminologie zu zählen sei, oder nicht, habe ich untersucht, ob durch die verschiedenen in diesen summarischen Sachen gefällten Decrete die Sache „ihrem Hauptinhalt nach“ entschieden wird, oder nicht und habe im Verneinungsfalle ebenfalls, unabhängig davon, ob es sich um streitige oder nicht streitige Sachen handelt, angenommen, daß weder öffentlicher Vortrag noch Appellation gegeben sei, weil das neue Gesetz beides nur den Endurtheilen gegenüber, welche die Sache ihrem Hauptinhalt nach entscheiden, statuiert.

Hiergegen hat Seraphim Bedenken nicht erhoben, wohl aber hat er bestritten, daß — wie ich behauptet habe — eine Entscheidung der Sache dem Hauptinhalt nach in allen den Processen nicht vorliege, welche die Vertheidigung des Beklagten durch die Forderung der Liquidität der Vertheidigungsmittel oder gar noch durch andere Beschränkungen einengen, da in diesen Fällen in gewisser Beziehung nur eine provisorische Entscheidung vorliegt. Seraphim meint, daß ich ebensogut hätte sagen können, es liege nur eine provisorische Entscheidung und keine Entscheidung der Sache ihrem Hauptinhalt nach vor, wenn in einem ordinären Proceß die *exc. compensationis* wegen Illiquidität weggewiesen werde.

Diese Bemerkung halte ich nicht für zutreffend, weil die Compensationseinrede den Stoff zu einer selbstständigen Klage bietet und das der Compensationseinrede zu Grunde liegende Recht durch das in conventione ergangene Urtheil völlig unberührt bleibt und umgekehrt.

Das in conventione ergangene Urtheil bleibt ein definitives und wird in seiner Zurechtbeständigkeit in keiner Weise dadurch angetastet, daß der Beklagte später in der Klage obtinirt, die er auf dem Fundamente einer wegen Illiquidität im ersten Proceß abgewiesenen Compensationseinrede erhoben hat. Es wird dann jeder der litigirenden Theile eine Forderung gegen den anderen haben, in Grund von Urtheilen, deren keines dem anderen widerspricht, oder das Andere alterirt.

Wenn dagegen im Executivproceß ein Urtheil erging, und der Beklagte beweist in seiner Nachklage, daß die Forde-

rung, welche dieses Urtheil dem Gegner zugesprochen hat, *exempli gratia* damals schon längst bezahlt war, oder nie zu Recht bestand, etwa weil das basirende Geschäft nichtig ist, so wird, durch das in der *ordinario modo* verhandelten Nachklage ergehende Urtheil, das in der Executivsache ergangene *re vera* ganz oder theilweise aufgehoben, ohne daß dem im Executivproceß Obtinirenden eine *exc. rei judicatae* zur Seite stände.

Diejenigen Urtheile, welche sich auf ein Verfahren aufbauen, in welchem der Beklagte in seinen Vertheidigungsmitteln beschränkt ist, können daher der Natur der Sache nach und ihrem inneren Wesen nach nur ein *provisorium* statuiren, das zwar in dem für die Feststellung des *provisorii* bestimmten Proceß durch Rechtsmittel nicht mehr angreifbar ist und daher in diesem Sinne rechtskräftig werden kann, dagegen dem Zweck des ganzen Verfahrens gemäß gar nicht bestimmt ist die Sache ihrem Hauptinhalt nach definitiv zu entscheiden. Es wird freilich meistens eine Nachklage nicht stattfinden — das ist aber etwas Zufälliges: an sich soll nur ein *provisorium* festgestellt werden und wenn kein Grund zur Nachklage vorliegt, oder der Beklagte keine Nachklage anstellen will, so liegt es in diesen äußerlichen Umständen, nicht aber ist es im Wesen der Sache begründet, daß das *provisorium*, unalterirt und unangetastet, die Wirkung, wenn schon nie das Wesen, einer Entscheidung der Sache ihrem Hauptinhalt nach gewinnt.

In Bezug auf den Besitzproceß, sofern er nicht in den Formen des *Mandatsprocesses* tractirt wird und es sich nicht um das auf bloße Bescheinigung gestützte *possessorium summariissimum* handelt, glaube ich dagegen Seraphim Recht darin geben zu müssen, daß das Urtheil im Besitzproceß kein *provisorium* statuirt, weil in der That die Vertheidigung des Beklagten in Bezug auf die für die Entscheidung der Besitzfrage relevanten Momente, abgesehen von den soeben hervorgehobenen Ausnahmefällen, nicht eingeengt wird.

Nichtsdestoweniger muß ich das Resultat, daß auch in diesen Sachen nur die Beschwerde und nicht die Appellation gegeben ist, deshalb festhalten, weil die Besitzstreitigkeiten nach der Terminologie des russischen Rechts zu den unstreitigen zu zählen sind und auch der Prov. Cod. Bd. I Art. 1425 p. 2 und 1330 p. 3 sie zu den unstreitigen zählt, und somit Art. 31 p. 13 in Kraft tritt.

Bevor ich mit einer kurzen Erörterung der von Seraphim zu meinen Resultaten gemachten Bemerkungen diese Ausführungen schließe, habe ich einige Worte über meine, von ihm angegriffene, Aufzählung und systematische Eintheilung der in Kurland gegebenen summarischen Proceße einzuschalten.

Seraphim rügt es, daß ich den Concurßproceß zu den summarischen Proceßen rechne, und daß ich bei der Eintheilung der summarischen Proceß in regulaire und irregulair nicht dem Bayer'schen System folge, sondern die Provocationsproceße zu den irregulair-summarischen zähle, er bezeichnet den Mandatsproceß als in Kurland nicht recipirt und will der Liste der regulair-summarischen, im Anschluß an Bayer, noch die Gefindesachen, die Baustreitigkeiten, die Bagatellsachen und die Rechnungsproceße hinzufügen, die Miethexmissionsachen aber ganz allgemein, nicht nur mit Beschränkung auf die Städte, zu den summarischen zählen.

So sehr ich Bayer's Werk schätze und zumal ihn zuverlässig weiß, wo er ein *communis opinio*, ein Gewohnheitsrecht oder einen Gerichtsgebrauch constatirt, darf ich mir doch um so mehr erlauben, wo es mir passend scheint, von seiner Systematik abzuweichen, als ja die Rechtsfälle nicht aus dem System hergeleitet werden, sondern das System nichts als eine Gruppierung des gegebenen Rechtsstoffes bedeutet.

Der Concurßproceß wird von vielen Rechtslehrern, neben den summarischen, zu den sog. außerordentlichen Proceßen gerechnet. Andere Rechtslehrer haben aber die Eintheilung des Civilproceßes in den ordentlichen und die außerordentlichen Proceße gänzlich fallen lassen und unterscheiden nur noch zwischen den ordentlichen und den summarischen Proceßen. So z. B. Renaud in seinem Lehrbuch des gem. deutschen Civilproceßes (§ 1).

Dieser Ansicht bin ich gefolgt und rechne den Concurßproceß zu den summarischen, weil er in dem Gang des Verfahrens von dem ordentlichen Proceß dadurch abweicht, daß er mit einem Executionsverfahren beginnt, nämlich der Sicherstellung und Distrahirung des gesammten Vermögens des Creditors, in welches sich die gleichzeitig mit der Verhängung des Concurßes *ad agendum* pronocirten Gläubiger zu theilen haben werden. Ueberdies wird der Concurßproceß in Kurland in summarischen Fristen verhandelt.

Die summarischen Proceße überhaupt theile ich in regulair- und irregulair-summarische nach dem Gesichtspunkt, daß ich

regulair=summarische nur diejenigen nenne, welche sich vom ordinairen Proceß lediglich durch Gewährung eines abgekürzten Verfahrens unterscheiden, während ich sie bei weitergehenden Anomalien zu den irregulair=summarischen rechne. Die regulair=summarischen in diesem Sinne gehören eigentlich im System zum ordinairen Proceß, ich habe sie in meiner Brochüre aber besonders auführen müssen, weil die kurl. Praxis bei diesen Sachen — wenigstens soweit ich sie aufgeführt habe — der Appellation den Suspensiveffect versagt und gerade dieser Umstand für den Zweck meiner Ausführung von maßgebendster Bedeutung war.

Hiernach begreift es sich, daß ich den Rechnungsproceß, bei dem die Appellation Suspensiveffect hat, in meinen Erörterungen nicht berücksichtigt habe.

Die Gefindessachen sind meist Bauersachen oder Bagatellsachen — ich habe nicht ermitteln können, ob sie, abgesehen von diesen Fällen, in Kurland als summarische behandelt werden.

Die Bagatellsachen werden zweifellos in abgekürztem Verfahren verhandelt, da sie indessen gar nicht appellabel sind, so hielt ich es für die Zwecke meiner Erörterung, bei der es sich wesentlich um die Rechtsmittel handelt, nicht nöthig, mich mit ihnen zu beschäftigen.

Daß Miethhermissionsachen auf dem Lande summarisch verhandelt werden, muß ich entschieden bestreiten.

Wenn Seraphim ferner von den „Baustreitigkeiten“ spricht, so kann er wohl nur die operis novi nuntiatio und das Verfahren bei der cautio damni infecti im Auge haben, denn die übrigen in Frage kommenden Rechtsmittel fallen zweifellos unter die possessoria.

Abgesehen davon, daß die übrigbleibenden Fälle meist wohl unter die Kategorie der von mir, im Anschluß an die Terminologie des Provincialrechts, als „Grenzstreitigkeiten und Servitutstreitigkeiten in den Städten“ rubricirten Sachen fallen dürften, kommen die außergerichtlichen Theile des Verfahrens bei der operis novi nuntiatio und der cautio damni infecti hier überhaupt nicht in Betracht, weil wir ja nur von gerichtlichem Verfahren handeln; wo aber das Gericht eingreift, nimmt der Proceß allemal den Character des Mandats-

processes an. Dies gilt namentlich von dem *interdictum prohibitorium* oder dem *interdictum demolitorium*, welche bei Nichtberücksichtigung des Einspruchs des Nuncianten durch den Nunciaten, erlassen worden.

In diesen Fällen sowohl, als auch bei verweigerter Leistung der *cautio damni infecti*, werden stets die Voraussetzungen des unbedingten Mandatsprocesses ob *factum nullo jure justificabile* oder ob *periculum in mora* gegeben sein.

Den Mandatsproceß erklärt Seraphim freilich für in Kurland nicht recipirt. Dem muß ich jedoch entschieden widersprechen. Nicht nur daß Kurland 1555, als die Kammergerichtsordnung die Fundamente des Mandatsprocesses legte, noch zum deutschen Reichsverbande gehörte, sondern auch nachher und bis in die jüngste Zeit, ist das kurländische Proceßrecht überall, wo nicht besondere provincielle Normen entgegenstanden, der Entwicklung des gemeinen Rechts in Deutschland gefolgt, dessen Theorie und Praxis hier stets führend gewirkt hat. Es ist überdies nicht nur nachweisbar, daß in Kurland Mandatsprocesse geführt worden sind, sondern unser Immissionsproceß und unsere meisten Besitzprocesse sind eigentlich nichts Anderes, als unbedingte oder bedingte Mandatsprocesse und auch der Provocationsproceß ex lege *diffamari* beginnt nach kurländischem Proceß mit einem *mandatum cum clausula*.

Dies ist denn auch der Grund, weshalb ich den Provocationsproceß mit seinen Geschwistern unter die irregulair summarischen gesetzt habe.

Was die Resultate betrifft, zu denen ich gelange, so stimmt Seraphim in vieler Beziehung mit mir überein, weicht jedoch hauptsächlich darin von mir ab, daß er gegen Enddecrete auch in denjenigen Sachen, welche ich zu den unstreitigen zähle, nicht die Beschwerde, sondern die Appellation *salva satisfactione sententia* gewähren will.

Es hängt Seraphims Ansicht mit seiner abweichenden Auffassung von der Bedeutung der *termini technici* „постановление“ und „unstreitige Sachen“ und des Ausdruckes „Entscheidung einer Sache ihrem Hauptinhalte nach“ zusammen. Diese Fragen habe ich indessen bereits oben erörtert und kann daher auf meine früheren Ausführungen verweisen.

Im Einzelnen ist zu bemerken:

Ad 1. Der Executivproceß.

Das Princip, nach dem sich die Competenz der Cancellaria Ducalis in Executivfachen bestimmte, finden wir bei Ziegenhorn, kurl. Staatsrecht § 549, so definirt: In allen Sachen, die so klar sind, daß sie keiner ordentlichen richterlichen Erkenntniß bedürfen, verabschiedet der Herzog aus der Kanzellei; findet er aber, daß solche noch rechtlichen Zweifeln unterworfen sind und richterliche Erkenntniß erfordern, so verweist er sie an den ordentlichen Richter. Ziegenhorn beruft sich dabei auf Punct 12 des commissorialischen Abschiedes von 1642 in verbis: Alle Sachen, so des Richters Erkenntniß erfordern und an die erste Instanz gehören, sollen an die Kanzellei nicht gezogen, noch mit vergeblichen Mandaten und Arresten der Adel beschweret werden, außerhalb in Manifestis et Liquidis, welche paratam executionem erfordern.

Es ergibt sich hieraus, daß in den manifestis et liquidis des Richters Erkenntniß nicht für nöthig erachtet wurde, wie denn bekanntlich die erste Entstehung des Executivprocesses auf die Fiction zurückgeführt wird, daß der Schuldner, welcher sein Schuldbekenntniß in guarentigirter Urkunde verbrieft hat, als ein confessus zu behandeln sei und daher gegen ihn sofortige Execution statthaft sei.

Die Cancellaria Ducalis und nach ihr die Gouvernemente-Regierung behandelt also die Executivfachen als unstreitige, keiner richterlichen Erkenntniß bedürfende.

Wenn nun die Städte, zunächst sofern es sich um Klagen gegen Bürger handelte, sich das Recht errungen haben, ohne Behellignng der Cancellaria Ducalis, mittelst eines durch das sog. städtübliche Monitorium eingeleiteten, in allen irgend wesentlichen Stücken dem, von der Cancellaria Ducalis eingehaltenen, entsprechenden Verfahren's in Manifestis et Liquidis zu verhandeln, so vermag ich ferner nicht abzusehen, welcher innere Unterschied hier obwalten sollte, der uns berechtigte diese Executivproceße anders, als die heute in Grund von Befehlen der Regierung geführten, zu beurtheilen und mit Seraphim bei den auf Befehl der Regierung verhandelten Executivproceßen nur die Beschwerde, bei den stadtüblich verhandelten aber Appellation zu gewähren.

Alle Stadien des Verfahrens sind dieselben, es sind dieselben Voraussetzungen der Einleitung des Executivverfahrens

erfordert und dieselben Beschränkungen bezüglich der Einreden statuirt, in beiden Fällen bleibt dem im Executivproceß abgewiesenen Kläger die Klage vor dem ordentlichen Richter im ordinären Proceß, und dem verurtheilten Beklagten die Nachklage vor dem ordentlichen Richter im ordinären Proceß, und nach dem kurl. Recht, wie es noch das Instructorium lehrt, war dazumal die Appellation im stadtüblichen Executivproceß genau ebenso unstatthaft, wie gegen die Befehle aus der herzoglichen Kanzlei und jetzt der Gouvernements-Regierung. Wo soll man also die Berechtigung zu einer verschiedenen Behandlung dieser gleichartigen Proceßsachen herleiten? Wie dem nun aber auch sei, soviel steht mir fest, daß die Executivsachen einerlei, ob sie vor der Gouvernements-Regierung, oder ob sie in genau dem gleichen Verfahren vor dem Gericht tractirt werden, nicht zu den streitigen Sachen russischer Terminologie gerechnet werden können, weil der russische Civilproceß für die streitigen Sachen eine Beschränkung der Vertheidigung des Beklagten auf gewisse und insonderheit auf liquide Einreden gar nicht kennt, vielmehr eine solche Beschränkung nur bei den unstreitigen Sachen zuläßt.

Ich verweise hier auch auf das oben darüber Ausgeführte, warum die in Grund einer die Vertheidigung des Beklagten beschränkenden Verhandlung gefällten Decrete nicht den Character von die Sache ihrem Hauptinhalte nach entscheidenden Erkenntnissen haben können.

Sowohl weil die Executivsachen zu den unstreitigen zu zählen sind, als auch weil im Executivproceß der Beklagte nur mit liquiden Einreden gehört wird, glaube ich dabei verharren zu sollen, daß im Executivproceß der öffentliche Vortrag der Sache nicht geboten und keine Appellation, sondern nur die Beschwerde, selbst gegen die den Executivproceß erledigenden Decrete, gegeben ist.

Wir gelangen damit nur zu unserem alten Recht zurück, welches, wie schon oben bemerkt wurde, die Appellation in Executivsachen ebenfalls nicht kannte (cf. Instr. d. kurl. Proc. P. II G. IV § 24, 26 flg.).

Für nicht zutreffend halte ich es endlich, wenn Seraphim einen Schluß auf die Unrichtigkeit meiner These daraus herleiten will, daß nach dem Civilproceßstau vom 20. November 1864 die Executivsachen zu den streitigen gerechnet und,

obschon im abgekürzten Verfahren verhandelt, so doch im Appellationswege angegriffen würden.

Es ergeben nämlich die Art. 348 flg. und insbesondere Art. 365 l. c., daß im abgekürzten Verfahren des Civ.-Proc.-Ustav's der Beklagte in Bezug auf seine Vertheidigung in keiner Weise mehr, als im ordinären Proceß, beengt ist. Es ist also gar kein Executivproceß, sondern ein regulair summarischer Proceß, den der Civ.-Proc.-Ustav in denjenigen Fällen gewährt, wo er das abgekürzte Verfahren in Grund gehörig vollzogener Schuldtitel zuläßt.

Das Urtheil nach beendetem „abgekürzten Verfahren“ schließt jede nachträgliche Verfolgung illiquider Behelfe in einem nachfolgenden ordinären Proceß völlig aus, dem Versuch würde die *exc. rei judicatae* entgegenstehen. Folglich ist es ganz folgerichtig, wenn hier öffentlicher Vortrag geboten und Appellation gegeben wird, denn es liegt eine Entscheidung der Sache ihrem Hauptinhalt nach und eine streitige Sache vor — aber es ist eben kein Urtheil im Executivproceß und daher die Analogie, die Seraphim geltend macht, nicht treffend.

Ad 2 und 3. Mandatsproceß.

Ich habe schon oben darzulegen versucht, warum ich die Mandatsproceße für in Kurland durchaus recipirt und practisch halte und füge hier im Hinblick auf Seraphim's Argumentation nur noch einige Bemerkungen hinzu.

Der unbedingte Mandatsproceß in Grund liquider öffentlicher Urkunden ist, nur soweit es sich um Schuldforderungen handelt, durch die prov. Form des Executivprocesses verdrängt, sonst nicht. So stellt sich namentlich der Immissionsproceß, als ein Fall der Anwendung des unbedingten Mandatsprocesses, in Grund öffentlicher Urkunden, dar.

Ob *factum nullo jure justificabile* wird ein *mandatum sine clausula* z. B., wie schon oben gelegentlich bemerkt wurde, gegeben, wenn bei der *operis novi nunciatio* der Einspruch des Nuncianten von Nunciaten unberücksichtigt gelassen worden ist. Auch sonst sind sehr wohl Fälle denkbar, wo mit der Spolienklage, die Seraphim vicariren lassen will, nicht geholfen werden kann. Den Spolienproceß selber halte ich für einen bedingten Mandatsproceß, wie er denn als solcher auch im *Instructorio* (cf. namentlich B. II C. IX § 5 l. c.) charakterisirt wird.

Desgleichen wird der Mandatsproceß ob *periculum in mora* durch den Arrestproceß keineswegs überflüssig gemacht.

Der Arrestproceß hat stets den Zweck der Sicherstellung einer Forderung, während das ob periculum in mora exportirte mandatum sine clausula den Zweck der Abwendung unwiederbringlichen Schadens verfolgt, ganz unabhängig von dem Vorhandensein eines sicherzustellenden Forderungsrechts des Impetranten.

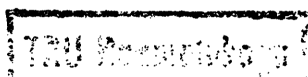
Durch Eliminirung der Mandatsprocesse würde daher eine empfindliche Lücke in unserem Proceß entstehen.

Was nun speciell die Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen der neuen Civilproceßgesetze auf diese Proceßarten betrifft, so giebt Seraphim selbst zu, daß hier dasselbe gelten muß, wie beim Executivproceß. Ich kann mich auf das beim Executivproceß Gesagte, soweit es den unbedingten Mandatsproceß betrifft, schon ex argumento a minori ad majus ohne Weiteres beziehen. — Anders steht es mit dem bedingten Mandatsproceß, sofern der Beklagte in dem Gebrauch seiner Vertheidigungsmittel durch diese Proceßart nicht beschränkt ist. Da der Termin zur Erfüllung des Mandats, oder zur Vorbringung der Vertheidigungsbehelfe peremptorisch anberaumt wird, so trifft den Ungehorsamen die Präclusion nicht nur mit den liquiden, sondern mit allen Einreden und baut sich auf dieses Fundament in der schließlichen Confirmirung des Mandats ein Erkenntniß auf, welches keineswegs den Charakter eines provisorii hat, sondern denjenigen eines Urtheils dem Hauptinhalt der Sache nach. Es bleibt also nur das erste Decret, das mandatum cum clausula selbst, als den Charakter eines provisorii tragend, übrig. Dieses allein, also nur der bedingte Mandatsproceß, bis und sofern der Beklagte dem Mandat Parition leistet, oder aber das Mandat auf Remonstration des Beklagten gegen die Wahl der Proceßart vom Richter zurückgenommen wird, fällt in das Gebiet der unstreitigen Sachen im Sinne des Pft. 13 des Art. 31 und nur hier ist öffentlicher Vortrag nicht geboten und nicht Appellation, sondern nur die Beschwerde gegeben.

Sofern dagegen beim mandatum cum clausula gewisse Einreden ausgeschlossen werden, wie es einige Rechtslehrer zulassen und wohl auch in praxi dazwischen geschieht, gilt vom bedingten Mandatsproceß genau dasselbe, wie vom unbedingten.

Daselbe, wie vom unbedingten Mandatsproceß, gilt

ad 4 vom Immissionsproceße, in welchem der Impetrat ebenfalls nur mit liquiden Behelfen gehört wird.



Das Instr. B. II C. III zeigt deutlich, daß dieser mit dem *mandatum sine clausula* beginnende Proceß, bei welchem auch die *exceptio sub- et obreptionis* ihre hergebrachte Rolle spielt, ein wahrer unbedingter Mandatsproceß ist.

Ad 5. Der Arrestproceß.

Ich muß zugeben, daß ich mich in meiner ersten Broschüre nicht *praecise* ausgedrückt habe, indem ich sagte: „Der Arrestproceß bezweckt die Sicherstellung der künftigen Execution noch vor der Anstellung des Hauptprocesses“.

Es versteht sich von selbst, daß ich damit nicht habe in Abrede nehmen wollen, daß nach prov. Recht ein Arrestantrag auch gleichzeitig mit und nach Anstellung des Hauptprocesses verlaublich werden darf.

Im unmittelbar vorhergehenden Satz hatte ich hervorgehoben, daß nach russischem Recht „die Sicherstellung der Klage“ stets den Character eines Incidentpunctes, während der Verhandlung der Hauptsache habe, mit dem Zwecke den Gegenstand, bezw. die Execution der bereits erhobenen Klage sicherzustellen, woher denn, m. G., Art. 31 Pft. 5 nur als von einem solchen incidenter erhobenen Sicherstellungsantrage russischer Terminologie — ohne Justifications- und Impugnationstermine — zu verstehen ist. Wenn ich nun, bei der Gegenüberstellung des provinciellen Arrestprocesses, gerade nur die abweichenden Erscheinungen dieses Letzteren allein in den Vordergrund gestellt habe, so glaube ich, daß der Mangel an Präcision des Ausdrucks, welchen Seraphim mit Recht rügt, immerhin nicht von Bedeutung war und dem Sinne nicht geschadet hat. Das Resultat, zu dem ich gelange, bleibt dadurch ja völlig unberührt!

Da Seraphim bezüglich des Arrestprocesses zum selben Resultat gelangt wie ich, so finde ich keine Veranlassung Weiteres hinzuzufügen.

Ad 6. Provocationsproceß *ex lege diffamari* und *ex lege si contendat*.

Ich habe schon oben ausgeführt, warum ich die Provocationsprocesses zu den *irregulair-summarischen* zähle. Hier füge ich noch hinzu, daß Bayer es zwar als zweckmäßiger bezeichnet, dem Erlaß des Mandats zur Anstellung der Klage *sub poena perpetui silentii*, die Mittheilung des Provocationsgesuchs an den Provocaten vorausgehen zu lassen, dagegen

selber bezeugt, daß nach der bestehenden Praxis dem Gesuche *causa cognita* sogleich, ohne jedes vorgängige Gehör des Provocatens, durch Erlaß des Mandats *cum clausula* auf Klageanstellung *sub poena perpetui silentii*, nachgeben wird. Dies entspricht auch der kurländischen Praxis. Es wird also von der Regel des ordinären Processus beim Provocationsprocesse, auch nach Bayer's eigener Meinung, abgewichen und glaube ich daher um so mehr dabei bleiben zu können, daß ich den Provocationsproceß zu dem irregulair-summarischen zähle.

Wenn Seraphim meint, das Contumacialdecret brauche nicht, sondern könne nur in *continenti* gefällt werden, so verweise ich dem gegenüber auf die kurl. Praxis, wonach, m. G., die Präclusionsdecrete stets in *continenti* nicht nur gefällt, sondern auch publicirt werden und eben nur deshalb auch für dem Präcludirten am Tage der Fällung des Decretes publicirt gelten und gelten können. Auch möchte ich mich der Analogie halber auf § 13 der Instr. des kurl. Proc. P. I Tit. 1, betr. die Arrestation der Contumacialdecrete *ante solis occasum*, berufen, welcher von der Annahme, daß die Contumacialdecrete in *continenti* gefällt werden, als von einer selbstverständlichen Voraussetzung ausgeht.

Da übrigens Seraphim hier zu denselben Resultaten gelangt wie ich, halte ich es nicht für nöthig mehr hinzuzufügen.

Ad 7. Mortificationsproceß, gelangt Seraphim zu denselben Resultaten wie ich, desgleichen, wenn ich ihn richtig verstehe

Ad 8 bezüglich der Nachlassedictalprocesse.

Daß bereits anhängig gemachte Sachen im Nachlassedictalverfahren nur zur Vermeidung der Präclusion zu melden, im Uebrigen aber bei dem Gericht, wo sie pendent sind, fortzuführen sind, wie Seraphim ausführt, ist gewiß richtig und glaube ich dem auch nicht widersprochen zu haben.

Summarisch ist das Verfahren beim Nachlassedictalproceß bis zum Präclufionsbescheide, m. A. n., wohl, und zwar irregulair-summarisch, weil der Beginn des Verfahrens, durch Aufruf zur Klage und bezw. Meldung, bei Strafe der Präclusion, ohne vorgängiges Gehör der Provocatens, nur *causa cognita* darüber, ob der Provocant zur Provocation legitimirt ist und rechtliche Gründe dazu hat, etwas dem ordinären Proceß Fremdes ist.

Nach dem Präklusivbescheid tritt nach kurl. Proceß ein regulair=summarisches Verfahren ein, weil in schleunigeren Fristen verfahren wird.

Ad 9. Concurssproceß.

Warum ich denselben unter den summarischen Processen abhandle, habe ich schon oben dargelegt und kann hier nur constatiren, daß Seraphim, von seinem Standpunkt aus, zu denselben Resultaten gelangt, wie ich.

Da von anderer Seite in Zweifel gezogen worden ist, ob das decretum de aperiundo concursu zu den die Sache ihrem Hauptinhalte nach entscheidenden Erkenntnissen zu rechnen sei, erlaube ich mir darauf hinzuweisen, daß das Cassations-Departement des Dirigirenden Senats sich ebenfalls für die Bejahung dieser Frage entschieden hat. S. G. Nr. 5 d. a. 1882 und Nr. 81 d. a. 1881.

Ad 10. Ueberlassung von Vermögen an Zahlungssstatt.

Da Seraphim gleich mir dieses ganze Verfahren für antiquirt hält, so sehe ich von einer weiteren Besprechung desselben ab.

Ad 11. Subhastationsproceß.

Seraphim leugnet, daß ein solcher existire: es liege entweder ein Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit vor, oder aber ein Akt des Vollstreckungsverfahrens.

Ich glaube, daß eine sachliche Differenz zwischen uns gar nicht vorliegt, sondern mehr nur eine abweichende Terminologie.

Proceß heißt zu deutsch Verfahren und ein Subhastationsverfahren giebt es jedenfalls. Ebenso sicher ist es, daß während dieses Subhastationsverfahrens häufig streitige Rechtsfragen zum Austrag zu kommen haben, welche durch gerichtliche Bescheide entschieden werden müssen und entschieden werden, und daß illiquide Behelfe in diesem Verfahren ausgeschlossen sind.

Seraphim selbst ist der Meinung, daß in Grund der sog. Schmid'schen Clausel ein Subhastationsverfahren stattfindet.

Ob nun in Grund eines vollstreckbaren, mit der sog. Schmid'schen Clausel versehenen, Schuldtitels, oder ob in Grund eines zur Execution gestellten rechtskräftigen Urtheils die öffentliche Versteigerung eines Immobils erfolgt: immer-

hin muß über die in dem Verfahren, bezw. in der Executionsinstanz zulässigen Einreden entschieden, immerhin muß wegen der Interventionen, die sich auf ein *jus potius ac pinguius* stützen und wegen der Distribution des *plusliciti* richterlich statuiert werden!

Seraphim ist mit mir darin Eins, daß diesen Entscheidungen ein öffentlicher Vortrag nicht vorherzugehen braucht und daß gegen dieselben nur das Rechtsmittel der Beschwerde, maßgeblich der neuen Gesetze, gegeben ist.

Ich constatiere dies und erlaube mir bei der Gelegenheit darauf aufmerksam zu machen, daß es doch wohl auch seine Unzuträglichkeiten haben dürfte mit Seraphim im Executivproceß nach Stadtrecht, ohne Mitwirkung der Gouvernements-Regierung, die Appellation *salva satisfactione sententiae*, bei dem Subhastationsverfahren in Grund einer mit der Schmid'schen Clausel munirten Obligation und beim alten Executivproceß durch die Gouvernements-Regierung aber nur die Beschwerde zuzulassen.

Ich glaube nicht, daß die Praxis sich mit einer verschiedenen Behandlung dieser einander innerlich so nahe stehenden Sachen befreunden können wird, und halte daher auch aus diesem Grunde mein Resultat für das practisch Brauchbarere.

Dagegen ist es allerdings richtig, daß die freiwillige Subhastation auf Antrag des Eigenthümers selbst, gar kein Proceß, sondern nur ein Mittel ist* den Preis für den freiwilligen Verkauf eines Grundstücks durch Concurrenz Mitbietender festzustellen. Hier kann aber auch weder von einem Aufruf der Pfandgläubiger, noch von Entscheidung über den Vorzug intervenirender Gläubiger, noch von Distribution des *plusliciti*, noch von Beobachtung oder Nichtbeobachtung vorgeschriebener Formen die Rede sein: der Eigenthümer kann eben durch diese freiwillige Versteigerung nicht mehr Rechte übertragen, als durch den ohne Versteigerung abgeschlossenen Kaufcontract, er kann zuschlagen lassen, selbst wenn der Versteigerungstermin nirgends publicirt worden ist, und seiner Pfandgläubiger Rechte werden durch die Versteigerung nicht mehr berührt, als durch den Verkauf aus freier Hand, ohne Versteigerung.

Daß aber der Prov. Cod. Bd. I Art. 1333 und 1425 nicht bloß diese freiwillige Subhastation, sondern jede Subhastation im Auge hat, ist mir nicht zweifelhaft und dürfte sich schon daraus ergeben, daß das Gesetz l. c. nicht distinguirt, sondern ganz allgemein von Subhastationen spricht.

Ad 12. Wechselproceß.

Seraphim und ich stimmen darin überein, daß für den Wechselproceß dasselbe gelten muß, wie für den Executivproceß. Der Schwerpunkt der Entscheidung der vorliegenden Fragen liegt also, auch bezüglich des Wechselprocesses, in dem bei Gelegenheit der Besprechung des Executivprocesses Erörterten: auch der Wechselproceß beschränkt ja die Vertheidigung des Beklagten!

Ich beziehe mich somit auf das oben Gesagte.

Ad II. Regulair=summarische Processse.

Wegen der possessorischen Processse und der Frage, welche Sachen nach kurl. Recht im regulair=summarischen Verfahren zu behandeln seien, kann ich mich auf das oben Gesagte beziehen und habe nur hinzuzufügen, daß ich mir die Marktstreitigkeiten nicht nehmen lasse, welche in der That und mit Recht, weil ein unabweisbares Bedürfniß dafür vorliegt, auf das Schleunigste zu verhandeln sind und auch factisch verhandelt werden.

